

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

Leihgabe von Ambos

DOCTRINA

Por la pena, disuadir o retribuir
Pierrette Poncela.

Hacia una dogmática penal sin culpabilidad
Juan Fernández Carrasquilla.

Delitos contra el sentimiento religioso
en la obra de García Márquez
Antonio José Cancino M.

La ideología de los delitos contra
el orden socioeconómico
Francisco Muñoz Conde.

La delincuencia en Medellín
Juan Vieira Múnera.

16

DOCUMENTOS

Acercas del concepto finalista de la conducta en la teoría
general del delito
Eugenio Raúl Zaffaroni.

CARTAS AL DIRECTOR

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. La problemática
del comiso en el nuevo Código Penal
Dídimo Páez Velandia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Causa extrapenal
de justificación en un caso de presunto "prevaricato
por acción"
Dídimo Páez Velandia.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. El delito
continuado frente al nuevo Código Penal
Juan Fernández Carrasquilla.



CO/XIV
F/Z

2345

OCTUBRE • NOVIEMBRE • DICIEMBRE

AÑO IV • Octubre • Noviembre • Diciembre 1982 N° 16

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1982

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

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

© Nódier Agudelo Betancur, 1982.
© Editorial Temis S.C.A., 1982.
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.

Impresa por EDITORIAL TEMIS S.C.A., Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

Por la pena, disuadir o retribuir. Pierrette Poncela	905
Delitos contra el sentimiento religioso y el respecto a los difuntos. Doctor Antonio J. Cancino	917
La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. Profesor Francisco Muñoz Conde	927
Hacia una dogmática penal sin culpabilidad. Doctor Juan Fernández Carrasquilla	954
La delincuencia en Medellín. Doctor Juan Vieira Múnera	971

DOCUMENTOS

Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría general del delito. Profesor Eugenio Raúl Zaffaroni	979
---	-----

CARTAS AL DIRECTOR	995
--------------------------	-----

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. La problemática del comiso en el nuevo Código Penal. Ponente: doctor Dídimo Páez Velandia	999
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. Causa extrapenal de justificación en un caso de presunto "prevaricato por acción". Ponente: doctor Dídimo Páez Velandia.	1004
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. El delito continuado frente al nuevo Código Penal. Ponente: doctor Juan Fernández C.	1014
Índice de disposiciones (núms. 9 a 16)	1019
Índice de materias (núms. 9 a 16)	1025

DOCTRINA

POR LA PENA, DISUADIR O RETRIBUIR

PIERRETTE PONCELA*
Universidad de Paris II

Este estudio sobre la pena, inscrito en una reflexión crítica sobre el utilitarismo, no pretende hacer un recuento de las conocidas "funciones de la pena". No se trata de estudiar las relaciones de la política penal, sino, por el contrario, de relevar la unidad de la filosofía que las inspira o las sustenta. Así, la filosofía utilitarista ha dado lugar, por su lógica misma, a numerosas expresiones de los sentidos de la pena: ejemplaridad, prevención general o especial, enmienda, eliminación. Mediante el análisis, veremos cómo estas funciones se reducen a un objetivo común: disuadir de cometer infracciones, y al cual responde otra alternativa: retribuir las infracciones cometidas. Nuestra empresa no es, pues, encontrar, no es demostrar cuáles son las funciones —a veces la función— de la pena. Nosotros no deseamos sumarnos a las tan numerosas tentativas de racionalización del poder ni, más particularmente en este caso, adherirnos a la "ciencia del castigo", la cual, como lo ha señalado CLAUDE ROY (1977) para Rusia, tiene por efecto "dar a los verdugos esa paz del espíritu que procura la buena conciencia" y "constreñir un número importante de sus víctimas, no solamente a sufrir sin rebelarse las penas infligidas sino dar a sus torturadores un total consentimiento". A falta de ser realizados en Francia, estos efectos constituyen el ideal inconfesable de los expertos en penología.

El presente estudio pretende una variación, con un fin de esclarecimiento de conceptos y de prácticas sobre los dos temas que resumen las empresas de racionalización de este acto singular que constituye la inflicción de penas a nombre de la sociedad, otros dirían que a nombre del Estado. Pretende también sentar algunas premisas de un método de estudio de la pena que sería prematuro especificar.

Tal como se ha entendido el derecho penal se encontrará que la pena es la consecuencia ligada por la ley a ciertos comportamientos culpables y que estos comportamientos se consideran infracciones, de donde resultará que una infracción penal es una falta y su articulación con la pena puede buscarse a partir de dos nociones, de disuasión y de retribución. Disuadir de cometer una falta persuadiendo, por la pena, que lo más conveniente para cada uno es abstenerse de toda infracción;

* Investigadora en el Centro de Filosofía del Derecho.

—retribuir la falta cometida, atribuyendo, en cambio, una pena.

De golpe, las diferencias se dibujan:

—la disuasión hace de la pena una apuesta, un riesgo calculado. Ella apunta al futuro bajo el pretexto del pasado;

—la retribución hace de la pena un regreso: apunta al pasado bajo el pretexto del futuro.

Mas, la pena, la acción de punir, no es cuestionada de la misma forma en uno u otro caso:

—la disuasión requiere una respuesta clara y precisa a la pregunta, por qué punir y se esfuerza en responder a la pregunta cómo punir, desarrollando una tecnología sofisticada de la penalidad;

—la retribución no es una respuesta a la pregunta por qué punir, pues que, precisamente, punir es retribuir, y se reclama de una exigencia de justicia que ninguna técnica punitiva puede satisfacer.

Nos proponemos, pues, de una parte, averiguar los aciertos de la disuasión, y de otra, enumerar, junto a la seguridad muda de la retribución, los principales problemas que ella promueve.

DISUADIR

¿Por qué punir? Porque es útil; la pena es útil porque ella disuade, ya a los infractores eventuales o potenciales de realizar su potencialidad, ya a los infractores consumados de delinquir más. La pena es necesaria porque ella es útil, es decir, disuasiva.

Este “nuevo” enfoque de la pena será concebido por los reformadores del siglo XVIII. Nuevo, pues si la disuasión ha sido siempre considerada como un efecto de la pena, ella llega a ser en el siglo XVIII, como muy certeramente lo ha analizado MICHEL FOUCAULT “el principio de su economía, y las justas proporciones” (1975, pág. 96). La nueva técnica disuasiva que nace debe disminuir el costo económico y político del arte de castigar aumentando su eficacia y multiplicando sus circuitos. La filosofía utilitarista que la inspira no ha cesado en su empeño de imbuir desde entonces el derecho penal, o, mejor, la política penal. La pena no tiene valor por sí misma, sino que es un medio para alcanzar un fin juzgado bueno: la disminución de la delincuencia y aun su represión. Si el derecho en su conjunto debe realizar la felicidad o el placer de la mayoría, el derecho penal aporta su contribución a esta realización porque tiende a la “seguridad de los bienes y de las personas”, según la expresión consagrada.

El primero en desarrollar las concepciones utilitaristas de la pena fue CESARE BECCARIA —quien como se sabe reconocía por maestros, especialmente, a HUME y a HELVETIUS—; concepciones fundamentadas, de una parte, sobre el fin que él asignaba a la ley: realizar “la más grande felicidad repartida entre el mayor número” (1764, cap. 1), siendo la base de la justicia humana la idea de la utilidad común; de otra parte una sicología elemental “el placer y el dolor son los dos motores de los seres sensibles” y las recompensas y las penas son los motivos que empujan a los hombres a actuar (1764, cap. XXIII). Las penas serán, pues, los “argumentos sensibles” cuyo fin será “impedir al culpable causar nuevos daños a sus conciudadanos y desviar a los otros de seguir su

ejemplo”; ellas deberán ser escogidas en función de “la impresión más eficaz y más durable sobre el espíritu de los hombres, y la menos dolorosa en el cuerpo del culpable” (1764, cap. XV). Basta la utilidad —entendamos la realización de la disuasión— y, a igual utilidad, es menester escoger la pena menos dolorosa para el infractor.

La disuasión se reduce a una aritmética de las penas; todo se mide o se calcula: la medida de las infracciones es el daño causado a la sociedad, la cual suministrará la medida de las penas, pero, con anterioridad, será menester probar la pena, computar el cálculo del infractor, pues bastará que “el mal nacido de la pena exceda del bien nacido del delito” (BECCARIA, 1764, cap. XV).

Ese cálculo utilitario será perfeccionado por JEREMÍAS BENTHAM (*El hombre útil*, Perrot, 1977, págs. 172—175), deseoso de proseguir el camino iniciado por BECCARIA, y de quien estudios recientes han señalado la influencia determinante, especialmente sobre el movimiento filantrópico de la Restauración (DUPRAT, 1980). Así, BENTHAM distinguía, de una parte, un mal de primer orden: el que toca directa e inmediatamente uno o varios individuos; y de otra, un mal de segundo orden: el que se origina en el primero y difunde sobre la comunidad o parte de ella, el peligro y la alarma inspirados por el mal del primer orden. En función de esta distinción, la infracción produce un mal de primer orden: la víctima y el daño; y un mal de segundo orden: el peligro para el orden social y la alarma para las víctimas potenciales. La pena produce un mal de primer orden: el sufrimiento del infractor; y un mal de segundo orden: la disuasión: amenazando al eventual infractor, ella crea una alarma y un peligro; pero produce igualmente un bien del llamado segundo orden: tranquiliza la opinión (EL SHAKANKIRI, 1970, pág. 349).

Como BECCARIA, BENTHAM precisará que, si el mal de la pena excede el mal de la infracción, debe excederlo lo menos posible. Pero, con esta exigencia, BENTHAM no piensa establecer penas más suaves o menos rigurosas, sino penas estrictamente económicas: “El mal producido por las penas es una erogación que hace el Estado en vista de un provecho. Ese provecho es la prevención de los crímenes. En esta operación, todo debe ser calculado, la ganancia y la pérdida; y cuando se avalúa la ganancia, es preciso sustraer la pérdida: de donde resulta evidente que al disminuir los gastos o aumentar el provecho, este tiende igualmente a obtener un balance favorable.

”La expresión de gastos, una vez admitida, lleva naturalmente la economía. Se habla ordinariamente de la suavidad o del rigor de las penas. Estos dos términos llevan consigo un perjuicio en favor o en disfavor, que puede perjudicar la imparcialidad del examen. Decir una pena suave, es asociar ideas contradictorias; decir una pena económica, es tomar prestado el idioma del cálculo y de la razón” (1975, pág. 17).

“La humanidad de las penas” no es perseguida, en sí misma, por los utilitaristas; una pena útil, es decir disuasiva, puede indiferentemente ser más cruel o más suave; esto estará en función del interés perseguido, del impacto más

¹ De este modo la disuasión no es solo considerada bajo su aspecto positivo, sino también bajo su aspecto negativo. Esta reserva de BENTHAM supera las inquietudes expresadas actualmente a propósito del difuso y confuso “control social”.

o menos riguroso de la pena sobre el fin esperado. Releyendo a BENTHAM: "Es un mal que da un sentimiento penoso al público por el establecimiento de una pena impopular. Con ello, no es solo a los culpables a quienes se pune: son las personas inocentes y más dóciles aquellas a quienes se inflige una pena muy real, hiriendo su sensibilidad, desafiando su opinión y presentándoles la imagen de la violencia y de la tiranía. ¿Qué se logra de una conducta tan poco juiciosa? El legislador, que desprecia todos los sentimientos públicos, los torna secretamente contra sí. Pierde la asistencia voluntaria que los individuos prestan a la ejecución de la ley cuando ellos la aprueban: y no tiene más al pueblo como aliado, sino como enemigo" (1975, págs. 46 y 47).

De su lado, MICHEL FOUCAULT precisa que, con los reformadores, será menester tratar humanamente a quien está "fuera de naturaleza"; mientras que la justicia de otro tiempo trataba de forma inhumana al "fuera de la ley": "Los sufrimientos que debe excluir la morigeración de las penas, son los de los jueces o los espectadores con todo lo que pueden entrañar de endurecimiento, de ferocidad estimulada, por la costumbre o, al contrario, la piedad inducida de indulgencia poco fundada (...). Lo que es preciso manejar y calcular, son los efectos contrarios del castigo sobre la instancia que pune y el poder que ella pretende ejercer (...). Humanidad es el nombre respetuoso dado a esta economía y a sus cálculos minuciosos" (1975, pág. 94), calificada más tarde de "semiotécnica".

La disuasión aparece así como una tecnología de la penalidad fundamentada en la representación; el arsenal de penas está constituido por signos-obstáculos. En efecto, el cálculo utilitario de una pena disuasiva reposa sobre la regla siguiente: el infractor eventual debe tener más interés en evitar la pena que en ejecutar la infracción. Ahora bien, este interés, sobre el cual reposa la eficacia de la pena, es totalmente objeto de representación. De aquí resulta que las leyes deben ser claras y conocidas por todos: las penas deben ser ciertas, es decir, efectivamente pronunciadas; no necesariamente ejecutadas. Así BENTHAM distinguía entre pena aparente y pena real, y si aunque defendía la ejemplaridad de la pena, es decir lo que la pena real aparenta, agregaba sin embargo: "hay que evitar que la pena se convierta en impopular y odiosa por una falsa apariencia de rigor" (1975, pág. 40). Se ve aquí dibujar la diferencia entre la pena disuasiva y la pena ejemplar del antiguo régimen y uno de los motivos del abandono de esta última: las penas ejemplares, por crueles, tenían por efecto, en cambio —especialmente las "emociones del cadalso" de las cuales habla MICHEL FOUCAULT—, anular los beneficios de la ejemplaridad.

Leyes claras, penas ciertas y redundantes, mas también una mayor individualización de las penas: la lógica disuasiva implica una penalidad de dos caras. En efecto, no solamente la representación de la pena varía según los individuos, su *status* social, etc., sino que, además, el efecto perseguido de la no reincidencia exige una pena cuya ejecución sea prevista en función de cada cual. La individualización de las penas es la pena calculada en sus menores detalles para una mejor disuasión, de donde surge la preeminencia del tema de la enmienda, forma de expiación al servicio de la utilidad social y correlativamente, el establecimiento de "programas de tratamiento". Aplicándose a una natura-

leza enferma, el tratamiento supone un lugar de aplicación particular: el delincuente, en la prisión. El infractor eventual es disuadido por la representación de la pena, entendamos: él "no pasa al acto". El infractor consumado no lo ha sido, entendamos él "ha pasado al acto". Luego es un delincuente. Al mismo tiempo que proliferaba una pena estrictamente útil, se modelaba al delincuente: desde el siglo XVIII el infractor es presentado más estrictamente como el enemigo del Estado, por consiguiente de todos y de cada uno en particular, según la lógica de la ficción del contrato social; es un traidor en estado de guerra contra su propia patria (PONCELA, 1980). Así se determinará la consigna de los penalistas, de los criminólogos, de los legisladores: hacer la guerra contra la delincuencia. Así será fijada la finalidad agonística de la pena: luchar contra la delincuencia.

Este acuerdo general sobre los objetivos no implica sin embargo ningún consenso sobre los medios que se utilicen para obtenerlos. Esquematizando el desacuerdo reinante entre los penalistas utilitaristas, se puede decir que sus diferencias se reducen a esto: el uno dice: es útil y eficaz; el otro responde: es inútil e ineficaz. Este tipo de diferencia se repite incansablemente a propósito de la abolición de la pena de muerte, continuamente propuesta (BRUXELLES, PONCELA, SERVERIN, 1978). En el mejor de los casos, las posiciones de los unos y de los otros invocan los trabajos, llevados a cabo desde hace algunos años, sobre la medida de eficacia de las penas; a propósito de estos trabajos, se ha podido deplorar la estrechez de la perspectiva generalmente adoptada, ya que solo permite la consideración de sanciones formales objetivamente medibles, artificialmente aisladas (ZIMRING, HAWKINS, 1973; ANDERSON, CHIRICOS, WALDO, 1977). De todas maneras es claro que las diferencias surgen sobre los métodos de disuasión o la forma de medir, y no sobre el fin de la pena: la lucha contra la delincuencia por la disuasión. Las controversias conciernen pues a la posibilidad o la eficacia de tal o cual pena en particular (prisión, pena perpetua, suspensión de la sentencia, pena de muerte) o la adecuación de modalidades de ejecución de una pena (libertad condicional, permiso para salir).

El utilitarismo penal de estos últimos años ha llevado a una petición de individualización de las penas. Este último utilitarismo implicaría —siendo la disuasión el criterio de la utilidad de la pena— mantener otro criterio, más unitario sobre las penas incursas y pronunciadas, pues parece que existe una contradicción actualmente entre las exigencias de la prevención general y las de la prevención especial. De allí, posiblemente, la utilidad del carácter secreto, del mundo carcelario². La inversa del panóptico benthamiano. ¡Qué paradoja! Pero esta es la paradoja misma del utilitarismo en materia de penalidad: ninguna forma de sanción es absolutamente imposible. *El utilitarismo es la incertidumbre de la pena*, y más ampliamente de la sanción.

Sin embargo, la discusión acerca de las técnicas disuasivas ha marcado, al parecer un cierto retorno a la pena retributiva. La pena, proporcionada al comportamiento futuro y no al acto pasado, apareció injusta y abandonada a la arbitrariedad de la Administración. La pena, se ha dicho, no debe ser solo

² La necesidad, a la vez, de una reglamentación flexible y de esperanza para los detenidos, de eventuales reducciones de pena, resulta incomprensible para los profanos, quienes lo expresan en voz alta.

útil, debe ser merecida, debe constituir una justa retribución. Esta reactualización de la retribución como medida de crítica del utilitarismo, nos da, ahora, la oportunidad de interrogarnos sobre la pena retributiva, es decir, sobre esta imperiosa necesidad de punir que deberá mostrarnos aún y sobre todo, si pretende ejercerse en nombre de lo justo.

RETRIBUIR

Estas críticas a nombre de lo justo se han hecho oír principalmente estos últimos años en los Estados Unidos³, tierra de elección del utilitarismo, bajo la influencia de JOHN RAWLS (1971) y bajo la forma de un neokantismo penal: de una parte, la pena jurídica no sería considerada simplemente como un medio de realizar otro bien, ya para el infractor mismo, ya para la sociedad civil; de otra, el infractor no sería tratado simplemente para realizar los fines del prójimo y ser confundido con los objetos del derecho real. Estas dos exigencias participan en la justicia kantiana como "idea del poder judicial según las leyes universales fundadas *a priori*" (KANT, 1797, pág. 217); ellas están implicadas en la construcción *a priori*, que hace KANT del *quid jus*; son partes integrantes de su sistema. Por consiguiente, introducirlas en una investigación pragmática concerniente al *quid juris* parece una empresa peligrosa en la cual, sin embargo, los penólogos americanos se han empeñado. La obra de ANDREW VON HIRSCH (1976) nos ha parecido a este respecto bien representativa. Este autor retoma las críticas de JOHN RAWLS sobre el utilitarismo para cuestionar las concepciones utilitaristas de la pena. La satisfacción de muchos, el interés de la mayoría, no le parece que sean en sí mismos bases justas para privar al infractor de su libertad o de su honorabilidad. El solo criterio de utilidad conduce a soluciones chocantes: si, calculada en función de solo fuerza disuasiva, la pena óptima es aquella que maximiza los beneficios (delincuencia prevenida) minimizando los costos, una pena severa puede sancionar un delito menor, e, inversamente, una pena suave —aun incluso la ausencia de la pena— puede sancionar un crimen grave. VON HIRSCH explica por qué la adopción de esta solución costo-beneficio oculta el problema moral planteado por la pena. En efecto, esta última debe ser, según él, fundada en el mérito (DESERT), orientado hacia la conducta pasada y proporcionada hacia la gravedad de la infracción. Su fin es doble: privar al infractor de la ventaja obtenida por su no respeto a las reglas, e imputarle una censura, una reprobación moral; "la pena no es solamente un medio de prevenir la delincuencia sino una respuesta merecida a la acción del infractor, «rectificando la balanza» en el sentido kantiano y expresando una reprobación moral al acto cometido. En otros términos, mientras que la disuasión justifica la utilidad social de la pena, el mérito (DESERT) es necesario para explicar por qué esta utilidad puede ser justamente perseguida a expensas del infractor". Ahora bien, la pena será justa en la medida en que los derechos del infractor no sean sacrificados en beneficio de la mayoría. Una estricta proporcionalidad debe así ser establecida entre la severidad

³ La infiltración muy reciente de la noción de retribución en Francia, será probablemente objeto de uno de nuestros próximos estudios.

de la pena y la gravedad de la infracción y las penas pronunciadas no deben ser muy dispares, para una misma infracción, según los autores. Queda por determinar el orden de la gravedad de las infracciones, además, agrega VON HIRSCH —traicionando así su adhesión a una visión utilitaria de la pena—, en una sociedad donde la igualdad de oportunidades no existe... Dificultad que por supuesto la obra no resuelve.

Esta incontrolable igualdad de valor entre crimen y pena que postula la retribución, tal como ha sido replanteada en la actualidad por los discípulos de RAWLS, puede aparecer sin embargo como un progreso en la idea de retribución. Pero retribuir la falta por la pena no nos dice nada concretamente del tipo y de la cantidad de la pena, salvo que la pena infligida debe equivaler a la falta cometida.

La retribución está enteramente contenida en esta ley de la equivalencia cuyos términos no dejan de desconcertarnos. Pues no solamente la imposición de una pena equivale a la comisión de una infracción, sino que, todavía más, hace olvidar la. Así se realiza la reconciliación del infractor con el grupo social, así el orden perturbado es restablecido. En esto, la pena retributiva entra de lleno en el campo de lo sagrado, del mito (RICOEUR, 1967).

Esta equivalencia constituye para PAUL RICOEUR lo *racional* de la pena, expresada en una doble dualidad para el entendimiento: de una parte entre el crimen cometido y la pena sufrida, y de otra entre la conciencia que juzga y la conciencia juzgada: "El culpable es el sujeto del querer en el cual reside la equivalencia del crimen y del castigo; él se supone uno y el mismo en el mal cometido, en la falta y en el mal sufrido de la pena; es en él en quien la pena suprime, borra, anula la falta" (RICOEUR, 1967, pág. 24). Del mismo modo se encuentra supuesta la unidad de la conciencia que juzga y de la conciencia juzgada.

Ahora bien, para lograr el olvido del crimen por la pena, el entendimiento humano va a esforzarse, poco a poco, en proporcionar el uno y la otra, pero eso no es concebible sino bajo la condición de la doble presunción de unidad sostenida por PAUL RICOEUR. Así mismo, para HEGEL, no es conforme a la razón proporcionar el castigo al crimen más que bajo la condición "de una identidad interior que en la existencia exterior se refleja para el entendimiento como igualdad" (HEGEL, 1821, pág. 137). Pero pasando a la esfera de la exterioridad, la especificación cuantitativa y la cualitativa del crimen y de su supresión no puede admitir más una definición absoluta; ella queda en una simple exigencia que el juicio no puede definir más que por aproximación perpetua. Para HEGEL, la pena como equivalencia del crimen solo es pensable en la esfera del derecho en abstracto. Allí, el crimen no es concebido como la expresión de una intención malvada, de una falta moral, ni siquiera como la expresión de un daño a un particular, sino como la violación del derecho como tal. La pena se infiltra en el concepto de voluntad racional —una voluntad todavía no reflexiva en su subjetividad—. Como se sabe, HEGEL rematará su teoría de la pena en una teoría del Estado para que se realice "una justicia desprovista de todo interés, de todo aspecto particular y de la contingencia de la fuerza, que no venga sino que pune" (1821, pág. 139).

Circunscribir la pena a su estricta dimensión jurídica es seguramente lo que es preciso retener de la demostración hegeliana, y este comentario: "la ven-

ganza es la contingencia misma de la justicia en el justiciero" (RICOEUR, 1967, pág. 317). Pero tratándose de derecho penal queda por precisar si hay quién haga justicia, y de haberlo, quién es el que hace justicia. Una precisión que nos guardarnos de aquí, tan problemática se revela; no trataremos aquí tampoco la muy vasta cuestión de la filiación entre pena y venganza. Nos basta notar que, recientemente, un autor ha sostenido que existía una "identidad positiva de la venganza, del sacrificio y de la penalidad judicial" (GIRARD, 1972, pág. 437). Bien que erigida en principio de justicia abstracta a la cual los hombres deben asegurarle respecto, la retribución no sería otra cosa que la reciprocidad violenta. El sistema penal racionalizaría la venganza, la manipularía, crearía una técnica de curación, y simultáneamente de prevención de la violencia. RENE GIRARD, a su modo, pone de relieve la existencia de una oscura necesidad de venganza que encontraría en el infractor, víctima emisaria de un exutorio (PONCELA, 1979).

Sin embargo, la justicia retributiva no está sino excepcionalmente vinculada a una necesidad de venganza (con la exclusión, por supuesto, de la venganza directa de la víctima misma). Se hizo referencia antes de modo muy general a un "sentimiento de justicia". Su sola invocación dispensa en la mayoría de los casos de toda explicación. Esta insistencia en invocar un sentimiento de justicia a la vez de parte de los infractores, de sus jueces y de los comentaristas de la justicia penal, había llamado muy particularmente la atención de ÉTIENNE DE GREFF. Fundado en su experiencia del mundo judicial y del medio penitenciario, hizo un escrupuloso análisis de ese sentimiento de justicia, y pudo y supo hablarnos de todo el odio, todo el resentimiento que podía entrañar la reivindicación de justicia; quiso demostrar el origen afectivo de la noción corriente de justicia, producto de los instintos de defensa y enraigándose en la culpabilidad (PONCELA, 1974-1979).

ÉTIENNE DE GREFF intentó explicar por qué y cómo el hombre político puede utilizar la justicia penal y particularmente jugar a la necesidad de justicia, lo cual no es más que hacerlo con la necesidad de punir, independientemente del fondo de ignorancia sobre el cual esta explotación se desenvuelve. Es preciso leer a este respecto las páginas que consagró a la justicia-reivindicación: "las grandes corrientes llamadas morales que «espiritualizan» tan curiosamente la vida contemporánea no son más que inmensas reacciones instintivas sabiamente sincronizadas... A través de estos instintos cuyos complejos se disfrazan de la necesidad de justicia, se puede conducir al hombre allá donde lo desee cualquier organización política o social" (1945, pág. 200). El "sentimiento de justicia" no será, pues, más que el lindo nombre dado a la necesidad de punir, de hacer el mal. Como en eco, a partir de otras bases, de otras experiencias, de otras reflexiones, se puede citar el bello texto de PAUL RICOEUR sobre el derecho de punir:

"Sospecho un poco que a los ojos de Dios, los pecados más graves aparecen rara vez como infracciones judiciales: las faltas de afecto, las injusticias profundas, la forma como se puede destrozarse la vida ajena por los silencios, las omisiones, los hábitos de profesión, ello es probablemente mucho más grave para destruir la vocación ajena que ciertos crímenes que son probablemente los subproductos del pecado de otros. Buscaría más gustoso el pecado en este sentido vindicativo de multitud que pide cabezas, porque en el fondo, purga su propia culpa desplazándola sobre otros. Puede decirse que en cierto modo el criminal es un delegado en el pecado de todos. Puede ser para esto para lo

que podría servir la noción de criminalidad: cuando se ve que una sociedad padece una criminalidad regular y constante, esto es signo de fracaso de la sociedad: ella compensa su fracaso puniendo los culpables que son como los delegados de su propia mala estructura" (1962, pág. 11).

Es decir, según otros autores, que la pena no puede ser moralizada en el sentido que ella no sanciona la moralidad de nuestras conductas⁴. Es decir, *a fortiori*, que la pena no puede ser divinizada... al lado, más o menos lejos, el juez distribuye las penas jurídicamente: retribuye, mide la venganza.

En efecto, ¿la pena retributiva no será una venganza proporcionada? La primera expresión sería entonces el talión, que JEAN LAPLANCHE llama "El alba de la ley, el momento originario en que la fechoría sin nombre se convierte en crimen humano, porque postula en adelante su retribución" (1977, pág. 42). Luego la pena retributiva sería la venganza abolida en un sistema simbólico por mediación de la ley.

Venganza quizá, basta aquí plantear la cuestión. En contrapartida, seguramente simbolismo de la retribución penal.

Aquí, sin duda, reside la diferencia esencial con una concepción puramente utilitarista de la pena. Pues la disuasión se ventila obstinadamente en lo real: ella desea efectos concretos, palpables, medibles. Ella cimera así una "política penal" que consiste en marchar sin tregua con pies de plomo sobre este tenaz espejismo de la erradicación de la delincuencia. Ahora bien, al encuentro de los objetivos que se le quiere asignar al encuentro de las racionalizaciones sobre sus objetivos, el sistema penal no tiende solamente, ni quizá principalmente, a combatir la delincuencia o a disuadir de cometer el delito o a disuadir de cometer infracciones; él no responde tampoco al esquema mecánico: comisión de una infracción-juicio-pena. Todo no se juega al día del juicio; se está tentado aun a decir: todo se juega antes.

Pero existe también el juzgamiento, existe también la pena propiamente dicha. La pena, es decir, la inflicción a una persona, por la institución judicial, de una sanción destinada a ocasionarle sufrimiento, en retribución a uno de sus actos pasados constitutivos de una infracción penal.

Así estimada, la pena aparece entonces, en la política judicial, sea como un último recurso, sea como una especie de privilegio negativo para retomar la expresión de THIERRY LÉVY (1979). Un recurso último, en el que interviene luego el fracaso de todas las otras formas de sanción (diversas advertencias, intimidaciones policivas o administrativas, arbitrajes, transacciones, etc.); la delincuencia económica y especialmente fiscal, la delincuencia juvenil de los medios acomodados, ilustran este uso de la pena. Y, a la inversa, la pena aparece como un privilegio negativo para las personas que presentan un perfil socio-económico particular y que han cometido cierto tipo de infracciones; el ejemplo más característico está constituido por los autores de hurtos simples pertenecientes a la clase obrera que se ven, en la mayor parte de los casos, sancionados por una pena de prisión cerrada.

⁴ Sobre este punto, véase la exposición que hace MICHEL VILLEY (1975) de la distinción aristotélica entre justicia general y justicia particular (1928-55-76).

En la práctica judicial, la pena ampliamente confundida hoy con la privación de la libertad o encarcelamiento es, pues, rara vez aplicada proporcionalmente al número de infracciones tratadas. Esta rareza de aplicación aparece todavía más grande si se toman en consideración los delitos civiles; en efecto, todo estudio de la pena debe tener en cuenta la escisión que se produce entre el derecho civil y el derecho penal y se cuestiona sobre su legitimidad y su razón de ser. Más allá de la historia de las formas punitivas, eso permite poner en evidencia la concepción de la pena en un sistema de reciprocidad y de cambio⁵.

Convendría enseguida interrogarse sobre el sentido de esta parsimoniosa distribución de penas propiamente dichas, teniendo cuidado de distinguir el recurso de *ultima ratio* y el recurso *prima ratio* ¿por qué la pena se ve circunscrita a un número de casos restringidos y seleccionados, y por qué en estos casos y no en otros? Dicho de otro modo: ¿dónde y cómo, antes de arriesgar un porqué, toma lugar el uso de la pena en la estructura social? Si bien parece que la pena se presenta entonces como una retribución, es decir, como un más allá de la reparación en el mal infligido al infractor, el sentido del recurso selectivo que implica queda por dilucidar. Pero todavía más, es preciso preguntarse si las señales de la pena pueden cambiar y el esquema del ejercicio de la pena mantenerse.

La disuasión me parece, pues, que rebasa ampliamente el problema de la pena y que, inversamente, no puede contenerlo. Al contrario, la retribución parece ser el resorte mismo de la punición, pero no se tiene asido el todo del sistema penal cuando se lo ha aprehendido. Pues se puede caer en una pura tautología al explicar la pena por la retribución, nombrar la pena sin adicionar nada, o, mejor, sin verificar lo que es. Más ampliamente, si la función de la pena es un elemento de comprensión del sistema penal, ella no es, sin embargo, justificación. Lo que es preciso tratar de comprender es la dimensión simbólica en la cual se inscribe la retribución. Por esto, es preciso situarla en el conjunto de la reacción social a la delincuencia, investigando cuál es su especificidad. Enseguida, más allá de la forma que puede históricamente tomar la pena, es preciso investigar si existe una permanencia del esquema punitivo. Elaborar una metodología del estudio de la pena rebasa los marcos del presente estudio.

⁵ En este sentido, véase a THIERRY LÉVY, *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, 1979.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ANDERSON, LINDA S., CHIRICOS, THEODORO G. y WALDO, GORDON, P., (1977): "Formal and informal sanctions: a comparison of deterrent effects", en *Social Problems*, vol. 25, núm. 1, págs. 103-104, New York.
- BECCARIA, CESARE (1764): *Traité des délits et des peines*, Nouvelle traduction française, Paris, ed. Cujas, 1966, pág. 148.
- BENTHAM, JEREMY (1755): *Théorie des peines et des récompenses*, t. 1, tr. fr. Et. Dumont, Paris, Bossange frères Libraires, 3^a ed., 1825.
- BRUXELLES, SILVIE, PONCELA, PIERRETTE y SERVERIN, EVELYNE (1978): *Les magistrats et la peine de mort*, informe de investigación, I.C.P. Paris, II, I.E.J. Lyon III, 71 p.
- DE GREEFF, ÉTIENNE (1945): *Notre destinée et nos instincts*, Paris, Librairie Plon, "Présences", pág. 241.
- DUPRAT, CATHERINE (1980): "Punir et guérir. En 1819, la prison des philanthropes", en *L'impossible prison* (Investigaciones sobre el sistema penitenciario en el siglo XIX reunidas por MICHELE PERROT), Paris, *Seuil l'univers historique*, págs. 319, 64-122.
- EL SHAKANKIRI, MOHAMED (1970): *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de Philosophie du Droit, pág. 469.
- FOUCAULT, MICHEL (1975): *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, ed. Gallimard, Bibliothèque des histoires, pág. 318.
- GIRARD, RENÉ (1972): *La violence et le sacré*, Paris, ed. Grasset, pág. 451.
- HEGEL (1821): *Principes de la philosophie du Droit*, tr. fr. André Kaan, Paris, ed. Gallimard, 1940, pág. 380.
- KANT (1797): *Métaphysique des moeurs- Première partie: Doctrine du Droit*, tr. fr. A. Philonenko, Paris, ed. Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, 1971, pág. 279.
- LAPLANCHE, JEAN (1977): "Les voies de la déshumanité", en *Le Nouvel Observateur*, núms. 642, 41-42, Paris.
- LÉVY, THIERRY (1979): *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, Paris, ed. Fayard, 259.
- PERROT, MICHELE (1977): "L'inspecteur Bentham", postface au *Panoptique* de Jeremy Bentham (1791), Paris, ed. Pierre Belfond, pág. 223.
- PONCELA, PIERRETTE (1974): "Pourquoi une justice répressive", en *Déviance*, núm. 1, 49-67, Paris; (1979): "Sentimiento de justicia y represión penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 4, págs. 7-15, Medellín, Colombia; (1979): "Justice pénale et vengeance. A propos des deux ouvrages de René Girard", en *Archives de Philosophie du Droit*, t. 24, págs. 393-399, Paris; (1980): "Le droit pénal: au nom de la loi ou malgré la loi", Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, t. 25, págs. 29-46, Paris.
- RAWLS, JOHN (1973): *Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 607.

- RICOEUR, PAUL (1958): "Le droit de punir" en *Cahiers de Villemétrie*, núm. 29, jan.-févr. 1962, págs. 1-21, Paris; (1967): "Interprétation du mythe de la peine", en *Le mythe de la peine*, ed. Aubier/Montaigne, 482, Paris.
- ROY, CLAUDE (1977): Prefacio a la reedición de *Souvenirs de la maison des morts*, Paris, ed. Gallimard, coll. folio.
- VILLEY, MICHEL (1975): *Philosophie du Droit*, 1, *Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, Précis: Droit 242, 2ª ed., 1978, pág. 238.
- VON HIRSCH, ANDREW (1976): *Doing Justice. The Choice of Punishments*, New York, Ill and Wang, pág. 179.
- ZIMRING, FRANK E., y HAWKINS, GORDON J. (1973): *Deterrence*, University of Chicago Press, pág. 378.

DELITOS CONTRA EL SENTIMIENTO RELIGIOSO Y EL RESPETO A LOS DIFUNTOS*

(Inédito)

ANTONIO JOSÉ CANCINO M.

Profesor de la Universidad Externado de Colombia
y miembro del Colegio de Abogados de Madrid

No hace muchos años, cuando aún no existía una clara diferenciación entre el "pecado" y el "delito", los códigos penales sancionaban rigurosamente algunos comportamientos que se consideraban lesivos de la religión, especialmente la católica, apostólica y romana. En este orden de ideas se castigaban la desobediencia al mandato divino de santificar las fiestas realizada por quienes trabajaban los domingos y los días de especial significación religiosa, el irrespeto al Santísimo, la "simonía", o sea la permuta de una cosa espiritual por una material, la herejía, el tocar determinados objetos sagrados o considerados como tales, etc.

En *Cien años de soledad* se resalta indirectamente este aspecto, como que se pone de presente que los trabajadores de las bananeras, en el pliego de peticiones aspiraban a que no se les obligara a cortar y embarcar banano los domingos, y la petición pareció tan justa "que hasta el padre Antonio Isabel intercedió en favor de ella porque la encontró de acuerdo con la ley de Dios..."¹.

En el primer Código Penal que rigió en la República de Colombia, esto es, en el Código de 1837 y más exactamente en el Título Segundo del Libro Tercero, arts. 202 y siguientes, se tipificaron los comportamientos que atentaban contra la religión, a saber: el impedir un acto del culto, la blasfemia, el escarnio, la burla o maldición de algún dogma, los gestos irrespetuosos, los daños a las imágenes o a los altares, los maltratos e injurias a los ministros de la religión.

La inhumación de cadáver en lugar diferente al cementerio, así como la ilegítima exhumación, en los arts. 346 y siguientes se reglamentaban como ilícitos contra la *Salud Pública*. Por otra parte, el quebrantar sepulturas o sepulcros para ultrajarlos o para tomar algún objeto.

Los códigos modernos han atemperado el rigor y han encontrado los matices diferenciales entre la moral y el derecho. En Colombia, el doctor PARME-

* El presente artículo está integrado por algunos apartes, ligeramente corregidos, de la obra del profesor ANTONIO J. CANCINO M., *El derecho penal y la criminología en la obra de Gabriel García Márquez*, contenida en 4 tomos y que aún no ha sido publicada.

¹ G. GARCÍA MÁRQUEZ, *Cien años de soledad*, pág. 248.

NIO CÁRDENAS, en la Comisión designada por la ley 81 de 1923 para la redacción de un Código Penal que remplazara al que se encontraba en vigencia desde 1890, en relación con el delito de blasfemia, dejó la siguiente constancia:

"...La parte discutible de la ley colombiana en esta materia, mirando el asunto únicamente por el aspecto jurídico, es el castigo a las ofensas a la Divinidad (art. 203 del Código Penal), porque violaciones del Decálogo de esta naturaleza, son del dominio exclusivo de la moral y de la jurisdicción de la Iglesia: la ley humana se limita a regular las relaciones de los hombres entre sí, y a sancionar con penas las transgresiones de sus mandatos, cuando con ello se afecta a la sociedad, y es una intrusión de la ley en campo que le está vedado, inmiscuirse en regular los deberes del hombre para con Dios, y sancionar la falta de cumplimiento de los que imponen las leyes divinas..."².

En el anterior Código Penal, esto es, en el de 1936, se eliminaron muchas figuras y se limitó el legislador a regular los actos que atacaban la libertad de cultos, el irrespeto a los ministros de las religiones permitidas, el ultraje por menosprecio o vilipendio a los objetos y símbolos sagrados, y los actos de profanación del cadáver de una persona. En el nuevo Código Penal el art. 294 estatuye como delito la violación de la libertad de cultos; el 295 el impedimento y perturbación de ceremonia religiosa; el 296 los daños y agravios a personas o a cosas destinadas al culto y, finalmente, el 297 el irrespeto a los cadáveres³.

En España, la Asociación Pro-Derechos Humanos, en el proyecto presentado en el año de 1980, ha mostrado su preocupación por la persistencia de la blasfemia, porque ello "puede servir de pretexto para limitar el derecho que tienen todos los ciudadanos a emitir libremente sus opiniones".

También en España, el Tribunal Supremo, en cierta ocasión, consideró que la obligación legal de hacer clara relación de los hechos probados en la sentencia, no podía aplicarse en casos de blasfemia, "...porque sería irreverente reproducir con toda su crudeza el ultraje a la Divinidad y a las cosas santas que la blasfemia encierra, en su manifestación externa..."⁴.

El que impida o perturbe la celebración de ceremonia o función religiosa de cualquier culto permitido, incurrirá en arresto de seis meses a dos años, de acuerdo con lo ordenado por el art. 295 del Código Penal colombiano. Sin duda alguna, el proceso de investigación que para efectos de una posible canonización realiza la Santa Sede por intermedio de sus representantes, y que han sido denominados gráficamente *abogados del diablo*, constituye un acto religioso, que fue perturbado en *El otoño del patriarca* cuando *Demetrio Aldous* recopilaba pruebas en el proceso de canonización de la madre del patriarca, *Bendición Alvarado*:

"...nunca se me hubiera ocurrido pensar que aquella orden se había de convertir en la patraña de los falsos hidróticos a quienes les pagaban para que se desaguaran en público, le habían pagado doscientos pesos a un falso muerto que se salió de la sepultura y apareció caminando de rodillas entre la muchedumbre

espantada con el sudario en piltrafas y la boca llena de tierra, le habían pagado ochenta pesos a una gitana que fingió parir en plena calle un engendro de dos cabezas como castigo por haber dicho que los milagros eran un negocio del gobierno, y eso eran..."⁵.

Al tenor del art. 294 del Código Penal colombiano, se impondrá arresto de tres a dieciocho meses al que, por medio de violencia, obligue a otro a cumplir acto religioso o le impida participar en ceremonia de la misma índole.

Cuando Arcadio Buendía fue nombrado alcalde civil y militar de Macondo por Aureliano cuando se lanzó a la guerra, aquel dio una interpretación muy personal a las recomendaciones recibidas y se dedicó a cometer toda clase de abusos y desmanes. Uno de ellos encajaría en la norma que se comenta:

"...Recluyó al padre Nicanor en la casa cural, bajo amenaza de fusilamiento, y le prohibió decir misa y tocar las campanas como no fuera para celebrar las victorias liberales..."⁶.

La mala suerte acompañaba al padre Nicanor, como que con anterioridad y precisamente cuando el ejército se tomó la población y propició el ambiente de violencia que motivó en parte la reacción belicosa de Aureliano,

"...trató de impresionar a las autoridades militares con el milagro de la levitación, y un soldado lo descalabró de un culatazo..."⁷.

Indudablemente que no existía razón alguna para que la fuerza pública, con tan insólitos procederes, impidiera al sacerdote hacer gala de sus milagrosas capacidades. Pero, en sentido estrictamente jurídico, en este segundo caso podrá hablarse de un delito de lesiones personales, pero no propiamente de un delito contra la libertad de cultos, pues el padre Nicanor, aunque aparentemente realizaba un acto religioso, en el fondo pretendía *impresionar a las autoridades militares*.

Con arresto de tres meses a un año es castigado quien cause daño a los objetos destinados al culto o a los símbolos de cualquier religión legalmente permitida, o públicamente agravie tales cultos o a sus miembros en razón de su investidura. (C. P., art. 296).

En *La mala hora*, el padre Ángel y el médico Giraldo llegan al cuartel con el propósito de enterarse de la suerte del muchacho "Pepe Amador", a quien la policía asesinó mediante el mismo procedimiento que utilizaba don Sabas con los burros que vendía, y son retirados del lugar por un agresivo funcionario, quien les advierte con la carabina lista para disparar, que si al contar hasta tres no han desaparecido "...me pongo a disparar contra esa puerta..."⁸. Este acto intimidativo podría encuadrarse como un delito de abuso de autoridad, pero no como un agravio a persona dedicada al culto, ya que no estaría cabalmente estructurado el elemento "...en razón de su investidura...", es decir, no sería fácil demostrar que el padre Ángel estuviera actuando como ministro de la Iglesia.

² PARMENIO CÁRDENAS, *Actas de la Comisión Redactora. La Reforma Penal en Colombia*, t. II, segunda parte, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925.

³ Ley 95 de 1936, Bogotá, Editorial Temis, 1979.

⁴ Tribunal Supremo de España, S. 24-6-1954.

⁵ GARCÍA MÁRQUEZ, *El otoño del patriarca*, pág. 149.

⁶ GARCÍA MÁRQUEZ, *Cien años de soledad*, pág. 94.

⁷ GARCÍA MÁRQUEZ, *Cien años de soledad*, pág. 90.

⁸ GARCÍA MÁRQUEZ, *La mala hora*, págs. 185 y ss.

En cambio, en el *Otoño del patriarca*, la figura adquiere plena existencia, claro que en concurrencia con otros delitos, cuando las “turbas de fanáticos a sueldo” reaccionan ante la determinación del Nuncio Apostólico de negarse a reconocer la santidad de Bendición Alvarado, y

“...saquearon el museo de reliquias históricas, sorprendieron al nuncio haciendo la siesta a la intemperie en el remanso del jardín interior, lo sacaron desnudo a la calle, se le cagaron encima mi general, imagínese, pero él no se movió de la hamaca, ni siquiera parpadeó cuando le vinieron con la novedad mi general de que al nuncio lo estaban paseando en un burro por las calles del comercio bajo un chaparrón de lavazas de cocina que le vaciaban desde los balcones, le gritaban mano pancha, miss Vaticano, dejad que los niños vengan a mí, y solo cuando lo abandonaron medio muerto en el muladar del mercado público él se incorporó de la hamaca... y entonces dio la orden de que pusieran al nuncio en una balsa de náufrago con provisiones para tres días y lo dejaran al garete en la ruta de los cruceros de Europa”⁹.

Eficaz resultó el recurso, pues en poco tiempo se inició el proceso de canonización de la “abejita dorada” Bendición Alvarado y llegaba procedente de Roma el auditor de la Sagrada Congregación del Rito y promotor y postulador de la fe, monseñor Demetrio Aldous, a quien se encomendó la misión de escrudiñar la vida de la “pajarera”.

Archivado el expediente por insuficiencia probatoria, medida que se tomó en forma conciliatoria para que no se conociera el verdadero pasado de la pre-senta santa, nuevamente

“...las hordas de peregrinos indignados hicieron hogueras en la Plaza de Armas con los portones de la basílica primada y destruyeron a piedra los vitrales de ángeles y gladiadores de la Nunciatura Apostólica, acabaron con todo, mi general... asediaron el convento de las vizcainas para dejarlas perecer sin recursos, saquearon las iglesias, las casas de misiones, rompieron todo lo que tenía que ver con los curas...”¹⁰.

El sustraer el cadáver de una persona o sus restos, y el ejecutar sobre ellos actos de *irrespeto*, son conductas que tienen como consecuencia para quien las realiza la imposición de una pena que oscila entre uno y tres años de prisión y que es susceptible de aumentarse hasta en una tercera parte en el evento de que el autor obre con “finalidad de lucro”, según lo dispone el art. 297 del estatuto represivo.

Convertir un “velorio” en centro de actividad comercial, en bullicioso y pintoresco espectáculo de feria en el que lo circunstancial es el cadáver, podría considerarse a simple vista como un acto de irrespeto, digno de sanción penal, especialmente si alrededor se colocan caudales de aguardiente que ingieren desmedidamente los presuntos dolientes y se organizan concursos de destreza para moler café, como medio para conquistar doncellas. Pero GARCÍA MÁRQUEZ, en sus crónicas y reportajes, nos pone en claro que tales comportamientos, si se realizan en La Sierpe, constituyen viejas y aceptadas costumbres que no

⁹ *El otoño del patriarca*, ed. cit., pág. 140.

¹⁰ Ídem, pág. 153.

pueden recibir descalificantes adjetivos. Posiblemente este modo de actuar de las gentes que viven al sureste del Departamento de Bolívar, en la Costa Atlántica colombiana, se comporten con menos irrespeto por los cadáveres que los pobladores de Brujas, importante ciudad de Bélgica, en donde “la familia del difunto pregona la desgracia en todas las esquinas, con unas esquelas de a metro, orladas de unos lutos tremendos, en las que se da cuenta de los méritos y triunfos del finado”. Y decimos lo anterior porque en *La Sierpe*¹¹ el pueblo obra con primitiva naturalidad, mientras que en Brujas se delata una propensión a la funebridad que sirve como excusa para personales vanaglorias a través de la publicación de los panegíricos del difunto¹².

De todas formas, el término “irrespetar” que se utiliza para configurar el delito que se comenta es demasiado relativo. La jurisprudencia de la mayoría de los países ha considerado la *antropofagia* como un clásico ejemplo de “irrespeto a los cadáveres”, pero GARCÍA MÁRQUEZ tiene su peculiar concepto sobre el particular:

“...Siempre he tenido la impresión de que la carne humana, antes de ser el plato predilecto de los pueblos primitivos, lo es y de manera especial de los refinados. Después de haber cumplido con todas las experiencias alimenticias, desde la desabrida dieta vegetariana hasta el succulento hartazgo de la gastronomía desorganizada, es apenas natural que se sientan incontenibles deseos de preparar un grueso bistec con los órganos más tiernos de una vecina adolescente... Estéticamente el futuro de la antropofagia está asegurado. El espectáculo de una vaca maternal y saludable paciente junto a la cerca de un establo bien atendido, puede ser todo lo provocativo que se quiera, pero sin duda es considerablemente inferior al de una bañista en trance de ser sacrificada por un experto y afortunado matarife... La antropofagia daría origen a un nuevo concepto de la vida. Sería el principio de una nueva filosofía, de un nuevo y fecundo rumbo de las artes, muchos de cuyos cultivadores no vacilarían en componer la gran sinfonía de la infanta sacrificada en un banquete político o el cuadro, hermoso y conmovedor, del mancebo conducido al matadero por una doble hilera de caballeros bien alimentados. Todo esto puede no ser más que una pesadilla. Pero no puede negarse que como perspectiva, es una de las costumbres humanas cuya cercanía ya se siente con paso de animal grande...”¹³.

Algunos meses después escribiría sobre el mismo tema:

“...Confieso que cada vez que leo una noticia relativa a casos de antropofagia, me siento un poco más optimista sobre el futuro de la humanidad. Siempre he considerado que la antropofagia es un síntoma de refinamiento, al que solo puede llegarse después de un depurado y concienzudo proceso de formación espiritual...”

“Debo aclarar que soy partidario de la antropofagia. En ningún caso del canibalismo. Nada resulta tan repugnante, tan primitivo y bárbaro como el canibalismo, o sea la antropofagia practicada sin ninguna consideración estética, por simple apetito, por puro y detestable instinto de conservación...”

¹¹ En la obra *Crónicas y reportajes*, publicada por la Oveja Negra, 5ª ed., 1980, aparecen los comentarios del escritor con el título “El muerto alegre”, en abril de 1954, págs. 36 y ss.

¹² Comentarios del escritor y académico español (publicados en el ABC de Madrid el día martes 18 de agosto de 1981) MIGUEL DELIBES. *Un viaje por los Países Bajos*.

¹³ *La jirafa*, por “Septimus”, obra citada, nov. de 1950, págs. 499 y ss.

"Los dos casos que últimamente ha registrado la prensa y en los cuales se denuncian los hechos de dos prófugos que asaron y sirvieron a uno de sus compañeros para sobrevivir a los padecimientos de una áspera travesía y el de un profesor de arte moderno que introdujo a su hermosísima esposa en el horno doméstico y se dio el más apetitoso hartazgo de cónyuge a la llanera, sirven, precisamente, para ilustrar la diferencia —la no muy pequeña diferencia— entre canibalismo y antropofagia...

"Los prófugos que se administraron ese indecoroso almuerzo de camaradas, son un par de canibales que merecerían la horca en cualquier país regido por las sabias normas alemanizantes del doctor Silvio Villegas. El profesor de arte moderno, en cambio, es un antropófago vocacional, que después de haber rendido todos los tributos de admiración y respeto a su dignísima esposa, le ofreció el póstumo y original homenaje de incorporarla a su propia materia viviente... desde luego que tanto los canibales como el antropófago sufrirán en la cárcel las consecuencias de su originalidad. Pero mientras los primeros son unos retardatarios abominables, el segundo es un precursor..."¹⁴.

Estéticamente, tiene razón GARCÍA MÁRQUEZ; pero jurídicamente en ambos casos estaríamos en presencia de una profanación de cadáveres porque el paso revolucionario no se ha dado, a pesar de que, como él mismo lo anota, "la carne humana —la más fina de todas— está siendo objeto del más inaceptable despilfarro", "pues resulta inexplicable que tanta substancia de Dios vaya a desmenuzarse en la saludable arcilla de los cementerios, mientras la humanidad le saca aserrín a sus sesos para inventar nuevos y cada vez más difíciles medios de subsistencia"¹⁵.

En el caso de los prófugos que tuvieron que comerse a uno de sus cómplices para sobrevivir a los padecimientos de una azarosa travesía, no podría reconocerse el estado de necesidad como causal de justificación, pues uno de los requisitos para la configuración de la figura es que el estado de peligro no haya sido ocasionado por obra propia, y la evasión de la cárcel hace desaparecer la figura. Además, el estado de necesidad exige que no exista otra forma de evitar el peligro y en el evento precitado existía, ya que podían regresar al establecimiento carcelario en donde muy seguramente se evitaría que muriesen de hambre. Diferente sería la situación de *José Arcadio*¹⁶, quien, al regresar a su casa, cuenta cómo había naufragado y "había permanecido dos semanas a la deriva en el mar del Japón, alimentándose con el cuerpo de un compañero que sucumbió a la insolación, cuya carne salada y vuelta a salar y cocinada al sol tenía un sabor granuloso y dulce...". En su favor se aplicaría la justificante¹⁷.

El "precursor", es decir, el profesor de arte moderno que se comió el cuerpo de su amada esposa, por ahora no tendría justificación por el acto conside-

¹⁴ *La jirafa*, por "Septimus", obra citada, feb. de 1951, págs. 576 y ss.

¹⁵ *La jirafa*, ob. cit., febrero de 1951. "Canibales y antropófagos", págs. 577 y ss.

¹⁶ *Cien años de soledad*, págs. 82 y ss.

¹⁷ El art. 29 del Código Penal colombiano dice que "el hecho se justifica cuando se comete: ...5°) Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar".

rado como irrespeto, pero sí podríamos anotar que al convertirse en "carne de su carne" pagaría en parte la pena el cadáver ingerido, lo que no resulta del todo justo.

En *El otoño del patriarca* se cumplen en parte los deseos del escritor. Y la parcialidad radica en que no se sirve como plato suculento el cadáver de una bella doncella, sino el del coronel Rodrigo Aguilar, el compadre traidor del patriarca, quien había planeado su asesinato utilizando para ello un falso leproso que paseaba por los jardines de la casa presidencial. Así se describe este magistral acto de antropofagia, en el que la estética se pone al servicio de la venganza:

"...y entonces se abrieron las cortinas y entonces entró el egregio general de división Rodrigo de Aguilar en bandeja de plata puesto cuan largo fue sobre una guarnición de coliflores y laureles, macerado en especias, dorado al horno, aderezado con el uniforme de cinco almendras de oro de las ocasiones solemnes y las presillas del valor sin límites en la manga del medio brazo, catorce libras de medallas en el pecho y una ramita de perejil en la boca, listo para ser servido en banquete de compañeros por los destazadores oficiales ante la petrificación de horror de los invitados que presenciamos sin respirar la exquisita ceremonia del descuartizamiento y el reparto, y cuando hubo en cada plato una ración igual de ministro de la defensa con relleno de piñones y hierbas de olor, él dio la orden de empezar, buen provecho señores..."¹⁸.

Los homicidas, unas veces para ocultar el delito, otras para saciar atávicos instintos, incineran, descuartizan o destruyen los cadáveres. Degenerados existen que realizan actos sexuales sobre cadáveres. A falta de normas especiales, estas conductas también son consideradas como delitos de irrespeto a los cadáveres, de manera autónoma¹⁹.

Muchos son los casos que encontramos en la obra objeto de este trabajo, en los que se realiza el ilícito comportamiento:

Nelson Farina, prófugo del penal de Cayena, quien se radica en el Rosal del Virrey, había asesinado a su primera mujer a la que descuartizó y con los pedazos sustentó su propio huerto de coliflores²⁰. *El capitán Aquiles Ricardo* dio muerte a *Aureliano José Buendía*, por negarse a permitir una requisa a la entrada del teatro. Pero también es muerto y más de cuatrocientos hombres desfilan y descargan sus revólveres contra el *cadáver abandonado* en forma tal que se necesitaron varios soldados para poner en una carretilla el cuerpo apelmazado de plomo, que se desbarataba como un pan ensopado²¹. El "patriarca", al ser envenenado su doble *Patricio Aragonés*, pudo presenciar cómo se irrespetaba el cadáver que los ciudadanos creían era el suyo:

¹⁸ *El otoño del patriarca*, págs. 120 y ss.

¹⁹ En los primeros códigos penales de la República de Colombia existían figuras autónomas para esta clase de infracciones. Así, por ejemplo, se consideraba asesinato el homicidio perpetrado en persona cuyo cadáver era sometido por el mismo homicida a actos de ferocidad y barbarie.

²⁰ *Muerte constante más allá del amor* (cuento), págs. 49 y ss.

²¹ *Cien años de soledad*, págs. 133 y ss.

“...vio a los que encarnizaron con el cadáver, los ocho hombres que lo sacaron de su estado inmemorial... y lo llevaron a rastras por las escaleras... vio su propio cuerpo arrastrado que iba dejando por la calle un reguero de condecoraciones y charreteras, botones de dormán, hilachas de brocados y pasamanería de alamares... sintiendo en carne propia la ignominia de los escupitajos y las bacinillas de los enfermos que le tiraban al pasar desde los balcones, horrorizado por la idea de ser descuartizado y digerido por los perros y los gallinazos entre los aullidos delirantes y los truenos de pirotecnia del carnaval de mi muerte...”²².

José Antonio Galán, egregio “comunero”, precursor de la Independencia de Colombia, fue condenado a la horca y se dispuso en el fallo correspondiente que se dividiera su cuerpo en cuatro partes, “y pasado el resto por las llamas, su cabeza conducida a Guaduas, la mano derecha puesta en la plaza del Socorro; la izquierda en la Villa de San Gil; el pie derecho en Charalá, lugar de su nacimiento; y el pie izquierdo en el lugar de Mogotes; declarada por infame su descendencia; ocupados todos sus bienes...”²³.

El anciano tirano, en *El otoño del patriarca*, profiere similar sentencia en contra del falso leproso que intentó asesinarlo:

“...oyó sobre los otros gritos de la casa alborotada sus propias órdenes inapelables de que *descuartizaran el cadáver* para escarmiento, lo hicieron tasajo exhibieron la cabeza macerada con sal de piedra en la Plaza de Armas, la pierna derecha en el confin oriental de Santa María del Altar, la izquierda en el occidente sin límites de los desiertos de salitre, un brazo en los páramos, el otro en la selva, los pedazos del tronco fritos en manteca de cerdo y expuestos al sol y sereno hasta que se quedaron en el hueso pelado a todo lo ancho y a todo lo azaroso y difícil de este burdel de negros para que nadie se quedara sin saber cómo terminan los que levantan la mano contra su padre...”²⁴.

En la misma obra, *José Ignacio Sáenz de Labarra*, sofisticado torturador del régimen, fue víctima de sus propios procedimientos y después de morir macerado a golpes, “fue colgado de los tobillos en el farol de la plaza de armas y con sus propios órganos genitales metidos en la boca... tal como lo había previsto mi general...”²⁵.

Realizar artes de taxidermia, embalsamar el cadáver, en principio no podría tenerse como un acto de irrespeto. Por el contrario, denotaría un desesperado esfuerzo por perpetuar el cascarón humano como póstumo homenaje. Pero cuando ese cadáver es “reconstruido” en diligencias secretas para hacer creer a un pueblo ignorante que está en presencia de un milagro, cuando los “duros cabellos de crines de potranca después de cuidadoso arreglo, son arrancados de raíz hebra por hebra para venderlos como reliquia, cuando se venden frasquitos de agua de su costado con propiedades milagrosas como aconteció con el cadáver de doña *Bendición Alvarado* la madre del patriarca, no solamente se consume el delito de irrespeto al cadáver, sino que cobra eficacia la agravan-

²² *El otoño del patriarca*, págs. 30 y ss.

²³ ARTURO QUIJANO, *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*, Bogotá, Imprenta de Medardo Rivas, 1898, págs. 31 y ss.

²⁴ *El otoño del patriarca*, págs. 116 y ss.

²⁵ *El otoño del patriarca*, págs. 231 y ss.

te de punibilidad de que trata el art. 297 del Código Penal, en su inciso, es decir: “Si el agente persigue finalidad de lucro, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte”.

Mauricio y Gumaro Ponce de León, de 28 y 23 años, respectivamente, quienes fueron detenidos como presuntos partícipes en la muerte de la primera dama *Leticia Nazareno* y del hijo del patriarca “...fueron sometidos al castigo en desuso del descuartizamiento con caballos y *sus miembros fueron expuestos a la indignación pública* y al horror en los lugares más visibles de su desmesurado reino de pesadumbre”²⁶. Murieron, pues, en la misma forma en que murió Ravailiac, asesino de Enrique IV, rey francés²⁷, y *sus restos corrieron igual suerte*.

Irrespetados fueron los cadáveres de los torturados y muertos por el sanguinario *Sáenz de la Rosa*, cuando su perro “comía lo único que había aprendido a comer, es decir, las tripas calientes de los decapitados, haciendo ese ruido de borboritos”²⁸; irrespetados fueron los cadáveres de los liberales que habían vendido la guerra federal, los conservadores que la habían comprado, los generales del mando supremo, tres de los ministros, el arzobispo primado y el embajador Schonontner, quienes formaban el conciliábulo de la traición y creyeron que el muerto no era *Patricio Aragonés* sino el patriarca *Zacarias*, porque esos cadáveres se tiraron a los carros de la basura como lo ordenara el compadre *Rodrigo Aguilar*²⁹, e irrespetados fueron los muertos hombres, los muertos mujeres, los muertos niños de la matanza de las “bananeras” que fueron llevados hasta el mar, para ser arrojados como “banano de rechazo...”³⁰.

El “ahogado más hermoso del mundo”, fue enterrado y desenterrado varias veces, pero aunque se hable de un acto de irrespeto, se trataba de juegos realizados por los niños que en principio se hicieron la ilusión de que se trataba de un barco enemigo. Nos encontraríamos frente a un caso de *inimputabilidad*, si los niños fuesen menores de diez y seis años³¹.

Nada respetuoso era el trato que se daba a los restos de los padres de *Rebeca*. Durante mucho tiempo estorbaron por todas partes y se les encontraba donde menos se suponía, siempre con su cacareo de gallina clueca, con su sorido cascabeleo. Los albañiles que reconstruyeron la casa de los Buendía confe-

²⁶ *El otoño del patriarca*, págs. 185 y ss.

²⁷ “Llegado el regicida a la plaza de la Grève a las cuatro, y aunque iba muy bien escoltado, pasó media hora para poderlo hacer llegar al cadalso... fue acostado de espaldas por el verdugo, quien le ligó los dos pies y los dos brazos a cuatro caballos... el verdugo le tenació todo el cuerpo con tenazas ardiendo... así que se quemó la mano, se le echó encima de las heridas... plomo derretido y azufre... abofetearon los caballos... los que le tiraron con violencia durante por lo menos una hora... y... el verdugo lo acabó de descuartizar a golpes de cuchillo. El pueblo se lanzó sobre los pedazos de cadáver, y se los llevó para diferentes cuarteles de la ciudad...” (Dice QUIJANO en la obra citada, pág. 26).

²⁸ *El otoño del patriarca*, pág. 223.

²⁹ *El otoño del patriarca*, pág. 33.

³⁰ *Cien años de soledad*, pág. 256.

³¹ *El ahogado más hermoso del mundo*. Cuento publicado en la obra denominada *La increíble y triste historia de la Cándida Erendira y su abuela desalmada*, Bogotá, Edit. La Oveja Negra, junio de 1980, págs. 52 y ss.

saron haberlos emparedado en un dormitorio para que no estorbaran para trabajar. Ese trato poco convencional no puede tomarse como un irrespeto, si tenemos en cuenta que no fueron sepultados porque cuando llegó *Rebeca* con ellos entre un talego no se había producido el primer muerto en *Macondo* y no existía cementerio y lo que se deseaba era que hubiese un lugar "digno para sepultarlos..."³².

Santa Sofía de la Piedad, *degolló con un cuchillo de cocina el cadáver de José Arcadio Segundo*. Objetivamente considerado el comportamiento, constituye la infracción, pero no se presenta el elemento *culpabilidad*, porque Santa Sofía no tenía el *animus injuriandi*, sino que simplemente cumplía la promesa hecha a José Arcadio de que se aseguraría de no dejarlo enterrar vivo³³.

Los intérpretes del derecho penal han tenido problemas en relación con el objeto material, pues aunque el término *cadáver* en principio no ofrece mayores dificultades, estas sí se presentan cuando se trata de dar contenido al término "restos" y, además, cuando se trata de casos en los que el acto de irrespeto se realiza con "fetos humanos", pues se ha dicho que para que pueda tipificarse la figura, debe verificarse sobre el cadáver de una "persona", entendida en el más estricto sentido jurídico³⁴.

Pero no nos imagináramos que nos pudiéramos encontrar con el problema de saber si un cadáver es de animal o de hombre. En todo caso, no nos atrevemos a calificar como delictuosa la incineración en una hoguera del bipedo de pezuña hendida que el padre *Antonio Isabel*, párroco de *Macondo*, confundió con el Judío Errante, "pues no se pudo determinar si su naturaleza bastarda era de animal para echar en el río o de cristiano para sepultar..."³⁵.

Es cierto que *Rebeca* y *José Arcadio perturbaban la paz de los muertos* cuando en la luna de miel hacían el amor con la más desafortunada de las pasiones, pero dicho comportamiento no lo cobija el Código de las penas³⁶.

³² *Cien años de soledad*, págs. 40, 51, 68.

³³ *Cien años de soledad*, págs. 295 y ss.

³⁴ Según publicación que hace JOSÉ MIGUEL ULLAN, en el Suplemento Dominical del periódico *El País* (agosto 81), en su crónica "Pasarela", en Europa se trafica con fetos humanos para fabricar cremas de belleza, según declaraciones hechas por el juez francés Jacquinet. Aduaneros de ese país han reconocido que, además de fetos, circulan por las fronteras placentas y embriones procedentes de clínicas, que los venden a laboratorios de belleza. Lo más grave es que ese comercio no está prohibido, ya que no existe protección legal par el feto abortivo.

³⁵ *Cien años de soledad*, págs. 287 y ss.

³⁶ *Cien años de soledad*, págs. 84 y ss.

LA IDEOLOGÍA DE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO EN EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE CÓDIGO PENAL*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz

A la memoria de don José Antón Oneca

1. En ningún otro sector como en el de los delitos económicos se ven con tanta claridad la relación existente entre Economía y Derecho y el condicionamiento económico de la regulación jurídica. Incluso quienes no profesen una concepción materialista de la historia, difícilmente podrán negar aquí que la forma jurídica depende ante todo y sobre todo de una determinada estructura económica.

Pero ¿hasta qué punto no es distinta esa estructura económica de la que teóricamente se refleja en las normas jurídicas? ¿No es quizás el divorcio entre teoría y praxis, entre *realidad legal* y *realidad social*, una de las características principales de todo este sector que se ha dado en llamar "delincuencia económica"? ¿Y no se debe ese divorcio, entre otras cosas, a que lo que dicen las normas jurídicas nada o muy poco tiene que ver con lo que sucede en la realidad?

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, una de las razones que se pueden alegar como causa inmediata de esta situación es precisamente *la deficiente regulación jurídica del sector y la aún más deplorable técnica legislativa empleada hasta la fecha para regularlo*. En efecto, la técnica legislativa y la normativa jurídica en general empleadas hasta la fecha se caracterizan por su *dispersión* y por su *coyunturalidad*. Esto, sin duda, es ya motivo suficiente para dificultar cualquier intento sistematizador y para producir, tanto en el intérprete como en el aplicador de las normas jurídicas, una gran confusión e in-

* Ponencia presentada en las "Jornadas sobre delitos económicos", celebradas en Madrid los días 25 y 26 de setiembre de 1981, organizadas por la Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social. Al texto original se le han añadido las notas imprescindibles para aclarar algunas cuestiones e indicar los materiales bibliográficos utilizados en su redacción. También cito en algunos casos las ponencias y comunicaciones presentadas en las "Jornadas", cuyos textos mecanografiados nos fueron facilitados a los participantes. En lo demás, el texto original permanece inalterado.

Publicado en *Cuadernos de Política Criminal*, número 16, año 1982, Instituto de Criminología, Madrid, y en Colombia, en *Revista del Colegio de Abogados del Valle del Cauca*, Número 6, Cali, 1982.

seguridad, hasta el punto de no saber nunca con claridad y certeza qué es lo que el legislador quiere prohibir, y mucho menos por qué quiere hacerlo. El uso y el abuso de la ley delegada, del decreto-ley, del reglamento y aun de las órdenes y circulares administrativas es una constante del sector, y es deplorable que toda esta normativa, con rango inferior al de la ley formal, entre en el derecho penal por la puerta falsa de la *norma penal en blanco*, que, en líneas generales, representa una burla del principio de legalidad¹.

Pero no son solo estas razones exclusivamente técnicas las que justifican o explican la situación existente en esta materia. Es la misma oscuridad de los intereses y derechos en juego, tan difíciles de reconducir a un bien jurídico protegido común como no sea el de un vago interés en el equilibrio del sistema económico² o un genérico orden público económico lo que dificulta un tratamiento unitario, seguro y eficaz de los mismos.

Es por ello interesante y realmente novedoso el intento que un importante sector doctrinal viene realizando en los últimos años de tratar unitariamente, con criterios sistemáticos y científicos, toda la regulación jurídicopenal del sector económico, creando para ello un derecho penal económico destinado, en principio, a encarar la tutela penal del orden económico, pero incardinándola dentro de una más amplia regulación de la que la parte penal solo sería su culminación³.

Lo que, sin embargo, ya no parece tan loable, es que ese intento puramente doctrinal se pretenda elevar a la categoría de dogma, es decir, de regulación jurídica vinculante, y se quiera dar carta de naturaleza a nivel legislativo a lo que no es más que un ensayo doctrinal todavía en sus inicios y no completamente convincente en todos sus extremos. El derecho penal económico es, sin duda, una parte muy importante del moderno derecho penal y quizás una de las que tengan más futuro, pero todavía falta una elaboración doctrinal capaz de decir con certeza cuáles son la extensión, el contenido y los límites que debe tener este sector del derecho penal. Y es por eso preocupante que se quiera ya

¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975, págs. 18 y ss. En general sobre los problemas dogmáticos que plantea la norma penal en blanco, cfr. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, trad. y adiciones de MIR PUIG y MUÑOZ CONDE, Barcelona, 1981, vol. I, págs. 150 y ss. Las mismas objeciones se le hacen en la doctrina italiana: cfr. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 1979, págs. 83 y ss. Sobre el abuso de esta técnica legislativa en el ámbito específico del derecho penal económico me remito a las ponencias de los profs. DELMAS MARTY (Francia), PEDRAZZI (Italia), TIEDEMANN (República Federal Alemana) y RIGHI (Méjico).

² Cfr. QUINTERO OLIVARES, "Economía e instrumentos represivos", en *Papers, Revista de Sociología*, 13, 1980, pág. 203.

³ En España estos intentos doctrinales se deben sobre todo a BAJO FERNÁNDEZ, quien en varias obras ha contribuido más que ningún otro autor a llamar la atención sobre este sector del derecho penal; cfr. sobre todo, BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid, 1977; también FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre criminalidad económica*, Barcelona, 1978. No sería, sin embargo, justo olvidar que fue el lamentado maestro QUINTANO RIPOLLÉS, el primero que, al agrupar en el volumen II de su magistral tratado (*Tratado de la parte especial del derecho penal*, tomo II, 2ª ed., puesta al día por Carlos García Valdés, Madrid, 1978) los delitos más íntimamente relacionados con el ámbito económico, destacó importantes peculiaridades de algunos de ellos que hasta entonces habían sido objeto de estudio como simples delitos patrimoniales. El tratado de QUINTANO abrió, además, el camino, tanto en esta materia como en otras, a posteriores investigaciones que han constituido la base doctrinal en los últimos años. A algunas de estas investigaciones haremos referencias en el lugar oportuno.

dar por supuesto y resuelto con la normativa jurídica que se proyecta un problema que tiene sus raíces fuera del derecho penal y que, por lo tanto, mal se puede solucionar solo con el derecho penal, si este no va acompañado de reformas más radicales y urgentes de la realidad social, política y económica.

Sería, no obstante, prematuro y desacertado decir, ya de entrada, que todo intento legislativo de regular *unitariamente* el derecho penal económico debe ser rechazado sin más. Parece evidente que, cualquiera que sea el criterio que se adopte para hacerlo, una materia como esta debe ser tratada con la mayor corrección dogmática y no dejarla abandonada al arbitrio y a la improvisación. Los esfuerzos doctrinales realizados para enfrentarse con el problema no pueden ser ignorados y desechados como simples ensayos más o menos ingeniosos de teóricos sin ninguna incidencia práctica. Si alguna claridad empieza a haber en el tema y algo de la actual situación empieza a cambiar se debe, entre otras cosas, a que alguien se ha ocupado de señalar con el dedo dónde están los problemas y cómo hay que empezar a solucionarlos. Lo que, sin embargo, parece también evidente es que esos ensayos doctrinales y proyectos legislativos deben ser analizados en un contexto más amplio, en el que, además de los problemas específicamente jurídicopenales, se tengan en cuenta otros no menos importantes, como los políticos, los sociales y los económicos que de algún modo constituyen las coordenadas ideológicas, en las que se mueve la normativa jurídica que se propone.

Desde este punto de vista voy a ocuparme en mi ponencia de *La ideología de los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*⁴, cuyo título VIII, dentro del libro II, dedica nada menos que once capítulos y cincuenta y siete artículos a regular esta materia.

⁴ Para evitar malos entendimientos, conviene precisar desde un principio que utilizo el concepto de 'ideología' en un doble sentido: como "un sistema de opiniones que, fundándose en un sistema de valores admitidos, determina las actitudes y comportamientos de los hombres con relación a los objetivos deseados del desarrollo de la sociedad, del grupo social o del individuo" (así SCHAFF, *Sociología e ideología*, Barcelona, 1971, pág. 22); y como "una racionalización teórica, gracias a la cual se explica a través del cierre, lo que es aún inexplicable" (así CASTILLA DEL PINO, *Psicoanálisis y marxismo*, 2ª ed., Madrid, 1971, pág. 23). En el primer caso se alude a una concepción descriptiva y neutra de la ideología; en el segundo, a una falsa conciencia de la realidad que impide la comprensión de la realidad tal cual es. Tanto uno como otro sentido del concepto de ideología deben ser tenidos en cuenta en el ámbito del derecho, ya que nada hay en él que no sea ideológico en ese doble sentido, ya que en ningún caso el derecho es valorativamente neutro. Sin por ello desprestigiar el análisis dogmático, al que haré después referencia, me parece especialmente importante en estos momentos y en esta materia poner de relieve el sistema de valores que inspira el *corpus* normativo que se proyecta y la función real que puede desempeñar si llega a aprobarse. Esto es, por lo demás, obligado desde las más estrictas reglas de la hermenéutica jurídica. La ambigüedad inherente al lenguaje jurídico y a los textos jurídicos en general obliga en muchos casos a una interpretación semántica de las proposiciones jurídicas que adquieren todo su sentido, situándolas en el contexto social, político y económico en el que se producen (cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 141 y ss.; CASTILLA DEL PINO, "La insuficiencia funcional del lenguaje", en *Sistema*, 2, 1973, págs. 5 y ss.). Solo así pueden descubrirse la ideología como sistema de valores e intereses (legítimos o ilegítimos, que esa es otra historia), a los que sirve la normativa jurídica, y la ideología como falsa teorización de los problemas. Del contexto se deduce cuándo me refiero a uno u otro tipo de ideología. En todo caso me importa destacar que mi interés no se centra tanto en señalar cuál es la ideología que configura el Proyecto de Código Penal en esta materia, como en indicar los factores, relaciones de producción, etc., que configuran esa ideología. Sobre la ideología en derecho penal, cfr. MORILLAS CUEVA, *Derecho penal e ideología*, Granada, 1978; TOSCA HERNÁNDEZ, *La ideologización del delito y de la pena*, Caracas, 1977; BARBERO SANTOS, *Política y derecho penal*, Madrid, 1977.

Nunca hasta entonces, por lo menos en nuestro país, se le había dedicado tanta atención a la delincuencia económica como le dedica el Proyecto. Y ello, obviamente, es producto de esas inquietudes doctrinales que algunos redactores del Proyecto han hecho suyas; pero también de un determinado contexto social, político y económico que no se puede ignorar, si se quiere comprender correctamente el alcance de la innovación y la polémica que ha surgido en torno a ella. De este contexto me voy a ocupar acto seguido.

2. El Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal representa la culminación de un proceso de reformas legislativas que se inicia en 1976 con objeto de adaptar la legislación básica del país a la nueva situación política que se inicia a raíz de la muerte del anterior jefe del Estado⁵. Punto de partida de estas reformas fue, en el ámbito del derecho penal, la por lo demás insuficiente ley de 19 de julio de 1976, que modificó el panorama del derecho penal político del anterior régimen, al borrar del catálogo de las asociaciones ilícitas la mención expresa de los partidos políticos.

A esta ley fueron siguiendo otras que paulatinamente iban derogando aquellos preceptos penales que menos en consonancia estaban con la nueva situación política surgida de las *primeras elecciones democráticas de 15 de junio de 1977*. Así, por ejemplo, se despenalizaron el adulterio y la expendición de anticonceptivos, se modificó la edad de la mujer en los delitos de estupro y rapto, se suprimieron los delitos contra las leyes fundamentales y las instituciones típicamente franquistas, y se crearon otros, como el delito de tortura y el delito fiscal, que realmente significaban, siquiera a nivel legislativo, una auténtica ruptura con la situación legislativa anterior.

Muchas de estas reformas se hicieron con la colaboración y anuencia de los partidos de la izquierda parlamentaria, que por medio de los Pactos de la Moncloa y durante todo el período constituyente, que culminó con la aprobación de la Constitución, no tuvieron ningún inconveniente en colaborar con el partido del gobierno en todo este proceso de reformas legislativas (período del consenso).

Todas estas medidas eran evidentemente urgentes y necesarias, pero insuficientes para adaptar el viejo Código Penal a la nueva realidad. No solo la realidad política, sino también la social y la económica, habían cambiado profundamente. Y este cambio dejaba desfasadas las normas de un texto legal pensado para realidades diferentes. Las paredes maestras del Código Penal vigente, agrietadas por el trascurso del tiempo, se resquebrajaban cada vez que se introducía un precepto nuevo ajeno a su espíritu y a su sistema. La larga dictadura franquista había agudizado aún más el profundo divorcio que desde hacía muchos años se venía produciendo entre la legalidad penal vigente y la realidad que pretendía regular. Este divorcio se hacía aún más patente en el

⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, "Reformas Penales 1977", en *C.P.C.*, núm. 4, 1978, págs. 118 y ss.; *Delito penal en España: entre dictadura y democracia*, Universidad Central de Caracas, Caracas, 1981; BARBERO SANTOS, ob. cit.; GIMBERNAT ORDEIG, "El sistema de penas en el futuro Código Penal", en *La reforma del Derecho Penal*, Barcelona, 1980, págs. 184 y ss.

ámbito de los delitos económicos, verdadera plaga en los años del desarrollo económico, en los que los más graves escándalos financieros quedaron prácticamente al margen de las previsiones legales punitivas⁶.

No obstante, hay que decir honradamente que esta falta de previsiones legales para las nuevas formas de la criminalidad económica no solo se da en nuestro viejo texto punitivo, sino que es una constante que durante muchos años se viene denunciando de otros códigos penales europeos menos antiguos que el nuestro.

A esta situación condujo un mal entendimiento del carácter vicarial y fragmentario del derecho penal, al que se asignaba la represión de hechos típicos y en cierto modo inevitables de las clases subalternas, mientras que se dejaban sin sanción otros hechos gravemente perjudiciales para los intereses económicos colectivos⁷. Los códigos penales decimonónicos, inspirados sin duda por esta ideología, se caracterizan más por lo que no castigan (los "no contenidos") que por lo que castigan en esta materia⁸. La criminalización de los "delitos económicos" de los "delitos de cuello blanco"⁹, como empezó a llamarse este tipo de delitos a partir de los años treinta, era ya, por consiguiente, bastante deficiente y poco eficaz desde los niveles de la selección primaria a través de la tipificación en las normas penales de los abusos más intolerables.

⁶ Cfr. VILADAS JENE, "Notas sobre la delincuencia económica en España", en *A.D.P.*, 1978, págs. 635 y ss. Para caracterizar mejor la delincuencia económica durante el franquismo, creo que hay que distinguir dos etapas claramente diferenciadas: el *delito económico de la miseria*, característico de la posguerra civil, de los años del hambre, en los que la escasez de todo tipo de bienes determinó el nacimiento del *mercado negro* y del *estrapelio*, en los que muchas personas sin escrúpulos y adictas al régimen franquista amasaron enormes fortunas a costa del hambre y la miseria de una gran parte de la población; el *delito económico de la prosperidad* que se dio especialmente al amparo del desarrollo económico de los años 60 y principios de los 70. El mal llamado *milagro económico español* nada tuvo de santo, ya que a su amparo se dieron graves casos de fraudes financieros y de corrupción administrativa como hasta entonces nunca se habían dado en esa magnitud en España. Todo ello con la complicidad de una Administración implicada con los intereses de ciertos grupos económicos y de presión a los que descaradamente favorecía. Basta recordar solo dos casos, que no son los únicos, pero sí los más representativos de la época: MATESA y SÓFICO. Como bien dice VILADAS JENE, ob. u cit., fueron "la censura y la falta de libertades públicas las que, durante el franquismo, forzaron la pasividad de los ciudadanos ante la dilapidación de los recursos financieros del Estado, ante la destrucción a menudo irreparable de la ecología campestre y ciudadana y ante las múltiples estafas a las economías familiares más modestas".

⁷ Sobre la ideología del carácter fragmentario del derecho penal cfr. BARATTA, "Criminología e dogmática penal", en *La Questione Criminale*, anno V, núm. 2, maggio-agosto 1979, págs. 168 y ss.

⁸ Sobre los "no contenidos del derecho penal", cfr. SCHUMANN, "Gegestand und Erkenntnisinteresse einer konflikttheoretischen Kriminologie", en *Kritische Kriminologie*, Munich, 1974, págs. 77 y ss.

⁹ La expresión *white-collar-criminality* aparece por primera vez en SUTHERLAND, "White-Collar-Criminality", en *American Sociological Review*, núm. 5, 1940, págs. 7 y ss., aunque ya en 1872 destacó EDWIN C. HILL, *la existencia de capitalistas criminales*. También en todo el discurso marxista está implícito el concepto del capital como explotación y del capitalista como enemigo de clase del proletariado. Con todo, el concepto de "delincuente de cuello blanco" no está todavía bien definido ni en la criminología ni en la sociología (cfr. SCHNEIDER, "Wirtschaftskriminalität", en *Handwörterbuch der Kriminologie*, tomo III, 1975, págs. 656 y ss.). En la dogmática juridicopenal es poco utilizable, ya que el derecho penal económico es también un derecho penal de acto y no de autor, lo cual no excluye que en algunos tipos delictivos sean especialmente relevantes determinadas cualidades personales de los sujetos activos, ya que, al fin y al cabo, muchos de ellos son *delitos especiales*, cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1. Allg. Teil, 1976, pag. 52.

Pero tampoco los mecanismos de selección secundaria (tribunales, jueces, fiscales y policía) hacían mucho por remediar esta situación cuando ello, teóricamente al menos, era posible. Si alguna vez, excepcionalmente, se ha castigado severamente a alguno de estos "delincuentes de cuello blanco", se han puesto en marcha inmediatamente otros mecanismos extra, para o ilegales, generalmente subculturales, como el "amiguismo", el "enchufe" o el "soborno", que han atenuado o incluso evitado el peso de la sanción penal¹⁰.

Ante esta situación, el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, en lo que a esta materia se refiere, supone un giro importante de la tradicional concepción del derecho penal hacia formas más justas, sociales y democráticas de entender el ejercicio del poder punitivo del Estado.

Si en virtud del *principio de intervención mínima*¹¹, que la Exposición de Motivos cita como uno de los principios inspiradores de todo el Proyecto, parece legítima la tutela penal selectiva de ciertos bienes jurídicos fundamentales para la sociedad, parece lógico que también se protejan penalmente, con la mayor claridad y contundencia, los intereses económicos de la colectividad, y no los de un grupo privilegiado de personas. El principio de intervención mínima no quiere decir solo que el derecho penal, como *ultima ratio* de la política social, debe entrar en acción lo menos posible, sino también que cuando intervenga lo haga precisamente porque la importancia del bien jurídico atacado y la gravedad del ataque sean de tal magnitud que ya no quepa otra solución que recurrir a esta *ultima ratio*, al arma de defensa de la sociedad más terrible y dura de cuantas dispone el ordenamiento jurídico del Estado. Parece evidente que uno de estos bienes jurídicos fundamentales es lo que en la rúbrica del título VIII del Proyecto se denomina, con dudoso acierto, "orden socioeconómico" y que, por lo tanto, no se infringe el principio de intervención mínima al querer tutelarlos penalmente. Lo que probablemente no ha sido tan acertado sea la forma como se han seleccionado y descrito en los tipos penales correspondientes del título VIII los ataques a dicho orden socioeconómico. En algunas ocasiones se ha pecado por defecto al no incluir en su catálogo comportamientos ciertamente merecedores de pena; y en otras, por exceso, al sancionar penalmente lo que muy bien pudiera ser objeto de otro tipo de sanciones menos drásticas y más eficaces que las penales. Pero de lo que no cabe duda es de que, en líneas generales, el título VIII debe ser valorado positivamente desde el punto de vista del principio de intervención mínima, y que representa una dosis de buena voluntad y de interés en adaptar la legalidad penal a las nuevas exigencias políticas, sociales y económicas que no puede ser menospreciada, cualquiera que sea después la opinión que merezca, desde otros puntos de vista, la regulación que se propone.

Por eso no puede extrañar que las críticas más acerbas que se han hecho al Proyecto en esta materia provengan de los sectores políticos más reaccionarios y económicamente más privilegiados. La sola posibilidad de que se llegue

¹⁰ Cfr. *infra*, nota 40.

¹¹ Cfr. MUNOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 59 y ss.

a adecentar un poco el mundo de las relaciones económicas es ya motivo suficiente para alarmar a los que lo dominan y manipulan, a los que solo pretenden el lucro, aunque sea a costa de la especulación, la explotación y el fraude como sistema.

Pero, pensándolo bien y tal como van quedando las cosas en este país, quizás no debieran alarmarse tanto. El Proyecto, en esta materia, tiene más un valor testimonial y simbólico que una eficacia práctica inmediata. Como antes he dicho, es difícil que el derecho penal solo pueda solucionar un problema que tiene sus raíces fuera del derecho penal y en cuya solución hay que emplear otros medios y recursos, además de los específicamente juridicopenales. Son muchas las razones, sin embargo, que hacen pensar que estos otros medios, que suponen un cambio de mentalidad y de estructuras, no se van a utilizar, o por lo menos no se van a utilizar con la necesaria intensidad. Pero es el propio Proyecto de Código Penal el que encierra ya en su seno elementos involutivos capaces de obstaculizar cualquier intento serio por transformar la actual situación, si era esto lo que realmente se pretendía. Veámoslo con cierto detenimiento.

3. En la Exposición de Motivos del Proyecto se dice que en el título VIII, "que en su conjunto constituye una de las mayores novedades, se otorga carta de naturaleza como objeto de protección penal al orden económico entendido en su sentido amplio, como equivalente a regulación de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios de tan elevada importancia para la vida del país". Que un orden económico así entendido es incapaz de servir de bien jurídico común y de criterio rector en la interpretación de los concretos tipos penales¹² es algo tan evidente que apenas necesita ser señalado. Como ha sido puesto de relieve por quienes se han ocupado del tema, con la utilización de un concepto de orden económico tan vago e impreciso fracasa cualquier intento de establecer el bien jurídico protegido en todo el título VIII a través de la rúbrica genérica que lo encabeza¹³. Es necesario, por tanto, recurrir a otras claves que permitan descubrir tan importante extremo.

¹² Utilizo aquí el concepto de bien jurídico en el sentido dogmático tradicional, como contenido material del injusto, al que se asignan además diversas funciones metodológicas, exegéticas y sistemáticas; cfr., a nivel de obras generales, JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, cit., vol. I, págs. 350 y ss.; COBO-VIVES, *Derecho penal*, Parte general, II, Valencia, 1981, págs. 92 y ss.

¹³ Así STAMPA BRAUN en ponencias a estas jornadas; cfr. también STAMPA BRAUN-BACIGALUPO: "La reforma del derecho penal económico", en *El proyecto de Código Penal*, volumen colectivo que recoge las intervenciones habidas en un ciclo de conferencias organizado por el Colegio de Abogados de Barcelona en 1980, págs. 147 y ss. (también aparecido como número monográfico de la *R.J.Cat.*). Sin embargo, RODRÍGUEZ MOURULLO considera en su ponencia a estas Jornadas que tal crítica es infundada, porque, en ningún caso, el orden socioeconómico al que se alude en el título VIII del Proyecto, constituye un bien jurídico común a todos los delitos que en él se contienen, sino solo un concepto de referencia ('el orden') que sirve para agrupar diversos bienes jurídicos que en dicho título se protegen (cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, "Los delitos económicos en el Proyecto de Código Penal", en *A.D.P.*, 1981, págs. 707 y ss.). Cfr. también RUIZ VADILLO, "Los delitos contra el orden socioeconómico", en *Anuario de la Escuela Judicial*, núm. XIII, julio 1981, págs. 201 y ss.

Como marco de referencia para ello se presenta la Constitución española de 1978, que contiene varias normas de carácter específicamente socioeconómico, mediante las cuales se establecen los principios que rigen la actividad económica de los individuos y del Estado¹⁴. Estas normas son, sin embargo, tan ambiguas que difícilmente puede deducirse de ellas con claridad cuál es el modelo económico que realmente sirve de base al orden constitucional en general y al título VIII del Proyecto de Código Penal en particular. A la ambigüedad inherente al lenguaje jurídico en general se añade en este caso la ambigüedad intencionalmente buscada por los redactores del texto constitucional para conseguir el mayor consenso posible en los distintos partidos constituyentes. Como se ha señalado por los más destacados intérpretes de nuestro texto constitucional, en él pueden encontrarse preceptos como el art. 38 ("Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado"), que claramente reflejan un modelo económico capitalista de economía de mercado; y otros que, por el contrario, pueden considerarse como reflejos de una economía planificada o socialista, tales como el art. 128 ("1. Toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere, está subordinada al interés general. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar el sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas, cuando así lo exigiere el interés general") y el 131,1 ("El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución").

Cualquiera que sea la interpretación que se pueda dar a estas y a otras normas de nuestro texto constitucional, lo que sí parece claro es que en ellas se observa la tendencia cada vez mayor del Estado a intervenir en la vida económica. En el fondo de esta tendencia está el convencimiento profundo, cada vez más arraigado en las clases dirigentes, del fracaso del modelo económico capitalista puro, incapaz de asegurar su supervivencia con el automatismo de los mecanismos de la economía de mercado. Es necesaria la ayuda cada vez más amplia y regular que le presta una fuerza teóricamente ajena a la vida econó-

¹⁴ Sobre la llamada "Constitución económica", y en relación concretamente con la interpretación de los conceptos económicos de la Constitución, cfr. GARCÍA PELAYO, "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Zaragoza, 1979, págs. 29 y ss.; FONT GALÁN, "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 152, 1979, págs. 205 y ss.; MORIS, "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis" en *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por los profesores PRADIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1980, págs. 361 y ss.; TAMAMES, *Estructura económica de España*, 13ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1980, vol. 2, págs. 1207 y ss. Sería interesante, y no ya solo en relación con estos preceptos de contenido económico, sino también con la Constitución en general, someter esta a una interpretación económica del tipo del que propuso para la Constitución americana BEARD, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, New York, 1913, quien, a través de un análisis plurisectorial de la estructura de la sociedad americana de 1787, de los intereses representados por los miembros de la Comisión que redactó la Constitución, de la forma de ratificación de la misma del cuerpo electoral, etc., considera la Constitución como un documento económico. Cfr. también HASSEMER-STEINERT-TREINER, en *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, vol. III (Strafrecht), edit. por Lüderssen y Hassemer, Munich, 1978, págs. 5 y ss.

mica: el Estado. Precisamente la principal característica de los sistemas económicos neocapitalistas que, al hilo de la experiencia de Roosevelt en los Estados Unidos de América en los años treinta, surgen en los países europeos occidentales tras la Segunda Guerra Mundial es la intervención del Estado en la vida económica, bien al lado de la iniciativa privada, bien sustituyéndola de un modo más o menos amplio¹⁵. Y es esta creciente intervención del Estado en materia económica lo que da origen al derecho penal económico.

La intervención del Estado mediante el ejercicio de su poder punitivo en el ámbito de las relaciones económicas no fue, sin embargo, desconocido en otras épocas anteriores¹⁶. Ya en el derecho romano se prevenían sanciones para los que especularan con los precios de los cereales o evadieran impuestos, e iguales medidas punitivas se prevenían en la Edad Media para los que infrinjan las normas sobre calidad o precio de los productos en los mercados. En la Edad Moderna se encuentran numerosas disposiciones legislativas que sancionaban penalmente las infracciones en materia de concesiones y monopolios reales sobre determinados productos. Solo en el siglo XIX se observa un cierto descenso de esta intervención estatal en la economía, sin duda por influencia de las doctrinas liberales económicas dominantes en la época. Pero pronto en el siglo XX volvió a surgir con mayor fuerza el intervencionismo penal estatal en la economía, favorecido por la crisis económica que se sucede entre las dos guerras mundiales. Son estas razones coyunturales las que igualmente determinaron en nuestro país, durante la guerra civil e inmediatamente después de ella, la aparición de una legislación penal excepcional, destinada a sancionar con graves penas las infracciones en materia de tráfico de divisas, formación de precios, especulación y acaparamiento de productos de primera necesidad, etc.¹⁷.

Sin embargo, la desaparición de estos factores coyunturales no determinó la derogación más o menos expresa de esta legislación penal excepcional, sino su reconversión en una regulación jurídicopunitiva más amplia de todo el sector económico con una vocación de permanencia. Las razones de por qué lo que originariamente se había considerado excepcional se convierte en una regla general son varias y de muy diversa índole. El desmesurado crecimiento económico de la producción, no respaldada por unas necesidades objetivas, debido en parte al aumento de las industrias bélicas, la continua inflación, las crisis

¹⁵ Sobre la evolución del capitalismo hacia el neocapitalismo y la crisis del capitalismo en general, cfr., MANDEL, *Introducción al marxismo*, Barcelona, 1976, págs. 55 y ss. Cfr. también SCHUMPFER, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 4ª ed., Londres, 1954. Hoy en día ya casi nadie niega la necesidad de la intervención del Estado en la economía; lo que se discute son las metas de esa intervención y los intereses a los que sirve. Sobre el estado actual de lo que se llama "economía mixta", cfr. SAMUELSON, *Curso de economía moderna*, trad. de José Luis Sampedro, adaptación a la 9ª ed. norteamericana por Luis García de Diego, decimoséptima edición, sexta reedición, Madrid, 1979, págs. 47 y ss. Cfr. sobre esta evolución y la repercusión del derecho económico en el "capitalismo organizado", NAHAMOWITZ, "Wirtschaftsrecht im «Organisierten Kapitalismus»", en *Kritische Justiz*, 14, 1, 1968, págs. 34 y ss.

¹⁶ Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., vol. 1, pág. 42.

¹⁷ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, "El derecho penal económico, un estudio de derecho positivo español", en *A.D.P.*, 1973, págs. 91 y ss.

económicas con sus secuelas de paro y reivindicaciones de las clases obreras, habían convertido el sistema de la economía de mercado en una jungla en la que no se respetaban las reglas del juego básicas de la economía capitalista, amenazando su supervivencia. El Estado se ve obligado a intervenir, y pasa así de ser mero espectador de la vida económica a principal protagonista, de Estado liberal a Estado social. Lo que en otras épocas no había sido más que un fenómeno transitorio o coyuntural, se convierte en la principal base del sistema. Lo que en otras épocas no había sido más que un episodio aislado o un sector muy especializado del derecho penal tradicional, se convierte ahora en uno de los sectores más importantes y complicados.

Visto a la luz de la evolución que brevemente se acaba de exponer, el título VIII del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal constituye el reflejo jurídico punitivo del modelo socioeconómico que sirve de base a nuestro orden constitucional, y así ha sido entendido por un sector importante de la doctrina científica más cualificada. Sin embargo, el que esto sea así es más que cuestionable, y es precisamente lo que suministra la base para las críticas que contra dicho título se han formulado.

4. La primera contradicción que inmediatamente salta a la vista es la de que no todos los derechos de contenido socioeconómico protegibles penalmente se tutelan en el título VIII, como podría entenderse a la vista del pomposo título que lo encabeza: "Delitos contra el orden socioeconómico", porque nadie dudará que la propiedad privada es uno de los derechos fundamentales de contenido socioeconómico reconocidos en la Constitución (art. 33,1), en inmediata conexión con el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38), del que la propiedad privada es su principio fundamental. Pues bien, la tutela de la propiedad privada se lleva a cabo en un título diferente, el V, bajo la rúbrica genérica de "Delitos contra el patrimonio"¹⁸, al que se ocupa de los "Delitos contra el orden socioeconómico".

Esta contradicción no tendría más alcance que el puramente sistemático, si no fuera porque, a pesar del tratamiento separado de uno y otro grupo de delitos, se observan extrañas relaciones entre uno y otro y diversas contradicciones valorativas, difíciles de comprender en el plano de una política criminal racional y eficiente. Veamos algunos ejemplos.

a) Entre las "novedades" que aporta el título VIII del Proyecto encontramos los "delitos financieros", tipificados en el capítulo VI. La finalidad policriminal de esta regulación expresa de tal materia es sin duda loable: acabar con los abusos que en el ámbito de las sociedades mercantiles, y especialmente de las anónimas, se cometen, en frecuentes ocasiones impunemente. Pero quizás no se haya caído en la cuenta que esta impunidad, ciertamente deplorable, no se debe, como fácilmente puede pensarse a la vista del Proyecto, a la imposibilidad legal de castigar tales hechos conforme al Código Penal vigente, sino a una serie de mecanismos, para o metajurídicos, pero indudablemente

¹⁸ Cfr. HUERTA TOCILDO, "Los delitos patrimoniales en el Proyecto de Código Penal de 1980", en *C.P.C.*, n. 15, 1981, págs. 473 y ss.

reales, que condicionan en la práctica la aplicación de las normas penales a tales hechos¹⁹. El Código Penal vigente ofrece, sin duda, grandes lagunas de punibilidad en muchos aspectos de la criminalidad económica, pero también contiene tipos tradicionales de delitos, como las estafas, la apropiación indebida y las falsedades documentales, que, aun con grandes defectos en su regulación actual, son perfectamente aplicables a prácticamente todos los supuestos de hecho de las normas que disciplinan los delitos financieros en el Proyecto. Es más, tanto la doctrina como un importante sector de la jurisprudencia españolas, han defendido invariablemente la aplicación de los preceptos relativos a la estafa, a la apropiación indebida o a las falsedades documentales, especialmente en documento mercantil, a los casos de "creación de sociedades de fachada", "utilización indebida del capital o beneficios sociales" "falsificación de balances", etc., que son los supuestos de hecho más característicos de los "nuevos" delitos financieros del Proyecto²⁰. Y no se trata aquí de hacer ningún tipo de analogía *in malam partem* o de cualquier otro tipo de interpretación extensiva de dudosa compatibilidad con el principio de legalidad, sino de aplicar, con el más estricto respeto al principio de legalidad, los preceptos tradicionales cuyos términos estrictos no se oponen a ello. Basta solamente mirar cómo se han reconducido los preceptos casuísticos que disciplinan las estafas y otros engaños en nuestro Código Penal vigente a una teoría general de la estafa perfectamente adaptable al más modesto timo de la estampita o el tocotoco y al más grave y rebuscado de algunos delitos financieros²¹. Y lo mismo sucede con la apropiación indebida y con las falsedades documentales.

¹⁹ Cfr. CÓRDOBA RODA, "Consideraciones sobre la jurisprudencia penal", en *R.J. Cat.*, 1974; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 158 y ss.

²⁰ Cfr. OLIVA GARCÍA, "Sobre el llamado delito financiero", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. XVI, núm. 43, págs. 7 y ss., que comenta la S. T. S. 23 junio 1973, que apreció en un supuesto de utilización indebida del capital social el delito de apropiación indebida. Sin embargo, tanto OLIVA como la S. T. S. aluden al "vacío normativo" que en algunos de estos casos se da en el Código Penal vigente. Algunos de estos vacíos normativos podrían ser subsanados con la creación de algún tipo específico similar a la infidelidad patrimonial alemana (*Untreue*). Pero si se analizan bien las causas de este vacío normativo se ve inmediatamente que ello se debe sobre todo, a que estos delitos se dan en el ámbito de sociedades mercantiles, especialmente anónimas, siendo la estructura de estas la principal dificultad para la exigencia de responsabilidades penales a las personas físicas que por ellas actúan. Una solución a este problema puede encontrarse en la creación de cláusulas especiales que faciliten en estos casos la exigencia de responsabilidades individuales de administradores, gerentes, etc. Así, por ej., sucede con el § 14, StGB y el art. 35 del Proyecto de Código Penal (sobre este problema en general, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, cfr. MUÑOZ CONDE, "La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles", en *C.P.C.*, núm. 3, págs. 171 y ss.). Sobre la problemática general de los delitos financieros, cfr. DEL ROSAL, *Derecho penal de sociedades anónimas*, vol. 1, Madrid, 1971; HEREDERO, *Los delitos financieros en la jurisprudencia española*, Barcelona, 1969; OLIVA, *ob. cit.*, y también la comunicación a estas Jornadas del fiscal Conde Pumpido. Sobre la regulación que propone el proyecto, cfr. además de la comunicación aludida, GÓMEZ BENÍTEZ, "Notas para una discusión sobre los delitos contra el orden socioeconómico y el patrimonio en el Proyecto de 1980 de Código Penal", en *A.D.P.*, 1980, págs. 478 y ss.; PIQUÉ VIDAL, "La protección penal de los accionistas" en *El Proyecto de Código Penal*, cit., págs. 167 y ss.

²¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 3ª ed., (tercera reimpression de la 2ª ed., con Anexos de actualización legislativa). Sevilla, 1980, págs. 221 y ss., siguiendo, como en general la doctrina española, la magistral concepción de la estafa propia que en su día propuso ANTÓN ONECA, voz *Estafa*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo IX (1958), págs. 57 y ss.

Es difícil, por tanto, considerar que la nueva regulación de los delitos financieros que propone el Proyecto cubra realmente lagunas de punibilidad que se hayan puesto de manifiesto ya anteriormente por la doctrina y la jurisprudencia. Pero si así fuera, seguiría sin comprenderse muy bien por qué esta materia tiene que ser tratada en un título distinto al título en el que se tipifican las estafas, apropiaciones indebidas, etc., de las que, en todo caso, los delitos financieros serían subespecialidades. La incidencia en el ámbito socioeconómico no sería, desde luego, motivo suficiente para este tratamiento separado. En primer lugar, porque no siempre en los delitos financieros de la pequeña y mediana empresa se ve afectado algo más que un derecho patrimonial. En segundo lugar, porque el derecho de sociedades, por muy importante que sea para la vida económica de un país, sigue siendo un derecho privado patrimonial, como lo demuestra su situación en el ámbito del derecho mercantil. Y en tercer lugar, porque la regulación que propone el Proyecto está prevista fundamentalmente para los delitos financieros que se dan frecuentemente en el ámbito de la pequeña y mediana empresa (cfr. por ejemplo, arts. 363 y 366), y no para aquellos abusos más característicos de las grandes empresas, especialmente bancarias. Así, por ejemplo, en el art. 368 se castiga la utilización indebida por parte de los administradores del capital o de los beneficios sociales en perjuicio de los socios, pero no de otras personas, como depositarios, cuentacorrentistas, etc., que en el ámbito de la actividad bancaria son los que resultan normalmente perjudicados²².

Es muy curioso, además, que se haya hecho la regulación sin pensar mucho, o al menos así lo parece, en la legislación mercantil que regula el derecho de sociedades. Con ello se corre el peligro de entrar en contradicción con ella, con la consiguiente inaplicabilidad de la regulación penal, que quedaría ya desde el principio relegada y desprestigiada. Así, por ejemplo, el art. 363 castiga a los que “se valieren de una sociedad mercantil... para —entre otras cosas—

²² En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, *ob. cit.*, págs. 477 y 484. Esta laguna no se produce, en cambio, con el actual delito de apropiación indebida. Así, p. ej., la antes citada S. T. S., 23 junio 1973, no tuvo inconveniente en apreciar este delito en la conducta del presidente del Consejo de Administración de un Banco, del que era a su vez único accionista, que utilizó indebidamente el capital social en perjuicio de los cuentacorrentistas e impositores. Esta postura jurisprudencial sigue siendo válida, aun en aquellos casos en los que los fondos de garantía creados especialmente al efecto garanticen la devolución de su dinero a los cuentacorrentistas e impositores de las instituciones bancarias en crisis: en primer lugar, porque estos fondos de garantía se crean muchas veces *ex post* una vez provocada la crisis, para evitar grandes perjuicios económicos a una gran masa de personas, generalmente humildes, y el consiguiente deterioro del prestigio de las entidades bancarias; en segundo lugar, porque la devolución no siempre es total y, en todo caso, la demora en el cobro, el cese de los intereses, etc., representa siempre un perjuicio económicamente relevante; y, en tercer lugar, porque, en todo caso, se produzca o no el perjuicio patrimonial, en el art. 535 caben también las formas imperfectas de ejecución y una de las formas de conducta típica en él incluidas es el uso irregular de los fondos depositados o dados para su administración, cuando dicha utilización excede los límites de lo que corresponde a los títulos de depósito y administración y se hace con ánimo de lucro. Algo similar ocurre con el Fondo de Garantía Salarial en materia de crisis fraudulentas de empresas prevista en el art. 499 bis del vigente Código Penal (cfr. PÉREZ PÉREZ, *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Barcelona, 1980). Lo cual no quiere decir naturalmente que dichos seguros no tengan efecto sobre la responsabilidad civil.

eludir el cumplimiento de sus débitos personales”. Un precepto de este tipo, estrictamente interpretado, debería conducir sin más a la punición de todos los que formen parte de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, ya que pertenece a la esencia de estas sociedades el que el socio trate precisamente, por intermedio de ellas, de eludir sus responsabilidades personales de carácter patrimonial, limitando su responsabilidad al patrimonio social. Evidentemente aquí se está pensando en otra cosa: en que la creación de una sociedad tenga por objeto la comisión de algún fraude, delito fiscal, etc.; pero entonces para la punición bastaría con los preceptos de las asociaciones ilegales o con los de los delitos que se cometieran al amparo de la sociedad. Otro caso similar tenemos en el art. 367, que con su redacción literal (“aparentar haber desembolsado el capital social suscrito”) da a entender que los socios tienen obligación de desembolsar en todo caso el capital social suscrito, lo que no siempre es obligatorio. Así, por ejemplo, en las sociedades anónimas solo hay obligación de desembolsar una parte del capital suscrito (el 25%). Tampoco es tan fácil de precisar el segundo inciso del artículo (“entregas ficticias o simulación o inflación de aportaciones”), ya que junto a las aportaciones dinerarias la Ley de Sociedades Anónimas admite las “no dinerarias”, *in natura* y las “accesorias”, y establece además en su art. 32 un régimen de revisión de las mismas (piénsese, por ejemplo, en las revalorizaciones por plusvalías). En el art. 367 se habla también de “adoptar acuerdos sociales por una mayoría ficticia en contra de los intereses de la generalidad de los socios”, sin tener en cuenta que muchas veces una minoría de socios tiene la mayoría del capital y que para el orden socioeconómico más importante que los intereses de la generalidad de los socios es el interés u objetivo social²³.

Pero todos estos defectos, con ser tan graves, no son, sin embargo, los más importantes. Hay otros que realmente hacen dudar de que la finalidad policríminal del Proyecto en esta materia sea la de proceder severamente contra los delitos financieros. El principal y más chocante obstáculo que para llevar a cabo esta finalidad policríminal surge es el de la discordancia valorativa que resulta de la comparación de los marcos penales que tienen asignados estos delitos financieros con los marcos penales de las estafas, apropiación indebida, falsedades documentales, etc., en las que tales delitos, según antes se ha dicho, podrían subsumirse en principio. Lo lógico hubiera sido que el tratamiento autónomo de los delitos financieros que propone el Proyecto tuviera la finalidad de agravar la pena de estos delitos frente a la de las estafas, apropiación indebida y falsedades documentales. Ello se justificaría porque a la lesión patrimonial concreta que producen se añade el perjuicio al orden socioeconómico que el Proyecto como nuevo bien jurídico quiere proteger en estos delitos. Paradójicamente, sin embargo, y aunque cueste creerlo, los delitos financieros del capítulo VI del título VIII, incluso en aquellos supuestos en los que inequívoca-

²³ En el mismo sentido GÓMEZ BENÍTEZ, *ob. cit.*, pág. 483. Sobre el objeto social, cfr. BROSETA PONT, “Determinación e indeterminación del objeto social en la ley y en los estatutos de la sociedad anónima”, en *Revista de Derecho Notarial*, 1970; cfr. también GARRIGUES-URÍA, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. 1, 3ª ed., Madrid, 1976, págs. 241 y ss.

mente se tipifican estafas, apropiaciones indebidas y falsedades documentales, resultan más levemente penados que estos delitos. Confróntense, por ejemplo, las penas que tienen asignadas las estafas y la apropiación indebida en el Proyecto (arts. 256, 257 y 258), que pueden llegar hasta los seis años de prisión, y que normalmente oscilan entre seis meses y cuatro años, además de las multas que en cada caso correspondan, con las penas de los delitos financieros, que oscilan entre los seis meses y los dos o tres años de prisión, y además de las multas correspondientes. Verdaderamente es difícil comprender los criterios valorativos y politicocriminales seguidos por el legislador en esta materia, salvo que se opte por la consideración, ciertamente sorprendente en un Estado social y democrático de derecho, de que las defraudaciones y falsedades patrimoniales son más leves cuando se producen en el ámbito socioeconómico²⁴.

Pero estas contradicciones llegan ya a convertirse en alucinantes cuando dentro del mismo título, aunque en otro capítulo, el V, y en un mundo teóricamente más humano que el de los delitos financieros, el de las relaciones laborales, se castiga con pena de prisión de seis meses a tres años y multa al empresario que, habiendo efectuado el descuento de las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a las aportaciones de los trabajadores, no las consignare dentro del plazo establecido. Este mismo supuesto viene siendo considerado actualmente, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como un delito de apropiación indebida subsumible en el art. 535 del vigente Código Penal²⁵. Y pre-

²⁴ A pesar de todo lo dicho en el texto, todavía podría argumentarse en favor de la creación de los delitos financieros tal como se plantea en el Proyecto de Código Penal, que estos delitos se construyen como delitos de riesgo o de consumación anticipada y de ahí la mayor benignidad de las penas respecto a los delitos patrimoniales de resultado en los que la pena del delito consumado exige la producción de un perjuicio real y efectivo (así la objeción formulada en la discusión seguida a esta ponencia por el fiscal Conde Pumpido). Pero este argumento no es convincente ni desde el punto de vista politicocriminal, ni desde el punto de vista dogmático. Desde el punto de vista politicocriminal, porque los delitos financieros que se tipifican en el Proyecto son siempre más graves y causan mayor alarma que el delito patrimonial consumado aisladamente considerado, ya que, aunque los tipos de algunos delitos financieros no exigen la producción de un perjuicio efectivo, de hecho, en la práctica solo se perseguirán, cuando se produzca este perjuicio que generalmente alcanza a un mayor número de personas. Desde el punto de vista dogmático, habría que admitir que, para evitar esta menor punición del delito financiero, la solución radicaría en admitir un concurso (*de delitos*) entre el delito financiero de riesgo y el delito patrimonial de resultado. Pero con ello se olvidan, a mi juicio, tres cosas: primera, que en el Proyecto de Código Penal no todos los delitos financieros se configuran como delitos de riesgo, sino que en algunos de ellos se alude también al perjuicio (así los arts. 366 y 368), con lo que la más elemental técnica jurídica impide valorar la producción de ese perjuicio, que es elemento del delito financiero de que se trata, por un delito distinto; segunda, que los delitos patrimoniales pueden castigarse también en sus formas imperfectas de ejecución y en algunos actos preparatorios, con lo que se cubre el mismo campo de riesgo patrimonial que se cubre por los delitos financieros; tercera, que la especial relación existente entre los delitos de riesgo y los delitos de lesión no siempre permite el concurso de delitos entre ellos, sino el de leyes, con lo que, en definitiva, el único delito aplicable sería el patrimonial lesivo. Todo ello, sin perjuicio de insistir una vez más en que algunos de estos delitos financieros constituyen una falsedad documental que ya de por sí es punible conforme al tipo de falsedad correspondiente, con una pena superior, además del concurso de delitos que puede darse con el delito patrimonial que venga en consideración (generalmente estafa). Cfr. también la comunicación de DESANTES y otros a estas Jornadas. En el sentido del texto recientemente cfr. HUERTA TOCILDO, ob. cit., pág. 478.

²⁵ Cfr. MORILLAS CUEVA, "El problema de la calificación jurídicopenal del incumplimiento empresarial en materia de altas y cotización de la cuota obrera en la Seguridad Social", en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, Escuela Social de Granada, volumen VIII-IX, 1979-80.

cisamente por este delito se ha presentado recientemente querrela criminal contra algunos dirigentes del organismo R.T.V.E. que no habían ingresado las correspondientes cuotas descontadas a los obreros. Evidentemente no hay en esta materia ninguna laguna de punibilidad que corregir ni ninguna razón politicocriminal que aconseje una reforma de esta situación. Y, sin embargo, el Proyecto la lleva a cabo. Pero, paradójicamente, y una vez más, no para agravar las penas actuales, ni siquiera para agravar las penas que tiene la apropiación indebida en el Proyecto, sino para castigar este hecho con una pena más leve. El orden socioeconómico bajo cuya rúbrica se sitúa este delito, sin duda porque puede afectar a una gran masa de trabajadores y, en todo caso, a la Seguridad Social, que se financia con las aportaciones de todos, se convierte una vez más inexplicablemente en motivo de atenuación.

Y este trato de favor hacia el empresario, verdadero cerebro de la economía de mercado, se convierte en flagrante injusticia, cuando el art. 360 castiga con las penas del artículo anterior al que defrauda la Seguridad Social, eludiendo el pago total o parcial de las cotizaciones debidas a aquella *en cuantía igual o superior a dos millones de pesetas*, mientras que el art. 361 castiga prácticamente con la misma pena de prisión al que fraudulentamente obtenga prestaciones de desempleo u otras de la Seguridad Social indebidas o superiores a las que le correspondan o prolongue maliciosamente el disfrute de las mismas, *siempre que el importe de la defraudación exceda de quince mil pesetas*. Y por si todo esto fuera poco, se incluyen también en este capítulo, es decir, dentro de los delitos cometidos con ocasión de las relaciones laborales, y dentro del título VIII, es decir, dentro de los delitos contra el orden socioeconómico, los actuales delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo²⁶. Lo que, ideológicamente interpretado, no deja de ser una confirmación de la tesis marxista que considera que el trabajo, la fuerza de trabajo, es una mercancía más dentro del modo de producción del sistema capitalista²⁷.

b) Tampoco merece mejor opinión el capítulo IV, dedicado a "las infracciones relativas al tráfico de medios de pago y de crédito" que trata en dos secciones independientes la letra de cambio vacía y el cheque en descubierto, respectivamente. En definitiva, como la propia rúbrica del capítulo indica, se trata de proteger el tráfico de estos medios de pago y de crédito, es decir, la eficacia del título-valor como tal, antes que los derechos patrimoniales que en ellos se incorporan; por lo tanto, un valor que podríamos llamar socioeconómico, antes que patrimonial individual. Pero precisamente en esto radica lo que,

²⁶ Cfr. JOVE JANÉ-MORALES PRATS, "La protección penal del trabajo ante el debate legislativo", en *Revista Técnico Laboral*, núm. 6, octubre-noviembre-diciembre 1980; RODRÍGUEZ RAMOS, "La protección del orbe laboral en el Proyecto de Código Penal de 1980", en *La ley*, año II, núm. 205, viernes 17 julio 1981.

²⁷ La misma tesis se encuentra en la enmienda a la totalidad del título VIII en el Anteproyecto de Código Penal, presentada en el seno de la Sección IV de la Comisión de Codificación por el profesor TORIO LÓPEZ, no publicada posteriormente. A este trabajo del profesor TORIO se deben muchas de las ideas expuestas en mi ponencia. Sobre la ideología de la protección penal del trabajo, cfr. ARROYO ZAPATERO, *La protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, págs. 13 y ss.

a mi juicio, es insostenible como solución técnica y política al problema del abuso y manipulación de estos instrumentos tan importantes para el tráfico jurídico y económico. Ya en relación con el actual delito de cheque en descubierto se ha puesto repetidas veces de manifiesto por la doctrina y por la jurisprudencia, y así lo recoge además expresamente el párrafo último del art. 563 bis b), que si el cheque se libra sin fondos, se bloquea la provisión o se negocia sin cobertura, como medio engañoso para conseguir un lucro patrimonial ilícito, lo que existe es una estafa especialmente prevista en el art. 529, 1º del Código Penal vigente. Cuando no es así, parece que este tipo de hechos debería quedar al margen de la sanción penal, como un ilícito civil a tratar con sanciones civiles también²⁸. Y la mejor prueba en favor de esta tesis la ofrece la excusa absolutoria que tanto el art. 563 bis b), 3, del Código Penal vigente, como el 354, 5º del Proyecto ofrecen al librador y al tomador que, en sus respectivos casos, hicieren efectivo el talón o cheque dentro de un plazo determinado, siempre que se trate de este delito y no de una estafa, en cuyo caso no es aplicable la mencionada excusa. No se podía decir con mayor claridad que el actual delito de cheque en descubierto, y el mismo delito que se configura en el Proyecto, lo que en el fondo están castigando es el incumplimiento de una obligación civil, restableciendo la antigua prisión de deudas y, lo que es peor, favoreciendo, con el uso de la querrela penal como chantaje, la exigibilidad del cumplimiento de obligaciones nulas o con causa inmoral.

Estas críticas son todavía más aplicables al nuevo delito de letra de cambio vacía que figura en el art. 353 del Proyecto, dado el carácter abstracto de este título-valor. También aquí se hace la salvedad de que el artículo no será aplicable si el hecho constituye delito de estafa, y se dispone la exención de pena si la letra fuera pagada voluntariamente (no se dice por quién) llegado el día del vencimiento o en vía de regreso, con lo que una vez más queda claro que, por muy supraindividual que sea el bien jurídico protegido, la satisfacción del derecho subjetivo individual es lo que verdaderamente importa. Pero es que además la punición de la letra de cambio vacía, tal como está redactada en el Proyecto, carece de sentido, ya que el art. 178, 2 del Código de Comercio prohíbe a los bancos descontar letras "sin la garantía de dos firmas de responsabilidad", y el art. 353 del Proyecto excluye de su ámbito precisamente la letra vacía aceptada. ¿Dónde está, pues, la materia de prohibición constitutiva del delito de la letra vacía? Si un banco descuenta una letra no aceptada, debe asumir los riesgos que de tal acto se deriven y no pedir la intervención del derecho penal, salvo que haya sido víctima de una falsedad o estafa²⁹.

²⁸ Cfr. por todos, MUÑOZ CONDE, *Parte especial*, cit., pág. 258.

²⁹ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, "El Proyecto de Código Penal y el art. 38 de la Constitución" en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 459 y ss., quien, sin embargo, se muestra partidario de la tipificación expresa de tales hechos (cfr. también BAJO FERNÁNDEZ, "La llamada letra de colusión y el delito de estafa", en *R.D.P.*, 1978). A favor de la tesis mantenida en el texto, cfr. la excelente comunicación de TORIO, a estas Jornadas, que pone de manifiesto la contradicción existente cuando se protege con los medios del derecho penal y como un atentado al orden socioeconómico un crédito amorfo, arbitrario, que muchas veces solo sirve para financiar actividades que nada tienen que ver con el orden socioeconómico, como un Eros-Center, una Casa de Bingo, etc. (Esta comunicación ha sido publicada en *Estudios Penales y Criminológicos*, V, Santiago de Compostela, 1981). Cfr. también CASALS COLLDECARRERA, "La letra vacía", en *El Proyecto de Código Penal*, cit., págs. 183 y ss.

Con ello estamos de nuevo como al principio: la protección penal de los intereses patrimoniales individuales sigue siendo la idea rectora de la regulación del Proyecto en esta materia, y no la de proteger un evanescente orden socioeconómico, salvo que se entienda como tal los intereses muy concretos de las instituciones de crédito, bancarias especialmente, que quieren con el derecho penal robustecer la eficacia de los medios e instrumentos de que se sirven en sus operaciones. Pero en este caso sí que debería pasarse al título VIII, y como contrapartida a su capítulo IV, el delito de usura, especialmente frecuente en este sector de la actividad económica y que casi siempre se encubre con la creación de estos medios de pago y de créditos anómalos³⁰. Curiosamente, el delito de usura sigue en el Proyecto entre los delitos patrimoniales (arts. 271 y 272), con una configuración muy similar a la actual.

c) Las insolvencias punibles, en cambio, si se introducen en el título VIII del Proyecto, constituyendo su capítulo I, pero con una regulación objetable tanto desde el punto de vista dogmático, como del politicocriminal. Junto al delito de alzamiento de bienes, que es la única modalidad de insolvencia punible merecedora de tratamiento autónomo³¹, se añaden las formas dolosa y culpable de la quiebra y el concurso de acreedores, que serán objeto de regulación unitaria en la futura Ley Concursal, y determinados fraudes relacionados con la suspensión de pagos, figura que también desaparece en la futura Ley Concursal. Ya solo por eso merece el Proyecto críticas, al no coordinar sus preceptos en esta materia con los de la futura Ley Concursal, que puede dejar obsoleta la regulación que propone el Proyecto. Pero incluso en relación con la regulación mercantil vigente deja el Proyecto de Código Penal bastante que desear en esta materia. Sabido es que la suspensión de pagos es una institución anómala que surgió en su configuración actual para evitar la declaración de quiebra de una determinada institución bancaria. Su deficiente regulación ha motivado que muchas veces se haya recurrido a ella para evitar declaraciones de quiebras realmente fraudulentas o para obligar a los acreedores a aceptar convenios ante los hechos consumados de la pérdida de sus posibilidades de cobrar. Una buena forma de evitar estos abusos es ciertamente la de conseguir una mejor regulación mercantil que la actualmente vigente en esta materia. Pero desde el punto de vista jurídico-penal, tales abusos se pueden sancionar perfectamente con los preceptos relativos a las estafas, apropiaciones indebidas, falsedades documentales, etc., que son las calificaciones que merecen los supuestos previstos en los arts. 332 y 333 del Proyecto de Código Penal ("agrarar la situación de insolvencia" e "incumplimiento del convenio con los acreedores").

En general, el problema politicocriminal que plantean las insolvencias, sobre todo las fraudulentas, no se resuelve con la creación de nuevas figuras

³⁰ Cfr. LANDROVE DIAZ, *El delito de usura*, Barcelona, 1967, y la comunicación del mismo autor a estas Jornadas (publicada en *A.D.P.*, 1981): cfr. también HUERTA TOCILDO, *ob. cit.*, pág. 477.

³¹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, 1971; QUINTERO OLIVARES, *El alzamiento de bienes*, Barcelona, 1973.

delictivas, ni tampoco con la remodelación de las ya existentes, porque, con excepción del alzamiento de bienes, que tiene autonomía propia, todas ellas encierran en su seno delitos patrimoniales, falsedades documentales, etc., que pueden ser perfectamente castigadas sin tener que esperar a la calificación de la insolvencia, y mucho menos al cumplimiento de los mandatos para proceder y demás condiciones objetivas de perseguibilidad. Si se hiciera esto, en lugar de dilatar la persecución penal a la espera de que finalicen los procesos ejecutivos universales, con todo lo que ello da lugar a componendas y pactos entre los acreedores y el deudor, no habría necesidad de tipificar expresamente el delito de quiebra y se le daría mayor eficacia a la sanción de los delitos patrimoniales que con su motivo u ocasión se dan. No es este, sin embargo, el criterio que sigue el Proyecto, que, guiado por una finalidad agravatoria evidente, dispone en su art. 331, 3 que "en todo caso, los delitos singulares cometidos por el deudor, o persona que haya actuado en su nombre, en la administración del negocio o patrimonio, podrán perseguirse sin esperar a la calificación de la quiebra o concurso y con independencia de las penas que puedan imponerse por estos". Este último párrafo pone en tela de juicio el sistema tradicional de punición de las quiebras y concursos punibles, pues no solo permite castigar por estos delitos, sino también por otros que se dan con su comisión y que precisamente sirven para calificar estas insolvencias (cfr. art. 890 del Código de Comercio y art. 524 del Código Penal), lesionando el principio *ne bis in idem* y la excepción de cosa juzgada que afecta al hecho cometido y no a una determinada calificación jurídica³². Si a ello se añade que otra modalidad de insolvencia, la crisis fraudulenta de la empresa en perjuicio de los trabajadores, puede ser castigada, según el art. 356, 4 del Proyecto, "sin perjuicio de castigar, en su caso, la insolvencia punible", obtendremos una imagen del Proyecto en esta materia de insolvencias punibles realmente escalofriante, solo comparable a otros momentos históricos anteriores a la codificación en los que la dureza de la sanción penal para con los quebrados era tal que los propios jueces tenían escrúpulos para aplicarla y que, como decía LARDIZABAL, "hasta ahora no se ha visto en el patíbulo, como manda la ley, a uno de estos tramposos; y no es porque con el rigor de la pena se haya disminuido el número de ellos"³³.

No es, pues, con el rigor de la ley penal (a nivel de conminación penal en los tipos delictivos, que no en su aplicación práctica) como van a prevenirse las modalidades más graves de insolvencia, entre otras cosas, porque ese rigor es ya excesivo en la legislación penal vigente y no ha dado, pese a ello, muchos frutos. Pero, en todo caso, en esta ocasión no puede hacerse, desde luego, al Proyecto la objeción que hacíamos a la regulación de otros grupos de delitos, especialmente los financieros, pues es evidente que en esta materia el paso del título de los delitos patrimoniales al de los delitos contra el orden socioeconómico

no ha determinado una actitud legislativa menos severa. El Proyecto es, sin duda, comparativamente con otros delitos, muy severo con las insolvencias punibles, demostrando con ello que en este caso no solo ha ponderado el perjuicio patrimonial, la lesión del derecho de crédito de los acreedores, sino también el daño a intereses económicos supraindividuales. Con ello se establece, sin embargo, un nuevo método para valorar estos delitos que puede ofrecer no pocas dudas y vacilaciones al intérprete y al juzgador al quedar el derecho de crédito diluido en un orden socioeconómico que de algún modo debe ser también afectado por la acción del deudor. Es difícil comprender cómo un alzamiento de bienes de poca cuantía o un concurso frente a unos pocos acreedores pueda perturbar el orden socioeconómico, como concepto superior comprensivo del derecho de crédito. La idea de ver en toda insolvencia punible un ataque a la economía nacional ha sido rechazada desde hace tiempo por la doctrina especializada, tanto nacional como extranjera³⁴. Y en el mismo Proyecto solo figura como un factor contingente para tener en cuenta en la determinación de la pena de la quiebra y el concurso punibles. No es, por tanto, un extremo tan importante como para determinar la impunidad del deudor insolvente, si con su conducta no pone en peligro concreto el orden socioeconómico. La nueva ubicación sistemática de las insolvencias punibles no tiene, por tanto, justificación dogmática ni politicocriminal y es, ideológicamente considerada, producto de un voluntarismo jurídico ingenuo.

En resumen: el análisis de los grupos de delitos citados nos demuestra que una parte importante del título VIII del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal sigue respondiendo, en sus líneas esenciales, a la forma tradicional de tutela penal de los intereses y derechos subjetivos individuales patrimoniales. Su repercusión en un ámbito económico superior es puramente contingente y, en todo caso, no siempre debe ser determinante de una distinta valoración a nivel de conminación penal. Su inclusión en el título VIII es, pues, ideológica, en el sentido de voluntarista y de falsa transformación de la realidad, y solo puede justificarse con un entendimiento tan amplio del orden socioeconómico que prácticamente no sirve para nada. La finalidad politicocriminal pretendida: corregir determinados defectos de la regulación tradicional de los delitos de estafa, apropiación indebida, insolvencias punibles, etc., podría conseguirse igualmente con la reforma de estos delitos dentro del título dedicado a los delitos contra el patrimonio³⁵.

³⁴ Cfr. LANDROVE DÍAZ, *Las quiebras punibles*, Barcelona, 1970, pág. 126; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, cit., pág. 45. Cfr. VILADAS JANÉ, *Los delitos de quiebra, norma jurídica y realidad social*, Barcelona, 1980 (tesis doctoral, ejemplar mecanografiado).

³⁵ Como se ha hecho en el derecho penal alemán con la 1ª ley para la lucha contra la criminalidad económica (I. Wi.K.G.) de 29-7-1976 que ha introducido dos nuevos preceptos penales sobre estafa de subvenciones (§ 264) y estafa de crédito (§ 265a), configurando estas nuevas modalidades de estafa como delitos de peligro, para cuyo castigo basta con que se dé la acción engañosa, sin que sea necesario demostrar la existencia de un daño patrimonial. Igualmente esta ley ha reintroducido en el StGB los delitos concursales (§§ 283-283d), con una mejor regulación que la que antes tenían en la K.O. Y finalmente, ha refundido los antiguos delitos de usura en un único precepto (párr. 302a), que incluye la usura de crédito, la arrendaticia y el aprovechamiento usurario de otras prestaciones. Sobre esta reforma globalmente cfr. OTTO, *Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte*, Berlín, 1977, págs. 282 y ss.

³² Cfr. MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento*, cit., págs. 76 y ss.; el mismo, "Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros afines", en *C.P.C.*, núm. 2, 1977, págs. 37 y ss. (también en *R.J.Cat.*, 1977); el mismo "Responsabilidad penal de los órganos...", cit.

³³ LARDIZABAL, *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, pág. 48.

5. De esta crítica negativa a la inclusión sistemática de los grupos de delitos ya examinados en el título VIII, o a la creación de otros nuevos, no debe desprenderse ya apriorísticamente una crítica negativa a todo el título, y mucho menos que los mismos argumentos utilizados en la crítica anterior sean igualmente válidos para la crítica a otros delitos que igualmente se regulan en dicho título.

Precisamente el título VIII comienza a justificarse cuando se incluyen en él delitos de contenido económico que no responden en absoluto a la tradicional concepción patrimonial individualista de los delitos contra el patrimonio. Sucede esto, sobre todo, con los delitos económicos en sentido estricto, es decir, con aquellos que protegen la intervención del Estado en la economía; pero también con los delitos que se producen en el ámbito de la competencia.

Si respecto a los primeros no cabe duda que deben ser objeto de un tratamiento especial que por sí solo justificaría la creación de un nuevo título, no sucede, en cambio, lo mismo con los segundos. La concepción tradicional de la propiedad industrial y de la propiedad intelectual como propiedades especiales (cfr. arts. 428 y 429 del Código Civil) había llevado a la creación de leyes especiales en la medida en que el desarrollo económico y jurídico iba exigiendo una mejor regulación de este tipo de propiedades (cfr. ley de 1879 sobre propiedad intelectual, ley de 1902 y Estatuto de la Propiedad Industrial, etc.). Ello tuvo como consecuencia que la regulación penal de los ataques delictivos a estas propiedades se llevara a cabo de una forma vaga e imprecisa a través de normas penales en blanco (cfr. art. 534 del Código Penal), que en absoluto se adaptaban a la necesidad tuteladora y a la importancia social y económica de estos derechos. El derecho de la competencia, el *Wettbewerbrecht* de los alemanes, surgió precisamente para abarcar en él no solo a la tradicional propiedad industrial y otros derechos de los empresarios competidores, sino también el de otros participantes en la economía de mercado: los consumidores y público en general³⁶. Las insuficiencias de la regulación tradicional de la propiedad industrial se mostraban precisamente en la falta de protección de este segundo círculo de personas, cuya importancia para la economía de mercado era evidente. La economía de mercado se había entendido como un derecho de los empresarios, pero se había ignorado totalmente al público consumidor de las mercancías y servicios prestados por aquellos. Los derechos de los consumidores y usuarios no son, desde luego, exclusivamente de naturaleza patrimonial y, en todo caso, tienen un aspecto social más importante que el puramente individual patrimonial. Este aspecto social se reconoce en el art. 51 de la Constitución, que obliga a los poderes públicos a la defensa de los consumidores y de los legítimos intereses económicos de los mismos. Ciertamente es un derecho de difícil conceptualización jurídica (de "intereses difusos" habla la doctrina italiana), pero que, en todo caso, no se identifica con los intereses patrimoniales individuales.

³⁶ Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit., vol. II, pág. 33.

Creo, pues, que la inclusión de la protección penal de estos derechos en el capítulo II del título VIII está justificada en la medida que se trata de derechos más amplios que los simplemente patrimoniales. La regulación jurídica concreta que se propone no me parece, en cambio, tan correcta. En algunos casos supone una hipertrofia del derecho penal y una lesión del principio de intervención mínima, al penalizar como delito lo que no debería ser más que una infracción administrativa. En otros, confirma el orden económico empírico, al partir en los delitos relativos a la formación de precios y a la regulación de mercados de unas hipótesis que en absoluto se verifican en la realidad. Veamos algunos ejemplos.

a) En el art. 337 se equiparan la falsificación de las denominaciones de procedencia y la de las denominaciones de origen legalmente protegidas, a pesar de la distinta trascendencia y del diferente trato que reciben una y otra en el Estatuto de la Propiedad Industrial y en el Estatuto de la Viña y del Vino.

En el art. 339, 1º se castiga una simple infracción formal: usar la expresión "registrado", u otra análoga, sin haber obtenido el correspondiente certificado de propiedad industrial. La expresión "registrado" en los productos comerciales solo demuestra que el fabricante dice que ha pagado los derechos económicos que implica el registro, pero no que el producto sea mejor o tenga determinadas cualidades. La sanción administrativa es, por tanto, suficiente.

En el art. 339, 3º y 4º, se castiga, incluso con penas agravadas en el número 3º, a los que expendan objetos de comercio, sustituyendo o eliminando el nombre de su fabricante o la marca, sin tener en cuenta que ello es una práctica habitual entre los fabricantes, que muchas veces, por razones de prestigio, abundancia de mercancías, etc., y sin que ello implique ningún tipo de fraude, elimina o sustituye por una imaginaria su nombre o la marca en el producto. El precepto solo debería penalizar la sustitución de la marca o el nombre del fabricante verdadero por la marca o nombre de otro, tal como hace expresamente el art. 281 del vigente Código Penal.

Estos excesos punitivos, debidos sin duda a la dificultad de señalar las diferencias entre ilícito penal y administrativo, se compaginan mal con las leves penas, solo pecuniarias, del delito publicitario más afín, en la configuración que tiene en el art. 342 del Proyecto, a las formas imperfectas de ejecución de la estafa que a un auténtico delito contra los intereses de los consumidores. No existe, en cambio, un tipo especial destinado a sancionar expresamente los fraudes alimentarios, de tan relevante importancia cualitativa y cuantitativa, y ello es tanto más deplorable cuanto que no siempre es posible incriminar estos hechos por los preceptos de la estafa o por los contenidos en el Proyecto en relación con la propiedad industrial³⁷.

³⁷ El "fraude de la colza" y otros fraudes e intoxicaciones alimentarias ocurridas recientemente están mostrando, con su secuela de muertes y lesiones graves de los consumidores, hasta qué punto el fraude alimentario es hoy un problema que excede del ámbito puramente económico, aunque en él tenga sus raíces criminológicas, para situarse de lleno en otros intereses más importantes y directamente afectados por los fraudes, como la salud y la vida de los consumidores. Sobre el carácter pluridimensional de los fraudes alimentarios, cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, "Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en derecho penal", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 55, Madrid, 1977, págs. 55 y ss. De un modo general, cfr. SGUBBI, "Tutela penale di interessi diffusi" en *La Questione Criminale*, núm. 1, 1975, págs. 439 y ss. Recientemente se ha remitido a las Cortes un Proyecto de Ley Orgánica de Reforma Parcial

b) Desde el punto de vista del consumidor y de los principios más puros de la economía de mercado deja bastante que desear la regulación del Proyecto en relación con la alteración de precios, las prácticas restrictivas de la competencia y la regulación de mercados en general. El Proyecto parte en esta materia de la idea típicamente liberal de la libre competencia y concurrencia como la fórmula ideal para la formación de precios justos y garantizar, por tanto, los intereses de los consumidores. En este sentido se daría una correspondencia perfecta entre los arts. 38 y 51 de la Constitución; la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38) sería la mejor garantía para la seguridad, la salud y los intereses económicos de los consumidores y usuarios (art. 51). Incluso del art. 344 del Proyecto (equivalente al art. 540 del vigente Código Penal) habla de "precios que habrían de resultar de la libre concurrencia".

A este respecto conviene recordar que una libre concurrencia en el sentido clásico de la palabra, entendida como competencia perfecta, atonicidad del mercado, transparencia del mismo, homogeneidad de los bienes, libre entrada en el mercado, equilibrio entre oferta y demanda, etc., hace ya mucho tiempo que ha dejado de existir. En su lugar existe, en el mejor de los casos, una libre concurrencia relativa, funcional, en la que se deja escaso margen a la iniciativa privada situada entre la intervención del Estado, por un lado, y la de los grandes grupos de presión (*trust*, monopolios, oligopolios), por otro³⁸.

Es difícil compaginar esta realidad económica con las normas del Proyecto en esta materia. Sin ir más lejos, el art. 348 castiga a "los comerciantes que ofrecieren en el mercado productos cuya sustancia, cantidad o calidad sean de valor inferior a la expresamente manifestada al público". La expresión "valor inferior" es ciertamente equívoca, pues lógicamente en una economía en la que juega el principio del beneficio, el valor de costo es normalmente inferior al valor de venta, que es fijado por el comerciante en función de diferentes variables y, en última instancia, de la libertad de iniciativa que le reconoce el sistema de la economía del mercado. Solo cuando la diferencia entre uno y otro sea excesiva o haya mediado fraude podrá admitirse la intervención de los preceptos civiles protectores del comprador y los del derecho penal relativos a la estafa, a los que indirectamente alude el art. 348 del Proyecto ("salvo que el hecho constituyere delito más grave") ¿Qué sentido tiene entonces el art. 348 en una economía de mercado?

del Código Penal que prevé la introducción de un precepto que sería el art. 344 Bis b), que castigaría con las penas de prisión menor y multa (tipo doloso) o arresto mayor y multa (tipo imprudente) al productor, distribuidor o comerciante que ofreciera en el mercado productos alimenticios omitiendo o alterando los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad, composición o cualquier otra de análoga significación.

³⁸ Cfr. QUINTERO OLIVARES, "Maquinaciones para alterar el precio de las cosas", en *N.E.J.S.*, xv, págs. 884 y ss.; GARCÍA PABLOS, "Sobre la figura del delito de maquinaciones para alterar los precios (naturales) de las cosas", en *C.P.C.*, núm. 14, 1981, págs. 224 y ss.

También plantean problemas de compatibilidad con la realidad económica los preceptos del Proyecto en los que se sanciona el hecho de "prevalecerse de una posición de dominio en el mercado" (arts. 346 y 349). Como ya señaló MARX, si algo caracteriza el sistema económico capitalista es la progresiva concentración del poder económico en pocas manos a costa de la pequeña y mediana empresa, que, por lo demás, el pensador alemán consideró como el ejército industrial de reserva que conduciría a la destrucción del propio sistema³⁹. Pues bien, en este sistema de dominantes y dominados el consumidor ocupa un puesto entre estos últimos y no tiene más remedio que aceptar las decisiones adoptadas en el ámbito de la producción por los otros. La protección penal del consumidor en estos preceptos deviene prácticamente ilusoria y, en todo caso, es indirecta, condicionada por la reglamentación de la competencia entre los empresarios⁴⁰. Ello explica la escasa utilización de las pocas normas existentes en la materia (arts. 539 y 540 del Código Penal, Ley de Práctica Restrictiva de la Competencia de 1963 y Decreto de Disciplina de Mercado de 1974), cuyo contenido esencial ha sido recogido convenientemente sistematizado, en el Proyecto de Código Penal. Por lo demás, tampoco el tipo de penas previsto para estos comportamientos, multa de seis, o de doce a veinticuatro fines de semana, y de medidas, prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate por un máximo de cinco años o de otorgar nuevos contratos por un máximo de tres años en casos muy graves o de habitualidad, va a intimidar mucho a los autores de tales hechos, quienes, en todo caso, aceptarán el riesgo de ser condenados por un factor más de repercusión en los costos⁴¹.

6. Queda por último por examinar otro gran grupo de delitos que responden a la idea, antes señalada, de proteger la intervención del Estado en la

³⁹ Como es sabido, para MARX el sistema capitalista se caracteriza por una acentuación progresiva de la concentración de rentas que conduce a la destrucción del propio sistema. La idea se encuentra ya en el *Manifiesto del Partido Comunista* (cfr. MARX, ENGELS, *Manifest der Kommunistischen Partei*, Dietz Verlag, Berlin, 1978, págs. 54 y 56). Sobre la situación de la pequeña y mediana empresa en España, cfr. TAMAMES, *Estructura*, cit., vol. 1, pág. 376.

⁴⁰ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, *ob. cit.*, págs. 118 y ss.; SGUBBI, *ob. cit.*, págs. 454 y ss. Ya decía ADAM SMITH en *La riqueza de las naciones* que "raras veces se reúnen las gentes que ejercen el mismo negocio, ni siquiera por diversión o entretenimiento, pero, cuando lo hacen, la conversación suele terminar en una confabulación contra el público o en algún acuerdo para elevar los precios", citado por SAMUELSON, *ob. cit.*, pág. 918. Cfr. además las comunicaciones de los profesores BOIX y BACIGALUPO a estas Jornadas.

⁴¹ Este carácter de gaje del oficio, de riesgo a correr, perfectamente calculado y desplazado hacia el coste del producto, que puede tener la condena penal es especialmente evidente, cuando la sanción es solo de tipo pecuniario. Pero, incluso cuando la pena es privativa de libertad, los mecanismos, subculturales, las impurezas procesales (retardos maliciosos en la administración de justicia, sobornos del personal administrativo, interferencias oficiosas de personas influyentes, etc.) y la concesión arbitraria de beneficios como la condena condicional, permisos de salida, cumplimiento en establecimientos penitenciarios abiertos, indulto particular, etc., convierten la sanción penal en una burla de sí misma. Por lo demás la conminación penal contenida en los específicos tipos delictivos del derecho penal económico por sí sola carece de virtualidad preventiva general, si no va acompañada del rápido descubrimiento de los delitos y la aplicación efectiva de las penas previstas para ellos. Cfr. a este respecto las comunicaciones a estas Jornadas de los profesores BERSTAIN y QUINTERO OLIVARES. Cfr. también ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. Luzón Peña y Muñoz Conde, Sevilla, 1981, pág. 39.

vida económica y que, como tales, no responden a los principios tradicionales de la tutela penal de los intereses patrimoniales individuales ni a los de la economía de mercado en sentido puro. Son estos delitos los que constituyen el derecho penal económico en sentido estricto, entendido como conjunto de normas penales que protegen la intervención del Estado en la economía. Su origen histórico y su carácter coyuntural determinaron, en muchos casos, su situación extramuros del vigente Código Penal y su regulación en una legislación penal especial, no siempre respetuosa con los principios penales. Por eso, aun reconociendo su carácter cambiante y coyuntural, considero positiva su inclusión en el Proyecto de Código Penal; aunque tampoco me parece mal su regulación en leyes penales especiales, siempre que ello no suponga una derogación de los principios informadores en un Estado democrático de derecho del ejercicio del poder punitivo del Estado. Lo importante, en todo caso, es señalar que el derecho penal no puede permanecer al margen de la intervención del Estado en la economía. Salvados los principios de intervención mínima y de intervención legalizada del poder punitivo del Estado, me parece perfectamente plausible la idea de hacer intervenir el derecho penal para proteger la acción estatal en la economía. Ello confirma la tendencia antes citada en los sistemas económicos neocapitalistas de la intervención creciente del Estado en la economía, intervención que es absolutamente normal en los países del sistema socialista. Por lo demás, tal intervención encuentra apoyo en los arts. 38, inciso segundo, 128, 2º, y 131, 1 de la Constitución.

En este apartado de delitos contra el orden económico en sentido estricto pueden situarse los capítulos VII ("De los delitos contra la Hacienda Pública"), VIII ("De los delitos relativos al control de cambios") y IX ("De los delitos de contrabando") del título VIII del Proyecto de Código Penal. No así, por las razones a las que luego aludiré, los capítulos X y XI del mismo título.

Si algo justifica la intervención del Estado en la economía es precisamente el orden coercitivo, cuya regulación se encomienda a la Hacienda Pública, que aparece como bien jurídico protegido en el delito fiscal y en la estafa y utilización indebida de subvenciones, tipificadas en los arts. 370 y 371 del Proyecto de Código Penal. El art. 370 mejora notablemente el actual 319 del vigente Código Penal, aunque siga exigiendo la existencia de una cuantía mínima (tres millones), a partir de la cual entre la defraudación fiscal en el ámbito jurídicopenal⁴². Una importante novedad representa el art. 371, en el que, si-

⁴² La bibliografía aparecida tras la introducción del delito fiscal es muy amplia, cfr. ARGILES y GARCÉS DE MARSILLA, "El nuevo delito fiscal", en *Crónica tributaria*, número 25; BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, cit.; BACIGALUPO, "El delito fiscal en España", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 56, 1979; CÓRDOBA RODA, "El delito fiscal", en *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 15-16, 1977; FERNÁNDEZ BRETANO, "El delito fiscal", en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, 1978; GONZÁLEZ GARCÍA, "El delito fiscal en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal", en *Revista a. cit.*; QUINTERO OLIVARES, "El nuevo delito fiscal", en *Revista a. cit.*; RODRÍGUEZ MOURULLO, "El nuevo delito fiscal", en *Revista Española de Derecho Financiero*, núms. 15-16, 1978; SERRANO GÓMEZ, *Fraude tributario*, Madrid, 1977; Varios: *Medidas urgentes de reforma fiscal*, vol. 1, Madrid, 1977; y además las comunicaciones a estas Jornadas de los profesores CASABÓ y FERNÁNDEZ ALBOR.

guiendo el modelo del § 264 StGB, se tipifica la estafa y la utilización indebida de subvenciones públicas. La necesidad de tipificar autónomamente tales hechos era y es evidente desde el punto de vista dogmático, porque no siempre pueden aplicárseles los preceptos de la estafa, bien por falta de daño patrimonial, bien por dificultad de prueba del ánimo de lucro. La necesidad políticocriminal de su incriminación es también evidente, porque la subvención es la forma más frecuente de incidencia de los entes públicos en la economía, y es preciso robustecer su protección jurídica. La situación de este precepto entre los delitos contra la Hacienda Pública, y por tanto, contra el orden económico en sentido estricto, se justifica, porque el bien jurídico protegido directamente es la facultad del Estado de intervenir en la economía, fomentando determinados aspectos de la misma y no simplemente un elemento patrimonial. Por eso debería limitarse su ámbito de acción a las subvenciones a empresas y actividades económicas, dejando fuera las actividades culturales, artísticas, etc.⁴³.

Menos afortunada es la redacción de los delitos relativos al control de cambios (capítulo VIII) y de contrabando (capítulo IX). El carácter coyuntural de estos delitos, que ha motivado siempre su regulación en leyes especiales, hace imprescindible la utilización de la técnica de la norma penal en blanco, dándole a la correspondiente autorización administrativa una fundamental importancia en la constitución del supuesto de hecho de estos delitos. Con ello se corre el peligro de convertirlos en puras infracciones formales, en delitos de peligro abstracto para la economía nacional, cuya única diferencia con las infracciones administrativas en la misma materia sería la puramente cuantitativa (dos millones en los delitos relativos al control de cambios, un millón en los delitos de contrabando), oscureciendo el bien jurídico "economía nacional" o convirtiéndolo en un bien de secundaria importancia en la configuración de los delitos⁴⁴. La existencia de la Ley sobre Régimen Jurídico del Control de Cambios de 1979 y la inminente aprobación de una Ley de Contrabando me eximen de mayor comentario sobre esta materia⁴⁵.

Con la regulación de estos delitos termina prácticamente lo que, dentro del título VIII del Proyecto, puede considerarse como delitos contra el orden económico en sentido estricto y, por lo tanto, justificar un título específicamente dedicado a esta materia. Faltan en él, sin embargo, todavía otros delitos que sin duda tienen el mismo bien jurídico protegido: los delitos de daños y sabotaje de las empresas públicas, la desobediencia a las órdenes del gobierno que afecten a la economía nacional, la especulación y el acaparamiento, la utiliza-

⁴³ Quizás esta idea no sea del todo compatible con la regulación que propone el Proyecto, no coincidente con la estafa de subvenciones del derecho penal alemán, cuyo carácter patrimonial es más inequívoco, cfr. OTTO, *ob. cit.*, pág. 284. Cfr. también TIEDEMANN, *Subventionskriminalität in der Bundesrepublik*, 1974.

⁴⁴ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *ob. cit.*, págs. 490 y ss.; también la comunicación del profesor OLIVA a estas Jornadas.

⁴⁵ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, "El desaparecido Juzgado de Delitos Monetarios", en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 128, 1977; BAJO FERNÁNDEZ, "Observaciones para una futura reforma de la Ley de Delitos Monetarios", en *A.D.P.*, 1977; el mismo, en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., págs. 461 y ss.

ción indebida de datos, la criminalidad por computadoras, etc., deficientemente tipificados o no tipificados en absoluto en otros lugares del Proyecto. Sobran, en cambio, los delitos tipificados en los dos últimos capítulos del título VIII del Proyecto: el delito contra la ordenación urbanística (capítulo X)⁴⁶ y los juegos ilícitos (capítulo XI). La inclusión de estos delitos en el título VIII solo se justificaría con un entendimiento tan amplio del orden socioeconómico que no solo excedería del concepto estricto de orden económico, sino incluso del amplio que lo considera como un concepto superior omnicompreensivo de todas las reglas básicas con arreglo a las cuales aparece en un momento dada organizada la estructura y el sistema económico de una sociedad⁴⁷. Pero un entendimiento tan amplio del orden económico apenas serviría para nada y justificaría la inclusión en el título VIII de cualquier tipo de delito, incluso de los más alejados del ámbito de la economía.

7. Con ello hemos llegado al final de nuestra ponencia. Si del examen de la finalidad políticocriminal y de los aspectos dogmáticos fundamentales de la mayoría de los delitos contenidos en el título VIII del Proyecto no hemos podido deducir un criterio básico rector que pueda justificar su agrupación sistemática en un solo título; si tampoco ha quedado muy claro que la mayoría de los delitos agrupados en el título VIII representan realmente una novedad respecto a lo existente; si, en general, la técnica legislativa empleada en el título VIII es deficiente y plantea graves problemas interpretativos, es evidente que la opinión que merece dicho título no es totalmente favorable.

A estas alturas conviene plantearse si el título VIII no va a cumplir en la práctica, en la medida en que llegue a aprobarse el Proyecto y en esta materia no varíe esencialmente, una función real distinta a la que oficialmente se le asigna en la Exposición de Motivos. Porque puede ocurrir que el intento de reconducir toda esta materia a un tratamiento unitario adolezca de los mismos defectos que otros intentos similares, no menos bienintencionados, de regular la realidad al margen de la realidad misma, con lo que el divorcio entre forma y contenido conduce a que la forma sea pura declaración teórica, sin el menor valor práctico en la transformación de la realidad, y el contenido, en cambio, permanezca inalterado. Que esta no ha sido la voluntad de los redactores del Proyecto parece evidente; pero tampoco es menos evidente la función ideológica que las normas jurídicas cumplen cuando, por las razones que sean, no sirven para proteger aquello que dicen proteger y sí, en cambio, protegen otros intereses ocultos tras el complicado entramado de una regulación jurídica.

El orden socioeconómico al que el Proyecto se refiere no es un orden idílico, sino conflictivo; es un orden que se caracteriza por unos principios: el de la propiedad privada y el de la libertad económica⁴⁸, que son los principios funda-

⁴⁶ Cfr. la comunicación del profesor RODRÍGUEZ RAMOS a estas Jornadas.

⁴⁷ Cfr. DIAZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1970, págs. 49 y ss.

⁴⁸ Sobre la repercusión de estos principios en la configuración del sistema tradicional de los delitos patrimoniales cfr. SGUIBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milán, 1980. Téngase en cuenta que de algún modo el derecho penal de un sistema capitalista clásico tiende primordialmente a proteger la propiedad privada, verdadero pilar del sistema. Repárese, por ej., en la rúbrica del título XIII del libro II del vigente Código Penal ("Delitos contra la propiedad").

mentales del orden capitalista, de la economía de mercado. Cualquier intento de regular este orden cumple una función ideológica de legitimación moral del sistema. Cualquier intento de cambiarlo, sin cambiar al mismo tiempo la estructura que lo condiciona, está destinado al fracaso. Entre estos dos extremos se tiene que mover cualquier intento reformista en esta materia. Cómo evitar caer en uno u otro extremo no es tarea fácil, por no decir imposible. Si de la regulación de los delitos contra la propiedad en los códigos penales decimonónicos pudo decir ANATOLE FRANCE que la ley penal lo mismo prohíbe robar pan a los pobres que a los ricos; de la regulación que propone el Proyecto en su título VIII podría llegar a decirse, si los condicionamientos políticos, sociales y económicos de la praxis no cambian, aquella otra no menos famosa de DANIEL DREW: "La ley penal es como una telaraña; está hecha para las moscas y otras clases de insectos pequeños, pero no les corta el paso a los abejorros grandes"⁴⁹.

No quiero, sin embargo, que estas frases sirvan de excusa o pretexto a aquellos que quieren mantener a toda costa la actual situación, o incluso volver a situaciones económicas y políticas ya superadas. El derecho penal debe cambiar en la medida en que la sociedad a la que sirve también cambie. Y es lógico que a una sociedad configurada democráticamente corresponda también un derecho penal capaz de proteger penalmente sus instituciones democráticas. Por eso debe apoyarse el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal en todo lo que signifique, o pueda significar, progreso y cambio democrático, y rechazarse cuando implique frenar una transformación democrática de la sociedad o cuando el cambio solo sea un cambio de palabras y no de realidad. Para aquellos que consideramos que el derecho penal es solo la superestructura represiva de todo un sistema de control social puesto al servicio de un entramado de intereses económicos, políticos y sociales, está claro que solo la transformación democrática de estos intereses determinará un cambio del sistema total⁵⁰. El derecho penal tiene en este proceso de cambio una función muy modesta: procurar no entorpecerlo con normas disfuncionales al mismo y preparar el terreno para que la solución a los conflictos económicos y sociales no sea solo una cuestión de un derecho penal mejor, sino también y sobre todo, como dijo alguna vez RADBRUCH, de algo mejor que el derecho penal⁵¹.

⁴⁹ Citado por PEARCE, *Los crímenes de los poderosos*, Méjico, 1980, pág. 120.

⁵⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., prólogo.

⁵¹ RADBRUCH, "Der Erziehungsgedanke im Strafwesen", en *Der Mensch im Recht*, 1957, pág. 57. No se me oculta que, como me indicó en la discusión de esta ponencia el profesor GIMBERNAT ORDEIG, esta frase de RADBRUCH puede tener también una lectura reaccionaria en el sentido de que indirectamente se está pidiendo el mantenimiento de la situación actual, mientras no venga algo mejor que el derecho penal, con lo que todas las reformas y mejoras quedarían postpuestas indefinidamente hasta que llegara ese día. No es esta la lectura a la que me refiero y, por supuesto, tampoco creo que fuera esta la intención de RADBRUCH. Lo que quiero poner con ella de relieve es algo que está presente en todo mi discurso y que espero haya quedado claro: que la "huida al Derecho Penal" sirve solo como pretexto para aplacar "malas conciencias" o para que la sociedad se evada de sus tareas de configuración político-social (cfr. ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid, 1977, pág. 45; MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., pág. 57). No hay, por tanto, más remedio que volver a insistir aquí en la necesidad de una dogmática crítica, o, si se quiere, de una teoría "crítica" del derecho penal en general y del derecho penal económico en particular en el sentido que ya he propuesto en otras ocasiones (cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 183 y ss.). Un resumen de este punto de vista puede verse en MUÑOZ CONDE, *Pour une science critique du droit pénal*, comunicación del I Symposium Internacional de Jóvenes Penalistas, celebrado en Varna (Bulgaria), 1977 (la versión española ha aparecido en *Doctrina penal*, año 2, enero-marzo 1979, núm. 5, págs. 33 y ss.; hay también traducción al portugués de Ester Kosovski, publicada en *Revista de Direito Penal*, núm. 24, janeiro-diciembre 1977, págs. 93 y ss.). Me satisface poder comprobar ahora que estas ideas coinciden esencialmente con la teoría "crítica" del derecho económico ("Kritische" Wirtschaftsrechtstheorie) que propone NAHAMOWITZ, *ob. cit.*, págs. 55 y ss.

HACIA UNA DOGMÁTICA PENAL SIN CULPABILIDAD

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

Profesor de Derecho Penal

En la historia de la dogmática jurídicopenal como teoría general del delito, de BINDING y BELING hasta JESCHECK, puede identificarse una ostensiva tendencia hacia la subjetivación del injusto y la normativización de la culpabilidad que casi ha terminado en la culpabilidad moral de un injusto subjetivo. Estos términos deben ser explicados.

1. En los orígenes clásicos de la dogmática del delito, el injusto típico se mostraba como un fenómeno completamente objetivo: se refería solo a la parte externa o física de la conducta, con la mera exigencia de que esta fuese impulsada por la voluntad, pero sin que importase el contenido de la voluntad. El tipo era también objetivo en un doble sentido: neutro al valor (tipo acromático que puede tanto conducir a lo justo como a lo injusto) y desprovisto de contenidos psicológicos. La antijuridicidad carecía igualmente de ingredientes psicológicos y se establecía por tanto de una manera totalmente objetiva, de modo que las causas de justificación no se fundaban ni confundaban en actitudes internas o anímicas del sujeto actuante. En su fundamento y en su exclusión, los factores psicoafectivos nada tenían que ver con el establecimiento del injusto típico. No se admitía, desde luego, la existencia de nada parecido a un tipo subjetivo, ni siquiera la presencia de excepcionales elementos subjetivos en el tipo o en el injusto, pero se hablaba a veces, sin embargo, de la obvia exigencia de que también la culpabilidad, contentiva de todo lo subjetivo o psicológico, tenía que ser típicamente adecuada¹.

La culpabilidad no era un juicio de valor, sino la fase interna, síquica o "finalista" de la conducta típicamente antijurídica. Culpable se era del objetivo tipo de injusto, a condición de que se lo realizara con dolo o al menos con culpa (siempre que esta última estuviese expresamente prevista). El dolo y la culpa, a su vez, como formas o especies de culpabilidad en que esta se agotaba, eran vistos en su integridad jurídica como conciencia y voluntad referidas al tiem-

¹ ERNST VON BELING, *Esquema de derecho penal*, X, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1944, pág. 43. Trad. de Sebastián Soler: "Existe, pues, de este modo, en toda figura delictiva un «esquema» rector dominante común para la faz objetiva y para la subjetiva". En la "doctrina del delito tipo", de la misma obra, dice el autor: "No es posible decir que el delito sea una acción 1°) conforme al tipo (adecuada al tipo, típica), 2°) antijurídica, 3°) culpable. Lo que debe decirse es que el delito es una acción típicamente (tipificadamente) antijurídica y correspondientemente culpable" (pág. 29).

po, a los hechos y al derecho, esto es, en todo caso abarcaban, cada uno a su manera, la conciencia de la ilicitud o antijuridicidad del hecho. A nadie se le ocurrió, en esta arcadia inicial de paz y claridad, que la conciencia de la antijuridicidad no fuese un factor cognoscitivo y por ende psicológico, de modo que se estaba aún muy lejos de pervertirla en una valoración o en una posibilidad de valoración.

2. Pero la clara tranquilidad de los comienzos no habría de durar mucho. Pronto, en efecto, fueron descubiertos y admitidos en el tipo algunos elementos normativos y con estos se derrumbó el carácter acromático o avalorado del tipo. Ahora bien, una completa valorización del tipo representaba su indistinción con la antijuridicidad, o al menos la admisión de las causas de justificación como elementos negativos del mismo (reconocimiento que ahora se hace cada vez más frecuente). Se escogió entonces la posición intermedia de que el tipo no se concibiera como la *ratio essendi* sino simplemente como la *ratio cognoscendi* de la antijuridicidad, construyéndose de esta manera la llamada "función indiciaria" que da a la acción típica una desvaloración provisional que solo habrá de ratificarse con la ausencia de causas de justificación. Por este procedimiento, las justificantes se explican como "excepciones" a la regla general de que lo típico es también antijurídico, de suerte que excluyen la antijuridicidad sin eliminar la tipicidad.

Pero ¿qué clase de tipicidad es la que se obtiene cuando la conducta típica está justificada, si no es una tipicidad, una vez más, acromática? El esquema regla=excepción, cuyo alcance no es más que metodológico², se usa de esta manera como expediente para embozar el carácter valorante del tipo penal y mantener una antijuridicidad meramente formal (conducta típica no justificada). Se mantiene, pues, la distinción entre antijuridicidad y elementos normativos del tipo y, con la misma función ideológica pero más radical, a veces esos factores valorativos se convierten en "elementos especiales de la antijuridicidad" que el tipo describe de modo más o menos innecesario o redundante. En algunas ocasiones, las confusiones propias de estos malabares neoclásicos y finalistas terminan en una logomaquia inconcluyente, resultado de la tensión entre la necesidad de reconocer valor al tipo y el prejuicio sistemático de mantenerlo sigilosamente separado de la antijuridicidad³.

3. Parejamente, el tipo perdió paulatinamente su carácter a-psicológico, primero con la forzada admisión de elementos subjetivos del tipo o del injusto (los llamados antes "dolos específicos" y el dolo en las tentativas, principalmente). Este proceso de psicologización ha sido mucho más hondo y claro, pues

² EDMUND MEZGER, *Tratado de derecho penal*, t. I, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 378 y 410. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz; *Derecho penal, parte general (Libro de Estudio)*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, trad. de la 6ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, pág. 161.

³ Ilustrativas sobre el particular las pretensiones finalistas por distinguir entre tipicidad, prohibición, antinormatividad y antijuridicidad, permisión y justificación, tipicidad legal, penal y conglobante, etc. Cfr. por todos, E. R. ZAFFARONI, *Manual de derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1979, págs. 317-22.

de la admisión de una presencia excepcional de tales elementos subjetivos se pasó al desplazamiento del dolo y la culpa (al menos del dolo y la culpa *naturales*), de la culpabilidad hacia el tipo, desplazamiento característico de DOHNA, WEBER y WELZEL. Correlativa a la sicologización del injusto típico fue la desicologización de la culpabilidad, es decir, la normativización de esta última. De esta suerte, los excepcionales elementos subjetivos del injusto típico desencadenaron la creación del *tipo subjetivo*, cuyos componentes psicológicos generales y constantes son el dolo y la culpa (naturales) y al que pertenecen asimismo otros componentes anímicos (elementos subjetivos especiales). Es claro que de esta guisa la culpabilidad cambió de sentido, pues se desprendió de su consistencia psicológica. Sin embargo, sistemáticamente quería conservársela y entonces, para poderla distinguir del tipo subjetivo, se la convirtió en un "juicio de reproche", esto es, en un ente normativo integrado (o a veces precedido) por la imputabilidad, la exigibilidad de otra conducta (poder actuar de otra manera) y el "potencial conocimiento del injusto".

Sin duda, tanto en FRANK como en los finalistas la culpabilidad normativa es un *mixtum compositum*, pues el primero mantenía allí al dolo y la culpa y los últimos conservan en tal lugar la imputabilidad (capacidad síquica para comprender la valoración jurídica del hecho típico) y, expeditivamente, también la conciencia de la antijuridicidad, aunque en el último caso con la pretensión de trasformarla de conocimiento en posibilidad (valoración) con solo mutar su nombre por el de "potencial conocimiento del injusto". Pero el conocimiento de la ilicitud había siempre pertenecido al dolo, de tal suerte que lo que con tal nombre se desplazó de la culpabilidad hacia el tipo no fue todo el dolo, sino una parte de él, a saber: la conciencia y voluntad de los nudos hechos, pero no la conciencia de su valor jurídico. Esta es la instalación de la llamada "teoría de la culpabilidad", según la cual la conciencia del injusto no pertenece al dolo (dolo de tipo) ni hace por tanto parte del tipo subjetivo, sino que corresponde al reproche de culpabilidad.

Esta teoría, aunque haya sido reconocida por el derecho positivo alemán en la reforma de 1975, está de espaldas a la realidad y a la historia. A la realidad, porque la voluntad de los hechos no puede separarse de la conciencia de su valor, ya que sin valor la voluntad no se propone fin alguno, es decir, no hay voluntad final. Una separación del fin y de la motivación por el valor del fin es un embeleco, un juego de artificio para la defensa ideológica de determinado sistema penal, pero no una descripción científica de la realidad. En el mejor de los casos, es cuando menos una ruptura de la unidad ontológica de la acción. Si, según los finalistas, los clásicos y neoclásicos rompían la unidad óntico-ontológica de la acción al estudiar en la acción la voluntariedad y en la culpabilidad el contenido de la voluntad (dolo, culpa), parece claro que los finalistas hacen algo idéntico, aunque en escala menor, al atribuir a la acción típica la conciencia de lo fáctico y al reproche de culpabilidad la conciencia de lo jurídico o antijurídico del acto.

Pero si la culpabilidad es el reproche, no puede al tiempo ser en todo o en parte el objeto del reproche. Si el reproche se quiere mantener, no queda más alter-

nativa que reconocer que la culpabilidad (de la realización del objetivo injusto típico) no es el reproche sino lo que se reprocha. Por esta vía se reconoce la distinción entre culpabilidad y reproche, dando cabida a un elemento más en la ya bastante compleja analítica del delito. Otro camino, sin embargo, es posible: la eliminación del reproche, concluyendo por desplazar al tipo subjetivo todo lo psicológico del delito, esto es, pasando también a él la conciencia del injusto y acomodando de alguna manera en el injusto la teoría de la imputabilidad. Tipo subjetivo queda así identificado con "culpabilidad" (palabreja que quizás no convenga, por su recargado sabor moral, conservar en la teoría *jurídica* del delito), como en el caso anterior hubo que terminar por refundir tipo y antijuridicidad, porque lo típico es el injusto o no es sino una forma vacía.

Así como las causas de justificación, en un sistema de tal modo construido, juegan como *elementos negativos del injusto típico objetivo*, las causas de inculpabilidad en buena parte tendrán que acomodarse como *elementos negativos del tipo subjetivo de lo injusto*. Es la forma de lograr un lógico equilibrio entre tipo prohibitivo y tipo permisivo, a cuyos detalles nos remitimos a la "teoría del injusto típico" en nuestro *Derecho penal fundamental*⁴, en la que, sin embargo, el término de reproche se mantiene, en un sentido estrictamente jurídico, referido a la realización del injusto típico, en modo alguno a las actitudes internas o motivaciones íntimas de la voluntad del autor.

4. Es bien sabido que, bajo la influencia de la filosofía de los valores, el delito comenzó a entenderse, sobre todo a partir de DOHNA, como un juicio de doble valoración. En DOHNA esta doble valoración se efectuaba así: sobre el tipo objetivo, la antijuridicidad o la justificación, y sobre el tipo subjetivo la culpabilidad (reproche de culpabilidad) o la inculpabilidad⁵. Más adelante, y en forma completamente clara en los finalistas, la concepción del delito como doble juicio de valor continúa, pero se trasformó así: primero un juicio de valor sobre el acto, comprensivo a la vez del tipo objetivo y del subjetivo (con dolo y culpa meramente naturales), al que apunta la antijuridicidad o la justificación del mismo; y segundo, un juicio de valor sobre el autor, que determina para este la presencia o la ausencia del reproche de culpabilidad (impregnado todavía por elementos psicológicos tales como la capacidad de culpabilidad o imputabilidad y el "potencial" conocimiento del injusto). Este juicio de valor (sobre el acto y sobre el autor, escalonadamente), es todavía pecaminoso en la "teoría de la culpabilidad".

Ciertamente, en esta teoría el aspecto subjetivo del acto (típico) está todavía recortado, pues la conciencia de la antijuridicidad se deja en la reprochabilidad, por lo que puede afirmarse que el acto como objeto de la primera valoración no es un acto en su integridad ontológica. Si, en cambio, se adopta, en el tipo subjetivo, la "teoría del dolo" —armónica con la realidad y con la tradi-

⁴ Bogotá, Editorial Temis, 1982.

⁵ ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1958, trad. de la 3ª ed. alemana por Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, especialmente pág. 32.

ción jurídica—, el acto queda para ser valorado en su integridad objetiva y subjetiva como conforme o contrario a derecho. Si a esta estructura se agrega todavía, como conclusión, un propio juicio de reproche *jurídico*, no moral, no parece tener mucha importancia, aunque las excusas absolutorias y tal vez algunas causas de impunidad podrían explicarse así muy bien para los imputables, pero difícilmente para los inimputables. Lo más simple parece indicar que unos y otros realizan la misma actividad delictiva, aunque con diversos matices en el tipo subjetivo por su diversa capacidad siconormativa (culpabilidad plena y "semiculpabilidad", culpabilidad psicológica y normativa). Con todo, el empleo de una terminología tradicional para presentar conceptos nuevos, o una nueva ubicación de los conceptos en la estructura, acarrea graves inconvenientes y se presta a interpretaciones erróneas. Resulta entonces preferible la supresión del término "culpabilidad" y al tiempo y sobre todo el olvido de todo lo que en la teoría *jurídica* del delito signifique o implique reproche moral. Ello, por lo demás, facilita la tendencia moderna a conjurar el pesado fantasma de la retribución penal, permitiendo una mejor comprensión políticocriminal de la pena.

5. La división de los elementos del delito en objetivos y subjetivos cumplía la muy clara y precisa función de separar injusto y culpabilidad⁶. Esta separación ya hoy no resulta necesaria, al menos en la medida en que se deslinden nitidamente el tipo objetivo y el subjetivo. Al surtirse el desplazamiento de lo psicológico hacia el tipo, ese esquema divisorio perdió su sentido. Pero al querer mantener la separación de injusto y culpabilidad pese a ese desplazamiento, lo más razonable, aunque todavía no enteramente bien lograda, fue la pauta propuesta por DOHNA: objeto de valoración y valoración del objeto. Como la propuesta estructural de DOHNA, pese a su relevancia dinámica para la dogmática, no resultó satisfactoria, WEBER introdujo una variante que rápidamente se difundió: el injusto se categoriza por el *deber* y la culpabilidad por el *poder*⁷. Si esta postura fue de inmediato asumida y desarrollada por el finalismo, se debe a su fundamental acuerdo con la "teoría de la culpabilidad" y el movimiento subjetivista que desde la "escuela de Kiel" (nacionalsocialista) viene conmoviendo o socavando las bases de la dogmática liberal.

Poco a poco fue entonces perdiendo importancia, como contenido del injusto típico, la lesividad de la conducta para bienes jurídicos determinados y se fue agigantando, como idea reguladora, su concepción como violación de un deber jurídico general de obediencia y respeto. Para preservar la objetividad de un injusto ya casi totalmente psicologizado, se acudió al distingo entre función valorativa y función motivadora de la norma, fincando en la primera la antijuridicidad objetiva y en la segunda el reproche subjetivo de culpabilidad. La teoría del bien jurídico no era solo el primordial contacto del derecho penal y la dogmática con la realidad social, sino el principal tope político al poder

⁶ REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. 1, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 171. Trad. y notas por Juan Córdoba Roda.

⁷ HELLMUTH VON WEBER, "Para la estructuración del sistema del derecho penal", trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 567 y ss., especialmente página 575.

punitivo del Estado y de los jueces. El entendimiento del injusto como violación del deber jurídico produce una notable ampliación de la punibilidad, o al menos la posibilita, ampliación que es muy clara en la extensión de la tentativa a los actos preparatorios, la equiparación penal entre tentativa y consumación y entre autoría y complicidad, etc. Es obviamente contradictorio determinar la antijuridicidad por las normas objetivas de valoración y atenerse al concepto de injusto como desobediencia (violación de un deber jurídico), pues el deber habría de estar ligado a la función motivadora y no a la valorativa. De esa contradicción se resienten todos los esquemas finalistas. Con todo, las normas subjetivas de motivación o determinación se enfocaron más finamente hacia otra función: dirigir el reproche de culpabilidad no a la ejecución del injusto típico, sino al proceso motivacional de la voluntad de su ejecutor.

Este es un proceso de moralización de la culpabilidad jurídicopenal que seguramente no ha concluido, pero que sin duda adquiere grados muy altos de saturación subjetivista en los dogmáticos alemanes contemporáneos, por ejemplo JESCHECK y WESSELS. Si ya en WELZEL el reproche de culpabilidad estaba íntimamente emparentado con la culpabilidad del carácter, en la más reciente dogmática la fusión es un incesto indisoluble. En JESCHECK, la culpabilidad como reproche se dirige a la actitud interna del sujeto y en WESSELS a su sentimiento jurídico⁸. Si esto no es culpabilidad ética —así se hable de una "ética social" en contraposición a una "ética individual" para oscurecer el tinte moral subjetivo del enfoque—, entonces es posible que la culpabilidad moral no exista. Aceptando su evidente factura moral, cabe preguntarse: ¿qué tiene que ver con ella una teoría del delito que, a más de *jurídica*, se precia de ser *liberal*?

El fin del derecho no es imponer el bien moral, hacer virtuosos a los hombres o perfeccionarlos éticamente, sino impedir males sociales; la misión del derecho penal no es asegurar una correcta, bondadosa o perfeccionista actitud interna (prevención éticosocial, protección de valores de conciencia), sino tutelar el orden social por medio de la protección de bienes jurídicos contra ataques determinados y graves. "Podría decirse que detrás del rechazo de la prohibición jurídica de actos inmorales inocuos, está la idea de que el sistema jurídico no debe verse comprometido en la valoración de la personalidad moral de

⁸ JOHANNES WESSELS, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, trad. de la 6ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, pág. 110: "En consecuencia, «culpabilidad», significa reprochabilidad del hecho con respecto al sentimiento jurídicamente revelado en él (...) Así como el contenido del injusto depende del desvalor de la conducta y del resultado, el contenido de la culpabilidad se graba por el desvalor del sentimiento referido a la realización concreta del tipo". Al fin y al cabo ya había dicho WELZEL que el "objeto primario de la culpabilidad es la voluntad y solo a través de ella también toda la acción" (*Derecho penal alemán, parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, trad. de la 11ª ed. alemana por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, pág. 198), siendo verdadero precisamente lo contrario cuando se piensa en el derecho y no en la moral. H. H. JESCHECK, por su parte, expresa que "objeto del juicio de culpabilidad es el hecho a la vista de la actitud interna jurídicamente defectuosa (actitud interna frente al derecho censurable) de la cual ha surgido la resolución de cometer el hecho"; y, aunque lo que se reprocha, según él, es el hecho, la actitud interna constituye "la razón por la que el hecho se reprocha con mayor o menor intensidad al autor" (*Tratado de derecho penal, parte general*, t. 1, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 580, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde).

la gente de acuerdo con ideales de bondad humana", como ya CARRARA lo enseñaba en el § 38 de su *Programa*, advierte tinosamente CARLOS SANTIAGO NIÑO en su importantísimo ensayo sobre "los límites de la responsabilidad penal y la teoría liberal del delito"⁹.

Si, pues, la teoría juridicopenal de la culpabilidad ha devenido, bajo el subjetivismo, un reproche ético (o éticosocial) de los motivos de la conciencia disidente, no solo se ha perdido el esfuerzo liberal de los siglos por separar la moral del derecho, sino que hemos vuelto a caer, en modernas y sofisticadas versiones supertécnicas, en la inminente justificación de cualquier modalidad de la caza de herejes y de brujas. Ello es políticamente peligroso en todo el mundo, pero en todo caso en América Latina es más que eso: es reaccionario.

6. Si es entonces necesario, para exorcizar el reaccionario peligro subjetivista, abandonar la teoría juridicopenal de la culpabilidad como reproche, debe hacerse de inmediato por imperiosa exigencia de los principios liberales de la sociedad democrática. No hay ideologías inocentes y por esto la dogmática juridicopenal no puede adoptarse sin confrontación de sus riesgos e implicaciones políticas. Como todo en el derecho, la decisión sobre el futuro del reproche eticojurídico de culpabilidad es una decisión política. Pero, claro está, si esta decisión política quiere poseer sentido jurídico, ha de buscar apoyo en el derecho positivo, y este apoyo es el que la dogmática o técnica jurídica debe rastrear.

Mirada históricamente, en el derecho penal la culpabilidad ha servido la función de impedir o al menos restringir al máximo la responsabilidad objetiva. Esta función tiene que ser conservada, pues tampoco la responsabilidad objetiva es compatible con la idea del Estado socioliberal de Derecho. El tipo subjetivo, tal como lo hemos propuesto, cumple esa función, y carece de importancia si se le sigue o no dando el nombre de culpabilidad, con tal que esta palabra-trampa no se matice con las ideas del reproche moral. Si el delito se define como *injusto culpable tipificado y conminado con pena criminal*, en nada se arriesgan las indispensables garantías penales, mientras "culpable" no signifique más que el conjunto de las relaciones, actitudes o vinculaciones psicológicas del autor con su hecho antijurídico, requeridas legalmente para la imputación de este al primero como su obra voluntaria. Pero si *tipo* se entiende en su total sentido objetivo-subjetivo, la definición puede todavía simplificarse más, evitando los peligrosos equívocos que la palabra "culpabilidad" convoca: *injusto típico conminado con pena criminal*.

7. ¿Son tales ideas adaptables el Código Penal colombiano de 1980? Creo que sí. Brevemente dicho: en este Código, el hecho punible (delito o contravención) es, en primer lugar, acción o conducta humana (arts. 1º, 19 y muchos otros); esa acción tiene que estar tipificada, esto es, inequívocamente descrita por una ley penal (art. 3º), pero la tipicidad necesariamente ha de abarcar al aspecto subjetivo correspondiente al hecho (art. 5º), pues la conducta tiene que ser dolosa, culposa o preterintencional (arts. 35 a 39). Si esa conducta es realizada

por un imputable, se aplican penas y si es ejecutada por un inimputable se aplican medidas de seguridad (arts. 31, 33, 41 y 93). Es por completo accidental si a la relación psicológica del inimputable con su injusto típico se la califica de dolo, culpa o preterintención "natural" o de "culpabilidad psicológica" (aunque reconozco que esta terminología, por lo aquí expuesto, puede ser inconveniente), con tal que las medidas de seguridad no se apliquen con criterios puramente objetivos, esto es, con tal que a los inimputables también se les reconozcan las causales de justificación e inculpabilidad (arts. 29 y 40).

En las normas incriminadoras de la parte especial, por razones de técnica legislativa subsiguientes a la separación entre parte general y parte especial, por regla general solo se describe la conducta punible en sus aspectos objetivos o externos, con raras menciones a elementos subjetivos o a la antijuridicidad. Esos "tipos especiales" deben ser complementados, para que la descripción legal de la conducta sea completa y por tanto inequívoca, con las normas reguladoras de la parte general que contienen las exigencias genéricas de antijuridicidad formal y material (arts. 4º y 29) y de "formas de culpabilidad" o culpabilidad formal (jurídica) en sus especies de dolo, culpa o preterintención (arts. 35 a 40). De paso, esto nos indica que, acertadamente, el Código no adopta ningún criterio moral de "culpabilidad material" (reprochabilidad éticosocial de los motivos); su referencia de la culpabilidad formal a la conducta patentiza que la remite a la realización del tipo objetivo de lo injusto¹⁰.

Nada impide que a las formas típicas de la culpabilidad (dolo, culpa, preterintención), se las denomine "tipo subjetivo" y se las ubique de consiguiente en el segundo peldaño del tipo de prohibición. El esquema es por tanto variable y discutible en sus detalles, pero monolítico en su orientación liberal indiscutible. No ha de ser vana realización el consagrar casi por vez primera en un Código Penal la exigencia de la antijuridicidad material, que al parecer solo estaba contenida en el Código Penal Modelo para los Estados Unidos, y en el C. P. de la R.D.A.

Tampoco es inessential que tanto el error de tipo como el error de prohibición se reglen como excluyentes de la culpabilidad formal (art. 40, num. 3º y 4º), lo que sin lugar a dudas significa que se adoptó la "teoría del dolo". Si, por lo demás, una futura ley de reforma conceptúa la inimputabilidad como excluyente de la culpabilidad formal y por tanto como causal de absolución en el proceso penal, quedará más fácil pensar en las medidas de seguridad como medidas administrativas adoptadas por el juez penal y privarlas de su carácter de una de las dos sanciones (en el sentido técnico de la palabra) a que pueda dar lugar el *hecho punible*, que no es necesariamente el hecho de un *autor*

¹⁰ La eticización del injusto había ya comenzado al pasar de la determinación de toda culpabilidad como "voluntad contraria al deber" (DOHNA, ob. cit., pág. 72) a la determinación del injusto por el "deber", no obstante que poco antes de sentar esta idea regulativa WEBER afirma que "le reprochamos al autor que se haya comportado antijurídicamente" (ob. cit., pág. 575). Pero esta frase no es funcional si al tipo subjetivo pertenecen solo los "elementos síquicos del dolo" y queda por tanto simultáneamente fundada la "teoría de la culpabilidad" que habrá de conducir al reproche de los puros motivos internos del actuar.

⁹ CARLOS SANTIAGO NIÑO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1980, págs. 285-86.

punible. Importa sí que, aun siendo administrativas y dispensadas por el juez penal en un "proceso de seguridad" posterior a la absolución penal, las medidas asegurativas no se impongan con criterios de "responsabilidad objetiva" o por el mero resultado, pues no hay ningún peligro que prevenir ni ninguna tutela que proveer si el inimputable realiza un hecho justo, o si el hecho no justificado no es producto de su personalidad enferma sino de fuerzas exteriores irresistibles (caso fortuito y *vis absoluta*). Lamentablemente, entre los criterios dosimétricos de la pena se mantuvieron, de un lado y genéricamente, la "personalidad" (art. 61) y de otro y específicamente algunas circunstancias de agravación punitiva de claro perfil moral (art. 66, nums. 1 y 13).

8. Se dirá que con ello queda borrada la diferencia, unánimemente reputada fundamental, entre injusto y culpabilidad¹¹. Pero no es verdad. Con todas sus funciones, la diferencia se preserva dentro del tipo, debidamente estratificado en tipo objetivo (la conducta externa voluntaria, el resultado y el nexa causal cuando sean relevantes, los sujetos activo y pasivo, la razón de la prohibición y la ausencia de causas de justificación) y en tipo subjetivo (dolo, culpa o preterintención integrales y ánimos o tendencias especiales del autor, siendo en los inimputables irrelevante la conciencia de la ilicitud). El tipo subjetivo es el tipo de culpabilidad, esto es, el conjunto de las actitudes síquicas o mentales que la ley exige del sujeto para imputarle la realización del tipo objetivo y someterlo, si es imputable, a una pena, y si es inimputable, a una medida asegurativa.

La culpabilidad, sin embargo, no solo venía obrando como fundamento de la pena (*conditio sine qua non* de la pena), sino también como medida de la misma. Al prescindirse del reproche de culpabilidad, del que se dice que es cuantificable, ¿se pierde entonces esa ventaja? La respuesta es negativa. Tan mal viene cumpliendo la reprochabilidad su función como medida de la pena, que ya se tiene bien establecido que la pena se mide en atención a la gravedad del injusto y de la culpabilidad; y algo más: que, curiosamente, todo lo que incida en la gravedad del injusto influye en el mismo sentido y al propio tiempo en la gravedad mayor o menor de la culpabilidad. Es así como se ha llegado al reconocimiento de la *doble función* del dolo y de la culpa, pues de un lado codeeterminan el apareamiento y la magnitud del injusto típico y de otro inciden en la determinación del grado de culpabilidad o reproche¹². Mas no hay tal

¹¹ Para que no se piense que se trata de una innovación gratuita, que perturba innecesariamente los fundamentos de la tradición dogmática, conviene en gran medida repensar muchas veces, antes de desechar la propuesta, las siguientes y luminosas palabras de ROXIN: "Los intentos que nos son familiares de separar y oponer las categorías sistemáticas «injusto» y «culpabilidad» han resultado, en efecto, inconsistentes todos ellos. Como ha puesto de manifiesto el examen que hemos efectuado, las parejas de conceptos tales como lo objetivo y lo subjetivo, el deber y el poder, lo general y lo individual, el desvalor de la acción y el desvalor de la actitud interna, solo abarcan fragmentos parciales de la problemática y no pueden comprender la totalidad de los fenómenos que se deben incluir en estas categorías..." (obra reseñada en la nota 24, página 968).

¹² Esta "doble función", novísima forma de hacer pertenecer el dolo al injusto y también a la culpabilidad, es presentada así por WESSELS (ob. cit., pág. 48): "a) En el tipo de lo injusto, el dolo, como forma de conducta, es portador del sentido juridicosocial de la acción... b) En el ámbito de la culpabilidad, el dolo, como forma de la culpabilidad, es portador del desvalor de sentimiento, que expresa la falta de sentimiento jurídico unida típicamente a la realización dolosa del tipo (actitud incorrecta y dolosa frente al ordenamiento jurídico)". Luego precisa que en el injusto solo

doble función o doble posición, sino que el injusto típico reclama su parte subjetiva, se muestra incompleto sin ella y clama por su integración objetiva-subjetiva. La separación de injusto y reprochabilidad ha fracasado desde que todos los factores relevantes inciden de la misma manera en ambos, de suerte que uno de los dos sobra y el sobrante precisamente no puede ser el injusto¹³.

Una ventaja más puede verse en la propuesta aquí contenida: el esquema del delito sin reproche (culpabilidad como juicio de reproche) supone ciertamente la libertad y se remite por entero al hombre como persona digna y responsable. Pero solo utiliza la libertad en la medida en que, presumiblemente de momento, es verificable en el proceso penal, esto es, para determinar si el sujeto es imputable o inimputable. En las causas de inculpabilidad, igualmente, la ley puede declarar irrelevantes ciertos grados mínimos o exiguos de libertad existencial por medio de valoraciones politicocriminales que se reconstruyen como presunciones probatorias a partir de su estructura fáctica (error esencial y coacción).

9. Dos factores primordiales han desencadenado la crisis subjetivista del injusto y la reprochabilidad. Primero, como antes se insinuó, la pretensión de separarlos por las categorías weberianas de "deber" (objetivo) y "poder" (subjetivo), planteo que en realidad trasvierte los términos del problema, pues ya DOHNA había advertido que "la idea de la exigibilidad y la de la contrariedad al deber son idénticas, en el sentido de que la infracción a las normas de dere-

funciona el "dolo de tipo" (dolo natural o meramente síquico) y lo hace por cierto como indicio del "tipo de culpabilidad" o "culpabilidad por dolo" (ib., 117). Parece que por fin la "teoría de la culpabilidad" ha comprendido que el dolo de tipo es insuficiente, esto es, no es dolo. De allí que repugne francamente al sentimiento jurídico su consecuencia de condenar por dolo al que obra en error venible de prohibición y por tanto no sabe verdaderamente lo que hace porque desconoce su sentido. Pero es todavía más incomprensible que el dolo de tipo, de suyo avalorado, aporte a la acción su "sentido juridicosocial". La postura de JESCHECK es significativamente igual: "En el injusto el dolo es portador del sentido de contraposición de la acción respecto de la norma jurídica, en la culpabilidad, portador del desvalor de actitud interna que el hecho expresa" (ob. cit., I, 326). Por este procedimiento explica también JESCHECK la maravillosa circunstancia de que "toda diferenciación que tenga lugar en el ámbito del injusto influirá también en la gravedad del reproche de culpabilidad" (ib., 591). El primer pensamiento patentiza que en el injusto se emplea soterradamente el concepto completo de dolo y no su reducción sicologista; el segundo pone de presente que uno de los dos factores sobra para la medición de la pena, como lo prueba el hecho de que para dicho autor las causas de exculpación posean igualmente una doble posición, pues disminuyen tanto el injusto como la culpabilidad (ib., 654).

¹³ Este viraje hacia el animismo en la reprochabilidad se debe inicialmente a GALLAS: "Culpabilidad es pues reprochabilidad del acto en atención al *ánimo* jurídicamente desaprobado que se realiza en él" (WILHELM GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Edit. Bosch, 1959, trad. de Juan Córdoba Roda, pág. 62), de suerte que el injusto se caracteriza por el "desvalor de acción" y la culpabilidad por el "desvalor de ánimo" (ib., 63). Ya este autor sostiene igualmente la doble posición sistemática del dolo, que consiste para él "en ser, en el ámbito del injusto, portador del sentido subjetivo de la acción, esto es, de la finalidad; y en el ámbito de la culpabilidad, por el contrario, ser expresión del ánimo contrario o indiferente al derecho, típicamente vinculado con la realización consciente del tipo" (ib., 63, nota 89). El reproche de culpabilidad tomó así su rumbo hacia una *alta policía del espíritu* en el seno mismo del "derecho penal de acto" (que precisamente no quería ser derecho penal de autor ni derecho penal del ánimo).

cho no puede tener validez como contraria al deber cuando ha dejado de ser exigible un actuar de acuerdo a la norma"¹⁴. En segundo lugar, la idea welzeliana de "desvalor de acto" y "desvalor de resultado" como cointegrantes del injusto, lanzó el reproche de culpabilidad a las intimidades del sentimiento ético y la actitud moral frente al ordenamiento jurídico.

En efecto, el desvalor de acto se traduce en la desobediencia o violación del deber, es decir, en un desvalor de la voluntad (manifestada), y a ello el desvalor de resultado como lesión al bien jurídico solo viene a sumarse de modo contingente. Pero si en el injusto se contiene ya el desvalor de la voluntad actuada, ¿que habría de contenerse en el reproche de culpabilidad sino ya los más íntimos motivos de la actitud interna o el sentimiento moral? Por lo menos para la culpa inconsciente, WELZEL mismo fundó la culpabilidad en un desvalor de personalidad¹⁵. Y ARMIN KAUFMANN, mucho más consecuente, lo hizo así para todos los delitos¹⁶. Si, por lo demás, como el propio KAUFMANN lo advierte, "la medida del desvalor de un acto se determina en primera línea por los motivos decisivos para la formación de la voluntad"¹⁷, se ve que la valoración de los motivos se cuele ya en el injusto subjetivista y de esta manera la culpabilidad finalista queda despojada de su armazón para distinguirse de aquel. Pero ello muestra al mismo tiempo, como lo ha señalado FERNANDO MEZA MORALES, que por ese camino convergen culpabilismo y peligrosismo¹⁸. Una relevancia tan fuerte de los "motivos determinantes" no se daba quizás desde FERRI¹⁹, quien por cierto no los vinculaba al diagnóstico de culpabilidad sino

¹⁴ DOHNA, ob. cit., pág. 64.

¹⁵ WELZEL, ob. cit., pág. 212.

¹⁶ ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas (Fundamentos de la dogmática penal moderna)*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1977, pág. 244, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés.

¹⁷ *Ibidem*, pág. 279.

¹⁸ FERNANDO MEZA MORALES, "¿Derecho penal de culpabilidad?", en *Temas de Derecho Penal Colombiano*, núm. 14, Medellín, 1981: "La responsabilidad penal debe apoyarse en la objetividad de la conducta y servir como moderamen dentro de un sistema de responsabilidad subjetiva, pues de no ser así el elemento psicológico se hipertrofia como ha ocurrido con la peligrosidad predelictual o como se vislumbra en la culpabilidad ética, y por este camino se desemboca en la tiranía, o quizá en el anarquismo... (pues) cuando las conciencias quedan expuestas al ejercicio de la autoridad estatal, la tiranía llega ineluctable". Ideas similares se reiteran, con la misma exactitud profética, en *Del peligrosismo al culpabilismo*, escrito por el mismo autor en colaboración con JULIO GONZÁLEZ ZAPATA: "uno empieza a sospechar que el culpabilismo, al acentuar cada vez más la subjetivación del delito como *ratio*, termina en el mismo punto del peligrosismo, o en la anarquía", pues el juez tendría que hurgar en forma arbitraria e ilegítima el alma humana, o renunciar al juzgamiento; si lo primero, con la admonición de que "cuando el Estado invade la intimidad de las conciencias sabemos que ha llegado la hora de la tiranía" (en *Estudios de Derecho*, núms. 97-98, Medellín, 1980, pág. 197). La advertencia contra el subjetivismo del culpabilismo eticojurídico es por cierto esclarecedora y pertinente, pero no hace justicia si se la aplica al nuevo C. P. colombiano (1980), porque en este la culpabilidad se asume como categoría jurídicoformal (dolo, culpa, preterintención referidas al actuar siconormativo de los imputables), que entronca con el pensamiento de los clásicos, sin ningún parentesco con la reciente eticización del derecho penal. El peligro existe, sin embargo, porque a ese punto podría llevar la doctrina por medio de la aceptación más o menos crítica de la ciencia penal alemana. Como barreras contra ese peligro el Código establece la antijuridicidad material (art. 4°), pero también precisa que la exigencia de culpabilidad tiene la exacta e inexorable función de proscribir la responsabilidad objetiva (art. 5°).

¹⁹ ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, págs. 286-91.

al pronóstico de peligrosidad. Una legislación liberal, empero, no otorga a los motivos determinantes tanta importancia, dándoles relevancia solo en casos contados. Es que si la regla de derecho se observa, al orden jurídico, a diferencia del orden moral, no tiene por qué interesarle el motivo del respeto; y si se incumple, rara vez podría otorgarse al motivo fuerza exonerante. No son en ningún caso los motivos los que violan el derecho²⁰.

10. Pero tal vez los peores interrogantes que nuestro planteamiento suscita no se refieran a la arquitectónica de los elementos del delito o presupuestos legales de la punibilidad, sino a la eficacia que teóricamente se le ha asignado al "principio de culpabilidad" con respecto a los límites de la pena en el Estado de derecho. Ante todo habría que aclarar que culpabilidad como reproche no es un concepto que guarde ninguna relación esencial con el principio de culpabilidad. Este solo impone que la responsabilidad penal se limite por ciertos factores psicológicos del sujeto, esto es, por su conocimiento y voluntad de los hechos y de su sentido sociojurídico. Significa también, en el contexto del Estado democrático, que la persona no puede ser tratada como objeto por meras razones de prevención general y/o especial. Nada de ello es negado por una culpabilidad estrictamente juridicopenal convertida en la faz subjetiva del injusto típico (tipo subjetivo o culpabilidad típica).

En primer lugar, el marco general de la justicia de la pena se determina por el principio de proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la medida de la pena, principio que debe ser sin duda preservado por el legislador en la medida en que quiera constituir o preservar una sociedad justa, pero también por el juez para que el sujeto de la pena no se reduzca a un objeto de tratamiento preventivo (general o especial) de ominosos perfiles. La proporcionalidad entre injusto y pena está íntimamente vinculada a la teoría de los bienes jurídicos y por tanto a la escala de valores del legislador, pero nada tiene que ver con la peligrosidad del autor. Cosa distinta es que la duración de las medidas de seguridad, en cambio, deba ajustarse más a esa peligrosidad, pero, con todo, sin poder prescindir de la idea de justicia insita en la razonable proporción entre el injusto y sus consecuencias juridicopenales contra el autor, ya que no se justifica un internamiento perpetuo por una leve injusticia, aunque el peligro de reincidencia sea superlativo y la reincidencia misma inevitable.

Para alejar, sin embargo, el peligro político de que, despachada la culpabilidad, la pena pase a medirse con criterios meramente utilitaristas de prevención desvinculados de la justicia retributiva, STRATENWERTH prefiere conservar el concepto de principio de culpabilidad y sobre todo de culpabilidad, pero

²⁰ Extraña por ello la contradicción del sistema alemán contemporáneo cuando, por ejemplo, funda la legítima defensa en el principio de que "el derecho no ha de ceder ante el injusto", significativo de que el agredido no está obligado a soportar la injusticia, para luego sostener que el reconocimiento de la legítima defensa depende también del correspondiente elemento subjetivo de justificación (conocimiento de la agresión y ánimo de defensa del bien jurídico atacado), con lo que se para en que el agredido si está al final de cuentas obligado a soportar el injusto cuando más necesitado se encuentra de oponérsele, esto es, cuando no lo conoce, cuando no sabe que un injusto amenaza sus bienes.

rompiendo con la tradición, es decir, despojándolos de su vinculación con la censura moral de la personalidad, la peligrosidad, el carácter, la disposición, la conducción de vida, la actitud, el sentimiento y el comportamiento del autor antes y después del hecho²¹. Se tratará entonces, simplemente, según sus palabras, de "la existencia o falta de ciertas condiciones previas para una libre decisión", pero sin que con esto logren darse baremos distintos para la valoración de la gravedad del injusto y de la culpabilidad, esto es, logren separarse estos para lo que importa que se separen, o sea para la teoría de la medición judicial de la pena.

En cuanto el propio injusto típico abarca también la parte subjetiva, o, mejor, siconormativa de su estructura facticoyurídica, el criterio de proporcionalidad o justicia retributiva está en él implicado o fundamentado y ningún peligro de responsabilidad objetiva existe. Se gana, en cambio, en claridad jurídica del delito y de la pena y se evita el "escándalo" de la indebida mezcla de factores jurídicos y morales en el seno de ambos. Lo que esto demanda de una futura reforma del derecho penal en Colombia, se refiere exclusivamente a las cláusulas morales y de personalidad en la medición de la pena, aunque la personalidad-peligrosidad deba seguir jugando algún papel en los subrogados penales, pues estos resultan en verdad inmanejables sin criterios preventivos (más que todo de prevención especial o individual).

"Si realmente queremos separar Derecho y Moral también en el ámbito de la individualización de la pena —escribe con lucidez STRATENWERTH—, solo queda un camino: renunciar a toda valoración de la personalidad desde el punto de vista de la culpabilidad en favor de una correcta situación del problema de si es y cómo es posible evitar la reincidencia del autor, sin continuar obscureciendo la cuestión de la indignación moral"²². Lo que de veras está en juego en ello no es solo desvincular la culpabilidad de la personalidad, sino erradicar la culpabilidad como reproche personal o individual del autor. El reproche no tiene por qué ser algo más que un asunto sociológico, a saber, la reacción de la sociedad frente al penado al asociar naturalmente la pena con la previa comisión de un hecho "indebido" o inmoral. Lo que el planteamiento de STRATENWERTH deja concluyentemente en claro es que los criterios de determinación del injusto y la culpabilidad y de la apreciación de la gravedad de cada uno de ellos, no son ni pueden ser distintos, lo que al menos debe arrojar dudas sobre la conservación de la pareja.

²¹ GÜNTHER STRATENWERTH, *El futuro del principio juridicopenal de culpabilidad*, Madrid, Edit. Reus, 1980, pág. 74, trad. de Enrique Bacigalupo, con estudio previo del mismo sobre "Culpabilidad y prevención en la fundamentación del derecho penal español y latinoamericano". Reza la cita que "deberán quedar fuera de consideración desde el punto de vista de la culpabilidad, la vida del autor anterior al hecho y las penas sufridas, la peligrosidad y la energía delictiva, el carácter y la actitud del autor, su comportamiento con posterioridad al hecho, especialmente el revelado durante el proceso penal, es decir, en definitiva, su arrepentimiento y la reparación del daño causado, etc.". En un estricto sentido de "culpabilidad por el hecho", agrega el prementado jurista, se tratará tan solo de "la existencia o falta de ciertas condiciones previas para una libre decisión", o sea que lo decisivo será únicamente "la situación en la que el hecho ha sido cometido: solamente ella determinará la gravedad de la culpabilidad por el hecho" (ib., 75).

²² Ibidem, pág. 83.

11. Muchas veces se ha reiterado que la culpabilidad es necesaria en el derecho penal para impedir que la persona pueda ser reducida a simple objeto de un tratamiento preventivo sin control ético. De esta manera, el derecho punitivo parecería expuesto a una aporética antinomia: si la culpabilidad se mantiene, se moraliza demasiado y con esto propicia la intromisión del Estado en las esferas íntimas y privadas de la personalidad; si se la suprime, en cambio, el derecho penal tornaría amoroso y puramente utilitario, pudiendo cualquier pena justificarse con cualquier fin político. Ello podría ser más bien consecuencia de un pensamiento formalista. La más profunda y respetable vinculación del derecho penal, o, mejor aún, de la política criminal, con la ética, se encuentra en la teoría del injusto y de la pena y no en la de la culpa. Si el injusto se mira como un fenómeno puramente técnicoformal, es seguro que un concepto ético de culpabilidad será indispensable para contener el positivismo ideológico en el que todo contenido legal se autolegitima. Si, en cambio, se ve en el injusto un contenido sociopolítico y éticosocial que el derecho formaliza, contenido según el cual el injusto no se agota en la abstracta contrariedad a derecho sino que ha menester también de cierta lesividad para bienes jurídicos determinados, entonces la pena consecuente no puede sino estar fundada en la justicia y por tanto en la moral. Pero esta relación del derecho penal con la moral es muy distinta a la que se finca en las motivaciones individuales del acto personal, pues no se trata ya de una ética de los motivos, sino de una política de las proporciones de la reacción estatal contra el mal social que el delito entraña.

La antijuridicidad material redime, pues, del desastre al limitar las sanciones penales a lo que es socialmente necesario dentro del equilibrio de la justicia conmutativa. La justicia de la pena legal se basará entonces en esa proporción general, en tanto que la de la pena judicial mirará a la lesividad de la conducta concreta para el bien jurídico tutelado y no a la culpabilidad de conciencia, verificación en la que sin duda los jueces podrán ser más objetivos. No digo que con ello queden resueltos todos los problemas, sino que al menos se abre el camino para solucionarlos. Si la teoría de la antijuridicidad material no se hubiese olvidado tanto y tan a menudo por la dogmática penal, seguramente el reproche de la conciencia culpable no habría alcanzado tan alto rango e importantes funciones en la teoría y en la práctica del derecho penal. Curiosamente, la *antijuridicidad material* es una cortapisa al poder estatal, porque recorta el ámbito de la *antijuridicidad formal* con que todo positivismo tiende a conformarse, mientras que, por el contrario, la *culpabilidad material* profundiza inadmisiblemente el ámbito o por lo menos el fundamento de la punibilidad y la *culpabilidad formal* tiende a mantenerla en su límite adecuado.

Con todo, una culpabilidad formal no tiene ya de culpabilidad sino la forma y de ella puede decirse sin rodeos que ya no es más culpabilidad, menos que nada como reproche. De carácter formal y consiguientemente irreal es la teoría que cifra la culpabilidad en una confrontación de término medio y no en un juicio personalizado (E. SCHMIDT, KRÜMPELMAN, BAIGÚN, J. LACROIX, MUÑOZ CONDE). BETTIOL tenía razón al afirmar que es imposible una culpabilidad como concepto técnico jurídico penal desarraigado de sus fundamentos éti-

cos²³; pero esto no debe llevar a mantener en el derecho penal el concepto moral de culpabilidad, sino precisamente a erradicarlo por imperiosa exigencia de la idea de persona en el Estado de derecho.

La moderna y moralizante concepción de la reprochabilidad como elemento del delito y como fundamento y/o medida de la pena está en abierto antagonismo con los ideales del Estado de derecho a los que el derecho penal liberal se tiene que plegar²⁴. NINO ha señalado brillantemente que "la concepción liberal del derecho penal implica que las conductas que deben proscribirse no se relacionan con cualidades morales de los individuos que suponen ideales de perfección humana, y, por tanto, que las intenciones y los motivos que indican perversidad moral no deberían ser relevantes para la definición de las situaciones que deben prevenirse"²⁵. Ello arrastra, entre otras cosas, la consecuencia de que las causas de justificación no dependen de particulares momentos subjetivos o anímicos, porque tanto la justificación como la antijuricidad son objetivas, al menos mientras se trate de un derecho de actos y no de un derecho (mejor sería decir una moral) de los motivos. Pero ello muestra al mismo tiempo que la justicia de la pena está más vinculada a la idea de una razonable proporcionalidad con la dañosidad social del hecho que con algún criterio metafísico de culpabilidad²⁶.

Con su pesada sobrecarga moral, la culpabilidad se convirtió en un simple eufemismo tecnista para presentar al delincuente, ya no como "malvado", como en los viejos tiempos, sino como "culpable", que quizás comporta un juicio de repulsión moral mucho más vehemente contra la conciencia del desviado. Sin duda era el "juicio de culpabilidad" el que el Evangelio no quería que los hombres pronunciasen contra los hombres, porque frente al mal todos somos de alguna manera culpables. Es la nueva criminología la que ha podido brindar a la pena final o pena-tratamiento un fundamento insoslayable en el

²³ GIUSEPPE BETTIOL, *Derecho penal, parte general*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 82, trad. de la 4ª ed. italiana por José León Pagano. Esta radical moralización de la culpabilidad y de la pena jurídicocriminales lleva a BETTIOL a pensar en el inimputable como "un fragmento de naturaleza tarada" y en la pena como desprovista de finalidades esenciales que solo por la idea del estado social de derecho se ejecuta en forma resocializadora (BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1977, págs. 166, 75, 148 y 76).

²⁴ Pero la crisis del concepto jurídicopenal de culpabilidad es aún más honda, pues se reconoce generalmente que se apoya en presupuestos indemostrables, al menos de modo concreto, y carece también de mensurabilidad objetiva. Un criterio así no puede ser el fundamento de la pena ni tampoco su medida, pero ni siquiera el límite de la pena máxima. De ahí que resulte contradictoria la tesis de ROXIN —que se queda a mitad de camino— según la cual la idea de culpabilidad como fundamento de la retribución debe abandonarse por su indemostrabilidad en los casos concretos, pero debe mantenerse como criterio limitativo de la pena preventiva, pese al reconocimiento de que no admite una exacta cuantificación, menos que nada caso por caso (CLAUS ROXIN, *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1981, traducción, introducción y notas de Francisco Muñoz Conde, págs. 41, 48 y 50). Obvio resulta que una culpabilidad de presupuestos indemostrables y relativamente incuantificable no puede funcionar como fundamento y/o medida de la pena, pero tampoco como límite, pues este último supone la cuantificación en su más alto grado.

²⁵ C. S. NINO, ob. cit., pág. 33.

²⁶ Así lo profesaba ya BECCARIA (*De los delitos y de las penas*, XIV, Madrid, Edic. Aguilar, 1969, págs. 140-141, trad. de Francisco Tomás y Valiente).

hecho de que la sociedad, al ser criminógena, es corresponsable del crimen y tiene por tanto deberes de asistencia y no derechos de castigo frente al criminal. La misma criminología crítica ha patentizado que la conducta desviada es patrimonio de toda la colectividad y no de determinados sectores sociales "etiquetados", de tal manera que en verdad nadie puede contra ella lanzar la primera piedra. Esto no conduce, palmariamente, al anarquismo de un radical programa abolicionista, sino a un tratamiento distinto del delito y de la pena como males sociales inevitables que pueden combatirse y reducirse, pero no eliminarse. Con razón enseñó SOLER que una de las ideas más perniciosas en la historia del derecho penal ha sido la del perfeccionismo que cree que el delito puede ser borrado de la faz de la tierra, pues en su nombre se han perpetrado los más execrables abusos²⁷. No menos abominables son los crímenes que se han cometido en nombre de una pena omnicompreensiva y unidimensional que prefiere destruir al individuo antes de dejarlo seguir siendo imperfecto. Pero también el abolicionismo es peligroso, pues deja a los individuos desamparados en el desenvolvimiento social de su existencia.

Habría que extraer, entonces, una conclusión contraria a la de STRATENWERTH²⁸: la liquidación del derecho penal "clásico" no es ahora simple cuestión de tiempo, pues de lo que se trata es de la reviviscencia y reconstrucción de sus principios. En materia de culpabilidad, los clásicos nunca sobrepasaron la forma, pero en cambio se inclinaron siempre a buscar la sustancia del injusto. Solo su concepción de la pena como retribución estaba todavía impregnada de moralismo, pero en este tópico los nuevos tiempos ofrecen mejores perspectivas con la idea de una pena final no desvinculada de la justicia.

12. Como última cuestión debe ser afrontada la de si la propuesta de suprimir el concepto de reproche culpabilista desemboca también en la supresión del concepto de pena y convierte por tanto al derecho penal en un puro derecho de medidas. Las respuestas tienen que ser negativas.

Es verdad que la tradición del dualismo penas-medidas de seguridad se apoya regularmente en la dicotomía de culpabilidad y peligrosidad, retribución y prevención. Habría que decir, en primer lugar, que estos dualismos se han resquebrajado bastante en la teoría y en las legislaciones. No solo es ya difícil ver diferencias en la ejecución de penas y medidas, por cuanto ambas se traducen de alguna manera en tratamiento resocializador, sino que esa identidad fundamental de la práctica ejecutiva (o del sentido de esa práctica) viene impuesta por la similitud o identidad de los fines asignados a unas y otras (C. P., art. 12). De otra parte, ya se sabe que el marco de la pena no puede ser fijado con criterios puramente culpabilistas, sino que en su determinación legal y judicial entran necesariamente factores de prevención general y especial, y por

²⁷ SEBASTIÁN SOLER, *Fe en el derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956, págs. 71 y 72. Como el mismo autor lo advierte, ya CARRARA había formulado la admonición de que "la loca idea de que el derecho punitivo debe extirpar los delitos de la tierra, conduce en la ciencia penal a una idolatría del terror" (ib., 72).

²⁸ STRATENWERTH, ob. cit., 89.

cierto en primer plano (C. P., arts. 61 y ss.). Todos los esfuerzos por vincular la culpabilidad a la protección de la libertad individual contra los excesos del poder punitivo, concluyen lamentablemente en el abandono de los inimputables a un poder estatal incontrolado, han dicho HAFFKE y MUÑOZ CONDE²⁹. La postura liberal exige, sin embargo, que ambos tipos de reacción sean controlados y en ello juegan hoy, más que la categoría de la culpabilidad, principios de política criminal tales como el de la mínima intervención, la proporcionalidad y la finalidad. Pero por sobre todo, ha dicho MUÑOZ CONDE, es el marco legal de la pena conminada el que no puede jamás ser superado por virtud del principio de legalidad³⁰, pues de otro modo la inimputabilidad sería una desdicha peor que la culpabilidad.

Desde el momento en que se muestran en el injusto típico diferencias subjetivas de realización según que el autor sea imputable o inimputable, la simple doble vía (penas para los imputables y medidas de seguridad para los inimputables) queda teóricamente fundada. Para repetirlo una vez más, esa diferencia en la realización del injusto típico no apunta a la objetividad del daño típico, sino a la relación siconormativa del mismo con su autor. Así como, por razones de garantía, la pena debe concluir en un tiempo determinado aunque no haya logrado sus fines en el caso concreto, el tratamiento de seguridad tiene que ser sometido al mismo criterio, por la misma razón. Una cosa debería ser en todo caso clara: la inimputabilidad no tiene por qué gravar al autor, esto es, no tiene por qué imponerle un tratamiento jurídico peor del que le habría ocasionado la comisión del mismo hecho al imputable. Si la prevención general no puede prevalecer sobre la idea limitadora de la justicia (proporciones razonables, compatibles con la democracia) porque se cae en el terror penal, tampoco la prevención especial puede hacerlo, pues es entonces cuando la dignidad del desviado como persona o sujeto de derecho desaparece y este es sacrificado, como un objeto cualquiera, en aras de la generalidad.

Conviene en fin reiterar que reproche de culpabilidad no se identifica con principio de culpabilidad. En este último se contienen exigencias operacionales del derecho penal liberal tales como la responsabilidad subjetiva, la proporcionalidad de las reacciones penales y su finalidad humanitaria a la vista de la dignidad de la persona, etc., postulados demoliberales que en este ensayo se promueven y que mucho ganan en solidez con sus tesis, sobre todo si se columbra lo que llegará a ser en el futuro el derecho penal subjetivista de la culpabilidad moral, a menos que desde ahora se tomen decisiones contra él; para esto, el C. P. de 1980 ofrece posiciones singularmente ventajosas, pues sin ser obra perfecta, nadie puede dudar de la orientación decididamente liberal de su parte general, su concepción objetiva del injusto y su reducción de la culpabilidad a sus formas siconormativas.

²⁹ ROXIN, ob. cit., pág. 25.

³⁰ Ib., pág. 30.

LA DELINCUENCIA EN MEDELLÍN*

Dr. JAVIER VIEIRA MÚNERA

Miembro del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia.
Profesor de Criminología.

El delito, criminológicamente entendido, es considerado como un fenómeno social de carácter complejo, que obedece en su producción a plurales causas y por ello es también un fenómeno policausal.

Para mejor comprender su etiología, es menester relevar que siendo el delito la exteriorización del actuar humano, no está ligado axiomáticamente a un proceso causal obligante como es el físico o matemático. La causación, criminológicamente, es más una probabilidad que una fuerza impelente. No empuja lo anterior, también como en el proceso causal físico, se da la llamada potencialización de causas, cuando confluyen varias de la misma estirpe, o bien la morigeración o inhibición del efecto cuando se presenta el antagonismo causal.

De lo anterior se colige que la criminología solo ha de entenderse como ciencia bajo el aspecto causal-explicativo, más de carácter opinativo que de juicio axiomático. De allí la dificultad suma en hacer un esbozo criminológico que sea consensualmente aceptado.

No será materia de esta exposición la descripción radiográfica de la criminalidad que nos agobia. Ella, por ser ya una vivencia, me exonera de este, que se tornaría en innecesario acápite.

Versará mi exposición sobre el análisis y la pretensión clasificatoria de los diversos grupos delincuenciales en que puede dividirse la criminalidad de nuestra ciudad, que también son comunes a los principales centros urbanos de nuestro país y fundamentalmente a Bogotá y Cali. Es que nuestra criminalidad no puede ni debe desligarse del contexto nacional, ni siquiera del plano latinoamericano o del de las sociedades en desarrollo. Tampoco puede desvertebrarse de los ingredientes consustanciales a la sociedad contemporánea, que JEAN PINATEL no dudó en adjetivar de "criminógena". Ellos son prioritariamente 'el progreso' científico y técnico que ha deshumanizado, maquinizado y 'standarizado' al hombre, Esta nueva sociedad tecnocrática presenta la felicidad como sinónimo de inactividad intelectual y muscular, con la suplencia de recolección de objetos y de satisfacción de 'necesidades' fictas, que son también características de la misma sociedad denominada también de 'consumo'.

* Conferencia dictada por el Dr. JAVIER VIEIRA MÚNERA en el Foro sobre "justicia y criminalidad" organizado por la Universidad de Medellín, los días 2 y 3 de julio de 1982.

Podría decirse que nuestra criminalidad admite una clasificación tripartita con algunas subdivisiones: 1) la de la subclase o proletariado; 2) la juvenil o por frustración, y 3) la organizada, que a su vez comprende: a) la concertada establemente, b) la de las mafias, c) la de cuello blanco, d) la política, y e) la estatal o de represión.

1) La concerniente a la de subclase o proletariado, tiene la importancia de constituir el 90% de la población carcelaria, de ser incuestionablemente la mayoritaria y la que soporta los rigores mismos de la represión estatal y social. Es ella la criminalidad de subsistencia o acostumbramiento, que circunscribe su acción fundamentalmente a los atentados contra la propiedad, específicamente en la forma del hurto, con o sin violencia a las personas o las cosas. Ella afecta centralmente a los detentadores de bienes venales. Es aquí donde el mundo circundante, completamente adverso a la plenitud de la realización humana y consecuentemente favorable al delito tiene su máxima injerencia. Ellos, desprovistos de los bienes primarios fundamentales: educación, trabajo, salud, vivienda, alimentación, vestido y recreación, forman el ejército de los parias de multiplicación geométrica e inextinguible mientras perduren similares condiciones. A ellos, 'nuestros hermanos enemigos' hay que 'destruirlos', 'destruirlos' con el amor, convertirlos en nuestros amigos brindándoles condiciones dignas de la especie humana.

2) La delincuencia juvenil, la que ese adjetivar como delincuencia de frustración, tiene su sedimento no ya tanto en la carencia de bienes venales, cuanto quizá en la abundancia de ellos con la paradójica ausencia de amor. Estos jóvenes proceden generalmente de hogares en crisis o desintegrados, que han considerado al hijo como una carga o compromiso del que no han podido liberarse. Son ellos las víctimas predilectas de la acelerada evolución tecnicocientífica que los induce al hedonismo y a la esterilidad ocupacional. La tendencia a la imitación, propia de esa edad, es caldo de cultivo para que la decadente sociedad norteamericana los induzca a ser militantes activos de la sociedad de consumo, que los satura de necesidades aparentes, normalmente de imposible satisfacción. El sexo como fuente normal de canalización de la libido pierde esa función y se trasmuta en burdo genitalismo, en un producto más de la sociedad de consumo, que no produce ya satisfacción sino desasosiego y angustia.

Esa mutación axiológica conduce a la denominada anomia, sintomática las más de las veces de sicopatías más de origen ambiental que endógeno.

El delito, la violencia bajo las más diversas formas de agresividad y la droga, son una especie de catarsis o desfogue para la angustia y la crisis en que se hallan sumidos.

El hambre de la droga y la necesidad de satisfacer las exigencias de los objetos y servicios presentados como bienes por la sociedad de consumo, impelen primero al hurto doméstico y posteriormente a otras formas típicas de mayor entidad, llegando incluso al atraco de establecimientos crediticios o comerciales, revestido de violencia que horroriza. Es también frecuente en este grupo delincencial el apoderamiento ilícito de vehículos, especialmente tipo motocicleta, que genera en ellos sensación de virilidad, suficiencia y poderío.

3) La delincuencia profesional u organizada:

a) La concertada establemente: bajo este epígrafe podría ubicarse todo tipo de delincuencia organizada; sin embargo, por una consideración de orden más didáctico que práctico, he de referirme exclusivamente a las asociaciones criminales que, nacidas directamente de los grupos ya reseñados, y muy en especial del primero, se organizan para facilitar la comisión delictiva, procurar la impunidad y defenderse colectivamente de los grupos que patrocinados o tolerados por el Estado procuran su exterminio físico.

Este tipo de organización desarrolla actividades generalmente precedidas de violencia, con preferencia hacia la piratería terrestre, el hurto de automotores, el atraco a entidades crediticias, la extorsión, el hurto a residencias y el secuestro. Este despliegue delictivo implica una pérdida total de los valores de convivencia socialmente adoptados por el conglomerado, así como también un refinado profesionalismo o acostumbramiento en la ejecución del hecho delictivo.

Teniendo ella su génesis en los grupos anteriormente reseñados, la profilaxis social habrá de dirigirse especialmente a ellos como causa generante que son.

b) Las mafias: fundamentalmente operan en nuestra ciudad la de las drogas y la del contrabando. Mientras que la primera viene intoxicando física y moralmente a nuestro pueblo, despertando la sed del oro, corrompiendo aceleradamente a la justicia y subvencionando escuadrones de la muerte dirigidos al iluso exterminio de los delincuentes de la subclase, la del contrabando viene además desangrando a la industria y al comercio criollo con heridas letales al campo textil y de electrodomésticos de producción local.

Nuestra estirpe de mineros y aventureros, buscadores de oro, con legendaria capacidad de riesgo, con amor ya folclórico al juego y al azar, formados en principios de una escuela machista, que modernamente entronizó como símbolo del poder y de la virilidad al dinero, ha constituido el imprescindible caldo de cultivo para formar la decadente imagen del nuevo antioqueño: el mafioso.

Es Medellín, duele decirlo, el principal centro internacional del narcotráfico. Las pingües ganancias de este ilícito negocio propiciaron inflación escandalosa en nuestra ciudad, donde la propiedad raíz —urbana y rural— se tornó inalcanzable para cualquier asalariado y motivó el proceso migratorio del campesino que, deslumbrado por el dinero nunca antes por él visto, que se le dio como pago de su parcela, la abandonó y hoy habita ociosamente en la ciudad.

Gracias a esa abundancia de circulante, tenemos hoy la canasta familiar más alta del país, arrendamientos que guardan consonancia con el precio inflacionario del inmueble, un parque automotriz que no guarda relación alguna con la red vial, restricción de créditos para los pequeños cuentahabientes, ya que esta prebenda fue copada en pleno por los potentados de la droga y del contrabando para financiar su negocio. Por ello el interés bancario acrecentó su valor y el extrabancario se tornó imposible para financiar actividades lucrativas lícitas. Como justificación de la acrecencia inmoderada del capital ilícito, surgieron también negocios "fachada", cuya finalidad, como es lógico suponer, no es el lucro sino el movimiento que lo aparente, tornando imposible cualquier

competencia lícita en el mismo ramo. Como resultado de ello, y de la ausencia de crédito, el pequeño industrial y comerciante ha tenido que declinar de su lícito empeño, generando obviamente el desempleo que hoy nos agobia. Sobre este aspecto cabe recalcar que es Medellín la ciudad con mayor índice de desempleo nacional y con el más alto número de concordatos y de quiebras.

Los integrantes de este grupo, crean y desarrollan valores minoritarios que ostentan y pregonan, inculcándolos con su ejemplo y su palabra a todos aquellos que por deficiencia formativa no han tenido educación axiológica adecuada. Crean, y pretenden hacer creer, que el bien supremo del hombre es el oro, que puede y debe esclavizarse a él, y así surge como corolario que la vida tiene precio, que también lo tienen la familia, la justicia, el honor, la tranquilidad. En esa triste gama de valores no hay nada invaluable; no se sustraen a ello, así lo entienden, ni la amistad ni el amor. Ese paraíso hedonista y deshumanizado es causa y efecto de la crisis moral que padecemos.

c) Al lado de las mafias y no del todo ajenas a ellas, está la llamada delincuencia "de cuello blanco" o *the white collar criminality*, integrada por "los señores" de la sociedad, que posan en veces de moralistas, en ocasiones de víctimas y en otras de filántropos. Surgen ellos de lo que DI TULLIO llamó los hiperevolutivos. Comparativamente podría decirse que son nuestros brahmanes. Son ellos mirados con respeto y acatamiento y sirven también para ejemplificar lo que es el esfuerzo personal y lo que son las sanas costumbres. Son los mimados del Estado, del que suelen con frecuencia formar parte activa. El legislador es su complaciente y el medicamento anticipado para su enfermedad; por ello jamás pisan el estrado judicial, a menos de hacerlo con el disfraz de jurados de conciencia. La mayoría de las conductas socialmente lesivas y reprochables en que incurren están exentas de consideración delictiva, y cuando no son atípicas su penalidad es tan benigna y es tan amplio el margen de su excarcelación, que se torna casi que irrito su procesamiento penal.

Son ellos los prepotentes del fraude, que ataviados con el ropaje de grupos financieros, modelos de una sana economía de bonanza, captan en su personal provecho los ahorros del pueblo, frutos de trabajo insomne, de hambres, de sacrificios múltiples y de privaciones sin cuento. Estos señores, dueños ya de casi toda la industria nacional y de buena parte de la banca, ejercen poderoso y casi que omnipotente control sobre la vida política y económica del país. Tienen el poder de veto para cualquier órgano periodístico o informativo que se atreva a glosarlos o a denunciar sus atropellos. Aniquilan con barbarie, patentizada en el ajusticiamiento o en el secuestro de la libre expresión sindical. Ostentan la facultad no siempre disimulada de poder remover cualquier funcionario oficial que se torne en obstáculo a su sed de lucro.

La impunidad legislativa les permite la evasión tributaria, el acaparamiento en artículos de primera necesidad hasta el medio millón de pesos y hasta suma ilimitada en tratándose de otros artículos (C. P., art. 229). Pueden especular con los precios de artículos no considerados 'oficialmente' como de primera necesidad (C. P., art. 230). Les está permitido penalmente alterar o modificar en perjuicio del consumidor la calidad, cantidad, peso o medida de artículos no

considerados de primera necesidad; pero si como tales son considerados, la sanción es solo emblemática, ya que estando el hecho punido con arresto, se torna necesariamente en excarcelable (C. P., art. 231).

Sirvan simplemente a manera de muestreo los ejemplos anteriores, ya que basta examinar así sea superficialmente todo el título VII del Código Penal vigente, denominado "Delitos contra el orden económico social", para entender la patente de corso que a estos 'señores' de cuello blanco les ha otorgado el legislador.

Son ellos, en mi sentir, los verdaderos causantes de la desastrosa situación que nos aqueja.

d) La delincuencia política: existe en criminología la teoría del llamado "Estado Delincuente", que por petición de principio no es de recibo en la ciencia del derecho. Denomínase como tal aquel Estado que tiende a la protección y conservación de los valores del grupo minoritario detentador del poder, que claramente pugnan con los mayoritarios de la gran masa social.

Entendido el delito criminológicamente como la conducta que lesiona o atenta en forma grave contra los valores prioritarios convencionalmente aceptados como tales por la gran masa social, es apenas lógico que quien propugne su conservación o restablecimiento no pueda, en la nomenclatura de esta ciencia, ser considerado como delincuente.

El calificado en derecho como "delincuente político" proviene generalmente de la clase media económica, que es la que viene a soportar todo tipo de exigencias sociales más de forma que de contenido. Esos prejuicios sociales que la modelan impiden el desempeño de actividades laborales, que en errónea axiología son adjetivadas de humildes. De otro lado su capacitación, más teórica que práctica, más abstracta que concreta, más formada para la diagnosis que para la solución, repercute hondamente en la desocupación laboral que hace parte central de su crisis.

Comprende ella a una gran mayoría de los profesionales, que al culminar su preparación académica no encuentran vínculo laboral que compense siquiera la erogación y el tiempo invertido en su capacitación. Abarca también a gran número de bachilleres, que con aspiraciones de doctorado, se ven frustrados al no obtener ingreso a las aulas universitarias.

Es esta, sobra decirlo, otra especie de "delincuencia juvenil", pero con características diferenciadoras, excluyendo claro está el elemento común de la frustración. Mientras que para los primeramente analizados la frustración les lleva a la evasión, para los segundos ella se convierte en compromiso.

Vuelve sin embargo la sociedad tecnocrática a dejar su huella: el maquinismo, la sociedad de consumo, la "Jungla de Asfalto" de que habla DESMOND MORRIS, el urbanismo de palomera que limita y anquilosa al hombre, generan en este, a diferencia de los otros, una actitud de rechazo, pero desgraciadamente de un rechazo impotente, estéril que conduce al sentimiento de frustración. La guerrilla se les presenta como salida deslumbrante y en veces única: nada tienen para perder, mucho para adquirir.

Este conglomerado pensante, que no admitió ser utilizado o cosificado, desgraciadamente se torna también en instrumento de otra fuerza imperialista; y, lo que es más grave, utiliza a su vez al campesino y al obrero, que sin su acervo cultural, con ideales distintos y sin sus mismas frustraciones, se dirige inconsultamente a una aventura inimaginada.

La violencia, que por formación rechazó el universitario como vía de solución, hace ya parte de su conducta.

Este es el prototipo de la delincuencia de efectos, que no depende del Estado de sitio o de su levantamiento, que no cobra solución con la amnistía o con decretos de guerra tipo "Estatuto de Seguridad". No depende tampoco de quien presida el ejecutivo, ni del partido político que teóricamente se encuentre en el poder. Solo el cambio esencial de la estructura injusta podrá hacer vislumbrar la luz.

e) La delincuencia estatal o de represión: la criminología no es el derecho penal y mucho menos el derecho penal represivo, que tipifica como delictivas todas las conductas atentatorias contra el grupo de privilegio y desatiende las que pugnan contra la gran masa social. No es tampoco el derecho penal de escritorio, que disfrazado de normativismo o de dogmática jurídicopenal, de inculcable contenido foráneo y con rebuscada terminología de exclusión, que constituye más un dialecto técnico que la forma corriente de expresar el pensamiento, abandona por completo al hombre y se engolosina, hasta enceguecerse, con la norma. No es tampoco el derecho penal bizantino del medioevo que se quedó dormido en la discusión del libre arbitrio. No es la criminología de hoy, la ciencia contemplativa de antaño que jamás pudo superar a FERRI ni a LOMBROSO y que aún hoy reduce el actuar humano al simplismo de unas condiciones telúricas, geográficas y genéticas.

Razón tuvo PINATEL cuando dijo: "Si hasta tiempos recientes la criminalidad dependía de las variables geográficas, económicas, culturales y políticas nacionales o regionales, se ve que hoy está gobernada por un factor común: el factor científico y técnico. Este factor tiende a unificar la evolución general de la criminalidad y a reducir la influencia de las variables nacionales o regionales".

La nueva criminología no puede ser el arma infame de un sistema corrupto que procura una perdurabilidad centenaria. Ella es una ciencia comprometida y de compromiso.

Para los partidarios de la represión, la criminología de compromiso es subversión y la contemplativa es ilusión. Para ellos, que no entienden del hombre y que desconocen la norma, la panacea es el aumento punitivo. Y es justamente él, por cuanto para ellos pena es vindicta, retaliación, retribución de mal por mal. La pena para ellos no cumple función resocializadora alguna; así se entiende por qué las cárceles no pueden ser centros de terapia social o síquica, sino mazmorras y lugares de castigo, tanto mejores cuanto peores sean.

Pero hay otros retaliadores: los retaliadores abiertamente delincuentes, que como empleados estatales, protegidos o tolerados por el Estado forman los escuadrones de sangre, asumiendo la triple facultad de legisladores, jueces y verdugos. Estos inclementes, sin Dios y sin ley, que engrosan más tarde el pelotón de pistoleros a sueldo, no ya estatal sino particular, corren para su desgracia idéntica suerte a la que prodigaron, a manos de quienes también más tarde padecerán idéntico suplicio.

La violencia engendra violencia, el caos engendra caos. La única revolución verdaderamente triunfante será la revolución del *amor*, la revolución de *Cristo*.

DOCUMENTOS

PRESENTACIÓN

El trabajo que hoy aparece en nuestra sección "Documentos", pertenece al Dr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI¹, profesor titular en las universidades Católica de La Plata y El Salvador de la República Argentina, bastante conocido en el ámbito latinoamericano por su extensa producción y por sus notables aportes a la teoría del delito.

Es ZAFFARONI uno de los discípulos aventajados del imperecedero maestro JIMÉNEZ DE ASÚA, cuyas prolíficas enseñanzas recogió en la Universidad Nacional de Buenos Aires donde se graduó como abogado, para doctorarse posteriormente en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral de Santa Fe en 1964, con el trabajo de tesis intitulado "La embriaguez en el derecho penal".

Fruto de su tesonera labor investigativa son numerosos trabajos aparecidos no solo en publicaciones de su país sino en México, donde profesó la cátedra en la Universidad de Veracruz en 1970, así como en publicaciones de Perú y Ecuador, país este último para el cual elaboró un Anteproyecto de Código Penal en 1969; no sobra decir que *Nuevo Foro Penal* se ha honrado en haberlo tenido como colaborador en otras oportunidades. En el campo estrictamente dogmático su primera obra de conjunto fue la *Teoría del delito*, que en 1973 publicó la editorial argentina Ediar, la cual, posteriormente refundida y adaptada, ha visto la luz en 1977 como *Manual de derecho penal*, con una segunda edición en 1979, obra que debe destacarse por el descomplicado y sistemático tratamiento de la Parte General y que la hace instrumento imprescindible en la enseñanza. En la actualidad se edita su *Tratado de derecho penal*, que comprende varios volúmenes, infortunadamente poco conocidos aún en nuestro país.

Para nosotros el mayor mérito de ZAFFARONI, aparte de su gran información filosófica, es el haber difundido ampliamente el pensamiento de WELZEL, el cual ha prohiado no sin hacerle valiosas aportaciones, valiéndose de su

¹ Este escrito fue publicado por primera vez en *Doctrina Jurídica*, publicación periódica del Departamento de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica de La Plata, agosto 20 de 1971. Con el mismo título que aparece aquí, lo publicó la *Revista Jurídica Veracruzana* de Veracruz, México, en los núms. 1 y 2, enero a junio de 1973; también puede verse en la *Revista Criminológica*, órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, en su número correspondiente a octubre 31 de 1971, aunque con un título diferente: "Síntesis de algunas implicaciones del concepto finalista de la conducta en la Teoría General del Delito".

amplio dominio de la bibliografía germana, adquirido en diversas estadias en aquel país, auspiciadas principalmente por el Instituto Max Planck de Friburgo de Brisgovia. Téngase además en cuenta, que fue el primer tratadista latinoamericano, aún antes que BACIGALUPO publicara sus breves *lineamientos*, en escribir una obra completa, en la cual se afrontan todas y cada una de las consecuencias que supone la concepción del delito sustentada por el finalismo.

El artículo que encontrará en seguida el lector, por su carácter didáctico, por su sencillez, se constituye en valiosa herramienta para el esclarecimiento de los más intrincados problemas de la moderna teoría del delito; esto hace que sus destinatarios inmediatos sean los estudiantes universitarios, muchos de los cuales ya lo conocen, sobre todo en la ciudad de Medellín, donde ha sido utilizado por el Dr. NÓDIER AGUDELO en su cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Antioquia, así como por nosotros en la Universidad de Medellín en el curso que dictáramos en el año lectivo de 1981.

Una advertencia cabe hacer a este trabajo: para la época de su aparición aún seguía candente en Alemania, aunque en menor medida, la disputa entre causalistas y finalistas, por lo que la refleja fielmente; el panorama es hoy bien distinto, después que por la vía legislativa se han zanjado las disputas con la puesta en vigencia del nuevo Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*, de 2.1. 1975), y que se ha dado un impulso definitivo a la política criminal —verdadera media naranja del derecho penal—. Haciéndose eco de estas transformaciones y respondiendo a algunas censuras en el sentido de que el finalismo está terminado, ha dicho ZAFFARONI: “lo que está «terminado» en Alemania es el debate. Es verdad que los alemanes discuten hoy otras cuestiones —particularmente politicocriminales y metodológicas— pero porque estas las han superado en el sentido que indicó el finalismo”².

Ojalá que el esfuerzo que hacemos al impulsar esta sección, dando a conocer al lector documentos que han marcado un hito importante en la teoría del delito, nos permita superar muchas disputas estériles y avanzar, sin pretender errar el camino a las nuevas aportaciones, que o bien se aceptan pero se echa de menos la evolución del sistema del derecho penal, o bien se rechazan manifestando sus detractores su “peligroso carácter extranjerizante”, como si las caducas teorías defendidas por la mayoría no lo fueran; o porque se hacen algunos reparos de “índole política”, válidos a la hora de tachar los nuevos aportes, mas no al momento de evaluar las vetustas teorías, cuyo mérito no se desconoce, pero que ya no pueden ser sostenidas; o bien porque se afirma, haciendo gala de la pereza y tal vez de la ignorancia, que la moderna teoría del delito “está en plena evolución”, afirmación válida hace cincuenta años pero insostenible hoy. No han faltado también algunos detractores, que alegan razones de “política criminal”, sin que se sepa a qué razones acuden, pues si algo es cierto, es que nuestro país no ha pensado en despertar a las elaboraciones propias de la política criminal.

² *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1979, pág. 266.

Nuestra nueva legislación penal, quizás la más moderna de Latinoamérica, hace indispensable que se abra paso a nuevas elaboraciones, con las consecuencias que como es obvio ello supone.

Digamos, finalmente, que hemos cotejado las disposiciones citadas en el texto, con las de nuestro Código Penal, para efectos de mejor ubicación del mismo.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Medellín, setiembre de 1982.

ACERCA DEL CONCEPTO FINALISTA DE LA CONDUCTA EN LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO*

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Profesor de Derecho Penal en la Universidad Católica de La Plata

I. ANTECEDENTES

La teoría finalista de la acción fue anunciada en Alemania por el actual profesor de la Universidad de Bonn, HANS WELZEL, en artículos aparecidos en la década del treinta¹, y desarrollada por él mismo en ulteriores trabajos parciales y de conjunto. La difusión de la misma provocó una división en la dogmática alemana que perdura hasta ahora, entre *causalistas* y *finalistas* y que se ha reflejado en el desarrollo doctrinario de otros países: en Europa, particularmente en Italia y España. En América ha tenido destino variado; en los Estados Unidos, el profesor MUELLER adopta el concepto, pero, curiosamente, sostiene una teoría psicológica de la culpabilidad, lo que resulta contradictorio², criterio parecido al sostenido por el profesor CELESTINO PORTE PETIT CANDAUDAP en México y por el profesor ETCHEBERRY en Chile, en tanto que el profesor JUAN BUS-TÓS RAMÍREZ —también en Chile— ha desarrollado con sentido finalista una interesantísima monografía sobre la culpa y CURY URZÚA un esquema de *teoría del delito*. En México, el modelo lógico matemático del derecho penal fue elaborado sobre base finalista. En la Argentina, similar criterio es sostenido por ENRIQUE BACIGALUPO y por nosotros, que lo habíamos postulado ya en México.

* El presente trabajo no persigue otro propósito que proporcionar una somera y sintética idea de la teoría finalista de la acción, siendo los estudiantes de la parte general del Derecho Penal sus principales destinatarios. De allí que prescindamos de detallada bibliografía, por un lado, y de desarrollos ulteriores por otro, todo lo cual excedería, naturalmente, el límite que nos hemos fijado ahora. Además, entre los autores finalistas se aprecian diferencias a veces bastante fundamentales. Su análisis no hace al objeto de este trabajo, por lo que nos limitamos a seguir lo expuesto fundamentalmente por WELZEL, su iniciador y principal expositor. Cuando nos referimos al causalismo, igualmente, hacemos referencia a lo que de común suelen tener los autores no finalistas, sin entrar en los múltiples matices que han dado lugar a las tan dispares teorías del delito elaboradas sobre la base causal de la conducta. En el desarrollo de esta síntesis usamos las notas del cursillo que dictáramos en la Universidad Veracruzana, en marzo de 1970.

¹ "Kausalität und Handlung" y "Studien zum System des Strafrechts", ambos en los *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, núms. 51.073 y 58.491, respectivamente.

² *Infra*, IV.

II. CONCEPTOS CAUSAL Y FINAL DE CONDUCTA

Toda construcción dogmática del delito admite que, ante todo, *el delito es una conducta humana*, que puede denominarse 'conducta', 'acción', 'acto', 'hecho', 'evento', etc. En torno a la afirmación de que la conducta es la base sobre la que se elabora el concepto de delito hay unanimidad, pese a observaciones no fundamentales y disidencias aisladas. Allí comienza el acuerdo, pero también termina: *¿qué es conducta humana?* Aun esta respuesta puede darse casi unánimemente, si tratamos de armonizar opiniones parcialmente encontradas: *conducta es un hacer* (o no hacer) *voluntario*. La "voluntariedad" implica necesariamente una finalidad, porque no se concibe voluntad de nada o para nada.

Hasta aquí parece seguir el acuerdo relativamente unánime pero ahora se impone la pregunta fatal de la discordia: ¿la conducta, como hacer voluntario (y por consiguiente, final), es *la conducta tal cual la concibe el derecho penal?* Para los finalistas, sí; para los causalistas, no.

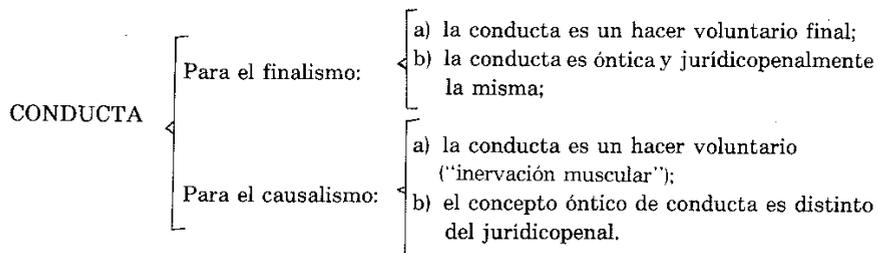
Para el finalismo hay dos fases de la conducta: una externa y otra interna. La interna se produce en el pensamiento del autor y consiste en: a) proponerse el fin (v. gr. matar al enemigo); b) seleccionar los medios para su realización, proceso mental que se realiza a partir de la representación del fin (el enemigo muerto; ¿cómo lograrlo? Con una bomba), y c) consideración de los efectos concomitantes que se unen causalmente al fin (destrucción de la casa del enemigo). La segunda fase (externa) consiste en la puesta en marcha de los medios seleccionados conforme a la normal y usual capacidad humana de previsión³.

Este concepto de conducta, que denominamos *óntica*, porque es el que se da en la realidad, es para el finalismo el concepto que de la misma debe manejarse en derecho penal. Ello se debe a que el derecho regula conducta y por eso, como cualquier técnica que quiere dominar algo, no puede desconocer la "naturalidad" de lo que pretende regular. De allí que el legislador se encuentre vinculado necesariamente al concepto óntico de conducta (esto es lo que WELZEL llama "estructuras lógico-objetivas").

Los causalistas, por su parte, no desconocen este concepto de conducta, pero dicen que en tanto que el concepto óntico de conducta nadie lo discute como tal, hay un concepto jurídicopenal de conducta que difiere de él (MEZGER y, entre nosotros, muy claramente, NÚÑEZ). Para el concepto jurídicopenal de conducta le basta con que la conducta sea voluntaria, pero prescindiendo del fin. La conducta es voluntaria para los causalistas cuando hubo voluntad de encender la mecha de la bomba (sin que el nivel de la voluntad interese para qué; eso, para el causalismo, es problema de culpabilidad); se ha dicho (BELING) que la conducta es voluntaria cuando hay "inervación muscular". Habrá conducta, pues, cuando se hayan inervado voluntariamente los músculos para

³ En español, cfr. HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, 1964, págs. 26-27; *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, 1970, págs. 54-56. El concepto está tomado de NICOLAI HARTMANN; puede verse *Introducción a la filosofía*, México, 1969, págs. 22-23.

encender la mecha y del encendido de la mecha haya resultado (por un vínculo causal) la muerte del enemigo. La relación psicológica entre el encendido de la mecha y el resultado muerte, será problema de la culpabilidad.



III. CONSECUENCIAS PARA EL INJUSTO

Ninguna teoría jurídica reviste importancia si no se traduce en consecuencias en cuanto a la interpretación de los textos. Nos ocuparemos breve y sucesivamente de las consecuencias que esta teoría tiene en cuanto al injusto y a la culpabilidad.

Llamamos "injusto" a la conducta típica antijurídica. "Injusto" —que en este sentido no tiene nada que ver con el derecho natural—, es la traducción convencional de la expresión alemana *Unrecht* y no debe confundirse con anti-juridicidad (*Rechtswidrigkeit*)⁴: la antijuridicidad es la característica de contradicción de una conducta con el orden jurídico (que se comprueba por la falta de permiso para realizar esa conducta típica); el injusto es la conducta típica que presenta la característica de ser antijurídica. La diferencia funciona de la misma manera cuando decimos "maldad" y le atribuimos a Juan esa condición: Juan es malo (en nuestro caso el injusto) no es lo mismo que la maldad de Juan (en nuestro caso la antijuridicidad).

Identificado así el concepto de injusto (conducta típica y antijurídica) veamos cómo lo concibe el finalismo.

Cuando nos hallamos con una conducta humana que tiene por fin matar al enemigo y que lo ha logrado mediante una bomba, hallaremos que esa conducta es "típica" porque se adecua a un tipo legal (el art. 80, inc. 5*, por ejemplo). Para que una conducta se adecue a un tipo es necesario que se haya llevado a cabo con la finalidad típica (el dolo); cada tipo doloso —de los culposos nos ocuparemos luego— requiere un dolo determinado (no se puede violar a una mujer con dolo de traicionar a la patria). Consecuentemente, el tipo penal presenta dos aspectos: uno *objetivo* (al que pertenece la característica humana de la víctima —sujeto pasivo—, su muerte —resultado—, la explosión de la bomba —el medio— y la causalidad) y otro *subjetivo* (al que pertenece el fin de matar al enemigo —el dolo—). El dolo, que es el núcleo central de la parte subje-

tiva del tipo, comprende también dos aspectos: uno *intelectual* y otro *volitivo* (el intelectual consiste en saber que lo que se arrojaba era una bomba, que ella era capaz de matar, que a quien se la arrojaba era a su enemigo, etc.; el volitivo, en la voluntad de dar muerte al enemigo). Dolo es, pues, el querer del resultado típico abarcando —y siendo dirigido u orientado— por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Consecuentemente, para que una conducta pueda calificarse de dolosa se requiere que haya una armonía en cuanto a los dos aspectos de la tipicidad (el objetivo y el subjetivo), que llamaremos "congruencia típica".

Una conducta será típicamente dolosa cuando se realice la congruencia típica, mas nunca podrá serlo cuando no se produzca (el sujeto cree que está disparando sobre un oso y lo está haciendo sobre su enemigo). Hay incongruencia típica cuando el sujeto desconoce los elementos del tipo objetivo: es un caso de error. A este error le llamaremos *error de tipo*, que puede ser *vencible* o *invencible*. Es vencible cuando el sujeto, poniendo el cuidado debido, podía salir de él (podía darse cuenta que no era un oso); es invencible cuando ha puesto el cuidado debido y no puede salir de él (el enemigo estaba disfrazado de oso en una zona en que abundan). Cuando el error de tipo es invencible, la conducta es atípica.

Para el causalismo, el tipo capta la conducta de una manera totalmente distinta. El tipo carece de un aspecto subjetivo —o si lo tiene está reducido al mínimo— porque el dolo no pertenece al tipo, sino a la culpabilidad. El causalismo tiene su origen en la tentativa de estructurar en forma simplista la teoría del delito: dividirla enviando todo lo objetivo a un lado (el injusto) y todo lo subjetivo a otro (la culpabilidad). De este modo el tipo se concibió como puramente objetivo. Ello marchó hasta que se reparó en que hay tipos que requieren elementos subjetivos (el art. 80, inc. 3°*, por ejemplo, o sea, el que mata a otro por precio o promesa remuneratoria). Fue entonces cuando, después de buscar distintos remedios tuvo que admitirse que el tipo no es totalmente objetivo, sino que presenta aspectos subjetivos, pero no va más allá: el dolo, para el causalismo, es una forma o un componente —según sean la teoría y el autor— de la culpabilidad. El tipo capta lo exterior, lo objetivo de la conducta, como hijo del *corpus delicti* procesal —que históricamente lo es, ya que es traducción convencional de *Tatbestand*—, cuya más aproximada traducción literal sería "supuesto de hecho". Cabe observar que la circunstancia de que sea hijo procesal de "cuerpo del delito" —recuérdese que BELING era un extraordinario procesalista penal— evolución histórica que explica muy bien JIMÉNEZ HUERTA en México, no significa que de ello se deriven argumentos sobre la objetividad: "los chicos crecen" y los conceptos evolucionan.

Al mantener al dolo en la culpabilidad, el causalismo obra con un concepto de dolo que es diferente al del finalismo. Hemos dicho que el dolo, para el finalismo, abarca un contenido intelectual al lado del volitivo. Para el causalismo también, pero su extensión es mayor: en tanto que para el finalismo el dolo

⁴ En contra. MEZGER y JIMÉNEZ DE ASÚA.

* Equivalente al art. 324; num. 3° del C. P. colombiano.

* Norma equivalente al art. 324, núm. 4 de nuestro Código Penal.

abarca el conocimiento del aspecto objetivo del tipo, para el causalismo comprende el conocimiento *del tipo* (que para ellos es objetivo), aunque también abarca el de los elementos subjetivos cuando se dan, y de la *antijuridicidad*, o sea, de la contradicción efectiva de la conducta con el orden jurídico. Así, para el finalismo hay una conducta dolosa cuando el sujeto sabe que está matando a su enemigo; para el causalismo habrá dolo cuando sepa que está matando antijurídicamente a su enemigo.

El dolo típico del finalismo no abarca el conocimiento de la antijuridicidad: una conducta, para el finalismo, es dolosa aunque sea justificada (si la bomba se arroja al enemigo para evitar que este mate a su homicida, habrá legítima defensa, la conducta estará permitida, pero no por ello dejará de haber conocimiento y voluntad de matar al enemigo).

El conocimiento del aspecto objetivo del tipo y de la antijuridicidad —observa el finalismo— permanece a dos niveles psicológicos diferentes: el sujeto que mata al enemigo sabe que está prohibido, pero no tiene por qué —y por lo general no lo hace— actualizar ese conocimiento. Lo sabe de la misma manera que sabe el Padre nuestro, o sea, que es un conocimiento actualizable, pero no actual como requiere el dolo⁵.

De allí que en tanto que el finalismo obra con un concepto de dolo *avalorado* (que no abarca el conocimiento de la antijuridicidad, que para el finalismo pertenece a la culpabilidad y, por ende, al reproche del dolo), que quizá fuera más exacto llamar “dolo no reprochable” o “dolo no culpable”, el causalismo obra siempre con un dolo culpable.

A la posición causalista (la conciencia de la antijuridicidad pertenece al dolo) se la conoce como *teoría del dolo*; al postulado finalista (la conciencia de la antijuridicidad pertenece a la culpabilidad) como *teoría de la culpabilidad*.

Para el finalismo

- a) *el tipo* es mixto: subjetivo y objetivo;
- b) *el dolo* es voluntad final típica y conocimiento del tipo objetivo;
- c) *el dolo* está en el tipo subjetivo;
- d) *el conocimiento de la antijuridicidad* pertenece a la culpabilidad y no al dolo.
- e) la incongruencia entre tipo objetivo y subjetivo genera el error de tipo.

Para el causalismo

- a) *el tipo* es objetivo;
- b) *el dolo* es voluntad del fin, conocimiento del tipo y conocimiento de la antijuridicidad,
- c) *el dolo* está en la culpabilidad;

⁵ HANS WEIZEL, *Derecho penal*, Buenos Aires, 1956, pág. 174; *Derecho penal alemán*, cit., págs. 224-225.

- d) *el conocimiento de la antijuridicidad* pertenece al dolo;
- e) no hay razón práctica para distinguir entre error de tipo y de prohibición (cfr. *infra*, IV).

Como el causalismo ubica al dolo en la culpabilidad, dolo y culpa son dos formas o grados o dos componentes distintos —según autor y teoría— de la culpabilidad. Para el finalismo, a su vez, hay dos grandes estructuras típicas: los tipos dolosos y los tipos culposos. De los dolosos nos hemos ocupado hasta ahora. Veamos, pues, cómo explica el finalismo la estructura de los tipos culposos.

La conducta culposa también es conducta final, nadie duda que quien conduce un automóvil realiza una conducta final de conducir, pero el derecho exige que cualquiera que realice esa conducta lo haga guardando un deber de cuidado. Si el conductor viola el deber de cuidado y su conducta causa la muerte de alguien, su conducta será típicamente culposa (art. 84)*. Consecuentemente, el tipo culposo exige una conducta dirigida a un fin distinto del resultado lesivo al que está causalmente unida, pero que en su modo de realización haya violado un deber de cuidado. Si esta última característica no se presenta, la conducta será atípica.

Es inexacto afirmar, pues, que la conducta culposa no es final. Todas las conductas son finales, solo que la culposa no se dirige al fin típico de que se trata, aunque puede ser a otro (el que queriendo dañar la casa lesiona al morador).

IV. CONSECUENCIAS PARA LA CULPABILIDAD

A la concepción causalista le correspondió —y en rigor lógico sigue correspondiéndole— concebir a la culpabilidad (o sea al aspecto subjetivo del delito) como una relación psicológica entre el sujeto y su acto (*teoría psicológica de la culpabilidad*).

La imposibilidad que tuvo la teoría psicológica para explicar la culpa inconsciente, y especialmente los delitos de olvido (el individuo que sale de su casa olvidando abierta la llave del gas), en que no puede concebirse ninguna relación psicológica, determinó que fuera reemplazada por las *teorías normativas de la culpabilidad*, que tienen en común la afirmación de que *la culpabilidad es un reproche personal que de un injusto se le hace a su autor (culpabilidad es reprochabilidad)*.

Ahora bien, el causalismo es normativista —ya que hoy quedan pocos sicólogos en el mundo y pese a que su origen y coherencia lógica es sicologista— pero sigue sosteniendo que el dolo está en la culpabilidad, o sea que, si bien la culpabilidad es reprochabilidad, igualmente sigue formando el dolo parte del reproche mismo.

* Cfr. art. 329 del C. P. colombiano.

El finalismo, por su parte, como ubica al dolo en el tipo, deja a la culpabilidad reducida a su categoría de reproche y pasa, de este modo, el dolo al objeto del reproche (al injusto). La culpabilidad es el reproche que se basa en que el sujeto pudo hacer otra cosa, pudo actuar de modo no antijurídico, en el "hacer en lugar de..." (*dafür können*).

A la culpabilidad pertenece la imputabilidad y la posibilidad de conocimiento del injusto. Las teorías normativas causales reconocen los mismos elementos, pero pretenden que también está el dolo⁶.

Para el causalismo

Sicologista

- a) *culpabilidad* es relación psicológica entre conducta y resultado;
- b) por lo tanto, *el dolo* es la esencia de la culpabilidad;
- c) a él pertenece la *conciencia de la antijuridicidad*;
- d) y la *imputabilidad* es su presupuesto.

Normativista

- a) *culpabilidad*, es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;
- b) el *dolo* pertenece al reproche;
- c) al *dolo* pertenece la *conciencia de la antijuridicidad*⁷;
- d) la *imputabilidad* es elemento de la culpabilidad (para algunos, presupuesto).

Para el finalismo

- a) *culpabilidad* es reprochabilidad personal de un injusto a su autor;
- b) el *dolo* no pertenece a la culpabilidad (sino al tipo subjetivo);
- c) el *conocimiento de la antijuridicidad* pertenece a la culpabilidad y no al dolo;
- d) la *imputabilidad* es elemento de la culpabilidad.

Como la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad no pertenece al dolo, para el finalismo, el error que recae sobre la antijuridicidad de la conducta no afecta a la tipicidad dolosa de la misma. Este error se llama *error de prohibición* (el sujeto cree que su enemigo lo ataca y se defiende del ataque inexistente, cree que realiza una conducta típica permitida). Este error —al igual que el de tipo— puede ser vencible o invencible. Si es vencible no elimina la culpabilidad, sino que la reduce: el juez aplicará el mínimo de pena, pero el delito seguirá siendo doloso, porque el error de prohibición no elimina el dolo (ya que

⁶ La imputabilidad es considerada por los sicólogos presupuesto de la culpabilidad. Los normativistas causalistas difieren al respecto: unos la consideran presupuesto (GOLDSCHMIDT, JIMÉNEZ DE ASÚA) en tanto que la mayoría la toma como elemento de la culpabilidad (MEZGER).

⁷ Algún autor, como REINHART FRANK que fue el primer expositor de la teoría, sostiene que al dolo no pertenece el conocimiento de la antijuridicidad, sino que ambos están en la culpabilidad como componentes separados. Es excepcional la afirmación y no hace más que abrir paso a la reubicación del dolo, que en tiempo de FRANK no pudo llevarse a cabo, debido al estado de la teoría del tipo.

el error de prohibición se plantea en la culpabilidad y el dolo ya ha sido afirmado en la tipicidad). Si, en cambio, es invencible, tampoco eliminará la tipicidad dolosa de la conducta, sino que eliminará la culpabilidad de la misma; será, pues, un dolo típico no reprochable.

El error, para el finalismo, puede ser

De tipo

- a) recae sobre el conocimiento del aspecto objetivo del tipo;
- b) es, por tanto, un problema de tipicidad;
- c) elimina siempre el dolo;
- d) si es invencible deja atípica la conducta;
- e) si es vencible, resta una conducta culposa (siempre que haya tipo culposo).

De prohibición

- a) recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad;
- b) es, por tanto, un problema de culpabilidad;
- c) nunca elimina el dolo;
- d) si es invencible, la conducta típica y antijurídica será inculpable;
- e) si es vencible reduce el reproche.

Se ha sostenido que el error de tipo se identifica con el error de hecho y el error de prohibición con el de derecho (QUINTANO RIPOLLÉS, NÚÑEZ, etc.). No es correcto: el error de tipo es error de derecho cuando recae sobre un elemento normativo del tipo penal (por ejemplo, sobre el concepto jurídico de funcionario público; inversamente, hay errores de prohibición que son errores de hecho (como la legítima defensa putativa, cuando el que cree defenderse ha apreciado erróneamente la conducta del otro, tomándola por agresiva mata al amigo que le juega una broma).

Para el causalismo, por el contrario, esta distinción no tiene sentido: hay un único tratamiento para el error. Todo error elimina el dolo y todo error vencible hace culposa a la conducta.

El error para el causalismo

- a) siempre elimina el dolo;
- b) si es invencible elimina también la culpabilidad;
- c) si es vencible hace culposa la conducta;
- d) no importa si recae sobre el conocimiento del tipo o sobre la antijuridicidad;
- e) es siempre un problema de culpabilidad⁸.

⁸ El causalismo distingue entre *error de hecho* y *error de derecho*, negando la relevancia al último por entender que así lo impone la ley, salvo respecto del error de derecho no penal, que lo asimila al error de hecho. Por nuestra parte, en lo que hace a la ley argentina, partiendo de la

V. ALGUNAS OBJECIONES DEL CAUSALISMO AL FINALISMO

a) *El finalismo no explica la culpa.* La crítica es infundada, porque tan final es la conducta dolosa como la culposa. Que la característica típica de la conducta culposa sea el modo de realización (violatorio de un deber de cuidado) no le quita su naturaleza final; que la ley, en ciertos tipos, no repara en el fin, sino en el modo de realización, no significa que presuponga que no hay finalidad en esa conducta (cuando un poeta canta a los ojos de su amada, puede no reparar en el cabello, pero ello no significa que presuponga que sea calva).

b) *El finalismo no explica el dolo eventual.* También esta crítica es infundada. Cuando explicamos el concepto final de conducta (*supra*, II), hemos dicho que el autor al seleccionar los medios considera los efectos concomitantes. Allí es donde cabe el tratamiento del dolo eventual que, si bien sigue presentando dificultades, estas son las mismas que tampoco logra superar el *causalismo*.

c) *El finalismo subjetiviza la antijuridicidad.* Se dice que las teorías de los penalistas alemanes del nacionalsocialismo "subjetivizaron" la antijuridicidad. En realidad, lo que hicieron fue confundir o mezclar antijuridicidad y culpabilidad, porque así negaban la estratificación misma de la teoría del delito, con lo cual el concepto del delito era "totalista". Se afirma que el finalismo hace lo propio.

Nada puede ser más inexacto. La antijuridicidad continúa siendo objetiva en el sentido de que para nada influye en ella la posibilidad de otra conducta por parte del autor (esta es contenido y esencia de la culpabilidad). En otro sentido, nadie puede pretender que la antijuridicidad no toma en cuenta al sujeto: el no funcionario no puede ser autor de una conducta típica que es antijurídica solo para funcionarios.

Lo mixto (objetivo o subjetivo) es el injusto, pero no la antijuridicidad. La distinción entre ambos conceptos es notoria (*supra*, III) (lo subjetivo es Juan y no la maldad de Juan).

d) *El finalismo vacía la culpabilidad.* Se suele afirmar que al quitar el dolo de la culpabilidad, esta queda hueca de contenido. Hemos visto que la misma no queda vacía, sino que hay un contenido de imputabilidad y de conocimiento de la antijuridicidad. Como veremos (*infra*, VI), no la deja hueca, sino que la homogeneiza al reducirla a sus correspondientes y adecuados límites, eliminando lo que sobra de su contenido.

consideración de que la expresión "de hecho" en el inc. 1° del art. 34 está solo referida a la ignorancia y no al error (lo que depende del sentido que se le dé a la "o" que separa ambos vocablos) y que es meramente aclaratoria (ya que no puede haber otra ignorancia que la de hecho, pues la de derecho inmediatamente se traduce en error), llegamos a la conclusión de que nuestro Código Penal no niega relevancia al error de derecho penal (Cfr. nuestro trabajo, "El art. 34, inc. 1° del Código Penal argentino", en *Mundo Jurídico*, Mendoza, 1971).

* *Nota complementaria:* El C. P. colombiano regula como causales de inculpabilidad el error de tipo (art. 40-4) y el error sobre causales de justificación (art. 40-3).

e) *La distinción entre error de tipo y de prohibición carece de importancia,* porque se identifica con el error de hecho y de derecho. Nos hemos ocupado de la inexactitud de la observación (*supra*, IV).

f) *El finalismo provoca una catástrofe sistemática.* El aserto se funda en que el finalismo niega el general criterio sistemático "objetivo-subjetivo". Pasando por alto que muchos causalistas también renuncian al criterio sistemático "objetivo (injusto) subjetivo (culpabilidad)", el replanteo sistemático del finalismo ofrece un concepto del delito mucho más diáfano, que prescinde de la simplista clasificación primaria, objetada ya por un amplio sector del propio *causalismo*.

El delito es una *conducta* que se adecua a un tipo (*típica*). El tipo abarca la conducta como tal (en sus aspectos tanto objetivos como subjetivos) fijándola, individualizándola, para someterla luego a una doble valoración (o mejor, desvaloración), la que es hecha por la ley (no por el juez, que no hace más que traducirla, declararla en el caso concreto). El primer desvalor se establece mediante la comprobación de que la conducta que está en general prohibida (contraria a la norma) no se encuentra amparada por ningún dispositivo permisivo (legítima defensa, estado de necesidad justificante, ejercicio de un derecho), con lo cual se concluye que la conducta antinormativa es también *antijurídica* (contraria al orden jurídico considerado en su totalidad). Afirmado que nos hallamos en presencia de una conducta típica y antijurídica (un injusto) debemos someterla a otro juicio de desvalor: por este se establece que le fue exigible al autor, en esa circunstancia, otra conducta conforme a derecho. El grado de exigibilidad será el grado de culpabilidad y solo frente a un injusto reprochable (*culpable*) podemos decir que hay un *delito*. Así entendido, *delito es conducta típica, antijurídica y culpable*. El concepto se determina por una individualización de la conducta mediante un dispositivo legal descriptivo (el tipo), una desvalorización que concluye en que la conducta típica es también contraria al orden jurídico (antijuridicidad) y otra, en que al autor le era exigible una conducta conforme a derecho, en esas circunstancias y atendiendo a sus características personales (culpabilidad).

El desastre sistemático se produce para el punto de vista del fracasado criterio "objetivo-subjetivo", pero se elabora un concepto de delito sobre otra base sistemática diferente: individualización y doble desvaloración de la conducta.

g) *El finalismo desarticula la teoría del delito.* Se ha dicho que, como el finalismo admite los tipos dolosos y culposos con diferente estructura y los activos y omisivos similarmente, destruye la unidad en la consideración teórica del delito (JUAN DEL ROSAL). No creemos que sea una verdadera objeción: si un fenómeno es complejo, más teoría o hipótesis científica es la que aspira a abarcarlo sistematizándolo en toda su complejidad, que la que pasa por alto particularidades importantes, tratando de simplificar lo complejo y fracasando por ello en su explicación.

VI. ALGUNAS CRÍTICAS FINALISTAS AL CAUSALISMO

a) *El causalismo desnaturaliza a la conducta.* Muy pocas teorías jurídicas desnaturalizan un fenómeno como el causalismo. Aquí la gravedad del caso es mayor, porque si los causalistas reconocen que *toda conducta ónticamente tiene una finalidad*, al suprimírsela en su consideración jurídicopenal, resulta que el derecho penal obra con una conducta que no es conducta.

Por supuesto, el legislador puede hacer lo que quiere. Alguna vez hemos dicho que también un mecánico puede volverse loco y suponer que el hierro es más liviano que el aire, solo que, partiendo de esa base, dudamos que nos pueda reparar eficientemente el automóvil, de la misma manera que dudamos que si el legislador pretende regular conducta, lo logre entendiendo que la conducta se integra con una voluntad incomprensiblemente huérfana de finalidad. Alguna vez se excomulgó a las sanguijuelas del Sena, pero creemos que estas nunca sintieron la *controspita penale*.

No obstante, para concluir en el que el legislador ignora la estructura óntica de la conducta, esto debe emerger del texto legal, y en el Código Penal argentino no hallamos semejante criterio plasmado. Por el contrario, una reelaboración de la interpretación del inciso 1° del art. 34 y la clara fórmula final de la tentativa nos lleva a la solución exactamente opuesta: la ley penal argentina es respetuosa de la estructura óntica de la conducta.

b) *El causalismo hace recaer el desvalor sobre un proceso causal.* Si la conducta se configura con la inervación muscular y una cadena causal que une la transformación producida por efecto de esa inervación con el resultado (conducta sería la inervación que hace contraigamos el dedo sobre el gatillo, la cadena causal compuesta por la explosión de la pólvora que impulsa el proyectil, la perforación de la calota craneana por el proyectil, la penetración del proyectil en la masa encefálica, la destrucción del tejido nervioso y el resultado muerte de la víctima) y eso es lo que el tipo capta para someterlo al juicio desvalorativo de antijuridicidad, ninguna duda cabe que para el causalismo resulta antijurídico un proceso causal desencadenado por inervación muscular de un ser humano. Sostener que un proceso causal es antijurídico se nos ocurre carente de sentido común, a la luz de nuestras pautas culturales, al menos.

c) *El causalismo no explica la tentativa.* Si el tipo capta la conducta causalmente entendida, una inervación muscular que produce el choque de una bala contra una pared, a diez centímetros de la cabeza de un hombre, nunca sabremos si fue una conducta típica de disparo de arma, una conducta imprudente o negligente atípica o una tentativa de homicidio. Ahora en la culpabilidad lo puede afirmar el causalismo. A todo esto, cabe preguntarse cómo pasa por la tipicidad y la antijuridicidad. La única solución es un juego de "sube y baja" de la tipicidad a la culpabilidad y viceversa. Consecuentemente, como la tentativa es un dispositivo amplificador de tipos penales, nos hallaremos con que la referencia al fin se halla necesariamente en la conducta típica en grado de tentativa.

Se ha dicho que en la tentativa el fin pertenece al tipo y en el delito consumado a la culpabilidad. Parece ser que la circunstancia fáctica de que la bala dé en el blanco hace cambiar al dolo de ubicación sistemática, dependiendo de ello que se coloque en el tipo o en la culpabilidad, lo que nos parece por demás arbitrario.

Igualmente, se sostuvo que en la tentativa hay un elemento subjetivo del tipo. Los elementos subjetivos del tipo son, tradicionalmente, distintos del dolo. Aquí sería un elemento subjetivo tan hipertrofiado y alterado que configuraría el dolo mismo, con lo cual la afirmación se confundiría con el intento de explicación anterior.

d) *El causalismo no puede explicar los elementos subjetivos del tipo.* Si el tipo no es totalmente objetivo, sino que ocasionalmente contiene elementos subjetivos y el dolo de la culpabilidad abarca el contenido del tipo, o sea que, ocasionalmente el dolo debería abarcar el conocimiento de los propios elementos subjetivos —esto es, ciertos *animi*, particulares direcciones de la intención, etc.—, el dolo debe *replegarse* sobre la propia subjetividad del autor. Este conocimiento de los propios momentos subjetivos genera lo que BELING llama "figura atormentada". Si bien es posible, ya que se da en la reflexión —cuando el pensamiento se "enrosca" sobre sí mismo—, no puede pretenderse en el dolo, puesto que no habría dolo, cuando el tipo contiene elementos subjetivos, sin reflexión acerca de los elementos subjetivos.

e) *El causalismo confunde el reproche con su objeto.* Si la culpabilidad es reprochabilidad, ¿qué es lo que se reprocha? Una conducta humana voluntaria, claro está, pero aquí no se puede ya reprochar la voluntad prescindiendo de la finalidad, porque quedaría la finalidad directamente fuera del delito. Es por ello por lo que, precisamente, debe atenderse el reproche al efectivo contenido de la voluntad. Pero ¿dónde está ese contenido para los causalistas? No en la conducta voluntaria, sino en la culpabilidad, o sea, no está en el objeto reprochado, sino en el juicio de reproche. El dolo está en la culpabilidad (juicio de desvalor), y al momento de aplicarse o efectivizarse el juicio, pasa al objeto del juicio (al injusto). Se produce una nueva confusión entre valoración y objeto, esta más grave quizá que la anterior, porque aquí Juan pertenece a su maldad.

El finalismo, al reubicar al dolo en el tipo, elimina esta contradicción y deja a la reprochabilidad libre de este elemento que le es extraño.

f) *El causalismo debe admitir la tentativa de delito culposo,* que nuestra ley rechaza. En efecto, cuando, como resultado del concepto unitario del error, un sujeto dispara contra otro sin dar en el blanco, en situación de legítima defensa putativa en que el error es vencible, habría una tentativa de delito culposo (si A cree que su amigo B, que bromea con un calzador empuñado en forma de pistola, es un agresor que le va a dar muerte y dispara sobre B sin alcanzarle, suponiendo que su error fuere vencible, estaría incurso en una tentativa de homicidio culposo). Si cualquier error, cuando fuere vencible, da lugar a culpa, la admisión de la tentativa culposa es inevitable. Aparte de que nuestro Código no la admite, dicha solución es un engendro lógico: en el tipo culposo se

sanciona al autor de una conducta que ha producido un resultado distinto del propuesto y en la tentativa se sanciona al autor de una conducta que no ha logrado el resultado propuesto. Ambas figuras resultan, pues, lógicamente incompatibles.

VII. CONCLUSIONES

Creemos que el finalismo resulta más coherente (menos contradictorio o lógicamente más completo) que el causalismo. Nuestro punto de vista lo venimos sosteniendo desde algunos años, y en estas cuartillas no lo ocultamos ni pretendemos ponernos en posición equidistante. Habíamos pensado que sería posible exponer la síntesis de los aspectos más importantes en forma objetiva, pero luego creímos que era preferible seguir siendo parciales, porque de este modo resultaban mejor los argumentos y criterios señalados.

Una última advertencia, creemos menester: el finalismo no es una novedad que rompe con toda la tradición. El causalismo, considerado "clásico", no es tal, sino que data apenas desde fines del siglo pasado y comienzos del presente, como hijo dilecto en sede jurídicopenal del positivismo filosófico, en tanto que el finalismo entronca con los conceptos anteriores y, en cierto sentido, no puede negar su raigambre aristotélica (en lo que hace a la estructuración lógica empleada por el estagirita en su *Ética Nicomaquea*).

CARTAS AL DIRECTOR

Señor doctor
NÓDIER AGUDELO
Director de "Nuevo Foro Penal"
Medellín

Al perdido municipio en las montañas del Sur de Colombia donde ejerzo la judicatura me ha llegado, gracias a la mano generosa de un colega de la capital, la copia de algunas providencias de la Corte Suprema de Justicia, que me mueven a enviarle estos breves comentarios.

Conforme al mandato legal, reconocido universalmente por la doctrina y la jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia tiene como fin primordial, por medio de las salas de casación, unificar la jurisprudencia nacional.

Nuestro máximo tribunal de justicia, pleno de sabiduría y experiencia, unificaba los criterios jurídicos, interpretaba las normas, enmendaba los errores de los juzgadores de instancia, trazaba pautas a los abogados litigantes y era, por sí mismo, el supremo maestro del Derecho. Un cambio de doctrina, avalado por la Corte Suprema, a más de suscitar vivos debates, era saludado siempre como un paso adelante, como una superación saludable de lo que hubiese envejecido.

Desde hace años se ha planteado el problema de saber quién juzga a los miembros de la policía nacional por la comisión de delitos comunes, bien sea que el país se encuentre en normalidad jurídica o bajo el estado de sitio. Serios estudios fueron la base de las resoluciones de la Corte por más de una década.

Pero algo insólito ha ocurrido. El 9 de junio de 1982 la Sala de Casación Penal, al resolver un conflicto de competencia entre el Comando de la Tercera Brigada y el Comando de Policía Nariño, decidió, cambiando radicalmente su tesis tradicional, que el juzgamiento del agente de policía Sigifredo Montilla, corresponde a la justicia ordinaria, es decir a un Juez Superior de Pasto. Como hubo empate entre los magistrados, la nueva decisión se logró por el voto de un conjuer, en este caso el Dr. Antonio José Uribe Prada.

Si se trata de un cambio normal de doctrina, previos los estudios y debates pertinentes, ¡santo y bueno! Significaría que la Corte, para el futuro, señalaba nuevos criterios para la resolución de los casos similares.

Pero el tres de agosto de 1982, al desatar el recurso de casación interpuesto por el agente de policía Pablo Alfonso Olaya, con ponencia del magistrado Romero Soto, aprobada en acta núm. 054, retorna a la tesis anterior, gracias

a que el conjuer sorteado, Julio Roncallo Acosta, rompe el equilibrio sumándose a quienes en junio salvaron su voto.

¿Está enmendando la Corte, el tres de agosto, un posible error cometido el 9 de junio anterior? Podría ser, ¡pero no lo es! ¡He ahí lo insólito! El mismo día, el tres de agosto de 1982, en sentencia aprobada en la misma acta núm. 054, al resolver la casación del agente de policía Carlos Enrique Cañaverl, la misma Sala de Casación afirma la competencia de la justicia ordinaria. Quien en esta ocasión inclina la balanza es el conjuer Eduardo Umaña Luna, apoyando a los magistrados que el mismo día salvaron el voto a la ponencia del Dr. Romero Soto.

El observador desprevenido pensará que se encuentra en el jardín de los senderos que se bifurcan. Nunca sabe a ciencia cierta ni cuál es el camino ni cuál es su destino.

¿Estará cumpliendo, en esta forma, la Corte Suprema, el mandato legal y el imperativo doctrinario de unificar la jurisprudencia? ¿Qué hacemos los jueces, qué hacen los tribunales frente a tan contradictorias y simultáneas resoluciones?

Más aún: ¿puede la justicia, en tema tan importante, estar sometida al *álea* del sorteo de conjueres? ¿En qué quedan las garantías constitucionales que otorgan al autor de un hecho criminoso la certeza de saber quién es su juez, cuál la ley aplicable y cuál el debido proceso?

Un agente de policía debe esperar a que en el rito de extraer una ficha de la talega de conjueres se defina si sus juzgadores serán los militares o los civiles: si la ley aplicable será el Código Penal o el de Justicia Penal Militar: si el debido proceso será el ordinario o un consejo de guerra. No solo no se unifica la jurisprudencia sino que se siembra la más absurda inseguridad jurídica.

Hay razón, pues, para una preocupante inquietud. Que se suma a la de otras resoluciones de la Corte, en las que no se sabe si predomina el afán de innovar por innovar, o cierta tendencia académica que desborda el ámbito jurisprudencial: “está bien de profesor” sentenciaba Jiménez de Asúa.

Por ejemplo, la providencia del 14 de octubre de 1980, en la que se restringe la capacidad del jurado de conciencia a los límites de la inoperancia, recogiendo una fundamentada y constante doctrina que le reconocía al *juri* la posibilidad de pronunciarse incluso sobre la inimputabilidad del procesado cuando la prueba, por aportarse en el juicio, no fue conocida por el juez al momento del calificadorio.

Por ejemplo, la sentencia del 4 de marzo de 1982, sobre el homicidio concausal, que señala pautas tan estrictas al Tribunal de Cúcuta, que prácticamente lo reemplaza en su función sentenciadora, aunque previamente le recuerda un recetario de posibilidades teóricas que van —dice la Corte— desde declarar la inexistencia del delito, “formalmente lógica aunque jurídicamente equivocada” (?), hasta la condena por homicidio sin atenuante, haciendo caso omiso de la veredicción.

Por ejemplo, los autos del 10 de diciembre de 1981 y del 24 de agosto de 1982, sobre el principio de favorabilidad, en los que se sostiene que se debe apli-

car en su integridad uno u otro estatuto penal, sin permitir la combinación de normas, que pertenezcan a distintos códigos, lo cual significa, como lo sostiene en su salvamento de voto el Dr. Gómez Velásquez, que “la favorabilidad habrá recibido el peor golpe de ineffectividad en forma innecesaria”.

¿No es verdad, Dr. Agudelo, que estas cuestiones merecen meditar-se? Permítame que firme únicamente con mis iniciales. Reciba los sentimientos de mi consideración.

M. O. P.
Juez Municipal

P. S. Acabo de recibir su libro sobre las causales de justificación e inculpa-bilidad en los inimputables. Se lo comentaré.

JURISPRUDENCIA

Tribunal Superior de Bogotá

LA PROBLEMÁTICA DEL COMISO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Magistrado ponente: Dr. DIDIMO PÁEZ VELANDIA

El fallo de la Corte de 3 de julio de 1981, en el que se declara la constitucionalidad del controvertido art. 110 del Código Penal descarta el cuestionamiento sobre el particular. El juez debe investigar si el vehículo es de propiedad del autor, del cómplice o de quien debe responder civilmente; si encuentra mérito para detener, debe examinar si el vehículo está asegurado y su adecuación a la magnitud del daño. En caso positivo devolverá el vehículo al propietario; si no, el autor, el cómplice o quien deba responder civilmente puede ofrecer la garantía adecuada o completar la que no lo sea.

Si el obligado legalmente a prestar garantía no lo hace, el funcionario podrá secuestrar el vehículo (puede oficiar a la oficina de Circulación para que se abstenga de registrar trasposos del automotor) y entregarlo en depósito al dueño con el compromiso de presentarlo para los fines de la investigación.

Bogotá, julio 17 de 1982.

VISTOS:

Procedente del Juzgado 56 de Instrucción Criminal de Bogotá, a cargo de la doctora Gladys Valderrama de Peña, llegan las copias del proceso seguido contra Isauro Leguizamón Nieto por el delito de homicidio en accidente de tránsito, en apelación de la providencia que ordenó la entrega de un vehículo.

Agotado el trámite correspondiente a la instancia, compete a la Sala decidir sobre el particular.

RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS

I.—*La providencia recurrida*

Por hechos que tuvieron ocurrencia al catorce de febrero de 1981 en la ciudad de

Bogotá, en los cuales perdió la vida Omar Leonel Vergara Niño y resultó lesionada otra persona, fue capturado el señor Isauro Leguizamón Nieto quien conducía la buseta de placas SC-8393, vehículo que fuera retenido al efectuarse la captura del sindicado, contra quien se profirió auto de detención, medida que fue confirmada por el Tribunal.

El doctor Alfonso Isaza Moreno, apoderado del sindicado, solicitó al juzgado la entrega del automotor, a lo cual accedió el despacho en forma provisional y con caución de diez mil pesos en caso de incumplimiento de las obligaciones. Esta providencia fue recurrida en reposición y subsidiariamente en apelación; como no fuese repuesta, se concedió la apelación. Subsanadas las irregularidades de procedimiento referidas en providencias anteriores, entra la Sala a decidir en el presente caso.

II.—Alegaciones de las partes

Dentro del término legal para alegar en la segunda instancia lo hizo el señor fiscal 2º del Tribunal doctor Rafael Gustavo Murcia Ballén, y anteriormente lo había hecho el apoderado recurrente doctor Isaza Moreno.

El distinguido representante de la sociedad ante la corporación, en concepto N° 045 es partidario de que la providencia recurrida sea revocada por cuanto no se ajusta a los preceptos legales vigentes.

Por su parte, el distinguido litigante, en escrito que presentara en oportunidad anterior, demanda de la Sala la aplicabilidad de la excepción de inconstitucionalidad del art. 110 del Código Penal por encontrarlo violatorio del art. 30 de la Constitución Nacional.

III.—Criterio del Tribunal

La Sala, frente a la realidad procesal existente, se permite hacer las siguientes consideraciones que serán la base para la determinación por tomar en el presente caso:

1ª) Ciertamente, de la forma como se encuentra redactado el art. 110 del C. P., se presentan algunas dificultades de interpretación. No obstante ello, estima la Sala que siguiendo los derroteros trazados por la H. Corte en el fallo de exequibilidad de dicha disposición, y algunos comentarios de personas autorizadas por su versación en la materia, puede intentarse una adecuada interpretación de dicha disposición conforme al contexto legal que gobierna el ámbito jurídico colombiano.

2ª) Sea lo primero, despejar de una vez la inquietud del profesional recurrente en este caso, referida a la inaplicabilidad de la norma por la excepción de inconstitucionalidad que impetra. Dice el distinguido litigante que debe aplicarse en el presente caso el art. 215 de la C. N. al ser el art. 110 del C. P. claramente inconstitucional, y resolver en consecuencia el problema aplicando el art. 350 del C. de P. P.

Una norma legal puede ser inaplicable si es manifiestamente contraria a la Constitución Política del Estado, por el funcionario judicial del conocimiento; pero si esa disposición legal ha sido declarada exequible por la Corte por vía de acción, la naturaleza y consecuencia de esta no permiten a funcionario alguno cuestionar la constitucionalidad de tal norma, pues ya el organismo encargado de ese pronunciamiento dijo, con efectos generales, que era constitucional, o sea, que la excepción es procedente antes del pronunciamiento de la Corte por vía de acción; después de ello no, cualquiera que haya sido el sentido del fallo de la Corte, porque ese fallo obliga a todos por tener efectos *erga omnes* y porque la obligatoriedad de la Corte por vía de acción es el examen de la disposición frente a todo el texto constitucional. En consecuencia, proferido el fallo de julio 3 de 1981 que declaró el art. 110 del C. P. exequible, cualquier discusión sobre ese particular resulta bizantina.

3ª) El art. 110 del C. P. es el aplicable para el caso presente, puesto que el hecho ocurrió en su vigencia; luego la pretendida favorabilidad de la ley penal no juega papel preponderante en este caso. Distinto fuese si el hecho investigado hubiese ocurrido en vigencia del Código anterior, en cuyo evento forzoso es para el juzgador examinar cuál de los ordenamientos es más favorable para aplicarlo, pues la favorabilidad siempre presupone un juicio comparativo de dos disposiciones que regulan un mismo aspecto. Cuando el hecho, como en el caso presente, ocurrió u ocurra en vigencia del nuevo ordenamiento solo este es el aplicable, y su interpretación no debe ser aislada, literal y exegética sino contextual y armónicamente con las demás disposiciones jurídicas que atañen con el contenido de la norma en referencia.

4ª) En este orden de ideas, tenemos que el art. 110 del C. P., como lo han sostenido la Corte y los comentaristas, no consagra una pena sino "una medida muy

distinta que recae únicamente sobre los instrumentos que hayan servido para la comisión del delito y sobre las cosas y valores que provengan de su ejecución"; luego para que el comiso sea procedente es necesario que con la cosa decomisada se haya cometido un delito o que provenga de su ejecución.

5ª) Se presenta entonces el primer problema por dilucidar: ¿qué objetos son susceptibles del comiso? Estima la Sala, como lo destaca el doctor Jaime Bernal Cuéllar en los comentarios a la figura publicados en *El Tiempo* de dic. 11/81, que solamente dos clases de objetos: a) los que por disposición legal están fuera del libre comercio, como las armas o prendas de uso privativo de las fuerzas armadas; instrumentos para la fabricación de papel moneda, drogas tales como estupefacientes, alucinógenos, etc., y b) los objetos de libre comercio, entre los que se cuentan los automotores de propiedad de los autores o cómplices del hecho punible o de quien civilmente debe responder.

6ª) Otro aspecto por dilucidar, en este orden de ideas, es el relacionado con el momento procesal en que se materializa el comiso. La Sala cree fundadamente que el comiso solamente es posible decretarlo en la sentencia condenatoria, por varias razones: a) si es consecuencia del delito, la responsabilidad por él se determina en la sentencia en forma definitiva; b) el comiso implica la pérdida del objeto para su dueño, y medida de tal naturaleza no puede adoptarse sino en una sentencia condenatoria, y c) el Código de Procedimiento Penal en su art. 727 lo dice, cuando afirma "terminado el proceso" ...¿Qué sucede entonces en el curso de la investigación? La misma disposición en cita da la solución: "se mantendrán depositadas en cuanto sea necesario para los fines del proceso".

La dificultad que se observa hoy es aparente puesto que todo se reduce a entender que el art. 110 del C. P. modificó el art. 2º de la ley 164 de 1938 que excluía los automotores del comiso que se consa-

graba en los arts. 59 del C. P. derogado, 349 y 350 del C. de P. P. vigente, para hacerlo extensivo a dichos objetos a partir de la vigencia del Código, siempre que no se encuentren adecuadamente asegurados contra ese riesgo.

7ª) Aparece aquí otro aspecto para precisar: ¿es obligatorio el seguro o la garantía del resarcimiento del daño? Se sostiene, con buen fundamento, que el inciso final de la norma en referencia solamente exige la garantía del pago de los daños causados con el delito, y el seguro constituye apenas uno de los medios para garantizarlo.

Significa lo anterior que en presencia de la hipótesis que refiere la norma en mención, el juez está obligado a investigar si el vehículo es de propiedad del autor, cómplice o de quien debe responder civilmente; en el evento de que lo sea, debe, si encuentra mérito para detener, examinar si el vehículo está asegurado contra daños a terceros y si ese seguro es adecuado a la magnitud de los daños que refiere el proceso. Si lo está, devolverá el vehículo a su propietario; si no, el autor, cómplice o quien debe responder civilmente, puede ofrecer la garantía que el juez estime adecuada para completar la que no lo sea.

Si quien legalmente está obligado a prestar la garantía no lo hace, el funcionario podrá secuestrar el vehículo y entregarlo en depósito al dueño con el compromiso expreso de presentarlo cuando sea necesario para los fines de la investigación.

8ª) La conclusión final tiene pleno respaldo en normas de procedimiento vigentes. En efecto, el art. 350 del C. de P. P., que como se vio se conserva hoy, menos el inciso final, ordena "secuestrar" los objetos con los cuales se cometa el delito o que provengan de su ejecución; y el art. 727 *ibidem* regula "el destino de las cosas secuestradas" para preceptuar que "se mantendrán depositadas en cuanto sea necesario para los fines del proceso". Obviamente que ese "secuestro" a que se refieren las normas mencionadas

no es el secuestro ordinario que se conoce, sino uno que bien pudiéramos denominar *sui generis* y que para el caso de los vehículos puede consistir en oficiar a la oficina de Circulación correspondiente para que se abstenga de registrar traspasos del automotor hasta cuando se defina la situación judicial respectiva.

El depósito a que se refiere la norma debe hacerse en favor del propietario para evitar la inmovilidad del bien y su consiguiente deterioro, quedando con la obligación expresa de presentarlo cuando las autoridades competentes lo exijan. La sustracción de esta obligación, como bien lo destaca el doctor Bernal Cuéllar, puede hacer incurrir al depositario en el delito tipificado en el art. 184 del C. P.

9ª) Otro punto que ha suscitado seria controversia es el relacionado con el comiso de objetos de los que venimos refiriendo, de propiedad de personas que no hayan participado en el hecho punible investigado. Se ha dicho, por los no partidarios de la norma, que es injusta porque la responsabilidad penal es personal y aquí se "sanciona" con la pérdida del objeto a personas que no participaron en el delito.

La Corte Suprema, en el fallo de exequibilidad referido, para descartar la inconstitucionalidad de la norma por presunta violación del art. 30 de la Constitución, sostuvo: "...no puede imponerse (el comiso) en aquellas cosas o valores que pertenezcan a personas extrañas al hecho punible" (el paréntesis es nuestro).

El alcance de la interpretación que da la Corte del art. 110 del C. P. debe examinarse de acuerdo con las disposiciones del mismo ordenamiento y del ordenamiento civil. En efecto, el art. 103 del C. P. preceptúa: "El hecho punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales que de él provengan"; el art. 2341 del C. C. dice: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Como bien puede observarse, lo anterior significa que el delito es fuente de obligaciones tanto en el ordenamiento civil como en el penal. Esa responsabilidad civil que se concreta en los daños y perjuicios causados con el delito, solamente es predicable del partícipe en el hecho punible y consecuentemente, deducible dicha responsabilidad en la sentencia condenatoria.

Siguiendo el principio general "quien daña directa o indirectamente, paga", recogido desde hace muchos años en el ordenamiento civil y recientemente en el Código Penal, no solamente debe indemnizar el autor o partícipe del hecho punible sino también el que civilmente esté obligado. Hay disposición clara que así lo indica. En efecto, el art. 105 del C. P. dice: "Deben reparar los daños a que se refiere el artículo 103 los penalmente responsables, en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar".

Hay que acudir a la ley civil para saber quiénes están obligados a reparar, a más de los penalmente responsables, y encontramos varias disposiciones tales como el art. 2346 del C. C. en el caso de menores y dementes en donde la responsabilidad es de las personas a cuya custodia están; el art. 2347 *ibidem*, el cual categóricamente afirma: "Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado" (C. C., art. 2349, etc.).

Lo anterior claramente significa que son responsables civilmente no solamente los autores o partícipes del hecho punible sino también el padre con relación a su hijo menor; el patrono respecto de su dependiente, el tutor respecto de su pupilo, etc., resultando entonces "extraño al hecho punible" quien no resultó autor o cómplice del delito ni quien legalmente no esté obligado a indemnizar.

10ª) Según los presupuestos dados, surgen dos inquietudes por dilucidar: una, relacionada con la aparente doble

indemnización a la víctima o sus deudos; otra, la referente a la intervención en el proceso del civilmente responsable que no haya participado en ninguna calidad en la comisión del hecho punible.

Si de una parte debe indemnizar el autor o cómplice del hecho, y, de otra, el civilmente responsable, tendríamos dos indemnizaciones; lo cual permitiría concluir en un enriquecimiento indebido del beneficiado. Pero esta conclusión es apenas aparente puesto que al civilmente responsable se le obliga a prestar garantía, la cual, si resulta el autor o cómplice vencido en juicio, se hace inmediatamente efectiva en la sentencia pudiendo repetirse del penalmente responsable, por subrogación.

Ciertamente el procedimiento actual no permite expresamente la intervención del civilmente responsable, cuando no sea autor o cómplice del delito, pero puede acudirse análogicamente al incidente que se originaría en el derecho de petición para a través de dicho medio tener oportunidad de presentar pruebas y demás actuaciones pertinentes tendientes a demostrar su ausencia de culpa o su calidad de extraño al hecho punible, con el alcance de esta expresión puntualizado anteriormente.

11ª) La norma penal que se está comentando, expresa que el comiso acarrea la pérdida del objeto a favor del Estado. Debe entonces indicarse que esto es posible en el evento de que el civilmente responsable se niegue a prestar la garantía a que está obligado. El título legítimo del Estado para el apoderamiento sería entonces la comisión del hecho punible y el sustraerse a una obligación legal. Si presta la caución adecuada y esta llegase a superar el monto de los daños y perjuicios, el excedente tendría que ser devuelto a quien prestó la caución en el momento procesal oportuno.

12ª) En el caso que ocupa la atención de la Sala, ocurrió el hecho punible tanto que al sindicado se le dictó auto de detención; en el proceso se acreditó que Isauro era dependiente de su hermano Ramón,

el dueño de la buseta, pues la trabajaba desde hacía cinco años y en el último mes solamente de noche; luego según las normas citadas Ramón debe responder civilmente y tiene en consecuencia la obligación de garantizar esa posible indemnización de daños y perjuicios causados con el delito.

El juzgado dispuso la entrega de la buseta, sin que se hubiese prestado la garantía debida, y ordenó prestar una caución de diez mil pesos que no tiene respaldo legal alguno. Debe la Sala entonces revocar la providencia únicamente en cuanto exigió la caución mencionada, y adicionarse en el sentido de que dicho vehículo queda secuestrado, librando los oficios correspondientes a Circulación y suscribir la diligencia referida en la parte motiva de este proveído por parte del dueño de dicho vehículo, quedando el mismo en depósito como lo dispuso la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión penal,

RESUELVE:

Primero: Revocar la providencia recurrida únicamente en cuanto exige caución de diez mil pesos.

Segundo: Adicionar la providencia recurrida en el sentido de disponer el secuestro de la buseta a que se refiere el proceso y a la necesidad de que el señor Ramón Leguizamón suscriba diligencia que garantice la presentación del vehículo a las autoridades cuando estas lo requieran.

Tercero: Confirmar, en lo demás, la providencia recurrida.

En firme, vuelva la actuación al juzgado de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase:
Dídimo Páez Velandia
Servio Tulio Pinzón Durán
Domingo Quiñones Vargas
Luis Jiménez Ramírez
Secretario

Tribunal Superior de Bogotá

CAUSA EXTRAPENAL DE JUSTIFICACIÓN EN UN CASO DE PRESUNTO “PREVARICATO POR ACCIÓN”

Magistrado ponente: Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA

No es óbice para la absolución por falta de antijuridicidad la circunstancia de que el hecho no se encuentre expresamente justificado. Ello ocurre cuando de la “valuación de intereses o bienes jurídicos” resulta que el acto desconoce o viola un interés menor para salvar otro de superior jerarquía.

El sujeto que delinque ataca la norma de cultura que precede al tipo legal, violación que debe existir para que se dé la antijuridicidad. Si tal ofensa no existe, el acto es jurídico.

Bogotá, 1° de marzo de 1982.

VISTOS:

Clausurada la presente investigación adelantada contra la doctora Concepción Sandoval González en su calidad de Juez 1° Penal Municipal de Fusagasugá, corresponde a la Sala calificar el mérito del sumario, lo cual se hará mediante la presente providencia.

HECHOS:

El señor Francisco Sánchez Palma desempeñaba el cargo de secretario del Juzgado 1° Penal Municipal de Fusagasugá, en propiedad, en el período que se vencía el primero de setiembre de 1981. La titular del Juzgado, doctora Concepción Sandoval González, por informaciones recibidas de actos de deshonestidad del secre-

tario, abrió un proceso disciplinario contra él que terminó con la destitución del cargo, según resolución núm. 001 de agosto 3 de 1981. Como dicho empleado estimara que tal decisión era contraria a la ley, formuló denuncia contra la juez, razón por la cual se abrió la correspondiente investigación penal.

RESULTANDOS:

I.—Pruebas sobre materialidad

Con el objeto de comprobar los hechos denunciados, se allegaron al proceso las siguientes pruebas:

1ª) Denuncia formulada por el señor Sánchez Palma, en la cual refiere los hechos que en su sentir constituyen violación de la ley penal.

2ª) Copias de las resoluciones por medio de las cuales la titular del juzgado destituyó al secretario y de la que negó la reposición correspondiente que fuera interpuesta contra la misma;

3ª) Copias de los correspondientes acuerdo de nombramiento, acta de posesión y certificación del desempeño de la función de juez de la funcionaria denunciada;

4ª) Copias de los correspondientes decreto de nombramiento y acta de posesión del señor Sánchez Palma como secretario del Juzgado Primero Penal Municipal de Fusagasugá.

II.—Pruebas sobre responsabilidad

A fin de determinar el grado de responsabilidad en que pudo haber incurrido la sindicada, se allegaron al proceso las siguientes pruebas:

1ª) Denuncia del señor Sánchez Palma en la cual indica que la juez no podía adelantar el disciplinario y menos destituirlo, luego al hacerlo violó lo establecido en el decreto 1660 de 1978;

2ª) Inspección judicial practicada al proceso disciplinario a que se ha hecho mención en esta investigación. Allí se constató por el funcionario respectivo que efectivamente la juez, ante las informaciones de prensa que tuvo en su presencia, abrió proceso disciplinario contra el secretario; recepcionó varias declaraciones sobre el particular; oyó en descargos al inculcado, y dispuso comunicar su actuación a la Procuraduría Regional y al Consejo Superior de la Judicatura. Copia de dicho proceso se adjunta a la diligencia;

3ª) Fotocopia de una publicación del periódico *El Bogotano* de junio 2 de 1981 en donde se informa de la denuncia que se elevó ante la Procuraduría sobre el delito de concusión que cometió contra varios ciudadanos el secretario del Juzgado 1° Penal Municipal de Fusagasugá;

4ª) Declaración del señor José Agustín Rivera Garzón, quien sostiene que a raíz

de unos hechos en los cuales resultó lesionado su hijo, el secretario del juzgado le exigió la suma de dos mil pesos para ayudarle y además le cobró novecientos pesos por unas copias, pero que nada hizo y cuando le reclamó se limitó a decirle que le devolvía el dinero;

5ª) Declaración del señor Luis Alberto Rivera, hijo del anterior y quien fuera lesionado en los hechos que investigaba el juzgado. Sostiene que su padre le informó que el secretario señor Sánchez Palma le había exigido dinero para ayudarle en el problema. En el mismo sentido se expresa Pablo Abigail Vergara, quien tuvo conocimiento de los hechos por las informaciones que le dieran los interesados, lo cual precisamente determinó la denuncia que se elevara ante la Procuraduría y de la cual da cuenta la información de prensa;

6ª) Diligencia de descargos del secretario en la cual niega los hechos y afirma ser víctima de una calumnia de sus enemigos que quieren perjudicarlo;

7ª) Copia de las providencias en las cuales se destituyó al secretario y se negó la reposición de dicha medida. En ambas la funcionaria admite que el empleado goza de estabilidad, pero que frente a la inmoralidad comprobada en el ejercicio del cargo, lo destituye por cuanto dichos empleados son de libre nombramiento y remoción del titular del juzgado;

8ª) Indagatoria de la doctora Concepción Sandoval González, natural de Purificación (Tol.), de 33 años de edad, casada, abogada titulada de la Universidad La Gran Colombia y juez de la República.

Sobre los hechos que determinan su vinculación al proceso manifiesta que efectivamente por informaciones de prensa se enteró de los actos deshonestos del secretario por lo que dispuso abrir el disciplinario correspondiente; en él recepcionó varios testimonios y como encontró responsable al inculcado lo destituyó; que en todo momento obró de buena fe y movida únicamente por el celo de limpiar a la justicia de empleados inmorales; que la

interpretación que ella hizo del decreto 1660 de 1978 fue la de que estaba permitido en esos casos proceder de esa manera; que informó a la Procuraduría pero que solamente se presentó cuando ya había proferido la resolución por lo que fue felicitada por el visitador.

Al proceso se allegaron las copias del proceso disciplinario adelantado al secretario Sánchez Palma por los mismos hechos referidos en la investigación, y que terminó con la solicitud de sanción por resolución de setiembre 26 de 1981.

III.—*Alegaciones de las partes*

Dentro del término legal para alegar, solamente lo hizo el señor fiscal 12 del Tribunal doctor Alfredo Gutiérrez Reina, quien en concepto núm. 229 se muestra partidario de un sobreesimiento definitivo para la funcionaria procesada, pues si bien es cierto que el procedimiento adoptado para destituir al empleado no fue el correcto, también lo es que ese comportamiento carece de dolo, pues no se le podía exigir conservar en el puesto a un empleado inmoral como dicho secretario, aspecto que se demostró en el correspondiente proceso disciplinario que adelantó la Procuraduría.

CONSIDERANDOS:

I.—*Adecuación típica de la conducta*

Un comportamiento humano, para que tenga relevancia jurídica desde el punto de vista del derecho penal, requiere que concuerde con la descripción que en forma abstracta haya hecho el legislador en uno de los varios tipos penales existentes. Cuando dicha adecuación se da, decimos que existe el primer elemento del delito, la tipicidad.

En el caso sometido a consideración de la Sala, se investigó el hecho consistente en haber, un juez de la República, proferido resolución manifiestamente contra-

ria a la ley, concretamente la resolución núm. 001 de agosto 3 de 1981, en la cual destituyó al secretario del juzgado quien gozaba por mandato legal de estabilidad y lo hizo sin que mediara acusación del organismo de vigilancia judicial.

Si se examina cuidadosamente la resolución de la juez denunciada que originó esta investigación, encuentra la Sala que simplemente se fundamenta en las previsiones del decreto 1660 de 1978. Ocorre que en dicho ordenamiento reglamentario del decreto 250 de 1970, solamente se prevé un procedimiento que acarrea la destitución del empleado o funcionario, aquel consistente en una investigación disciplinaria a cargo del ministerio público que tiene la vigilancia judicial que concluye con una resolución en la cual se demanda del superior jerárquico del inculcado la sanción correspondiente, que según la naturaleza de la falta, puede ser la destitución.

Sin necesidad de mayor esfuerzo interpretativo, se entiende que la juez denunciada no pretendió siquiera adoptar este procedimiento sino que quiso, aun cuando no lo dijo expresamente, acudir a lo preceptuado en el art. 199 del decreto 1660 de 1978, solo que impuso una sanción que esta norma no señala, pues lo permitido en ella es solamente la suspensión hasta por noventa días. Es en esto justamente donde radica la contradicción de su decisión con la ley y desde este punto de vista ciertamente, su conducta es típica respecto del tipo penal referido en el art. 149 del C. P. denominado genéricamente "prevaricato por acción". En efecto, todas las exigencias de ese tipo básico se reúnen en el caso presente: la procesada es empleado oficial pues se demostró en el proceso que fue designada juez penal municipal y que en ejercicio de las funciones de dicho cargo profirió resolución manifiestamente contraria a derecho, pues lo decidido en ella se opone abiertamente al texto legal referenciado.

No obstante lo anterior, bien pudiera argumentarse que como dicho comporta-

miento no lesionó la Administración pública sino que, por el contrario, se profirió en su defensa, sería atípica la conducta por ausencia de objeto jurídico, elemento del tipo. La Sala no comparte dicha glosa posible en atención a que el objeto jurídico puede ser, como lo sostiene la doctrina, "genérico" y "específico". En el caso que estamos examinando, el objeto jurídico genérico es la Administración pública, y el específico la lealtad que el empleado debe a esa Administración.

La Administración pública implica necesariamente un conjunto normativo que es lo que persiste la dinámica de la misma por conducto de la persona quien la representa en sus distintas funciones, y obviamente esa persona tiene el deber de ser leal a esa normatividad, entre la cual se cuenta fundamentalmente la ley, luego el quebrantamiento de esta constituye innegablemente falta de lealtad a esa Administración, así los motivos determinantes del quebrantamiento sean en su propia defensa. Esa motivación que orienta la conducta puede corresponder a otros elementos que legitiman el comportamiento pero jamás al elemento tipicidad que se examina aquí.

II.—*Antijuridicidad*

Es el segundo elemento del delito que tiene ocurrencia cuando la conducta típica ha sido desarrollada sin que medie causal alguna de justificación.

Los ordenamientos penales, y entre ellos el nuestro, consagran expresamente las llamadas causales legales de justificación. El C. P. colombiano las trae en el art. 29. Esas causales, exceptuando la segunda, aparentemente podrían ser aplicables al caso presente; pero si se profundiza en cada una de ellas debe llegarse a la conclusión que ninguna es procedente. Veamos:

"El estricto cumplimiento de un deber legal" que trae la causal 1ª del artículo en mención, como dice el tratadista LUIS CARLOS PÉREZ en su obra *Derecho penal*,

"Cumplir un deber, según la norma vigente, es tarea activa e imperiosa, que no puede dejar de realizarse. No es obra meramente facultativa, como la enunciada en «disposición de la ley», según el Código derogado, o como el «ejercicio de un derecho», según el numeral 3º del art. 29 del vigente. Tampoco es una simple función o atribución, sino que implica hacer lo previsto en normas concretas, como las procesales de denunciar los delitos de que se tenga noticia, rendir testimonio, auxiliar a la justicia en calidad de perito y el servicio de jurados en asuntos penales" (Ob. cit., t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 180).

Como la justificante exige que el deber sea legal, esto es, esté consagrado expresamente en una norma jurídica para que pueda cumplirse estrictamente conforme a su consagración, obvio es que debe determinarse la disposición legal que consagra el deber. Para el caso sometido a nuestra consideración, el deber que debía cumplir la juez denunciada lo encontramos en el numeral 3º del art. 37 del Código de Procedimiento Civil, consistente en «prevenir, remediar y sancionar los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo toda tentativa de fraude procesal".

Pero esa misma disposición consagra expresamente que el juez cumpla ese deber "por los medios que este Código consagra" y esos medios lo señala el art. 39 del mismo Código con señalamiento del correspondiente procedimiento; y por vía disciplinaria especial en los arts. 107 y 111 del decreto 250 de 1970 previo el procedimiento señalado en los arts. 88 y siguientes del mismo estatuto, esto es, previa investigación disciplinaria por las autoridades que tienen el encargo de la vigilancia judicial. Directamente puede hacerlo pero en los términos señalados en el art. 199 del decreto 1660 de 1978.

Bien puede sostenerse que la juez cumplió el deber que le señala la norma mencionada anteriormente, pero resulta

inegable que lo hizo sin sujeción a lo preceptuado en la misma, careciendo en consecuencia del requisito que exige la justificante, esto es, que el cumplimiento del deber sea *stricto*.

En verdad que la Corte, en providencia de mayo 6 de 1982, justificó la conducta del Tribunal de Aduanas sobre la base de la causal en referencia, al cual se le denunció por haber suspendido a un juez de esa rama en virtud de lo preceptuado en el art. 199 del decreto 1660 de 1978. Pero es claro que el caso es bien diferente al debatido aquí. Aquel consistía en un presunto abuso de autoridad por falta de competencia en aplicar la sanción, ya que esta, en sentir del denunciante, era solamente para empleados y no para funcionarios. La Corte, con buenas razones jurídicas, sostuvo que dicha disposición es aplicable a empleados y funcionarios y en consecuencia podía hacerlo el Tribunal de Aduanas con relación a su juez, por ser el respectivo superior del mismo. En cambio, el caso nuestro se refiere a la destitución de un empleado que gozaba de estabilidad, en virtud de disposiciones legales vigentes, sin sometimiento a los procedimientos debidos o yendo más allá de estos, ya que con el procedimiento adoptado por la juez denunciada solamente podía suspenderlo hasta por noventa días y no destituirlo como ocurrió. Por manera que dicho antecedente jurisprudencial no es aplicable al caso *sub examine*.

“En legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público” que trae la causal 3ª del art. 29 del C. P. La pertinencia del examen de esta justificante en el presente caso, está circunscrita únicamente a la expresión “legítimo ejercicio de un cargo público” y la explica claramente el tratadista anteriormente mencionado cuando dice: “...el funcionario no está compelido a cumplir el deber (num. 1º), ni a obedecer una orden (num. 2º). Se limita a desempeñar funciones adscritas al cargo, que bien puede omitir, como sucede con el agente de la autoridad en caso de flagrancia que deja

de penetrar en el domicilio del fugitivo, esperando aprehenderlo por medios distintos. El art. 24 de la Constitución lo faculta, pero no lo obliga, a violar el domicilio. Si lo hace, el acto es legítimo y, consecuentemente, justificado... El empleo de la fuerza está autorizado por disposiciones del estatuto procesal para el allanamiento de morado y eso, cuando el dueño, el arrendatario o el encargado de su custodia, una vez notificado, niega la entrega de la persona o la cosa objeto de la pesquisa”. (Ob. cit., pág. 196).

Frente al caso de sancionar a los empleados por faltas cometidas en ejercicio de sus funciones, claramente se entiende que no se trata de un derecho del superior, en la medida que puede hacerlo o no, sino que categóricamente constituye un deber, tanto que su incumplimiento está erigido como falta contra la eficacia de la administración de justicia (decr. 250 de 1970, art. 95, num. 7). En tales condiciones no es aplicable en el presente caso la justificante en referencia.

“Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”, que consagra la causal 4ª del art. 29 del C. P. Por la generalidad del derecho protegido, esta justificante resultaría mayormente sugestiva para solucionar el caso presente en atención a que si bien es cierto la administración de justicia es un deber del Estado cumplido a través de su órgano correspondiente, también lo es que en frente al conglomerado social viene a constituir un derecho, pues todos los miembros sociales tienen derecho evidentemente a que se les administre justicia en forma pronta, cumplida y recta; y la acción torticera del empleado, constituiría la agresión actual o inminente que legitima la destitución por la necesidad de defender ese derecho social.

La legítima defensa tal como ha sido consagrada en la mayoría de los ordenamientos —por supuesto en el nuestro también—, y desarrollada por la doctrina

y la jurisprudencia, presupone la necesidad de defender un derecho propio o ajeno puesto en inminente peligro por la agresión actual e injusta, esto es, que la acción de quien defiende esté encaminada a que el derecho que motiva esa defensa no sufra mengua, porque si ya fue vulnerado obviamente no estaríamos en presencia de una defensa sino de una venganza.

Ahora bien, mal podría hablarse de legítima defensa de la impoluta Administración de justicia con la destitución del empleado respecto del cual se demostró su deshonestidad en el cumplimiento de sus funciones, porque evidentemente el hecho ya ocurrió y obrar así, en virtud de esta justificante, es simplemente vengar el agravio y no defender el derecho de la sociedad; y si se procede con la presunción de que el empleado va a continuar agravando ese derecho en todos y cada uno de los negocios que tiene a su cargo, no es de recibo en el derecho penal en donde siempre se juzgan hechos y a hombres que cometieron hechos punibles.

De otra parte, ese derecho protegido por la necesidad de la defensa debe estar concretizado en una persona determinada y no en abstracto como es el término, generalmente vago, de la social lo cual conduciría a exageraciones peligrosas en la recta administración de justicia.

Estas dos observaciones, por sí solas, permiten concluir que la justificante en mención tampoco es aplicable al caso presente.

“Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”, que trae el num. 5º del art. 29 del C. P. y conocido generalmente con el nombre de “estado de necesidad”. También podría pensarse que sería la solución al caso que se estudia, no obstante la Sala estima que tampoco lo sería puesto que la disposición prevé la aplicación de la justificante cuando

no sea evitable de otra manera, y ciertamente el caso presente hubiese podido ser evitado por la suspensión de noventa días que prevé la norma que pretendió aplicar la funcionaria denunciada. Además se exige que el agente no haya causado el peligro “intencionalmente o por imprudencia”, y bien puede ocurrir que se designe a un empleado respecto de quien no se tiene suficiente información o que teniéndola negativa se confía imprudentemente en que va a corregirse. De todas maneras son dificultades que impiden en un momento determinado llegar con nitidez al estado de necesidad.

Analizadas en su totalidad las causales de justificación posibles que trae el Código Penal colombiano y halladas improcedentes para el caso presente, podría pensarse que el problema solamente puede resolverse acudiendo a las causales de inculpabilidad porque a simple vista repugna a una sana lógica que se enjuicie a un juez de la República que frente a un caso comprobado de deshonestidad de su empleado haya optado por la destitución fulminante. Ciertamente esa vía —la de la inculpabilidad— sería la más viable para exonerar de responsabilidad a quien así actúa pero le asalta a la Sala la inquietud de que el juez tenga que acudir a evasivas como la de la buena fe, el error, etc., todo con miras a anular la presencia del dolo necesario para la configuración del ilícito, cuando es bien sabido que el juez conoce plenamente, mejor que nadie, las reglas de derecho que reconocen y garantizan la estabilidad de los empleados. Patrocinar esos subterfugios es hacer inauténtico el comportamiento de los jueces, y una recta administración de justicia no solamente debe evitarlos sino rechazarlos. Debe, en consecuencia, acudir a otra vía que le permita abiertamente al funcionario aceptar la violación del precepto de estabilidad, frente a un claro e inequívoco acto del empleado que quebranta la recta, pronta y cumplida administración de justicia. De eso se ocupará la Sala a continuación.

Como es bien sabido, los doctrinantes se han ocupado seriamente por dilucidar algunos aspectos que no han sido suficientemente claros en algunos códigos penales como fueron, para varios de ellos, el tratamiento médico-quirúrgico, las lesiones en los deportes, etc. Al no poder resolver esos problemas por no estar consagradas en forma expresa y taxativa las causas de justificación en dichos códigos, estructuraron una teoría que permitiese resolver las situaciones verdaderamente legítimas que el legislador no ha previsto de modo explícito, y que entre nosotros fue de recibo en vigencia del Código de 1936 en la doctrina y la jurisprudencia, gracias a lo cual algunos de esos aspectos inquietantes fueron recogidos por el legislador de 1980 en el Código Penal vigente. Pero no por ello puede alegrementemente afirmarse que todas las posibles hipótesis admitan solución legal hoy; quedarán algunas, como el caso que ocupa la atención de la Sala, y en consecuencia nada impide resolverlo con el auxilio de dicha teoría.

El profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, el más decidido defensor de ella, reconoce que han sido formuladas dos doctrinas al respecto: a) el fin reconocido por el Estado, cuyo exponente es VON LISZT, y b) el principio de la valuación de los bienes jurídicos del profesor MEZGER. La primera, conocida mayormente con la denominación de la "teoría del fin", la compartieron según nos lo refiere JIMÉNEZ DE ASÚA, BINDING, GRAF ZU DOHNA, SCHMIDT y GARRAUD entre otros, y consiste en que "los ataques a los intereses jurídicamente protegidos que se presentan como el medio adecuado para la conservación de un fin reconocido por el Estado son justos y nunca pueden caer, pues, bajo el concepto de acto punible". (LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Edit. Losada, 1961, pág. 634).

El primero de los críticos de esta teoría fue el propio MEZGER para fundamentar la suya, la segunda que hemos expues-

to y que es de mayor recibo para JIMÉNEZ DE ASÚA para la concepción de la justificación suprallegal de que nos habla en su tratado.

Para la segunda teoría, "no es contrario al derecho el acto cuando desconoce o viola un interés de menor valía, en circunstancias que se apartan del estado de necesidad", o como dice el tratadista español citando a MEZGER: "Ese principio de la valuación de los bienes o intereses permite que, cuando colisionan dos de ellos y uno es superior al otro, aunque no esté expresamente formulado en la ley, se pueda justificar semejante conducta". (Ob. cit., pág. 641).

Esta apreciación ha permitido a la doctrina denominar la teoría igualmente como "teoría de las normas de conducta", que no poca resistencia han ofrecido, empezando por SOLER quien, sobre la base de la perfección del Código argentino —discutible por cierto según PECO—, considera que puede encontrarse solución porque el derecho penal no es constitutivo sino que tiene una indeclinable trabazón en todo el ordenamiento jurídico. Otros la critican porque en "tal concepto está nutrido de valores económicos, políticos, lingüísticos, religiosos, cívicos, raciales y éticos que a la postre cohesionan un conglomerado social pero que, al propio tiempo, varían al impulso de su propio dinamismo". (ALFONSO REYES E. Salvamento de voto. Sent. feb. 15/80).

Para la Sala no escapa que aceptar la teoría en la forma amplia como se plantea ofrece dificultades interpretativas, no obstante ser verdad que el derecho va a la zaga de los hechos y como tal la doctrina sería de perfecto recibo solo en la medida que sirve de fuente al legislador para legalizar tales normas de conducta, y obviar así el problema para quienes se aferran al principio de que las causales de justificación para que tengan aplicabilidad deben estar reconocidas expresamente en la ley penal. Pero es JIMÉNEZ DE ASÚA quien nos recuerda: "Los más famosos penalistas en Alemania, afirman

que la antijuricidad es un concepto valorativo; es decir, que la antijuricidad no es en sí misma una noción positiva, que pueda definirse por sí sola con exactitud sino que representa lo contrario a lo jurídico. Por tanto, si el delito es un acto antijurídico y la antijuricidad un concepto valorativo, es indiscutible que cuando la antijuricidad falta nos hallamos en plena juridicidad" (ob. cit., pág. 641).

Si el propio MAYER, como lo afirma el profesor REYES ECHANDÍA, recogió posteriormente su inicial posición en esta materia para aceptar que las normas de cultura han de estar reconocidas por el derecho para que su violación pueda ser considerada como antijurídica; y el propio SOLER reconoce que debe examinarse el comportamiento no solo en el derecho penal sino ante todo el derecho pues en suma "la justificación puede hallarse en cualquiera de las disposiciones legislativas, en una norma jurídicamente válida". Y si el mismo BETTIOL, citado por JIMÉNEZ DE ASÚA, después de criticar el término "intereses" que utiliza la teoría por ser propio del dominio privado, acepta el planteamiento cuando afirma: "Por tanto cuando se habla de conflicto de intereses en el derecho penal, se quiere decir posiciones de varios sujetos respecto de uno mismo o de varios valores que colisionan entre sí, de tal naturaleza que, para evitar un sacrificio general, es preferible el sacrificio de la posición de menos importancia" (ob. cit., pág. 637); y si nuestra Corte Suprema de Justicia, en providencia del 15 de febrero de 1980, aceptó la aplicación de la teoría en nuestro derecho cuando sostuvo: "Pudiera afirmarse que el hecho que ocupa la atención de la Corte es de aquellos que la doctrina no encuentra claramente justificados a las permisiones de ley ni a su reconocimiento por el Estado. Mas si la antijuricidad requiere, como ninguna otra categoría jurídica de un juicio de valor, ya que en sí misma no entraña condiciones positivas que permitan definirla sin equívocos, pues más bien es solamente lo contrario de lo

jurídico, y si como dice BINDING, lo que vulnera el delincuente es algo que precede en el tiempo a la ley penal, o sea la norma de cultura que debe ser observada y respetada, entonces la norma crea la acción antijurídica, y la ley penal crea el acto delictivo. De donde se deduce que la conducta presuntamente delictuosa, o sea contraria a la ley penal, que no ofende la norma de cultura que la informa, no es antijurídica, ni merece juicio de reproche".

No encuentra entonces la Sala óbice alguno para aceptar la teoría de la "valuación de intereses o bienes jurídicos", que se desprende de la anterior, en el derecho colombiano como una causal de justificación fundada en "un estado de necesidad extrapenal", parangonando en parte al maestro de Munich cuando habla de "estado de necesidad suprallegal", vale decir que cuando colisionan bienes o intereses reconocidos por norma legal, entendiéndose esta en sentido material y no formal, no es contrario al derecho el acto cuando desconoce o viola un interés de menor valía, en circunstancias que se apartan del estado de necesidad reconocido expresamente en el ordenamiento penal.

Es el mismo profesor REYES ECHANDÍA, quien salvó voto en la sentencia arriba mencionada como magistrado de ese alto tribunal, quien como doctrinante acepta nuestro planteamiento en su obra *La antijuricidad penal* cuando sostiene: "Aunque ordinariamente las causales de exclusión del delito por ausencia de antijuricidad están previstas en el Código Penal, encuéntrase excepcionalmente hechos que, a pesar de corresponder a tipos penales, no son objeto de reproche social o jurídico dada la finalidad que sus agentes buscan obtener o las circunstancias en que desarrollan su actividad; tales comportamientos no han sido aún legalmente plasmados en fórmulas de justificación por el ordenamiento penal, pero normas generales de cultura recogidas por el constituyente e incluso previstas en otros ordenamientos legales, permiten formulación de juicio positivo de juridici-

dad". (Ob. cit., Ext. de Col. 1974, pág. 250).

Se entiende entonces que la discrepancia con la decisión mayoritaria de la Corte apunta a que esta acogió la teoría de las normas de cultura sin limitación alguna o porque, en su sentir, el caso debatido no correspondía a un "hecho excepcional" que ameritara el tratamiento igualmente excepcional que se le dio, pero jamás porque no sea de recibo en nuestro derecho dicha teoría como quedó visto anteriormente en la trascripción de su pensamiento doctrinario.

En el caso concreto que examina la Sala existe innegablemente un claro enfrentamiento de intereses: de una parte el interés de la administración pública consistente en que la justicia se administre en forma pronta y cumplida, interés reconocido expresamente en la Constitución Nacional (art. 119, num. 2°), y desarrollado en la ley (C. de P. C., art. 37, num. 3° y decr. 250 de 1970, art. 1°); y de otra, el interés particular del empleado de la permanencia en el cargo, reconocido por la ley (ley 15 de 1972 y decr. 1660 de 1978, art. 142). Estos intereses entraron en conflicto con la decisión de la juez que ha sido considerada en esta providencia como manifiestamente contraria a la ley, esto es típicamente prevaricadora.

Ya hemos sostenido cómo ese comportamiento típico de prevaricato no se encuadra dentro de ninguna de las causales legales de justificación que trae el art. 29 del C. P., pero ciertamente frente a la teoría de la valuación de intereses, tal como la hemos acogido, su acción se justifica por ausencia de antijuridicidad. En efecto, la finalidad que buscó obtener con su decisión no fue otra que la de librar a la justicia de un empleado deshonesto, circunstancia demostrada no solamente con las pruebas que sumariamente practicó sino con la investigación disciplinaria que verificó con posterioridad la Procuraduría, y ante ese dilema prefirió sacrificar el interés menor —la estabilidad del empleado que le garantizaba la ley—; para

la sociedad es más importante indiscutiblemente que la justicia sea recta, pronta y cumplida que uno de sus miembros sea destituido sin los ritos que el procedimiento establece cuando se ha hecho indigno del cargo. Con su comportamiento desleal a la Administración él mismo se colocó en posición censurable social y jurídicamente, y si esa sanción se impuso para salvaguardar el interés mayormente protegido, así haya sido proferida violando las normas de procedimiento disciplinario, se justifica.

No se trata de justificar la destitución en sí, sino aquella que ha obedecido a claros e inequívocos propósitos de un interés mayormente tutelado, por ello solamente es aplicable la justificación extrapenal cuando ha sido comprobada, por cualquier medio idóneo pero convincente así sea sumario, porque es lo que precisamente hace que se esté en presencia de un hecho claramente excepcional, ya que si la deshonestidad no está demostrada en la forma indicada, esto es, hay duda de ella, debe cumplirse estrictamente el procedimiento que determina la ley so pena de ser punible su conducta.

III.—Culpabilidad

La culpabilidad es el tercer elemento del delito y hace relación al aspecto subjetivo del mismo, por ello se concreta en el dolo la preterintención o la culpa porque esas son las modalidades de la culpabilidad en nuestro ordenamiento penal. Un comportamiento humano desarrollado consciente y voluntariamente es doloso necesariamente.

En el caso presente resulta obviamente innecesario analizar este elemento del delito, pues ya se demostró que la conducta típica de la juez denunciada no es delictual por carencia de antijuridicidad.

No obstante la contundencia de los argumentos expuestos en el acápite anterior y la conclusión que se acaba de sentar, estima la Sala, por si alguna duda quedase sobre la legitimidad de la conducta de la

funcionaria denunciada, que por inculpabilidad el comportamiento de la procesada también sería legítimo, pues sin necesidad de mayor esfuerzo el proceso indica que actuó con ausencia de dolo, esto es, sin voluntad ni conciencia de violar la ley sino simplemente con clara orientación de defensa de la recta administración de justicia aun cuando su determinación fue formalmente equivocada, esa equivocación fue fruto de la buena fe determinada por el fin noble que buscaba.

Sin necesidad de mayores consideraciones, encuentra la Sala que se reúnen a cabalidad los presupuestos que trae el art. 491 del C. de P. P. en su inciso final, para sustentar en ellos un sobreseimiento definitivo en favor de la juez denunciada en este proceso por los hechos en razón a los cuales rindió indagatoria.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Penal, de acuerdo en parte con la Fiscalía,

RESUELVE:

Sobreser definitivamente a la doctora *Concepción Sandoval González* por los hechos cometidos por ella en ejercicio del cargo de Juez 1° Penal Municipal de Fusagasugá y por los cuales rindió indagatoria en este proceso.

En firme esta determinación, archive se el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Didimo Páez Velandia

Jaime Pardo Leal

Servio Tulio Pinzón Durán

Luis Jiménez Ramírez

secretario.

Tribunal Superior de Medellín

EL DELITO CONTINUADO FRENTE AL NUEVO CÓDIGO PENAL

Ponente: Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

La desaparición de la figura legal del delito continuado en el nuevo Código Penal como agravante de la penalidad, no hace desaparecer la problemática del mismo. Sin duda ya no varía la punibilidad, pero siempre habrá que distinguir los casos de delito unitario de los casos de verdadera multidelinuencia. Si el delito continuado no se entiende como ficción sino como realidad, no configura un concurso de hechos punibles sino un delito unitario cuyas varias fases o etapas no son más que episodios de desenvolvimiento de una misma progresión criminal. La unidad delictual es factible cuando se trata de injustos cuantificables, en los que las acciones posteriores no constituyen un nuevo daño típico sino que solo agravan el daño típico hasta el momento producido. Se obtienen así notables ventajas procesales, es verdad, pero también se patentiza que la figura no siempre favorece al procesado, pues esto no sucede concretamente en los llamados fraudes colectivos y, en general, en los delitos cuya penalidad depende de la cuantía.

Providencia de noviembre 25 de 1981.

VISTOS:

Por resolución tomada el trece de agosto del año en curso, el Juzgado Décimo Quinto Penal del Circuito de la ciudad, condenó al señor *José León Gutiérrez Gutiérrez*, de la filiación apuntada en los autos, por el cargo que se le dedujo legalmente en el auto de proceder (hurto continuado), a la pena principal de *dieciocho meses y veinte días de prisión*, más las accesorias pertinentes. Previa caución prendaria por valor de mil pesos y por un periodo de prueba de dos años suspendió en favor del convicto la ejecución del fallo. En el grado jurisdiccional de la consulta revisa el Tribunal la prementada sentencia.

Correspondióle emitir concepto en esta instancia al señor fiscal octavo de la corporación, quien luego de hacer un re-

cuento de la forma como ocurrieron los hechos e igualmente un crítico análisis de la prueba de responsabilidad que sirvió de fundamento al *a quo* para dictar el fallo condenatorio objeto de revisión, deprecia su revocatoria, porque en su sentir no está en forma clara y precisa discernida la culpabilidad del rematado y debe ser absuelto por falta de prueba plena y completa del cargo que se le dedujo en el procesatorio.

HECHOS:

A través del proceso los ha sostenido del siguiente modo el juzgado de instancia y, por estar de acuerdo con las probanzas procesales, la Sala los prohija:

"En el mes de setiembre de 1979 y con motivo de la promoción de uno de los

empleados que pasaba de mensajero a vendedor, se verificó en la sucursal que en esta ciudad (carrera Bolívar núm. 36-22) tiene la firma "Importadora General de Rodamientos Ltda." un arqueo de las mercancías, comprobándose un faltante de aproximadamente ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000.00) que el vendedor *José León Gutiérrez* confesó era el resultado de reiteradas e ilícitas sustracciones por él realizadas en el transcurso de varios meses. Y como su vinculación a la empresa databa de dos años atrás, *José León Gutiérrez* abonó en pago de sus desfueiros el total de sus prestaciones sociales que sin embargo no cubrieron el total de la depredación" (fls. 133-34).

SE CONSIDERA:

Que la firma comercial denominada "*Importadora General de Rodamientos Ltda.*", gerenciada por el denunciante señor *Marco Guillermo Navarrete Obando*, fue víctima de un delito contra la propiedad (hurto) en su modalidad de continuado, es un hecho que en modo alguno puede ponerse en tela de juicio, pues los documentos aportados al expediente, sin lugar a equívocos permiten inferir que realizado el arqueo respectivo en los kárDEX que manejaba el procesado *José León Gutiérrez*, se encontró un faltante de \$ 146.049.75. Por tanto, es gratuita la afirmación brindada por el señor fiscal colaborador cuando explica que en este plenario no se ha demostrado la materialidad de la infracción. Para el efecto obsérvese el dictamen rendido por los peritos a fls. 28 a 29 vto., con base en los artículos que se habían dejado de anotar en el correspondiente tarjetero y que aparecen reseñados a fls. 26 y 27.

Respecto a la responsabilidad asumida por el justiciable en el evento delictuoso, se cuenta con las declaraciones precisas, responsivas y coherentes de *Marco Guillermo Navarrete Obando* (fls. 1, 6 y ss.); *Gabriel Angel Mesa Londoño* (fls. 8 vto. y ss.); *John Jairo Vera Montoya* (fls. 11

y 12); *Luz Helena Gallego de Restrepo* (fl. 157); *Rodolfo de J. Ríos Hernández* (fls. 18 vto. y ss.); *Nelson Hilario Londoño Franco* (fl. 20 vto.) y otros que no es necesario mencionar aquí. Estas personas son enfáticas en declarar que aunque no son testigos *de visu* del latrocinio cometido por su compañero de trabajo *José León Gutiérrez*, este sí tuvo la oportunidad propicia para cometerlo, pues era la única persona que manejaba la caja. Sobre la forma como podía apropiarse el acusado de los artículos descritos a fls. 26 y 27, uno de los testigos afirma: "...yo considero que él sacaba mercancía y no hacía (sic) podía ser que entregaba mercancía a alguien, simulando que entregaba mercancía facturada legal, y sobre esta mercancía no hacía ningún tipo de factura..." (fls. 10 fte.). Más claro: entregaba mercancía a él encomendada y para el efecto no hacía la factura respectiva como era de rigor.

No puede desecharse de un tajo la versión dada por el señor *Marco Guillermo Navarrete Obando*, gerente de la firma comercial afectada, porque cuando se enteró del faltante, llamó precisamente a *José León* a pedirle explicaciones sobre el particular: "...me confesó verbalmente que él había sido quien había dispuesto de esa mercancía, en vista de lo cual se le aceptó la renuncia del cargo que venía desempeñando y lo invité a que arreglara con la empresa en forma amigable, sin haber conseguido nada, inclusive ni he podido hablar personalmente con él desde que se retiró, él pagó una parte con sus prestaciones sociales...". Es un hecho evidente que *José León Gutiérrez* desapareció de la ciudad, ya que las autoridades policivas nunca pudieron localizarlo para cumplir la orden de captura que en su contra había expedido la funcionaria de instrucción criminal. Si ninguna responsabilidad tenía en el hecho que se le imputa, ¿cuál la razón para que no compareciera ante la autoridad competente y haber desaparecido de la noche a la mañana del lugar que habitaba con sus padres?

No puede dudarse de la autenticidad del documento que aparece a fl. 14, según el cual, el señor José León Gutiérrez autoriza a la firma donde prestaba sus servicios como empleado para que se le retiraran sus prestaciones sociales con el fin de amortiguar el faltante que se había descubierto con base en el inventario que se realizaba por la época de su desvinculación. Una persona que se presume inocente no va a permitir que si no existe nada anómalo en la labor que desempeñaba, se le vaya a retener un derecho adquirido y mucho menos manifestar: "Declaro que los faltantes que aparezcan (sic) en el inventario, son de mi cuenta, y están relacionados en hojas adjuntas" (fl. 14, *in fine*). No hay necesidad de ser un experto en grafología para concluir que la firma que posó en dicho documento el inculpatado e igualmente las que aparecen a fls. 80, 82, 84 vto. y 85, guardan mucha similitud y por tanto se presume que lo dicho en tal folio es cierto. Además, tampoco puede afirmarse, sin lugar a equívocos, que la confesión extrajudicial hecha por el implicado al señor gerente de la empresa no sea cierta, ya que encuentra apoyo legal en estos documentos y en la prueba testimonial aportada al informativo.

Los señores Rodolfo de Jesús Ríos Hernández y Jaime Alberto Díaz Suárez (fls. 18 vto. y ss. y 22 y ss.), quienes fueron los encargados de elaborar el inventario, manifiestan al unísono que cuando el encartado observó que el faltante iba siendo superior, les manifestó que él se hacía responsable de ello, que suspendieran tal labor. Pero estos se negaron expresándole que estaban cumpliendo órdenes de la gerencia. Ante esta circunstancia, el inculpatado le manifestó al último de los indicados "que iba a hacer un préstamo, que una propiedad que tenía el papá, que para organizar esta situación" (fls. 23 fte.).

Por manera que sí se encuentran colmados los requisitos que para condenar exige el art. 215 del C. de P. P. Por tanto el fallo expedido por el juzgado del conocimiento deberá ser confirmado, pues se

ajusta a la realidad probatoria y al derecho, y porque está demostrado el cuerpo del delito y en forma precisa la responsabilidad asumida por el justiciable en el hecho que se le imputa.

El hecho delictuoso se cometió en vigencia del Código de 1936. La hipótesis delictiva ciertamente es la de "hurto continuado", que reprimía y sancionaba el art. 397 de dicho estatuto represor. Dicha figura agravada por los arts. 398, ord. 1º y 399 *ibidem*. Asimismo en las circunstancias del art. 32 de la obra mencionada, por haber sido continuado el hecho ilícito. Atendiendo estas disposiciones legales el señor juez de instancia impuso la pena de dieciocho meses y veinte días de prisión como pena básica.

En la tasación de la pena se observa un notable error de parte del *a quo*. Dice este, en efecto, que la derogada disposición del art. 32 del viejo C. P. sobre delito continuado, que aplicó, es más favorable al procesado. Esto no es así, sin embargo, al menos en la generalidad de los casos, o sea con respecto a los reos que merezcan una sanción mínima o próxima al mínimo legal. En efecto, el art. 32 disponía para la continuidad un aumento mínimo forzoso de una sexta parte. Esta norma desfavorecía a los procesados de reducida peligrosidad aun frente al concurso real del art. 33 del mismo ordenamiento. Y es sin duda alguna desfavorable frente a las nuevas regulaciones, ya se adopte en el nuevo Código, frente a la continuidad delictiva, la tesis del delito unitario o la del concurso, pues aun con el art. 26 del nuevo C. P. el aumento de punibilidad puede ser inferior a la sexta parte de la sanción prevista para el hecho principal.

Se ha sugerido hasta el momento que los hechos antes previstos como delito continuado caen en el nuevo Código dentro de la normación del concurso de hechos punibles (concurso real, homogéneo y sucesivo), puesto que el nuevo estatuto no incluyó disposición alguna sobre la continuidad. Es dudoso que esta sea la solución correcta. En países como Ale-

mania, España y Argentina, cuyos códigos penales tampoco institucionalizan la figura del delito continuado, esta ha tenido que ser admitida por vía jurisprudencial y doctrinal, pues sin ella es difícil dar solución justa a múltiples problemas prácticos de la justicia penal. La necesidad proviene sobre todo de los fraudes colectivos, cuya punibilidad dependa de la cuantía, pues si se toman como concurso resulta que los hechos deben ser probados uno a uno en todos sus aspectos jurídicos y espaciotemporales, siendo al final la pena más benigna que para el fraude individual porque en el concurso, al contrario de lo que sucede en el delito continuado, las cuantías no se suman. Esto resulta sin duda inequitativo. Pero la tesis del concurso favorece también injustamente al autor de más graves y amplios atentados en el orden procesal, pues en las defraudaciones colectivas y continuadas es regularmente muy difícil acreditar todas y cada una de las partidas o cuotas en su estricta individualidad, debiendo absolverse por los hechos que no resulten en tal forma probados, con detrimento no solo de los intereses sociales de la justicia y la prevención general, sino también de los de la víctima.

Debe primero despejarse la inquietud de que el delito continuado es una institución para favorecer al procesado. Esta fue sin duda la razón de su nacimiento histórico: evitar la pena de muerte por el tercer hurto y, en otras ocasiones, la acumulación aritmética de penas. Pero sucede que en nuestro derecho nunca cumplió tales funciones: primero, porque tal pena jamás existió, y, segundo, porque en los códigos penales de 1936 y de 1980 no existió, ni existe, el sistema de la acumulación material de penas para el concurso de hechos punibles. Bajo el régimen anterior, la continuidad era generalmente una agravante, no una atenuante, favoreciendo tan solo a los delincuentes de máxima peligrosidad que merecieran una pena máxima o muy cercana al máximo legal. En conjunto, pues, la práctica indica que el delito continuado unas veces favorecía y otras desfavorecía al inculpatado. "La *pietatis causa* — escribe FERNÁNDEZ ALBOR

en cita e interpretación de la jurisprudencia española — pasa así a un segundo plano, ya que el fundamento de la institución del delito continuado debe encontrarse, a partir de ahora, en las necesidades de la vida y de la justicia que no puede admitir que un propósito doloso largamente desarrollado y fructíferamente aprovechado pueda sancionarse como infracción penal leve" (*Estudios sobre criminalidad económica*, pág. 50).

En segundo lugar, para una adecuada interpretación del nuevo Código Penal en este aspecto de la unidad o pluralidad de delitos, es necesario conjurar la muy manida tesis de que el delito continuado es un concurso real de delitos que la ley, por ficción, trata como unidad, con lo que, por ejemplo, la norma del art. 32 del Código anterior debiera haber sido tratada como "dispositivo unificador de tipos", cosa que a nadie se le ocurrió porque resulta extraña a la tradición y al sentido común del derecho. El delito continuado, exista o no sobre él una norma expresa y, por tanto, dé o no lugar por sí mismo a una modificación de la punibilidad, es una realidad existencial, no una ficción de la ley de espaldas a la misma. Se trata, simplemente, de un solo delito ejecutado por parcialidades, cuotas, etapas o fracciones, bajo un designio común o continuado, en aprovechamiento básicamente de una misma oportunidad que se reitera o prolonga. Si es una sola la acción y una sola la culpabilidad psicológica, no tiene por qué ser múltiple el injusto típico. Cada uno de los hechos parciales es solo una parte del hecho y como tal no crea un injusto nuevo y distinto sino que solo agrava el injusto de los hechos parciales precedentes. A nadie se le ocurriría que una tentativa de homicidio, perpetrada mediante treinta cuchilladas, sea un concurso homogéneo de tentativas de homicidio, pese a que cada cuchillada se infiere con intención de matar y puede separarse de las otras en el tiempo, en el espacio y aun en insulares consecuencias. Este caso no es sustancialmente distinto del ladrón que se apropia de varias cosas, una tras otra, o del que estafa simultánea o sucesivamente a múltiples personas en desarrollo de la misma acción y del mismo programa criminoso.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

<i>Constitución Nacional</i>		<i>Constitución Nacional</i>	
Art.	Pág.	Art.	Pág.
2	243, 244, 248, 464, 471	122	226, 245, 249
16	510	134	249
19	551	143	891
20	465, 471	145	891
22	227	151	245
23	227	172	443-447, 449, 452, 461-464
25	227	210	452
26	14, 27, 86, 98, 223-228, 231, 245, 277	212	249
	278, 336, 496, 497, 511, 516, 613, 735	214	238, 447-452, 461
28	14, 27, 86, 496, 497, 504, 505, 511	215	442, 471, 497, 1000
29	227	216	236
30	185, 227, 1000, 1002	218	443, 448, 450, 459, 461, 464-467, 471
31	227		
34	227	<i>Actos legislativos</i>	
36	227		
37	227	N° Año	Pág.
39	227, 386	9 1905	466
41	227	3 1910	447, 466
44	227	1 1936	551
45	385, 449, 655	1 1945	466
49	227	1 1960	225, 251
52	505	1 1968	225, 448, 461, 467, 470, 514
53	227	1 1977	443
55	227, 243, 248, 251, 443, 444	1 1979	234, 335, 442-472
57	248		
69	466	<i>Código Civil</i>	
72	443, 452	Art.	Pág.
75	443-447, 449-451	9	514
76	232, 235, 245, 249, 443, 446, 450, 468	27	637
78	226, 238, 244, 245, 250	56	143
79	249, 466	71	224, 226
80	249, 468	696	386
81	443, 450, 452, 453, 466-471	762	602
82	447	768	600
83	443, 447	947	597, 601-605
85	249	1494	507
86	249	2341	507, 1002
89	514	2345	533
103	249	2346	1002
105	228	2347	1002
118	249	2349	1002
119	1012		
120	223, 226, 238, 239, 243, 244, 448, 514		
121	223-229, 232, 236, 238-244, 249-253, 335		

Código Civil

Art.	Pág.
2523	646
2530	646
2539	646
2541	646

Código de Procedimiento Civil

5	131
37	1007
39	1007
68	597
135	886
142	725, 726
187	317
241	317
290	301
293	301

Código Penal de 1936

3	510
4	358
11	26, 358, 425, 426, 508
12	349, 425, 426, 433, 508, 509, 516, 521, 525
18	16, 328
20	49
21	49
22	49
23	137, 138, 142, 143, 203, 530, 731
25	234, 333, 382, 733
27	730
28	197, 214
29	116-121, 359, 420, 425-427, 508, 521
	525, 718-720
32	90, 104, 1016, 1017
33	104, 349, 719, 720, 1016
36	509, 735
37	116, 118, 121
38	118, 532
40	509
58	90
61	420, 719
62	420, 554, 721
63	420, 720-722
64	424, 429, 719-721
67	721
80	735
85	735, 736
88	385
89	735
108	642, 658
110	649

Código Penal de 1936

Art.	Pág.
111	642
112	655
115	643
159	182
168	343
179	385
184	436
203	436
204	82
258	54
263	54
283	189
284	189
318	54, 434, 435, 438
326	101, 104
350	102, 104
351	135
362	117, 121, 122, 731
363	116-122
364	196, 214
365	434, 435, 437
368	209
370	349
376	434
380	349
382	105, 613
396	54, 434, 438
397	189, 323, 326, 1016
398	1016
399	1016
402	229, 324
404	62, 229, 324
405	181
406	223
408	189
426	332
429	535, 537
430	183
431	183
432	358

Código Penal de 1980

1	35, 36, 86, 275, 279, 504, 613, 810, 811
	960
2	9, 19, 27, 29, 36, 37, 47, 49, 50, 53, 59
	505, 506, 806, 808
3	36, 506, 960
4	36, 49, 50, 507, 806, 811, 815-822, 833
	961
5	20, 21, 23, 29, 36, 53, 54, 508, 509, 960
6	86, 93, 95, 104, 107, 222, 224, 509, 510
	537, 735
7	511, 512

Código Penal de 1980

Art.	Pág.
8	512
9	101, 513
10	513, 514
11	514-516
12	104, 536, 613, 659, 723, 734, 736, 831
	969
13	812
17	886, 888
18	649
19	14, 16, 36, 39, 47, 210, 960
20	92, 93
21	36, 40-42, 46, 210, 436
22	44, 45, 819
23	44, 47
24	44, 47, 49, 105, 499
26	104, 499, 515, 516, 1016
28	499
29	234, 806, 808, 830, 832, 833, 961, 1007-
	1009, 1012
31	23, 34, 212, 214, 217, 218, 220, 280, 531
	606, 610-612, 722, 831, 832, 961
32	93, 219, 532
33	24, 33, 203, 212, 219, 516, 533, 606, 612
	613, 723, 961
35	23, 47, 54, 433, 508, 509, 531, 806, 960
	961
36	23, 55, 58, 485, 531
37	23, 55, 531
38	23, 58, 433-437, 531
39	29, 55, 433
40	29, 30, 58, 201, 214, 491, 960, 961
41	23, 543, 613, 961
42	90, 543, 643
45	88-90
46	512
47	641, 651, 652
48	511, 641, 651
49	641
52	90, 653
53	653
54	644, 645
56	219, 651
58	653
59	653, 1001
60	197, 201, 214, 222, 339, 485, 533
61	56, 57, 485-489, 492-499, 512, 513, 962
	970
62	485, 499-501
63	485, 500
64	118, 492, 501, 509, 533, 535
65	118, 492, 501, 512, 647
66	345, 492, 493, 501, 509, 535, 962
67	492

Código Penal de 1980

Art.	Pág.
68	497, 535, 640, 645, 650, 656, 659
70	651
71	640
72	105, 222, 345, 346, 497, 498, 535, 645,
	650, 656, 734, 736
74	651
76	727
84	647
86	654, 655
87	642-646, 659
88	640-642
89	647-649, 652
90	652, 653, 659
93	220, 532, 961
94	31, 220, 550, 553, 561, 613, 657
95	220, 533, 612, 658, 723
96	218, 220, 360, 361, 532, 613, 658, 723
97	220, 613
99	497
100	433, 435
102	220, 532
103	51, 817, 1002
104	51, 817
105	1002
109	656
110	191, 538, 543, 545, 1000-1003
111	45
113	501
114	45
117	488
118	488
119	489
135	182
137	433
149	653, 1006
150	511, 653, 655
151	653
164	436, 501
170	516
178	436
180	433
182	183, 634
183	636
184	637, 1002
185	638
199	433
208	347
229	184, 189, 974
230	184, 189, 974
231	189, 974
232	184
235	182, 183
236	185

Código Penal de 1980

Código de Procedimiento Penal de 1971

Art.	Pág.	Art.	Pág.
237	185	6	510, 511
239	185	7	654
249	438	8	131, 726
269	102	34	120, 123, 125, 127
270	501	78	725, 726
273	653	101	655
274	654	108	656
275	654	113	131, 132
279	287	114	128, 132
294	918, 919	115	101, 513
295	918	120	655
296	918, 919	148	655
297	918, 919, 925	163	128, 129, 131, 591, 592, 654, 727-729
298	218, 613	195	654
300	220	199	728
304	220	210	128, 129, 132
306	613	215	1016
313	653	234	132
314	653	278	318
320	337	310	507
323	40, 197, 198	334	128
324	119, 197, 198, 208, 212, 214, 221, 339, 340	349	544, 597, 599, 600, 604, 1001
325	434-437	350	544, 597, 599-1001
326	197, 201, 209, 214	411	120
327	209	439	137, 143, 613
329	433	453	346, 644
330	221, 339, 533, 651	467	656
331	437, 651	481	612, 613
332	653	491	1013
333	653	494	591, 593, 596
334	653	495	591, 593
335	221	498	117, 119, 123
337	437	534	119, 123
338	434, 437	535	118, 119, 123, 124
340	433	578	721
346	215	580	116
348	215, 434	581	729
349	189, 334, 819	672	654
350	181, 613	673	641, 650, 651
351	181, 221, 613	727	544, 599, 1001
352	181, 319, 334	728	544
353	181	734	887
355	181, 222, 224, 230, 231, 246,	755	885
356	189		
357	181		
358	189		
360	220		
372	183		
374	535-537		
375	100, 220, 486, 643		
376	19, 102, 230, 246		
377	89, 105, 222, 231		
378	102		

Código de Procedimiento Penal de 1981
(no entró a regir)

6	337
11	340, 341
12	341
94	341

Código de Procedimiento Penal de 1981

Leyes

Art.	Pág.	Nº Año	Pág.
96	341	279, 472, 510, 511, 515, 516, 735	
102	341		891
125	283	147 1888	314
126	280	19 1890	417
159	341	89 1890	357
160	340	72 1892	357, 358
172	341	169 1896	224
182	339	2 1904	447
186	339	4 1913	84, 143, 514, 640
273	337	109 1922	417
285	338	81 1923	418
306	337	105 1931	315
308	336	95 1936	419
312	338	94 1938	507
320	337	164 1938	349, 1001
321	336, 337	4 1943	323, 324, 326
322	337	7 1945	452, 453, 469
325	338	70 1945	469
326	339	2 1958	225, 230, 234, 243
328	338	92 1958	225, 230, 234, 243
329	339	79 1960	225, 234, 243
330	300, 339	141 1961	225, 230, 234, 243
333	280, 338	48 1968	230
336	338	74 1968	227, 296, 297
337	338	4 1969	472
338	338	16 1969	90
344	339	32 1971	103, 222, 346, 734, 735
356	280	15 1972	1012
380	282	16 1972	227, 297
383	340	21 1973	189, 225, 229, 234, 235, 237, 243
389	338	25 1974	447, 890, 891
390	338	17 1975	345, 593, 728
		23 1977	444
		5 1979	224, 235, 242
		6 1979	296, 335, 336, 339
		8 1979	237
		9 1979	190
		20 1979	457
		22 1980	226, 235, 236, 593, 591-596
		37 1981	235

Proyectos y Códigos Penales

Año	Pág.
Código Penal de 1873	322, 382, 417, 422, 435
.....	489
Código Penal de 1890	322, 382, 422, 435, 504
Proyecto de 1974	31, 40, 92, 97-99, 182
.....	185, 208, 216, 435, 438
.....	486, 499, 526, 529, 530
.....	643, 656, 657, 723
Proyecto de 1976	28, 31, 92, 98, 435, 438
.....	723
Proyecto de 1978	182, 216, 486, 499, 529
.....	531, 643, 656, 657, 723
Proyecto de 1979	31, 182, 486, 487, 491
.....	499, 643, 656, 657

Decretos

1405 1934	659
1793 1940	500
2350 1944	500
3520 1949	251
2663 1950	338
3347 1950	117, 119, 123, 125
14 1955	14
250 1958	103, 234
2525 1963	82, 104
1699 1964	14
1817 1964	641, 650, 659
1818 1964	19
46 1945	184

Leyes

Nº Año	Pág.
57 1887	505, 514, 516
153 1887	88, 89, 107, 131, 224, 226, 230

Nº Año	Pág.	Nº Año	Pág.
432 1969	442, 443, 457, 472	613 1977	889, 890
250 1970	95, 1006-1008	765 1977	341
1118 1970	90, 189, 324	2119 1977	222, 346, 734, 735
1135 1970	104, 182	70 1978	234, 236
1265 1970	472	1660 1978	1005-1008, 1012
1355 1970	226	1923 1978	60-62, 66, 79, 82, 222-227, 230
1400 1970	316		231, 236, 242, 245-248, 252, 253, 516
196 1971	341	2131 1978	236
409 1971	507	19 1979	236
410 1971	600-606	1835 1979	889-892
522 1971	90, 184, 189, 210, 542	2277 1979	237
1988 1971	225, 229	2366 1979	237
2347 1971	889	141 1980	183, 216, 224, 242, 247
1188 1974	136, 542, 725	172 1980	216, 224, 242, 247
2132 1976	237	2642 1980	210
609 1977	889, 890	181 1981	335
610 1977	889, 890	3135 1981	471, 472

ÍNDICE DE MATERIAS*

—A—

- Abandono: 434.
Aberratio ictus: 580.
Abhörgezet: 630.
 Abogado latinoamericano: 755-757.
 Abolición de la pena de muerte: 909.
 Abolicionismo: 969.
 Aborto: 434.
 Abuso de confianza: 387, 391.
Abwesende: 631.
 Acaparamiento: 184, 951.
 Acción: 39;
 (capacidad de): 17, 18;
 (carácter final de la): 860-862;
 como voluntad idónea: 16, 17;
 (concepto de)
 causal: 862;
 finalista: 15, 795;
 social: 795;
 (delito de): 39;
 (elementos de la): 16;
 indemnizatoria: 51;
 penal
 (extinción de la): 727;
 (improcedibilidad de la): 727;
 (prescripción de la): 639, 728;
 punible (concepto de): 588;
 restitutoria de bienes: 597-605;
 sumaria: 604.
 Acciones libres en su causa: 93.
Actio liberae in causa: 520, 529, 530, 532.
 Acto(s)
 de culto: 917;
 de rivalidad: 388;
 ejecutivos punibles: 79, 80;
 emulativos: 388, 389;
 idóneos: 46;
 preparatorios impunes: 79;
 realizados en plena inconciencia: 796;
 reflejos: 796;
 (unimovidad de los): 46, 47.
 Acumulación aritmética de penas: 1017.
 Acusación
 (escrito de): 622;
 privada: 626.
 Acusado (circunstancias personales del): 623.
 Adecuación típica: 43.
Adhäsionsverfahren: 626.
- Agravación punitiva: 57, 485, 488, 509;
 por mayor alarma: 488.
 Alcoholismo: 112, 113.
 Alteración de marcas de ganado: 181.
Analogia in bonam e in malam parte: 512.
Anklageschrift: 622.
 Anormalidad síquica: 31.
 Ansiedad: 205.
 Antijuricidad: 12, 36, 47, 49-53, 59, 93, 507,
 508, 806;
 (aspecto negativo de la): 833;
 civil: 876;
 como ausencia de causas de justificación: 866;
 como contradicción valorativa: 808;
 como elemento del delito: 807, 808, 865, 866;
 como injustificabilidad: 832, 833;
 como juicio de valor del acto: 816;
 como valoración: 822-826;
 (concepto de): 50-53;
 (conciencia de la): 524, 580, 585, 796, 986;
 (contenido de la): 826, 827;
 e imputabilidad: 830-832;
 (esencia de la): 828;
 formal: 28, 796, 961;
 integral: 870;
 (juicio de): 849;
 material: 28, 796, 961, 967;
 objetiva: 869-871;
 propiamente dicha: 851;
 (significado de término): 867;
 (teoría subjetiva de la): 400;
 y culpabilidad (relación entre): 868, 869;
 y tipicidad: 829, 830.
 Antropofagia: 921.
Anzeige: 618.
 Arresto (presupuestos del): 620.
 Asesinato: 270.
 Asistencia en libertad del penado: 677-700,
 682-688.
 Asociación para delinquir: 60, 61.
 Asociaciones delictivas: 68.
 Asonada: 488.
Assassin: 674.
 Atenuación punitiva: 57, 485, 488, 509.
 Atraco: 181.
 Atribuibilidad: 18, 23, 34.
 Auto
 de cesación de procedimiento: 654, 655;
 de detención (revocación del): 593.

* Números 9 a 16.

Autor
(concepto de): 587;
determinante: 47, 48;
intelectual: 47, 48;
(juicio de valor sobre el): 11;
material: 47;
mediato: 571, 588;
realizante: 47, 48.
Autoría: 587.
Ayuda en el delito: 499.

-B-

Bandas
(concepto de): 67-69;
(estabilidad de las): 69.
Beratung: 624.
Berufung: 624.
Beschlagmahme: 620.
Beschwerde: 624.
Beweismittel: 620.
Bhang: 671.
Bien jurídico: 266, 326, 327, 490, 507;
como contenido material del injusto: 933.
Bigamia: 94.
Blasfemia: 917.
Buena fe
(concepto legal de): 600;
en derecho romano: 601.

-C-

Capacidad penal: 34, 55, 495.
Cárcel
(efectos marginantes de la): 743-746;
(surgimiento de la): 413.
Carta del Tribunal Internacional de Nüremberg: 271.
Caso fortuito: 27, 526, 527, 962.
Cautión: 339.
Causación síquica: 17.
Causalidad (principio de): 8.
Causas
de inculpabilidad: 12, 28, 957, 963, 1009;
de justificación: 12, 28, 37, 50, 126, 403, 798, 1007;
como elementos negativos del tipo: 955;
(ejercicio de un derecho como): 382-384.
Cesación de procedimiento: 593.
Circunstancias
agravantes: 57, 485, 488;
atenuantes: 57, 485, 488;
(concepto de): 123;
(concepto penal de): 118;
exculpantes: 620;
inculpatorias: 620;
objetivas del delito: 125;
subjetivas del delito: 125.
Cláusula

de prioridad: 161;
de reciprocidad: 174.
Coacción: 526, 527;
insuperable: 491.
Coautor: 47, 588.
Código
Concha: 417;
Penal
colombiano de 1837: 416;
de la Nueva Granada: 417;
del Estado de Cundinamarca: 417;
de los Estados Unidos de Colombia: 417;
español: 266, 267, 270;
(favorabilidad del): 222-254;
sueco: 148;
tipo: 174.

Colonia agrícola especial: 420, 421, 424.
Comisión de Derechos Humanos: 273.
Comiso: 538-547, 631;
(concepto de): 540-543;
(cosas objeto de): 1001;
en delitos culposos: 543;
(etimología de): 541;
(naturaleza del): 543-545;
(oportunidad para decretar el): 1001.
Community service: 164, 165.
Compensación de culpas: 348-356.
Competencia: 279.
Cómplice
ayudante: 47, 49;
(concepto de): 587;
contribuyente: 47, 48.
Complicidad
(criterios dosimétricos en la): 499;
necesaria: 48;
no necesaria: 48.
Comportamiento que no es acción humana: 796.
Concepto
de acción: 15, 795, 862;
de bandas: 67-69;
de circunstancia: 118, 123;
de culpabilidad: 7, 55, 56;
de delito: 58, 59;
de dogmática: 63;
de equidad: 78;
de herida mortal: 199;
de imputabilidad: 22, 35, 55;
de piedad: 206;
de promulgación: 84;
de resultado: 40;
de tipo: 27.
Concurso
aparente de normas: 385;
(criterios dosimétricos en el): 499;
de delitos: 485;
de hechos punibles: 1016;
de personas: 62, 72.
Concusión: 182.
Condena de ejecución condicional: 343-347,
641, 651, 652, 659;
en Inglaterra: 164.

Conducta
antisocial: 14;
(concepto unitario de): 983;
culposa (el fin en la): 987;
en el causalismo: 983;
en el finalismo: 983;
punible (características de la): 36;
típica: 38-49.
Confesión: 488.
Confiscación: 546, 631.
Confusión mental exógena: 702.
Congreso Latinoamericano de Medicina Legal:
109.
Congruencia típica: 985.
Conminación: 338.
Consejo Sueco de Prevención del Crimen: 148.
Constitución
de Colombia: 274, 277, 278, 289;
de Chile: 268.
Contravención: 35, 45.
Contribución en el delito: 499.
Convención
Americana sobre Derechos Humanos: 275,
286, 297;
Europea de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: 266,
629;
para la Prevención y Sanción del Genocidio:
271.
Corrupción de menores: 88.
Cosa juzgada: 513, 625, 640.
Cotejo de letras: 301-318;
(reseña histórica del): 301-307.
Crímenes de guerra: 272.
Criminal
alienado: 424, 428;
(concepto de): 740;
de ocasión: 424;
habitual: 424;
nato: 424, 428;
pasional: 424;
véase también: *delincuente*.
Criminalidad: 740;
aparente: 175;
(cambios en las condiciones de la): 150-152;
(causas de la): 146, 767, 768;
conocida: 175;
(definición de): 768-777;
del proletariado: 972;
denunciada: 175;
de subsistencia: 972;
económica: 154, 175, 741, 786;
en Colombia (clasificación de la): 972;
juvenil: 972;
(nuevas formas de): 154;
oculta: 175;

por computadores: 952;
véase también: *Delincuencia*.
Criminalística: 308.
Criminología
causal-explicativa: 405;
crítica: 407;
de las ciencias del espíritu: 405;
radical: 153, 154;
siquiátrica: 411.
Cuadrillas: 69, 70.
Cuerpo del delito: 507.
Culpa: 23, 36, 37, 54, 58, 59, 954;
de autor: 57, 495;
de la víctima: 348-356;
grave: 602;
sin previsión: 433, 530.
Culpabilidad: 30, 34, 36, 47, 50, 53-59, 93, 123,
425, 508, 509, 828;
(acepciones de): 22;
(capacidad de): 22;
(causas excluyentes de la): 526;
como capacidad de autodeterminación: 22, 23;
como elemento síquico del delito: 876-879;
como juicio
de reproche: 796, 956, 963;
sobre la conducta: 524;
como medida de la pena: 962;
como referibilidad síquica: 836;
como reprochabilidad: 860;
(concepciones sobre la)
material: 400;
normativa: 568, 799, 849, 877, 987;
sicológica: 23, 987;
unitaria (Welzel): 875, 876;
(concepto de): 7, 55, 56;
del inimputable: 24;
(desicologización de la): 956;
(exclusión de la): 214;
formal: 967;
(formas de la): 23, 508;
(función de la): 960;
(fundamento de la): 12;
(grados de la): 19, 25, 57, 485, 487, 491, 987;
(imputabilidad como elemento de la): 523;
(imputabilidad como presupuesto de la): 522,
524;
(incapacidad de): 521;
incompleta: 19;
(indicio de): 12, 13;
(juicio de): 217, 849, 877;
material: 967;
(modalidades de la): 1012;
normativa: 23;
(normativización de la): 954;
o imputabilidad moral: 519;
plena: 19;
(presupuestos de la): 8, 55, 56;

subjetiva: 568;
(teoría de la): 796, 798, 802;
y antijuridicidad: 879, 880.
Cumplimiento de un deber: 395.

—CH—

Chantaje: 181.
Charas: 671.
Cheque en descubierto: 941.

—D—

Daño
a cosas destinadas al culto: 918;
inmediato: 50, 51;
mediato: 50, 51.
Debido proceso: 274-280.
Declaración
de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789: 277;
Universal de los Derechos del Hombre, 1948: 265, 268, 269, 275, 286, 290, 336, 341.
Defensa
formal: 341;
putativa: 581, 730-733;
social: 740.
Defensor (exclusión del): 632.
Delincuencia
de cuello blanco: 175, 187, 974;
estatal: 976;
(explicación causal de la): 396;
juvenil: 146, 148, 152, 972;
política: 975;
profesional: 973, 974;
sexual: 159;
véase también: *Criminalidad*.
Delincuente
anormal en el Código de 1936: 420;
(buena conducta del): 488;
(edad del): 488;
(ilustración y dignidad del): 488;
(libertad vigilada del): 148;
(mayor número del): 488;
(personalidad del): 402;
(tratamiento del): 148, 158, 159.
Delirium tremens: 708.
Delito
aberrante: 14, 103;
(circunstancias del): 125;
como acción del hombre anormal: 518;
como acción moralmente imputable: 518;
como acontecimiento: 33, 34;
como fenómeno natural y social: 401, 419;
como hecho social: 396;
como instituto jurídico: 33, 34;
como unidad objetiva-subjetiva: 11;
(concepción abstracta del): 841, 843;
(concepto del): 58, 59;
(concurso de personas en el): 62;
(contenido del objeto jurídico del): 817;
continuado: 93, 1014, 1017;
como concurso real de delitos: 1017;
de abuso de autoridad: 500;
de acceso carnal abusivo: 220;
de acción: 39;
de alzamiento de bienes: 943;
de autojusticia: 636, 637;
(tentativa en el): 637;
de cohecho: 500;
de desaparecimiento de personas: 265-273;
de estafa procesal: 184;
de fraude procesal: 183;
de genocidio: 169;
de hurto (efecto jurídico en el): 819;
de inducción al suicidio: 209;
de fuga de presos: 433, 436;
de homicidio: 433;
(efecto jurídico en el): 819;
de injuria: 385;
de peculado: 433, 500;
de prevaricato: 500;
por omisión: 511, 655;
de quiebra: 944;
de rapto consentido: 102;
de superstición: 412;
de tortura: 930;
(definición de): 505, 506;
legal: 35, 37;
desistido: 45;
(estructura del): 33-59;
(estudio analítico del): 838, 839;
(existencia independiente de los elementos del): 842, 843;
fiscal: 930;
frustrado: 45;
imposible: 14, 45, 498;
en el Código de Justicia Penal Militar: 103;
(legalidad del): 504, 505;
en el Código Penal de 1890: 504;
en las declaraciones de derechos humanos: 505;
(noción de): 7-32;
tricotómica: 58;
(participación en el): 44;
permanente: 93, 97;
político: 623, 887;
(características del): 887;
(presupuestos del): 809;
(prevención del): 167-179;
progresivo: 96;
(punibilidad como elemento del): 506;
(represión del): 167-179;
(tentativa de): 44;
(teoría técnico-jurídica del): 7;
(teoría dogmática del): 7;
(tripartición del): 835.

Delitos

contra el orden económico: 753, 754, 975;
(bien jurídico protegido en los): 933;
contra el patrimonio económico (atenuación en los): 535-537;
contra el pudor: 220;
contra la libertad sexual: 220;
cualificados por el resultado: 580;
culposos: 45, 348-356;
de resultado: 588;
de consumación anticipada: 79;
de emprendimiento: 576;
de imprudencia: 796;
de mera conducta: 820;
de omisión: 39, 97;
impropia: 213, 796;
propia: 796;
de peligro: 822;
abstracto: 799, 951;
de tendencia interna trascendente: 580;
de resultado: 580;
económicos: 162;
tienen deficiente legislación: 927, 928;
en abstracto: 841.
Denegación de justicia: 511.
Denuncia penal como causal de recusación: 725.
Derecho
(abuso del): 388;
a la libertad personal: 295-300;
a la privación: 394;
constitucional aplicado: 619;
consuetudinario: 392;
de corrección: 391;
de defensa: 278, 280-284;
de información: 393, 394;
de petición: 385;
de retención: 386, 387, 391, 604;
de bienes muebles: 600;
(ejercicio del): 387-389;
(existencia del): 384-386;
internacional: 271, 272;
interno: 270, 271;
mosaico: 412;
penal
administrativo: 100;
(carácter fragmentario del): 786, 789;
como derecho igual: 740;
de acto: 574;
de voluntad: 574;
del ánimo: 799;
del hecho: 785;
del medio ambiente: 786;
del tratamiento: 737;
de la sospecha: 785;
económico: 928;
(enseñanza del): 750;
internacional: 168;
(misión del): 798;
(tareas del): 399, 400;
y moral (relaciones entre): 967;

(titularidad del): 386, 387;
(unidad del): 381, 382.
Desaparecimiento de personas: 265-273.
Desempleo juvenil: 151;
Desvalor
de acto: 964;
de la acción: 798, 800;
de resultado: 798, 800, 964.
Detector de mentiras: 629.
Detención preventiva: 277, 644.
Dignidad humana: 285-289.
Disgusto: 205.
Dogmática
(concepto de): 63;
penal y criminología: 396-410.
Dolo: 23, 36, 37, 54, 58, 59, 954;
avalorado: 986;
culpable: 986;
de derecho: 134-138;
de tipo: 796, 797, 956;
en el causalismo: 985, 986;
en el finalismo: 986;
natural: 24, 797.
Dolor físico y moral: 204, 205.
Dolus malus: 797.
Dosis personal: 10.
Drogas: 113-114, 154.
Durchscheidung: 620.

—E—

Ecología (delitos contra la): 185.
Ejercicio
arbitrario de las propias razones: 389-391, 634-637;
de un derecho (requisitos del): 384-389.
Embotamiento mental: 205.
Embriaguez: 489, 529, 530;
accidental: 705;
aguda: 606-614;
amnésica: 705;
(atenuación por): 489;
crónica: 532;
culposa: 705;
epileptoide: 706;
estudiada: 706;
normal: 706;
patológica: 704-706;
(síntomas de la): 708;
plena: 702;
provocada: 584;
transitoria: 532;
voluntaria: 705.
Empalamiento: 414.
Empleado oficial
(calidad de): 485;
(definición de): 500-501;
(inducción en error del): 635.
Enfermedad
grave en homicidio pietista: 199;

incurable (concepto de): 200-203;
mental transitoria. Véase: *Trastorno*.
Entschädigung: 626.
Epilepsia (estado crepuscular en): 702.
Equidad: 78, 79.
Ermittlungsrichter: 621.

Error
communis facit jus: 602;
de derecho: 134-138, 585-587, 989;
extrapenal: 571, 584;
penal: 571, 584;
de hecho: 526, 527, 585-587, 731, 989;
de prohibición: 30, 526, 527, 796, 797, 961,
987, 989;
vencible: 988;
de tipo: 30, 578, 796, 797, 961, 985, 987, 989;
invencible: 985;
sobre causa de justificación: 491, 586;
sobre el tipo: 491.
Escarmiento en agravación de la pena: 488.
Escarnio: 917.
Escuela
clásica: 173;
positiva: 173.
Especulación: 184, 951.
Esquizofrenia: 200;
hebefrénica: 549.

Estado
de enajenación mental: 420;
de ira: 533;
de necesidad: 183, 383, 384, 388, 394, 553,
582, 583, 1009;
supralegal: 1011;
de peligrosidad: 14, 25;
pasional: 413.
Estafa procesal: 184.
Estatuto de seguridad: 58, 60, 61.
Estigmatización: 775.
Estructura
del delito: 33-59;
de la H.P.O.: 620-628.
Eutanasia: 194-196;
económica: 212;
eugenésica: 212;
(modalidades de la): 211-214;
por omisión: 213.

Excarcelación: 296.
Excepción de inconstitucionalidad: 497;
y declaración de analogía: 511, 512.
Exhumación ilegítima: 917.
Expedición de la ley: 85.
Experticio antropológico: 357-362.
Exportación ficticia: 185.
Extorsión: 181.

Extradición: 171, 172, 272, 885-888;
(requisitos para conceder la): 885, 886.

—F—

Facultades
de derecho: 754;
del procesado: 340.
Familia (inestabilidad de la): 151.
Fattispecie: 843.
Fatto: 844.
Favorabilidad de la ley penal: 509, 510, 1000.
Finalismo
(críticas del causalismo al): 991;
y causalismo: 990-994.
Fiscal general: 335.
Franquicia preparatoria: 641, 650, 947.
Fraude
a resolución judicial: 634, 637;
procesal: 183, 634;
(dolo específico en el): 635;
(sujeto pasivo del): 634, 635.
Fuero
Juzgo: 415;
Real: 415.
Fuerza mayor: 526-527.

—G—

Ganja: 671.
Garantía jurídico-procesal: 274-300.
Genocidio: 271, 272.
Gestos irrespetuosos: 917.
Grafología: 308, 312.
Grafometría: 313.
Grave anomalía síquica: 419, 420;
transitoria: 116.
Grupos: 71-75;
de presión: 71-72;
de tensión: 72-75.

—H—

Haftreife: 621.
Hauptverfahren: 623.
Hecho
antijurídico: 37;
como elemento objetivo del modelo legal de
delito: 856;
culpable: 37;
(dominio del): 800;
punible: 16, 33, 35, 51;

(calidad del): 490;
(cantidad del): 490;
(características del): 814;
(daño patrimonial derivado del): 832;
(efectos jurídicos del): 818;
(elementos objetivos y subjetivos del): 806,
853;
(gravedad del): 57, 485, 489;
(modalidades del): 490, 491;
(significados del término): 852, 854, 855, 860;
típico: 37.
Herida mortal: 199.
Hipnosis: 796.
Hombre-mercancía: 193.
Homicidio: 267, 270, 434;
(agravación del): 121, 214;
consentido: 197, 209;
eugenésico: 206, 207;
eutánasico: 194-215;
en el Código de 1936: 196, 197;
en el Código de 1980: 197, 198;
(móvil del): 194;
por piedad: 194-196;
e insidia: 207;
premeditado: 121.
Huelga en Suecia: 680.
Hurto
calificado: 181;
de uso: 181, 319-334;
(acción en el): 328-331;
(antijuricidad en el): 332, 333;
(penalidad del): 334;
doméstico: 972;
entre condueños: 181;
famélico: 183;
familiar: 183.

—I—

Ideología (concepto de): 929.
Idoneidad
de la conducta: 46;
del medio: 46.
Ilicto penal (requisitos para un): 805.
Imputabilidad: 31, 34, 59, 93, 123, 426, 429;
(acepciones de): 18;
(causas excluyentes de la): 526;
como capacidad de culpabilidad: 796;
como capacidad penal: 830;
como elemento de culpabilidad: 523;
como presupuesto
de culpabilidad: 522, 524, 810;
de la pena: 20, 26;
del delito: 830;
(concepto del): 22, 24, 33, 55, 524;
de Mayer: 522;
de Núñez: 522;
disminuida: 207, 527, 722;
en derecho canónico: 519-520;

en el Código de 1980: 531-533;
en el Código Rocco: 521;
en el positivismo: 520;
legal: 34;
moral: 418, 519;
plena: 527;
(sentido del término): 518.
Imputable: 13, 14.
Imputación
civil o moral: 18;
culposa: 30;
física: 18.
Imputatio
facti: 855;
juris: 855.
Inadecuación típica: 511.
Indemnización civil: 533, 626.
Indicio de culpabilidad: 12, 13.
Indígena (inimputabilidad del): 218, 357, 362.
In dubio pro reo: 624, 628.
Inducción al suicidio: 215.
Indulto: 510.
Inflación: 151.
Inhumación de cadáveres: 917.
Inimputabilidad: 119, 214, 217, 412;
como incapacidad de culpabilidad: 521;
(juicio de): 217.
Inimputable: 13, 14, 18, 34, 35, 516, 519,
582, 831;
(culpabilidad del): 24;
(responsabilidad objetiva del): 24;
(responsabilidad objetiva del): 24;
(responsabilidad subjetiva del): 21.
Injusto
(causas de exclusión del): 580;
(composición del): 798;
(concepto de): 984;
(conocimiento potencial del): 957;
(etización del): 961;
objetivo: 568;
personal: 800;
(subjetivación del): 795, 956;
típico: 12;
(sicologización del): 955, 956;
y pena (proporcionalidad entre): 965.
Inmadurez psicológica: 217, 526, 723, 831.
Insensibilidad moral del delincuente: 498.
Insidia: 207.
Insolvencias punibles: 943-945.
Instigación: 488.
Instigador: 587.
Interés jurídico tutelado: 507.
Intervalo lúcido: 412.
Interpretación
gramatical: 66-75;
sistemática: 75-78.
Intervención del Estado en la economía: 950.
Intoxicación alcohólica: 419, 426;
(grados de la): 705.
Ira e intenso dolor: 214.
Irrespeto a los cadáveres: 918.

Juez
 de la investigación: 621;
 de vigilancia del cumplimiento de sentencias: 654;
 (hechos punibles del): 625;
 legal (principio del): 623, 628;
 (recusación del): 633.
 Juicio de reproche: 119, 122.
 Jurado de conciencia: 501.
 Jurisdicción: 279.
Jus conigendi: 387.
 Justicia (contenido de la): 80.

Legalidad (principio de): 613.
 Legítima defensa: 24, 27, 383, 388, 391, 392, 394, 585, 1008, 1009;
 (exceso de): 730-733;
 putativa: 989.
 Lesión
 corporal en homicidio pietista: 198, 199;
 personal: 392.
 Letra de cambio vacía: 941.
 Ley
 de escuchas: 630;
 (efecto retroactivo de la): 85;
 (efecto ultraactivo de la): 85;
 excepcional: 99;
 (expedición de la): 85;
 intermedia: 96, 97;
 penal
 (aplicación analógica de la): 511, 512;
 colombiana (principios rectores de la): 504-517;
 (conocimiento de la): 513, 514;
 (favorabilidad de la): 509, 510;
 (igualdad ante la): 512, 513;
 (irretroactividad de la): 171;
 (validez temporal de la): 84-107;
 procesal penal alemana: 617-633;
 (reformas a la): 628-633;
 (promulgación de la): 84, 514;
 (publicación de la): 85;
 (sanción de la): 85;
 temporal: 98.
 Libertad
 bajo custodia: 340;
 condicional: 149, 343-347, 644, 734-736;
 (supresión de la): 159, 160;
 de cultos (violación de la): 918;
 personal: 295-300;
 provisional: 644;
 vigilada: 148, 420, 421.
 Libre apreciación de la prueba: 624.
 Lipotimia: 672.
Lock-out: 682.
 Loco y justicia: 411-430.

Mala fe: 602.
 Manía impulsiva: 417.
 Manicomio criminal: 418, 424, 429;
 (definición legal de): 420.
 Maniobras falsificadoras: 301-303.
 Marcas y patentes (usurpación de): 185.
 Marginación: 964.
 Marginado: 694.
 Marihuana
 (ilegalización de la)
 en Estados Unidos: 661-663;
 en Inglaterra: 664;
 (legalización de la)
 en el tercer mundo: 669;
 y delito: 661-676.
 Médico y eutanasia: 209-211.
 Medidas
 de corrección: 627;
 de seguridad: 13, 18, 35, 157, 165, 217, 338, 339, 420, 422, 428, 627;
 (fines de las): 516, 517, 659;
 para indígenas: 103;
 (prescripción de la): 657-660;
 internacionales: 272, 273.
 Medios
 de prueba: 620;
 (diarios íntimos como): 629;
 de impugnación de la sentencia: 624, 625.
 Mérito probatorio del cotejo de manuscritos: 314-318.
 Método
 axiológico y de política criminal: 764;
 deductivo: 402;
 de legislación comparada: 76;
 del caso: 759, 760;
 del consultorio jurídico: 763;
 del seminario: 759;
 de la casuística jurisprudencial: 762;
 de la clase activa: 758;
 de la investigación
 doctrinaria: 764;
 empírica: 765, 766;
 jurisprudencial: 764, 765;
 de las situaciones: 760, 762;
 inductivo: 402;
 señalético o señalítico: 313.
 Ministerio Público (funciones del): 891.
 Motivos determinantes: 487, 491, 528, 965.
 Multa: 162, 166.
 -N-
Nebenklage: 626.
 Necrología: 378.
 Negligencia: 531.
 Neurosis: 217.
 Nexo
 de causalidad: 40-43;
 siquico: 17.

Norma penal
 como presupuesto de la antijuridicidad: 811;
 en blanco: 951.
 Novísima Recopilación: 415.
 Nueva Recopilación: 415.
 Nulidad procesal: 102.
Nullum crimen
nulla poena sine lege: 844, 845;
sine conducta: 37;
sine culpa: 37, 54;
sine injuria: 37, 50.

Objeto de valoración: 849-852, 958.
Offendicula: 386, 388, 392, 393.
 Oligofrenia profunda: 200.
 Omisión: 39;
 (delitos de): 39.
 Orden
 de detención: 621;
 económico (delitos contra el): 753, 754;
 jerárquico: 585;
 superior: 171.
 Organización Nacional para la Reforma de las Leyes sobre Marihuana: 665.

Pacto
 de San José de Costa Rica, 1969: 275, 286, 297;
 Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 265, 268, 269, 275.
 Participación: 44, 47, 587;
 (accesoriedad de la): 587;
 culposa: 48;
 dolosa: 48.
 Pasiones: 533.
 Patrimonio (concepto de): 180.
 Peculado
 por error ajeno: 182;
 (restitución parcial en el): 537.
 Peligro
 (concepto de): 821;
 social: 51.
 Peligrosidad: 13, 31, 32, 343-347, 419, 422, 424, 426, 427, 734-736, 830, 965;
 (circunstancias de mayor o menor): 509;
 en el Código de 1980: 535, 536;
 posdelictual: 720;
 predelictual: 720.
 Pena: 205;
 accesoria: 165;
 aparente: 908;
 (aplazamiento de ejecución de la): 641, 650, 651;
 (circunstancias de agravación de la): 119, 123;
 (clases de): 792-794;
 como consecuencia del delito: 486;
 (concepción utilitarista de la): 906-909;
 (criterios sobre la)
 de agravación: 487, 488;
 de aminoración: 488, 489;
 de dosimetría en el Código de 1980: 962;
 de interdicción de derechos y funciones públicas: 653;
 de muerte: 156, 266, 414;
 (abolición de la): 909;
 de multa
 (atenuantes y agravantes de la): 489;
 (conversión de la)
 en arresto: 641;
 (prescripción de la): 641;
 de presidio: 89, 105;
 (abolición de la): 792;
 de prisión: 653;
 a tiempo definido: 156;
 de corta duración: 161-163;
 de duración indeterminada: 147;
 de duración media: 160, 161, 166;
 de larga duración: 157-160, 166;
 de prisión perpetua: 156, 157;
 (fines de la): 104, 516, 905;
 (fundamentos de la): 790-792;
 (individualización de la): 908, 909;
 justa: 910;
 (modalidades de ejecución de la): 909;
 (prescripción de la): 639-660;
 cumplida parcialmente: 644-646;
 efectos de su declaración: 656, 657;
 iniciación del término: 640-642;
 interrupción del término: 647-653;
 naturaleza de la providencia que la declara: 653-655;
 renuncia: 655, 656;
 suspensión del término: 647;
 y obligaciones derivadas: 657;
 y prescripción de la acción: 639;
 y recurso de revisión: 639;
 real: 908;
 (redención de la): 103;
 (resocialización de la): 145;
 retributiva: 24, 173, 909-914;
 (sentido preventivo de la): 173;
 (suspensión de la)
 por enfermedad mental: 651;
 (teoría unificadora de los fines de la): 790;
 (utilidad de la): 906-909.
 Penado con trabajo fuera de la prisión: 685.
 Penas (acumulación aritmética de): 1017.
 Periodistas (testimonio de): 632.
 Peritaje
 grafotécnico: 301-318;
 siquiátrico: 417.
 Personalidad
 (definición de): 424;
 del agente: 57, 485, 492, 528;
 como criterio dosimétrico: 495, 496;
 en sicología: 494, 495;

en sociología: 494, 495;
entendida como capacidad para delinquir:
498;
y peligrosidad: 343-345, 498.
Perturbación
de ceremonia religiosa: 918;
mental: 526.
Perversidad: 498.
Piedad (concepto de): 206.
Pleabargaining: 153.
Policía Nacional (régimen disciplinario de la):
890.
Polimania razonante intermitente: 417.
Política criminal
(concepto de): 782-784;
del movimiento obrero: 786;
de organismos locales: 786;
en Estados Unidos (crisis de la): 146, 147;
en Suecia (crisis de la): 148, 149;
internacional (principios de la): 169;
y derecho penal: 780-794;
y pena: 790-794.
Polizei: 621.
Posesión de buena fe de cosas muebles: 601,
602.
Premeditación: 488.
Presidio: 89, 105, 792.
Presunto infractor: 336.
Preterintención: 23, 36, 37, 54, 58, 59, 531;
en el Código de 1980: 433-438.
Prevaricato por acción: 1006.
Prevención del delito: 167-179;
especial: 677, 790, 909;
general: 677, 681, 909.
Principio
de causalidad: 8, 46;
de culpabilidad: 158, 734;
de exclusividad: 276;
de favorabilidad: 86, 96, 100, 222, 735;
de igualdad ante la ley: 409;
de legalidad: 86, 275, 279, 408, 504, 505, 622;
del juez
legal: 623, 628;
natural: 514-516;
de la cosa juzgada: 101;
de la mínima intervención: 932, 947, 970;
de la personalidad de la culpabilidad: 881;
de la unidad de la figura legal: 868;
ne bis in idem: 628, 944.
Prisión. Véase: *pena de prisión*.
Privación de la libertad: 339.
Privatklage: 626.
Probation: 164.
Procedimiento
acelerado: 623;
de revisión judicial del arresto: 629;
intermedio: 620, 622;
para forzar la acción: 622;
penal alemán: 617-633;
preliminar: 620;
principal: 620-623.

Procesado: 335-342.
Proceso
contra ausentes: 631;
de adhesión: 626;
de decreto penal: 627;
de hechicería: 412;
de revisión (causales del): 625;
de seguridad: 627;
objetivo: 627;
penal: 336.
Promulgación de la ley: 84.
Propiedad
industrial: 946;
intelectual: 346.
Protección de la persona humana: 266.
Prueba
(libre apreciación de la): 624;
pericial: 317.
Pruebas judiciales: 295.
Publicación de la ley: 85.
Punibilidad: 59, 276;
como elemento del delito: 506;
(condiciones objetivas de la): 853-855.

—R—

Rapto consentido: 102.
Readaptación: 734-736.
Realizar (concepto de): 47.
Recurso
de apelación: 624;
de casación: 624;
de queja: 624;
de revisión: 624, 639.
Rechtskraft: 625.
Rechtswidrigkeit: 984.
Reducción de la pena: 485.
Referibilidad siquica: 17.
Reforma constitucional de 1979: 336.
Reformatio in pejus: 624.
Rehabilitación: 678.
Reincidencia: 14, 498, 649;
(riesgo de): 685.
Reingreso ilegal al país: 634, 638.
Relación causal en delito culposo: 348-356.
Represión del delito: 167-179.
Reproche
jurídico: 20;
moral: 20.
Resocialización: 734, 790;
(programa de): 148.
Responsabilidad
moral: 520;
objetiva: 20, 21, 53, 54, 508, 960;
(concepto de): 54;
social: 520, 525;
del agente: 418;
subjetiva (grados de la): 25.
Resultado
de la conducta típica: 818;

(noción jurídica de): 820;
(noción naturalista de): 820.
Retardo mental: 606-614;
cultural: 218.
Retroactividad de la ley: 85, 90, 91;
(principio de): 275.
Revisión. Véase: *proceso y recurso*.
Robo: 181.

—S—

Sanción de la ley: 85.
Schöffengericht: 623.
Secuestro: 102.
Sedición: 488.
Seguro de desocupación: 682.
Semi-imputabilidad: 519, 521, 527.
Sentencia civil (revocación de): 625.
Sicología jurídica (bases de la): 413.
Sicosis
afectivas: 217;
cannabis: 667;
esquizofrénicas: 217;
senil: 200;
tóxicas: 219.
Siete Partidas de Alfonso X: 415.
Simonía: 917.
Sindicado (individualización del): 128-133.
Síndrome de Elpenor: 219.
Siquiatría
clásica: 413, 414;
criminal: 411.
Société Internationale de Défense Sociale: 178.
Sociología criminal (método de la): 398.
Sordomudez: 526.
Staatsanwalt: 620.
Strafvollstreckung: 618.
Subcultura carcelaria: 744-746.
Subrogados penales: 105, 966.
Subvenciones (utilización indebida de): 950.
Sugestión patológica: 530.
Suicidio (inducción al): 209, 215.
Suita: 17.
Sustracción del bien propio: 182.

—T—

Tabaquismo: 707.
Talién: 411.
Tatbestand: 843, 985;
en la doctrina finalista: 858-860;
en sentido amplio: 856, 859;
en sentido estricto: 844, 856-868.
Temibilidad: 424.
Tentativa: 44, 46, 47, 403, 485;
(criterios dosimétricos en la): 499;
(cuándo es punible la): 579;
(definición de): 579;
en el delito de autojusticia: 637;

idónea: 578;
imposible: 578;
inidónea: 400, 578, 579, 798, 804;
(requisitos de la): 45;
(teoría objetiva de la): 577;
(teoría subjetiva de la): 571, 798, 799.
Teoría
del bien jurídico: 958;
del dolo: 799, 961, 986;
del error: 29;
del fin: 1010;
del resultado: 92;
de la acción: 92;
(efectos de la): 92-96;
siquica: 403;
de la culpabilidad: 956, 986;
de la participación: 587-589;
de las estructuras lógico-objetivas: 568, 797;
de las normas de conducta: 1010;
de las normas de derecho: 802;
de los elementos negativos del tipo: 569;
de los elementos subjetivos del injusto: 570,
575;
de los imperativos: 400;
dogmática del delito: 7;
mixta: 92;
normativa de la culpabilidad: 568, 570, 987;
normativa del valor jurídico-penal: 572;
objetiva de la tentativa: 577, 578;
sicológica de la culpabilidad: 987;
subjetiva de la antijuridicidad: 400;
subjetiva de la tentativa: 799;
técnico-jurídica del delito: 7.
Terrorismo: 154, 632.
Testigos (obligaciones y derechos de los): 620.
Testimonio de los periodistas: 632.
Tetrahidrocamabinol: 669.
Tipicidad: 12, 38, 58, 93, 841;
como indicio de antijuridicidad: 796;
como presupuesto de la antijuridicidad:
829-831;
(concepto de): 829;
formal: 29;
material: 29;
y conformidad del tipo (diferencias entre):
841.
Tipo
abierto: 27, 799, 800;
acromático: 955;
cerrado: 28, 800;
complejo: 568;
complementario: 44;
(concepto de): 27;
(conformidad al): 841;
(correspondencia al): 841;
culposo: 987;
de delito integral: 844-846;
de injusto: 11, 12, 23, 806;
de la culpabilidad: 806;
de las justificantes: 805;
de prohibición: 961;

(dispositivos complementarios del): 28;
(dolo de): 956;
doloso: 987;
(elementos negativos del): 29, 863, 955;
(elementos subjetivos del): 568, 798, 955, 993;
(error de): 30;
indeterminado: 800;
legal (definición de S. Ranieri): 506;
objetivo: 574, 796, 806, 954;
(componentes del): 962;
(contenido del): 984;
permisivo: 957;
prohibitivo: 957;
subjetivo: 575, 796, 961;
(componentes del): 962;
(contenido del): 984;
(teoría de los elementos negativos del): 569,
799.
Tipos permisivos autónomos: 796.
Título-valor (reivindicación del): 603, 604.
Tortura: 287.
Trabajador inmigrado: 151.
Trabajo
 como pena: 149;
 de la madre: 151.
Transplante de órganos: 210.
Trastorno mental: 217, 831;
 crónico: 530;
 transitorio: 31, 219, 220, 502, 530, 531, 606-
 614;
 en el proyecto de 1974: 530;
 (noción médico-legal de): 702.
Tribunal
 de Escabinas: 623, 625, 633;
 de Inquisición de Cartagena: 415;
 de Nüremberg: 168, 271;
 (deliberación del): 624.
Tumulto: 488.

—U—

Ultraactividad de la ley: 85, 90, 91.
Urbanización moderna: 152.
Uso de armas
 como agravante: 488;
 legítimo: 383, 384, 394, 395.
Usura: 182.
Usurpación de marcas y patentes: 185.
Utilización indebida de subvenciones: 950.
Utril: 620.

—V—

Validez temporal de la ley penal: 849-852.
Valoración del objeto: 958.
Verfall: 631.
Vernichtung: 620.
Versari in re illicita: 529.
Verschlechterungs verbot: 625.
Vértigo: 205.
Vías de hecho: 390, 391.
Victima (consentimiento de la): 208, 209.
Violencia
 carnal: 434;
 contra personas en fuga de presos: 436;
 deportiva: 393.
Vis absoluta: 796, 962.
Voluntabilidad: 17.

—W—

White-collar-criminality: 931, 974.
Wiederaufnahme des Verfahrens: 625.

—Z—

Zeugen: 620.
Zwischenverfahren: 622.

Esta revista se terminó de imprimir en los
talleres litográficos de Editorial Temis,
S.C.A., el día 31 de enero de 1983.

LABORE ET CONSTANTIA