

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

Leihgabe Prof. Ambos

DOCTRINA

El delito de homicidio en el Código Penal de 1980.

Jorge Enrique Gutiérrez Anzola.

¿El inciso final del art. 40 del C. P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición?

Fernando Velásquez V.

La imputabilidad del enfermo mental

Francisco Muñoz Conde.

19

DOCUMENTOS

El derecho penal conforme a las concepciones modernas

Bernardo Gaitán Mahecha.

FORO HISTÓRICO

Alegato sobre el tema de "defensa putativa"

Nódiel Agudelo Betancur.

LEGISLACIÓN

Proyecto de ley por la cual se establecen unas contravenciones

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La calidad de acreedor o deudor como causal de recusación

Darío Velásquez Gaviria.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Libertad condicional

Juan Fernández Carrasquilla.

CO/XIV
F/Z

2345

1983

MAYO • JUNIO

AÑO V • Mayo • Junio • 1983 N° 19

Licencia en trámite

NUEVO FORO PENAL

REVISTA BIMESTRAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

Coordinadora



Editorial TEMIS Librería

Bogotá - Colombia

1983

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

Nódiar Agudelo Betancur, 1983.
Editorial Temis S.C.A., 1983.
Calle 13, núm. 6-53.

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

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

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

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

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

- El delito de homicidio en el Código Penal de 1980. Prof. Jorge E. Gutiérrez Anzola 281
¿El inciso final del art. 40 del C. P. se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición?. Doctor Fernando Velásquez V. 295
La imputabilidad del enfermo mental. Prof. Francisco Muñoz Conde 313

NOTICIAS

- Homenaje al Profesor Jorge E. Gutiérrez Anzola 323

DOCUMENTOS

- El derecho penal conforme a las concepciones modernas. Doctor Bernardo Gaitán Machecha 331

FORO HISTÓRICO

- Alegato sobre el tema de "defensa putativa". Doctor Nódiar Agudelo Betancur 341

LEGISLACIÓN

- Proyecto de ley por la cual se establecen unas contravenciones. Exposición de motivos y texto. Comentarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia 371

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. La calidad de acreedor o deudor como causal de recusación. Ponente: doctor Darío Velásquez G. 415
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sucesión de leyes en el tiempo y procedencia del recurso de casación. Ponente: doctor Darío Velásquez G. 419
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Libertad condicional. Ponente: doctor Juan Fernández C. 422

Doctrina

EL DELITO DE HOMICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1980*

Profesor JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA

Sé que me dirijo a un auditorio excepcionalmente erudito y exigente en problemas de orden jurídico, el cual se halla integrado por profesores, magistrados, jueces y juristas que en su mayor parte cultivan las disciplinas penales. Por ello, respetuosamente me permito informarles que por obvias circunstancias de tiempo sería imposible examinar en esta oportunidad los muy diferentes asuntos que comprende el tema que me fue asignado para la conferencia. Voy a limitarme, entonces, a tratar solo los aspectos más sobresalientes de la temática acordada, con base en la nueva legislación penal que entrará a regir a partir del próximo año.

Ante todo, es preciso advertir que conforme al principio rector número 6 del título 1 del nuevo Código Penal, que se refiere a la favorabilidad, este es aplicable en el futuro a los casos de conflictos de leyes por mandato no solo de esa norma sino de la Constitución nacional. Va a ocurrir muy seguramente que algunas de las previsiones legales del Código Penal que se deroga tendrán efecto ultractivo y serán aplicables en el futuro en relación con los procesos penales que actualmente se tramitan en todos los tribunales y juzgados del país. Por vía de ejemplo, en este instante solamente cito el caso del llamado *homicidio concausal* que desaparece del nuevo Código y subsiste en el anterior.

Es presumible que se presenten algunas situaciones en que resulte más favorable la aplicación de la norma derogada y que sea alegada en algún proceso que al entrar en vigencia la nueva ley penal, no haya sido definitivamente concluido.

Quiero observar, de modo apenas esquemático y general que el título XIII, *De los delitos contra la vida y la integridad personal*, aun cuando conserva en esencia algunas de las modalidades contenidas en el Código hoy vigente,

* El presente es el texto de una conferencia dictada por el autor en el Colegio de Abogados de Medellín de 1980, antes de entrar en vigencia el nuevo Código Penal. Creemos que ella conserva todo su valor, dado lo relativamente poco que hasta el momento se ha escrito sobre la Parte especial del nuevo Código.

otras en cambio lo modifican de manera sustancial, para adicionar conceptos o para suprimirlos.

El nuevo Código Penal, dentro de la nueva estructura que se confiere al hecho punible, conserva el concepto civilizado y democrático de la defensa del derecho a la vida y la integridad personal, sin reservas, sin restricciones y consagra nuevamente el principio igualitario que no hace diferenciaciones por razones de raza, religión, edad, sexo, o condición política o social. Esto se aprecia con la simple lectura del texto total del título, es decir, en relación con el homicidio, las lesiones personales, el aborto y el abandono de menores y de personas desvalidas.

En el avanzado, progresista y dogmático contenido de los llamados principios rectores de la ley penal, se consagró para la legislación colombiana de manera novedosa la concepción del hecho punible como acción típica, antijurídica y culpable. Esta trascendental enunciación del hecho punible simplifica, a nuestro modo de ver, la diversa explicación de los distintos fenómenos delictivos comprendidos en toda la parte especial. Naturalmente, entre ellos están los delitos contra la vida y la integridad personal.

I. NOCIÓN DE HOMICIDIO

Lo dicho anteriormente explica con claridad la razón que prevaleció para cambiar el contenido del art. 362 del Código Penal vigente por el que lo reemplaza, que es el art. 323, en el cual se afirma: "El que matare a otro incurrirá en prisión de 10 a 15 años". A diferencia del art. 362, este nuevo texto se refiere a la acción de matar. Es de suponer que dentro del concepto de acción de matar va ínsita la concepción de que el acto de matar solo es referible a la persona humana, tanto en cuanto se refiere al sujeto activo de la acción como a aquel que es su víctima. Cuando el art. 323 se limita a la acción de matar se está entendiendo que la tipicidad de esa acción consiste en suprimir una vida humana y se entiende también que la acción típica de matar debe estar acompañada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Antijuridicidad, porque el hecho de suprimir una vida es atentado pleno de ilegitimidad, prohibido no solo por naturaleza sino por la propia norma que describe esa acción. La culpabilidad referible al autor supone acto doloso, culposo o preterintencional, puesto que en alguna de estas tres formas de la culpabilidad ha de incidir la acción. Es dolosa cuando ha sido realizada con conocimiento y voluntad, o culposa cuando no se ha previsto el resultado previsible, o, en último término, preterintencional cuando el resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

Obsérvese cómo la descripción del hecho punible como acto antijurídico y culpable, para referirlo a todos los delitos en general, hace que dentro de él quede comprendido el homicidio en la forma enunciada según se dijo atrás. Dentro del sistema del nuevo Código Penal vigente no es necesario expresar, como el hace el art. 362, que la acción de matar sea realizada con este expreso propósito por el agente.

La comparación entre los dos textos mencionados, aun cuando sea así, sintéticamente, explica la trascendencia del cambio de sistema entre uno y otro Código en esta materia.

II. SUPRESIÓN DEL ASESINATO

Pienso que no solamente el que habla, sino otros comentaristas de nuestra ley penal vigente, desde hace muchos años criticamos la inclusión del fenómeno "asesinato", por cuanto con ello resultaba evidente que al lado de la tipicidad del delito de homicidio aparecía otra tipicidad descrita en el art. 363 del Código vigente. No ignoro que la expresión asesinato colocada en nuestra ley penal tenía un significado que no podía referirse sino a un homicidio agravado, pero que, por disposición del legislador convirtiéndose en figura específica con problemas y resultados que la propia jurisprudencia ha tenido que comentar. Se pensó que la expresión asesinato tenía de suyo un contenido muy grande de intimidación sobre los asociados y que, además, se trataba de la forma más ominosa de matar, forma esta que multiplicó en nueve numerales la tipicidad de la acción de matar. No era necesario repetir esta concepción desaconsejada por la técnica, que pudo en mejores términos consagrar ahora esas mismas modalidades del homicidio como formas agravadas del mismo. Entre las irregularidades que suscitaba esa concepción del asesinato había que llegar a pensar, en muchos casos, como históricamente se recuerda, en que la condición de asesino atribuida al hombre, no solamente implicaba engaño cobarde, villana y malévolamente intención o forma ignominiosa y execrable de matar, sino que también, conforme fue sostenido por algunos autores en tiempos anteriores, el asesinato implicaba necesaria premeditación por parte del autor. Adelante veremos cómo también el tema de la premeditación ha constituido otro de los grandes rompecabezas de la doctrina y de la jurisprudencia. En mi opinión, ratificando cuanto en su oportunidad expresé en mi libro *Delitos contra la vida y la integridad personal*, en nada resultó útil, durante los 42 años de vigencia del Código Penal, este anticuado y confuso elemento que con la categoría de delito específico ha venido figurando en nuestra ordenación jurídicopenal.

En cambio, la clasificación de las circunstancias de agravación punitiva del delito de homicidio ha sido estructurada en forma muy comprensible sin que, por lo menos en lo que se observa, pueda darse el caso de crear confusiones jurídicas como las que se acaban de comentar.

III. SUPRESIÓN DE LA PREMEDITACIÓN

También desde hace muchos años me permití criticar, creo que con razones muy aceptables, que se hubiera incluido en la ley penal como forma de asesinato el homicidio cometido con "premeditación". Las sabias y hermosas exposi-

ciones hechas por los grandes juristas del pasado, pero principalmente por CARRARA y CARMIGNANI para explicar un fenómeno subjetivo de tan hondas raíces en la filosofía, referibles a una modalidad de la conducta humana, constituyen un monumento de verdad y de sabiduría, que dentro de la teoría clásica toman el fenómeno de la premeditación como una modalidad de condiciones tan *sui generis* y excepcionales, que más sirvió para fomentar disquisiciones, entelequias y confusas doctrinas, que para convertirlo en un supuesto práctico dentro de la realidad respecto al juicio humano. Los conocidos elementos clásicos de la premeditación: intención, resolución, ejecución, tiempo intermedio entre resolución y ejecución y ánimo *pacato*, resumen toda la teoría que sobre la materia ha permitido a muchos autores llegar a especulaciones de muy difícil comprensión jurídica.

El prototipo del sujeto premeditativo como actuante con un dolo refinado y específico, es un espécimen que solo podría descubrirse mediante ingeniosas investigaciones, y sobre todo cuando con los progresos de la psicología fuera posible conocer el valor y la medida de los actos intencionales del hombre. Las investigaciones realizadas por los sabios sobre la personalidad humana no han podido concretar sino en el campo de la teoría el grado de libertad con que actúa la voluntad del hombre. Quizás en la apariencia sea posible distinguir la condición y naturaleza de las distintas formas de clasificar al hombre según sus actitudes y su conducta. Difícil empresa resultaría, como todos sabemos, esclarecer en un momento dado el valor, efecto y naturaleza de las impulsiones, la fuerza de los instintos, la capacidad intelectual de los seres y su posibilidad de entender y de querer con respecto a una determinada acción. Mucho más difícil resulta, entonces, dar un diagnóstico, si no es por simples apariencias, acerca de la capacidad de flexibilidad, de inteligencia, de previsión, de ánimo sereno y frío con que haya podido actuar un hombre respecto a una acción, no solo de su vida normal, sino en cuanto pueda acomodarse dentro del campo moral y en el de la ilicitud jurídica.

Resulta imposible en tan pocas palabras alcanzar a distinguir el acto puro que se supone en un delincuente premeditativo, sin poder adivinar siquiera cuánta influencia ejercieron en ese presunto acto puro los sentimientos, las pasiones y el temperamento que ordinariamente están afectando lo que con genialidad denominaron los clásicos como "ánimo *pacato*".

Tan notables especulaciones vinieron a establecer en el derecho penal, para el premeditativo, una categoría especial en el pasado. Pero ello no ha podido prevalecer, como antes se dijo, debido a las nuevas exploraciones sobre la verdadera condición de la naturaleza espiritual y moral del hombre. Quizás fue por esa causa por lo que se controvirtieron con tanto ardor opiniones adversas y favorables a esa condición del ser premeditativo y, concretamente, del fenómeno premeditación. Recordemos simplemente cómo la opinión de ZANARDELLI —aceptada por el Código Penal colombiano—, en una original forma de concebir la premeditación, imaginó que esta, de suyo, no tiene ninguna validez, a no ser que se encuentre acompañada por motivos innobles o bajos.

Semejante contradictorio enunciado ha prevalecido hasta ahora en nuestra ley penal como si la conducta y personalidad del ser premeditativo tuviera que ver con los motivos determinantes de los actos. Nobles o innobles estos motivos determinantes pueden permitir de suyo una valoración de la conducta humana sin tener que recurrir a hablar de premeditación para que ella tenga eficacia.

Este criterio, relacionado con la valoración de los motivos determinantes, estuvo muy en boga como opinión de grandes juristas seguidores de ZANARDELLI. Para hacer notar que no pueden considerarse los motivos determinantes como un elemento de la premeditación, veamos cómo el maestro ENRICO FERRI incurre en la misma confusión. En el famoso proceso adelantado contra Tullio Murri por la muerte del señor Bonmartini, proceso en el cual FERRI actuó como uno de los defensores de los diversos acusados, se expresó así:

"*La premeditación*. En fin, esas condiciones de anormalidad mental deben guiarnos, también, señores jurados, en el momento de dar la respuesta a los otros cuestionarios y, ante todo, al de la premeditación que sostienen los acusadores.

"A primera vista parecería absurdo no admitir en Tullio Murri la premeditación. Pero precisa entendernos: si por premeditación se quiere significar, como en el lenguaje común de la conversación ordinaria, «el haberlo pensado antes», ciertamente diréis que Tullio Murri pensó con anterioridad en el hecho. Pero la premeditación, que en nuestro Código tiene consecuencias penales tan terribles, hasta llevar al máximo de la pena, esta premeditación debe ser una cosa muy distinta del «haberlo pensado primero». Ha sido este un problema que ha fatigado y secado la mollera a la ciencia; y la legislación italiana ha llegado hasta tal punto, que en el Código vigente nuestro legislador renunció a dar una definición legal de la premeditación, dejando a la conciencia de los jueces togados o populares el decidir si existe o no la premeditación.

"Ahora bien, en el Código precedente al actual, la premeditación se encontraba definida en la siguiente forma por el art. 528: «La premeditación consiste en el designio formado antes de la acción, de atentar contra una persona determinada o aun indeterminada».

"En estas palabras «designio formado» se hallan contenidas implícitamente las dos condiciones que los criminalistas y los jueces consideran necesarias para que se tenga la premeditación en el sentido legal: es decir, la calma y la sangre fría.

"En este sentido, el presidente del Senado, profesor Canonico, que fue durante tantos años honra y prez de la cátedra de derecho penal en Turín, en los trabajos preparatorios del Código Penal, propuso que se precisara bien la idea de que la premeditación se tiene en el pensamiento firme y decidido y en el ánimo frío, no en el pensamiento ondulante y emocionado. Por lo cual el ministro Vigliani, en su proyecto de Código Penal, inspirado por un excesivo rigorismo, sustituyó la fórmula «designio formado» por la de «designio afirmado», precisamente para indicar que el pensamiento del que obra debe ser firme y decidido.

"De donde resulta que si en el ánimo de quien es arrastrado a la acción se registran oscilaciones, indecisiones, ausencia de calma y de frialdad, hay premeditación en el sentido empírico de la palabra, porque se ha pensado antes, pero no hay premeditación en el sentido que la ley exige y debe exigir.

"No me he olvidado de que soy profesor de derecho penal, y por esto me detengo solo por un momento en este terreno, para no llegar a convertir la palabra del abogado en el magisterio del catedrático. Solamente citaré un autor al cual, de seguro, el ministerio público también dará gran autoridad, porque fue lustre y decoro del cuerpo a que pertenece: me refiero a Crivellari, ex procurador general en la casación de Turín, que en el comentario al Código Penal, al hablar de la premeditación, expresa conceptos aún más concretos que el que os he expuesto.

"El procurador general, Crivellari, después de haber recordado que en uno de los proyectos de Código Penal se había definido la premeditación como el estado «en que el culpable ha formado y madurado fríamente antes del hecho, el designio de matar», dice: «Tres criterios diferentes deben concurrir a determinar la premeditación: el criterio psicológico, es decir, el estado de ánimo del delincuente, la frialdad; el cronológico, es decir, el intervalo de tiempo más o menos largo entre la determinación y la acción; y el ideológico, es decir, la reflexión y la formación del designio. Pero —añade— hay también otro criterio, y más importante que los otros, vale decir, el de la naturaleza de los motivos impelentes al delito». Y concluye: «En consecuencia, para que se pueda admitir la premeditación bajo el imperio de nuestro Código, deberán concurrir los siguientes elementos: 1º) reflexión; 2º) un intervalo de tiempo entre la determinación y la acción; 3º) una cierta frialdad de ánimo; 4º) un móvil indigno de indulgencia y que sea tal que revele la perversidad y la abyección de ánimo»¹.

"Y entonces, en relación con Tullio Murri, si es cierto que pensó antes en el delito, cuando tengáis que responder al terrible interrogante de la premeditación, deberéis considerar no solo si tuvo la frialdad de ánimo, si tuvo un pensamiento firme y preciso, sino que deberéis examinar también el móvil que lo determinó y lo llevó a la turbonada de la acción, porque para que pueda admitirse la premeditación en el sentido legal, deberán concurrir las siguientes condiciones: la frialdad de ánimo, el intervalo de tiempo, la reflexión y el móvil, que sea indicio de perversidad y la abyección de ánimo.

"Si este es también el pensamiento y la enseñanza del procurador general, señor Crivellari, que lleva en su mente de jurista el rigor de su función de acusador público, creo que en relación con Tullio Murri no haya necesidad de gastar otras palabras para demostrar que en él faltó la frialdad de ánimo, faltó la reflexión, faltó especialmente el móvil indigno que revele la perversidad y la abyección de ánimo"².

¹ CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, Torino, 1896, VII, 811-815.

² ENRICO FERRI, *Defensas Penales*, Librería Siglo XX, traducción del dr. Jorge Guerrero, págs. 372 y ss.

El nuevo Código Penal, sin desconocer el valor que en el campo de la teoría pueda tener el concepto de premeditación, resolvió desecharlo para despojar al examen de la personalidad del delincuente de un factor de tan entrañadas raíces en la filosofía pero que hizo difícil e imposible su comprensión pragmática por parte de los jueces. En cambio se ha adoptado con mucho mejor acierto el apreciar la conducta humana, concretamente la del homicida, con base en las llamadas circunstancias de agravación punitiva, que, con mejor redacción en el texto actual del art. 324, introduce algunas modificaciones, no de simple forma sino de fondo, como, por ejemplo, la que agrava el hecho de matar cuando este se comete "por precio, promesa, remuneración, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil". O, también, la que reemplaza la expresión actual del num. 6º del art. 363 vigente, que en lugar de hablar de la utilización de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, se permite calificar el acto con la simple expresión "valiéndose de la actividad de inimputable". Con esta nueva expresión se limita el campo de las divagaciones o formas dudosas de expresión para acogerse a un concepto jurídico que ya se ha definido en el art. 31 al considerar como tal a "quien no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental".

IV. FORMAS DE HOMICIDIO

Como puede observarse por la lectura del texto de la nueva ley, subsisten modalidades del homicidio, diferentes del agravado de que acaba de hablarse, como el preterintencional, el piadoso, la inducción o ayuda al suicidio, y el que se realiza sobre el hijo concebido por acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida.

Obviamente, subsiste también el llamado homicidio culposo, como es apenas natural, de acuerdo con la clasificación que se hizo del hecho punible.

Un examen comparativo entre los dos códigos enseña que de las posibilidades de homicidio quedan por fuera en el nuevo texto: a) el homicidio concausal; b) el homicidio consentido por la víctima; c) el homicidio *honoris causa*, señalado en el art. 369 vigente; d) el homicidio en riña imprevista; e) el homicidio en complicidad correlativa, y f) el homicidio causado en duelo.

V. HOMICIDIO CONCAUSAL

La figura del homicidio concausal estaba prevista en el art. 366 del Código vigente, en el cual se consagraba, como se descubre a la simple lectura del mismo, la posibilidad de aceptar un hecho cuya naturaleza ha permitido intensas discusiones, pues se admite el evento de su aparición respecto a una conducta que simultáneamente tiene interferida la causa original, por otras causas antecedentes, concomitantes o subsiguientes al resultado producido. Es ver-

dad que en nuestro Código vigente el fenómeno de la concausalidad no se estableció sino con respecto a un único hecho punible que es el homicidio. No se dijo nada de él con respecto a otras figuras delictivas que difícilmente admitirían semejante hipótesis.

Es preciso recordar en este momento que el art. 21 del nuevo Código Penal asume la posición jurídica de dar, como no se había hecho antes, y en parte siguiendo lo dispuesto por el art. 40 del Código Penal italiano y por otras legislaciones contemporáneas, una noción de trascendental importancia sobre la causalidad en los términos siguientes: "Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de este, no es consecuencia de su acción u omisión.

"Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

Muy probablemente este tema de la causalidad en el hecho punible habrá de ser motivo de grandes controversias, dada la circunstancia de la diversidad de opiniones y de tesis que en el derecho penal se han propuesto por muchos autores. Sin embargo, es muy posible que en el esclarecimiento de este tema, frente a situaciones precisas, se ofrezca la ventaja de que la justicia se oriente en forma definitiva a establecer la responsabilidad penal sobre la base concreta de atribuir al sujeto activo de la acción el hecho punible como a su causa determinante. Y esto no solamente en cuanto a la llamada *imputatio facti*, sino también a la *imputatio juris*, o imputación moral que vincula al sujeto de modo eficiente con su acción, mirada no solo en el ámbito de su materialidad sino en el de su imputabilidad, y finalmente en el de su culpabilidad.

De tal manera también resulta ventajoso esperar que no se siga confundiendo la causalidad material con la responsabilidad penal, pues tal confusión puede conducir fácilmente a la institucionalización de la llamada responsabilidad objetiva, es decir, una responsabilidad sin culpabilidad.

VI. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Entendida la culpabilidad como una relación psicológica entre el agente y el hecho punible se deduce la existencia lógica de acción y evento, el cual es resultado de la misma. Es ella la que, según el decir de VINCENZO CAVALLI, "vivifica el elemento material y consiste en la actitud particular de la conciencia y de la voluntad hacia el resultado". Es por esta razón por la cual el fenómeno de la culpabilidad se expresa como la relación existente entre la actividad sicológica y el resultado final. Como dice el profesor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, "La culpabilidad se deduce de las normas subjetivas de determinación que dirigen al personalmente obligado".

No debe olvidarse que la nueva legislación penal, al hablar de las formas de culpabilidad (art. 35), las reduce al dolo, a la culpa y a la preterintención.

Sabemos, en términos generales, que el homicidio preterintencional está constituido por una acción que puede integrarse así: el intento o propósito

de causar un mal y el resultado, que es distinto del mal querido, pues su producto es la muerte.

Conviene aceptar que es novedoso en nuestro sistema —cuestión que puede discutirse— que la preterintención sea una tercera forma de la culpabilidad. Sin embargo, debemos reconocer que el resultado muerte no se adecua al querer: causar un daño distinto de la muerte. Pero si se acepta, a lo menos como opinión polémica, que en este caso de homicidio el resultado viene a calificar la acción, resulta evidente que ese resultado es una muerte, un homicidio. Parece entonces que se trata de una ficción largamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, pese a la aparente contradicción que se presenta entre el querer del agente y el resultado final de su acción.

Dentro de un criterio jurídico positivista, la responsabilidad penal en este caso puede atribuirse al tanto de peligrosidad que representa el fenómeno que debiera haber sido previsto como resultado y sin embargo no lo fue. Dentro del concepto culpabilista del hecho punible debe reconocerse que en la preterintención el resultado no se adecua al querer. Sin embargo, conforme al nexo de causalidad que brevemente hemos examinado atrás, el resultado en este caso es atribuible al autor como causante indirecto del mismo, por no haber previsto las consecuencias posiblemente fatales de su querer.

Al comentar este punto el profesor ESTRADA VÉLEZ explica cómo ha sido muy difícil eliminar de los códigos penales la llamada responsabilidad objetiva, en la cual se responde solo por la causación material del resultado. Cita como ejemplo el homicidio preterintencional que, según el tratadista JESÚS BERNAL PINZÓN, constituye un caso de responsabilidad objetiva del homicidio preterintencional, como el aborto seguido de muerte y otras hipótesis similares. Estas reflexiones me hicieron afirmar en mi libro sobre delitos contra la vida y la integridad personal, lo siguiente: "...El dolo es eventual en el homicidio preterintencional por cuanto, no tratándose de una exacta relación entre lo querido y el efecto, este acaece eventualmente, viniendo a ser consecuencia indirecta por falta de previsión al iniciar la ejecución". Naturalmente, el resultado de todo esto tiene que ser que las leyes busquen un equitativo promedio para imponer la sanción al inculpaado. Resultaría excesiva, y por lo mismo injusta, una ley que reprimiera el homicidio preterintencional con la misma pena correspondiente al homicidio intencional, ya que entre los dos actos hay una diferencia notable en cuanto al elemento subjetivo. Pero también resultaría inequitativo, por defecto, que la ley impusiera al victimario la pena correspondiente al delito de lesiones, siendo así que el resultado objetivo es igual en el homicidio intencional que en el preterintencional.

Ante esta situación fue preciso en la doctrina idear y conseguir una figura que armonizara dentro de una misma entidad la consideración del elemento subjetivo (propósito de lesionar) con el daño material causado (muerte).

Sobra por ahora hacer alusión a fondo a la inmensa dificultad pragmática de esclarecer la intencionalidad de los eventos preterintencionales para darles su exacto *nomen iuris*, problema este que en su tiempo el maestro CARRARA

previó al enseñarnos que esta dificultad probatoria en cierto modo puede remediarse si se conocen la índole del acusado; las precedentes manifestaciones de su ánimo; las causas por las cuales delinquirió el sujeto; la naturaleza del arma empleada; y el número y dirección de los golpes producidos sobre la víctima.

De otro lado, no podría olvidarse la famosa tesis de VINDI que se expresa en la vieja frase latina *Qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*, que, como sabemos, significa simplemente que quien se desliza en el delito responde del infortunio consecuencia del mismo. Esta opinión para relacionarla con el homicidio preterintencional, doctrinariamente puede conducir a las observaciones que se han hecho de una responsabilidad objetiva. La tesis opuesta fue ingeniosamente analizada por el maestro uruguayo IRURETA GOYENA, quien afirmó que "en este caso el autor no debe responder sino del mal que ha pretendido inferir".

Como se ve por lo anterior, la doctrina sostiene opiniones contrarias que, admitidas una a una en forma absoluta conducirían, en nuestra opinión, a conclusiones exageradas. Sin contar por ahora con la vieja discusión sobre si en el fenómeno de la preterintencionalidad simultáneamente aparecen dos formas de culpabilidad, como el dolo y la culpa: dolo en cuanto al querer o propósito de dañar, y culpa en cuanto a la no previsibilidad del resultado muerte.

Para dirimir este problema nuestro Código Penal, como acaba de examinarse, optó por una posición intermedia fundada en la equidad, conforme a la cual este tipo de acción constituye siempre un homicidio, aunque, dado el déficit de intencionalidad para el homicidio, se impone una penalidad disminuida.

VII. INDUCCIÓN AL SUICIDIO

El art. 327 del nuevo Código Penal hizo una importante modificación al refundir en este solo texto tanto la inducción eficaz al suicidio o la prestación de ayuda efectiva para su realización con el llamado homicidio del "consensiente", u homicidio consentido por la víctima, al cual se refería el art. 368 del Código de 1936. El fenómeno que se reprime por este medio corresponde a la intención delictiva de quien se convierte en un determinante psicológico del suicida. Ha de ser, naturalmente, una forma de presión o sugestibilidad tan fuerte que la víctima se incline por su propia muerte. También la prestación de ayuda efectiva para la realización del suicidio está indicando la causa de la supresión del llamado *homicidio consentido por la víctima*, que consiste, precisamente, en facilitar la muerte prestando los instrumentos para que el suicida la realice. Sobra aquí hablar de consentimiento de la víctima, puesto que este queda implícito en la expresión "o le preste ayuda efectiva para su realización".

VIII. FILICIDIO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO O INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Trátase aquí de una conducta delictiva no tratada anteriormente por la ley penal; esta situación se divide en dos formas: a) dar muerte al hijo nacido como producto de un acceso carnal violento o abusivo, y b) dar muerte al hijo producto de inseminación artificial no consentida por la madre. Las dos hipótesis se explican sencillamente.

El acceso carnal violento ejecutado contra una mujer en forma individual o colectiva constituye un atentado impregnado de barbarie y de violencia. Este atentado, que no es aparición exótica infrecuente como fenómeno de presentación que se practique solamente en épocas de guerra o de revolución, sino que tiene ocurrencia en la vida ordinaria, crea, necesariamente, tremendos fenómenos de perturbación anímica en la mujer que ha debido soportar tal agresión y que, por lo general, rechaza una maternidad nunca deseada ni menos tolerada en las condiciones en que se le impuso. Igual situación se presenta cuando a la mujer se la ha sometido, por el método de la inseminación artificial, a cumplir la función biológica de engendrar una criatura sin haber ella prestado su consentimiento a semejante solución. Una y otra forma implican atentados contra la libertad sexual de la mujer, ejecutados mediante la violencia, con las tremendas consecuencias que se deducen.

Tan dolorosa situación no alcanza a justificarse. De todas maneras se trata de un atentado contra el derecho a vivir que emerge de la criatura con todas las posibilidades de ese derecho y, como lo explicaba al principio, la ley penal colombiana reprime inexorablemente toda forma de muerte que no sea legalmente justificable. Es dolorosa la conclusión a que se llega en estas tremendas hipótesis de maternidad. La ley pena tan solo con benignidad las muertes de niños que puedan derivarse de estos atentados, estableciendo para quien realiza la acción, una pena de arresto simplemente.

IX. SUPRESIÓN DEL ARTÍCULO 382 DEL CÓDIGO PENAL

Como ustedes pueden apreciarlo, el temario de esta conferencia está reducido al breve tiempo que tengo para hacerlo. Son muchas otras las ideas y opiniones que surgen sobre temas que no se alcanzan a tratar en esta ocasión, pero antes, y para finalizar, no puedo dejar de referirme, brevisimamente también, al hecho de haber eliminado del nuevo Código Penal las situaciones que emergen del famoso art. 382 del Código Penal de 1936, que tantas discusiones y controversias suscitó dentro de nuestro ambiente jurídico y que, por interpretaciones excesivamente generosas y desconsideradas, permitió en muchos casos llegar a la aberrante tesis de que en esa norma se hubiera consagrado una nueva causa de justificación legal, no prevista en el art. 25 de la parte general.

La elasticidad que se le dio a la interpretación de este texto, especialmente en lo relativo a los casos de uxoricidio con pretexto de adulterio, condujeron

a inaceptables y abusivas conclusiones que la opinión sana del país siempre ha rechazado.

Lo que resulta evidente es que el homicidio y las lesiones causadas por "cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta", a quienes se sorprende en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, no justifica ni con mucho la excesiva conclusión de que el numeral 3° del mismo artículo 382 hubiera consagrado una causal de justificación.

La hermosa retórica de algunos tribunos forenses, que no tanto de eminentes juristas, llegó al extremo de proclamar que la expresión "y aun eximirse de responsabilidad", refiriéndose al autor del hecho, es la consagración de una causa legal de justificación. Pensamos que quizás ella pudiera llegar en caso supremamente extraordinario a conferir al autor la impunidad del acto, como inicialmente se propuso en la Comisión redactora del Código de 1936, según se lee en las actas respectivas, pero no la legitimación del acto por vía de justificación. La exención de responsabilidad tiene alcances más profundos que se estudian a la luz de las doctrinas penales pero ellas no coinciden con el aparente querer del legislador de 1936.

La responsabilidad penal es una consecuencia lógica de la culpabilidad, a no ser que se entienda, dentro del lenguaje positivista utilizado con anterioridad, que la responsabilidad penal, que es la base de la defensa social, por ausencia de peligrosidad criminal exime al autor de una modalidad del homicidio que de ninguna manera alcanza el término de la justificación. Ella es producto de una situación psicológica o temperamental que explota con violencia ante el conocimiento de un hecho que puede ofender la dignidad paterna, conyugal o fraternal. Pero esta es una materia diferente que se halla vinculada al conocido ámbito de la llamada legítima defensa del honor, aunque tiene elementos básicos diferentes de los que la doctrina penal atribuye a situaciones producidas en estado de exaltación emocional que en nuestra ley se ubican dentro de la expresión de "estados de ira o intenso dolor".

El equivocado entendimiento del art. 382, que llegó a extremos inaceptables de verdadera venganza pasional por ofensas reales o supuestas, especialmente dentro de la vida matrimonial, no se compadece con los supuestos ineluctables que son requeridos para que exista la legitimación del acto, especialmente la "actualidad de la agresión". De otro modo el inciso 2° del art. 382 no hubiera hablado de que los beneficios penales para el autor del hecho son reconocidos "aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal". En esta hipótesis no aparece la *actualidad de la defensa* y es absurdo, por tanto, como tantas veces se hizo en Colombia, declarar como causa de justificación un homicidio que corresponde en la clasificación jurídica al llamado homicidio cometido en estado de emoción violenta, ira o intenso dolor.

Mucho más se puede agregar sobre el tema de tan dilatadas proporciones, pero en gracia de la brevedad conviene apenas hacer esta ligera mención que justifica sobradamente la posición de los autores del nuevo Código Penal al

suprimir, con indudable acierto, un texto cuyas consecuencias llegaron inclusive a convertirse en jurisprudencias necesariamente controvertidas y controvertibles.

El nuevo Código Penal, sin perjuicio de colocar en términos correctos y aceptables las causas de justificación, dejó a la doctrina la posibilidad de concretar o explicar la diversidad de fenómenos a que dan lugar frente a los hechos concretos esas situaciones consagradas por el derecho. Asimismo, y con el fin de evitar que prosigan las confusas opiniones y abusos a que dio origen el art. 382, dejó, de manera precisa y clara, prevista la condición de los autores de hechos punibles cuando estos estén promovidos por ira o intenso dolor causado por comportamiento ajeno grave e injusto. Es este el tratamiento que el art. 60 dentro del capítulo de las circunstancias da a las situaciones explosivas o violentas, producto de temperamentos apasionados o irascibles, psicológicamente perturbados en sus emociones o pasiones, que concluyen en episodios sangrientos como las lesiones o el homicidio. No se trata de hechos que merezcan justificación, puesto que no se dan las condiciones de tales circunstancias, pero sí, en cambio, en forma razonable, considera la conducta de los delincuentes emotivos y pasionales con una disminución penal que corresponde a esas dolorosas situaciones originadas por el temperamento o por la exacerbación provocadas injustamente por terceras personas.

Dentro de la compleja variedad de los fenómenos que pueden ser objeto de estudio y análisis en la confrontación que se hace entre el Código Penal vigente y el que entrará a regir el próximo año, se observarán que desaparecen el llamado *homicidio en riña imprevista* y también el *homicidio en complicidad correlativa*.

En cuanto al primero basta recordar que, dentro de la estructura del delito de homicidio, la posibilidad de matar en riña imprevista, de la anterior legislación, queda perfectamente resuelta con las fórmulas generales del homicidio, especialmente la referente a los fenómenos de la provocación que suscitan el despliegue de la ira o el intenso dolor. Resulta innecesario hablar de riña imprevista como circunstancia atenuante de un homicidio, pues frente a la realidad lo que ocurre es la presencia de una provocación ante la cual se suscita la respuesta homicida. La riña, de suyo, no es un delito. Se trata de agravios o manifestaciones de hecho entre dos o más contendientes, que pueden originar unas veces lesiones personales y otras una o varias muertes. Pero estas situaciones están implícitas en las fórmulas generales ya analizadas, aplicando naturalmente las circunstancias de atenuación o de agravación que correspondan a la situación creada.

En cuanto a la llamada complicidad correlativa en el homicidio, hay que recordar que esta singular fórmula, que fue acogida por el art. 385 del Código Penal vigente, no tiene claridad frente a la orientación culpabilista de la nueva ley penal. La participación de varias personas en un hecho delictuoso se rige por las reglas respectivas de la coparticipación criminal. Pero puede suceder que en ciertos fenómenos tumultuarios, en que las multitudes exarcebadas

por cualquier situación dejen como saldo uno o varios muertos, sea cuestión que se desenvuelve también con las mismas fórmulas de participación criminal, para establecer la culpabilidad que corresponda a cada uno de los participantes. Se presenta en la práctica la imposibilidad de establecer la participación de cada uno de los concurrentes en la acción, produciéndose un fenómeno de impunidad.

El positivismo penal cubrió esa hipótesis dentro del criterio de la peligrosidad criminal, estableciendo que la responsabilidad corresponde a todos los participantes en el hecho y atenuando para ello la penalidad. Esta fórmula de transacción resulta también de imposible aplicación por la misma dificultad que se señaló en cuanto a la comprobación unipersonal en la actividad conjunta. No es posible declarar la culpabilidad de un homicida afirmándola con respecto a todos los concurrentes al acto, sin que se haya podido demostrar la parte que cada uno tomó en la acción. Este es un caso que también puede señalarse como de responsabilidad objetiva que viene a resultar jurídicamente inaceptable, como antes se dijo, dentro de la nueva concepción del Código Penal.

¿EL INCISO FINAL DEL ART. 40 DEL C. P. SE REFIERE TANTO AL ERROR DE TIPO COMO AL ERROR DE PROHIBICIÓN?*

Doctor FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Medellín

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A manera de interrogante, se nos plantea si el art. 40, en su inciso final, se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición. Semejante cuestionamiento supone, como es apenas lógico, partir de la estructura gramatical de la disposición legal.

Pues bien, el Código Penal consagra como causales de inculpabilidad, en su capítulo VII intitulado *De la culpabilidad*, art. 40, ordinales 3° y 4°, las siguientes:

"...3°) Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación.

"4°) Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

"Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo".

Apegados al texto, como puede verse, encontramos que allí no se habla de la moderna división entre error de tipo y error de prohibición; quienes han implementado tal nomenclatura son los doctrinantes colombianos. La disposición solo habla de "realizar" el hecho, o de "obrar" con "*la convicción errada e invencible*"; únicamente el discutido inciso final habla de "error". Ninguna otra disposición del Código hace alusión a la problemática, a no ser el mismo art. 10, norma rectora de la ley penal colombiana, según la cual "la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las *excepciones* consignadas en ella"; otro tanto ocurre con la norma vertida en el art. 5°, consagratoria del "principio de culpabilidad", si es que extraemos las consecuencias que su asunción supone y recordamos que "proscribe" la responsabilidad objetiva.

* Conferencia pronunciada por el autor en la ciudad de Neiva el día 10 de diciembre de 1982, por invitación que le formulara el Colegio de Abogados Penalistas del Huila.

Si nos apegásemos únicamente al texto legal, tendríamos que concluir, entonces, que el problema propuesto se encuentra mal formulado, pues desde tal perspectiva lo correcto hubiese sido plantear si el inciso final (que tampoco está claro si es el final del art. 40 o del ordinal 4º) se refiere a la *convicción errada* a que aluden los dos ordinales. Ahora bien, si el problema se plantea desde otra perspectiva, tal vez pueda hallarse una visión bien distinta y concluir, como lo hago yo, que el problema ha sido muy bien formulado.

Con lo anterior, hemos logrado precisar un primer obstáculo: el propio texto legal. Y es un obstáculo, si se tiene en cuenta su redacción imprecisa; no otra cosa se puede decir si se piensa que la locución "convicción errada e invencible" es de por sí muy problemática: sin ningún asomo de duda podría uno preguntarse: ¿cómo es que se puede tener la *convicción* de que se está *errado* si justamente se está *errado*?

Pero a más de estas dificultades, encontramos otras, no precisamente exegéticas:

Si el legislador, como dice la doctrina, consagró el error de tipo y el error de prohibición en el art. 40, ¿por qué ambos descartan la culpabilidad? ¿No es acaso cierto que tal división exige que se descarte el tipo en el caso del error de tipo y la culpabilidad en el error de prohibición que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad? Y si aceptamos que están allí consagradas las dos clases de error, ¿por qué el de prohibición solo se agota en una de sus formas? ¿Qué hacer con las otras formas de error de prohibición? ¿No violenta la escisión error de tipo-prohibición el contenido del art. 10 del C. P.? Y si ha sido consagrado vehementemente el principio de culpabilidad ¿no será una impropiedad la consagración del principio de conocimiento de la ley en el art. 10?

Estos y muchos otros interrogantes son los que acuden cuando se trata de solucionar un problema como el que se nos ha propuesto. Pero, claro está, el problema planteado y los interrogantes que le suceden, no se pueden solucionar si previamente no se ha adoptado una posición clara frente a la legislación penal. Es que no podemos dar una solución correcta a los problemas que nos plantea la teoría del error en el actual estatuto, si previamente no hemos clarificado cuál es la estructura del delito que acoge.

Por ello procederemos, luego de examinar la posición de nuestra doctrina al respecto, a bosquejar los rasgos de la estructura del delito que consideramos más viable y terminaremos sosteniendo la moderna división del error, a la luz de la llamada "teoría de la culpabilidad" (*Schuldtheorie*).

Dadas así las cosas, nos permitimos adelantar nuestra respuesta: el art. 40 refiere el inciso segundo del ordinal 4º solo al error de tipo. El cómo y el por qué serán el objeto de la exposición que a continuación desarrollamos.

II. CONSIDERACIONES DE LA ACTUAL DOCTRINA COLOMBIANA EN ESTA MATERIA

Los autores colombianos que han escrito sobre el tema confluyen por distintos caminos en una de las teorías sobre el error: la teoría del dolo (*Vorsatztheorie*); sin embargo, antes de iniciar su desarrollo, es de suma importancia

reseñar los proyectos de Código Penal, para enterarnos de los propósitos del legislador histórico.

A) La regulación del error en los proyectos de Código Penal

En el anteproyecto de 1974 (A-74) encontramos en el art. 49, como causales de inculpabilidad, el error sobre las causales de justificación en el ordinal 3º (No es culpable... Quien realizare el hecho legalmente descrito en la creencia errada e invencible de que está justificado); y en el 4º el error de tipo (...Quien obra en la creencia errada e invencible de que no concurre en su conducta alguna de las exigencias necesarias para que el hecho exista según su descripción legal. Si el error proviene de culpa el hecho será punible cuando la ley lo considere como culposo).

En el art. 50 se reguló como causal de inculpabilidad la ignorancia de la ley en materia de contravenciones, siempre y cuando "...dependa de fuerza mayor..."; y se repitió el art. 14 del Código de 1936 sobre el error accidental (art. 51), lo que sobraba, si se tiene en cuenta que tales hipótesis caben en el error de tipo. Aparecía, asimismo, en el art. 11, como principio rector de la ley penal colombiana, el principio de conocimiento¹.

Como se desprende de las actas, se descartó la consagración de otras formas de error de prohibición, pues, según GAITÁN MAHECHA, era "inconveniente establecer una norma sobre error de prohibición, porque se traduce, a mi modo de ver, en un problema de ignorancia de la ley, especialmente por la dificultad que existe para diferenciar en la práctica el error de la ignorancia"².

Distinto fue el parecer de ROMERO SOTO, para quien era evidente que debía regularse el fenómeno, pues:

"...es un hecho incontrovertible que quien ignora la ley, está en una situación subjetiva que, al menos en abstracto, es de la más auténtica inculpabilidad... es un error como cualquier otro, aunque existan necesidades políticas que no permiten que se pueda alegar en toda su amplitud"³.

El comisionado REYES, por su parte, se pronunciaba por lo que calificó como una "fórmula intermedia", arguyendo que resultaba muy difícil encontrar argumentos para variar las cosas, e insinuando una fórmula sustancialmente idéntica a la del viejo art. 23 que solo excepcionaba en materia de contravenciones⁴; la posición de este comisionado se explica, pues desde entonces ha venido sosteniendo que los casos de *ignorantia legis* constituyen un error sobre la existencia misma del tipo inculminador:

¹ Cfr. *Actas del nuevo Código Penal*, Parte general, vol. 1, Bogotá, Ediciones Pequeño Foro, 1980, pág. 389. Publicación dirigida por Luis Carlos Giraldo M.

² Ídem, pág. 323.

³ Ídem, pág. 322.

⁴ Ob. cit., págs. 323 y 324.

“Si existe un error invencible sobre uno de los elementos necesarios para la estructuración o integración del tipo legal, la conducta es inculpable, y si ese error se extiende a todos los elementos que integran ese mismo tipo, también, naturalmente, se excluye la culpabilidad”⁵.

Con lo anterior queda, entonces, claro que la Comisión no acogió el error de prohibición directo como causal de inculpabilidad; y algo que es de importancia: el error de prohibición indirecto (que recae sobre las causas de justificación) fue recogido solo en cuanto se presentara con las características de invencibilidad, pues el inciso de la culpa (si se me permite la expresión), solo comprendía el error de tipo; no otra cosa se puede deducir luego de leer la ponencia de GAITÁN MAHECHA y las discusiones por ella suscitadas⁶.

En estas condiciones, la norma pasó a través del tamiz de otra Comisión (la de 1976, cuyo proyecto no fue tenido en cuenta para la redacción definitiva) hasta la del 78, que sirvió, con el anteproyecto de 1974, para la formulación del proyecto definitivo.

En el proyecto de 1978 encontramos una norma sustancialmente idéntica en los arts. 44, 45 y 46, en lo que toca a la ignorancia de la ley en materia de contravenciones y al “error accidental”; de otra parte, el principio de “conocimiento de la ley” seguía incrustado en el art. 7°. Lo único novedoso en este proyecto es que ya no se habla como en el A-74 de “creencia” sino de “convicción errada”.

Finalmente, la Comisión del año 1979, partiendo del A-74 y del P-78, no varió sustancialmente las cosas en este campo, limitándose solo a darle algunos retoques al que sería art. 42 del proyecto final, destacándose la expresa referencia, en lo que toca con el reproche a título de culpa, para el error de tipo vencible. Para que no quede lugar a dudas, transcribimos lo que dijo ESTRADA VÉLEZ, presidente de aquella Comisión:

“Mi propuesta está basada sobre el texto del proyecto final con la supresión en el ordinal 3° de la expresión «prevista en la ley» y el cambio del segundo inciso del ordinal 4° por los siguientes términos: «si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo»”⁷.

Queda entonces algo claro: si nos atenemos al pensamiento de las diversas comisiones que intervinieron en la redacción del Código, el inciso en discusión en la actual doctrina se refería solo al error de tipo y no al error de prohibición indirecto; era el inciso segundo del ordinal 4°.

B) El nuevo Código Penal y la doctrina colombiana

Antes que se planteara el problema del error de prohibición vencible en el nuevo Código Penal —es bueno destacarlo—, ya un autor había llamado

⁵ Ob. cit., pág. 324.

⁶ Ob. cit., pág. 326.

⁷ Ob. cit., pág. 551.

la atención sobre el mismo con respecto al P-76, cuestionamientos también válidos para el P-78 y por ende para el C. P. de 1980. Nos referimos a AGUDELO BETANCUR, quien en 1978 planteó tres alternativas de solución frente al error indirecto de prohibición vencible:

“1°) Condenar por delito doloso, aunque falte la conciencia actual (debió decir potencial) de la antijuridicidad, e imputar la pena correspondiente a la responsabilidad total.

“2°) Absolver, por el delito doloso, pero condenar por delito culposo (la denominada «culpa de derecho»), cuando esté expresamente previsto.

“3°) Condenar por delito doloso (si para la existencia del dolo solo se exige el conocer y querer la realización del hecho, sin que implique la conciencia de la antijuridicidad) pero atenuar la sanción por ser de todas formas menor el reproche por faltar la conciencia actual (debió decir potencial) de la antijuridicidad”⁸.

De las tres alternativas descarta el autor la primera de ellas, pues supondría “plena responsabilidad, aun sin plena conciencia de la antijuridicidad, lo que no parece aceptable, pues habría un tratamiento igualmente represivo ante comportamientos diferentes”⁹.

En cuanto a la segunda, la considera también insostenible, pues reporta graves peligros desde el punto de vista político-criminal: “al ciudadano, por tanto, le es exigible que obre solo cuando esté convencido de que no obra ilícitamente y que se abstenga no solo cuando sabe que está obrando mal, sino también cuando tiene la duda de si su obrar es ilícito o no, cuando no está seguro de su obrar está bien. Es la denominada Ética de responsabilidad, frente a la denominada Ética de conocimiento”¹⁰. Esta alternativa supone también otra dificultad: sería reconocer la existencia de culpa allí donde no la hay.

Se pronuncia, entonces, por la tercera solución, motivo por el cual sugirió que se reformara la norma incluyendo de manera expresa la atenuante.

A partir de este hito, la doctrina colombiana empezó a discurrir por la segunda de las alternativas, no solo la más peligrosa sino la más inconsistente; lo que no hubiera ocurrido si en su momento se hubiese atendido por el legislador este primer clamor, el mismo que ahora recogemos y que nos mueve a proponer una solución por vía de interpretación.

En primera instancia, REYES ha dicho —repetiendo lo afirmado diez años atrás— que el caso clásico de error de prohibición directo, la *ignorantia legis*, ha de tratarse como un caso de error sobre la existencia misma del tipo inculpativo, pues expresamente está consagrada como excepción al art. 10 en el

⁸ NÓDIER AGUDELO BETANCUR, “Diversos contenidos de la estructura del delito”, en *Nuevo Foro Penal*, núm. 1, Medellín, 1978, pág. 22.

⁹ *Ibidem*, pág. cit.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 24.

ordinal 4° del art. 40¹¹; de otro lado, extiende, sin que se sepan los argumentos, la regulación del error de tipo vencible al error sobre las causales de justificación y empieza a hablar del "inciso final del artículo 40", cuando lo cierto es que ESTRADA VÉLEZ hablaba del inciso 2° del ordinal 4°, lo cual supone algo completamente distinto¹².

Ahora bien, con respecto a esta posición ya nos hemos pronunciado en otro lugar¹³, donde sostuvimos que desdibuja totalmente la distinción moderna error de tipo-prohibición, pues, o bien no ubica algunas hipótesis de error de prohibición directo, o las ubica como error de tipo. En efecto: el error indirecto de prohibición lo ubica como tal en el art. 40-3; los casos de *ignorantia legis* (una de las formas de error de prohibición directo) como error de tipo, olvidando además que el agente puede incurrir en error directo de prohibición cuando, a pesar de conocer la norma prohibitiva, la considera no vigente o la interpreta equivocadamente y por ello la reputa no aplicable, formas de error que no ha tenido en cuenta la doctrina colombiana actual.

Si algo se echa de ver en tal tesis, es la ausencia de criterio sistemático alguno; de ser consecuentes con ella no cabría hacer la distinción error de tipo-prohibición frente a nuestro C. P. Es que los diversos tipos de error reciben el mismo tratamiento y las consecuencias que se siguen de uno y otro son las mismas: si el error es *invencible* no hay culpabilidad; si es *vencible*, se reprocha a título de culpa si existe el respectivo título culposo. Pero como solo se sancionan a título de culpa unos pocos casos (C. P., arts. 137, 180, 199, 329, 340 y C. de Co., art. 2000, entre otros), se abre una verdadera compuerta a la impunidad, pues serán muchos los casos en que al agente no se le podrá

¹¹ La clasificación del error de prohibición en *directo* (*direkter Verbotsirrtum*) e *indirecto* (*indirekter Verbotsirrtum*) es hoy frecuentemente invocada en Alemania. Sin embargo, nada se opone a la utilización de la clasificación de MAURACH, quien prefiere hablar de error *abstracto* o *concreto* (cfr. REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Ed. Ariel, 1962, pág. 152).

Según JESCHECK, el error *directo* surge de que el autor no conoce en cuanto tal la norma punitiva que se refiere directamente al hecho, tomando por lícita la acción, y ello puede obedecer: a) a que el autor no conozca la norma prohibitiva; b) a que aun conociéndola la considere no vigente; c) a que la interprete equivocadamente y, por ello, la reputa no aplicable. El error *indirecto*, en cambio, puede surgir de dos eventos: a) del hecho de que el autor, conociendo perfectamente la prohibición en cuanto tal, crea en el caso concreto, por error, que concurre una norma justificante por desconocer los límites jurídicos de una causa de justificación admitida; b) o porque supone en su favor una causa de justificación no acogida por el ordenamiento jurídico. El profesor JESCHECK excluye de esta clasificación el error sobre circunstancias que, de concurrir, darían lugar a una causa de justificación reconocida (error de tipo permisivo), por considerarlo un error *sui generis*, que es al mismo tiempo error de tipo y error de prohibición indirecto (cfr. HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, págs. 627 y 633).

Sostienen también la clasificación del error en *directo* e *indirecto*: EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, 2ª ed., Tübingen, J.C.B. Mohr, 1975, págs. 439 (10/95-96) y 421 (10/68-70). JOHANNES WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 11ª ed., Heidelberg-Karlsruhe, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1981, pág. 105.

¹² ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 7ª ed., Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1980, págs. 348 y 349. De igual forma, aunque con amplia fundamentación: *La culpabilidad*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1982, págs. 207 y 220.

¹³ FERNANDO VELÁSQUEZ V., "Bibliografía", *Nuevo Foro Penal*, núm. 15, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 899 y ss.

exigir un mínimo de cuidado, una mínima previsión en tratándose de error de prohibición vencible.

En las anteriores circunstancias, sería mejor sostener que el C. P. solo consagra la *convicción errada* como causal de inculpabilidad, sea vencible o invencible, salvo que siendo vencible exista el correspondiente tipo culposo, evento en el cual se reprocha el comportamiento al agente a título de culpa. Pero la tesis de REYES envuelve algo más, es inventarse algo que la ley no ha consagrado: decir que el inciso 2° del ordinal 4° es el inciso final del art. 40; con ello, se inventa el expositor una "culpa de derecho" que el ordenamiento no consagra para el error de prohibición indirecto vencible; está bien que para el error de tipo se diga que "si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo" (art. 40, inc. 2° del ord. 4°), pero no está bien que tal afirmación se haga en materia de error de prohibición vencible, pues se transforma en culposo un comportamiento reprochable a título de dolo¹⁴.

Estos planteamientos los ha recogido, también, LONDOÑO BERRÍO, aunque con algunas variantes: la única forma de error de prohibición directo que tiene en cuenta es la *ignorantia legis*, que ubica por vía interpretativa en el art. 40-3 (no en el art. 40-4 como REYES); como error de prohibición que es, esto supone compartir las censuras que el comisionado ha formulado al art. 10, en el sentido de que es una mera ficción o una presunción que violenta el principio de culpabilidad, consagrado no solo por el art. 5° del C. P. sino por el art. 14 de la ley 74 de 1968, o ley nacional de la *Declaración de los Derechos Humanos*; cuando el error de prohibición es vencible, extiende a él el ord. 4° inciso segundo, reprochando al agente a título de culpa su conducta, siempre y cuando exista el correspondiente tipo culposo.

Como él mismo lo anota, entre su postura y la del comisionado hay muy pocas diferencias de tipo teórico y no implica "diferencias de orden práctico, pues en ambos supuestos, cuando la ignorancia de la ley penal es *inevitable*, hay inculpabilidad, y por ende, no hay pena"¹⁵. Rechaza además las soluciones de tipo sistemático, pues, según él, se ven desplazadas a un segundo plano las consideraciones de política criminal, consideraciones que no tiene en cuenta a la hora de evaluar su posición en materia de error de prohibición vencible, sin que tampoco quede claro si se afilia a la versión estricta o limitada de la teoría del dolo, pues termina postulando una extraña "culpa de derecho" ajena a nuestra tradición jurídica¹⁶.

¹⁴ Reproche atenuado como exigencia del principio de culpabilidad. Hablando de la transformación anotada, ha dicho con razón WELZEL lo siguiente: "Esta transformación del desconocimiento reprochable de una realización típica antijurídica en una comisión culposa, es *equivoca desde un punto de vista material* y conduce a vacíos inadmisibles en la punibilidad" (HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1976, pág. 228).

¹⁵ HERNANDO LONDOÑO BERRÍO, *El error en la moderna teoría del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 134.

¹⁶ *Ibidem*, págs. 105 y 134. Grave se nos hace que de plano se rechacen las consideraciones de tipo sistemático, y más grave aún cuando no se ha interpretado en su cabal sentido lo que

ESTRADA VÉLEZ, por su parte, se contenta con transcribir *in extenso* las consideraciones de REYES, pero poniendo de manifiesto que la *ignorantia legis* no es, ni puede ser nunca, un error de tipo; que dichos eventos son punibles frente al Código Penal. Además, olvidando lo que había sostenido en el seno de la Comisión redactora del año 79 —que ya transcribimos—, habla ahora del “inciso del artículo 40” y termina sosteniendo que debe extenderse al error de prohibición vencible del art. 40-3:

“El error (tipo o de prohibición) elimina la culpabilidad cuando es invencible. Cuando es derivado de culpa extingue el dolo, pero deja subsistir la culpa, siempre que el hecho esté previsto culposamente”¹⁷.

La posición de REYES es también recogida por PÉREZ, aunque incurriendo en la equivocación de confundir error de hecho con error de tipo, y error de derecho con error de prohibición¹⁸.

ARENAS, con un punto de vista más o menos similar a los anteriores, parece identificarse con ESTRADA VÉLEZ¹⁹.

En último término, nos queda por examinar el criterio que al respecto sostiene FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, el cual se puede sintetizar como sigue:

a) Ambos errores (de tipo y de prohibición) excluyen el tipo, cuyo aspecto subjetivo está conformado por la culpabilidad.

b) El inciso objeto de discusión solo se refiere al error de tipo (art. 40-4).

c) No ve inconveniente en ubicar lo que para él es error abstracto de prohibición como error de tipo, al estilo de REYES; o bien, como error de prohibición concreto, al estilo de LONDOÑO BERRÍO (art. 40-4, en el primer caso ó 40-3 en el segundo), acudiendo a la interpretación que llama “extensiva”.

d) El error de prohibición vencible no se debe castigar en ningún caso, pues la ley no prevé para él pena de modo expreso.

e) Se pronuncia por la teoría del dolo, ubicando el dolo con conciencia de la antijuridicidad en el tipo subjetivo (culpabilidad).

dice el español MUÑOZ CONDE, quien no acolita tal posición. En efecto, una cosa es que se critique la remisión al sistema como único recurso y se dé entrada a la política criminal, como propone el mismo ROXIN, y otra cosa muy distinta es que no se le dé importancia al sistema. Para que quede claro lo que dice el autor hispano, lo transcribimos seguidamente:

“No cabe duda de que se ha exagerado la importancia del sistema en la solución de los problemas jurídicopenales, pero tampoco cabe duda de que es imprescindible para dar un mínimo de seguridad y uniformidad a dichas soluciones. Por eso, porque el sistema es imprescindible, debe seguir manteniéndose, pero también tiene, al mismo tiempo, que corregirse en sus excesos y en sus falsos planteamientos” (FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 178). Afirmación esta bien distinta a la que hace el autor que aquí criticamos, en la pág. 139 de su trabajo.

¹⁷ FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1981, pág. 360.

¹⁸ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 313 y ss.

¹⁹ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 437.

f) Termina sosteniendo que si bien “...el citado numeral 3° se refiere privativamente al error sobre las causas de justificación (existencia, supuesto y límites), el numeral 4° necesariamente tiene que abarcar las demás posibilidades de error relevante, y por tanto en él quedan englobadas todas las modalidades del error disculpante, sea este de tipo o de prohibición, de hecho o de derecho”²⁰.

Con respecto a esta tesis, cabe decir lo siguiente: la ubicación de la *ignorantia legis* como error de tipo, suscita, al igual que en REYES, las mismas críticas; bien ha dicho ESTRADA VÉLEZ que “no puede ser jamás error de tipo”²¹; lo que hay que entender es que la posición de REYES encuadra perfectamente en la particular estructura de este autor, quien parte del concepto de tipo total, o, mejor, “tipo de delito”, al estilo de GALLAS y con reminiscencia de la teoría de BELING²².

Asimismo, la tesis según la cual el error de prohibición vencible (que recaer sobre las causales de justificación o concreto) no se debe castigar en ningún caso, deja abiertas las puertas a innumerables vacíos de punibilidad.

Hay que concluir, también, que este autor termina desdibujando la moderna división del error, pues no se respetan en sus planteamientos los fundamentos de la misma. Ello se ve más claro cuando ambos errores descartan el tipo penal, siguiendo la teoría del dolo; bastaría, siendo consecuentes con este esquema, hablar únicamente de error de tipo (todas las formas de error descartan el tipo) y eliminar la moderna distinción de una vez por todas.

Hasta aquí hemos reseñado el panorama que ofrece nuestra doctrina en esta materia, en la cual los diversos matices terminan concluyendo en la *teoría del dolo* y desdibujando, de manera paradójica, la clasificación de la que parten. Nosotros, por nuestra parte, trataremos de darle una salida diferente al problema, partiendo de otra postura dogmática, de conformidad con la cual la posición que se adopte en la teoría del error debe ser consecuencia de la estructura del delito que se sostenga.

III. LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN EL CÓDIGO PENAL Y LA TEORÍA DEL ERROR

Decir que el C. P. se ha afiliado a la concepción dogmática del delito, es una afirmación que apenas si requiere de justificación; basta con leer el art. 2° para darnos cuenta que define el hecho punible como acción típica, antijurídica y culpable. Por ello se nos hace indiscutible que hay necesidad de partir de las elaboraciones dogmáticas que, como se sabe, son en gran parte elaboración del pensamiento alemán. Para solucionar de una manera sistemática y coherente

²⁰ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 300, 332, 362, 363 y 462.

²¹ Ob. cit., pág. 358.

²² Amplia exposición de esta teoría en WILHELM GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Ed. Bosch, 1959, págs. 27 y ss.

los problemas que nos plantea el estatuto, hemos de partir, pues, de tales desarrollos, sin olvidar, claro está, las elaboraciones provenientes de la política criminal. De allí que si nuestra doctrina no quiere arar en terreno estéril, tiene ineludiblemente que discurrir por estos senderos, por los que de hecho ha venido trajinando hace unos veinte años.

Al plantear el problema que nos ocupa, ya habíamos dicho cómo la teoría del error pendía de la estructura del delito que se defendiera; pues bien, eso es lo que nos proponemos mostrar seguidamente.

Con este planteamiento, queremos apartarnos, en primer término, de las construcciones sistemáticas defendidas en nuestro medio. En primer lugar, del esquema cerradamente causalista, que se ha venido sosteniendo desde GAITÁN MAHECHA, que al ser perfeccionado por REYES y ROMERO SOTO, ha sido defendido por ESTRADA VÉLEZ y últimamente por PÉREZ; nos parece que este esquema ha sido ampliamente superado por los desarrollos más recientes de la dogmática juridicopenal, por lo cual continuar defendiéndolo es un contrasentido, pues si algo se saca en claro de los postulados defendidos por la actual legislación, es que debemos nutrirnos de los modernos desarrollos, para poder interpretar cabalmente el estatuto punitivo.

En segundo lugar, nos distanciamos de un esquema muy peculiar que empieza a hacer carrera entre nosotros, como es el que ha formulado FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Se trata, a no dudarlo, de un esfuerzo sistemático sin precedentes en nuestro medio; de una tentativa seria de dotar al derecho penal colombiano de una teoría propia, de cara a nuestra realidad. Nos apartamos de este esquema, pues consideramos posible discurrir por otros senderos, que ha demarcado la dogmática alemana más reciente, cuyo desarrollo ha llegado a una etapa de definiciones, propiciadas por la reciente reforma penal, para dar paso a las elaboraciones de política criminal.

Desde esta posición deseamos continuar la línea de pensamiento trazada por AGUDELO BETANCUR, quien, en muy buena hora, ha llamado la atención sobre estos nuevos desarrollos, propiciando que nuevos vientos refresquen el andamiaje tradicional del derecho penal colombiano, en aras de una polémica más fructífera.

A) Bases para una nueva estructura del delito a la luz del Código Penal

Se ha venido sosteniendo entre nosotros, de manera reiterada, que el Código Penal se ha afiliado a una determinada tendencia, que ha tomado partido por una de las corrientes dogmáticas: la causalista. Ello ha permitido que la doctrina y la jurisprudencia se aglutinen en torno a la posición que nos atrevemos a calificar como de "matrícula". Esta corriente matriculista, o teoría de la matrícula, nos parece contraproducente: bien es sabido que cuando se trata de comentar un estatuto penal (o de cualquier orden), la doctrina y la jurisprudencia, en uso del *instrumento de la interpretación*, terminan acomodando la ley a las teorías que se quieren sostener, y muchas veces el

legislador histórico termina aceptando postulados o teorías que en su momento no estaban en boga; ello es explicable, reiteramos, por el uso del instrumento de la interpretación, que hace ciertas aquellas palabras según las cuales "la interpretación es la vida del derecho"²³.

Ahora bien, examinando nuestro estatuto penal, encontramos que el caballo de batalla de la "teoría de la matrícula", es el art. 35, pues se piensa que tal disposición ha consagrado el dolo, la culpa y la preterintención como *formas de culpabilidad*, lo que hace imposible pensar en otras construcciones que no sean las causalistas.

Este razonamiento nos parece contraproducente, pues conduce a la conclusión de que el legislador histórico le ha cerrado las puertas a la doctrina y a la jurisprudencia; tal conclusión, como es apenas obvio, no se puede sostener seriamente: sería impedir el desarrollo y la evolución de la doctrina y la jurisprudencia, sería desterrar la interpretación como herramienta jurídica, para dar paso a las "interpretaciones oficiales". Si ello fuera así, nuestra tarea, como la del juez, se reduciría a la de espectadores mudos cruzados de brazos; tal vez no estaríamos discurriendo por caminos por los que hoy lo hacemos²⁴.

Un ejemplo cabal, que evidencia el carácter inconsistente de la "teoría de la matrícula", nos lo presenta la dogmática alemana: los dogmáticos alemanes han trabajado durante más de cien años con un Código Penal anticuado (data de 1871); sin embargo, la herramienta legal no fue obstáculo para el progreso de la dogmática de aquel país, antes por el contrario, una doctrina atrevida logró remover las bases del antiguo estatuto y la jurisprudencia la secundó en tal cometido. Ello permitió, por ejemplo, para sustentar el caso que nos ocupa, que se elaborara la distinción error de tipo-prohibición, cuando lo cierto era que solo se contaba con una disposición que daba pie para la clasificación romana error de hecho-derecho, la cual primó durante centenares de años. Un esfuerzo interpretativo permitió que el antiguo § 59²⁵ fuese en-

²³ Al respecto ha dicho LARENZ, que la ley "interviene en relaciones de vida diversas y cambiantes que el legislador no podía tenerlas todas a la vista; ella responde a preguntas que el legislador aún no se había planteado. Con el paso del tiempo, la ley consigue así, más y más, en cierto modo una vida propia y, de este modo, se aleja de las ideas de sus autores" (KARI LARENZ, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona-Caracas-México, Ed. Ariel, 1980, pág. 313).

²⁴ El panorama que hoy vive el derecho penal en Colombia, nos hace recordar la situación que se originó con la expedición del Código bávaro de 26 de mayo de 1813 —el primer Código liberal— que condujo al gobierno bávaro a prohibir los comentarios al Código Penal (19 de octubre de 1813), "cuya necesidad creyó poder obviarse por medio de la publicación de un comentario oficial en tres volúmenes" (cfr. SEBASTIAN MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Ed. Ariel, 1976, pág. 200). Y nos recuerda mucho esta paradójica situación, pues la *teoría de la matrícula*, no puede plantearnos otra alternativa distinta que los "comentarios oficiales".

²⁵ El texto referido dice: "a quien, en la comisión de una acción punible, desconocía la presencia de circunstancias pertenecientes al tipo legal o agravantes de la penalidad, no le son atribuíbles estas circunstancias.

"En el caso de castigo de acciones cometidas culposamente, esta disposición solo se aplicará si la ignorancia no se debe a culpa" (SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 17ª ed., München, C.H. Beck, 1974, pág. 499).

tendido por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal) de una manera muy distinta, en su trascendental decisión de marzo 18 de 1952, con lo cual el más alto tribunal alemán recogió los clamores de la doctrina, dirigidos desde años atrás hacia la nueva concepción del error.

Este ejemplo nos mueve a pensar que nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia pueden cumplir el mismo papel, sobre todo en este momento en que se hacen necesarios nuevos desarrollos.

Tal vez el entendimiento de los diversos problemas, entre ellos el del error, no se hubiera dificultado tanto a la hora de entrar a legislar, si hubiésemos estado mejor informados acerca de lo que se pretendía regular. Explicable, entonces, que el Código, como cualquier obra humana, presente yerros y vacíos, pero estas dificultades no se van a solucionar acudiendo a la "teoría de la matrícula". Para nosotros es claro que el estatuto no se afilia a ninguna tendencia en particular, antes por el contrario, ha dejado las puertas abiertas a nuevas elaboraciones, no otra cosa podía hacer; bien dijo GIRALDO MARÍN, comisionado en los años 76 y 79, que no se justificaba

"...que el estatuto que se proyecta se esclavice, con pertinacia en toda su extensión, a las tendencias de una determinada escuela científica, ya que los códigos, por lo general, tienen una vida más larga que las cambiantes teorías de moda, sometidas a evoluciones y rectificaciones frecuentes"²⁶.

¡Cuántos esfuerzos inútiles nos podríamos ahorrar en Colombia, cuántas polémicas estériles, si meditáramos en las palabras de este comisionado!

Ahora bien, nos proponemos demostrar que el art. 35 no afilia el estatuto a ninguna tendencia, como ya lo habíamos planteado en otro lugar²⁷; con ello superaremos el único escollo, que aparentemente, desde luego, nos impide discurrir por otros senderos.

La norma a que nos referimos aparece situada en el capítulo VII, intitulado *De la culpabilidad*²⁸, seguida de las regulaciones del dolo (un dolo sin conciencia de la antijuridicidad, como se desprende de su conceptualización, idéntica a la de WELZEL), la culpa y la preterintención (arts. 36 a 38); se trae una norma sobre "punibilidad" y al final aparecen las cuatro causales de inculpabilidad del art. 40.

Como se puede apreciar, el art. 35 habla de "hecho punible", por lo que hay que entender que allí se habla de "formas" del hecho punible, esto es, que el hecho punible puede ser doloso, culposo o preterintencional, no que estas figuras sean formas de culpabilidad. Nótese, además, cómo al examinar los conceptos que se dan de las tres figuras, encontramos que se habla de "conducta", con lo cual lo doloso, culposo o preterintencional es la conducta. Estas disposiciones hay que armonizarlas con el art. 19, de confor-

²⁶ "Carta al Ministro de Justicia", en *Proyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, ed. del Ministerio de Justicia, 1978, pág. II.

²⁷ *Nuevo Foro Penal*, núm. 15, pág. 899.

²⁸ Dice así: "Formas. Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención".

midad con el cual el hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión, y por ende con el art. 2° que define el hecho punible.

De esta suerte, si se tratara de "formas de culpabilidad", se quedaría uno sin entender por qué motivo, ya en el plano de la antijuridicidad, se exige la valoración a nivel de "intención" o de "imprudencia", para efectos del reconocimiento del estado de necesidad como causal de justificación; si dolo y culpa fueran formas de culpabilidad, lo lógico dentro de una concepción estratificada del hecho punible sería avanzar hasta la culpabilidad.

Asimismo, la regulación de la tentativa en el cap. II, antes de la culpabilidad, de la inimputabilidad y de las causas de justificación, con una redacción específica compuesta de elementos objetivos y subjetivos (tipo de tentativa), nos hace pensar que se supone la ubicación del dolo a nivel típico.

En el mismo sentido, nos parece seductor el argumento de SALGADO VÁSQUEZ, quien, razonando desde el ángulo de la teoría de la matrícula, quejándose de la no consagración expresa de dolo y culpa como formas de culpabilidad, pretextando una redacción equívoca y contradictoria, manifiesta:

"...no resultaría ocioso hacer constar que los arts. 5° y 35 son contradictorios: el 5° determina que para que un hecho sea punible debe realizarse con culpabilidad; pero el 35 sostiene que los hechos punibles deben realizarse con culpabilidad, o sea, que el hecho es punible aún cuando no esté asociado a la culpabilidad. Si no hay culpabilidad, el hecho punible queda impune, pero continúa siendo punible"²⁹.

Esta contradicción se nos aparece si razonamos desde el ángulo de la matrícula, de lo contrario no.

Sin necesidad de citar en nuestro apoyo más argumentos, creemos haber señalado las inconsistencias del mencionado planteamiento; para ello nos hemos valido no solo de argumentos estrictamente legales, sino que hemos acudido al criterio de la interpretación. Salvado el escollo planteado, podemos entonces arribar a nuestro punto de partida: el Código Penal no se ha afiliado a ninguna teoría y ha dejado las puertas abiertas a las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. De conformidad con lo que hasta aquí se ha dicho, creemos que las bases sobre las que se puede erigir una nueva estructura del delito, diferente a las ya tradicionales, son las siguientes:

1ª) El art. 35, al concebir como "formas" del hecho punible las conductas dolosas, culposas y preterintencionales, permite hablar de tres formas de aparición de la acción punible, al estilo de JESCHECK³⁰: hecho punible doloso de comisión, hecho culposo de comisión y hecho punible de omisión (doloso o culposo), cada uno de los cuales tiene su propia configuración dentro de las categorías de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, lo cual supone, como es apenas lógico, armonizar el contenido de los arts. 2°, 19 y 35 del C. P.

²⁹ JULIO SALGADO VÁSQUEZ, "Normas rectoras de la ley penal colombiana", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 13, Bogotá, Edit. Temis, pág. 509.

³⁰ *Op. cit.*, págs. 313 y 773 y ss.

2ª) Admitir la doble perspectiva sobre la que discurre la actual ciencia del derecho penal, que supone un juicio de desvalor que recae sobre el acto o hecho prohibido y un juicio de desvalor se hace del autor de ese hecho: desvalor de acción y desvalor de resultado³¹.

3ª) Sustener un concepto de acción, el final, que sirva de base a las diversas formas de aparición de la acción punible, sin perjuicio de entender acción y omisión como subformas del concepto final de acción, como lo propone GÖSSEL³².

4ª) Como consecuencia de este punto de partida, el dolo en los delitos dolosos de comisión se ubica en el tipo y no en la culpabilidad; la culpa no es como creen algunos "forma de tipo" al lado del dolo, pues para los hechos culposos de comisión se levanta una estructura paralela, al igual que para los hechos omisivos. Este dolo es un dolo avalorado, pues la consciencia de la antijuridicidad aparece como elemento de la culpabilidad (C. P., art. 31).

Con esto, ya vamos ubicando la teoría del error: el error de tipo que recae sobre el aspecto objetivo del tipo descarta el tipo; el error de prohibición que recae sobre la consciencia de la antijuridicidad (arts. 5 y 31, 40-3) descarta la culpabilidad.

5ª) Se puede construir y sostener un concepto normativo de culpabilidad, por la vía del art. 31, que exige la *capacidad de comprender la ilicitud del acto* al lado de la libre determinación, para que el sujeto sea imputable. Concepto de culpabilidad integrado por la consciencia potencial de la antijuridicidad, la imputabilidad y la no exigibilidad de otra conducta.

El primer elemento no ofrece dificultades si el principio de culpabilidad juega un papel preponderante, al lado del art. 31 y del mismo art. 40-3, el cual consagra una forma de error de prohibición indirecto que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad.

En cuanto a la imputabilidad, no hay ningún obstáculo para ubicarla como elemento, pues aparece regulada en el cap. VI de manera independiente, antes del capítulo VII *De la culpabilidad*.

La no exigibilidad de otra conducta se admite como elemento por la vía del art. 40-2 y recogiendo la amplia elaboración que de tal elemento ha hecho nuestra doctrina, durante la vigencia del C. P. del año 36.

6ª) Con la amplia acogida que se ha brindado al principio de culpabilidad³³, de conformidad con el cual toda pena supone culpabilidad y

la pena se ha de graduar de acuerdo al grado de culpabilidad, hay que hacer efectiva la "proscripción" de la responsabilidad objetiva, aun para los inimputables que no obran culpablemente, sin perjuicio de que se les reconozcan las causales de no existencia de la acción, atipicidad, justificación e inculpa- bilidad³⁴.

Sobre estas bases se podría edificar un esquema del delito bastante similar al que se defiende hoy en Alemania, luego de que las disputas entre causalistas y finalistas han cesado; esquema transaccional si se quiere en algunos puntos, pero que reconoce ampliamente los aportes de WELZEL, pese a que no se logren zanjar las diferencias filosóficas. Siguen esta orientación la mayoría de los tratadistas encabezados por JESCHECK, WESSELS³⁵, BOCKELMANN³⁶, H. BLEI³⁷, etc. Aunque desde el polo opuesto se mantiene BAUMANN³⁸ y con un esquema propio SCHMIDHÄUSER³⁹.

B) La teoría del error en el Código Penal

Si como hasta ahora hemos ido trazando las pautas generales de lo que puede ser el estudio del Código Penal siguiendo unos lineamientos diferentes a los ya tradicionales, es hora de que entremos ya en la teoría del error.

mal causado por el hecho, por amor a la justicia y en función de la utilidad general" (cfr. GÜNTHER STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídicopenal de la culpabilidad*, Madrid, publicación del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pág. 43), ha consagrado, aunque de manera no muy acertada en su § 46 I:

"La culpabilidad del autor es el fundamento para la determinación de la pena. Las consecuencias de la pena en la vida futura del autor en la sociedad también deben tenerse en cuenta" (*Strafgesetzbuch*, 48ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 1981, pág. 28).

De conformidad con esta consagración, el principio de culpabilidad es solo "base" de la medición de la pena, lo que le ha merecido las censuras generalizadas de los dogmáticos alemanes, entre los cuales JESCHECK afirma que la asunción del principio supone:

1ª) Que toda pena supone culpabilidad, de modo que no puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*), que es lo que dice nuestro art. 5ª.

2ª) Que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (*medición de la pena dentro del marco máximo de la culpabilidad*), como dice el art. 61 del C. P. colombiano (cfr. JESCHECK, *op. cit.*, págs. 30 y 31).

Significa esto, entonces, que nuestro estatuto consagra una *culpabilidad por el hecho* que se obtiene tomando en cuenta "la personalidad del agente".

³¹ Sobre esto, aunque con un esquema en el que dolo, culpa y preterintención son formas de culpabilidad, véase a NODIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causas de justificación e inculpa bilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 83 y ss.

³² Ob. cit. en nota 11. Debe agregarse a STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 3ª ed., Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 3ª ed., 1981.

³³ PAUL BOCKELMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1979.

³⁴ HERMANN BLEI, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, München, Verlag C.H. Beck, 17 Auflage, 1977.

³⁵ JURGEN BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1977. Igualmente *Grundbegriffe und System des Strafrechts*, 5 Auflage, 1979.

³⁶ EBERHARD SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, ed. cit.

³¹ Sobre tal distinción, cfr. MAURACH, *ob. cit.*, t. 1, pág. 167; JESCHECK, *ob. cit.*, pág. 321, con amplia bibliografía. Para el derecho penal español, consúltese a MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pág. 29; JOSÉ CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, Parte general, I, Madrid, Edit. Tecnos, 1981, págs. 445 y ss.

³² "El estado actual de la teoría de los delitos de omisión", Conferencia pronunciada en el foro de la Universidad de Medellín, el 8 de octubre de 1982.

³³ El legislador colombiano ha consagrado en toda su amplitud el mencionado principio. En efecto, no solo en el art. 5ª ha dicho que "para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva", sino que en el art. 61 ha dicho que como uno de los criterios para graduar la pena, "...el juez aplicará la pena... según el grado de culpabilidad... y la personalidad del agente". Con ello se ha ido más lejos aún que el mismo legislador alemán, que recogiendo la tradición centenaria de la *Constitutio Criminalis Carolina* en su art. 104: "La pena se aplicará de acuerdo con la oportunidad y el

Para nosotros, tanto el error de tipo como el error de prohibición en cualquiera de sus formas, tienen relevancia y pueden ser ubicados⁴⁰, dentro de la sistemática sugerida, en el nuevo Código Penal⁴¹.

En cuanto al *error de tipo*, no hay ningún problema en aceptar la descripción consagrada en el art. 40-4, pues se identifica totalmente con lo que supone la moderna concepción del error de tipo, entendiendo que cuando es invencible se descarta el tipo y cuando es vencible se reprocha a título de culpa si existe el correspondiente tipo culposo⁴². En cuanto a la expresión "convicción errada e invencible", pese a ser muy equívoca, se puede mantener, siempre y cuando en materia doctrinaria y jurisprudencial se precise su alcance⁴³.

⁴⁰ Como formas de *error de tipo*, hay que entender, siguiendo a HAFT, no solo el *caso normal* que es "el revés del elemento cognoscitivo del dolo" y que "comprende tanto los elementos normativos y descriptivos del tipo" (FRITJOF HAFT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, pág. 201); sino también, los *casos especiales*: el error sobre el objeto de la acción (*error in persona vel objecto*), el error en el golpe (*aberratio ictus*), el error sobre el nexo de causalidad y el error sobre circunstancias que darían lugar a un tipo privilegiado (idem, pág. 201).

En torno al error sobre circunstancias que originan un tipo privilegiado (o más benigno), que debe ser ubicado en el 40-4, no se ha pronunciado nuestra doctrina, salvo el caso de AGUDELO BETANCUR, quien en el año 1979 planteó amplia y documentadamente el problema clamando por una modificación del proyecto de Código, llamado de atención que no se ha tenido en cuenta y que ahora tenemos que recogerlo (NODIER AGUDELO BETANCUR, "El error sobre circunstancias atenuantes o disminuyentes", en *Nuevo Foro Penal*, N° 3, Medellín, págs. 45 y ss.). En el mismo sentido LONDOÑO BERRIO, ob. cit., págs. 186 y ss.

Como formas de *error de prohibición*, hay que tener en cuenta las que ya mencionamos en la cita que de JESCHECK hemos hecho en la nota 11. En cuanto al error de tipo permisivo, que para este profesor es mixto (de tipo y de prohibición al mismo tiempo) y que para HAFT es un error de tipo (*op. cit.*, pág. 210), no vemos inconveniente en ubicarlo en el marco del 40-3 como error de prohibición indirecto, dada la amplia redacción del ordinal.

Debe darse también relevancia en nuestra legislación al error sobre las causas de exculpación, cuyos primeros desarrollos han sido insinuados por LONDOÑO BERRIO (ob. cit., págs. 153 y ss.).

⁴¹ Como se propone una estructura independiente para los hechos dolosos de comisión, hechos culposos de comisión y hechos omisivos (dolosos o culposos), tanto el error de tipo como el de prohibición han de tenerse en cuenta con respecto a cada una de las estructuras, aunque con ligeras variantes. (Sobre ello cfr. a JESCHECK, ob. cit., págs. 773, 849, 877 y ss., y a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Ediar, págs. 340, 386 y 625). En el mismo sentido los autores citados en las notas 35 a 37.

⁴² El hecho de que el art. 40 se intitule "causales de inculpabilidad" no imposibilita la ubicación del error de tipo a nivel del tipo, como que es consecuencia lógica de la ubicación del dolo a nivel típico; además la misma redacción del 40-4 nos habla de las exigencias necesarias para que el hecho "corresponda a su descripción legal" (esto es, típica) con lo cual se está diciendo que recae sobre el tipo y no sobre la culpabilidad, al paso que se refuerza la tesis de la ubicación del dolo a nivel del tipo.

Tan cierto es lo que venimos diciendo, que ya la misma doctrina colombiana empieza a pronunciarse en los casos de los arts. 40-1 y 40-2 (caso de la *vis absoluta*) por su reconocimiento como causas que excluyen la acción.

⁴³ "Error" y "convicción" son dos conceptos claramente diferenciables no solo desde una perspectiva lingüística o gramatical, sino psicológica y filosóficamente. Lo extraño es que el legislador los haya querido conjugar en esta dudosa amalgama. El origen de la locución se remonta a la rectificación que propusiera el comisionado REYES, a la ponencia muy técnica de GAITÁN MAHECHA, en el seno de la Comisión redactora del A-74, según la cual debía hablarse de "creencia errada e invencible", que en proyectos posteriores se convirtió en "convicción errada e invencible", la misma que hoy se encuentra instalada en el art. 40 (cfr. Actas, *op. cit.*, pág. 321).

En cuanto al error de prohibición, aceptando que el legislador consagró el error indirecto en el art. 40-3, se deben considerar las demás formas como causal de inculpabilidad en los eventos de invencibilidad, no así en los casos de vencibilidad, en los que *se debe atenuar la pena*; para hacer efectiva esta atenuación, no facultativa como en el actual § 17 del C. P. alemán, sino *obligatoria*, se puede proceder del siguiente modo:

Como se da amplia cabida al principio de culpabilidad (arts. 5° y 61), la consagración del principio de conocimiento de la ley en el art. 10 no pasa de ser una mera declaración del legislador sin vinculación alguna para el juez o el destinatario de la norma, que de mantenerse sería para entronizar una forma de "responsabilidad objetiva" proscrita por el art. 5°. Ahora bien, como el "conocimiento de la antijuridicidad" es elemento de la culpabilidad y rige el principio de culpabilidad, el error de prohibición que recae sobre el conocimiento potencial de la antijuridicidad, cuando es vencible, no puede reprocharse a título de culpa al agente como lo quiere la solución del dolo, pues se crearían grandes vacíos de punibilidad y no se podría exigir al agente un mínimo de cuidado, de previsión en su comportamiento. La solución no puede ser otra que la que se le dio en Alemania, durante la vigencia del antiguo Código de 1871: la doctrina inicialmente y después la jurisprudencia por medio de la trascendental decisión del Tribunal Supremo Federal a que ya hicimos alusión, recurrió a la atenuación para la tentativa (§ 44) o a la de la imputabilidad disminuida (§ 51), pues se consideraba que como en estos dos casos, así como los casos de participación, el legislador tasaba la pena atendiendo al grado de culpabilidad, debía procederse de la misma manera con el error de prohibición vencible, pues era injusto y violatorio del principio de culpabilidad, condenar a quien obraba en estas circunstancias como si hubiese obrado en circunstancias completamente normales⁴⁴.

En Colombia, con los mismos argumentos, teniendo en cuenta que estamos dotados de una modernísima legislación penal, que da cabida amplia, como ninguna otra, al principio de culpabilidad tantas veces mencionado, que trae el conocimiento de la antijuridicidad como exigencia a nivel de la culpabilidad, podemos recurrir sin ningún problema a la atenuante del art. 22 o a la del

Sobre el particular insinúa ya REYES, padre de la locución original (tal vez más acertada), que se debe asimilar a la "plena buena fe" de que hablaba el estatuto de 1936 en su art. 23, entendiendo por tal "el honesto y sincero convencimiento" del agente (cfr. *La culpabilidad*, cit., pág. 221). Tal vez, si no hiciéramos gala de tanto chauvinismo, hubiéramos logrado una redacción más ágil, menos problemática, si en su momento hubiésemos dicho sencillamente *error invencible*, sin necesidad de acudir al galimatías.

⁴⁴ Como dice WELZEL, si "el entorpecimiento de la capacidad general de actuar conforme a derecho atenúa la responsabilidad y la pena según el § 51 inc. 2 (imputabilidad disminuida), tiene que regir el mismo principio cuando a consecuencia de un desconocimiento evitable de la prohibición, fue dificultada la posibilidad concreta de actuar conforme a derecho" (*Derecho penal alemán*, cit., pág. 231).

estado de ira (art. 60 verdadero caso de imputabilidad disminuida), logrando así, armonizar nuestro estatuto y ofreciendo una salida coherente, que nos marca de paso las pautas para resolver otros problemas que se han venido suscitando con la interpretación del estatuto⁴⁵.

Ahora bien, nos parece que sería mas conveniente la atenuación obligatoria por la vía del art. 60, en cuanto que importa gran beneficio, comoquiera que la pena se tasa desde la tercera parte del mínimo hasta la mitad del máximo.

Con lo anterior dejamos expuesta una nueva posición: pretendemos que la doctrina colombiana replantee muchos puntos de vista, en especial el atinente a la tesis matriculista; creemos que un esfuerzo interpretativo nos puede dar salidas no solo para el problema planteado en materia de error, sino en otros campos. Esperamos que esta alternativa se enriquezca con una crítica constructiva, que la discusión se plantee y se delimite dentro de precisos marcos académicos.

⁴⁵ Con esto no pretendemos proponer una solución por vía de *lege ferenda*, ni tampoco se trata de una analogía *in bonam partem*; se trata, sencillamente de reivindicar el instrumento de la interpretación, tan venido a menos en nuestra doctrina, y utilizar las herramientas que el estatuto consagra claramente.

Sobre esta solución, puede consultarse a WELZEL, ob. cit., pág. 233. MAURACH, *Tratado*, cit., t. II, pág. 147. SCHÖNCKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit., pág. 520.

LA IMPUTABILIDAD DEL ENFERMO MENTAL*

Profesor FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal y Director del Departamento
de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz.

SUMMARY

The main objective of this article is to clarify in what type of legal situations, any abnormal psychological behavior demonstrated by the offender should be taken into account legally. The great importance of the process of socialization and learning in the behavior of the person, should be put in relation to any legal or behavioral science. It is quite important to clarify that the should law be concerned with any form of pathological behavior demonstrated by the offender, before any legal resolution take place, so it is clear that in the law, human rights must be very important in relation with the legal outcome.

KEY WORDS: Imputability. Socialization. Punishment.

El número 1° del art. 8° del Código Penal español declara exentos de responsabilidad criminal al “enajenado” y al que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que este haya sido buscado de propósito para delinquir.

Antes de estudiar las bases doctrinales de este precepto, entendido unánimemente como causa de inimputabilidad o de exclusión de la capacidad de culpabilidad, me parece conveniente hacer una precisión metodológica y terminológica, necesaria para entender en gran parte el resto de mi discurso.

Como reiteradamente vienen estableciendo, desde hace mucho tiempo, la jurisprudencia y un sector importante de la doctrina española, lo que en verdad interesa al mundo del derecho no son tanto las calificaciones clínicas, como su reflejo en el actuar humano. Esto quiere decir que en ningún momento pueden trasladarse al mundo del derecho, y mucho menos al mundo del derecho penal, las innumerables polémicas y disquisiciones nosológicas que han tenido y tienen lugar en el ámbito psiquiátrico. Y ello, entre otras razones, porque

* Este artículo ha sido publicado con anterioridad en la Revista *Psicopatología*, volumen 2, abril-junio de 1982, número 2, págs. 127 a 134.

a pesar del tiempo transcurrido desde que se iniciaron las primeras clasificaciones de las enfermedades mentales, la actual nosología siquiátrica no es todavía un *corpus* teórico absolutamente consistente y cerrado, en el que todo el mundo esté de acuerdo en el aparatò conceptual y en las bases teóricas que lo sustentan, sino un mundo confuso y extraño, difícilmente accesible a los no iniciados, en el que, sin ir más lejos, conceptos básicos como los de "sicosis" y "neurosis" tienen un significado distinto al que permite su origen etimológico y, además, se rellenan de un contenido distinto según la escuela o dirección científica que tenga el que los usa. Vincular al jurista, al juez o al legislador a ese "damero maldito" que es, en algunos casos, la actual nosología siquiátrica, sería, pues, un error que no beneficiaría a nadie y sí, en cambio, perjudicaría y confundiría a muchos.

En pocas palabras se puede resumir esta idea, diciendo que al juez, al legislador o al técnico operador de las normas jurídicas no les interesa, o al menos no les interesa como objeto específico de su actividad, ni la nosología siquiátrica, ni tan siquiera el diagnóstico, sino los efectos que sobre la conducta tiene una determinada calificación clínica y la forma de solucionar el conflicto social que la persona diagnosticada con esta calificación plantea.

Dicho esto, está claro que los conceptos de "enajenado" y de "trastorno mental transitorio" empleados en el número 1º del artículo 8º del Código Penal no pueden entenderse como si de entidades nosológicas se tratara, sino simplemente como términos a interpretar según las necesidades y fines del ordenamiento juridicopenal en el que se utilizan.

Así sucede, por ejemplo, con el término "enajenado". En ningún manual o texto de siquiatría se utiliza este término como un concepto definido o siquiera habitual en el lenguaje siquiátrico, académico o profesional. Pero esto puede considerarse, en cierto modo, como una ventaja de la regulación penal española, porque con un término tan ambiguo se pueden llegar a considerar, por más que algunos se empeñen en lo contrario, como causas de inimputabilidad todas aquellas manifestaciones sicopáticas y defectos o alteraciones del proceso de socialización que no siempre encuadran dentro de lo que en la siquiatría oficial se considera como enfermedad mental. Por eso me parece un error el planteamiento de algunos siquiatras forenses de encontrar un paralelismo entre los conceptos de "enajenado" y enfermo mental, sin reparar que cada uno de ellos ha sido elaborado con finalidades prácticas distintas y en función de diversas necesidades. Así, por ejemplo, nadie dudaría en considerar, a los efectos previstos en el número 1º del artículo 8º del Código Penal, como "enajenado", es decir, como no responsable criminalmente, a un oligofrénico profundo, sin que por ello sea un enfermo mental propiamente dicho.

A la vista de lo dicho, parece, pues, evidente que no tiene sentido ocuparse ahora de lo que suele ser materia frecuente en los manuales y tratados de Derecho Penal y Siquiatría forense, es decir, de las entidades nosológicas siquiátricas que pueden incluirse en el término enajenado, porque, en todo caso, como tiene establecido el TS, la apreciación y diagnóstico de una catego-

ría clínica determinada (sicosis, oligofrenia o epilepsia) no obliga a la estimación de la referida eximente, sino que es preciso algo más, que solo indirectamente tiene que ver con el diagnóstico siquiátrico. Y es precisamente ese algo más, un efecto psicológico determinado, la intensidad de dicho efecto, etc., lo que realmente es decisivo en orden a estimar o no la referida eximente.

Algo parecido sucede con el otro término empleado en el número 1º del artículo 8º del Código Penal: el de "trastorno mental transitorio". Lo importante no es el que se puedan incluir en él síndromes tan dispares como las reacciones vivenciales anormales, reacciones psicógenas de diverso tipo e incluso las neurosis sino el efecto psicológico que producen y la intensidad de ese efecto. Desde este punto de vista, "el trastorno mental transitorio" se presenta, pues, como una situación equivalente a la del "enajenado", diferenciándose únicamente en el carácter fugaz y temporal del primero, frente al permanente y duradero del segundo.

Una vez hechas estas aclaraciones terminológicas, que me parecen necesarias en un tema tan complejo y confuso como este, podemos pasar sin más preámbulos al estudio del *efecto psicológico* común a los conceptos de enajenado y trastorno mental transitorio, que nos suministra, al mismo tiempo, las bases teóricas sobre las que descansa la interpretación doctrinal y jurisprudencial de esta eximente, cuya exposición es objeto específico de nuestra ponencia.

Según se ha venido indicando, lo decisivo, según la jurisprudencia y la doctrina dominantes en España, no es, a los efectos de la aplicación del número 1º del artículo 8º del Código Penal, el diagnóstico o la calificación clínica concreta que pueda aplicarse a las anomalías de conducta de un individuo. Lo importante es, según esta jurisprudencia y doctrina, el efecto psicológico que equivale a la perturbación plena de las facultades síquicas que impide al sujeto conocer la ilicitud de su comportamiento o determinar su actividad conforme a dicho conocimiento. Si la perturbación no es plena, sino parcial, podrá venir en consideración una eximente incompleta que el artículo 9º, 1ª, trata como circunstancia atenuante, si bien con un tratamiento privilegiado en orden a la rebaja de la pena (confróntese artículo 66). El efecto psicológico para ser relevante en orden a la imputabilidad tiene, por tanto, que perturbar las facultades intelectuales y volitivas del individuo, alterando su capacidad para comprender la ilicitud de su hecho o para orientar su conducta conforme a dicha comprensión.

Esta es, como digo, la postura dominante en la doctrina y en la jurisprudencia no solo en España, sino también en las de otros países, que incluso, como es el caso de la República Federal de Alemania (§ 20 StGB), la han consagrado como fórmula legal en su Código Penal. En el fondo de esta postura late todavía la antigua fórmula del discernimiento y aun otras más arcaicas, como las famosas leyes McNaughten anglosajonas, en las que lo decisivo para la declaración de imputabilidad es la demostración de la capacidad en el delincuente para distinguir entre el bien y el mal y comprender el significado ético de sus actos.

Esta postura me parece, sin embargo, insostenible, tanto desde el punto de vista siquiátrico, como estrictamente jurídicopenal.

A la luz de los actuales conocimientos sicopatológicos y siquiátricos, lo primero que parece sorprendente es que, a los efectos legales penales, solo se tengan en cuenta los trastornos de la inteligencia y de la voluntad. Con ello se reduce toda la amplia gama sicopatológica a dos sectores del siquismo, que si bien son importantes, no son ni los únicos en los que se refleja una anomalía o enfermedad mental, ni tampoco los únicos capaces de provocar efectos en el comportamiento humano. Existen también otras alteraciones sicopatológicas de la percepción, de la memoria, de la afectividad, del pensamiento, de la conciencia y de la motivación que igualmente deben ser tenidas en cuenta en la determinación de la imputabilidad de una persona. Sin embargo, una reiterada jurisprudencia, con apoyo en las bases doctrinales antes aludidas, viene desde hace tiempo insistiendo en que, por ejemplo, los trastornos de la afectividad, característicos de las llamadas sicopatías, no se consideran como causas de exclusión de la imputabilidad, salvo que, por tratarse de sicopatías graves, se ven afectadas también la inteligencia o voluntad del agente. Fuera de estos casos, el sicópata se enfrenta al mundo del derecho, dice esta jurisprudencia, como sujeto raro y extravagante, pero plenamente imputable.

Las razones de esta postura jurisprudencial solo pueden comprenderse desde las bases doctrinales antes aludidas que se aducen como fundamento de la eximente, completa o incompleta, de enajenación y trastorno mental transitorio, y, en consecuencia, de la imputabilidad y de la culpabilidad en general. Estas bases teóricas, basadas en supuestos de la sicología clásica, en gran medida ya periclitados, parten de la consideración de que el ser humano tiene capacidad de elegir entre varios haceres posibles, y es, por tanto, absolutamente libre, dueño y señor de su destino. Si en uso de esa libertad decide cometer un delito, sabiendo que lo es y pudiendo abstenerse de cometerlo, será imputable y, por tanto, culpable de ese delito.

Actualmente empieza a surgir un sector doctrinal, en el que me cuento, que, si bien con distinta fundamentación en cada autor, rechaza este criterio tradicional base de la imputabilidad y de la culpabilidad, para sustituirlo con otros más acordes con los modernos conocimientos psicológicos, siquiátricos y sociológicos. Desde estos conocimientos, globalmente considerados, aunque con matices que los distinguen entre sí, la conducta humana, normal o patológica, individual o grupal, solo es inteligible y valorable cuando se analiza dentro del contexto sociocultural en que se da. Vaya como muestra una breve reflexión sobre la libertad.

Es muy probable que si no en su totalidad, sí en gran parte, los actos humanos sean más producto de la estructura social, de las características sociales, culturales y antropológicas de cada individuo, de su ignorada constitución biológica a los niveles más íntimos, de sus creencias religiosas, de su educación, profesión, trabajo, etc.; que de eso que ampulosamente llamamos libertad.

Pero aunque todos podamos estar más o menos de acuerdo en líneas generales en que el hombre es un ser determinado, condicionado por las circunstancias más variadas, esto no significa que el hombre sea un simple reflejo mecánico de todas ellas. Tenemos la experiencia de que ante un mismo tipo de circunstancias exactamente iguales para A y para B, A se convierte en un pobre tipo incapaz de reaccionar y B se convierte en un genio que edifica toda una teoría y hasta una lucha práctica capaz de superarlas. Esto puede ser una prueba de que en el hombre siempre hay unas posibilidades de reacción individual, pero también de que estas pueden estar condicionadas, a su vez, por otras circunstancias, con lo que su libertad no es, o no es solo un problema interior, sino también y sobre todo de interacción entre estas circunstancias y su capacidad de reflexión y reacción frente a ellas.

Esto quiere decir que lo mismo que no hay un lenguaje absolutamente individual, tampoco hay un sistema de valores que lo sea. El individuo, en el proceso de interacción social que supone la convivencia, está obligado, por sus propios condicionamientos, al intercambio y a la comunicación con los demás, a través de un proceso de socialización, de aprendizaje de unas pautas de comportamiento y de introyección de un sistema de valores que se inicia con la educación en el ámbito familiar y se continúa durante toda la vida a través de los distintos sistemas de control social existentes. Desde esta perspectiva podrá plantearse el problema de la imputabilidad y de la culpabilidad en la medida en que el individuo haya llegado a internalizar y aprender el contenido fundamental de las normas por él infringidas. Por el contrario, cuando esa internalización no haya tenido lugar o haya surgido cualquier alteración en el proceso de socialización deberá excluirse la culpabilidad y, en consecuencia, la sanción aplicable a los que violen o infrinjan las normas o pautas de comportamiento sociales.

De todo lo dicho se desprende que para la determinación de la culpabilidad y de la imputabilidad de un individuo, tan importante o más que sus facultades síquicas deben ser sus procesos de socialización y aprendizaje. Cualquier alteración o defecto en esos procesos deberán ser, por consiguiente, tenidos en cuenta a la hora de valorar el comportamiento humano o de elaborar soluciones a los conflictos sociales que puedan surgir.

Trasladada esta conclusión al campo del derecho penal, esto quiere decir, ante todo, que ya va siendo hora de abandonar de una vez para siempre la vieja concepción que ve en la culpabilidad un fenómeno individual aislado que solo afecta al autor de un delito. Realmente no hay una culpabilidad en sí, sino una culpabilidad en relación con los demás. La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social; es la sociedad, o mejor dicho, la correlación de fuerzas sociales existentes en un momento histórico determinado, la que define los límites de lo culpable y de lo inculpable, de la libertad y de la no libertad. Por eso, conceptos como el de delito, conducta desviada, enfermedad mental, imputabilidad o culpabilidad o cualquier otro de este tipo no pueden formularse históricamente, al margen de las necesidades sociales y de los cono-

cimientos científicos de cada época. Si en un momento histórico determinado se consideró que el enajenado o el que se encuentra en situación de trastorno mental transitorio no deben responder criminalmente, ello no se hizo para debilitar la defensa de los valores o intereses materializados en las normas que esas personas infringían, sino porque el efecto intimidatorio general emanado de la posibilidad sancionatoria establecida en las normas penales se robustece, al declarar no culpables a unos pocos, de los que, como la experiencia enseña, no puede esperarse que cumplan las expectativas de conducta contenidas en las normas penales, confirmando la necesidad de cumplimiento para los demás que no se encuentran en dicha situación y son la mayoría. Existen además, sin duda, otras razones. Entre ellas, el hecho, también muy importante, de que se vayan excluyendo comportamientos del derecho penal que el desarrollo de la psiquiatría, de la psicología y de las ciencias de la conducta en general permite tratar con la utilización de otros medios de control social, no necesariamente mejores, pero sí distintos a los propiamente penales.

Estas son, pues, a mi juicio, las razones o, si así se prefiere, las bases doctrinales de los conceptos de imputabilidad y culpabilidad. Sin duda, son razones pragmáticas, poco agradables de oír para quienes quieren construir elucubraciones conceptuales al margen de la realidad. Pero no hay otra forma de modificar la realidad que partiendo y teniendo conciencia de ella. Y la realidad es que la eximente de enajenación y trastorno mental transitorio es interpretada muchas veces con concesiones a la defensa de intereses de grupos minoritarios, a sentimientos emocionales o irracionales o a finalidades éticas o moralizantes ajenas por completo a los fines de un derecho penal al servicio de una sociedad democrática. Especialmente sucede esto en relación con el problema de los sicópatas, cuya responsabilidad penal es más producto de la falta de perspectivas de éxito del tratamiento psiquiátrico que de una determinada concepción culpabilista. Pero también con la exigencia de una base patológica para apreciar el trastorno mental transitorio y con la denegación de la atenuante de arrebatos u obcecación cuando se trata de delitos pasionales cometidos en ataques de celos que tienen su origen en unas relaciones amorosas ilícitas. Otro tanto ocurre con la embriaguez y otros estados de intoxicación. La posición que muestra el Tribunal Supremo, al excluir del trastorno mental transitorio los estados pasionales y la embriaguez se debe más a una prevención defensiva frente a estas situaciones que a una conclusión sicopatológicamente fundada. Lo menos que se puede decir de esta jurisprudencia es que no se atiene a las bases teóricas de las que dice partir. Pero también hay que reconocer que son estas mismas bases las que le impiden ver con claridad cuáles son las razones últimas de sus decisiones. Probablemente un replanteamiento de las bases teóricas de la imputabilidad podría abrir nuevas perspectivas para el tratamiento y solución de muchos conflictos sociales planteados por personas a las que hasta la fecha se les ha venido denegando sistemáticamente la aplicación de la eximente de enajenación o de trastorno mental transitorio.

Pero también interesa señalar que no siempre la apreciación de la referida eximente es la mejor solución para la sociedad y para el acusado por un delito, dado el estado de la legislación española en este punto y la praxis del tratamiento psiquiátrico. Dice, en efecto, el párrafo segundo del número 1º, del art. 8º del Código Penal, que “cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal”.

Nos encontramos ante un precepto cuya naturaleza no es evidentemente la de una pena, ya que es una consecuencia de la enajenación, aunque no del trastorno mental transitorio, y, por tanto, de la apreciación de una exención de la responsabilidad penal. Se trata, pues, de una medida cuya finalidad, en principio, no debería ser otra que la de la curación del enajenado. Sin embargo, a poco que se lea con atención, se caerá en la cuenta de que es una medida eminentemente defensiva frente al enajenado lo que se refleja en su texto. Por lo pronto no es el médico, sino el tribunal el que decreta el internamiento y el que lo anula. Además la medida de internamiento debe ser *obligatoriamente* adoptada por el tribunal, aunque médicamente sea innecesaria e incluso contraproducente para el tratamiento y curación del enajenado. Y, finalmente, en ningún caso se menciona el período de tiempo que como límite máximo puede durar el internamiento.

En el fondo de la declaración contenida en este precepto late la idea, por lo demás bastante extendida, de que el enajenado es un enfermo mental y de que este es un ser peligroso que hay que encerrar y separar del resto de la sociedad, tanto más cuanto ha cometido un delito. El internamiento obligatorio del enajenado que ha cometido un delito convierte así en un sustitutivo de la pena que tiene la misma finalidad defensiva de esta y que incluso puede prolongarse más tiempo aún que la pena propiamente dicha. Pero parece que no es esta finalidad defensiva lo que debiera primar a la hora de solucionar el conflicto social planteado por una persona declarada inimputable. Tiene razón SZASZ cuando dice: “Lo que debemos preguntarnos no es si la reclusión *protege o no protege* a la sociedad de los enfermos mentales peligrosos, sino más bien *cuál es el peligro* contra el que la protege y *por qué medios* lo hace”. La historia demuestra, sigue diciendo el citado autor, que ciertas personas son recluidas en hospitales psiquiátricos no porque sean peligrosas, ni porque estén mentalmente enfermas, sino porque son los chivos emisarios de la sociedad, cuya persecución es justificada por la propaganda y retórica psiquiátrica.

Del internamiento del enfermo mental en contra de su voluntad se ha dicho por el mismo SZASZ que es un crimen contra la humanidad similar en todo a la esclavitud. Y son ya muchos los psiquiatras que hacen del internamiento obligatorio el blanco favorito de sus críticas más demoledoras desde el punto de vista del tratamiento psiquiátrico. No es por ello extraño que algún penalista norteamericano haya llegado a decir que la enfermedad mental no es en realidad una causa de exclusión de la culpabilidad, ya que su apreciación

por los tribunales lleva aparejado el internamiento en un centro psiquiátrico del autor de un delito, lo que de hecho se considera por muchos como una auténtica pena o como una sanción peor que la pena misma.

Llegado a este punto conviene preguntarse, como reflexión final a esta breve exposición, si merece la pena hacer todas las consideraciones que se han hecho en torno a los conceptos de "enajenado" y de "trastorno mental transitorio", de imputabilidad, y de inimputabilidad, para llegar a la triste conclusión de que, de un modo u otro, el enfermo mental delincuente va a ser tratado con la misma preocupación defensiva o incluso mayor que si no fuera declarado como enajenado o en situación de trastorno mental transitorio en el momento de cometer el delito. Con un planteamiento de este tipo no cabe duda de que la distinción entre pena y medida, entre castigo del culpable e internamiento del no culpable enajenado, carece, desde luego, de sentido. Nos llevaría demasiado lejos profundizar ahora en una problemática que llevada hasta sus últimas consecuencias probablemente nos condujera a pedir la sustitución del actual derecho penal por un derecho de medidas, en el que lo fundamental no sería tanto la cuestión de la imputabilidad o inimputabilidad del autor de un delito, como la forma específica de solucionar el conflicto social por él planteado. No quisiera, sin embargo, terminar mi intervención sin decir cuál es mi opinión al respecto.

Entiendo que, en tanto no se sepa muy bien a dónde conduce ese derecho de medidas que algunos proponen como sustitutivo del viejo derecho penal, hay que ser muy cautos en su admisión. Hay que ser conscientes de que el derecho penal clásico comienza a ser sustituido por otros sistemas de control social, oficialmente no penales, pero mucho más eficaces en el control de los individuos y, sobre todo, mucho más difíciles de limitar democráticamente. Probablemente esto sea, como indica FOUCAULT, el síntoma inevitable de la evolución de los sistemas sancionatorios, en función de la transformación de las relaciones de poder del cuerpo social. La derogación del derecho penal puede ser, como dice STRATENWERTH, solo una cuestión de tiempo. Pero en todo caso parece claro que esta derogación no debería significar necesariamente el sacrificio de las garantías y derechos fundamentales del individuo que tanto trabajo ha costado arrancar del poder omnipotente del Estado en una lucha de siglos. Ahí sí que habría que insistir hasta el agotamiento, en lugar de aferrarse tanto en la defensa de unos conceptos, como el de imputabilidad y culpabilidad, que, como la experiencia enseña, han sido incapaces hasta el momento de explicar y cumplir satisfactoriamente esta tarea.

RESUMEN

Desde el primer momento hay que dejar sentado que no se trata de establecer una discusión sobre el alcance psiquiátrico de los términos del art. 8º del vigente Código Penal, sino ver cuál de las diversas alteraciones o anomalías

síquicas que determinan el comportamiento humano puede tener cabida en dicha exigencia. A tal fin, tanto la doctrina como la praxis en España consideran que lo esencial es la demostración de un efecto psicológico capaz de alterar sensiblemente las facultades intelectivas y volitivas hasta tal punto que impidan al autor de un delito comprender el alcance de sus actos y/o actuar conforme a dicha comprensión.

Tanto en las ciencias de la conducta como en las jurídicas, tanto o más importantes que las facultades síquicas individuales, son los procesos de socialización y aprendizaje; cualquier alteración de estos procesos debe ser tenida en cuenta a la hora de valorar el comportamiento humano o de elaborar soluciones a los conflictos sociales que puedan surgir por la realización de comportamientos desviados. La ampliación del ámbito de la inimputabilidad a que este planteamiento conduce no debe, sin embargo, dejar al inimputable indefenso ante un derecho de medidas en el que la sustitución del castigo por el "tratamiento" pueda ser aún más peligrosa para sus derechos fundamentales que la pena misma.

Noticias

HOMENAJE AL PROFESOR JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA (EL DERECHO COMO AXIOLOGÍA)*

Señores

Magistrados de la Honorable Corte Suprema de Justicia,
Señores magistrados y jueces del Distrito Judicial de Cali,
Señor Delegado del Ministro de Justicia.

Señor Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre,
Doctor Oswaldo Robles Castaño.

Señores Directores de la Fundación para la Investigación y Estudios Jurídicos,
doctores Libardo Sánchez Gálvez, Luis Guillermo Ulloa y Jorge Enrique
Valencia.

Señor Rector de la Universidad Libre y Presidente del Club de Abogados,
Señores Profesores y Abogados.

Recibo con inmensa gratitud y afecto las diversas manifestaciones que tan bondadosamente se me han tributado. En primer lugar por la publicación del interesante libro *Estudios de derecho penal*, que recoge la excelente aportación jurídica elaborada por muy enimentes profesores nacionales y extranjeros cuya amistad y sabiduría me han dado inmensos estímulos en los muchos años en que hemos compartido comunes actividades en pro de la justicia y el derecho. En segundo término, por esta amable reunión organizada por la Universidad Libre, por la "Fundación para la Investigación de Estudios Jurídicos" de Cali, y en la cual participan distinguidos miembros del Colegio de Abogados e inolvidables colegas y compañeros de diversas partes del país que, presentes o ausentes, se han asociado a ella.

Al dilecto profesor e ilustre juez doctor JORGE ENRIQUE VALENCIA debo especial reconocimiento por haber promovido en forma espléndida y, aun contrariando un poco mi voluntad, este homenaje cuya perspectiva moral e intelectual

* La *Fundación para la Investigación y Estudios Jurídicos* con sede en Cali, en la Colección Pequeño Foro publicó el libro *Estudios de derecho penal en homenaje al doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola*. El día 15 de abril de 1983 tuvo lugar el acto de lanzamiento de la obra y en esa oportunidad el homenajeado pronunció las palabras que aquí se publican.

tual señala la calidad de los oferentes, a la vez que indica, sin duda alguna, la adhesión, cariño y respeto de los muchos juristas que de mí recibieron enseñanza y orientación en diversas universidades del país.

Cuanto más deseo agradecer la excesiva exaltación que en el artículo introductorio de este libro me ofrece el señor ministro de Justicia doctor Bernardo Gaitán Mahecha. Bien sé que nuestra mutua colaboración en tantas actividades jurídicas a través de los años y su inmensa lealtad para conmigo le han inspirado tan gentiles apreciaciones sobre mi persona y mi vida. Su talento demostrado en la cátedra y en el servicio público, sus virtudes personales y su sabiduría, así como su invulnerable honestidad, constituyen un ejemplo para su generación, que lo está señalando como una de las más promisorias figuras en un país que requiere ahora la presencia y acción de sus hijos más prestantes y más puros.

Me parece entender que esta reunión, aparte del motivo primario que la ha convocado, nos conduce al objetivo de señalar nuestra permanente dedicación y amor a la justicia y al derecho. Dos valores supremos que todos compartimos en igual medida y que han constituido el mayor interés de nuestras vidas. Por ellos hemos luchado intensamente desde el modesto gabinete de nuestro estudio. Y sin descanso alguno, desde la cátedra, trasfiriéndolos sin egoísmos ni vanidades a diversas y numerosas promociones de juristas, que brillante y eficazmente expresan por doquier su intenso amor por esos mismos ideales. Un pensamiento modelado sobre las más puras concepciones éticas, avanza con inmensa progresión dentro del ámbito en el cual se desarrolla el cambio paulatino entre la histórica y hermosa tradición y las exigencias apremiantes que conducen hacia una urgente y equitativa acomodación a las realidades actuantes. Todo este ideario, del cual ustedes han sido y son eminentes protagonistas, habrá de ser continuado por quienes nos sucedan en la sublime empresa. Siempre se ha dicho que los discípulos superaron a sus maestros; yo así lo entiendo y lo creo de aquellos que para orgullo mío me han honrado considerándose como mis discípulos.

Justamente, uno de ellos, el eminente profesor y exmagistrado doctor Jorge Vélez García, en reciente brillante exposición ante la Academia Colombiana de Jurisprudencia sobre "El derecho como axiología contra antiderecho como iniquidad" escruta con mucha hondura, desde el campo propio de la filosofía, las proporciones y magnitud que representan la justicia y el derecho, valores circundados por otros como la libertad, la paz, la solidaridad humana, el poder y la cultura. Allí se nos hace reflexionar sobre los contrastes entre la justicia y la iniquidad, el derecho y el antiderecho, como lo indicaba con repugnancia Platón en su paradigmática definición "La obra maestra de la injusticia es aparentar ser justo, siendo injusto".

El significativo contraste que el viejo filósofo plantea, lo explica, a su vez, con su valor sintomático actual el profesor Vélez García por medio de las palabras que trascribimos en seguida:

"El transformar el bien que es el derecho en el mal que es la injusticia —y mal precisamente combatido, según la naturaleza de las cosas, por el bien del derecho— no es un fenómeno nuevo. Es, en cambio, un fenómeno de anuncio y premonición. Todas las grandes tragedias de la humanidad se desatan a partir de la injusticia. Por eso la vida del hombre sobre la tierra, que está colmada de tragedias, también está plagada de injusticias. Sin embargo, la vispera de las mayores catástrofes de la historia suele coincidir con la descomposición del orden de la justicia, cuando su vara de equidad tórnase en viga de protervia, las reglas jurídicas en hermetismo jurístico, sin relación de medio a fin con la justicia, y los hombres que las manipulan han perdido de vista el verdadero objeto de su misión. Este es uno de los signos propios de todo «tiempo de angustias». Antes del cautiverio de Babilonia, el profeta Amos increpaba a los gobernantes y jueces de Israel: «¿Por qué habéis tornado el derecho en hiel y el fruto de la justicia en ajenjo?» Y en los años anteriores a la Segunda Guerra, cuando con la fuga de la inteligencia alemana «alzó el vuelo el buho de Minerva», acaso no fueron arrojados a la cámara de gas seis millones de personas en aras de una «justicia» inspirada no en la justicia sino en el falso ídolo de la pureza étnica?»

Y continúa Vélez García así:

"Un derecho paralítico frente a una sociedad dinámica; pero también la adhesión irreflexiva al postulado proudhoniano de que «abstenerse de traicionar el pasado, cuando hechos nuevos reclaman un cambio, es traicionar el presente»; la pérdida del *ethos* de solidaridad social necesario para la comprensión de la comunidad nacional como un todo; la aparición en el foro de una nueva y amenazadora clase emergente, dispuesta a hacer una nueva y peligrosa «justicia de clases»; la subordinación de los jueces a directrices de grupos políticos, económicos y sociales, y, en fin, una serie de lacras que a veces agobian a la norma, o al órgano, o al titular de este o a los tres a la vez, son algunas de las causas determinantes del antiderecho de una comunidad determinada.

"Sin embargo, en un punto clave puede ubicarse el origen absoluto del antiderecho. En la ignorancia o el olvido de que, como realidad fundamental, el derecho es un *fenómeno axiológico*, es decir, incorpora en su esencia un conjunto de valores, el principal de los cuales es la justicia. El derecho, pues, no es solo un simple conjunto de enunciados de poder y deber, vinculados por el nexo lógico kelseniano, que, frente a los actos o hechos de los hombres, ata un supuesto dado previsto por la ley con una consecuencia eventual que también la ley prevé. No; el derecho no es solo la anatomía yerta y formal de un silogismo con el cual apenas se puede describir la mecánica interna de la norma. Es algo más que un molde formalista al cual, por la leyes de la dialéctica, debe ajustarse necesariamente el pensamiento. El derecho es un receptáculo de valores, empezando por el de la justicia que es su razón de ser causal, actual y final, y siguiendo por las categorías del orden, la seguridad, la paz, el poder, la cooperación, la solidaridad, etc., que irradia a modo de constelación planetaria su plexo valorativo.

"Mientras estos ingredientes de la esencia del derecho se escapan de las miras de legisladores y jueces, la sociedad estará amenazada porque las reglas de conducta que guían su vida son, en ese caso, lo que más se parece a la arbitrariedad".

La pertinencia de tan eruditas explicaciones a hechos históricos y a episodios jurídicos de nuestra actualidad no parecen remitirse a dudas.

La lucha por el derecho y la justicia que tiene sus sacerdotes en quienes profesionalmente llamados para ese ministerio practican como deber la realización de aquellos dos, no pueden desviarse de su contenido ético por consideraciones de simpatía o antipatía, ni muchísimo menos por favores contingentes y mezquinos, ni por la relevancia de personalidad que pueda originar una veleidosa y en ocasiones interesada propaganda.

Tales conductas, que constituyen en veces una soslayada prevaricación son, en nuestro aparentemente utópico ideal de protección, frustraciones que nos duelen tanto como se ofenden los verdaderos y desvirtuados derechos humanos causando con ello un gran desequilibrio. Así, el desorden, la anarquía, los abusos y atentados contra las libertades se estimulan, además, con la intimidación, la amenaza y la muerte de los propios jueces.

¿Cómo hacer nosotros desde la cátedra o desde el recinto sagrado donde se administra la justicia, para contener tantas iniquidades? Es ese precisamente el objetivo de nuestra existencia y de nuestra lucha.

A estos factores negativos del bien llamado antiderecho agreguemos el fenómeno de la abrumadora explosión de aspirantes a profesar, no tanto el magisterio de las ciencias jurídicas cuanto la fácil explotación abogacil ejercida sin sujeción a las normas morales superiores que deben regir tan nobles actividades, infiltrándose indebidamente y sin calidades éticas, científicas ni jurídicas dentro de la sagrada jerarquía de la jurisdicción.

No podemos disimular el patrocinio con el cual se alimenta en algunas Universidades el asedio de personas que sin vocación jurídica penetran en ellas para constituir más tarde elementos de descrédito, que afectan la honesta y limpia comunidad de los verdaderos abogados y juristas. La enseñanza del derecho en las Universidades, entre otras medidas, podrá ser un elemento de selección que permita a los más aptos pertenecer a estos cuerpos, eludiendo francamente a quienes deben ejercer otras actividades.

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicó en el año de 1976 su famosa *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*. Los once estudios de muy eminentes profesores que participaron en las "Quintas Conferencias de Facultades de Derecho de la América Latina", realizadas en la Argentina entre el 27 de octubre y el 2 de noviembre de 1974, han recogido el esfuerzo que desde atrás viene haciéndose para sistematizar lo que al parecer del compilador, doctor Jorge Witker V., debe hacerse bajo el impulso de los cambios sociales, culturales y tecnológicos que rodea la tarea de los universitarios.

Tales estudios nos convencen sobre la urgencia en que nos encontramos de reacomodar los sistemas y metodología en la enseñanza del derecho. El

examen de las pruebas y requisitos que deben ser exigidos para la admisión, los planes de estudios generales y los especializados, los sistemas de pedagogía jurídica y las conclusiones generales que pueden aprovecharse como útiles recomendaciones, todo lo cual en Colombia está constituyendo una invitación para cambiar la tradicional sistemática sin prescindir de valiosos y experimentados métodos en dicha enseñanza.

Precisamente, el distinguido profesor y magistrado del Tribunal Superior de Cali, doctor Edgar Saavedra Rojas, en el número 15 de la Revista *Nuevo Foro Penal*, en disertó estudio denominado "Metodología de la enseñanza del derecho penal", que constituirá el primer capítulo de su anunciada obra *Teoría y práctica del derecho penal general y especial*, hace referencia a los estudios sobre la enseñanza del derecho a los cuales me refería antes. El profesor Saavedra Rojas con aplicación directa al derecho penal hace una seria e ilustrada evaluación de nuestros sistemas de enseñanza jurídica, con muy valiosas y fundamentadas observaciones como estas: "Precisado con un criterio muy personal, que sin embargo corresponde a nuestra idiosincrasia y a la complejidad de la vida contemporánea, debemos determinar qué habilidades y destrezas se deben fomentar y perfeccionar y las técnicas e instrumentos metodológicos para conseguirlas".

Más adelante, agrega:

"Para la determinación metodológica recomendada debe tenerse como punto de partida que ante todo tratase de una profesión liberal, tomada tradicionalmente como un medio de subsistencia; nuestro abogado excepcionalmente se sale de estos moldes tradicionales. Sobre esa base surge la formulación del jurista del futuro, al que aspiramos, sin salir de las expectativas que nos traiga nuestro medio circundante.

"Entre los defectos más generalizados del abogado latinoamericano enumeran los siguientes: 1) dogmatismo excesivo; 2) alejamiento de la realidad social; 3) excesivo ritualismo y formulismo; 4) conocimientos puramente nemotécnicos; 5) conciencia individualista y ausencia de manifestaciones solidarias; 6) ausencia de actitud crítica entre el aparato estatal y la ley; 7) exceso de conocimientos teóricos y falta de adiestramiento práctico; 8) información enciclopédica y superficialidad de la misma".

Para confirmar sus observaciones el profesor Saavedra se apoya en opiniones que él mismo señala pero que, además, coinciden con los defectos de algunos de nuestros propios profesionales del derecho. Experiencias de diversas épocas y aun contemporáneas nos conducen a maduras reflexiones sobre los sistemas, métodos y soluciones que lleven a la erradicación de tan graves males universitarios.

Para finalizar, no podemos dejar de referirnos con la requerida brevedad al fenómeno que en relación con la justicia y el derecho se está presentando en el mundo bajo el impulso que la técnica ha impuesto a los diversos medios de comunicación y las reconocidas ventajas que se ofrecen para el conocimiento oportuno y rápido de sucesos y episodios que también forman parte del proceso

de desarrollo económico y social. Pero es necesario no olvidar que el acelerado ímpetu de los diversos medios de información, sin legítimos controles, permite peligrosos avances contra la tranquilidad pública y el derecho de los ciudadanos a disfrutar de su privacidad y el respeto a esenciales derechos que ahora han quedado sometidos a intensos conflictos. El ejercicio del derecho de información constitucional y legalmente limitado sufre con alguna frecuencia los impactos del abuso, como no infrecuentemente observamos a través de los diversos medios.

Pese a las garantías de legitimidad que se ofrecen por nuestras leyes en beneficio de los medios de información, ahora comercializados, resultan casi inevitables las exageraciones, datos equivocados o equívocos que ofenden la dignidad de las personas o de los grupos, sociedades, comunidades o asociaciones, agregándose a ello los daños que se infligen por las intervenciones histéricas creadoras de pánico y alarma de la prensa, la radio y la televisión. Verdades divulgadas a medias, o mentiras ostensibles y calumniosas, parecen no tener diques ni formas de coerción diferentes de las que antiguas leyes violadas o irrespetadas han consagrado. Así, la olvidada ley 29 de 1943 que regula la libertad de información y sus limitaciones de contenido restrictivo ha sido convertida en un monumento de burlas y desobediencia. La prepotencia del llamado "cuarto poder" no puede convertirse en intocable, ni tampoco aspirar a ser instrumento sin controles como sucede, sin excepción alguna con respecto a las demás libertades cívicas consagradas en la Constitución nacional, ni denotar como retrógrado u oscurantista a quien se atreva a afirmar que las libertades de opinión y expresión tienen también limitaciones.

Por fortuna para nuestro país las indebidas conductas que se comentan son excepcionales, pero es preciso impedir su progreso.

Un poder extraordinario y excesivo que no admita controles ni intervenciones del Estado, se opondría a la aspiración de sus elementos más honestos y respetuosos de la dignidad personal. Encontrar remedio dentro de una moral que se autocontrolaría por sí misma, en virtud de una especie de código ético que tendría alcances internacionales, quizás sería una solución. Así se insinuó ya esta utopía en el seno de las Naciones Unidas en el Primer Congreso Latinoamericano de Periodistas celebrado en México en 1976.

Mientras este anhelo de culturización y superación moral alcance a Colombia, debemos rechazar por medios jurídicos los estímulos ya frecuentes a actividades atroces y delictivas que inclusive se permiten, como ocurrió recientemente, por la propia televisión del Estado. No creemos que pueda considerarse como un signo de retraso, una muestra de oscurantismo y reacción, clamar por el imperio de la ley, el ejercicio del derecho y la realización de la justicia.

En el fondo es este un problema nacional de desbordamiento de competencias comerciales e intereses económicos que debe ser confrontado a tiempo y con valor por los juristas de Colombia, a quienes corresponde, como se

ha venido afirmando, la defensa de los valores esenciales de la justicia y el derecho.

Por todo lo anterior, he querido en esta ilustre reunión de juristas expresar mi anhelo de que sean superados dos graves problemas que afectan la entraña de nuestro principal deber.

Reitero mis más afectuosas expresiones de gratitud a los estimados amigos y colegas cuya existencia prosigue iluminada por la esperanza de que saldrá siempre triunfante la *gran misión* que nos correspondió en el mundo moral e intelectual como humanos arbitadores de la justicia y el derecho.

Documentos

EL DERECHO PENAL CONFORME A LAS CONCEPCIONES MODERNAS* (LA DOGMÁTICA JURÍDICA, LO ANTIJURÍDICO, NORMATIVIDAD JURÍDICA, TIPICIDAD, LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD, LA ACCIÓN FINALISTA)

Doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA

Se habla con frecuencia del presunto caos en materia de estudios penales, por la diversidad de opiniones que parecen haber surgido en los últimos tiempos respecto de la interpretación jurídica y de la sistematización doctrinaria. Todavía contagiados de la oposición entre clasicismo y positivismo, la mayor parte de los estudiosos contraponen los factores derivados de esas escuelas, para la solución de importantes cuestiones, resultando por tanto el engolfamiento permanente, del cual no es posible salir sin atender a las nuevas conquistas doctrinarias o a aquellas que, aun dentro de la encarnizada lucha de escuelas, colocaron importantes basamentos en orden a la solución de problemas medulares.

En verdad, el positivismo como escuela rectora del sistema penal ha dejado de existir; el clasicismo, como escuela única de las doctrinas penales, ha dejado

* *Nota:* Este artículo apareció en la *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias*, número 1, Bogotá, 1953. En esta sección hemos publicado los trabajos de HELMUTH VON WEBER, "Para la estructuración del sistema del derecho penal", en la entrega número 13; "Nuevo examen de los elementos del delito", de BIAGIO PETROCELLI, en la número 15; y de EUGENIO RAUL ZAFFARONI, "Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría del delito", en la número 16. En esta oportunidad se publica el trabajo del doctor BERNARDO GAITÁN MAHECHA. La importancia de este artículo radica en el hecho de ser el primer escrito (al menos que yo conozca) en Colombia ha llegado a tratar el aspecto dogmático del delito. Y resalta su valor si se piensa que en nuestro país hace 30 años todavía se cabalgaba por doquier, sobre el "comodín jurídico" del positivismo ferriano. Dado, pues, que este estudio puede considerarse quizá como el primer asomo de la dogmática en Colombia, se publica en esta Revista y en esta sección, la cual tiene como finalidad el poner en conocimiento de nuestros lectores trabajos que no están a la mano de quienes, de no ser así, difícilmente podrían leerlos. Posteriormente, en 1963, el autor publicó su *Curso de derecho penal general* (Ed. Lerner, Bogotá), en el que se esbozó una concepción dogmática del delito, la cual, gracias sobre todo a los esfuerzos del profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, ha llegado a ser corriente en el ambiente jurídicopenal colombiano.

de existir. Se dirá entonces que la solución del presente y del futuro del derecho penal ha de ser un eclecticismo del que ya se habló y que tan pocos resultados dejó para el progreso de la ciencia penal; se dirá entonces que es necesario impulsar y crear una escuela con caracteres distintos y distintivos, que sin ser conciliatoria, ponga en juego las grandes conquistas hasta ahora realizadas y dé impulso a los nuevos valores doctrinarios y prácticos. Pero en verdad, no se trata de eso: en primer lugar, parece imposible pretender hoy la formación de un movimiento con caracteres distintivos y distintos, si se tiene en cuenta la multitud de doctrinantes, y la infinidad de corrientes unipersonales que en Europa y en América están en boga.

La solución no está en la pretendida idea de buscar un jefe, que dentro del derecho penal realice la misión proselitista, puesto que la etapa histórica de CARRARA y FERRI dejó los puntales únicos de la ciencia penal. El período nuestro es el de la síntesis: mas la dificultad está en saber cuál de esos extremos ha de tomar la primacía, para recibir del otro sus influjos y modular el derecho penal, en función del hombre, entendiendo a este en su conjunto espiritual y material.

No sin antes determinar la corriente filosófica rectora de toda cuestión jurídica se puede realizar el derecho; fue necesaria la influencia filosófica, para la realización clásica y para la realización positiva; ¿cuál ha de ser la filosofía que ahora imponga su credo? Con poco esfuerzo se deriva el problema hacia la cuestión, como todas, del imperio de una filosofía cristiana o de una filosofía materialista; porque así como se conciba el Estado, como se conciba la persona humana y los derechos de aquel y de esta, así será la concepción del derecho y fundamentalmente del derecho penal en el que se resumen todos los derechos, porque en él se tutelan.

La racha de totalitarismo que ha soportado el mundo y el avance vertiginoso de ideas que tienden a coartar y limitar la libertad humana y los derechos de la persona, son bases fundamentales para mirar con cautela y no incurrir en el error tremendo de asimilar una determinada corriente doctrinaria del derecho, porque en apariencia realiza un objeto bueno y se funda en interpretaciones corrientes, y presenta una modalidad de oposición a otro sistema del que no se es simpatizante. Ahí está la portada del caos; porque una vez admitida la inclinación doctrinaria, puesta en función política, es difícil rechazarla, y no permite variaciones o progresos. Ahora bien, no hay duda de que la solución es la de la filosofía cristiana, y conforme a ella ha de realizarse el derecho penal del futuro; y que no se alarmen quienes abominan del sentido y del contenido de la escuela penal clásica, que ello implique un retorno absoluto o una implantación absoluta de ella; no, pero que sí estén dispuestos a sacrificar un poco de su materialismo en aras de la libertad, del derecho conforme a la naturaleza del hombre y de este en función del Estado donde los derechos humanos sean el fundamento de su existencia.

El derecho en sí mismo considerado no puede ser problema material, porque de hecho no lo es; el derecho es algo subjetivo que se realiza en la persona,

y esta por naturaleza goza del derecho, es sujeto del derecho; de ahí que todo aquello que no lo reconozca, o lo recorte o lo vulnere, es atentatorio de la dignidad humana. No implica el reconocimiento o la exigencia de un individualismo; no, porque el Estado como persona de derecho es también titular del suyo, que opone a los individuos y que estos deben respetar; esta contraposición de derechos, dentro de sus límites, hace posible el bien jurídico y la realización cristiana del derecho.

El derecho penal es precisamente la contraposición del derecho de la persona, a la persona misma; del derecho de esta al del Estado y del de este a aquella. Ahora bien: siendo el derecho de orden subjetivo, mal puede pensarse en una concepción materialista del derecho, concebido *a priori* para su utilización; o interpretarlo de cierta manera, para producir ciertos efectos necesarios a un determinado orden; así como la verdad es de orden absoluto, así el derecho es absoluto, no sujeto a variaciones, imposible de aplicabilidad en forma contraria a su naturaleza.

Factor primordial es el conocimiento de lo natural y de lo positivo; como en el segundo plano se realiza el derecho penal, en orden a la normatividad jurídica, es obvio que este ha de tener sus fundamentos en el primero; pero una vez en actividad no es posible salirse de su integridad so pretexto de que no lo ha asimilado completamente. Toca a la doctrina señalar los vacíos y propugnar por la reforma, para el acoplamiento total. De ahí que la doctrina sea el campo más difícil de manejar, porque en él se siembra y de él se recoge. Ninguna corriente doctrinaria satisface sus anhelos, sino en cuanto ve realizada en el derecho positivo, en normas concretas, su naturaleza; es por esto por lo que en los momentos actuales, con absoluta cautela, deben examinarse los problemas penales, atendiendo a que estos, más que de orden práctico, son de doctrina, de pensamiento filosófico, de concepción jurídica.

La situación actual del derecho penal presenta grandes dificultades para su estudio: es indispensable asimilar un conjunto de doctrinas de tan variado orden, escrutar el pretérito doctrinario hasta sus más remotas raíces, que asombra al pensamiento la idea de tan inmenso panorama; mas en el fondo, a medida que se penetra en el derecho, una especie de impulso hace que el sentido lógico vaya descubriendo aspectos y soluciones cuyo contenido y materia viene de hecho a ser patrimonio de la inteligencia del investigador, ahorrando esfuerzos y recortando así el camino. Las actuales tendencias del derecho penal tienden precisamente a ello: a simplificar en fórmulas concretas el contenido del derecho y a hacer que este se realice en axiomas jurídicos.

Correspondió el primer impulso a la llamada escuela técnicojurídica. Sus postulados se concretan en las palabras de ROCCO, para quien "Toda ciencia tiene su técnica particular, y por técnica se entiende el conjunto de aquellos medios, de aquellos procedimientos lógicos, metódicos, sistemáticos, que le son específicos y de los que ella se sirve para el logro de sus fines". Reaccionaria es la escuela técnicojurídica al abominar de las cuestiones filosóficas y metafísicas, de las cuestiones biológicas y psicológicas, como bases de estudio del

derecho penal, todo porque tales conceptos de nada sirven en cuanto se les separe de la investigación jurídica. En MANZINI encuentra esta tendencia su origen, y ROCCO la lleva a grados de exaltación, para pedir el sostenimiento del método con firmeza y escrupulosidad en servicio del derecho.

El método como sistema precede al estudio del delito y de la pena, con base en el contenido estrictamente jurídico, por la exégesis o la dogmática, pero en todo caso con aplicaciones a la ley positiva y con fundamento en esta. Con respecto al delito es la escuela técnicojurídica la que introduce en el derecho italiano los conceptos de la valoración, ampliando el contenido de la antijuridicidad y de la tipicidad, con el concepto de la culpabilidad. La fórmula de *tatbestand*, que más tarde ha de alcanzar realizaciones concretas en los dogmáticos, viene a ser como la armazón constante de la teoría del delito. Pero se ha dicho con razón que la exagerada utilización de palabras alemanas, en ocasiones mal traducidas, en vez de aclarar el panorama del derecho penal, vino a oscurecerlo, y que este ha sido uno de los factores que han impedido su progreso en los últimos años.

Desde luego la supervivencia de la técnica jurídica fue bastante efímera, sus seguidores fueron abandonando sus postulados y su método y la mayoría de ellos desembocó en la dogmática, que es hoy la tendencia en boga. Cuando se creía que esta no tendría jamás aplicaciones concretas, ni realizaciones puras, GRISPIGNI asombra al derecho penal con su obra de contenido estrictamente dogmático, en donde, en forma concreta, realiza investigaciones mediante un método lógico y sistemático. Se presenta entonces la dogmática como ciencia "normativa —al decir de PUNZO— que aplica al derecho el método deductivo y que funda esencialmente su sistema sobre la lógica. Ciencia que es, como se entiende de su nombre, de la máxima importancia y utilidad, en cuanto tiende al perfecto conocimiento y sistematización del derecho constituido".

Parece, y así lo da a entender el método dogmático, que tiene una profunda vinculación con el tecnicismo jurídico pero algunos rechazan esta idea. Entre ellos JIMÉNEZ DE ASÚA, quien afirma: "Nos urge, ante todo, separarlo de la dogmática (se refiere al tecnicismo jurídico), con la que se le ha confundido a menudo. Esta como ciencia del derecho no tiene nada que ver con escuelas y métodos parciales. Nosotros mismos no nos libramos de cierta confusión, pues aunque ya se señaló la diferencia entre la técnica jurídica italiana, que abominó de la filosofía, y la alemana, que basó en ella sus concepciones jurídico-penales, no es menos cierto que expusimos bajo aquella rúbrica las doctrinas de autores que se dedican al cultivo de la dogmática, pero que no son partidarios de esta o de aquella escuela".

Las razones del profesor JIMÉNEZ DE ASÚA no convencen; en verdad la dogmática no es una escuela propiamente dicha; la dogmática es una ciencia, y como tal tiene un método de estudio del derecho penal; mas sus relaciones con el tecnicismo jurídico son inobjctables. Ocurre que la escuela técnicojurídica no tuvo de tal sino el nombre, *porque en el fondo fue esencialmente*

dogmática, puesto que su método no era otro que el dogmático. Tal vez la diferencia está en el contenido; el tecnicismo jurídico comprendió la dogmática en su panorama. Pero la dogmática es el método del tecnicismo, y a esta tendría que reducirse, una vez que sus genitores y doctrinantes entendieran, como lo entendieron, que no es posible hablar de derecho penal sin buscar hitos en las concepciones filosóficas. Tanto es ello así, que la reacción contra el *tatbestand* no ha sido otra que el deseo de echar por tierra un sistema que se opone en toda forma al totalitarismo, al regular por normatividad y valoración el sistema penal, y conforme al cual no es posible la acomodación. La tipicidad como centro de la dogmática identifica a esta como la medula del tecnicismo, del cual solo queda su método y su sistema: el dogmático.

FLORIAN afirma: "*Il tecnicismo giuridico, el cui emblema fu la dogmatica, ebbe una difussa azione diretta nella formazione del cod. pen. vigente, etc.*" Pero el propio profesor JIMÉNEZ DE ASÚA dice con respecto a la dogmática: "Resumamos, pues, reconociendo que la auténtica ciencia del derecho penal es la dogmática; es decir, la ciencia normativa, valorativa y finalista, que se ocupa de la ley penal, del delito, del delincuente y de la sanción. Pero el hecho de que proclamemos la debida autonomía del derecho penal no significa que neguemos la existencia de otras ciencias penales". Este pasaje de su obra indica claramente la existencia de cuestiones fundamentales, que lo fueron también de la técnica jurídica; la valoración y la normatividad. En todo caso la ciencia actual del derecho penal es la dogmática; ya es imposible hablar de positivismo, que quedó relegado a las ciencias auxiliares del derecho penal; ya es imposible hablar de clasicismo, que contiene solo la filosofía del derecho penal; ahora es indispensable estudiar el derecho en su contenido. Tal es la síntesis de hoy.

Veamos entonces cuál es el verdadero contenido de la dogmática, cómo se acomoda a la filosofía y cómo utiliza ella los descubrimientos e investigaciones del positivismo. Y como en la actualidad están en boga conceptos, de los cuales se hace uso ligero, veremos en qué consiste la antijuridicidad, la normatividad, la tipicidad y la causalidad, que constituyen el centro doctrinario de la dogmática.

La dogmática. Dice GRISPIGNI que la dogmática es "la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que forman, en el seno del ordenamiento jurídico-positivo, el derecho penal"; si bien es verdad que la enunciación del sistema dogmático renuncia al carácter filosófico, para asimilar al empírico, no tardó mucho en que después de formulada la teoría en forma completa por GRISPIGNI, puntos capitales del derecho penal no pudieran ser resueltos únicamente por el método empírico, siendo indispensable recurrir al respaldo filosófico. Pero ello no es más que un punto de avance en el sistema, que pretende estructurar el derecho, reconstruyéndolo, con materia prima que son las propias normas. Los criterios de la antijuridicidad vienen a ser los cimientos a los cuales se llega por deducción.

“La dogmática juridicopenal, dice JIMÉNEZ DE ASÚA, consiste en la reconstrucción del derecho vigente en base científica. Algunos códigos penales, como el argentino, el peruano y el venezolano, tras de ocuparse de la ley penal y de su validez, legislan sobre las penas y luego tratan del delito. El dogmático desarticula el Código, y como el *prius* lógico es la infracción, construye primero esta con ordenado estudio de sus caracteres, positiva y negativamente concebidos; pero lo hace conforme al derecho vigente en el país en que escribe. Lo contrario de lo que hizo CARRARA, que, como hemos visto, edifica su famoso *Programa* fuera de toda ley, y si acudió a citas de los Códigos sardo, napolitano o de las dos Sicilias, lo hace solo por vía ejemplificadora”.

La ciencia del derecho ha adquirido nuevos temas de investigación mediante el sistema dogmático, y ha logrado deslindar los campos del derecho y de las ciencias auxiliares de este, otrora patrimonio del positivismo, para demostrar cómo el delito no puede ser otra cosa que el acto, injusto y culpable, descrito por las leyes y sancionado por estas. Es en síntesis la valoración jurídica de los actos, que frente a la imputación hace uso de los sistemas auxiliares de las ciencias investigativas para determinar sus caracteres sociales, y los personales del agente.

Este concepto del acto se desarrolla dentro de la dogmática a través del estudio de lo antijurídico.

Lo antijurídico. Lo contrario al derecho es comúnmente denominado antijurídico; el problema está en conocer exactamente el *quantum* de la antijuridicidad. Ante todo, el problema se estudia y concreta con prescindencia de las normas positivas; lo antijurídico absoluto viene a ser todo aquello que esencialmente es injusto y contrario al derecho, considerado este en tal grado. El resumen de la antijuridicidad con anterioridad a las normas crea en estas la capacidad realmente antijurídica. Entonces el acto injusto o antijurídico lo es por sí mismo y necesariamente debe existir una norma que, en integración objetiva y discriminativa de los elementos del delito, acoja por acomodación el conjunto y haga posible las consecuencias.

Sobre el problema de la antijuridicidad se ha trabajado profundamente, y es el principal tema dogmático del derecho, porque en él se encuentra la masa informe que ha de reducirse en fórmulas concretas a la normatividad.

Normatividad jurídica. No basta que el hecho en sí mismo sea antijurídico (o inmoral), para que sea causa de una pena, sino que es necesario que una norma lo contenga en su integridad absoluta, como resultante del acto. Lo jurídico, en abstracto, no es suficiente para derivar la existencia de lo antijurídico y por ende atribuir consecuencias penales. Lo antijurídico debe señalarse en las normas; el conjunto de las normas hace existente la normatividad jurídica, sin la cual lo antijurídico no es posible desde el punto de vista objetivo del derecho. Dos objetos de estudio se presentan entonces a la dogmática: el conjunto de las normas, y la norma individualmente considerada. Con relación a esta, modula la noción de la “tipicidad” (*tatbestand*). Las normas son tipos cuyos elementos hacen posible la valoración del hecho y del acto, que

adecuados y acomodados en forma absoluta determinan la existencia de lo antijurídico-objetivo.

Tipicidad. Esta materia toca con las concepciones mismas del Estado (democrático-totalitario); aunque la dogmática rehúsa todo contacto con la filosofía, al adentrarse en temas de esta índole encuentra problemas referentes a la capacidad represiva del Estado, contraponiendo el sistema conforme al cual este reprime con base en el poder omnimodo de calificar el acto, castigándolo si realmente es antijurídico, o con la mera apariencia o sin ella. Es natural que, en tal condición, la persona no disfruta de libertad de acción dentro de los límites de lo antijurídico, pues basta que una actividad sea en principio antijurídica para que sea sujeto de la norma penal.

La concepción contraria es la de que para que haya delito es indispensable que la norma exista con anterioridad al hecho, y que los elementos del acto (objetivos y subjetivos) estén señalados en la norma como constitutivos de la infracción; faltando uno de tales elementos en un caso concreto, el delito no ha tenido existencia jurídica, ni lo actuado es antijurídico. La noción del *corpus delicti* viene a ser en verdad el fundamento de la teoría de la tipicidad, pero esta toma mayores profundidades, puesto que mientras la teoría del *corpus delicti* se estudia en función de las formas preexistentes, la tipicidad abarca no solo este aspecto sino el estado anterior a las normas, con el objeto de que estas sean típicas, puedan ser típicas al momento de dictarlas. Por eso fue indispensable realizar la teoría de lo antijurídico.

La tipicidad (*tatbestand*) como doctrina tiene, pues, la virtud de hacer que, en la estructuración de las normas y en la aplicación, el Estado no pueda salirse de los márgenes jurídicos; ya porque para legislar debe consultar la juridicidad y determinar como delictuoso solamente aquello que sea antijurídico, y castigar como delito solamente aquello que sea típicamente delictuoso, conforme a la integración de la norma. En términos corrientes es la oposición contra la arbitrariedad.

Sobre estas bases de normatividad, la cuestión penal se desplaza hacia la llamada “problemática de la acción”; se trata de establecer doctrinariamente el concepto jurídico del hecho (delito) en función del acto.

La responsabilidad moral de la escuela clásica y la responsabilidad legal de la escuela positiva tienen para la ciencia dogmática el sentido de la atribución de las consecuencias penales, provenientes del acto típicamente antijurídico. Quiere ello decir que el delito acarrea las consecuencias señaladas en la norma, y en esta forma hay penas y medidas de seguridad porque “Nosotros no desconocemos que las anomalías síquicas pueden conducir y conduzcán a la delincuencia, pero eso no quiere decir que los delitos sean cometidos siempre por anormales; los resultados son distintos: lo primero plantea un problema médico particular; lo segundo obliga a investigar las condiciones mentales del autor de un hecho criminoso”. (FONTÁN BALESTRA).

En síntesis, se trata de distinguir entre los imputables y los inimputables. Una mejor comprensión del problema nos lleva a expresar que en cuanto se

trate de delitos cometidos por personas anormales, su responsabilidad será simplemente la legal, con medidas de seguridad; pero los normales han de responder en el grado de su acto, derivándose para ellos las consecuencias expresadas en el catálogo de las penas.

Es obvio que los inimputables (anormales) se escapan a la problemática de la acción, y en esta materia no toca al derecho resolver sino a la medicina, y a las ciencias especializadas en las anomalías humanas.

La relación de causalidad. Desembocamos aquí a la medula del problema penal; en efecto, es fácil llegar a la concepción de lo antijurídico y de lo típico; asimismo por lógica comprendemos la imputabilidad. Pero el profundo significado de la relación causal requiere minuciosa observación.

En qué consiste el problema: todo hecho implica una mutación, con características absolutas de efecto. Ahora bien, cuando ella es producto o efecto de un acto humano, este viene a ser y es su causa; la relación entre esta causa y ese efecto la denominamos relación de causalidad.

Desde luego, con resolver el problema no se busca solucionar cuestiones de responsabilidad, puesto que suponiendo la existencia de la causa, o mejor en presencia de ella, como verdad objetiva, el resto pertenece a la mecánica de la aplicación de las consecuencias penales; el *quid* es la manera como esta relación de efecto a causa ha de llevarse a término.

1º) *Equivalencia de condiciones (conditio sine qua non).* Según esta teoría debe considerarse como causa cualquier condición del resultado. Es necesario advertir aquí que el problema de la causalidad para su examen se aparta del derecho, para pasar al campo de la simple lógica. Toda circunstancia sin la cual el resultado no se habría producido, es causa.

2º) *La condición más próxima (OERTMANN).* Se considera como causa de condición que se presentó de última, antes del resultado.

3º) *Causa efficiens.* De las diversas condiciones se toma como causa aquella que más ha influido en el resultado. Aquí ya es un problema de valoración, de las distintas condiciones se hace indispensable hacer la relación de causalidad con cada una de las condiciones, y escoger como causa la de más relevancia, para la producción del efecto.

4º) *La adecuación.* La condición debe ser adecuada para la producción del efecto; es simplemente el factor de identidad el que determina la causalidad; el resultado debe ser normal a la condición.

5º) *La causalidad humana.* "Para la existencia de la relación causal en el sentido del derecho concurren dos elementos: uno positivo y otro negativo. El positivo es que el hombre, con su acción, haya puesto en existencia una condición del resultado; es decir, un antecedente sin el cual el resultado mismo no se habría verificado. El negativo es que el resultado no sea debido al concurso de factores excepcionales". (ANTOLISEI).

6º) *Relevancia de la acción.* La causalidad no debe considerarse en abstracto sino en concreto, con referencia a cada tipo delictivo, y entonces la causa resulta diferente, siendo una, conforme a cada tipo.

Sería inagotable el examen de cada una y de todas las soluciones que se han propuesto para el problema de la causalidad en la teoría del delito. Con razón HUERTA FERRER afirma: "La revisión del problema de la causalidad, como doctrina general dentro de la teoría del delito, ofrece hoy atractivos nuevos y posibilidades de realización insospechadas. Se trata, en efecto, de una cuestión fuertemente enraizada en las bases mismas de la sistemática que fue consolidándose en los últimos años y cuyo predominio se mantuvo indiscutible hasta fecha reciente. La coyuntura de honda transformación por que atraviesa el derecho penal hizo posible, con el bamboleo de aquellos viejos pilares, el que se negase en absoluto la validez del problema, reproduciendo, aun con razones plenamente distintas, las rotundas frases de condenación con que había sido saludado, a su nacimiento, por los últimos representantes de un sistema que moría". "En nuestro derecho la construcción de los conceptos de dolo y culpa presenta peculiaridades de tal naturaleza que estos casos dominan de modo indiscutible en toda investigación profunda sobre el nexa causal".

La brevedad de este artículo no permite hacer enunciados más extensos, ya que su finalidad es presentar el estado actual de las doctrinas sobre el derecho penal y los puntos más destacados de las investigaciones presentes, bases del derecho penal del futuro. Es también mi propósito terminar con algunas observaciones sobre las corrientes doctrinarias actuales —todas dogmáticas— y su admisibilidad por parte de los espíritus demócratas y cristianos.

Severas críticas se han formulado a la dogmática, y en parte ellas tienen razón en cuanto se refieren a las exageraciones conceptuales, en que el sistema ha incurrido. En efecto, son numerosos los temas en que los expositores se han detenido, con una intencionalidad de amplitud que los hace oscuros y confusos. Nociones que, por ejemplo, en la Escuela Clásica (CARRARA) tienen una simplicidad enorme, en la ciencia dogmática son verdaderos enigmas. Ejemplo de ello es la tipicidad, en cuanto *corpus delicti*, o la relación causal de la acción. Esta crítica tiene fundamento y hace pensar en la necesidad de reducir a formas más sencillas el contenido científico-doctrinario del sistema.

Pero la dogmática tiene la virtud de ser, en cuanto derecho, un sistema que reúne en sí todo el conjunto del problema penal, y las escuelas encuentran su aplicación concreta al sistema, que con sus aportes construye genialmente su mole doctrinaria. Y políticamente realiza la posibilidad de un sistema jurídicopenal, demócrata, eminentemente humano, tutelador de los derechos y bastión contra el totalitarismo.

Estamos muy lejos aún de llegar a la meta; primero es indispensable que todos los espíritus inquietos por el problema penal comprendan integralmente la misión del derecho, y que sacudiendo viejos prejuicios de escuela, sometan al examen sereno las fórmulas en que se concreta. Todo en aras de la justicia, cuyo esquema fundamental será siempre: "A Dios lo que es de Dios y al César lo que es del César".

La acción finalista. Uno de los más intrincados problemas del derecho penal es sin duda el de la problemática del acto. La acción como forma y contenido del delito presenta serias dificultades para su estudio, tanto más que de su conocimiento depende el problema valorativo y las entidades jurídicas de la culpabilidad y la responsabilidad.

Una reciente teoría llamada de "La acción finalista" quiere resolver el problema de la acción en función de la finalidad del acto, comprendiendo un conjunto de situaciones desde el origen hasta el término, y distinguiendo dentro del ciclo de producción del acto lo subjetivo, lo objetivo, los medios y las consecuencias.

"La acción finalista es una construcción comprensiva y dividida del acontecimiento, en la cual el objetivo es solamente una parte, al lado de los medios puestos en movimiento y las consecuencias secundarias vinculadas con ellos" (WELZEL).

En síntesis, hay acción finalista cuando la voluntad del agente está dirigida a producir un determinado efecto, mediante el uso de medios idóneos capaces de producirlo y con previsión absoluta de todas las consecuencias.

Ahora bien: la finalidad debe entenderse en función de la antijuridicidad, ya que todo acto en sí mismo es finalista pero no siempre contendrá una finalidad de producción de una ilicitud. En esta forma es fácil distinguir el dolo de la culpa, mediante la dirección finalista que el sujeto le haya dado a su acto.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDO MORO, *La antijuridicidad penal*.
ANTONIO HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*.
CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Manual de derecho penal*.
ENRICO ALTAVILLA, *Teoría soggetiva del reato*.
ENRIQUE R. AFTALIÓN, *La escuela técnico-jurídica*.
ERNST VON BELING, *Esquema de derecho penal. La doctrina del delito tipo*.
FILIPPO GRISPIGNI, *Derecho penal italiano*.
FLORIAN, NICEFORO, PUNZO, *Dizionario di Criminologia*.
FRANCESCO CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*.
HANS WELZEL, *La teoría de la acción finalista*.
JAMES GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*.
JORGE E. GUTIÉRREZ ANZOLA, *El positivismo jurídico*.
JUAN DEL ROSAL, *Estudios penales*.
LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*.
PETROCELLI, *La dirección técnico-jurídica del derecho penal italiano*.

Foro histórico

ALEGATO SOBRE EL TEMA DE "DEFENSA PUTATIVA"

NÓDIER AGUDELO BETANCUR*

PRESENTACIÓN

El trabajo que hoy aparece en esta sección, corresponde a un caso de defensa putativa o "legítima defensa subjetiva", como se le denominaba por la doctrina y la jurisprudencia colombianas bajo la vigencia del anterior estatuto punitivo.

La verdad, es que hoy no tiene sentido emplear tal denominación, máxime cuando es evidente que el nuevo Código Penal ha separado tajantemente el fenómeno de la *legittima difesa oggettiva*, esta si verdadera causal de justificación excluyente de la antijuridicidad, de la hipótesis conocida como *error sobre las justificantes*, o error de prohibición indirecto, que al recaer sobre el conocimiento de la antijuridicidad del hecho —elemento de la culpabilidad— excluye este último estrato del concepto dogmático de delito; la diferenciación se ve más clara cuando se observan los textos de los arts. 29-4 y 40-3, el último de los cuales estipula que no hay lugar a culpabilidad cuando el sujeto obra con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación.

Lo hasta aquí dicho, nos sirve para advertirle al lector que la terminología que se utiliza, el enfoque dogmático —si así se le puede denominar—, las referencias doctrinales y jurisprudenciales que se hacen y el manejo que se le da al problema, eran los enfoques propios de la época en que ambos memoriales fueron escritos. Se acude a la clasificación del error de hecho y de derecho que consagraba el anterior C. P. en su art. 23, en vez de la moderna división error de tipo-prohibición que parece prohijar el actual estatuto represor; se habla de causal de exención de responsabilidad a la hora de ubicar la hipótesis en el cuerpo legal y no de causal de inculpabilidad, como sería hoy lo apropiado, etc. No es, pues, el problema técnico el que nos interesa destacar en estos

* Debo manifestar que estos alegatos, para su presentación, fueron firmados por el eminente penalista quindiano, Dr. HELIO MARTÍNEZ MARQUEZ porque en ese entonces cursaba mi 4° año de derecho y no podía actuar de manera directa en el proceso. Desde luego, de él recibí muy valiosas sugerencias y orientación decisiva. Sobre todo, quiero reiterar a ese aguerrido defensor mi permanente agradecimiento por haberme tendido su mano en aquella difícil hora.

dos libelos, el uno dirigido al señor juez superior de Armenia y el otro ante el Tribunal Superior de la misma ciudad donde se ventiló el caso: lo que importa es el manejo del supuesto fáctico por parte del autor, el Dr. NÓDIER AGUDELO, a la luz de la doctrina, la jurisprudencia, la sicología y el derecho positivo entonces vigente. Aquí encontramos conjugados tanto los aspectos sustantivos como los procedimentales y probatorios, destacándose en este último aspecto el muy interesante análisis del medio de prueba confesión y muy especialmente el problema de la divisibilidad o indivisibilidad de la misma. Pero el desarrollo de la hipótesis fáctica no para ahí; se acude a las enseñanzas de la sicología y de la siquiatria, apoyando los puntos de vista con citas de autores como MIRA Y LÓPEZ, VALLEJO NAJERA, DI TULLIO, etc.

Hay en el trabajo un enfoque integral, llamado a ser de mucha utilidad para el estudiante que se inicia en estas duras faenas del derecho penal general, quien encontrará aquí el nexo que liga los postulados generales con el análisis del caso concreto. Tal vez, el haber olvidado el estudio del caso, ha sido uno de los mayores obstáculos para un mejor desarrollo de las disciplinas jurídicas en nuestro medio, habituados como estamos a una enseñanza que se resiente todavía de un amplio contenido exegético y donde prima el estudio frío y textual de la norma legal.

Una advertencia final: hemos colocado algunos pie de página con miras a guiar al lector interesado, confrontando brevemente los nuevos aspectos legales y dogmáticos.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
abril de 1983

Señor
Juez Tercero Superior
E. S. D.

Ref.: *Homicidio*
Sindicado: N. N.

Señor juez: como apoderado de N N en el proceso de la referencia, respetuosamente vengo por medio de este a presentar a usted algunas consideraciones en torno al hecho que se investiga, a fin de que haya más elementos de juicio para decidir al momento de calificar el mérito de las resultancias sumariales. Estoy dentro de los términos.

EL HECHO QUE SE CALIFICA

El día 1° de junio del corriente año, el señor N N ultimó a cuchilladas a su legítima esposa en el lecho de su residencia, a la altura de la carrera 20, número 15-16.

Ese es el hecho escueto, cuya autoría material nadie niega, nadie pone en tela de juicio, como que además de la confesión del sindicato, tiene amplio respaldo en la realidad del proceso. Es incuestionable que el sindicato de autos es el único responsable, autor material de la muerte de su esposa.

Es de examinar entonces el hecho escueto mencionado, a la luz de la doctrina, a la luz de la jurisprudencia, a la luz de la sicología y a la luz de nuestra propia legislación positiva, a efectos de determinar la responsabilidad penal que pueda haber a N N respecto al hecho que, materialmente, se le imputa.

N N, siendo estudiante de bachillerato del Colegio de San José de esta ciudad, comienza a recibir llamadas anónimas de parte de una mujer que, finalmente, después de mandarle algunos obsequios y de haber intimado con él por medio de conversaciones telefónicas, resulta ser una señora casada, esposa del ahora difunto L L, lo que le asustó enormemente (5 vto. copia). Las llamadas siguen, y a estas las entrevistas secretas, ante la insistencia de la mujer que lo incitaba. Es de notar la forma en que el sindicato fue quedando envuelto y amarrado al potro de la vida tormentosa ante las excitantes actuaciones de su ilegítima pretendiente, cuando él tenía solo 19 años y ella unos 30, vale decir, cuando aquel no conocía los secretos que de lascivos y sibaríticos la vida tiene y ella ya había escrutado todos los lugares que posee el amplio y dilatado mundo del sexo, como que ya había tenido, en vida tormentosa, un hijo natural y luego tres más, estos sí habidos legítimamente.

N N se gradúa en la Universidad del Quindío como topógrafo geodesta, se coloca a trabajar en el Catastro Departamental, y al morir el señor L L, es llamado por la viuda a administrar los negocios con los que quedó.

Renuncia a su puesto de profesional y va a vender tintos en el Café Turín de la galería de esta ciudad, ante el temor de que fuera ella a hacerlo: "ella me dijo que porqué no venía a administrarle esos negocios, y como yo la quería tanto a ella, me puse a pensar que cómo la dejaba trabajar en esos negocios, entonces renuncié en Catastro..." (folio 6. En el cuaderno no está subrayado).

Se casan en marzo de 1968 y tienen una niña de la que más tarde diría que es su "adoración, pues inclusive cargo fotos y pedazos de cabellos de ella, pues es mi vida, mi única alegría es estar al lado de ella" (41 vto.). Vienen los problemas, y la vida conyugal comienza a resquebrajarse; el idilio de otros tiempos se convierte en un infierno de sinsabores. Es natural que las humillaciones vinieran si ella era la dueña de los negocios y él solo su administrador. Las ofensas van, pero "como yo la quería tanto a ella y a la niña, yo me aguantaba todas esas cosas" (fl. 6).

¿La causa de las discordias? Los familiares de la occisa dicen que debido a la malversación de los dineros de la esposa, por parte del marido. Respecto a esto hay que decir lo siguiente: a causa de los disgustos N N se lleva la niña de escasos meses para Medellín, a escondidas. La vuelve a traer, y se coloca en la Administración de Hacienda. Ella lo llama a administrar de nuevo los bares (fl. 6). Por eso a esta altura preguntamos: si lo volvió a llamar,

si incluso recibieron otro bar que tenían arrendado, si todo esto es cierto, ¿podrá creerse que el tal manejo eran las causas de las discordias? No. Esas discordias ya existían: por celos, porque ella quizás había comenzado a hacerle el juego que con él hacía en vida de su otro esposo L L. Por demás, y como quiera que interesa dejar en claro la honestidad de N N, basta leer las declaraciones de los testificantes al respecto:

S S, folio 26: "En cuanto a la administración que hacía el señor N N, de los cafés de propiedad de su esposa, «Turín» y «La Bastilla» puedo decir que este muchacho era como un esclavo en su trabajo y como cliente que soy del café Turín, en varias ocasiones pude apreciar que el señor N, para tomarse un tinto se lo pagaba a un cliente y amigo de la casa para que lo pagara, y por su juicio y con el fin de mejorar el establecimiento, cualquier daño que se presentaba, él personalmente lo hacía, es decir, lo que estaba a su alcance y que él mismo fuera capaz de arreglar. En el tiempo que lo conocí al frente del café Turín, nunca conocí enredo o problemas con demás mujeres, era un tipo consagrado al hogar y al trabajo y no le quitaba cinco centavos a nadie".

T T, folio 31: "...durante el tiempo que este señor estuvo al frente de dichos negocios, me consta que nunca lo llegué a ver tomando trago, ni malgastando el producido de estos, en una sola palabra fue de una excelente conducta tanto en el hogar como en lo relacionado a la administración de los cafecitos".

Pueden verse en igual sentido las declaraciones de U U, a folio 27 y V V, a folio 34.

¿Por qué discutían entonces los esposos N N y G G? Nadie sabe a ciencia cierta: yo solo diré que la vida íntima de un hogar es tan inescrutable como la conciencia individual del hombre que, como se ha dicho, es un santuario donde nadie puede entrar ni con los pies descalzos. Por los temores y angustias y sinsabores, los esposos se separan en agosto de 1970.

ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA TRAGEDIA

Al separarse de hecho, es cuando comienza la verdadera tragedia para N N: ama entrañablemente a su esposa pero no puede vivir con ella. Ama entrañablemente a su pequeña hija, que es la razón de su existir, y tampoco puede estar a su lado. Desde lejos viene a visitarla, pero en muchas ocasiones no se la dejan ver. Y él tiene que marcharse de nuevo a su casa paterna con la frustración entre las manos: tiene que volver a lejanas tierras con angustias por sus ilusiones perdidas y con el corazón lleno de dudas. Toca muchas veces a la puerta de su esposa, pero esta no le deja ver la niña ante el temor de que se la volviera a llevar.

Fue el día 9 de junio cuando después de cinco meses de ausencia regresa a ver a su hija. Según lo que consta en el expediente, pasa toda la tarde en tiernas caricias a su hija. En esto coinciden todos los declarantes. Pero de todos es el señor F F (cuñado de la occisa) quien en pocas palabras trasunta

toda la angustia de aquel hombre en esa tarde: "Ese hombre no conversó con nadie, fuera de G G, pues se mantenía era agachado y miraba a la niña y se le desgajaban las lágrimas" (fl. 10). Ni qué más expresiones para señalar el estado de depresión anímica en que se encontraba.

EL HECHO DESENCADENANTE DE LA TRAGEDIA

El gran tratadista BENIGNO DI TULLIO en su obra *Principios de criminología clínica y siquiatria forense* (Madrid, Edic. Aguilar, 1960, págs. 301 y 344), en los apartes de "Criminogénesis" y la "Criminodinámica del homicidio", nos dice que en el delito, como en todo hecho humano, hay que examinar los factores predisponentes, preparantes y desencadenantes; sobre todo estos últimos son de la mayor importancia en el caso de autos. Tales factores los examinaremos a lo largo de este alegato, basándonos en los dichos del sindicado en su injurada.

LA CONFESIÓN EN MATERIA PENAL

Latu sensu, podemos decir que la confesión es el reconocimiento de la comisión de un hecho. El maestro FRANCESCO CARRARA en su *Programa de derecho criminal* (Bogotá, Edit. Temis, § 929), nos dice que "Se llama confesión del reo cualquier afirmación emitida por él en su propio cargo". PIETRO ELLERRO, en *De la certidumbre en los juicios criminales*, también afirma que "se llama confesión a la revelación de un delito por su propio autor". Finalmente, ANTONIO DELLEPIANE, el gran tratadista argentino, se pregunta: "¿Qué es la confesión? Es el reconocimiento de una obligación, o de la intervención en un delito, en calidad de autor, cómplice o encubridor, que hace, bien sea el deudor de la obligación o bien el implicado en el delito, según el caso". (*Nueva teoría de la prueba*, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 136).

Pues bien: ¿qué tenemos en el caso investigado? El señor N N es explícito al responder a la pregunta sobre el autor del homicidio: "contestó «Yo fui el que la maté»" (fl. 8).

LA CONFESIÓN CUALIFICADA

En la doctrina sobre Critología se habla de confesión cualificada, que es aquella en la que el sindicado, además de reconocer la comisión del hecho que lo perjudica, agrega circunstancias que tienden a justificar el hecho: "Yo maté, pero en legítima defensa de mi vida". (C. P., art. 25), o agrega circunstancias tendientes a excluir la responsabilidad: "yo maté, pero porque erradamente creí que me atacaban, o porque me coaccionaron". (C. P., art. 23). También dirá: "Maté, pero en estado de ira o intenso dolor porque me ofendieron grave e injustamente" (C. P., art. 28)¹, es decir, que la confesión cualificada puede tender a justificar el hecho, o a excluir o a atenuar la responsabilidad.

¹ Hoy arts. 29, 40-3 y 60 del Código Penal de 1980, respectivamente.

Para no ir contra la evidencia procesal, hay que reconocer lo anterior en el caso *sub judice*. Leamos a folios 7 (copia): “a las tres de la mañana, entré a despedirme de la niña y a decirle a la señora G G que me abriera el portón, por lo que estaba con llave, y ella me preguntó que por qué no me había acostado, yo le contesté que porque me cogía el día y tenía que estar en Bogotá temprano, entonces ella le dijo al señor Rafael que me fuera a abrir el portón, sin duda él tenía llave, cuando yo me acerqué a despedirme de la niña, ella, es decir G G, me tiró unas patadas y me dijo «ya te la vas a llevar otra vez, lárgate gran hijueputa para la mierda», y empezó a buscar algo detrás de la almohada donde estaba acostada, entonces a mí me dió una cosa muy horrible, como que se me embotó el cerebro y pensé que ella iba a matar la niña para que no fuera ni para ella ni para mí, pues la niña estaba a un lado de ella y al mismo tiempo pensé que me iba a tirar a mí, entonces yo ahí mismo saqué el cuchillo que tenía guardado...”.

En posterior ampliación dice que “Al agacharme a besar la niña ella me encendió a patadas y me dio varias bofetadas, ella me dijo «Ya te la vas a volver a llevar, lárgate para la mierda gran hijueputa cabrón», entonces a mí me dio ira y desesperación, me sentí humillado, ofendido en mi honor de hombre, de esposo y de padre, aquí en ese momento me acordé de lo que me habían contado a mí «que tenía un mozo que llamaban ‘Corozo’». Y que por esto me trataba en el término de cabrón, a mí me dio una cosa muy horrible se me embotó el cerebro y como que el mundo se me vino encima, pues ella trataba de buscar algo detrás de la almohada y entonces yo estaba como loco y pensé que iba a matar a mi hija o a mí, y en ese momento de locura yo saqué el cuchillo...” (fl. 41 vto.).

Es de resaltar la expresión de ella, de la occisa: “ya te la vas a volver a llevar otra vez”, pues el factor preparante de la tragedia fue el haberse llevado el esposo en otros tiempos, a su hija hacia la ciudad de Medellín. El hecho *desencadenante* fue el haberse inclinado él sobre el lecho para despedirse: “cuando yo me acerqué a despedirme...” “Y al agacharme a besar la niña ella me encendió a patadas y...”

¿Qué tenemos entonces? una confesión cualificada en dos sentidos:

- a) Reaccionó ante las patadas que le prodigó su esposa y ante las ofensas de “hijueputa” y “cabrón”, que le endilgó.
- b) Reaccionó ante la creencia de ser atacado.

LA CONFESIÓN EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

En un artículo que resume toda la doctrina de los grandes tratadistas en materia probatoria, nuestro Código de Procedimiento Penal dice: “La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito” (art. 264).

¿Es libre esta confesión? Sí. ¿Es espontánea esta confesión? Sí. ¿Está comprobado el cuerpo del delito? Sí. ¿Se le ha demostrado lo contrario? En momento alguno. Por el contrario, ella ha sido en un todo respaldada por la realidad, como pasaremos a verlo. Preciso es decir desde ya que nadie es testigo del momento culmen en que el nefasto suceso se desencadenó. Por eso el juez segundo de Instrucción Criminal a folio 17 dice que “todas las personas que se hallaban en la residencia donde tuvo lugar el insuceso, al deponer para la sumaria informan que cuando llegaron al lecho de la víctima, ya esta se hallaba agonizante o muerta, y corroboran en un todo lo manifestado por el indagado, en lo que concierne a la conducta de este desde la hora en que hizo su arribo a la casa de su esposa, hasta el momento en que ocurrieron los hechos, sin que estos se hubieran percatado de las circunstancias en que se desarrolló la tragedia, esto es, el momento crucial de los hechos y las circunstancias o palabras o discusión que precedió el hecho trágico”. (Las cursivas son nuestras).

O sea que con respecto al hecho *culmen* solo tenemos esa “confesión libre y espontánea hecha por el procesado”.

En resumen, reaccionó ante la creencia de ser atacados su hija o él en sus vidas, o por la ofensa recibida. Que él reaccionó por alguna de esas causas no puede ser controvertido. El Estado no lo ha infirmado. Por el contrario, su confesión en este sentido es *posible verosímil y veraz*, que son los requisitos que la critología exige para que la confesión sea perfecta.

Posible, esto es, entendiendo por tal en el caso concreto el común acontecer de los hechos, puestos los seres y las cosas en determinadas circunstancias.

Verosímil, porque no reúne elementos fantasmagóricos que la aparten de la realidad.

Veraz, esto es, que la misma no puede ser controvertida. Y yo pregunto al señor juez: ¿es posible que N N ante la actitud de su mujer, francamente de antecedentes no muy recomendables y como que ahora era una mujer de café, creyera que lo atacaba? ¿Es posible que creyera que esa mujer lo fuera a matar para impedir que se llevara la niña? Sí, señor juez: es posible. ¿Es posible también que le enrostrara palabras procaces como las que menciona el indagado? Por supuesto que sí.

Esta confesión no reúne elementos fantasmagóricos que la aparten de la realidad. Y no los reúne, porque ella refleja lo que usualmente ocurre en las realidades trágicas de la vida. Esa confesión finalmente es veraz, porque el Estado no le ha probado en contrario, y por eso hay que creerle. “Al hombre honrado hay que creerle”, decía alguien. El Estado tiene que creer allí donde el sindicado dice *esto fue* y el Estado es impotente para decir *esto no fue*.

LA CONFESIÓN INDIVISIBLE

Se ha dicho por algunos tratadistas que la confesión cualificada es indivisible. Yo, personalmente, no comparto tal criterio tan radical. Juan, terrible

asesino, podría decir: "Yo maté a Pedro, pero lo maté en legítima defensa de mi vida". (El cadáver aparece con varias cuchilladas en la espalda). Así, pues, el juez se vería ante la disyuntiva: o lo absuelve y es una monstruosidad, o no lo absuelve y entonces peca contra el principio. Así, como dice el doctor CARLOS LOZANO y LOZANO, sería fácil para todo criminal ponerse a salvo ("acusación de Emilio Veronessi", en *Oraciones forenses colombianas*, Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 429). Opinamos que la confesión es generalmente divisible. Entonces, se acepta todo lo que tenga respaldo en la realidad y se rechaza lo que va contra las resultancias procesales. En el ejemplo propuesto, acepto que Juan dio muerte a Pedro, pero divido la confesión para no creerle en cuanto a su cualificación: le he probado en contrario. Por eso creo que la confesión cualificada será indivisible siempre y en tanto no sea infirmada.

Dice al respecto FRAMARINO DEI MALATESTA: "En suma, dada una confesión cualificada, no se la puede legítimamente dividir, rechazando parte y aceptando parte, si la rechazada no se presenta reprobada y la aceptada comprobada". (*Lógica de las pruebas en materia criminal*, Santa Fe, Argentina, "Colmegna", 1945, pág. 401).

También la honorable Corte Suprema de Justicia, citada por el señor fiscal ha dicho: "En materia criminal la confesión del procesado debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable cuando en los autos no milita contra él otra prueba diferente: en tal caso la confesión es indivisible" (cita del señor fiscal, folio 52).

En otra oportunidad dijo: "La confesión del procesado no contradicha por prueba alguna válida en los autos, debe tomarse como indivisible" (citada por ORTEGA TORRES, *Código Penal*, 1967, pág. 565). También dice: "De acuerdo con la doctrina jurídica la división de la confesión, en materia penal, no puede hacerse sino en el caso de que las cualificaciones introducidas estén perfectamente contradichas o desvirtuadas por otros elementos de prueba" (citada por ORTEGA, ob. cit., pág. 565).

El señor fiscal en su juicioso concepto reconoce la atenuante del art. 28 del Código Penal², es decir, que el hecho se cometió en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación de la víctima. La ofensa en este caso serían los improprios de "hijueputa" y "cabrón". Es de notar la significación de estas expresiones en labios de la G G: si ella se consideraba en una posición más elevada con respecto a su cónyuge. Este, para ella nada valía, porque nada era. "Cabrón, sinónimo de *cornudo*. El que consiente el adulterio de su mujer", al decir del Diccionario de la Real Academia. Cabrón, sinónimo de rufián; el hombre sin honor porque consiente que su valía de hombre se pisotee y se menoscabe. Sí, cabrón le decía porque ella con O O vivía horas de cielo que en el infierno repercuten; cabrón malnacido a un hombre sobre quien no recae mancha alguna que lo denigre. A un hombre honesto que sabe lo que la rectitud y la honra valen personal y socialmente.

² Art. 60 del nuevo C. P. de 1980, como ya indicamos.

Y no se pretenda decir que G G era toda una señora, toda una matrona. No se pretenda decir que ella pronunciaba esa palabra inocentemente: de que adulteraba no solo hay graves indicios, sino prueba completa. A no ser que la muerte de la "señora" fuera de lamentarse tanto que O O tuviera que ir precisamente al propio camposanto a libar y a llorar como lo afirma el sepulturero (fl. 35). ¡Qué raro ver hoy amigos que quieran seguir acompañándonos hasta más allá del fin de nuestra existencia! ¡Qué "amistad" tan sincera la de estas dos personas, entre las que no había pasado "absolutamente nada grave", según la declaración del mismo concubinario! ¿Qué ser humano no reacciona ante tal felonía? ¿Quién no siente enardecer su sangre? ¡No, señor juez, no! La ley no nos manda ser santos. A la ley no le interesa crear santos. La ley no nos puede exigir que seamos unos santos de Asís. La ley no puede exigir conductas excepcionales al hombre medio, al hombre común. Pero, es que no fue solo la palabra ofensiva, la palabra torva y mal intencionada la que se escuchó aquella noche. "Cuando yo me acerqué a despedirme de la niña, ella, es decir G G, me tiró unas patadas y me dijo..." ¿No es esto suficiente para que un hombre reaccione? ¿Qué siente un padre que ama intensamente a su hija, que llegue a verla desde lejanas tierras, que se va a despedir de ella con un beso y otro se lo trata de impedir con patadas? Quien no reacciona en un momento de estos, o es un anormal o es un santo; ninguna de esas cosas es el sindicado de autos. N N es un hombre normal, y como normal que es ama a su hija; el amor hacia nuestros seres queridos nadie nos lo impone; el amor por nuestros seres queridos está impregnado de la misma naturaleza de las cosas. Si el hijo es sangre de nuestra sangre, ser de nuestro ser, el hijo es nuestra propia prolongación de la existencia vital en el cosmos y todo lo que nos aparte de lo que nos pertenece, de lo que hace parte de nuestra propia persona, de lo que ontológicamente constituye nuestro *ser*, es capaz de despertar emociones, como la ira y el miedo, pues estas emociones están en la base misma del instinto de conservación del individuo.

N N tuvo que sentir enormemente la emoción de la ira cuando esa mujer, en aquella trágica mañana, le daba de puntapiés por querer besar a su hija. No otra cosa trasuntan sus dichos: "Entonces a mí me dio una cosa muy horrible, como que se me embotó el cerebro" (fl. 7) "entonces a mí me dio ira y desesperación, me sentí humillado y ofendido en mi honor de hombre, de esposo y de padre..." (fl. 41).

Al hombre le es necesaria una emoción que arme su mano. ¿Cuál fue entonces la emoción que, como ciclón rugiente sobre el mar apacible del sentimiento de N N golpeó implacable, levantando la ola de descomposición anímica que casi como autómatas lo ubicó dentro de los linderos del hecho que se juzga? Esa emoción no puede ser sino la ira que sintió por las ofensas referidas. Según su declaración, obró en un *raptus* emotivo, en un vendaval de pasión incontenible, de ira ciega, en un oleaje emotivo que el sindicado no pudo soslayar.

Por eso el señor fiscal, después de reconocer que el sindicado obró dentro de las circunstancias del art. 28 del Código Penal, dice que "es necesario

entonces tener en cuenta este aspecto de su confesión, porque no ha sido desvirtuada por los medios legales establecidos por la ley" (fl. 52).

Si lo que dice el señor fiscal es cierto, no lo es menos que el otro aspecto de la confesión del sindicado, la segunda cualificante, *tampoco ha sido desvirtuada por los medios legales establecidos por la ley*. No ha sido desvirtuada la confesión libre y espontánea en lo que nos dice que "me dio una cosa muy horrible, como que se me embotó el cerebro y pensé que ella iba a matar la niña, para que no fuera ni para mí, ni para ella... y al mismo tiempo pensé que me iba a tirar a mí, entonces yo ahí mismo saqué el cuchillo..." (fl. 7). "A mí me dio una cosa muy horrible, se me embotó el cerebro y como que el mundo se me vino encima, pues ella trataba de buscar algo debajo de la almohada y entonces yo estaba como loco y pensé que iba a matar a mi hija o a mí".

Así las cosas, N N obró en la creencia de que era agredido por su legítima esposa. Es de examinar las consecuencias jurídicas que se seguirán en caso que el señor juez acepte la segunda cualificante.

LA SEGUNDA CUALIFICANTE Y SUS CONSECUENCIAS

El art. 25 del Código Penal dice: "El hecho se justifica... Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión"³. De aquí se deduce que los elementos básicos de la legítima defensa de la vida son:

- 1) Violencia actual.
- 2) Violencia injusta.
- 3) Que esa violencia ponga en peligro un bien o interés jurídico.
- 4) Que exista una proporción entre la agresión y la reacción.

Pues bien: uno de los requisitos de la defensa de la víctima, es la llamada *legítima defensa objetiva*, pues al lado de esta ha creado la doctrina y la jurisprudencia la teoría de la *defensa subjetiva de la vida*, figura de clara raigambre psicológica. Es a partir de las doctrinas del doctor LUIS ZAFRA cuando la jurisprudencia y la doctrina nacional han situado la defensa subjetiva de la vida en el cuadro de las causales que ENRICO FERRI llamó causales de "justificación negativa" y que la dogmática alemana moderna denomina "causales de exclusión de la culpabilidad", para distinguirlas de las causales de exclusión de lo injusto. Es así como en nuestra ley cabe hablar de legítima defensa subjetiva de la vida, ubicándola en el art. 23 del Código Penal, inciso 2º, vale decir, tratándola como un error esencial de hecho⁴.

³ El art. 29 ord. 4, varió esta redacción, así:

"El hecho se justifica cuando se comete:

"...4º. 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".

⁴ El art. 40-3 que considera la "legítima defensa subjetiva" como una forma de error la cual recae sobre una causal de justificación, varió notablemente la concepción del C. P. de 1936; así se dice:

"Art. 40. *Causales de inculpabilidad*. No es culpable:

"...3º. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación".

LA DEFENSA SUBJETIVA DE LA VIDA

¿Qué es entonces la defensa subjetiva de la vida? De un modo extenso podemos decir que es la reacción violenta contra un ataque que no existe objetivamente, pero que el sujeto cree existir. El sujeto cree que lo atacan, pero a la postre ese peligro nunca existió. Es el caso tan manido de dos enemigos que se encuentran: uno lleva la mano al bolsillo del pantalón como para sacar una arma, por lo que el otro lo ataca primero y le da muerte. ¿Qué pasó? Que el sujeto "agresor" lo único que quería era sacar el pañuelo de su pantalón. Tan es así, que a la postre se comprueba que el presunto agresor ni siquiera portaba armas en ese momento. En el campo *geográfico u objetivo* solo había un movimiento inocente, pero no así en el campo *conductual* de quien se creyó atacado, para quien hubo una "verdadera" agresión. (Puede verse un enfoque de la defensa subjetiva de la vida desde el punto de vista de la sicología de la forma en CARLOS A. TOSSINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1964, págs. 68 y ss.).

La base de la defensa subjetiva de la vida es el error esencial de hecho⁵. Se debe a una interpretación falsa de la realidad (*ilusión*), debido a la cual se desvía la *imagen* del objeto externo. Los datos que nos proporciona el mundo objetivo, subjetivamente se integran en una *representación falsa*.

Ahora bien: si en el tema que se estudia es tan importante el error, debe anotarse que aquí se trata, no de un error de tipo *general* solamente, es decir, como aquel estado intelectual en virtud del cual el *objeto* es conocido no como *ontológicamente es*, sino de manera falsa. Nos interesa un error de tipo *sicológico*. Y este, de acuerdo con GIROLAMO SANTUCCI, consiste en un estado *sicológico* intenso, que se inserta en el campo de la convicción y de la persuasión, no en una simple discordancia del mundo externo e interno.

Pero entonces ese error, esa creencia de que se está ante un peligro, debe ser una creencia *razonable*. Y este sí que es un tema bien importante en el caso *sub judice*. Por razonable debe entenderse una creencia con alguna base, es decir, con algún asidero en la realidad. De lo contrario, fácil sería decir en todo caso ante el juez: "Creí que me atacaban", y esperar la absolución. Por esto el problema de la defensa subjetiva de la vida se reducirá generalmente a una cuestión de prueba, como atinadamente lo anota el doctor AGUSTIN GÓMEZ PRADA, en su obra *Derecho penal colombiano*. Parte general (Bucaramanga, Santander, Imprenta del Departamento, 1952, págs. 240 y 241).

⁵ Con la nueva regulación legal no se puede hablar ya de la tradicional clasificación *error de hecho-derecho*, pues da pie para la moderna distinción alemana (fue formulada primero por la doctrina y luego por la jurisprudencia de aquel país a través del Tribunal Supremo Federal mediante fallo de marzo 18 de 1952) *error de tipo-prohibición*. Hoy la "legítima defensa subjetiva" es un *error de prohibición indirecto*, que recae sobre las causales de justificación.

Sobre la distinción error de prohibición directo-indirecto, puede consultarse a H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 2 vols. Traducción de F. Muñoz Conde y S. Mir Puig, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, págs. 627, 633 y 634.

Vamos a ver si esa parte de indagatoria en la que nos dice el sindicato de que obró en la creencia de ser atacados él o su niña en sus vidas, tiene algún asidero en la realidad para poderla aceptar. Leamos: "*preguntado*: Sírvase decirnos si usted vio qué tenía la señora G G debajo de la almohada, o si era que esta acostumbraba a tener arma en este sitio? *contestó*: pues como ella administraba esos cafés, yo creo que ella tenía revólver para defender su plata, a ella no le llegué a ver esta clase de armas pero uno de los niños de ella, de nombre J J, me dijo que la mamá había conseguido un revólver y que un policía le había estado enseñando a manejar y a tirar..." (fl. 7).

Esto de que si ella acostumbraba a tener armas fue objeto de procelosa investigación por parte del juez 2° de Instrucción Criminal. También se investigó si en la noche del insuceso la occisa tenía algún arma. En honor a la verdad, hay que decir que nada se encontró en el lugar de los hechos. Pero esto no descarta el fenómeno de la defensa subjetiva para mi patrocinado, porque precisamente no importa que en *realidad* el ataque no hubiera existido si se tenía existencia en la mente del procesado. En la defensa subjetiva precisamente existen todos los requisitos de la defensa objetiva de la vida, a excepción del ataque que solo está en la mente del sindicado. Para la persona "el peligro imaginario constituye un peligro real", dice el penalista JOSÉ PECO (*Proyecto de Código Penal*, La Plata, 1942, pág. 68).

Vamos a ver si en el proceso hay datos que nos permitan creer que en N N hubo la convicción de estar atacado.

Dice el menor J J (fl. 30): "Hace días, no recuerdo cuántos, llegó a la casa de mi mamá G G y entonces se puso a enseñarle a manejar un revólver de ella, y entonces ese señor no volvió, pues mi mamá cogió esa arma y la guardó en el armario de ella, pero no me doy cuenta qué lo haría".

M M (fl. 12 vto.): "Ella no tenía arma de ninguna clase debajo de la almohada ni en la casa, pues ella *sí tenía un revólver* pero lo mantenía en el café..."

C C (fl. 15 vto.): "*ella sí tenía un revólver, pero lo mantenía en un armario con llave*, pues no lo tocaba porque no sabía manejarlo y le daba mucho miedo".

Pero no son solo los hijos de la occisa los que afirman del mantenimiento de armas por parte de G G. También, a folios 22, la señora P P contestó a una pregunta del despacho: "*ella sí tenía un revólver en la casa y hace más de 20 días que ella sacó ese revólver de la casa y se lo llevó, pero no sé dónde se lo llevó...*".

Queda claro esto: ella sí tenía generalmente un revólver y el sindicato lo sabía, y aquella nefasta mañana tuvo la creencia *razonable* de que era atacado con él. Tuvo ira por las ofensas y miedo de que le tirara. Por eso dijo: "Yo fui el que la maté, pero no me dí cuenta de lo que ocurrió, pues me encontraba en un estado de ira y miedo a la vez, y no sabía lo que estaba haciendo..." (fl. 8). No debemos extrañarnos de que el sindicado hable de ira y de miedo, pues como bien lo afirma el doctor CARLOS LOZANO y LOZANO en su obra *Elementos de derecho penal* (Bogotá, Edic. Lerner, 1961, pág. 308), las esferas de la personalidad se interceptan, vale decir, la personalidad es un todo complejo,

y por ende la acción humana, en la cual no es dable distinguir con claridad rotunda los distintos sectores, a saber: esfera estimativa, esfera intelectual, esfera volitiva y esfera afectiva, porque las emociones primarias (miedo e ira) pueden sucederse.

Señor juez: a riesgo de cansarlo con este alegato, ya bastante extenso, y ya que hablamos de las emociones que dice el sindicato haber tenido en el momento de la comisión del hecho, me aventuro a ir más allá en la explicación del fenómeno psicológico de la defensa subjetiva de la vida. Examinemos someramente un fenómeno de que nos habla la siquiatria, el de la *catatimia*, a la luz del cual, la reacción ante el ataque solo imaginario queda bastante explicada:

La catatimia es un proceso en virtud del cual observamos los objetos de la realidad exterior deformados por la tendencia afectiva predominante. Es así como vemos las cosas, no como son, sino como quisiésemos que fuesen: quien ama, ve a la mujer amada como el ser más hermoso que sobre la tierra existe, no porque así sea, sino porque así quiere que sea. En esta oportunidad el fenómeno obra en sentido *positivo* (placer). En algunas oportunidades el fenómeno obra en sentido *negativo*. Vemos lo que al respecto dice el siquiatra EMILIO MIRA Y LÓPEZ en su *Manual de sicología jurídica* (5ª ed. Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1961, pág. 117):

"Las relaciones entre las tendencias afectivas y las percepciones externas no son siempre directas, sino que muy a menudo son inversas, esto es, que no solo es cierto que vemos las cosas como quisieramos que fuesen, sino que en determinadas circunstancias las vemos como quisieramos que no fuesen. Toda tendencia afectiva poderosa es capaz de seguir un camino ascendente (a partir del mesencéfalo) y llegar a las zonas de elaboración de imágenes de la corteza cerebral, dando entonces lugar a la producción de una seudopercepción. Si su intensidad es muy fuerte, dicha seudopercepción tiene su lugar a expensas de los elementos síquicos anteriores (representaciones) y constituyen lo que se denomina una alucinación. Si su intensidad es menor o si las circunstancias son propias, la acción de la citada tendencia se limita a deformar la percepción externa en el sentido que ella representa, dando lugar a lo que se denomina ilusión. Pero, y este es un punto importante por ser conocido insuficientemente, tanto el deseo positivo como el deseo negativo (miedo) de que algo ocurra pueden dar lugar a hacer creer al sujeto que ese algo ha ocurrido ya. En ambos casos se crea lo que se ha denominado «la sugestión de la espera» (*Erwartungs Suggestion*), en virtud de la cual la conciencia anticipa —por así decirlo— el tiempo y «da por realizado lo que aún no lo ha sido o solo lo ha sido de parte»". (Al respecto también puede verse a ANTONIO VALLEJO NÁJERA, *Tratado de siquiatria*, 3ª ed., Barcelona, Edit. Salvat, 1954, pág. 211).

Por eso es de resaltar las palabras textuales del sindicado "...Y empezó a buscar algo detrás de la almohada..." "...me encontraba en un estado de ira y miedo a la vez..."

Vale la pena insistir en lo que respecta a la emoción del miedo: "Respecto de la legítima defensa y el estado de necesidad —dice ENRICO ALTAVILLA— no debe olvidarse nunca que el miedo es impulsado por el más poderoso de los instintos, el de la conservación, que en cuanto a fondo egoísta es profundamente social, y que por consiguiente, al ser puesto en peligro por algún conocimiento errado, determina actitudes preventivas, inclusive desproporcionadas e injustas, ya que el peligro no existía objetivamente" (*La dinámica del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 120).

El miedo, repítamos, se resuelve en una actitud de espera ansiosa. Ese estado de espera determina fatalmente fenómenos interpretativos de la conducta ajena, conforme al hecho que se teme. Se interpretan las percepciones actuales de acuerdo con los hechos cuya realización causan miedo. Por eso un ademán inocente se nos convierte en agresión. La sicología judicial ha precisado que el miedo puede extenderse de tal manera en el ámbito de la vida síquica, que el ser huye, no solo de los entes que le son realmente dañinos, sino ante la presencia de *cualquier estímulo que por vía de asociaciones se considere como condicionante y anticipador del sufrimiento*. Se reacciona, pues, no ante el daño sino ante el indicio del daño, o sea ante el peligro.

Desde luego que es necesario situarse en el lugar de quien en algún momento vio su vida en peligro. Hay que adentrarse en la camisa de fuerza del sindicato, según la expresión de CARRARA, "los jueces no deben aplicar las reglas de la legítima defensa midiéndolas según las tardías discusiones de la Sala del Tribunal, sino según la desordenada e imprevista lucha del momento". "La legítima defensa, debe medirse siempre según las razonables opiniones del que se ve amenazado de muerte; no según lo que ha llegado a conocer el juez después de un frío cálculo y de un maduro examen". (*Programa de derecho criminal*, t. I, traducido por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, Edit. Reus, 1925, pág. 317).

Solo la comprensión de la persona humana en la plenitud de su dinamismo vital hace que la justicia sea más justa.

Conduce a la injusticia la falta de interpretación reflexiva de la humana conducta. Por eso hay que tener en cuenta todos los factores anteriores y concomitantes; todas las circunstancias del momento. Bien dice LUIS P. SISCO: "Desde luego para que exista la legítima defensa putativa, es menester que el error del agente encuentre un justificativo racional, *que puede ser determinado por las circunstancias de hecho que configuran el caso, y aun por las especiales circunstancias subjetivas del pseudoatacado*" (*La defensa justa*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1949, pág. 318).

Claro que todas las circunstancias le decían a N N que lo estaban atacando: sabía que su esposa mantenía arma de fuego; había hostilidades, había tensión entre ambos, y ve que ella mete su mano por debajo de la almohada en medio del acaloramiento. Por eso el desaparecido gran penalista brasileño NELSON HUNGRIA también observa: "Ante todo, hay que indagar el carácter de la víctima y el conocimiento o la información que al respecto tenía el acusado.

Si este sabía que su antagonista era un individuo violento y habituado a andar armado, ya se depara un elemento de convicción, en el sentido de «plausibilidad» de suposición del inminente peligro de agresión. Hay que indagar sobre los antecedentes inmediatos (*prodfoms*) del hecho, naturaleza de la disensión, *actitudes anteriores de la víctima para con el acusado*, amenazas acaso proferidas por aquella contra este, *tensión de hostilidades entre ambos*, etc." (Citado por JULIO ROMERO SOTO, *Conceptos fiscales en materia penal y probatoria penal*, Bogotá, Gráficas Venus, 1969, pág. 48).

En este caso encontramos reunidas casi todas esas circunstancias.

CARÁCTER DE LA VÍCTIMA

Violento, sabidos los antecedentes de la misma: mujer de cafés, experimentada quizá en el lance a mano armada o en la actitud agresiva. ¿Sabía eso el sindicado? Obvio que sí lo sabía, si uno de los propios hijos de la G G comunicó que esta había comprado un revólver precisamente cuando las discordias habían llegado a su clímax.

NATURALEZA DE LA DISENSIÓN

Es claro que si ella creía que se iban a llevar la niña (lo que no estaba en la cabeza del sindicado), debía reaccionar.

ACTITUDES ANTERIORES DE LA VÍCTIMA

¿No son suficientes la altanería y la humillación?

Aparece claro que esa creencia en el sindicado de que era atacado tiene un gran asidero en la realidad. Ambos amaban la niña y esto fue precisamente la piedra angular de las discordias.

No me resisto a transcribir las consideraciones que hace el doctor ANGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD sobre la defensa subjetiva, con el fin de poner fin a las consideraciones de orden científico de este alegato: "La legítima defensa con relieves subjetivos puede estructurarse o definirse como la posibilidad de un peligro, *que dentro de la conciencia tiene una resonancia que supera la efectividad del riesgo, no precisamente en virtud de los hechos externos dentro de los cuales se cumple el delito, sino de la interpretación que a estos otorga el sujeto que los sufre, en la cual la interpretación, la asociación de las imágenes puede resultar deformada gracias al estado animico incontrolado con que obra bajo circunstancias capaces de producir fenómenos ilusorios, propicios a la creación de peligros o riesgos que no tienen realidad física, pero que dentro de la conciencia presentan iguales apariencias a esa realidad, y que por lo tanto son susceptibles de crear conceptos en donde la experiencia y el recuerdo de ideas adquiridas con anterioridad forman el campo asociativo en que, desenvuelta la personalidad por fuerzas coactivas e imperiosas encon-*

tradas, se produzca la reacción que lleva a consumir un hecho que en condiciones distintas, quizás no se habría cumplido. *Exceso de temor a un peligro imaginario no sería, pues, según lo dicho, una errada definición de este fenómeno*". (Tratado de derecho penal, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1948, pág. 118).

También en una ponencia de la Sala Penal, la honorable Corte Suprema de Justicia dijo: "La legítima defensa subjetiva o putativa no viene a ser otra cosa que el miedo o el temor producido por un peligro imaginario o aparente que el sujeto exagera por la exaltación síquica que padece en el momento de obrar" (Cas., 20 de abril de 1961, XCV, pág. 609, citada por ORTEGA TORRES, ob. cit., pág. 40).

Hagamos hincapié en las expresiones *estado anímico incontrolado y exaltación síquica*, de los apartes de doctrina y jurisprudencia respectivamente. La legítima defensa es el reconocimiento del instinto de conservación que actúa siempre que nos vemos atacados en nuestros seres. La ley no puede ir contra las leyes fundamentales del ser; por eso "callan las leyes ante las armas, y no mandan que se las atiendan, cuando el que quiera atenderlas antes ha de sufrir una pena injusta".

"Por eso, algunas veces las mismas leyes nos alargan la espada para ejecutarla" (la legítima defensa), como dice CICERÓN.

Hemos visto cómo la confesión del sindicado tiene un pleno respaldo en la doctrina de todos los grandes tratadistas, en la jurisprudencia, en la sicología, en la siquiatria, en la lógica de las cosas, en la naturaleza.

El sindicado dice haber tenido ira por las ofensas y haber sentido miedo ante el "ataque". Perdió el autocontrol de sus frenos inhibitorios ante el ataque, frenos bastante debilitados para la ofensa de cabrón, hijueputa y las patadas que G G le propinó cuando quería besar su niña. De ahí que su dicho tenga un pleno respaldo por las verdades de la sicología: "A mí me dio una cosa muy horrible, como que se me embotó el cerebro" (fl. 7), "entonces yo estaba como loco", expresiones todas que reflejan un exaltado estado anímico producido por el terror, por la desesperación y la ofensa.

Dicientes son para esas palabras concretas las aseveraciones del Tribunal Superior de Bogotá: "El penalista debe querer y poder profundizar un problema medularmente humano, para saber si la confesión corresponde a la verdad antropológica. Y entonces, si se trata de un debate sobre legítima defensa, no solo conocer su estructura legalista o formal, sino particularmente sus fundamentos biológicos en sus diferentes y complejas manifestaciones. Si el agredido ha logrado ponerse en guardia oportunamente, su defensa la realizará con autocontrol, vale decir dirigiendo y regulando los reflejos del instinto de conservación; pero si ya ha sido atacado o herido, la defensa *tendrá que efectuarse necesariamente en estado de subducción, o sea lo que MIGNARD anotó como descontrol sicofísico, en cuyo caso la personalidad no puede ser conducida por la plenitud de las facultades superiores, sino que queda en poder y bajo el imperio del instinto fundamental, doblemente justificado*". (Diario Jurídico. Bogotá, agosto 11 de 1962, pág. 257).

Resumiendo: N N reconoce haber ultimado a golpes de cuchillo el día 10 de junio del presente año a su legítima esposa.

Su confesión es una confesión cualificada, en cuanto dice haber obrado en estado de ira e intenso dolor y en legítima defensa subjetiva de su vida.

Su confesión cualificada debe ser aceptada como indivisible porque no ha sido controvertida, según el art. 264 del Código de Procedimiento Penal.

Si es cierto que obró ante la creencia de ser atacado, si esto es cierto, fue un error esencial de hecho el que lo llevó a obrar.

Quien obra por error esencial de hecho invencible no es responsable, según el art. 23 del Código Penal⁶.

N N no es responsable y debe ser sobreseído definitivamente.

Señor juez: verdaderamente es extraño que un hombre honesto como N N salte por encima de las barreras del Decálogo de Dios, por encima de ese *no matarás* que desde lo más profundo de la conciencia nos arredra. Un motivo tuvo que tener, porque nadie delinque sin motivo, a no ser que sea un monstruo; al hombre le es necesaria una emoción que arme su mano. Y en este caso hubo un motivo para matar: miedo ante la agresión.

Señor juez: al momento de decidir no puede usted olvidar que N N no es un asesino vulgar. Caracterológicamente hablando no lo es. Él ha sido víctima del destino, de este destino trágico del que no somos dueños; de ese destino que nos arrastra de manera ineluctable hacia lugares desonocidos que en más de una ocasión no son sino las playas del silencio y de la muerte.

N N, ese estudiante que fue envuelto desde joven por una mujer sin conciencia, por la que fue al vértice del "delito" en medio del vértigo paroxístico, la desesperación y la angustia, ese N N, más que una cárcel se merece una vida nueva al lado de su pequeña hija, que es la razón de su existencia. De nada le sirve una cárcel, pues nada tiene que purgar. De nada le sirve una cárcel, pues nada tiene de qué rehabilitarse. Nadie se rehabilita de amor a sus hijos; de nada tiene que rehabilitarse si obró víctima del instinto de conservación en acción, que eso es la legítima defensa. Él obró ante el turbión incontenible y eneguecedor de la pasión y el sentimiento paternal herido y ultrajado, y ante el inminente peligro de muerte.

Yo estoy plenamente convencido de que en el señor juez se posará la misma diáfana, límpida e ineluctable convicción que en mí anida y resplandece.

Yo estoy plenamente convencido de que el señor juez, con la sagacidad y la inteligencia que le caracterizan, mediante un itinerario de lógica y de justicia, penetrará y recorrerá las emarañadas páginas de este proceso y comprenderá la realidad palpitante de la vida; comprenderá la tragedia vivida en el alma de N N.

Por todo lo anteriormente expuesto, también estoy plenamente convencido que el señor juez aceptará mi petición de un sobreseimiento definitivo⁷.

Respetuosamente, del señor juez,

Armenia, julio 15 de 1971.

⁶ Según el art. 40-3, como vimos, no es culpable.

⁷ El juez superior dictó auto de proceder contra el sindicado: lo enjuició por asesinato (art. 363), en las circunstancias del art. 28 del Código Penal, correspondientes a los arts. 323 y 60 del C. P. de 1980. Por eso hubo de apelarse ante el H. Tribunal.

Señores
Honorable Magistrados
Tribunal Superior de Armenia
Sala Penal
E. S. D.

Ref.: Homicidio
Sind.: N N

...“Cuando yo me acerqué a despedirme de la niña, ella, es decir G G, me tiró unas patadas y me dijo:Y empezó a buscar algo detrás de la almohada donde estaba acostada, entonces a mí me dio una cosa muy horrible como que se me embotó el cerebro y *pensé que ella iba a matar a la niña para que no fuera ni para ella ni para mí, pues la niña estaba a un lado de ella y al mismo tiempo pensé que me iba a tirar a mí*” (Indagatoria del sindicado).

“Es necesario entonces tener en cuenta este aspecto de su confesión, porque no ha sido desvirtuada por los medios legales establecidos por la ley” (El señor fiscal). (Se refiere

Señor *magistrado ponente*: si he resaltado los anteriores apartes es porque ellos serán la base de la sustentación del recurso de *apelación* que para ante el honorable Tribunal ha impetrado.

EL HECHO Y LA CONFESIÓN DEL SINDICADO

Ya el hecho es bastante conocido: N N, el día 10 de junio de 1971 ultimó a golpes de cuchillo a su legítima esposa. Llamado a rendir indagatoria, de una manera *libre y espontánea* expresó lo que arriba se ha transcrito. Más tarde, en posterior ampliación de la indagatoria repitió: ...yo me acerqué a despedirme de la niña que estaba a un lado de ella y al agacharme a besar la niña ella me encendió a patadas y me dio varias bofetadas... a mí me dio una cosa horrible que me embotó el cerebro y como que el mundo se me vino encima, pues ella trataba de buscar algo detrás de la almohada y entonces yo estaba como loco y *pensé que iba a matar a mi hija o a mí en ese momento...*”.

ALEGACIONES DE LA DEFENSA

En alegato bastante extenso he sostenido que la confesión del sindicado en el presente juicio hay que tomarla en su integridad, por cuanto es libre y espontánea (C. de P. P., art. 264), y en ningún momento ha sido controvertida.

No voy a repetir lo dicho sobre la confesión. Solo quiero referirme a su cualificante y a la posición que frente a ella asume el señor Juez Tercero Superior.

EL AUTO APELADO

Toda posición es respetable. Pero no toda posición puede ser compartida en la medida en que se respete. Tal es lo que ocurre en el caso concreto. Por más que lo dicho por el *a quo* en el auto vocatorio a juicio deba ser respetado, eso no quiere decir que se le comparta. Es que, mi divergencia con respecto a él es no solamente en cuanto a la apreciación de los hechos y a sus consecuencias. Mi divergencia es a la vez fáctica y jurídica. Veamos por qué:

En el auto recurrido se parte de esta base: “De la forma como ocurrió el homicidio no hay testigos... como se ve, no hay dentro del expediente testigo alguno del momento culminante de la tragedia...”.

También se acepta que el origen de las discordias no era la malversación de dineros como se quiso hacer aparecer. Esa sugerencia está infirmada por algunos particulares, como se aprétia de los testimonios: “...por el contrario estaba en un todo consagrado a los negocios de los establecimientos...”.

LOS PUNTOS DE DIVERGENCIA

Primero. Estamos en total desacuerdo en lo que respecta a la apreciación de la confesión. En algún aparte dice: “Los planteamientos que en tal sentido hace el imputado, adolecen en cierto modo de una plena verosimilitud para dar por existente la legítima defensa que pregona”. Más adelante dice no reconocer la defensa subjetiva de la vida porque “de una parte la señora se hallaba en su lecho acompañada de sus dos hijas, entre ellas la niña hija del sindicado y no podía en tal sentido tomar actitud alguna ofensiva contra su esposa; como también saberse por él mismo y algunas personas que conocían la conducta de la víctima, que ella no poseía o al menos no cargaba o llevaba consigo arma alguna, menos cuando se daba a descansar en su lecho acompañada de sus hijas y por último no habersele hallado elemento capaz de ser utilizado para atentar contra la vida de alguna persona”.

De manera que los hechos por los cuales no acepta la causal de irresponsabilidad⁸ son:

a) Porque G G dormía esa noche con dos de sus hijas pequeñas en la misma cama.

⁸ Hoy habría que hablar de causal de inculpabilidad.

- b) Porque ella no poseía o no acostumbraba llevar arma.
- c) Porque no se encontró arma alguna en la diligencia del levantamiento del cadáver.

Más adelante examinaremos estos puntos con la convicción de que si logramos demostrar su inconsistencia, la legítima defensa subjetiva debe ser reconocida.

Segundo. Aceptando que la legítima defensa subjetiva es un error esencial de hecho⁹, afirma que “debe estar demostrada la buena fe con que se actúa (es necesario) que el error sea esencial de la parte acusada...”; y más adelante que el error debe estar “plenamente demostrado en el proceso...”. Pero, a juzgar por las consecuencias que de ahí saca, el juez parece dar a entender que es el procesado quien debe probar ese error. No, señor magistrado. Este no es nuestro sistema procesal. En nuestro sistema procesal penal, no es el reo quien debe demostrar su inocencia: es el Estado el que debe demostrar su responsabilidad. Al hombre se le presume inocente mientras no se le demuestre que no lo es.

“La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, *se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario...*” (C. de P. P., art. 264).

El ajusticiado pudiera haber dicho en su injurada: “El día y hora de los hechos estaba yo en una caminata espacial, en compañía de tales astronautas...” y el Estado tendría que creerle “mientras no le demuestre lo contrario”.

Ahora bien: ¿se le ha demostrado *plenamente*, de manera contundente e inconcusa, en el caso de autos al sindicado que él no obró en la forma que dice haber obrado? De ninguna manera. Luego su confesión queda en pie. Por eso ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia: “De acuerdo con la doctrina jurídica la división de la confesión, en materia penal no puede hacerse sino en el caso de que las calificaciones introducidas estén *perfectamente contradichas o desvirtuadas* por otros elementos de prueba” (Cas., 11 de julio de 1958, LXXXV, III, 731, citada por ORTEGA TORRES).

“La confesión del procesado no contradicha por prueba válida alguna en los autos debe tomarse como indivisible” (Cas., 1º abril 1959, XC, 369).

“El dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil” (Sent., 27 de octubre de 1942, LI, 6, 204).

Yo pregunto entonces: Si la confesión del sindicado es verosímil, si no ha sido contradicha perfectamente, ¿por qué no se le cree? ¿Cómo es posible que hasta en los más mínimos detalles haya sido respaldada, y se le venga a negar credibilidad en este aspecto? Más adelante examinaremos si lo que su dicho transunta es posible y verosímil.

⁹ Cfr. Lo dicho en la nota 5.

Tercero. Hay contradicción en el auto en cuanto a la aceptación de la cualificante reconocida: el estado de ira. En principio acepta el estado de ira, pues este dizque se originó en las ofensas que la víctima endilgó al procesado en aquella madrugada: “Es más bien aceptable el planteamiento que hace en cuanto actuó dentro de un estado de ira e intenso dolor por las ofensas recibidas, las que le produjeron una especie de locura dentro de la cual mató a su esposa”. De manera que, según el aparte anterior, la idea de ultimarla surgió en el momento de los hechos.

Sin embargo, más adelante agrega: “Simplemente lo que ocurrió en este caso es el hecho de que el sindicado, viéndose desligado afectivamente de su cónyuge y el ningún estímulo de ella, alimentó *desde su arribo a la casa la idea de atentar contra su esposa*, pues por muchas horas, sentado y cabizbajo, incitado por el dolor y la ira al mismo tiempo, formalizó la idea criminal y esperó la hora y el sitio preciso para darle rienda suelta a sus impulsos y atentar contra su esposa”.

¿En qué quedamos? ¿O en lo primero o en lo segundo? Analice el señor magistrado con detenimiento todos estos hechos, porque el segundo párrafo es tan grave que casi va hasta hablar de premeditación. Y de esto sí no hay ni asomo. Y no se hable del cuchillo que portaba el sindicado. La razón es simple. Dice en su injurada: “Soy hacendado”. (Lo era desde que se separó de su esposa). Si usualmente se mantenía en el campo, manejando además dinero, lógico es que, por razones de seguridad, lo portara. El auto de proceder, es contradictorio en cuanto a la misma cualificante que reconoce.

Cuarto. Esta es una gran divergencia jurídica: “Es que —dice— para la concurrencia de los factores que tipifican la legítima defensa, ya sea objetiva o subjetiva, es necesario que el acto conlleve todos los requisitos del art. 25 del C. P.; si hay ausencia de algunos de esos requisitos, la legítima defensa se desvirtúa en su esencia y no tiene cabida por consiguiente la aplicación del art. 24 del C. P.”.

Precisamente la diferencia entre la defensa subjetiva y la legítima defensa objetiva de la vida radica en que, en la primera, falta uno de esos requisitos como paso a analizar. Por lo demás, en ningún momento se ha dicho que el ataque en el caso *sub judice*, para configurar la legítima defensa, haya sido las ofensas verbales de la occisa.

LEGÍTIMA DEFENSA OBJETIVA DE LA VIDA

El art. 25 del C. P. dice: “El hecho se justifica cuando se comete: ...2º) Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”.

Según lo anterior, son requisitos indispensables para la justificante, los siguientes:

- a) Que haya una violencia.

- b) Que esa violencia sea injusta.
- c) Que esa violencia ponga en peligro la persona, el honor o los bienes.
- d) Que exista proporción entre ataque y defensa.

No voy a entrar a analizar cada uno de los elementos, pues ya lo ha hecho bastante la doctrina y sería profanar el sagrado tiempo de quien va a impartir justicia. Solo diré que la defensa frente a la agresión es un derecho natural del hombre, reconocido por todas las legislaciones a través del tiempo y el espacio. Derecho natural, por cuanto obedece a una de las leyes imprescindibles del ser: la ley del instinto de conservación.

Ya decía MARCO TULIO CICERÓN, en célebre defensa en favor de Milón, acusado de dar muerte a Clodio, que "no siempre que hay muerte se debe castigar, pues algunas veces las mismas leyes nos alargan la espada para ejecutarla". "Y por cierto, que si en algún tiempo hay derecho para quitar la vida a un hombre (y lo hay en muchas ocasiones), sin duda que el de hacerlo con justicia, y aun por la necesidad, es cuando se repela la fuerza por la fuerza". "¿Para qué son nuestros acompañamientos, para qué nuestras espadas? Las cuales ciertamente no se podrían traer, si de ningún modo fuera lícito usar de ellas. Es pues esta, jueces, una ley no escrita, sino natural: que no la hemos aprendido, oído, o leído; sino que la tomamos, bebimos y sacamos de la misma naturaleza: en la que no hemos sido enseñados, sino criados, no se nos ha impuesto, sino imbuido; de que si nos viésemos caer en una emboscada o invadidos por la fuerza y armas de salteadores o enemigos, fuese justo y bueno todo medio por donde nos pudiésemos salvar. Porque callan las leyes entre las armas, y no mandan que se las atienda cuando el que quiera atenderlas, antes ha de sufrir una pena injusta, que reclama una justa satisfacción". (*Oraciones escogidas*, de BOURET, t. II, París-México, 1884, págs. 17 a 21).

También MAGGIORE dice: "La legítima defensa consiste en el derecho que tiene cada uno para rechazar la agresión injusta, cuando la sociedad y el Estado no pueden proveer a su defensa". (*Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1956, pág. 403).

Ahora bien: ¿qué es la defensa subjetiva? ¿En qué diverge de la defensa objetiva? Eso es lo que examinaremos a continuación.

DEFENSA SUBJETIVA DE LA VIDA

En anterior alegato había definido la defensa subjetiva de la vida así: "De un modo extenso podemos decir que es la reacción violenta contra un ataque que no existe objetivamente, pero que el sujeto cree existir". Seguiré sosteniendo esta definición, demostrando su respaldo en la doctrina, en la jurisprudencia, en la sicología y en la lógica de las cosas.

Ambas clases de defensa se diferencian solo en el primer requisito, vale decir, en el de la agresión. En la defensa *objetiva* el peligro que se corre es *real*, porque *real* es la agresión. En la *subjetiva* el peligro *aparece como real* para el sujeto. De resto todos los requisitos son iguales.

Injusticia de la agresión: En cuanto debe ser una agresión que el sujeto no deba aguantar.

Peligro para la vida, el honor y los bienes como consecuencia de esa agresión.

Proporción entre la agresión y la defensa: Por eso dice SISCO:

"Necesidad racional del medio empleado. La confusión de ideas que se crea en la mente del presunto invadido le llevan a dar carácter de real a un ataque hipotético. Él ve un ataque allí donde no existe, y se coloca en actitud de defensa; respecto a un acto totalmente inofensivo.

"La repulsa, en este caso, deberá estar condicionada al hecho hipotético como si este fuera real; la proporcionalidad deberá establecerse, pues, entre el medio utilizado para defenderse y la gravedad del ataque, tal como racionalmente pudo el agente imaginar a este último. Así, si por una falsa estimación de la realidad, una persona supone que se le va a agredir a golpes de puño (y tal agresión no existe), y para repeler esa agresión hipotética que él cree real dispara su revólver y mata al presunto agresor, no habría legítima defensa putativa, por faltar uno de los requisitos esenciales de la legítima defensa. Podemos decir, pues, a este respecto, que no habrá defensa putativa, en los casos que no habría legítima propiamente, por falta de algunos de los elementos que la configuran". (LUIS P. SISCO, *La defensa justa*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1949, pág. 228).

También JOSÉ PECO anota: "La defensa subjetiva es aquella basada en un error de hecho en la cual el medio se proporciona al peligro imaginario". (*Proyecto de Código Penal*, Exposición de motivos, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, Instituto de Criminología, 1942, págs. 68 y 69).

Repetimos que solo no hay tal concordancia en cuanto al primer requisito. Cumplamos lo prometido en el sentido de demostrarlo a la luz de la doctrina.

LA DEFENSA SUBJETIVA EN LA DOCTRINA NACIONAL

Todos nuestros autores resaltan el hecho de que en esta figura el ataque no es real sino imaginario o supuesto, o pensado. Por eso se le denomina también *defensa putativa*, pues en latín el verbo *pensar* se enuncia así: *puto-putare-putavi-putatum*, de la primera clase.

Veamos pues lo que dicen nuestros tratadistas:

"La defensa subjetiva o putativa tiene, por consiguiente, un elemento material imprescindible y así instituye su sentencia como la reacción necesaria determinada por la creencia razonable, fundada en hechos externos, de un peligro actual, grave e injusto que realmente no existe.

"La causa por la cual lo putativo se transforma en realidad para el actuante es el error de hecho. La consecuencia se produce por una equivocada estimación de las circunstancias objetivas que se presentan, *debido al miedo que embarga al espíritu*". (LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 124).

Es de recordar lo dicho por el sindicado en uno de los apartes de la indagatoria: "...me encontraba en un estado de ira y *miedo* a la vez..." (fl. 8, copias)

“La legítima defensa subjetiva o putativa consiste, según los comentadores, en que el sujeto cree hallarse en las condiciones de la ley cuando estas no se hallan reunidas, sobre todo la de la violencia actual”. (AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, *Derecho penal colombiano*. Parte general, Bucaramanga, Imprenta del Departamento, 1952, págs. 240 y 241).

“La legítima defensa subjetiva es una ilusión de injusto peligro convertida en realidad síquica. En ella el sujeto tiene el íntimo convencimiento de hallarse en presencia de un peligro y persigue como fin defender el derecho que juzga amenazado”. (JORGE GUTIÉRREZ GÓMEZ, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Bogotá, 1940, págs. 131 y 132).

“La legítima defensa es, como se ve, «La ilusión de un injusto peligro convertida en realidad síquica»”. (SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos de derecho penal*, Medellín, Ediciones Universidad Pontificia Bolivariana, 1953, pág. 269).

“La legítima defensa con relieves subjetivos puede estructurarse como la posibilidad de un peligro, que dentro de la conciencia tiene una resonancia que supera la efectividad del riesgo, no precisamente en virtud de los hechos externos, dentro de los cuales se cumple el delito, sino de la interpretación que a estos otorga el sujeto que los sufre...” (ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Ediciones Universidad Pontificia Bolivariana, 1948, pág. 118).

LA DEFENSA SUBJETIVA EN LA DOCTRINA UNIVERSAL

FRANCESCO CARRARA: “*Grave*. La gravedad del mal no debe buscarse en la verdad absoluta que puede haber quedado oculta para el agredido sino en la opinión razonada del mismo agredido”.

En nota: “Si un enemigo se me lanza apuntándome al pecho un arcabuz y yo, más listo, le disparo mi revólver y lo mato, habré obrado legítimamente, aun cuando después se me compruebe que el arcabuz estaba descargado. Habrá entonces una legitimidad basada en la opinión, que, cuando es razonable, se equipara a la verdadera. Caí en un error de hecho invencible y no tuve conciencia de violar la ley”. (*Programa de derecho criminal*, § 298).

VINCENZO MANZINI: “La opinión errónea no culposa de la necesidad de la defensa (legítima defensa putativa), fundada sobre elementos de hecho y no sobre meras fantasías, equivale, a los efectos de la justificante, a la necesidad real de la misma” (*Tratado de derecho penal italiano*, t. III, Buenos Aires, Soc. Anóm Editores, pág. 91).

GIUSEPPE MAGGIORE: “Necesidad de la defensa. La defensa debe ser necesaria. La necesidad —a diferencia de la «injusticia», que tiene siempre valor objetivo— resulta de una apreciación subjetiva. Lo mismo vale, pues, la necesidad real que la necesidad supuesta o presunta. Si creo por error, y sin culpa de mi parte, que corro un peligro actual del que es necesario defenderme, tengo derecho a invocar la causa justificativa de la legítima defensa, aunque efecti-

vamente la necesidad no existiera. Tal es la llamada legítima defensa putativa” (*op. cit.*, pág. 402).

REINHART MAURACH: La legítima defensa subjetiva, es para él la “compreensiva dentro de la falsa suposición de que ocurre una situación de legítima defensa, como del error sobre las acciones de defensa requeridas para rechazar un ataque actual”. (*Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 153).

JOSÉ PECO: “El exceso recae sobre un error culposo derivado de una evaluación imprudentemente exagerada o en el uso de medios exhuberantes, la defensa putativa es un error de hecho en la cual el medio se proporciona al peligro imaginario (*Proyecto de Código Penal*, exposición de motivos, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, Instituto de Criminología, 1942, págs. 68 y 69).

SEBASTIÁN SOLER: “En tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho que integran la figura pero no determina porque «además», erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan o le obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza, que si realmente hubieran existido habrían justificado su conducta. Esos son los casos de legítima defensa putativa, y, en general, de justificación putativa” (*Derecho penal argentino*, t. I, Buenos Aires, 1953, pág. 89).

JIMÉNEZ DE ASÚA: “La defensa putativa, como lo indica la palabra, es la creencia en que nos hallamos de ser atacados y que, subjetivamente nos hace pensar que es necesaria la defensa”. (*La ley y el delito*, 3ª ed., México, Ed. Hermes, 1954, pág. 300).

En fin, tanto los autores nacionales como los extranjeros coinciden en que en esta clase de legítima defensa el *peligro no es real, sino imaginario*. Solo existe en la mente del sujeto.

LA DEFENSA SUBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA

“La legítima defensa subjetiva consiste, según los comentadores, en que el sujeto cree razonablemente hallarse en las condiciones de la ley cuando estas no se hallan reunidas, sobre todo, el de la actualidad o realidad de la violencia o el peligro”. (Cas., 4 de junio de 1950, LXVII, pág. 576).

“La defensa subjetiva o putativa no viene a ser otra cosa que el miedo o el temor producido por un peligro imaginario o aparente que el sujeto exagera por la exaltación síquica que padece en el momento de obrar”. (Cas., 20 de abril de 1961, XCV, pág. 609).

Pero es que también hay un argumento lógico para estar en desacuerdo con el señor juez, en aquello de que “para la concurrencia de los factores que tipifican la legítima defensa, ya sea objetiva o subjetiva, es necesario que el acto conlleve todos los requisitos del art. 25 del C. P.”.

Tan no es cierto que deben reunirse los mismos requisitos en una y otra defensa, que si el ataque existiera en la objetividad material el hecho quedaría encajado en el art. 25 del Código Penal. Si se exigen los mismos requisitos, ¿por qué situarla en el art. 23? No encuadra en la norma del art. 25 precisamente porque ella se basa en un error esencial de hecho no proveniente de negligencia con respecto a la existencia real del ataque, el cual error queda comprendido en el ord. 2º del art. 23¹⁰.

LA DEFENSA SUBJETIVA DE LA VIDA EN EL CASO CONCRETO

N N cualifica su confesión: "...cuando yo me acerqué a despedirme de la niña... y empezó a buscar algo detrás de la almohada, donde estaba acostada, entonces... yo pensé que ella iba a matar la niña para que no fuera ni para ella ni para mí, pues la niña estaba a un lado de ella y al mismo tiempo pensé que me iba a tirar a mí, entonces...".

El creyó, pues, que su vida o la de su hija estaba en peligro. Para no creer esta confesión, sus aseveraciones tendrían que estar "*perfectamente contradichas*" (Corte Suprema); de lo contrario, se impone su creencia.

Ahora bien: ¿cómo debe ser la creencia del peligro? Ya hemos dicho que la creencia debe ser *razonable*. Por tal debe entenderse la que tiene algún asidero en la realidad. Es decir, que según las circunstancias, el sujeto pudo haber creído en la realidad de la agresión. Como lo dice CARRARA: "El moderamen siempre debe medirse de acuerdo con las razonables opiniones del que vio amenazada su vida, y no según lo que con frío cálculo y maduro examen ha llegado a conocer el juez". También ERICO FERRI dice: "Para que la necesidad subjetiva se admita, es necesario que represente un estado tal de cosas que *constituya al menos el comienzo de una agresión y por tanto una creencia razonable y sincera según la experiencia ordinaria*, a no ser que resulte probado un acceso de loco terror en que se defiende...". "Pero cuando se dan las *circunstancias plausibles del hecho y la sinceridad del fin defensa en el agredido, la defensa legítima debe ser reconocida con arreglo al criterio del estado psicológico de los contendientes*". (*Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 440).

No menos claro es VINCENZO MANZINI: "La buena fe, y lo racional (relativamente) de la errónea opinión pueden deducirse de condiciones de tiempo y de lugar, de la personalidad del supuesto agresor y de la del que reacciona, de la categoría intelectual y de la fuerza síquica ordinaria de este, del estado

¹⁰ La diferencia se ve más clara a la luz de la concepción dogmática: mientras que la legítima defensa objetiva es causal de justificación y excluye la antijuricidad (C. P. de 1980, art. 29) la mal llamada "legítima defensa subjetiva", hoy error de prohibición indirecto, descarta la culpabilidad (art. 40-3), siempre y cuando sea invencible.

de ánimo en que él mismo se encontraba sin culpa suya en el momento del hecho, de las relaciones eventuales existentes entre los dos, etc...". (Obra citada).

Es posible entonces que esa creencia razonable hubiese existido en N N, lógico que sí. Veamos por qué: uno de los niños le había dicho que su esposa había comprado un revólver y alguien se lo enseñaba a manejar; había tensión entre ambos; su atención estaba debilitada; estaba angustiado por las infidelidades de su esposa; conocía los antecedentes de su mujer (mujer de cafés, como consta en el mismo expediente); su mujer lo ofende y a más de ello ve que mete la mano por debajo de la almohada.

¿Es posible todo lo que el sindicato dice en su injurada? Sí, señor magistrado. El bolsillo es el lugar donde generalmente se guardan las armas cuando las personas salen de casa; bajo la almohada se guardan también generalmente las armas cuando la persona se entrega al sueño y ello precisamente para tenerlas "a mano" en caso de necesitarse.

Cualquier gesto, cualquier movimiento hizo la occisa que fue mal interpretado por el sindicato. Por eso dice el doctor LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, actual presidente de la honorable Corte Suprema de Justicia:

"La defensa putativa se presenta cuando por un error sustancial de hecho, por una equivocada interpretación de una circunstancia, el sujeto cree hallarse en la necesidad de defenderse, sin que exista realmente ningún peligro... La violencia apenas existe en la mente del sujeto, por un error de hecho inimputable en la interpretación de un *gesto, actividad, movimiento, circunstancia inofensiva*". (*Lecciones de derecho penal*, Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, 1962, págs. 263-265).

¿Por qué niega el señor juez la defensa subjetiva?

a) Porque en aquella noche la occisa dormía con sus hijas.

Esta razón es tan de poco peso que francamente no vale la pena analizarse.

b) No hay legítima defensa subjetiva por saberse "por él mismo y algunas personas que conocían la conducta de la víctima, que ella no poseía o al menos no cargaba o llevaba consigo arma alguna". Nada más errado que la anterior afirmación. Véamoslo:

La conducta de la víctima. Su comportamiento y sus antecedentes, demuestran que era una mujer agresiva y en cierta medida peligrosa: ¿quién no conoce los antecedentes de G G?

¿Acaso no adulteraba con F F?

¿Acaso no es peligrosa para un hombre una mujer que ya no ama y que, por lo mismo, en brazos de otro se entrega y por ello también quiere retirarlo a toda costa librándose de toda traba?

¿Acaso no era una mujer que últimamente permanecía de continuo en los cafés de su pertenencia?

¿No es razonable que todo esto influya en el sindicato para formarse la idea de que su mujer lo atacaba?

No acostumbraba armas. Aquí sí que es aberrantemente contradictorio el auto que se apela. En un principio acepta lo siguiente:... "el hijo mayor

de ella, declara que su madre sí tenía un revólver pero guardado en el armario y que casi no lo sacaba de allí..."; no obstante más adelante dice que se sabe por "algunas personas que conocían la conducta de la víctima que ella no poseía o al menos...".

Entonces, ¿qué? ¿Acostumbraba o no acostumbraba armas? En este punto el auto de proceder es tan huérfano de contenido fáctico como ningún otro. O si no, veamos: J J (folio 30): "Hace días, no recuerdo cuántos, llegó a la casa de mi mamá G G, y entonces se puso a enseñarle a manejar un revólver a ella...".

M M (folio 12 vto.): "Ella no tenía armas de ninguna clase debajo de la almohada ni en la casa, pues ella sí tenía un revólver pero lo mantenía en el café...".

P P (folio 22 vto.): "Ella sí tenía un revólver en la casa y hace más de veinte días que ella sacó ese revólver de la casa y se lo llevó, pero no sé dónde se lo llevó...".

C C (folio 15): "Ella sí tenía un revólver, pero lo mantenía en un armario con llave, pues no lo tocaba porque no sabía manejarlo y le daba mucho miedo...".

Repare el señor magistrado qué abundamiento de declarantes; y así viene el señor juez a decidir que era sabido "por él mismo y algunas personas que conocían la conducta de la víctima, que ella no poseía o al menos no cargaba o llevaba consigo arma alguna...".

Que él mismo sí sabía que su esposa mantenía arma, lo demuestra el siguiente aparte de su injurada. "Preguntado: Sirvase decirnos si usted vio qué tenía la señora G G debajo de la almohada, o si era que esta acostumbraba a tener algo en este sitio? Contestó: «Pues como ella administraba esos cafés, yo creo que ella tenía revólver para defender su plata, a ella no le llegué a ver esta clase de armas pero uno de los niños de ella de nombre J J me dijo que la mamá había conseguido un revólver y que un policía le había estado enseñando a manejar y a tirar...»" (7, de la copia).

Repetimos la declaración del niño J J: "Hace días, no recuerdo cuántos, llegó a la casa de mi mamá G G y entonces se puso a enseñarle a manejar un revólver a ella...".

¡He aquí cómo se perfila la legítima defensa de la vida en el caso de autos!
¡He aquí cómo sí había base para una creencia razonable!

Y por último "no habérsele hallado elemento alguno capaz de ser utilizado para atentar contra la vida de alguna persona...". Esta es la última razón para no reconocerse la eximente de responsabilidad¹¹.

Pero, ¿quién dijo que encontrar armas en el lugar de los hechos, por ejemplo, es requisito para el reconocimiento de la defensa subjetiva? No. Precisamente, ahí reside el *quid* del asunto: no importa que no haya habido ni ataque material ni instrumento: lo que importa es que en la mente del sindicado se haya presentado ese "ataque" como real.

¹¹ Cfr. lo dicho en la nota 8.

Si un enemigo —dice CARRARA— se me lanza apuntándome con un arcabuz y yo, más litos, le disparo mi revólver y lo mato, habré obrado legítimamente, aun cuando después se me compruebe que el arcabuz estaba descargado.

"Habría entonces una legitimidad basada en la opinión, que, que, cuando es razonable, se equipara a la verdadera. Caí en un error de hecho invencible y no tuve conciencia de violar la ley" (*Programa*, § 298).

En fin, después de todo el *a quo* remata así: "Factores todos estos que contrarrestan, la posibilidad de esa falsa creencia". No quiero insistir más sobre el asunto. Solo quiero que veamos las anteriores refutaciones en esquemas:

No hay defensa subjetiva de la vida
1.- Estaba en el lecho con sus dos hijas.
2.- No acostumbraba armas.
3.- No se encontró arma.

Si hay defensa subjetiva de la vida.
1.- No vale la pena analizar.
2.- ..."Llegó a la casa de mi mamá y entonces se puso a enseñarle a manejar un revólver....
3.- "Habré obrado legítimamente, aun cuando después se me compruebe que el arcabuz estaba descargado" (CARRARA).

¿Se contrarrestará la creencia en el ataque?

Señor magistrado: al momento de decidir, no puede dejar de considerar que el delito es un hecho esencialmente sociológico, telúrico y antropológico. De ahí que no podamos prescindir del examen de la personalidad del hombre. Administrar una justicia justa, es captar al hombre en la plenitud de su dinamismo. Nunca habrá una justicia justa si no nos sumimos en la realidad palpitante de la vida. Cuando se trata de juzgar al hombre, tenemos que ser excesivamente humanos so pena de volvernos fieramente inhumanos. Por eso ha de tenerse en cuenta la limpia vida del sindicado.

Tenemos que comprender que en el caso de autos no hay base para aplicar sanción de ningún carácter. Una sanción en el caso de autos, sería inconveniente a la luz de la política criminal. El señor magistrado decide no solo sobre la suerte de un hombre: decide sobre la suerte de una niña de 2 años; decide sobre la suerte de un hogar.

El estado de ánimo del señor magistrado en relación con el reconocimiento de la defensa subjetiva de la vida, puede ser de *plena certidumbre* o el de la *duda*. Personalmente, creo que usted, señor, está tan convencido como yo sobre la justicia de esta causa. Pero si alguna duda tuviere, le ruego repare en lo siguiente:

En nuestro estatuto procedimental penal existe la consagración de la gran norma de sabiduría, la regla del *in dubio pro reo*. Es un error creer que esta norma solo ha de aplicarse al momento de dictar sentencia. Esta norma ha de aplicarse siempre que de apreciar una prueba se trate. El art. 216 del Código de Procedimiento Penal, dice:

“En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla”.

Hemos tratado en este proceso de la prueba de la confesión. Esa confesión no ha sido infirmada *plenamente*, como lo dice la Corte Suprema de Justicia. Pero si alguna sombra de duda cayera sobre ella, entonces, señor magistrado, dignese dar aplicación a la regla del *in dubio*, porque esa duda no se podría eliminar ni aun en la etapa probatoria del juicio.

Socialmente, se pide el sobreseimiento definitivo. Toda la sociedad de Armenia ha lamentado la tragedia. Ya está propalado el escándalo; propalada la deshonra y el dolor acrecentado. Pero aquí el deber nos impone no compungirnos, sino analizar los hechos con frialdad, con equidad.

El enjuiciamiento de N N sería más maléfico que conveniente: “Todos, como dice FRAMARINO, pensarían de qué modo, bajo el falso nombre y la falsa divisa de la justicia social, puede la sociedad entera en un momento dado caer sobre la persona individual hasta aniquilarla y hundirla, como grano de trigo bajo la acción de las máquinas de potente molino.

“El símbolo adecuado de la justicia ya no sería una matrona con la frente olímpicamente serena y con su balanza para pesar las acciones humanas, sino que aparecería a los ojos de los hombres, buenos o malos, como una diosa terrible, monstruosamente ciega y sorda a la verdad; en su rostro se verían las líneas y las sombras con que la imaginación de los antiguos solía caracterizar la terrible e impenetrable figura del *Fatum*.”

Yo estoy plenamente convencido de que el señor magistrado enrutará la nave de su conciencia hacia el puerto de una providencia de paz, de verdad, de libertad y de justicia, porque sé que tanto el señor magistrado como yo creemos que *solo en la justicia está la paz, y el reposo solo en la verdad*¹².

De los honorables magistrados con respeto,

Armenia, agosto 26 de 1971.

¹² El honorable Tribunal Superior de Armenia, aceptó la tesis de la defensa subjetiva de la vida y dictó un auto de sobreseimiento definitivo en favor del encartado.

Legislación

PROYECTO DE LEY

“POR LA CUAL SE ESTABLECEN
UNAS CONTRAVENCIONES DE POLICÍA”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Del proyecto de ley “Por la cual se establecen unas contravenciones de policía; se crea como medida correctiva el internamiento en centros de capacitación laboral; se fija competencia; se regula su procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; se dictan disposiciones sobre calificación del sumario, competencia en materia civil, penal y laboral, captura, detención preventiva y excarcelación y se dictan otras disposiciones”.

El proyecto de ley que se presenta a consideración del Congreso Nacional encuentra su fundamento en las siguientes razones:

Capítulo I

Contravenciones especiales de policía

Uno de los problemas fundamentales con que se ha enfrentado el gobierno ha sido el incremento exagerado de la delincuencia, lo que obliga a promulgar estatutos que permitan una rápida investigación, al menos para ciertos hechos punibles que de acuerdo a las estadísticas se presentan con mayor frecuencia amenazando la seguridad de los ciudadanos, en especial su patrimonio y que afectan por tanto el normal desarrollo de las actividades sociales.

Dentro de las normas legales y constitucionales y respetando primordialmente el derecho de defensa, es indispensable dar la categoría de contravenciones a ciertas ilicitudes y atribuir su conocimiento a los alcaldes e inspectores de policía, en primera instancia, y en segunda a los gobernadores de departamento, al Consejo Distrital de Justicia, a los intendentes y comisarios, según el caso, para que con base en un *procedimiento abreviado* se logren decisiones definitivas en dichos procesos.

Es cierto que el juzgamiento de las personas debe hacerse en igualdad de condiciones, pero en ocasiones se requiere, mediante formas procesales adecuadas, contrarrestar la delincuencia que bien puede denominarse habi-

tual y que pone en peligro bienes jurídicamente protegidos, como ocurre con las conductas orientadas a arrebatar los objetos que la persona lleva consigo o que atentan contra bienes que por su ubicación o por la forma de ser transportados implican una mayor desprotección y facilitan la ejecución de conductas punibles.

El hecho de establecer un procedimiento abreviado y cambiar la competencia para el juzgamiento, en nada lesiona los derechos de las partes que intervienen en el proceso y por el contrario constituye un medio idóneo para recobrar la tranquilidad pública y la confianza en la justicia y en las instituciones que constituyen Estado de Derecho.

Capítulo II

Creación de cargos de jueces especializados y procedimiento para la investigación y juzgamiento de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo

El aumento de la delincuencia se ha puesto de manifiesto en algunos comportamientos que generan mayor alarma social y que exigen una respuesta adecuada de la rama legislativa para investigar y sancionar, lo cual solo puede lograrse mediante trámites procesales desarrollados dentro del marco constitucional del debido proceso.

La actual distribución de competencia permite afirmar que debido al cúmulo de trabajo y pluralidad de infracciones que conocen los actuales jueces, ha sido imposible especializar a los funcionarios por las múltiples funciones que deben cumplir, sin los resultados queridos por el Estado.

Se requiere entonces crear los cargos necesarios, desempeñados por funcionarios especializados cuya competencia se circunscriba a determinados delitos, concentrando en ellos las funciones investigativas y de juzgamiento, para así evitar dilación en la instrucción ante la imposibilidad de utilizar las fórmulas de comisiones reiteradas en el perfeccionamiento de la investigación.

Estos funcionarios tendrán competencia en el Distrito para el cual hayan sido designados, conociendo en primera instancia de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y los que les sean conexos, salvo, para el último caso, aquellos en que deba intervenir el jurado de conciencia.

La segunda instancia se surtirá ante el tribunal respectivo, permitiéndose el recurso extraordinario de casación.

Se exceptúan del conocimiento de estos jueces los delitos conexos en que interviene el jurado de conciencia, por la misma naturaleza de su trámite; en este evento, los funcionarios especializados nombrados con base en esta ley investigarán conjuntamente todos los hechos punibles hasta cuando esta se perfeccione dentro de los términos legales, momento en el cual deberán expedir copias de la actuación surtida en relación con el delito en que debe

intervenir el jurado de conciencia y enviarlas al juez superior, quien continuará el trámite legal subsiguiente.

En la misma forma se procederá cuando en la comisión de uno cualquiera de los delitos a que se refiere la presente ley, haya participado alguna persona que por razón del fuero deba ser juzgada por autoridad diferente.

Comoquiera que para el tratamiento de estos comportamientos no es suficiente crear cargos y funcionarios especializados, ni variar la competencia, sino que es indispensable establecer procedimientos ágiles y eficaces en los que respetándose el derecho de defensa se puedan proferir fallos definitivos, una vez se haya aportado y controvertido la prueba necesaria en que se fundamenta dicha decisión; para algunos pedimentos, tales como cesación de procedimiento y nulidad, se señalan momentos procesales dentro de los cuales únicamente se puedan formular, ya que permitirlo en el trascurso de la investigación acarrearía las dilaciones que precisamente se pretende evitar. Asimismo, y por fuerza de la brevedad de la instrucción, solo será recurrible, ordinariamente, la decisión en la que se resuelva la responsabilidad penal, pero en todo caso se impone el control en segunda instancia a través del grado jurisdiccional de la consulta y de la actividad obligatoria del ministerio público conservándose así la doble instancia, empero entendida no en relación con cada una de las decisiones que se profieran, sino en conjunto, como forma de revisión integral del proceso.

La naturaleza de las infracciones a que se refiere la presente ley, así como su incremento en los últimos tiempos, hacen necesario establecer estímulos para que los particulares colaboren con la justicia denunciándolos o, al menos, dando noticias sobre sus autores y partícipes, estímulos consistentes en recompensas en dinero y en la supresión de la diligencia del careo que en la mayoría de los casos es utilizada como medio de intimidación. También debe ordenarse la cesación del procedimiento para el copartícipe que aporte prueba de responsabilidad contra las demás personas que hayan participado en el hecho punible.

Del mismo modo, y por haberse convertido esta clase de delitos en un negocio, situación que permite afirmar la profesionalidad de los delincuentes, se elimina cualquier clase de beneficio procesal para sus autores o partícipes, tales como libertad provisional, subrogados penales y rebaja de pena por trabajo o estudio.

Como es posible que la prueba aportada no tenga la consistencia suficiente para sustentar la sentencia condenatoria o absolutoria, se prevé el sobreseimiento temporal y la reapertura de la investigación, que en todo caso debe ser consultado, y que mientras ello ocurre las personas permanezcan privadas de la libertad hasta tanto se confirme el pronunciamiento, ya que el tribunal puede optar por revocar la medida y proferir sentencia condenatoria; permitir la excarcelación antes de la decisión de segunda instancia haría ilusorio el cumplimiento de la sanción.

Aparentemente puede objetarse la presente ley con los usuales argumentos de la drástica y violación de derechos, pero en este sentido debe recor-

darse que lo fundamental es que el sindicado tenga la oportunidad de solicitar y controvertir pruebas, que se garantice la doble instancia y el recurso extraordinario de casación ante la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente al analizar la restricción de beneficios a favor del procesado y sentenciado no puede dejarse de lado que el país está enfrentado a una delincuencia organizada y que las varias prerrogativas que se vienen concediendo para quienes cometen delitos como los aquí mencionados, ha dado lugar al incremento de los índices delincuenciales.

Capítulo III

Modificaciones al artículo 110 del Código Penal

La redacción del artículo 110 del Código Penal ha creado confusión en su interpretación, y en no pocas ocasiones decisiones que riñen ostensiblemente con los fines tenidos en cuenta por el legislador al consagrar la norma mencionada.

Es indispensable modificar lo relacionado con el decomiso de elementos u objetos con los que se haya consumado un hecho punible o que provengan de su ejecución, para precisar que el Estado tiene derecho a incorporar a su patrimonio dichos bienes, cuando no existe comercio lícito de ellos o, en otros términos, cuando tales bienes no pueden permanecer en manos de particulares, bien porque su simple tenencia constituye delito o porque sin constituir infracciones son idóneos para poner en peligro bienes protegidos legalmente, sin que importe su procedencia o el derecho que se pretenda alegar en relación con ellos. En estos casos no es necesario esperar la comprobación de la responsabilidad de la persona que los ha utilizado para violar la ley penal y por tal motivo puede realizarse su decomiso a favor del Estado en cualquier momento procesal.

Diferente debe ser el tratamiento para los bienes que tienen libre comercio y han sido utilizados transitoriamente en la ejecución de un delito, porque cualquier medida cautelar que recaiga sobre ellos tiene como finalidad procurar con su valor, si es del caso, cubrir total o parcialmente la indemnización por el daño material y moral causado con el hecho punible y que constituye fuente de obligaciones.

Con respecto a esta clase de bienes se harán los estudios técnicos necesarios, y si no fueren indispensables para la investigación se entregarán provisionalmente a quien demuestre ser propietario o tener cualquier derecho, bajo la condición de no poderlos enajenar o constituir gravamen, para de esta manera asegurar la indemnización en caso de sentencia condenatoria, oportunidad en la cual se ordenará el decomiso si por cualquier otro medio legal no se ha cubierto o no se ha asegurado al menos la indemnización en debida forma.

Significa lo anterior que el decomiso de esta clase de bienes está sujeto a dos requisitos fundamentales: en primer lugar, que se deduzca la responsabilidad de quien infringió la ley penal, y en segundo, que para este momento procesal no se haya cubierto la indemnización o asegurado su pago en debida forma. Para efectos del decomiso, no solamente pueden afectarse bienes del procesado sino también de aquellas personas que sin haber concurrido a la realización del hecho punible deban responder conforme a las normas del Código Civil.

De esta manera se corrige la errada interpretación del Código Penal, especialmente tratándose de automotores, naves o aeronaves con las que se haya cometido un delito, evitando que por el simple hecho de no estar asegurados o asegurados inadecuadamente sean decomisados a favor del Estado una vez se demuestre tal circunstancia, incurriendo en doble irregularidad: de una parte disminuyendo del patrimonio de los particulares sin ningún título legítimo que justifique la confiscación de bienes, ya que con ello no se logra la indemnización, y de otra parte desconociendo las normas de responsabilidad penal, porque puede ocurrir que la persona sea absuelta y a pesar de tal pronunciamiento sus bienes hayan sido decomisados.

Debe recordarse que los gravámenes que se imponen sobre ciertos bienes, apuntan exclusivamente a procurar la indemnización de perjuicios, que solo puede concretarse en sentencia condenatoria, y por tal motivo resulta ilógico afectar bienes de manera definitiva antes de deducir responsabilidad.

Capítulo IV

Modificaciones al Código de Procedimiento Penal

El Código de Procedimiento Penal establece formalidades de estricto cumplimiento con las cuales se protege el derecho de las diferentes personas que actúan en el proceso. Sin embargo debe tenerse en cuenta que dichas formalidades pueden variarse sin que ello implique menoscabo de las garantías procesales.

En este orden de ideas, para poder dar celeridad al proceso penal y buscar la lealtad entre las partes, es necesario establecer reglas en lo tocante al recurso de apelación, en el sentido de hacer obligatoria la sustentación, para de esta manera exigir a quien recurre que manifieste la razón o razones de su inconformidad con la decisión jurisdiccional, con el fin de que el juez de segunda instancia se entere de las argumentaciones que se aducen oportunamente y para que las demás partes conozcan la posición jurídica del apelante y tengan oportunidad de contraargumentar.

Por los motivos anteriores y en el deseo de evitar dilaciones innecesarias del proceso, se propone modificar el artículo 196 del actual Código, para exigir que en el momento de la apelación o durante el término de ejecutoria de la providencia, la persona que apele exponga las razones ante el funcionario que dictó la providencia, y en caso de no proceder así, se declarará desierto el recurso.

Desde luego que el auto que declara desierto el recurso no impide que el recurrente interponga, si es del caso, el recurso de hecho.

La sustentación en primera instancia envuelve ventajas de economía procesal, ya que solo se enviará el expediente al superior cuando se haya motivado la inconformidad con la decisión de primera instancia.

El Código mediante los recursos regula adecuadamente las formas propias para ejercer el derecho de defensa y para procurar que se corrijan los errores en que haya podido incurrir el funcionario *a quo*. Al lado de estas formas procesales se establece también el grado jurisdiccional de consulta. Resulta lógico suprimir la consulta para todas las decisiones diferentes de la sentencia, ya que son suficientes los recursos como medio de control a la actividad jurisdiccional. En otros términos, no existen mayores razones jurídicas para atribuir competencia al juez de segunda instancia con base en la consulta cuando las partes, incluyendo al ministerio público, han tenido oportunidad de impugnar las decisiones que en su criterio no responden a la realidad procesal.

La práctica enseña que un buen porcentaje del trabajo del juez de segunda instancia se reduce al estudio de decisiones objeto de consulta, para, en la mayoría de los casos, impartir confirmación.

Existiendo como controles los recursos ordinarios, y en ciertos casos los extraordinarios, es procedente la notificación de las providencias que admitan uno cualquiera de los recursos mencionados, como también dejar correr el término legal de ejecutoria; pero no obedece a ningún criterio jurídico notificar y dejar transcurrir el lapso de ejecutoria de decisiones que no admiten ningún recurso, como sucede con los autos que deciden la apelación, por ejemplo, ya que es el mismo Código Procesal vigente, artículo 202, inciso 3°, que prohíbe admitir cualquier recurso contra ciertas decisiones.

Resulta inútil y constituye motivo de demora de los procesos hacer todo el trámite de notificación en segunda instancia para la mayoría de decisiones, en relación con las cuales no se puede intentar ningún pedimento. Por estas razones se propone como reforma que algunas providencias de segunda instancia queden ejecutoriadas una vez sean suscritas por el funcionario correspondiente.

Las fórmulas aquí propuestas, en nada atentan contra los derechos de las partes, porque continúan desarrollando las facultades que les son propias dentro del proceso y solo se eliminan algunos formulismos innecesarios y se establece la obligación de sustentar el recurso para hacer operante el principio de la lealtad procesal.

Al lado de los varios temas ya explicados aparece uno de suma importancia, que ha suscitado permanentes debates y que en ocasiones se ha llegado a sostener que constituye violación al principio de presunción de inocencia. Las instituciones jurídicas de la captura, detención y libertad provisional requieren modificaciones sustanciales, para evitar que en muchas ocasiones la detención preventiva llegue a tales extremos que la persona dure varios meses en un establecimiento carcelario para en últimas reconocerle su inocencia.

No resulta exagerado sostener que, si bien el Código de Procedimiento Penal regula la captura facultativa, esta se ha convertido en un medio coercitivo en todos los casos para efectos de practicar la diligencia de indagatoria, obligando al imputado a permanecer privado de libertad durante determinado tiempo, hasta que sea resuelta su situación jurídica, que las más de las veces se hace ordenando su libertad por no estar demostrados los requisitos probatorios para afectar a la persona con auto de detención.

Es frecuente que desde el momento de la realización del hecho típico surja prueba indicativa de que la persona actuó en legítima defensa, o que tratándose de homicidio o lesiones personales, ocurridos en accidente de tránsito, sea evidente que el imputado no actuó con culpa y sin embargo se le prive de libertad por parte de la policía judicial, para después de ocho o más días reconocer la ausencia de responsabilidad y de esta manera disponer su libertad.

Siendo la libertad uno de los más sagrados derechos de la persona debe procurarse su máxima protección, en el sentido de que el imputado goce durante el proceso de libertad y que la excepción a esta regla general sea la detención o la prohibición de excarcelación; en resumen lo que se pretende con varias modificaciones es invertir la situación actual que, conforme a estadísticas, indica que el mayor número de la población carcelaria solo se encuentra en detención preventiva. Lo que se quiere entonces es reducir ese porcentaje para dar cumplimiento, como ya se dijo, al principio de presunción de inocencia.

En orden al cabal cumplimiento de la nueva orientación que se propone en esta materia, esquemáticamente se pueden resumir algunas de las modificaciones en los siguientes términos:

a) La policía judicial podrá capturar en caso de flagrancia, cuasiflagrancia y cuando la persona esté gravemente indiciada, pero se abstendrá de hacerlo cuando de las primeras diligencias resulte evidente que la persona obró en legítima defensa, como también cuando no se pueda imputar a título de culpa el homicidio o las lesiones personales que hayan tenido ocurrencia en accidente de tránsito. En estos casos el funcionario simplemente exigirá al imputado que suscriba diligencia en la que se comprometa a presentarse a la autoridad que lo cite con posterioridad. En caso de incumplimiento, el renuente será sancionado con arresto de un mes incommutable. Se observa cómo a la persona se le garantiza el derecho a la libertad y se le da oportunidad para explicar su conducta oportunamente ante la autoridad competente. Pero en el evento de que no haga uso de esa prerrogativa y desobedezca la citación que le haga un juez, deberá ser sancionado por dicho incumplimiento.

b) El juez solo puede expedir orden de captura directamente teniendo en cuenta dos condiciones fundamentales: o bien que el hecho punible realizado no admite la libertad provisional, o que, admitiéndola, la persona que cometió el hecho registre antecedentes tales como sentencia condenatoria o dos o más sindicaciones por delitos intencionales en los últimos cinco años. Es de notar que la orden de captura queda condicionada a la naturaleza del hecho realizado

y a la personalidad de quien violó la ley, únicos requisitos adecuados para poder justificar la aprehensión física de la persona.

En los demás casos, incluyendo en estos el haber obrado la persona en legítima defensa o haber actuado sin culpa en los accidentes de tránsito, el juez deberá simplemente citar a la persona para que rinda indagatoria; una vez practicada esta diligencia deberá disponer inmediatamente su libertad, y con posterioridad resolver su situación jurídica.

La razón de esta modificación obedece a que la mayoría de infracciones permitirán la libertad provisional, y siendo esto factible no resulta jurídico mantener encarcelada la persona durante varios días mientras se resuelve su situación jurídica.

c) Después que la persona ha comparecido a rendir indagatoria, bien sea en cumplimiento de citación que se le haya hecho o porque se ordenó su captura para tal fin, se dejará en libertad, como ya se dijo, cuando el delito porque se proceda admita libertad provisional. El funcionario, dentro de los diez días siguientes a esta determinación resolverá la situación jurídica del indagado, reconociendo que no hay mérito para detenerlo o, por el contrario, puntualizando los requisitos contenidos en el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal.

Si la decisión es la última de las mencionadas, no podrá el juez ordenar de inmediato la captura, sino que dará un plazo de cuatro días a partir de la notificación del auto de detención para que el afectado con la providencia judicial suscriba diligencia de caución si el delito permite excarcelación, la que debe reconocerse en el mismo auto de detención, y solo cuando el sindicado se niegue a prestar dicha caución podrá privársele de la libertad hasta tanto se cumpla este requisito.

El contenido de la norma es muy simple y responde a un clamor general, en el sentido de no disponer la detención de personas que por diferentes motivos puedan llegar a gozar de la libertad provisional.

Asimismo, se deja en claro que la detención efectiva solo procede cuando el imputado no sea merecedor del beneficio de libertad provisional o que siéndolo haya incumplido las obligaciones impuestas por el juez, caso en el cual no tendrá la oportunidad de solicitar nuevamente la excarcelación por la sencilla razón de que habiéndosele dado la oportunidad de continuar en libertad quebrantó el compromiso que ha adquirido con la justicia.

A pesar de que relativamente el artículo 439 del Código de Procedimiento Penal es claro en cuanto a que los requisitos para detener no se refieren exclusivamente a prueba de autoría, sino de responsabilidad, es necesario precisar que no es posible dictar auto de detención cuando en la realización de una conducta concurre una cualquiera de las causales de los artículos 29 o 40 del Código Penal, o sean causales de justificación o exculpación, casos estos en que normalmente el proceso termina con sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria; y siendo esta la decisión que corresponde a la realidad procesal, no hay motivo valedero para acudir a una medida cautelar.

d) La excarcelación o libertad provisional es modificada en este proyecto en el sentido de hacer una enumeración taxativa de aquellos casos en que por la naturaleza del delito o por la personalidad de quien lo ejecutó no es posible otorgar el beneficio mencionado. La enumeración que se hace, aparentemente puede resultar extensa; pero si se revisa cada uno de los casos propuestos, se observa que muchos de ellos son de poca ocurrencia y que los que tienen realización frecuente producen verdadera alarma social y generan inseguridad colectiva. Pero es necesario reflexionar cómo, por vía de ejemplo, solo se prohíbe la excarcelación en tratándose de homicidio cuando este es voluntario o agravado; cuando se trata de delitos contra el patrimonio, solo se limita el derecho a la libertad si el hecho ha sido de hurto calificado o agravado, extorsión y estafa. En los casos de hurto simple, defraudación con cheque y abuso de confianza no habrá lugar a la excarcelación cuando en cualquiera de las tres infracciones concurren las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal. Los ejemplos propuestos de delitos de mayor ocurrencia permiten afirmar que un buen número de homicidios (preterintencionales, por piedad, etc.) admiten la libertad provisional y que gran parte de los delitos contra el patrimonio también gozan de esta prerrogativa, sin necesidad de exigir al sindicado la restitución del objeto material del hecho punible y la indemnización, que en la mayoría de los casos es de imposible cumplimiento por la carencia de recursos económicos.

Al lado de la enumeración taxativa de delitos que no admiten la excarcelación, se incluyen el homicidio y lesiones personales en accidente de tránsito en los cuales, a pesar de ser hechos punibles culposos, se ha de comprobar de manera técnica que la persona que conducía el automotor se encontraba en ese momento en estado de embriaguez aguda o no tenía la idoneidad suficiente para conducir.

Las condiciones para negar la excarcelación en estos casos obedecen a que la mayoría de accidentes de tránsito son producto de la irresponsabilidad originada en el estado de embriaguez o en la falta de idoneidad para conducir automotores.

e) No significa que las personas que han incurrido en delito que no admite ordinariamente excarcelación deban permanecer privadas de la libertad hasta que termine el proceso. Por el contrario, se proponen fórmulas de excarcelación para todas las infracciones cuando en primera instancia se profiera decisión que en principio sea exonerativa de responsabilidad (sobreseimiento temporal, sobreseimiento definitivo, cesación de procedimiento, veredicto absolutorio, etc.) y también cuando trascurra un determinado lapso, sin que se haya citado o convocado al procesado a audiencia pública.

Resulta de suma importancia observar cómo también procede la excarcelación para aquellos delitos que en principio están excluidos de este beneficio, cuando en cualquier momento procesal se aporte la prueba suficiente en relación con los requisitos exigidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia en caso de que se profiera condena en contra del sindicado.

Debe tenerse en cuenta que el subrogado penal a que se ha hecho referencia ordinariamente no puede ser negado, ni aun para aquellos delitos en que se prohíbe en principio la libertad provisional; para ser consecuentes con este enunciado y no hacer nugatorio el subrogado penal, en el sentido de que el sindicado posiblemente haya cumplido la pena cuando se produce sentencia condenatoria, se establece la concesión de la excarcelación cuando a lo largo del proceso y de manera evidente tengan demostración los requisitos en que se fundamenta la condena condicional, lo que en la actualidad puede hacerse únicamente a partir del auto de proceder.

f) Además de todos estos beneficios se amplía la detención en el lugar de trabajo para poder favorecer a las personas dedicadas exclusivamente a actividades agropecuarias, que por la distancia en que realizan sus labores no pueden regresar el mismo día al establecimiento carcelario.

g) Como en la mayoría de casos se trata de libertad provisional, que en últimas no es más que una limitación al derecho de locomoción, a lo largo del proyecto se establecen normas tendientes a cumplir una efectiva vigilancia de estas personas, a cargo especialmente del ministerio público, que como representante de la sociedad debe tener esta función.

Para que la vigilancia sea efectiva, debe el sindicado suscribir diligencia de conminación en proceso por delitos que no admiten privación de la libertad, con el fin de que comparezca cada vez que la autoridad lo requiera y en caso de incumplimiento de las citaciones, se le impondrá sanción por el desacato en que ha incurrido.

Respecto de delitos que acarrear la privación de la libertad, pero para los cuales sea factible otorgar el beneficio de libertad condicional, se establecen cauciones para garantizar el cumplimiento de las obligaciones a que se compromete el procesado. Estas cauciones pueden ser juratoria o prendaria; la primera queda reservada exclusivamente para aquellas personas que carecen de medios económicos.

Las fórmulas procesales que se proponen, buscan descongestionar los establecimientos carcelarios y establecer que la privación efectiva de la libertad debe ser una excepción, y debe asimismo ser la consecuencia lógica de haberse logrado concretar la responsabilidad penal del sindicado.

El actual Código de Procedimiento Penal establece fórmulas idénticas para la calificación del mérito del sumario, sea que intervenga o no en el juzgamiento el jurado de conciencia.

El límite entre las dos etapas del proceso, sumario y juicio, está fijado por el auto de proceder, que tradicionalmente se ha entendido como la decisión jurisdiccional de mayor importancia, por los cargos que en concreto se atribuyen a quien ha infringido la ley penal.

Los requisitos formales y sustanciales que establece el Código para esta decisión son de tal naturaleza, que en no pocas ocasiones se ha afirmado que el auto de proceder constituye sentencia anticipada. Asimismo, la exigencia expresa de que debe existir congruencia entre auto de proceder y sentencia, ha constituido causa de múltiples nulidades al no poderse variar la denominación jurídica genérica dada en el auto de proceder.

Resulta entonces pertinente establecer procedimientos diferentes para los casos en que interviene el jurado de conciencia y aquellos cuyo juzgamiento debe hacerse en derecho.

a) *Juzgamiento con la intervención del jurado de conciencia*

Por la necesidad de tener una referencia procesal para poder formular los cuestionarios sometidos al jurado de conciencia, se propone modificar el actual sistema de calificación del mérito del sumario en el sentido de sustituir el auto de proceder después de haberse cerrado la investigación por una resolución mediante la cual se cita para audiencia a las personas que hayan sido vinculadas legalmente al proceso.

Los requisitos sustanciales se conservan de manera similar, pero se elimina la locución "cuerpo del delito" que tantas confusiones ha creado.

Formalmente se trata de una providencia motivada de manera sucinta en la que se debe hacer valoración de la prueba determinante de los requisitos sustanciales y una fijación concreta de los hechos debatidos y probados durante la etapa de investigación; esta providencia no requiere de la extensión acostumbrada para dictar auto de proceder y por tal motivo solo admite el recurso de reposición ante la posibilidad de errores por parte del juez de primera instancia.

Se suprime el recurso de apelación, con el fin de evitar que el funcionario de segunda instancia emita conceptos de fondo que podrían restarle independencia en el momento de revisar la sentencia definitiva.

Dos cambios fundamentales se introducen con respecto al auto denominado de proceder y ellos son: la supresión de la denominación genérica de la infracción, para en su lugar formular los cargos con citación del bien jurídico que se protege mediante los diferentes tipos penales, por ejemplo, si se trata de abuso de confianza, hurto, estafa, etc., se tendría que hacer referencia al patrimonio individual. Estas fórmulas permiten una mayor amplitud en el debate probatorio del juicio y evitaría, como ocurre en la actualidad, que si la persona ha sido llamada a juicio por hurto y posteriormente las pruebas demuestran la estructuración del abuso de confianza, haya de decretarse la nulidad por error en la denominación jurídica y por la posible falta de congruencia entre el auto de proceder y la sentencia.

Asimismo, en el auto de citación para audiencia, debe precisarse la norma que en concreto ha sido violada, de acuerdo con la prueba aportada hasta ese momento, pero la adecuación típica que se haga será provisional, para efectos de posible libertad provisional o cualquier otro pedimento que requiera como presupuesto la determinación de la infracción cometida y con base en esa adecuación provisional, en caso de no sufrir modificación, se deben elaborar los respectivos cuestionarios; pero si la prueba practicada en el término probatorio del juicio tiene la entidad suficiente para dar por demostrado un hecho típico diferente, los cuestionarios deben ser necesariamente el reflejo de lo debatido y probado durante todo el proceso.

De esta manera debe entenderse que la nulidad prevista en el numeral 5° del artículo 210 solo tendrá relevancia jurídica cuando el juez haya incurrido en error relativo al objeto u objetos jurídicos que se consideren lesionados con el comportamiento o comportamientos que se hayan investigado; en este caso la causal de casación establecida en el numeral 2° del artículo 580, en lo que se refiere a la incongruencia entre la sentencia y el auto de citación para audiencia, solo podrá invocarse cuando la norma que en concreto se dice violada no forme parte del correspondiente título del Código que haya sido invocado en la citación para audiencia como bien jurídico vulnerado.

Cuando no exista prueba que justifique la citación para audiencia, el sumario se calificará con sobreseimiento temporal o definitivo, providencia contra la cual se pueden interponer los recursos ordinarios y en caso de que el superior revoque el sobreseimiento por considerar que existe prueba para citar a audiencia, dispondrá que el proceso regrese al juez de primera instancia para que sea este funcionario quien redacte la respectiva convocatoria a audiencia pública, evitándose de esta manera que el juez *ad quem* adelante su concepto en relación con el bien jurídico que se considere vulnerado.

Cuando se trate de varios procesados y las decisiones calificatorias sean diferentes, en providencia separada, se citará a aquellos contra quienes exista prueba que permita esa determinación, y mediante auto interlocutorio, susceptible de recursos, se proferirán los sobreseimientos que sean necesarios respecto de las demás personas. La separación de decisiones en diferentes autos obedece al hecho de que la citación para audiencia carece de recurso de apelación y no habría razón jurídica para suspender la tramitación del juicio mientras se deciden cuestiones diferentes de dicha citación a audiencia.

Es de conocimiento público el incumplimiento por parte de los jurados en concurrir a las audiencias públicas, debido quizás a que la sanción establecida cuando esto ocurre es irrisoria; es necesario, entonces, establecer sanción que constituya un verdadero poder coercitivo contra quien incumpla sus obligaciones como jurado y evitar de esta manera la frustración de un sinnúmero de audiencias públicas. Para lograr este propósito se establece sanción de arresto inmutable para quien sin justificación se sustraiga al deber de colaborar con la administración de justicia.

La tramitación del juicio debe hacerse conforme a las reglas procesales establecidas en el actual Código de Procedimiento Penal, como también cuando se profiera sobreseimiento de carácter temporal.

b) *Juzgamiento sin intervención del jurado de conciencia*

Cuando no interviene el jurado de conciencia en el juicio, el trámite del proceso debe ser diferente, ya que la decisión que pone fin al proceso se hace en derecho y se circunscribe a los hechos debatidos y probados durante la investigación, oportunidad en la cual las partes que intervienen conocen y controvierten la prueba del hecho punible que se dice realizado por el sindicado.

Diferentes argumentos se han dado para que en esta clase de procesos se mantenga el auto de proceder y la etapa del juicio; en especial se afirma

que el sindicado debe conocer de manera específica y concreta la denominación jurídica del tipo penal violado por cuanto la etapa del juicio, como también la audiencia pública, constituyen las oportunidades legales para el ejercicio del derecho de defensa.

Los argumentos resultan respetables, pero debe recordarse que la práctica judicial permite conclusiones diferentes, porque en estricto sentido la persona sindicada se defiende de hechos que han sido fijados en la investigación y no de denominaciones jurídicas hechas por el juez de acuerdo con la adecuación típica que realice al valorar la prueba.

De otra parte, cuando el funcionario cierra la investigación, cuenta con todos los elementos de juicio necesarios para proferir decisión definitiva y las partes tienen la oportunidad procesal para exponer sus criterios jurídicos ante el respectivo funcionario, respetándose de tal manera el derecho de defensa.

La etapa del juicio, por haberse agotado la investigación en el sumario, en la práctica está conformada exclusivamente por una sucesión de autos de trámite sin la entidad suficiente para variar las condiciones fijadas en el sumario.

Por las razones anteriores es necesario modificar el procedimiento sin la intervención del jurado de conciencia, en el sentido de obligar al juez a que cierre la investigación y convoque a audiencia pública cuando han transcurrido los términos previstos en el Código de Procedimiento Penal y, una vez ejecutoriado este auto, debe dejarse una oportunidad probatoria para que, en caso de existir vacíos en la instrucción, puedan las partes pedir las pruebas que sean conducentes y el juez ordenar de oficio las que considere necesarias, procurando de esta manera perfeccionar al máximo la instrucción del proceso.

Agotado el anterior trámite, el juez fijará día y hora para la audiencia pública, diligencia en la cual las partes tendrán amplia oportunidad para exponer todos sus argumentos y debatir la prueba aportada. Concluida la audiencia pública el juez puede optar por dictar sentencia absolutoria o condenatoria, y en caso de que no se den los requisitos probatorios para tal fin, proferirá sobreseimiento de carácter temporal y ordenará reabrir la investigación por un término igual al de instrucción que establece el Código de Procedimiento Penal. Las decisiones anteriores son susceptibles del recurso de apelación, y si el juez de segunda instancia considera que no existe base procesal para dar por precluido el proceso mediante sentencia definitiva, revocará la decisión y sobreseerá temporalmente. Si la providencia apelada fuere el sobreseimiento temporal y el funcionario de segunda instancia lo revoca, deberá dictar la sentencia que corresponda.

En este procedimiento sin la intervención del jurado de conciencia solo se permite un sobreseimiento temporal, y por tal motivo al cerrar la investigación por segunda vez y realizarse la audiencia pública, la decisión no podrá ser sino la de sentencia absolutoria o condenatoria. Asimismo no será factible invocar la nulidad prevista en la causal 5ª del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal, como tampoco la causal de casación establecida en el numeral 2° del artículo 580 del mismo estatuto.

En los procedimientos relacionados brevemente solo es permitido hacer un emplazamiento y la consecuente declaratoria de reo ausente en caso de que el sindicado no haya concurrido voluntariamente o no haya podido ser capturado para la diligencia de indagatoria; se suprime de esta manera el emplazamiento exigido por el actual Código para notificar el auto de proceder, sin que ello venga en menoscabo del derecho de defensa, pues, tal como quedaron estructurados los esquemas procesales, el procesado siempre estará asistido por un apoderado a quien se le notificará la citación o convocatoria a audiencia.

Por último, y debido a que el proceso en lo posible debe desarrollarse dentro de los términos legales, es indispensable establecer que durante la etapa de investigación, si se eleva solicitud de cesación de procedimiento, esta debe tramitarse en el cuaderno de copias y de todas maneras la investigación continuará, evitando de esta forma el entramamiento en la práctica de diligencias.

Con los procedimientos que se proponen, se logrará la descongestión de los despachos judiciales y decisiones oportunas en la administración de justicia.

Capítulo V

Modificación de las competencias

En el año de 1977 se promulgó la ley 22, mediante la cual se modificó la competencia, y para tal efecto se aumentaron las cuantías como factor determinante del juzgamiento.

Nadie ignora la devaluación progresiva que ha sufrido la moneda y consecuentemente la pérdida parcial de su poder adquisitivo.

Resulta indispensable hacer una nueva distribución de la competencia por cuantías, con el fin de que el Código de Procedimiento Penal refleje las fluctuaciones económicas del país y especialmente para que la justicia llegue a los lugares más apartados procurando de esta manera que quien solicite o requiera del Estado los servicios de la justicia pueda recurrir a los funcionarios más cercanos a su domicilio, que serían los jueces municipales y promiscuos.

Al conglomerado social debe ofrecérsele la facilidad de tener el servicio de la justicia lo más cerca posible, para evitar que por un mínimo conflicto de intereses económicos las personas deban desplazarse a grandes distancias para formular su petición ante funcionarios de cierta jerarquía.

Por estas razones se propone modificar las competencias por la cuantía, como también la posibilidad de que los aumentos en dichas cuantías se produzcan de manera automática cada dos años en un porcentaje que se considere adecuado para tal fin.

Las modificaciones propuestas no solo se refieren a la rama del derecho penal sino también a las áreas civil, laboral y al derecho penal aduanero por las razones ya expuestas.

Capítulo VI

Creación de tribunales de distrito judicial, de jueces de instrucción criminal y otros cargos

Las funciones judiciales requieren determinados límites en su ejercicio y por tal motivo se ha regulado la competencia teniendo en cuenta varios

factores, entre ellos el territorial, existiendo por tanto distritos judiciales, que normalmente coinciden en su límite territorial con los del respectivo departamento.

Salvo algunas excepciones, en cada departamento funciona un Tribunal Superior de Distrito, que controla la mayoría de decisiones judiciales proferidas por todos los jueces de ese territorio.

El aumento de la población y el elevado índice de delincuencia en algunos departamentos, ha originado consecuencias negativas para la administración de justicia.

Los departamentos de Antioquia y Cundinamarca cuentan con tribunales integrados por un número exagerado de magistrados, lo cual impide el desarrollo adecuado de los aspectos administrativos en su funcionamiento y en la uniformidad de la jurisprudencia.

Los múltiples criterios de los magistrados, como ocurre en Bogotá, han creado una desorientación para los jueces, que ordinariamente y con base en el criterio de autoridad siguen las pautas que se establecen en las decisiones de cualquier corporación.

Es indispensable crear en los departamentos mencionados dos distritos judiciales en cada uno de ellos, para que dichos tribunales puedan cumplir adecuadamente funciones administrativas ordenadas por la ley, como elección de jueces, concesión de licencias, permisos, etc., y para que se procure unificar en lo posible los criterios jurídicos de las decisiones judiciales. Los tribunales creados para los nuevos distritos judiciales estarán integrados por salas: civil, laboral y penal y por el número de magistrados que determine el gobierno, de acuerdo con las necesidades del servicio, solucionando de esta manera los dos aspectos ya mencionados. Se lograría asimismo el cumplimiento de los términos legales en las notificaciones realizadas en las secretarías de las dependencias judiciales, que en la actualidad no se observan debido al cúmulo de trabajo si se tiene en cuenta que semanalmente pasan a la secretaría de cada juzgado más de trescientos procesos respecto de los cuales el secretario debe realizar ciertas actuaciones para dar cumplimiento al debido proceso, y en ocasiones ese diligenciamiento se prolonga por meses, paralizándose el juzgamiento con perjuicio de los intereses del sindicado y de la justicia misma.

El aumento de la delincuencia ha congestionado los despachos de los jueces de instrucción criminal, por lo que es indispensable la creación de varios juzgados de esta naturaleza, cuya ubicación la debe hacer el Consejo Superior de Instrucción Criminal de acuerdo con las necesidades del servicio y con la posibilidad de desplazarlos a diferentes lugares del país cuando la urgencia de una investigación así lo requiera.

La Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado desde hace varios años vienen cumpliendo sus funciones con el mismo número de funcionarios; el recargo de trabajo en las corporaciones mencionadas requiere de una pronta solución y por tal motivo se propone la creación del cargo de un auxiliar para cada magistrado y consejero de su libre nombramiento y remoción.

El ministro de Justicia,

Bernardo Gaitán Mahecha

TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

Por la cual se establecen unas contravenciones de policía; se crea como medida correctiva el internamiento en centros de capacitación laboral; se fija competencia; se regula su procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; se dictan disposiciones sobre calificación del sumario, competencia en materia civil, penal y laboral, captura, detención preventiva y excarcelación y se dictan otras disposiciones”.

El Congreso de Colombia,

DECRETA:

Capítulo I

Contravenciones especiales de policía

Art. 1º.—Constituye contravención especial de policía que afecta el patrimonio, el apoderarse de una cosa mueble ajena cuyo valor fuere inferior a trescientos mil pesos (\$ 300.000.00), con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, en las siguientes circunstancias:

- a) Sobre equipaje de viajeros en el trascurso del viaje o en hoteles, aeropuertos, muelles, terminales de transporte y lugares similares.
- b) Sobre unidad montada sobre ruedas, sus partes o accesorios o sobre objeto que se lleve en ellos.
- c) Sobre objeto expuesto a la confianza pública por necesidad, costumbre o destinación.
- d) Sobre cerca de predio rural, sementera, productos separados del suelo, máquina o instrumento de trabajo dejado en el campo o sobre cabeza de ganado mayor o menor.
- e) Con destreza o arrebatando cosas u objetos que las personas lleven consigo.
- f) Con violencia sobre las personas o las cosas.

Art. 2º.—*Sanciones.* Al que incurra en la contravención de que trata el artículo anterior o en cualquiera de las establecidas por los artículos 32, 34, 53, 55 y 56 del decreto 522 de 1971, se le aplicarán las medidas correctivas de internamiento en centros de capacitación laboral, o en establecimientos dispuestos al efecto por el Ministerio de Justicia, de uno (1) a seis (6) años.

Art. 3º.—*Competencia.* Corresponderá a los alcaldes o a los inspectores de policía que hagan sus veces y en el Distrito Especial de Bogotá a los inspec-

tores penales de policía, conocer en primera instancia de las contravenciones especiales de policía de que trata este procedimiento.

De la segunda instancia conocerán los gobernadores de departamento, el Consejo Distrital de Justicia de Bogotá, los intendentes o comisarios, según el caso.

Art. 4º.—*Procedimiento.* La investigación de las contravenciones de que trata el presente capítulo se adelantará de oficio o por denuncia.

El procedimiento será breve y sumario, sujeto a las siguientes etapas:

a) Iniciada la actuación, se hará comparecer al acusado en forma inmediata si este hubiese sido capturado; en su defecto se le declarará reo ausente y se le designará apoderado de oficio.

b) Se identificará al indiciado, empleando para ello todos los datos e información general indispensable.

c) Ratificada la denuncia, recibidos los descargos del inculpado, oídos los testimonios si los hubiere y allegadas otras pruebas si fueren conducentes, si aquel acepta haber cometido la infracción, la autoridad investigadora dictará resolución imponiendo la medida a que haya lugar, dejando en ella constancia sobre el hecho cometido, las circunstancias que lo rodearon y las pruebas allegadas. Esta decisión se notificará al infractor y a su apoderado.

d) Si el acusado negare los cargos o guardare silencio, se dejará constancia de tal hecho y se le concederá un término de tres (3) días hábiles para que aporte las pruebas que considere necesarias. En el mismo lapso, el funcionario, de oficio o a solicitud del interesado, ordenará las diligencias que estimare pertinentes. Durante la investigación el infractor permanecerá privado de la libertad.

Vencido el término anterior, el juez dentro del término de cinco (5) días practicará las pruebas que se hayan ordenado legalmente.

Art. 5º.—Vencido el término probatorio el juez dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes dictará la sentencia a que haya lugar.

Art. 6º.—Del fallo dictado podrá el contraventor apelar dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a su notificación, para ante el gobernador, el Consejo Distrital de Justicia de Bogotá, intendente o comisario, según el caso.

La segunda instancia confirmará o revocará de plano la decisión, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al recibo de las diligencias.

Art. 7º.—El fallo deberá consultarse siempre con el superior cuando no fuere apelado. La consulta se tramitará y decidirá por el superior en la misma forma que la apelación. Una vez decidido el recurso de apelación o surtida la consulta, se cumplirá lo ordenado en el fallo.

Art. 8º.—En los procesos que se adelanten conforme a este procedimiento, la captura y detención se rigen por las normas del Código de Procedimiento Penal y no habrá lugar a excarcelación. El auto de detención es inapelable.

Art. 9º.—Las acciones de que trata el presente capítulo, prescriben en el término de dos (2) años contados a partir de la realización del hecho. La pena prescribirá conforme a los términos establecidos en el Código Penal.

Tratándose de contravenciones diferentes de las mencionadas en esta ley, la acción penal prescribirá en uno (1) año y la sanción en dos (2).

Art. 10.—El procedimiento establecido en las normas anteriores, solo se aplicará para los hechos punibles cuya investigación no se haya iniciado al momento de entrar en vigencia la presente ley.

El valor previsto en el artículo 1° de esta ley se aumentará en un cuarenta por ciento (40%) desde el primero (1) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y se seguirá ajustando automáticamente cada dos (2) años en el mismo porcentaje y en la misma fecha.

Capítulo II

Creación de cargos de jueces especializados y procedimiento para la investigación y juzgamiento de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo

Art. 11.—Créanse trescientos (300) cargos de jueces especializados con categoría de jueces de circuito en materia penal y trescientos (300) cargos de fiscales de circuito. La designación de los jueces cuyos cargos se crean por la presente ley, se hará por los respectivos tribunales superiores de distrito judicial para periodos de dos (2) años y la de los fiscales por la Procuraduría General de la Nación, para periodos de tres (3) años, en el número que designe el gobierno para cada distrito.

La provisión de los cargos se hará a medida que las necesidades lo exijan, y a juicio del gobierno.

Los jueces especializados a que se refiere esta ley serán competentes para investigar y fallar los siguientes delitos: secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y los demás que determine el gobierno nacional. Conocerán asimismo de los delitos conexos con los anteriormente mencionados.

Los jueces especializados de que trata este capítulo, ejercerán sus funciones dentro del territorio del respectivo distrito judicial y en el lugar donde fueren radicados o comisionados por el Consejo Superior de Instrucción Criminal.

Cuando alguno de los delitos conexos deba ser juzgado con la intervención del jurado de conciencia, se compulsarán copias respecto de dicho hecho punible para su juzgamiento por el juez competente.

Art. 12.—La instrucción y fallo de los procesos a que se refiere el artículo anterior, se hará conforme al procedimiento que se establece en los artículos siguientes.

Art. 13.—El sumario deberá ser instruido en el término máximo de treinta (30) días vencido el cual, o antes si se hubiere perfeccionado el mismo, el juez ordenará, mediante auto de sustanciación, el cierre de investigación y convocará a audiencia pública, la cual no podrá celebrarse antes de cinco (5) días ni después de diez (10). En el mismo auto ordenará que el proceso quede

a disposición de las partes en la secretaría. Realizada la audiencia pública, el juez dictará sentencia dentro de los cinco (5) días subsiguientes.

Art. 14.—La sentencia es apelable en el efecto suspensivo, pero en todo caso deberá consultarse. La apelación y consulta se surtirán ante la Sala Penal del respectivo Tribunal Superior. Si no se dieron los presupuestos procesales para absolver o condenar, el juez de segunda instancia revocará la sentencia, dictará sobreseimiento temporal, y ordenará devolver inmediatamente el proceso al juez de primera instancia para los fines pertinentes.

Art. 15.—En la misma sentencia, cuando fuere condenatoria, se ordenará la detención del procesado o procesados si no hubieren sido detenidos durante la investigación.

Parágrafo.—El auto de detención durante el sumario se regirá por las normas comunes, pero es inapelable. En el caso del artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, se ordenará emplazamiento cuando por cualquier medio se establezca que la persona no ha sido hallada para rendir diligencia de indagatoria o después que hayan transcurrido cinco (5) días contados a partir de la fecha del envío del oficio a las autoridades encargadas de la captura. El término de emplazamiento será de cinco (5) días.

Art. 16.—En los procesos que se adelanten conforme a este procedimiento, no habrá lugar a excarcelación cualquiera que sea el delito. Cuando la sentencia de primera instancia fuere absolutoria, los detenidos quedarán en libertad bajo fianza mientras el tribunal no haya confirmado la sentencia.

Art. 17.—En caso de no darse los presupuestos procesales para absolver o condenar, se proferirá sobreseimiento temporal y se ordenará reabrir la investigación hasta por un término máximo de treinta (30) días.

Parágrafo.—Si el superior confirmare el sobreseimiento temporal, ordenará devolver inmediatamente el expediente al juez que deba continuar conociendo del proceso, quien practicará de preferencia las pruebas que se requieran para su perfeccionamiento. Vencido el término de reapertura se ordenará cerrar nuevamente la investigación, se convocará a audiencia pública, la cual no podrá realizarse antes de cinco (5) días ni después de diez (10), y se dejará el expediente en secretaría a disposición de las partes.

Si el juez de segunda instancia revocare el sobreseimiento temporal dictará la sentencia que corresponda.

Realizada la segunda audiencia pública el juez proferirá sentencia definitiva dentro de los cinco (5) días subsiguientes.

Art. 18.—La designación de apoderado se hará conforme al Código de Procedimiento Penal, desde el momento de la indagatoria y con él se actuará hasta la terminación del proceso.

Art. 19.—En los procesos que se adelanten conforme a este procedimiento, las peticiones de cesación de procedimiento solo podrán presentarse dentro del término para alegar, antes de la sentencia de primera instancia y se resolverán en esta.

Art. 20.—Durante la investigación no se practicarán diligencias de careo en ningún caso. El auto que acepte o rechace la práctica de pruebas es inapelable.

Art. 21.—La apelación y consulta de la sentencia se surtirá conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal.

Art. 22.—Contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los tribunales superiores de distrito judicial, en desarrollo del procedimiento que en este capítulo se establece, habrá lugar al recurso de casación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia conforme a las causales y al procedimiento establecido en el Código de Procedimiento Penal que fueren pertinentes.

Art. 23.—En todos los casos en que se aplique el procedimiento establecido en este capítulo, no hay lugar a traslados ni a notificaciones obligatorias al ministerio público.

Parágrafo.—Los agentes del ministerio público están obligados a intervenir en los procesos penales y a concurrir al despacho de los jueces para notificarse oportunamente, enterarse de la marcha de los procesos, pedir pruebas y presentar alegaciones en las oportunidades legales.

En los tribunales superiores, el magistrado ponente se limitará a dar aviso escrito a los fiscales de la llegada del negocio y este aviso se repartirá entre ellos para determinar la responsabilidad de la intervención del ministerio público.

Art. 24.—Si se suscitare colisión de competencias dentro de los procesos penales tramitados conforme a este procedimiento, deberá dirimir las el respectivo tribunal, pero no se suspenderá la investigación ni se anulará lo actuado.

Art. 25.—La acción civil para el resarcimiento del daño o perjuicio causado por el delito, puede ejercerse dentro del proceso penal, o por separado, ante la jurisdicción civil competente a elección del ofendido.

Si quien tenga derecho, conforme a las normas legales, resuelve constituirse parte civil dentro del proceso penal, la aceptación de ella se hará por medio de auto que será inapelable.

Art. 26.—En los procesos que se adelanten conforme a lo establecido en este capítulo, solo podrán alegarse nulidades una vez dictada la sentencia de primera instancia y ante el respectivo tribunal.

Art. 27.—Cuando haya lugar a la acumulación de procesos, esta se hará antes de la sentencia de primera instancia y se decretará por medio de auto que es inapelable. En ningún caso podrá decretarse la acumulación en procesos en que deba intervenir el jurado de conciencia.

Art. 28.—Los jueces a que se refiere este capítulo, al iniciar una investigación darán inmediato aviso al Ministerio de Justicia, al procurador general de la Nación y al respectivo tribunal.

Art. 29.—Los procesos que se hubieren iniciado antes de entrar a regir la presente ley, continuarán tramitándose conforme al Código de Procedimiento Penal, si se ha proferido auto de proceder aunque no esté ejecutoriado.

Hasta cuando entren en funcionamiento los jueces especializados de que tratan las normas anteriores, los funcionarios que sean competentes conforme al Código de Procedimiento Penal, conocerán de las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia de esta ley por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y conexos con estos. Dichos procesos se tramitarán de acuerdo a las normas del procedimiento establecidas en este capítulo y se pasarán en el estado en que se encuentren a los jueces especializados una vez entren a ejercer sus funciones.

Art. 30.—Facúltase a las autoridades militares y de policía para capturar y poner inmediatamente a la disposición de las autoridades competentes, a las personas de quienes se tenga noticia han cometido cualquiera de los delitos enumerados en este capítulo o conexos con ellos, a las que estén requeridas públicamente por la autoridad, a las que se hayan fugado estando legalmente detenidas, a las que se dediquen al tráfico ilícito de armas, explosivos o estupefacientes.

Art. 31.—Autorízase a los gobernadores de los departamentos, previa consulta de la cuantía al gobierno, para que ofrezcan recompensa en dinero a los particulares que entreguen a los delincuentes requeridos por la justicia, faciliten su captura o den noticias ciertas sobre los autores de los delitos a que se refiere este capítulo. Tales recompensas se pagarán con cargo al tesoro nacional.

Art. 32.—Toda persona que sea designada por la autoridad competente para auxiliar a la justicia en cuestiones técnicas, tendrá la obligación de prestar su concurso inmediato y gratuito. La renuncia a prestar el servicio acarrea las consecuencias a que se refiere el artículo 243 del Código de Procedimiento Penal.

Art. 33.—Las personas que sean condenadas de acuerdo con las normas establecidas en este capítulo y por los delitos en él señalados o los conexos con ellos, no tendrán derecho a la condena de ejecución condicional, ni a la libertad condicional, ni a las rebajas de penas.

Se ordenará cesación de procedimiento en cualquier estado del proceso, para el partícipe del hecho punible que primero aporte la prueba necesaria de responsabilidad de las demás personas que hayan actuado en la realización del comportamiento ilícito.

Capítulo III

Modificaciones al artículo 110 del Código Penal

Art. 34.—El artículo 110 del Código Penal quedará así:

Comiso.—Los instrumentos y efectos con los que se haya cometido el delito o provengan de su ejecución, que no tengan libre comercio, pasarán a poder del Estado a menos que la ley disponga la destrucción.

Los vehículos automotores, naves o aeronaves, cualquier unidad montada sobre ruedas y los demás objetos que tengan libre comercio se someterán a las pruebas técnicas y se entregarán provisionalmente a su propietario o tenedor legítimo, salvo el derecho de terceros o de normas que dispongan lo contrario.

La entrega será definitiva cuando se paguen o garanticen en cualquier momento procesal los daños materiales y morales, fijados mediante avalúo pericial.

Si no se han pagado o no se ha garantizado el pago de perjuicios, el juez en la sentencia condenatoria ordenará su decomiso para los efectos de la indemnización.

Capítulo IV

Modificaciones al Código de Procedimiento Penal

Art. 35.—El artículo 196 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Apelación de los autos interlocutorios. Los autos interlocutorios dentro del sumario son apelables en el efecto devolutivo, salvo el sobreseimiento definitivo, y el auto que ponga fin al proceso por las causales previstas en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, que lo serán en el efecto suspensivo.

Los autos interlocutorios dentro del juicio son apelables en el efecto suspensivo, excepto los que se refieren a la detención o libertad del procesado.

La apelación se interpondrá en el acto de la notificación o por escrito dentro de los tres (3) días siguientes.

Quien interponga el recurso de apelación en proceso civil, penal o laboral deberá sustentarlo por escrito ante el juez que haya proferido la decisión correspondiente, antes de que venza el término para resolver la petición de apelación. Si el recurrente no sustenta la apelación en el término legal, el juez mediante auto que solo admite el recurso de reposición lo declarará desierto.

Sustentado oportunamente se concederá el recurso y se enviará el proceso al superior para su conocimiento.

Art. 36.—El artículo 199 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Consulta de sentencia. Salvo disposición legal en contrario, solo es consultable la sentencia absolutoria o condenatoria cuando contra ella no se hubiere interpuesto el recurso de apelación, dentro del término legal.

Art. 37.—El artículo 209 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Momento de la ejecutoria. Toda providencia en el proceso penal quedará ejecutoriada cuando no se haya interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal y no deba ser consultada. Pero la que decide el recurso de casación, la que lo declara desierto, la que decide el recurso de revisión,

la que decide el recurso de apelación y de hecho, excepto cuando se trate de sentencia susceptible de recurso de casación, quedarán ejecutoriadas cuando sean suscritas por el respectivo juez.

Art. 38.—El artículo 426 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Captura o citación para indagatoria. El juez ordenará la captura del sindicado para recibir la indagatoria en los siguientes casos:

1) Cuando se proceda por delito que no admita libertad provisional.

2) Cuando siendo posible el otorgamiento de la libertad provisional en el proceso exista prueba de que el imputado ha sido condenado o registre dos o más sindicaciones por delitos intencionales en los últimos cinco (5) años.

En todos los demás casos se citará al sindicado para rendir indagatoria. Si no compareciere será capturado para el cumplimiento de esta diligencia. Rendida la indagatoria será puesto en libertad, para lo cual suscribirá diligencia de compromiso en la que se obligue a comparecer cada vez que sea requerido. El funcionario resolverá obligatoriamente, cuando se proceda por delito que tenga pena privativa de la libertad, la situación jurídica del sindicado dentro de los diez (10) días siguientes ordenando o no su detención. En el mismo auto, si el delito por el que se procede admite libertad provisional, se otorgará este beneficio. Previamente a la libertad se suscribirá diligencia de conminación conforme a lo establecido en el artículo 459 del Código de Procedimiento Penal.

Si el sindicado se presentare voluntariamente a rendir indagatoria y se encontrare en cualquiera de los casos previstos en los numerales 1° y 2° de este artículo, el juez podrá ordenar su captura para decidirle la situación jurídica.

Parágrafo.—En los casos de homicidio y lesiones personales, cuando sea evidente que el inculcado obró en legítima defensa, solo podrá ordenarse su captura, cuando exista prueba de que no compareció a rendir indagatoria voluntariamente o por citación formulada por cualquier autoridad.

En la misma forma se procederá cuando se trate de homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito y sea evidente que el imputado no actuó con culpa.

Art. 39.—El artículo 427 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Captura por parte de la policía judicial. Las facultades de captura de que se halle investida la policía judicial, quedan circunscritas únicamente a lo previsto en el artículo 289, pero en la captura de una persona gravemente indiciada solo se procederá cuando el delito por el que se actúa tenga señalada pena de prisión.

Parágrafo.—Las autoridades de policía judicial no podrán capturar al imputado que se encuentre en los casos previstos en el parágrafo del artículo anterior y solo exigirán al sindicado que suscriba diligencia en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad que lo cite posteriormente.

En caso de que el imputado no cumpla la citación que se le haga oportunamente, el juez que conozca del respectivo proceso, mediante auto motivado

contra el cual solo procede el recurso de reposición, le impondrá arresto de un (1) mes inmutable.

Art. 40.—El artículo 430 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Informe obligatorio sobre motivos de la captura. Toda persona capturada será informada en el momento de la aprehensión, de las razones de la misma y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella. Asimismo se solicitará al capturado que indique la persona a quien se deba comunicar su aprehensión, lo que se hará de inmediato, salvo que la persona señalada esté implicada en el hecho que se investiga.

Art. 41.—El artículo 433 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Captura mediante orden escrita. La orden de captura se dará siempre por escrito y en el auto de sustanciación que la ordene se expondrán brevemente las razones para su expedición. La persona capturada será puesta directa e inmediatamente a disposición de quien impartió la orden, si ello fuere posible. En caso contrario, se pondrá a su disposición en la cárcel del lugar, cuyo director informará de ello por escrito al funcionario, dentro de la primera hora hábil siguiente.

Art. 42.—El artículo 439 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Presupuestos para dictar auto de detención.—Cuando la infracción porque se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el sindicado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 236 de este Código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga.

Si el procesado fuere merecedor del beneficio de libertad provisional, dispondrá de cuatro (4) días a partir de aquel en que se le notifique el auto de detención, a fin de constituir la caución que en aquel se le exija para continuar en libertad. Si no otorga la garantía se hará efectiva la orden de detención y esta durará hasta cuando tal exigencia sea cumplida.

Para notificar la providencia podrá expedirse orden de captura si el procesado se muestra renuente a comparecer.

No procede la detención preventiva cuando exista evidencia de que el procesado obró en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 29 y 40 del Código Penal.

Art. 43.—El artículo 451 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Detención parcial en el lugar de trabajo. El sindicado podrá obtener que su detención se cumpla parcialmente en el lugar de trabajo, siempre que reúna las siguientes condiciones:

- 1) Que se proceda por un delito cuya pena máxima no exceda de cinco (5) años.
- 2) Que no haya eludido su comparecencia al proceso.

3) Que no haya sido condenado o registre dos o más sindicaciones por delitos intencionales durante los cinco (5) años anteriores a la solicitud de este beneficio.

El beneficiado regresará al establecimiento carcelario inmediatamente después que termine sus labores diurnas o nocturnas. Si la persona sometida a detención estuviere dedicada exclusivamente a las labores agropecuarias y hubiere cometido el delito en el municipio donde realiza sus actividades, permanecerá en el lugar de trabajo de lunes a viernes, siempre que por razones de la distancia no pueda regresar diariamente al establecimiento carcelario una vez terminada la jornada laboral.

El funcionario de instrucción o el juez del conocimiento y el representante del ministerio público, por intermedio de autoridad que tenga jurisdicción en el lugar donde se realiza el trabajo, vigilarán el cumplimiento de estas obligaciones.

El beneficio a que se refiere este artículo se revocará cuando el favorecido incumpla las obligaciones que se le hayan impuesto o incurra en falta que a juicio del funcionario permita concluir que no debe seguir gozando de él. Revocado el beneficio no podrá ser concedido nuevamente.

Art. 44.—El artículo 453 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Libertad provisional. Salvo en los casos previstos en otras disposiciones, el sindicado tendrá derecho a excarcelación caucionada para asegurar su eventual comparecencia en el proceso y a la ejecución de la sentencia si hubiere lugar a ella:

- 1) Cuando el delito por el que se procede o la personalidad de quien lo ejecutó no excluya este derecho, conforme a lo establecido en las normas subsiguientes;
- 2) Cuando se trate de persona drogadicta y lleve consigo droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica y la cantidad corresponda a una dosis personal;
- 3) Cuando en cualquier estado del proceso estén demostrados los requisitos establecidos para suspender condicionalmente la ejecución de la sentencia;
- 4) Cuando en cualquier estado del proceso hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad por el delito de que se le acusa, habida consideración de la calificación que debería dársele;

Se considerará que ha cumplido la pena el que lleva en detención preventiva el tiempo necesario para obtener libertad condicional, siempre que se reúnan los demás requisitos para otorgarla;

La excarcelación a que se refiere este numeral será concedida por la autoridad que esté conociendo del proceso al momento de presentarse la causal aquí prevista;

5) Cuando se dicte en primera instancia auto de sobreseimiento definitivo, la providencia de que trata el artículo 163 de este Código, o sentencia absoluta, o cuando se dicte en primera o segunda instancia sobreseimiento temporal;

6) Cuando proferido por el jurado veredicto absolutorio, no fuere este declarado contraevidente por el juez superior dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes, o cuando el tribunal revoque el auto por el cual se declaró el veredicto contrario a la evidencia de los hechos;

Cuando el veredicto del segundo jurado sea absolutorio, se decretará la libertad con el solo compromiso de presentación personal del procesado para los fines ulteriores del juicio;

7) Cuando vencido el término de ciento ochenta (180) días de privación efectiva de la libertad del procesado, no se hubiere convocado a audiencia pública. Este término se ampliará a doscientos setenta (270) días cuando sean tres (3) o más los procesados contra quienes estuviere vigente el auto de detención, o cuando sean tres (3) o más los delitos materia del proceso;

8) Cuando el sindicado hubiere cumplido setenta (70) años, siempre que su personalidad, los motivos determinantes del delito y las circunstancias en que lo cometió hagan aconsejable su libertad;

9) Cuando la infracción se hubiere realizado en las circunstancias a que se refiere el artículo 30 del Código Penal.

Art. 45.—El artículo 467 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Prohibición de excarcelar. No habrá lugar a la excarcelación en los siguientes casos:

1) Cuando se adelante investigación por uno de los siguientes delitos: menoscabo de la integridad nacional (art. 111), hostilidad militar (art. 112), traición diplomática (art. 113), instigación a la guerra (art. 114), atentados contra hitos fronterizos (art. 115), actos contrarios a la defensa de la nación (art. 116), espionaje (art. 119), violación de tregua o armisticio (art. 120), rebelión (art. 125), sedición (art. 126), asonada (art. 128), seducción, usurpación y retención ilegal de mando (art. 131), peculado por apropiación (art. 133), concusión (art. 140), cohecho propio (art. 141), cohecho impropio (art. 142), tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial o testigo (art. 147), enriquecimiento ilícito (art. 148), receptación (art. 177), fuga de presos (art. 178), fraude procesal (art. 182), concierto para delinquir (art. 186), terrorismo (art. 187), falsificación de moneda nacional o extranjera (art. 207), tráfico de moneda falsificada (art. 208), emisiones ilegales, valores equiparados a moneda (arts. 209 y 210), falsedad material de empleado oficial en documento público (art. 218) falsedad ideológica en documento público (art. 219), falsedad material de particular en documento público (art. 220), destrucción, supresión y ocultación de documento (art. 223), acaparamiento (art. 229), especulación (art. 230), pánico económico (art. 232), exportación ficticia (art. 240), constreñimiento al elector (art. 249), violencia y fraude electorales (art. 250), corrupción de elector (art. 251), fraude electoral (art. 254), incesto (art. 259), secuestro (arts. 268, 269 y 270), privación ilegal de libertad (art. 272), tortura (art. 279), apoderamiento y desvío de aeronave (art. 281), apoderamiento y desvío de naves (art. 282), acceso carnal violento (art. 298), acto sexual violento (art.

299), acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 300), acceso carnal abusivo con menor de catorce años (art. 303), acceso carnal abusivo con incapaz de resistir (art. 304), corrupción (art. 305), homicidio (arts. 323 y 324), lesiones personales (arts. 333, 334, 335, 336, 338 y 339), hurto calificado y agravado (art. 350), extorsión (art. 355), estafa (art. 356). Cuando en los delitos de hurto simple (art. 349), fraude mediante cheque (art. 357) y abuso de confianza (art. 359) concorra una de las circunstancias de agravación del artículo 372 del Código Penal. Tráfico de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica (decreto 1188/74, arts. 37, 38, inciso 1º, 40, 41, 42, 43 y 45) y en los demás casos en que expresamente la ley la prohíba.

Parágrafo.—Tampoco habrá lugar a la excarcelación cuando se trate de homicidio o lesiones personales ocurridos en accidente de tránsito y se compruebe mediante dictamen de perito médico que el imputado conducía en estado de embriaguez aguda, o cuando a juicio de peritos carezca de la idoneidad suficiente para conducir.

2) Cuando aparezca demostrado en el proceso que el sindicado ha sido condenado por cualquier delito doloso durante los cinco (5) años anteriores a la petición de este beneficio. Tampoco se concederá cuando durante el mismo tiempo registre dos o más sindicaciones por delitos intencionales.

Art. 46.—El artículo 459 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Conminación y cauciones. La conminación consiste en el compromiso por el cual el procesado se somete a cumplir las obligaciones que le imponga el juez y solo procede para delitos que no tengan sanción privativa de la libertad.

La caución podrá ser juratoria o prendaria. La juratoria se otorgará mediante acta en que el sindicado prometa bajo juramento cumplir las condiciones impuestas. Esta caución se concederá exclusivamente a quienes comprueben, mediante cualquier forma o con dos (2) declaraciones de testigos honorables, la imposibilidad absoluta de constituir caución prendaria.

La caución prendaria consiste en el depósito de dinero, en cuantía de dos (2) a cien (100) meses de salario mínimo establecido para el lugar donde haya tenido ocurrencia el hecho punible, con el cual el procesado garantiza el cumplimiento de las obligaciones impuestas. Constancia de lo anterior se dejará en acta firmada por el procesado.

En el auto que decrete la medida se fijará la cuantía teniendo en cuenta la personalidad del procesado, su situación económica y la gravedad del hecho. El dinero se depositará, a la orden del despacho respectivo, en el Banco Popular. Si no hubiere banco, el depósito se hará en la agencia de la Caja Agraria y en su defecto en la tesorería de rentas municipales del lugar.

Parágrafo.—En los procesos en que exista persona legalmente vinculada, mediante indagatoria o declaración de reo ausente, el juez deberá cerrar la investigación, si no lo ha hecho antes, cuando haya trascurrido el término máximo de ciento ochenta (180) días si se trata de un solo sindicado, o de doscientos setenta (270) si son tres o más los procesados o se están investi-

gando tres (3) o más delitos. En caso de que se incumpla esta previsión, el fiscal que actúe en dicho proceso está obligado en los cinco (5) días subsiguientes a informar a la autoridad respectiva para que se inicie la investigación disciplinaria contra el juez.

Art. 47.—El artículo 460 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Obligaciones de las personas que han suscrito conminación o han sido excarceladas. Quien haya suscrito conminación o haya sido excarcelado estará sometido a las siguientes obligaciones:

- 1) Presentarse periódicamente en las fechas que se le indiquen, ante el funcionario de investigación, o el juez del conocimiento o la autoridad que se designe para la vigilancia de estas personas;
- 2) Observar buena conducta individual, familiar y social;
- 3) Abstenerse de consumir bebidas alcohólicas y cualquier sustancia que produzca dependencia física o síquica;
- 4) Abstenerse de portar armas;
- 5) Ejercer oficio, profesión u ocupación lícitos;
- 6) Informar todo cambio de habitación.

Parágrafo.—El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones dará lugar a la revocación de la libertad provisional y al pago de la caución. Revocada la libertad provisional no tendrá derecho el procesado por ningún motivo a que se le conceda nuevamente este beneficio, excepto cuando se solicite con fundamento en las causales 4ª, 5ª, 6ª y 7ª del artículo 453 del Código de Procedimiento Penal. Tampoco tendrá derecho a la suspensión condicional de la condena, ni a que se le tengan en cuenta descuentos de pena por trabajo o estudio.

Si quien ha incumplido solamente ha suscrito diligencia de conminación, será sometido cada vez que viole cualquiera de las obligaciones impuestas a arresto de uno (1) a tres (3) meses incommutables, sin perjuicio de la investigación penal correspondiente, si fuere del caso.

La misma sanción se aplicará a cualquier persona que incumpla requerimiento de presentación por parte de las autoridades.

Ordenada la revocatoria de la libertad provisional, el juez librará orden de captura para hacer efectivo el auto de detención.

Art. 48.—El artículo 464 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Justificación en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 460. Si el procesado no se ha presentado periódicamente en las fechas que le haya indicado el funcionario, solo podrá justificar su incumplimiento por enfermedad que le haya imposibilitado concurrir ante la autoridad respectiva. En caso de comprobar tal circunstancia, se revocará la providencia en que se hubiere ordenado el pago de la caución y se le pondrá en libertad provisional mediante ratificación de la garantía.

Parágrafo.—Los secretarios de los despachos judiciales están en la obligación de rendir informe mensual al respectivo funcionario acerca de las personas

que hayan incumplido la obligación impuesta, y en caso de no hacerlo deberán ser suspendidos del cargo por el término de quince (15) días.

Quien esté presentándose periódicamente al juzgado, podrá solicitar certificación del cumplimiento de sus presentaciones y el secretario está en la obligación de expedirla.

Art. 49.—El artículo 108 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Vigilancia de los condenados y liberados condicional y provisionalmente. Los respectivos agentes del ministerio público vigilarán el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones impuestas a los beneficiados con la condena condicional, la libertad condicional y la libertad provisional, y pedirán la revocatoria o cancelación de estos subrogados en caso de incumplimiento.

Los fiscales de tribunales de distrito judicial, de juzgado superior y de circuito, deben mensualmente realizar visita a los respectivos despachos judiciales para verificar si en los procesos en que actúan como ministerio público, las personas excarceladas o conminadas han cumplido con las obligaciones impuestas, y en caso de que haya existido cualquier incumplimiento solicitarán al funcionario tome las medidas a que se refiere el parágrafo del artículo 460.

En caso de que los representantes del ministerio público no ejerzan estrictamente esta función, el juez correspondiente informará a la Procuraduría General de la Nación, para que con base en el solo informe se imponga sanción de multa equivalente a cinco (5) días de sueldo.

En los lugares en que actúen los personeros en los procesos penales, estos empleados cumplirán con la función prevista en este artículo y estarán sometidos a la misma sanción.

Art. 50.—El artículo 476 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Cierre de investigación. Inmediatamente después de recibido el sumario por el juez, este declarará cerrada la investigación.

En los procesos en que no interviene el jurado de conciencia, solo podrá cerrarse la investigación una vez haya quedado en firme el dictamen pericial referente al avalúo de los perjuicios ocasionados con el hecho punible.

El avalúo de los perjuicios deberá hacerse en cualquier momento durante la etapa de investigación.

Art. 51.—El artículo 480 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Calificación del sumario en los procesos en que interviene el jurado de conciencia. Vencido el término del artículo 472, en los procesos en que interviene el jurado de conciencia, el juez calificará el mérito del sumario por medio de auto de citación para audiencia o de sobreseimiento, que deberá dictar dentro de los quince (15) días siguientes.

En caso de que se profiera sobreseimiento temporal en procesos en que interviene el jurado de conciencia, se continuará la tramitación del proceso de acuerdo con las normas establecidas para tal efecto en el Código de Procedimiento Penal. En caso de que se cierre nuevamente la investigación y se en-

cuentren demostrados los requisitos sustanciales establecidos en el artículo 52, se citará para audiencia y se tramitará el juicio conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal.

Art. 52.—El artículo 481 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Requisitos sustanciales para el auto de citación a audiencia en los procesos en que interviene el jurado de conciencia. El juez dictará auto de citación para audiencia cuando en el sumario esté demostrado el delito y resultare, por lo menos, una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad o indicios graves de que el procesado es responsable penalmente.

Art. 53.—El artículo 482 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Auto de citación a audiencia y otras decisiones en los procesos en que interviene el jurado de conciencia. El auto de citación para audiencia solo comprenderá a los procesados contra los cuales exista prueba para proferir esta decisión.

En providencia separada susceptible de los recursos ordinarios, el juez proferirá los sobreseimientos que sean del caso y tomará las demás decisiones que fueren necesarias. El recurso contra estas providencias se surtirá en las copias del expediente que serán enviadas al superior, sin suspender el juicio.

Si al proferir la decisión a que se refieren los incisos anteriores, hubiere serios motivos para temer que exista otro u otros partícipes del delito que aún no han sido descubiertos, se sacarán copias para continuar la investigación respecto de estos.

Art. 54.—El artículo 483 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Requisitos formales del auto de citación a audiencia en los procesos en que interviene el jurado de conciencia. El auto de citación a audiencia debe contener:

1) Narración sucinta de los hechos investigados con todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar;

2) Indicación y evaluación sucinta de las pruebas allegadas a la investigación acerca de los requisitos sustanciales exigidos por el artículo 52 de esta ley;

3) Determinación del objeto u objetos jurídicos vulnerados o puestos en peligro con los hechos y la norma en concreto que se considere violada;

La adecuación típica del hecho investigado será provisional y podrá ser modificada para tomar posteriores decisiones, como las referentes a la libertad o detención del procesado;

4) Determinación del procesado o procesados, a quienes se identificará por sus nombres, apellidos y sobrenombres, si tuvieren estos, o con cualquier otro dato que permita su identificación.

El auto concluirá con la citación para audiencia; contra esta providencia solo procede el recurso de reposición y en ella no se resolverá sobre cuestiones diferentes.

Art. 55.—El artículo 484 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Notificación. El auto de citación para audiencia se notificará personalmente al procesado que estuviere privado de la libertad; en caso de que esté gozando del beneficio de libertad provisional se citará para tal efecto, o se ordenará su captura si ha sido declarado reo ausente. Trascurridos cinco (5) días contados a partir de la expedición de la orden de citación o de captura, si no fuere hallada la persona la providencia se notificará personalmente al apoderado que ha venido actuando durante la investigación, y con él se continuará el trámite del juicio siempre que reúna las condiciones para desempeñar el cargo. En caso contrario se designará defensor que reúna esas condiciones y se le dará la respectiva posesión.

Art. 56.—El artículo 485 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Nombramiento de defensor. Al notificarse el auto de citación para audiencia, se hará saber al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor que lo represente en el juicio; si no lo nombrare se le notificará la providencia al apoderado que ha venido actuando en la investigación y con él se continuará el juicio.

Art. 57.—El artículo 486 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Ejecución inmediata de detención y embargo. La interposición del recurso de reposición contra el auto de citación para audiencia no impedirá la ejecución de la detención del procesado ni de las medidas preventivas sobre sus bienes.

Art. 58.—*Apelación del sobreseimiento temporal o definitivo en los procesos en que interviene el jurado de conciencia.* Si el juez de segunda instancia al conocer por vía de apelación la providencia mediante la cual se haya sobreseído temporal o definitivamente al procesado, considerare que no existe prueba para mantener uno cualquiera de los sobreseimientos, revocará la decisión y ordenará que el proceso vuelva al juzgado de primera instancia para que se profiera auto de citación a audiencia.

Art. 59.—El artículo 487 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Terminación del sumario. Ejecutoriado el auto de citación para audiencia termina el sumario y principia el juicio que se tramitará conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en lo que no se oponga a las normas consagradas en esta ley, cuando el juzgamiento esté sometido al jurado de conciencia.

Art. 60.—El artículo 533 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Cuestionario al jurado. El cuestionario que el juez someterá al jurado al iniciar la audiencia pública, contendrá la determinación del hecho o hechos establecidos en el auto de citación para audiencia y de acuerdo con la adecuación típica que en dicha providencia se haya hecho, siempre que no haya tenido modificación por las pruebas aportadas en el término probatorio del juicio.

En caso de que haya sido modificada la adecuación típica, el juez formulará el cuestionario de acuerdo con lo debatido y probado durante el juicio.

Art. 61.—El artículo 551 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Sanción al jurado renuente. Cuando la persona designada como jurado se ausentare para no ser notificada, o en cualquier otra forma tratarse de rehuir la notificación, el juez, previo el informe correspondiente del secretario, la declarará renuente y le impondrá, mediante auto motivado contra el que procede solo el recurso de reposición, arresto incommutable de cinco (5) a treinta (30) días.

Art. 62.—El artículo 554 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Sanción por inasistencia. El jurado que dejare de concurrir sin justificación a la audiencia pública en el día y la hora señalados, incurrirá en arresto de cinco (5) a treinta (30) días que impondrá el juez mediante auto motivado contra el cual solo procede el recurso de reposición.

Art. 63.—*Procedimiento para los juicios en que no interviene el jurado de conciencia. Convocatoria a audiencia pública.* Vencido el término de instrucción establecido en el Código de Procedimiento Penal, el juez, mediante auto de sustanciación, que debe notificar y contra el cual no procede ningún recurso, cerrará la investigación y convocará a audiencia pública a las personas que se encuentren legalmente vinculadas.

Art. 64.—*Notificación del auto que cita a audiencia pública.* La notificación del auto que convoca a audiencia pública, se hará conforme a lo establecido en los artículos 55 y 56 de esta ley.

Art. 65.—*Apertura a prueba en los procesos en que no interviene el jurado de conciencia.* Notificado el auto anterior, se abrirá el proceso a pruebas por tres (3) días, dentro de los cuales las personas que intervienen podrán pedir las que consideren pertinentes.

Art. 66.—*Práctica de pruebas.* Vencido el término establecido en el artículo precedente, el juez decretará la práctica de las pruebas que se hubieren solicitado y que fueren conducentes, y de aquellas otras que estimare necesarias. Las pruebas decretadas deberán practicarse dentro del término de quince (15) días.

La práctica de pruebas a que se refiere el inciso anterior tendrá prelación ante cualquier otra actuación procesal.

Art. 67.—*Fijación de día y hora para la celebración de la audiencia pública.* Vencido el término de apertura a pruebas, si no se ha decretado práctica de pruebas o vencido el término para practicarlas, el juez, mediante auto de sustanciación, que debe ser notificado y contra el cual no procede recurso alguno, fijará día y hora para la celebración de la audiencia pública, la cual no podrá realizarse antes de cinco (5) días ni después de diez (10), y en el mismo auto se ordenará que el expediente permanezca en la secretaría a disposición de las partes.

Art. 68.—*Sentencia o sobreseimiento temporal en procesos en que no interviene el jurado de conciencia.* Celebrada la audiencia pública, el juez dentro de los diez (10) días siguientes dictará sentencia. En caso de no darse los

presupuestos sustanciales para absolver o condenar al procesado, se proferirá sobreseimiento temporal y se reabrirá la investigación por el término de instrucción establecido en el Código de Procedimiento Penal; la práctica de pruebas en el término de reapertura tendrán prelación para poder perfeccionar la investigación.

Art. 69. *Apelación y consulta de las decisiones anteriores.* Si el juez de segunda instancia al conocer por vía de apelación revocare el sobreseimiento temporal, dictará la sentencia que corresponda.

Si se tratase de consulta o apelación de sentencia absolutoria o condenatoria y no encontrare fundamento legal para mantener una de estas dos decisiones, sobreseerá temporalmente, reabrirá la investigación por el término legal e inmediatamente enviará el proceso al juez de primera instancia.

Art. 70.—*Vinculación de personas e investigación de delitos conexos en procesos en que no interviene el jurado de conciencia.* El juez deberá dentro del término probatorio, o reapertura de investigación a que se refieren los artículos anteriores, vincular al partícipe identificado que no se haya vinculado legalmente con anterioridad, como también investigar el delito o delitos conexos que hasta ese momento procesal no se hayan investigado.

Art. 71.—*Segunda citación para audiencia pública en los procesos en que no interviene el jurado de conciencia.* Vencido el término de reapertura de la investigación, o antes si fuere posible, el juez mediante auto de sustanciación que debe notificar y contra el cual no procede recurso alguno, ordenará cerrar la investigación, convocará nuevamente a audiencia pública, la cual no podrá celebrarse antes de cinco (5) días ni después de diez (10) y dispondrá que el proceso quede en la secretaría a disposición de las partes.

Art. 72.—*Sentencia.* Realizada la audiencia pública, el juez dentro de los diez (10) días siguientes solo podrá dictar la respectiva sentencia definitiva.

Art. 73.—*Apelación o consulta de la sentencia.* La sentencia proferida después de la segunda audiencia pública, es susceptible de recurso de apelación y en caso de que no se interponga, será consultada con el superior.

Art. 74.—El artículo 382 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Emplazamiento para indagatoria. En los procesos en que intervenga o no el jurado de conciencia, solo se hará un solo emplazamiento y declaratoria de reo ausente cuando no fuere posible hallar al sindicado contra quien obre prueba suficiente para someterlo a indagatoria: para tal efecto el juez expedirá orden de citación o de captura y trascurridos cinco (5) días contados a partir de la expedición de dichas órdenes, se fijará edicto emplazatorio por el término de cinco (5) días en la secretaría del juzgado y en carteles fijados en lugares públicos de la localidad. Si trascurrido este plazo no compareciere se le declarará reo ausente, y se le nombrará apoderado de oficio para que lo represente durante las diligencias.

Art. 75.—El numeral 5° del artículo 210 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

5º) Haberse incurrido en el auto de citación para audiencia en error relativo al bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la infracción realizada, o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido. Esta nulidad solo podrá alegarse en los juicios en que interviene el jurado de conciencia.

Art. 76.—El numeral 2º del artículo 580 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

2º) Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de citación para audiencia o esté en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Art. 77.—En los procedimientos establecidos en las normas anteriores, cuando se haga solicitud de cesación de procedimiento con base en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, durante la etapa de investigación, dicha solicitud se tramitará en el cuaderno de copias y no suspenderá la instrucción del proceso.

Art. 78.—*Tránsito de legislación.* Los procedimientos establecidos en las normas anteriores, se aplicarán a los procesos en que no se haya dictado auto de proceder.

Art. 79.—*Derogatoria.* Quedan derogadas todas las normas que sean contrarias a los procedimientos establecidos en las normas anteriores.

Capítulo V

Modificación de las competencias

Art. 80.—El artículo 19 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

De las cuantías. Cuando la competencia o el trámite se determina por la cuantía de la pretensión, los procesos son de mayor, de menor o de mínima cuantía. Son de mayor cuantía los que versan sobre pretensiones patrimoniales de valor superior a trescientos mil pesos (\$ 300.000.00); de menor cuantía los de valor comprendido entre veinte mil y trescientos mil pesos (\$ 20.000.00 y \$ 300.000.00); y de mínima cuando dicho valor no exceda de veinte mil pesos (\$ 20.000.00).

Art. 81.—Para los efectos del artículo 366 del Código de Procedimiento Civil, a partir de la vigencia de la presente ley, y sin perjuicio de los recursos ya interpuestos en ese momento, el interés para recurrir en casación será de ochocientos mil pesos (\$ 800.000.00) por lo menos.

Art. 82.—El artículo 572 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Cuantía para recurrir. Cuando el recurso de casación en materia penal verse sobre la indemnización de perjuicios decretados en sentencia condenatoria, solo procederá si la cuantía del interés para recurrir es o excede de quinientos mil pesos (\$ 500.000.00).

Art. 83.—El inciso 2º del artículo 333 del Código de Procedimiento Civil quedará así:

Aceptada la caución, la Corte o el tribunal solicitará el expediente a la oficina en que se halle. Pero si estuviere pendiente la ejecución de la sentencia, el expediente solo se remitirá previa expedición, a costa del recurrente, de copia de lo conducente para su cumplimiento. Con este fin, aquel suministrará en el término de diez (10) días, contados desde el siguiente a la notificación del auto que ordene pedir el expediente, lo necesario para que se compulse, so pena de que se declare desierto el recurso. Recibido el expediente se resolverá sobre la admisión de la demanda y las medidas cautelares que en ella se soliciten. En caso de no admitirse la demanda, se impondrá al recurrente multa de diez mil a cincuenta mil pesos (\$ 10.000.00 a \$ 50.000.00), para cuyo pago se hará efectiva la caución prestada.

Art. 84.—Los jueces de circuito en lo laboral conocen en única instancia de los negocios cuya cuantía no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000.00), y en primera instancia de todos los demás.

Donde no haya juez del circuito laboral, conocerán los jueces en lo civil, así:

- a) El municipal, en única instancia de todos aquellos negocios cuya cuantía no exceda de veinte mil pesos (\$ 20.000.00), y
- b) El del circuito, en primera instancia, de todos los demás.

Art. 85.—A partir de la vigencia de la presente ley y sin perjuicio de los recursos ya interpuestos en ese momento, en materia laboral solo serán susceptibles del recurso de casación los negocios cuya cuantía sea de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00) o más.

Art. 86.—El numeral 3º del artículo 37 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

3º) De los delitos contra la propiedad, cuando la cuantía exceda de veinte mil pesos (\$ 20.000.00), sin pasar de cien mil pesos (\$ 100.000.00).

Art. 87.—El numeral 3º del artículo 38 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

3º) De los delitos contra la propiedad, cuando la cuantía no exceda de veinte mil pesos (\$ 20.000.00).

Art. 88.—El artículo 55 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Competencia para instruir. Corresponde a los jueces de instrucción criminal radicados:

1º) Iniciar e instruir, así como proseguir, la instrucción de los procesos por los siguientes delitos que se cometan en el territorio de su jurisdicción, sin perjuicio de que el juez competente la aprehenda directamente: los de los títulos 1 y 2 del libro segundo del Código Penal, delitos contra la fe pública, peculado, concusión, cohecho, prevaricato, concierto para delinquir, incendio, fuga de presos, secuestro, homicidio, delitos contra el patrimonio en cuantía superior a cien mil pesos (\$ 100.000.00). Igualmente investigarán los delitos conexos a todos los anteriores.

2º) Cumplir las comisiones de ampliación que les encarguen la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior respectivo, los jueces superiores y los de circuito penal en los procesos por los delitos a que se refiere este artículo, cometidos con posterioridad al 1º de marzo de 1970.

Art. 89.—El artículo 9º de la ley 21 de 1977 quedará así:

Competencia de los jueces superiores. Los jueces superiores de aduanas conocen:

1º) En primera instancia de los procesos por delitos de contrabando que se cometan en el territorio de su jurisdicción cuando el precio de la mercancía exceda de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00).

2º) En segunda instancia de los procesos que conocen en primera instancia los jueces de distrito penal aduanero.

Art. 90.—El artículo 10 de la ley 21 de 1977 quedará así:

Los jueces de distrito penal aduanero conocen en primera instancia de los delitos de contrabando cuya cuantía no exceda de doscientos mil pesos (\$ 200.000.00) y de las contravenciones penales aduaneras cometidas en su jurisdicción.

Art. 91.—Las cuantías previstas en los artículos anteriores se aumentarán en un cuarenta por ciento (40%) desde el primero (1º) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) y se seguirán ajustando automáticamente cada dos (2) años, en el mismo porcentaje y en la misma fecha.

Art. 92.—Los procesos iniciados antes de la vigencia de la presente ley, continuarán tramitándose de acuerdo con las competencias establecidas en las leyes 21 y 22 de 1977.

Art. 93.—El artículo 90 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

Procedencia. Respecto de los procesos en que el auto de citación para audiencia se halle ejecutoriado y siempre que estén sometidos al mismo procedimiento, habrá lugar a la acumulación:

1º) Cuando contra un mismo procesado se estuvieren siguiendo dos o más juicios, aunque en estos figuraren otros procesados, y

2º) Cuando estén cursando dos o más juicios penales y no pueda decidirse sobre uno de ellos sin que haya fallado el otro u otros.

Capítulo VI

Creación de tribunales de distrito judicial, de jueces de instrucción criminal y otros cargos

Art. 94.—En el departamento de Cundinamarca créanse los distritos judiciales de Cundinamarca con jurisdicción en todo el departamento y el de Bogotá con jurisdicción en el Distrito Especial de Bogotá.

Art. 95.—En el departamento de Antioquia créanse los distritos judiciales de Medellín con jurisdicción en el área metropolitana de Medellín y el de Antioquia con jurisdicción en el resto del departamento.

Art. 96.—Los tribunales de Bogotá, Cundinamarca, Medellín y Antioquia, tendrán como sede las ciudades de Bogotá y Medellín respectivamente.

Art. 97.—El gobierno nacional determinará el número de magistrados para cada tribunal, que estará conformado por Salas: Civil, Penal y Laboral.

Art. 98.—Los magistrados designados para desempeñar los cargos en los diferentes tribunales, ejercerán sus funciones a partir del vencimiento de los periodos legales de los actuales magistrados de los tribunales de Bogotá y Medellín.

Art. 99.—Los circuitos judiciales en los distritos de Bogotá y Medellín se organizarán de acuerdo con la sectorización que tengan las respectivas ciudades.

Art. 100.—Créanse trescientos (300) juzgados de instrucción criminal, cuya distribución le hará el Consejo Nacional de Instrucción Criminal, de acuerdo con las necesidades del servicio. El gobierno nacional determinará el número y jerarquía de los empleados que requieran cada uno de los despachos judiciales o del ministerio público creados por la presente ley.

Art. 101.—Créase para cada magistrado de la Corte Suprema de Justicia y cada consejero de Estado, excepto para la Sala de Consulta, un (1) auxiliar de libre nombramiento y remoción. Para desempeñar este cargo deben reunirse los mismos requisitos que la ley exige para el cargo de magistrado de tribunal de distrito judicial, devengarán la misma remuneración y tendrán los mismos derechos.

Art. 102.—El gobierno hará los traslados presupuestales y apropiará las partidas que fueren necesarias para el cumplimiento de esta ley.

Art. 103.—La presente ley rige a partir de la fecha de su sanción y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Bernardo Gaitán Mahecha
Ministro de Justicia.

Comentario

En relación con el anterior Proyecto de Ley, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia ha presentado a la opinión pública su punto de vista en el documento que a continuación se publica. (*Nota del Director*).

Capítulo I

La libertad

Nuestro Estado de derecho se asienta en la libertad individual, según se infiere de las disposiciones constitucionales que organizan el Estado bajo la forma republicana (Const. Nal., arts. 1° y 2°) y establecen que función de las autoridades es *proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes*. En tales disposiciones se entroniza, pues, el principio de libertad como espíritu de nuestra organización estatal.

¿Se encuentra el proyecto de reformas a los Códigos Penal y de Procedimiento Penal dentro de ese espíritu? ¿Constituye dicho proyecto una garantía de la libertad individual, o por el contrario, la amenaza o la lesiona? Es lo que nos proponemos examinar, y para hacerlo no es necesario un examen minucioso del proyecto; basta el examen de unas pocas cuestiones capitales.

Las contravenciones especiales de policía

No existe, de *lege ferenda*, un criterio para determinar la naturaleza del delito y de la contravención, o, por lo menos, los que se han formulado han sido inoperantes. Se ha aceptado, entonces, que delito es lo que la ley crea como tal, y contravención lo que legislativamente es regulado como contravención. Pero ha sido opinión dominante que las más graves infracciones a la ley penal tienen naturaleza delictual, y como tales deben ser reguladas, no solo reservándose las penas más graves sino sometiendo su conocimiento a la decisión de las autoridades judiciales, en tanto que las contravenciones son infracciones penales leves, cuya sanción es benigna y su conocimiento se debe atribuir a las autoridades de policía.

Tradicionalmente se ha considerado que la libertad queda mejor asegurada cuando se somete la persona a la autoridad de los funcionarios judiciales,

que cuando se la somete a la autoridad de los funcionarios de policía. De aquí resulta que no es simplemente el hecho de convertir un delito en contravención, sino la trasfencia del juzgamiento del hecho de la jurisdicción natural a la policiva, lo que constituye un recorte de las libertades individuales. Si es cierto que ha fallado la búsqueda de un criterio para determinar prelegislativamente qué es delito y qué es contravención, parece necesario admitir que la tradición cultural en esa materia suministra un argumento de autoridad y de razón, y ella enseña que el hurto debe ser regulado como delito.

De no aceptarse esa enseñanza, deducible empíricamente del derecho comparado penal y de la historia del derecho, de la doctrina y de la jurisprudencia, habría que terminar aceptando que este legislador que hoy erige como contravención una conducta que siempre se ha normativizado como delito, mañana podría también atribuirle la calidad de contravención al delito de homicidio, de traición a la patria, de falsedad documental y, en fin, al catálogo todo de infracciones penales que hoy constituyen el Código Penal. Cuando se toma un camino no se sabe donde se termina; quizá suprimiendo la autoridad de los jueces e instaurando el poder omnímodo de la policía.

Los jueces especializados

La especialización jurídica se ha impuesto en la medida en que la vida social también se ha hecho cada vez más compleja. Eso explica que hayan aparecido sucesivamente, después de una jurisdicción unitaria, las jurisdicciones penal, laboral, comercial, administrativa, etc. Pero es dudoso que sea necesario establecer subjurisdicciones penales ordinarias. Si la razón para crear la jurisdicción especial encargada de tramitar los juicios por delitos de secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo y demás conexos con ellos, es el auge de los mismos, no se ve entonces razón para no crear otra jurisdicción penal especial para otros delitos que tienen parecida frecuencia, como el peculado y las cuantiosas defraudaciones financieras. En este punto es pertinente hacer notar una diferencia: los delitos sometidos a la jurisdicción especial cuya creación se propone, pueden ser investigados con los conocimientos que son ordinarios para investigar la mayoría de los delitos, en tanto que los delitos de peculado y de orden financiero requieren para su investigación y fallo, casi siempre, conocimientos avanzados en cuestiones contables. Para estos delitos tal vez sí sería necesario atribuir competencia a jueces provistos de suficientes conocimientos en materia de contabilidad. No es democrático el proyecto porque pretenda perseguir de manera más eficaz un tipo de delincuencia que ha adquirido inquietante auge, sino porque omite dar tratamiento similar a otras formas delictuales de parecida frecuencia, causantes de daños económicos y sociales quizá más devastadores, pero posibles y atribuibles a círculos considerados privilegiados, y que son realmente privilegiados dentro de nuestro sistema económico, social y político. Además, conviene no perder de vista, que los delitos conexos con los que se atribuyen a la jurisdicción especial

son generalmente políticos, es decir, que al delito político se le podría dar un tratamiento normativo y legal más severo que al delito común, lo cual pugna con las más respetables tradiciones de estirpe democrática. El proyecto, por todo esto, es contrario a la igualdad jurídica, corolario incuestionable del principio de libertad individual.

Los procedimientos

En materia de procedimientos, se presentan tres situaciones: a) el procedimiento para las contravenciones especiales de policía; b) el procedimiento que deberán aplicar los jueces especiales; c) el procedimiento ordinario. Sabido es que una de las garantías más eficaces de la libertad individual la constituye el procedimiento judicial (*nemo iudex sine lege*). En armonía con los arts. 1º, 2º y 16 de la Constitución Nacional, el art. 26 de la misma estatuye que nadie podrá ser juzgado sino *observando la plenitud de las formas propias de cada juicio*. Aunque se afirma que basta un mínimo procedimiento para que se acate la exigencia del art. 26, esa opinión tiene que ser vigorosamente combatida. Si el principio de la libertad constituye la piedra angular de nuestro sistema constitucional, no puede aceptarse el expediente de un esquema procedimental que en la práctica escamotee el requerimiento del llamado *debido proceso* del art. 26. La finalidad de esta disposición, consecuente con el sistema de nuestra Constitución, no es la de burlar la libertad con apariencias sino garantizarla de manera efectiva, y esa manera solo puede consistir en sistemas procesales que verdaderamente aseguren el derecho de defensa.

El procedimiento a)

Es claro que mientras más simplificado sea el procedimiento se reducen proporcionalmente las posibilidades de defensa. No se pretende que sean tan dilatados los procedimientos que hagan nugatoria la administración de justicia, pero sí que a la par que la libertad, se garantice una cumplida función judicial. La celeridad, la extrema celeridad, propicia en alto grado los errores de la justicia, con lo cual no solo se lesionan las libertades individuales sino también la respetabilidad del aparato jurisdiccional del Estado. Estas consideraciones son válidas en relación con el procedimiento *breve y sumario* que regula el artículo 4º del proyecto, del cual se afirma in extenso, que no por breve y sumario deja de ser procedimiento que garantiza el derecho de la defensa. Ese procedimiento no tiene la verdadera categoría de procedimiento asegurativo de una adecuada defensa porque simplemente se declare que sí la tiene. Esta disposición, este procedimiento, apuntan simplemente a la eficacia de los hechos, a la seguridad política, que normalmente anda divorciada de la auténtica seguridad jurídica que emana de la certeza de un reflexivo procedimiento y de una serena defensa.

Al consagrar como contravención lo que siempre se ha normativizado como delito, al atribuir el conocimiento a la policía de lo que siempre fue competencia de los jueces, al reglamentar para su investigación y fallo un procedimiento breve y sumario, brevísimo y sumarisimo, se rescuita de manera permanente y regular el Estatuto de Seguridad, que fue objeto de tan claro rechazo en los círculos democráticos del país y tan tenazmente defendido en los círculos adictos a una política señaladamente represiva. Un procedimiento que debe cumplirse, teóricamente, en términos de horas o de poquísimos días, es desleal con el procesado, porque si el Estado tiene pruebas que este no conoce, le quedará difícil las más de las veces, con tan exiguos términos, aportar sus pruebas de descargo. Un procedimiento similar, consagrado en el Estatuto de Seguridad, demostró en la práctica que los funcionarios competentes, libres de casi todo control, se erigieron en autocráticos árbitros de la prisión y de la libertad. Este procedimiento propuesto conduce a que, con mínima y secreta prueba por parte del Estado, se invierta la carga de la misma, de ese Estado que debe aportar la de culpabilidad, al sindicado que debe aportar la de su inocencia, si es que ello le resulta posible en el brevísimo término de días, durante los cuales debe permanecer privado de su libertad.

Los procedimientos b) y c)

En general, los términos señalados para el procedimiento de los jueces especializados y el procedimiento ordinario, parecen relativamente suficientes. Fuera del inconveniente que se ha puesto de relieve de que el investigador sea fallador, porque el juez empieza a comprometer su decisión final a partir del momento en que resuelve la situación jurídica, cuestión ciertamente controvertida, el peligro de tales formas procesales radica en otras cuestiones.

En el trascurso del procedimiento el juez toma decisiones de trascendencia en relación con los derechos y la libertad de las personas procesadas, las cuales pueden ser remediadas en ocasión más o menos oportuna mediante los recursos y las nulidades. Pero que sean inapelables el auto de detención (párrafo del artículo 15), el de citación a audiencia (arts. 13, 54 parte final, 63 y 71), el que acepta o rechaza la práctica de pruebas (art. 20), que el que ordena la cesación del procedimiento según el art. 163 del C. de P. P. solo pueda dictarse al momento de proferir sentencia (art. 19); que las autoridades militares queden investidas de facultades de policía judicial (art. 30); que las nulidades solo puedan alegarse después del fallo de primera instancia para que las resuelva el respectivo tribunal (art. 26), solo significa que se recorta la libertad individual.

Además, la contracción de la doble instancia a lo largo del procedimiento actual, a una sola en relación con algunas decisiones importantes (admitida esa doble instancia casi exclusivamente para la sentencia y el sobreseimiento), implica que providencias que la segunda instancia pudo modificar en beneficio de los derechos del procesado, solo pueden serlo al final del proceso. Los perjui-

cios que resultan de no rectificarse oportunamente decisiones equivocadas de los jueces de primera instancia, son evidentes. Garantía valiosa de la libertad personal y de la certeza judicial es la pluralidad de jueces, en un solo cuerpo o mediante diversas instancias; pero reducir la operabilidad de la segunda instancia, prohibiendo la apelabilidad de importantes resoluciones judiciales, solo tiene el sentido de unipersonalización del poder.

El cambio de la judicatura por la policía

Dentro del sistema de la tripartición del poder en el Estado democrático se encuentra insita la idea de que al separar la función policiva de la función judicial, se garantiza la libertad de los ciudadanos. Expresión de ese desiderátum es el art. 55 de la Constitución Nacional que establece que el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, concordante con el art. 61 que estatuye que *ninguna persona o corporación podrá ejercer simultáneamente, en tiempo de paz, la autoridad política o civil y la judicial o la militar*. Si la libertad resulta altamente garantizada cuando los ciudadanos quedan sometidos a la autoridad de los jueces, en ejercicio de un debido proceso, resulta por el contrario lesionada cuando se los somete al poder de la policía, desprovista de idoneidad y de competencia para juzgar. El juzgamiento es tarea de ponderación, la policía es tarea de prontitud; cuando se cambia la una por la otra, se sustituye la justicia por la efectividad.

El resumen de todo lo anterior es que el proyecto de reformas a los códigos penal y de procedimiento penal, en materia de derecho sustantivo, al conferir naturaleza contravencional a conductas que siempre la han tenido delictual, al desplazar competencia de los jueces a la policía, al simplificar los plazos y las formas de los procesos, está en vías de crear un cuerpo normativo que restringe la libertad personal en favor de la autoridad, de la justicia en favor de la eficacia, de la certeza en favor de la *seguridad*. Si lo que se pretende es combatir la creciente delincuencia al precio de la libertad, no existe duda ninguna de que el mencionado proyecto constituye un instrumento legal técnicamente aceptable.

Capítulo II

La conveniencia

Un segundo punto de vista, desde el cual puede examinarse el proyecto de ley, es el de su conveniencia. Se argumenta que lo dispendioso y dilatado de los procesos favorece la impunidad y con ello se alienta la delincuencia. Hacemos al respecto solo dos consideraciones. Si se tienen en cuenta los términos del art. 317 del C. de P. P. puede aceptarse que los procesos penales deben desarrollarse, de manera completa, en tres o cuatro meses. Este es un término absolutamente normal en cualquier sistema. Pero si los procesos,

en la práctica, superan con creces dichos plazos, y en veces duran años, no es por deficiencia de la normatividad sino por factores humanos y técnicos. La legislación de estado de sitio ha acudido, de manera recurrente, a la justicia penal militar para el juzgamiento de delitos políticos y comunes, pues ella prevé términos muy breves y tramitación simplificada, pero ha resultado en la práctica que el volumen de procesos y el alto número de personas muchas veces vinculadas a ellos, ha conducido a dicha jurisdicción a una situación similar a la que es objeto de menosprecio en la justicia ordinaria. Esto demostraría que la delincuencia no se combate con simples instrumentos legales, y que más importante es la dotación de personal humano idóneo y suficiente, y la provisión de recursos económicos y técnicos que permitan a los jueces una oportuna y ágil administración de justicia. Lo anterior para no mencionar las causas de la delincuencia debidas a las llamadas *fallas estructurales o fallas del sistema*.

Medellín, junio 8 de 1983.

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia LA CALIDAD DE ACREEDOR O DEUDOR COMO CAUSAL DE RECUSACIÓN (C. de P. P., art. 78, num. 2º)

Magistrado ponente, doctor DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA

La institución de los impedimentos y recusaciones busca que el juez sea ajeno por completo a los resultados de su decisión judicial y que actúe en un campo de absoluta neutralidad en relación con las pretensiones de los sujetos de la relación objeto del proceso. La circunstancia de ser el juez acreedor o deudor de alguna de las partes, para que pueda aducirse como causal de impedimento o recusación, debe consistir en una situación *personalísima* de relación entre el funcionario y ellas, lo cual no se da, por regla general, cuando se trata de operaciones de crédito entre las entidades bancarias y sus clientes, debido a su carácter impersonal que no ata de manera especial de suerte que sea el caso de comprometer su independencia e imparcialidad.

Auto de mayo 3 de 1983.

VISTOS:

Decide la Corte acerca del impedimento planteado por el doctor HERNANDO FRANCO HERNÁNDEZ, magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, para conocer del proceso que se adelanta contra Jaime de Jesús Giraldo Cárdenas y otros por los delitos de falsedad en documentos y hurto.

Estima el magistrado que se encuentra inhibido para actuar en este caso porque concurre en él la causal de impedimento prevista en el ord. 2º del art. 78 del C. de P. P. que dice: "Ser el juez o magistrado acreedor o deudor de alguna de las partes".

Justifica tal determinación argumentando que en su calidad de socio credencial, es deudor del Banco de Occidente, y acompaña una certificación expedida por dicha entidad mediante la cual se informa que como usuario que es de la tarjeta de crédito *Credencial* número 0328478-7, registra un saldo a cargo por \$ 51.438.14 (fls. 274 y 275).

El Banco de Occidente, sucursal de Armenia, ostenta en el caso que se investiga la calidad de persona perjudicada con la infracción, se constituyó en parte civil y fue reconocido como tal (fls. 1 a 7 del cuaderno núm. 2).

Los restantes magistrados de la Sala de Decisión no aceptaron los planteamientos

tos del doctor Franco Hernández y ordenaron, por auto de 7 de marzo del presente año, el envío de las diligencias a la Corte para que se decida el incidente de conformidad con lo dispuesto en el inc. 3° del art. 83 del C. de P. P.

Estima el tribunal que los motivos alegados por el magistrado Franco Hernández no tienen el carácter de impedimento, puesto que, hasta donde se sabe, el Banco de Occidente y Credencial son personas jurídicas diferentes, no obstante ser aquel uno de los mayores accionistas de esta, y, además, porque de llegarse a aceptar que el magistrado fuese "socio" de la última, como él lo afirma en su escrito, no tendría tampoco aplicación la causal prevista en el num. 10 del art. 78 del C. de P. P., pues esta se refiere a sociedades de personas, no de capital, y el Banco pertenece a esta última categoría (fls. 276 y 277).

SE CONSIDERA:

La finalidad de la institución de los impedimentos y recusaciones es la de asegurar a todo trance la imparcialidad o independencia del juez frente al caso que tiene sometido a su consideración. Se busca con ella que sea ajeno por completo a los resultados de su decisión judicial y que actúe, por lo mismo, en un campo de absoluta neutralidad en relación con las pretensiones de los sujetos de la relación jurídica objeto del proceso.

De allí que se erija en causal de separación del juez todo motivo que pueda razonablemente hacer dudar acerca de la ecuanimidad de este, como pueden ser el interés en los resultados del asunto *sub iudice*, o la vinculación parental o afectiva con las partes, o la dependencia respecto de estas, o el desafecto hacia alguna de ellas.

En el caso que se analiza no se presenta razón que revista estas características co-

mo para separar del conocimiento al magistrado que alega el impedimento.

En efecto, cuando la ley establece como causal de impedimento la condición en el juzgador de acreedor o deudor en relación con alguna de las partes, alude a una situación personalísima de relación entre ellas, generada en las especiales consideraciones y circunstancias que llegaron al uno a ser acreedor o deudor del otro.

Esa vinculación *intuitu personae* no se da, por regla general, en tratándose de las operaciones de crédito entre las entidades bancarias y sus clientes, pues esa actividad prestataria, propia de tales instituciones, razón de ser de las mismas, constituye un servicio abierto a una gama amplia de usuarios, ofrecido en condiciones de tipo general, y que no ata afectivamente o de manera especial al deudor con su acreedor, como para que sienta ineludiblemente inclinado su ánimo a beneficiarlo, de tal forma que se comprometa su independencia e imparcialidad frente a la decisión. Su situación no es exclusiva ni de índole peculiar, sino similar a la de muchos otros, igualmente beneficiados con ese tipo de actividad bancaria.

Así como respecto de otros motivos de impedimento establece la ley determinados límites que angostan el ámbito de su aplicación, como la proximidad en el parentesco, la intimidad en la amistad, la gravedad en el desafecto, la certeza y vinculación causal en el interés, o la calidad personal en el contrato de sociedades, de igual forma, en tratándose de la causal que se estudia, la relación debe revestir ciertas características que acerquen y aten a los sujetos de la misma, de tal forma que aparezcan como algo más que genéricos y casi que impersonalizados acreedores o deudores.

No hay ningún elemento de juicio en el expediente, indicativo de esa peculiar vinculación entre el magistrado y el Banco de Occidente, sucursal de Armenia,

como para predicar de él un especial reconocimiento con la entidad crediticia, en forma tal que pudiera ver menguada, o en campo de sospecha, su neutralidad frente al asunto en que le corresponde decidir, ni siquiera como sustanciador o ponente, sino como integrante de la Sala. Le debe al banco, a través del sistema de la tarjeta de crédito, de la misma manera que los demás usuarios de este nuevo medio de pago, esto es, en cuanto debe tener cuenta corriente en el banco, y por haberla manejado correctamente, y por registrar un movimiento que asegura su capacidad para responder respecto de la cuota o línea de crédito rotatorio que le tiene fijada.

En efecto, la tarjeta de crédito, la cual ha sido reglamentada por la Junta Monetaria, en virtud de las atribuciones que le asigna el decreto-ley 2206 de 1963, y por la Superintendencia Bancaria, en desarrollo de las facultades que le emanan de la ley 45 de 1923, no es otra cosa que una modalidad del contrato bancario de apertura de crédito a que se refieren los arts. 1400 y siguientes del capítulo V del título XVII del Código de Comercio, y consiste en una disponibilidad de cupo de crédito que le asegura el banco al usuario, contra la cual puede este suscribir comprobantes de venta en los establecimientos afiliados al sistema, cuyos valores le son cubiertos a la entidad comercial por el banco a nombre del tenedor de la tarjeta, y que luego este va reembolsando al banco en los períodos acordados en el respectivo contrato, para volver a hacer uso sucesivamente del cupo, sin excederlo. Esto porque el objeto de la tarjeta mira, más que al beneficio de una suma determinada, al derecho a una disponibilidad de crédito que se mantiene mientras subsista el contrato y en la medida en que el usuario vaya reembolsando al banco las sumas a su cargo.

Como es fácil advertirlo, si bien el contrato de apertura de crédito a través de

tarjeta de esta naturaleza es personalísimo en cuanto que solo puede usarla el acreditado y no un tercero a su nombre o por sustitución; y si se orienta a finalidades específicas como son los gastos de consumo y de prestación de servicios; y si su ámbito se circunscribe a los establecimientos afiliados, no es menos cierto que no constituye un sistema exclusivo para determinado usuario, con características de privilegio, sino que, dentro de esas condiciones especiales, se ofrece a todos cuantos las acrediten.

Además, es un mecanismo de crédito que, constituido, esto es, asegurada contractualmente por el banco la disponibilidad del cupo, queda a voluntad del acreditado activarlo o no, en la medida en que haga uso de él suscribiendo comprobantes de venta en establecimientos afiliados, o se abstenga de hacerlo.

Idéntica tesis ha sostenido esta Sala en casos similares. Así, en auto de mayo 19 de 1981 dijo al respecto:

"Esta Sala, en doctrina que trasciben los magistrados de la Sala Dual, ha sostenido que no concurre causal de impedimento en el funcionario que es deudor, acreedor o socio de una sociedad de capitales por considerar que la relación jurídica de la naturaleza indicada que genera el impedimento es la que se tiene con una persona natural o con una jurídica pero que se forma *intuitu personae*, esto es, en consideración a las personas de los socios, pero no con aquellas que, como las de capital o las anónimas, no tienen ese fundamento sino que son «entrelazamientos de dinero» en las cuales la individualidad de los socios o accionistas no cuenta y cuyas actividades se desarrollan en esferas completamente distintas a las de estos (providencia de ocho de noviembre de 1963).

"Este es el caso del Banco Central Hipotecario que figura en el presente proceso, según ya se dejó dicho, como parte

civil y que tiene entre sus funciones principales la de prestar dinero sin que, por ello, se establezca una relación personal entre el deudor y la mencionada entidad bancaria.

"O sea que la obligación es de tal naturaleza que no puede decirse exista el interés que sirve de fundamento a la causal de recusación atrás mencionada.

"De ahí que tengan razón los miembros de la Sala Dual al pronunciarse en la forma que se deja atrás mencionada sobre la manifestación de impedimento hecha por el doctor Vega Ramírez".

En virtud de las consideraciones que se dejan expuestas, no por las razones aducidas por la Sala Dual del Tribunal Superior de Armenia, pues ni "Credencial" es persona jurídica, sino una sección del Banco de Occidente, ni quien tiene la tarjeta de crédito ha celebrado contrato alguno de sociedad, sino el de apertura de crédito, se desestimará el impedimento de estudio.

Lo anterior es suficiente para que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, no acepte el impedimento manifestado por el doctor Hernando Franco Hernández.

SUCESIÓN DE LEYES EN EL TIEMPO Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE CASACIÓN

Magistrado ponente, doctor DARIÓ VELÁSQUEZ GAVIRIA

El art. 569 fija el límite de 5 años de sanción privativa de libertad para la procedencia del recurso de casación. El mencionado artículo es una norma referida al Código Sustantivo en materia penal, que se integra para efectos de la viabilidad del recurso o no, a la disposición sustantiva con fundamento en la cual se dictó la sentencia y se individualizó la sanción. La norma seleccionada por el fallador cumple la doble función de fijar en concreto la pena e indicar la procedencia del recurso de casación.

Presentado el fenómeno de sucesión de leyes, una vez escogida una disposición como más favorable e incorporada al fallo fijando la pena, por ella han de regirse igualmente aquellos otros efectos que se encuentran supeditados a la misma.

Auto de mayo 10 de 1983.

VISTOS:

Se entra a decidir acerca del recurso de hecho interpuesto por el defensor de *Miller Andrade Zambrano* contra el auto de 15 de febrero del presente año, por medio del cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva le negó el de casación, propuesto oportunamente por él contra la sentencia proferida por esa corporación el 17 de enero de 1983, confirmatoria de la de 21 de octubre de 1982, mediante la cual el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Neiva condenó a su defendido, en razón de hechos que le fueron atribuidos en el desempeño de su cargo de alcalde municipal de Algeciras (Huila).

La tramitación fue surtida en debida forma tanto en el Tribunal como en la Corte.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN DENEGATORIA

Para no conceder el recurso de casación contra su fallo, tuvo en cuenta el Tribunal el hecho de que la norma con apoyo en la cual se condenó a Andrade Zambrano por dos delitos de detención arbitraria, que lo fue el art. 295 del Código Penal de 1936, aplicado por razones de favorabilidad, establecía como máximo imponible de pena el de *dos años* de prisión, y no prestaba, por tanto, fundamento para la concesión del recurso extraordinario, al tenor de lo que dispone el art. 569 del Código de Procedimiento Penal.

Dijo el Tribunal:

"Entonces, si para el fin concreto de la pena se aplicó la ley, cuyo mínimo partía de seis meses y cuyo máximo no superaba en ningún caso los 5 años, y este

es el factor determinante para la procedencia del recurso de casación, según los términos del art. 569 del C. de P. P. (en cuanto exige pena equivalente o superior a 5 años), tendrá que concluirse denegando la pretensión del señor abogado defensor.

"Esto, porque la *favorabilidad* de la ley nueva, no aplicada en la sentencia por improcedente (arts. 26 y 272 del C. P.), solo tendría que ver con el recurso de que se trata, que siendo extraordinario por naturaleza, no se identifica ni corresponde a una especie de tercera instancia. Y porque, además, no es acertado ni congruente desintegrar un estatuto o legislación tomando ciertos preceptos o disposiciones para aplicarlos en determinado sentido y en un momento dado, y tomar luego preceptos aislados de un nuevo estatuto, por ejemplo, para aplicarlos en otro sentido para cierto fin, cuando de acuerdo a la oportunidad y al interés de 'parte' se consideran favorables" (fls. 30 y 31 del cuaderno del Tribunal).

En el auto por medio del cual negó la reposición interpuesta contra el anterior proveído y dispuso la expedición de copias de las piezas pertinentes del proceso y su envío a la Corte para que se resolviera sobre el recurso de hecho, reiteró y amplió los planteamientos el Tribunal (fls. 36 a 40).

ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

Para el defensor el recurso de casación es procedente por cuanto la norma que al presente reprime el delito de detención arbitraria (C. P., art. 272) establece una pena imponible de uno a cinco años de prisión, máximo que satisface las exigencias del art. 569 del C. de P. P., norma orgánica del recurso en mención.

Y debe atenderse a esta situación legal abstracta y no a la concreta que quedó

plasmada en la sentencia al ser su defendido condenado con apoyo en una norma del anterior estatuto penal, porque frente al recurso extraordinario de casación "en nada interesa el tratamiento que se le haya dado al procesado, ni bajo qué Código Penal, si el anterior o el vigente", pues el interés que surge es el de la defensa de la legalidad, pudiéndose decir que frente al recurso el reo o acusado es el fallo, no el procesado.

Ello, "porque la casación tiene por objeto la defensa del sistema jurídico a través del control de las sentencias judiciales, en cuanto al quebrantamiento del derecho por las resoluciones de los jueces" y "su finalidad fundamental es de eminente carácter público, de utilidad social, por encima de pretensiones individuales de contenido privado".

Para el caso de que se estime que el tratamiento dado al procesado en la sentencia no es indiferente para efectos de la procedencia del recurso de casación, acude el defensor al principio de favorabilidad consagrado de manera expresa en el art. 6° del Código Penal vigente para deprecar, con fundamento en él y de acuerdo con sus finalidades, el otorgamiento del recurso.

SE CONSIDERA:

El art. 569 del Código de Procedimiento Penal exige, para la concesión del recurso extraordinario de casación, que se trate de sentencias de segunda instancia, que hayan sido proferidas por los tribunales superiores de distrito judicial y que el delito que las motiva tenga señalada sanción privativa de la libertad *cuyo máximo sea o exceda de cinco años*.

Se trata, como puede fácilmente observarse, de una norma referida, por los aspectos de la penalidad, al Código Sustantivo de la materia. Se integran, de esa manera, para efectos de la competencia

respecto del recurso, este artículo del procedimiento y la respectiva disposición del Código Penal con fundamento en la cual se dictó la sentencia y se individualizó la sanción.

Viene, entonces, la norma penal seleccionada por el fallador a surtir a la vez dos efectos, el de la fijación en concreto de la pena efectivamente aplicada al caso, y el de indicar la procedencia o improcedencia del recurso extraordinario de casación.

Si en situaciones como la que se analiza se presenta respecto de la norma sustantiva penal al fenómeno jurídico de la sucesión de leyes en el tiempo, es obvio que el fallo debe proferirse, como se hizo en este caso, con apoyo en la más favorable, que resultó ser la derogada, ya que establecía una pena entre seis meses y dos años de prisión, cuando la nueva la fija entre uno y cinco años.

Pero escogida esa disposición como la aplicable, e incorporada por lo mismo en el fallo, por ella han de regirse igualmente aquellos otros efectos que se encuentren supeditados a la misma, como ocurre con la viabilidad del recurso de casación.

No tendría explicación lógica que se otorgaran efectos a la norma anterior para fijar con base en ella la pena efectivamente impuesta, y se le negaran a renglón seguido para el recurso, por estimar en este aspecto más favorable la nueva.

Se entiende que si la ley derogada está rigiendo el caso por ser más favorable en el aspecto sustancial que es el de la sanción, enerva, por lo mismo, la posibilidad de aplicación simultánea de la nueva sobre idéntico punto o sobre aquellos que dependen de este. Lo contrario equivaldría a reconocer vigencia a ambas sobre una misma materia, que es lo que pretenden el recurrente, pues respecto del mismo

acto jurídico de la sentencia aspira a que la pena se rija por el anterior Código (art. 295, prisión de seis meses a dos años), y el recurso de casación por el nuevo (art. 272, prisión de uno a cinco años).

Lo lógico, se repite, es que tanto la pena efectivamente impuesto en el fallo como el concepto de pena imponible para efectos del recurso, converjan hacia una misma disposición penal, y no cada uno de ellos hacia una diferente, máxime si se trata de leyes distintas, una de las cuales derogó a la otra.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a la conclusión de que el Tribunal actuó correctamente al no conceder el recurso por improcedente.

En mérito de lo expuesto, *La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal*,

RESUELVE:

1°) Declárase bien denegado el recurso de casación interpuesto por el defensor de *Miller Andrade Zambrano* contra la sentencia de 17 de enero de 1983, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva confirmó la de 21 de octubre de 1982, mediante la cual lo condenó el Juzgado Tercero Penal del Circuito de esa ciudad a la pena de nueve meses de prisión por dos delitos de detención arbitraria.

2°) Envíese la presente actuación al tribunal de origen para que forme parte del expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

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

Rad.28.132. Recurso de hecho. Proceso Miller Andrade Zambrano.

Lucas Quevedo Díaz, secretario.

Tribunal Superior de Medellín

LIBERTAD CONDICIONAL

Magistrado ponente, doctor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

La libertad condicional solo debe negarse en casos especialmente graves en los que la mala conducta del sujeto durante la ejecución de la pena, sus fugas, sus delitos ulteriores, etc., puedan hacer suponer que la pena no ha surtido efecto. La libertad condicional debe considerarse como parte del tratamiento penitenciario que se debe aplicar al sujeto con el fin de lograr su readaptación: es propiamente un tratamiento en libertad. Tal puesta en libertad es precisamente la parte decisiva de la resocialización, momento en el que comienza la reinserción social.

El juzgador otorga el subrogado en la esperanza de que el sujeto no reincida. Empero, *esperanza* no significa *certeza*: se debe estar dispuesto a asumir un cierto riesgo y no extremar los criterios de *retribución* ni de *prevención general*, considerados como fines de pena.

Auto de agosto 25 de 1982.

La Sala se remite a lo esencial de su auto del 21 de agosto de 1981:

Pero el actual art. 72 no supedita ese subrogado a la ausencia de peligrosidad, sino a la suposición fundada de readaptación social, que no es lo mismo. La peligrosidad es un juicio de futuro sobre la conducta, mientras que la suposición de readaptación social solo se puede basar en los datos de la ejecución penitenciaria. La readaptación social es uno de los fines de la pena, según el art. 12 del C. P. en vigencia, que le da el nombre de resocialización. El juez no puede suponer que la pena no ha cumplido sus funciones sino cuando la conducta carcelaria así lo indica. En otras palabras: el juicio de peligrosidad abarca toda la conducta anterior del procesado y toda su vida pasada; la suposición de que el convicto se ha reso-

cializado es la apreciación judicial de si la pena ha cumplido o no sus fines esenciales y no puede por tanto retrotraerse a la ejecución de la pena, pues si así fuera llegaría todavía a sostenerse la tesis de la incorregibilidad de ciertos delincuentes, incompatible con el principio de culpabilidad y con la exclusión en la nueva ley de institutos como la reincidencia, la habitualidad y la profesionalidad.

La falta de resocialización es la frustración del carácter preventivo especial de toda pena y si el juez la desconoce gratuitamente, está desconociendo la propia institución de la pena en desfavor del condenado. Si la readaptación por la pena se considera hoy un derecho humano, no se puede desconocer más allá de las estrictas salvedades de la ley; solo la mala conducta del penado, sus fugas, sus delitos

ulteriores, etc., pueden ser parámetros para suponer que la pena no ha surtido ese efecto. Pero es un contrasentido sostener la ausencia de ese efecto con base en factores anteriores a la causa, que es la pena, pues la causalidad nunca marcha hacia atrás. Como, de otra parte, la personalidad es un concepto dinámico, esto es, en permanente evolución, el juez no puede de buenas a primeras reputar que no ha cambiado después de introducir el nuevo factor transformador de la pena, a menos que, al contrario de lo que la ley supone, no crea en esos cambios y sostenga por tanto la revaluada tesis lombrosiana sobre la incorregibilidad de los delincuentes más peligrosos. Para estos precisamente, que son los condenados a penas de más larga duración, es para quienes está establecido el subrogado de la libertad condicional, que en las penas cortas no tiene cabida. Solo la indisciplina carcelaria, la negativa al trabajo honrado, la evasión o sus conatos y todo delito concomitante con el proceso de ejecución penal, pueden hacer pensar o suponer, con algún fundamento, que la "personalidad al momento del hecho" sigue siendo la misma "personalidad al momento final de ejecución de la pena". Solo apreciados a través de ese prisma de la conducta carcelaria, pueden rastrearse y apreciarse los antecedentes del convicto como señales de inadaptación que la pena ha querido en vano eliminar.

"Más que una forma especial de cumplir la pena en ciertos casos, la libertad condicional debe considerarse como parte del tratamiento penitenciario que debe aplicarse al sujeto con el fin de lograr su readaptación; es propiamente un tratamiento en libertad y un ensayo o verificación de la eficacia del tratamiento aplicado en el establecimiento carcelario con el objeto de asegurar la apropiada reintegración a la vida en sociedad", de suerte que no se trata propiamente de un benefi-

cio y por tanto puede revocarse (CARLOS KÜNSEMÜLLER, "La libertad condicional y la prevención especial del delito", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 1, 1973).

Súmense a ese auto estas nuevas consideraciones:

Debe ahora clarificarse que en el régimen de los subrogados penales y concretamente en el de la libertad condicional, juegan, según el art. 72 del C. P., criterios de *seguridad social* en contraposición a exigencias de *resocialización* del reo. El otorgamiento del subrogado tiene que representar un equilibrio dinámico entre tales funciones de la pena que en algunos casos pueden entrar en conflictos. El subrogado de la libertad condicional, de una parte, está integrado al sentido de *tratamiento penitenciario* que el nuevo C. P. asigna a la pena retributiva o justa (arts. 12, 68 y 72), y es él mismo la fase final y quizás más importante de la pena-tratamiento, es decir, de la resocialización penal. Dice con razón HILDE KAUFMANN, abanderada contemporánea del movimiento de reforma de la ejecución penal, que "la parte decisiva de la resocialización comienza luego de la puesta en libertad, momento en el cual se inicia realmente la reinserción social, que tan a menudo fracasa por falta de colaboración del mundo circundante" (*Principios para la reforma de la ejecución penal*, pág. 58).

De otra parte, dado que esa es la función esencial de la pena teleológica en una sociedad democrática, liberal y humanitaria, la negación de la libertad condicional como etapa final del tratamiento penitenciario y transición al estado de recuperación de la plena libertad jurídica de acción social, solo puede provenir de muy graves y evidentes necesidades de defensa de la comunidad y conservación del orden jurídico. Esto solo puede ocurrir cuando la parte ejecutada de la pena no

sea suficiente para tranquilizar a la sociedad, es decir, para recobrar su sentimiento de seguridad jurídica, y cuando, de otro lado, el reo ofrezca, por sus antecedentes especialmente malos y el modo de ejecución del hecho especialmente grave y reprochable, un pésimo pronóstico de peligrosidad, apareciendo que la pena hasta el momento ejecutada es también insuficiente para afirmar en él un grado suficiente de readaptación que permita la libertad bajo pruebas y condiciones sin gravísimo peligro social de reincidencia. De todas maneras, solo con extrema prudencia podría negarse el subrogado al reo de buena conducta carcelaria, para no extremar los criterios de retribución y prevención general, ya que "quienes lleven... al primer plano la idea de seguridad, no obtendrán buenos resultados, pues para impedir la reincidencia de algunos pocos autores durante el tiempo de ejecución tendrán que admitir las consecuencias de los regímenes de estricta seguridad, en los cuales el 80% de los afectados recaen en el delito después de la liberación. Así, con la idea de seguridad habrán impedido una ejecución-tratamiento, y de esa manera una disminución de la cuota de reincidencia" (ib., 72). Si los reos muy peligrosos probablemente reincidirán de todas maneras, el régimen de libertad condicional contiene para ellos una apreciable ventaja, pues a la amenaza general de pena por los nuevos delitos que cometan, se agregará la conminación judicial de ejecutar el resto de la pena por el delito anterior.

Si se admite, como jurídicamente tiene que ser, que la libertad condicional es una continuación del tratamiento penitenciario y la fase final del proceso ejecutivo de la pena, no será sin duda tan difícil reconocerlo u otorgarlo en los casos particulares, ya que es un modo de finalizar la ejecución de la pena misma, de dar término a su total cumplimiento mediante

un régimen de libertad restringida durante el período de prueba (cfr. JORGE KENT, *El patronato de liberados y el instituto de la libertad condicional*, pág. 28).

"Uno de los medios mejores para probar el resultado del sistema penitenciario... es la libertad vigilada", ha escrito JIMÉNEZ DE ASÚA (cita del autor antes mencionado, pág. 29). Con dicho expositor, que mucho énfasis pone en los criterios defensistas, podría muy bien sostenerse que con el término de cumplimiento efectivo de la pena privativa de la libertad se está en presencia de una presunción *iuris tantum* de readaptación social (ib., pág. 39); por esto se impone que la libertad sea vigilada, controlada y condicionada, pero también que la negativa del sustituto solo proceda en casos extremos de necesidad de seguridad social y de peligrosidad criminal del penado. Pero en estas cuestiones de prognosis criminal habrá, siempre y en todo caso, de recordarse que "esperanza no significa certeza" y por tanto "el Tribunal debe estar dispuesto a asumir un riesgo prudencial", como puntualiza JESCHECK en su moderno *Tratado de derecho penal* (II, 1154 y 1166). Los criterios de gravedad del injusto y la culpabilidad solo han de tenerse en cuenta por motivos de prevención especial, esto es, en la medida en que representan un grave riesgo de reincidencia, pero en modo alguno han de manejarse con el moralizador principio de retribución inflexible, ni con el movidizo pensamiento de la prevención general (ib. 1155).

En este orden de ideas y satisfechos como se encuentran los presupuestos del art. 72 del Código Penal, el reo John Jairo Echavarría Tobón, a partir del cuatro de setiembre próximo venidero, fecha en que cumple las dos terceras partes de la pena a que fue condenado, puede entrar a disfrutar de libertad condicional, siempre y cuando preste caución por la suma

de quinientos pesos (\$ 500.00), con el fin de que garantice el cumplimiento de las siguientes obligaciones: informar todo cambio de residencia; ejercer un oficio lícito; reparar los daños ocasionados por el delito, salvo cuando demuestre que está en imposibilidad de hacerlo; abstenerse de consumir bebidas alcohólicas; observar buena conducta y presentarse cada mes ante la oficina judicial de origen, por el resto de tiempo que le queda faltando para completar la pena.

Así, entonces, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, de acuerdo con el señor fiscal, administran-

do justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *revoca* el auto de fecha, naturaleza y procedencia especificadas en la motivación, y, en su lugar, *concede, a partir del cuatro de setiembre del corriente año*, el subrogado de la libertad condicional al reo *John Jairo Echavarría Tobón*, siempre y cuando preste caución prendaria por la suma de quinientos pesos, con el fin de que garantice las obligaciones antes anotadas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Gómez Gómez, José Luis Gómez Pérez, Alberto García Quintero.

Juzgado Quince Superior de Medellín

Dr. MARIO SALAZAR MARÍN

Medellín, noviembre seis de mil novecientos ochenta y dos.

En la providencia que presentamos, encontrará el lector interesantes planteamientos, no solo desde el ángulo sustantivo sino desde el procedimental.

Desde la *primera perspectiva*, encontramos una hipótesis que el juez del conocimiento ha ubicado como "error de prohibición" apoyado en la más reciente dogmática, sin descartar la posibilidad de que se trate de un caso de "error de prohibición al revés", o de delito putativo, que es lo mismo, pues bien podría sostenerse que el procesado desconoció la eficacia justificante de un precepto permisivo (art. 68 del decreto 1260 de 1970), como diría el profesor JESCHECK (*Tratado de derecho penal*, trad. de Muñoz Conde y Mir Puig, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, pág. 729).

Pero es que es tan polémico el caso que la misma agencia fiscal no ha dudado en formular otras alternativas distintas: comienza por plantear la atipicidad de la conducta, para pasar a postular como segunda vía la falta de antijuridicidad material de la conducta, por ser un delito inocuo. Adviértase, además, que hay posiciones que divergen de los dos anteriores enfoques, encaminados ambos a sostener la atipicidad o la justificación de la conducta (la Fiscalía) o la inculpabilidad (el *a quo*); en efecto, el funcionario instructor consideró que la ubicación del comportamiento debía hacerse dentro de los presupuestos del art. 226 del C. P. o "falsedad personal para la obtención de documento público", al paso que el apoderado se inclinó por una "falsedad para obtener prueba de un hecho verdadero" del art. 228.

Ante tan disímiles hipótesis nos inclinamos a pensar que la ubicación más correcta es la del "error de prohibición al revés" o delito putativo; no se trata de un error de prohibición normal, pues este consiste en un error "sobre el hecho de que un determinado comportamiento, correctamente conocido por el autor en su configuración objetiva, se halla prohibido por el derecho" (JESCHECK, t. I, pág. 412). El lector sabrá enjuiciar esta hipótesis.

Desde la *segunda perspectiva* debe destacarse, también, la polémica ya madurada en torno a la aplicación del art. 163 del C. de P. P., en el sentido de que este no puede aplicarse cuando se constata la existencia de una causal de justificación o de inculpabilidad (la Fiscalía respaldada en algunas decisiones de la Corte que transcribe el *a quo*) debiéndose recurrir al *sobreseimiento definitivo*; frente a la tesis que prohija el juez del conocimiento, de conformidad

con la cual la expresión "infracción penal" ubica tanto las hipótesis de atipicidad, exclusión de la antijuridicidad e inculpabilidad de la conducta. No dudamos en dar la razón al *ad quem* en esta controversia, pues mínimas normas de equidad respaldan su argumentación.

Encontrará el lector al pie de la página la transcripción de las normas citadas en la providencia.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Mayo de 1983.

VISTOS:

Que el señor F. L. P. V., bachiller de 25 años y "guarda azul" de oficio, compareció ante la Alcaldía de Sabaneta (Ant.) el 7 de mayo de este año y se hizo pasar por su cuñado A. A. G. J., comerciante de 35 años, y solicitó se registrara "su matrimonio", celebrado diez años atrás (oct. 26-72) con M. S. P. V., en realidad su hermana, son los hechos materia de este diligenciamiento.

La prueba al respecto es elocuente y sólida y sobre el particular no hay controversia.

El debate, como van las cosas, se concreta ahora en dos puntos fundamentales. El primero responde al interrogante de si es o no antijurídica la conducta así realizada. Y el segundo, atañe al encuadramiento jurídico, o *nomen iuris* de tal comportamiento, obviamente frente a la respuesta afirmativa de la cuestión planteada en el primer punto.

El letrado de la defensa reconoce la característica de la antijuridicidad de esa acción, pero objeta con razón la denominación jurídica provisional que le otorgó el Juzgado Promiscuo Municipal de Sa-

baneta, que en este caso ha cumplido el papel de instructor. Por eso demanda la respectiva modificación, consistente en que se aplique el art. 228* del Código Penal, en lugar del art. 226** que citó y defendió el ameritado despacho. Y de contera, solicita la libertad provisoria para su cliente, dada la naturaleza de la pena que en tal caso y en hipótesis sería procedente (*arresto*, ley 17-75, art. 7°, ord. 1°).

El señor fiscal, en cambio, tras respetable análisis y admisión en principio en cuanto a la ubicación jurídica que proclama el abogado, sostiene que la conducta del señor P. no es típica ni antijurídica, entre otras razones por ser absolutamente inocua la suplantación cumplida. Luego se muestra partidario de que se declare la inexistencia del hecho punible a través de la fórmula que gobierna el art. 163 del Código Instrumental Penal.

El Juzgado a su turno considera lo siguiente:

La antijuridicidad que entraña el art. 228 del Código Penal no está fundada en el perjuicio real o potencial que se le pueda ocasionar a un particular, sino que estriba en el menoscabo que se le produz-

* C. P., art. 228 "Falsedad para obtener prueba de un hecho verdadero. El que realice uno de los hechos descritos en este capítulo, con el fin de obtener para sí o para otro medio de prueba de hecho verdadero, incurrirá en arresto de tres meses a dos años"

** *Ibidem*, art. 226. "Falsedad personal para la obtención de documento público. El que para obtener documento público, suplante a otro, o se atribuya nombre, estado civil, calidad, profesión, oficio o condición falsos, incurrirá en prisión de uno a tres años".

ca a la fe pública, entendida esta como un bien que le interesa a la comunidad toda.

De ahí se sigue que el derecho que tutela esta norma es la autenticidad y seguridad social de la prueba escrita. Pero no solo una autenticidad formal, sino además una autenticidad llena de contenido, de tal manera que el documento formalmente auténtico deba serlo también desde el punto de vista sustancial para que la autenticidad sea propiamente tal. Cuando en el registro matrimonial se dice que compareció el contrayente A. A. G., sin ser ello cierto porque L. F. voluntariamente se hizo pasar por él, comprendiendo que eso era contrario al derecho, esa afirmación es sustancialmente falsa aunque formalmente sea auténtica.

Y cuando el ameritado art. 228 tutela la seguridad pública de la prueba documental, no protege apenas la autenticidad formal de esa prueba, sino también la autenticidad sustancial. Pues una prueba solo es segura en la medida que los hechos por ella afirmados hayan en verdad ocurrido en el mundo fenomenológico, pues de lo contrario falta la esencia de la prueba, que no por mero capricho se ha dicho que solo puede versar sobre hechos, pues siempre el objeto de la prueba es un hecho que demuestra algo.

Cabe entonces preguntar: ¿L. F. atacaría la seguridad de la prueba escrita en ese documento? Claro que sí, porque allá no compareció el contrayente como dice ahí, no obstante la enmienda.

Fácil en verdad decir, así a primera vista y en forma hasta cautivante, que de ahí no resultó daño alguno, puesto que si el sindicado no hubiere suplantado a su cuñado y hubiera comparecido en su propio nombre y en calidad de denunciante, según autorización del art. 68 del de-

creto 1260 de 1970*, ninguna conducta típica e injusta habría ejecutado.

Pero como suplantó, que es lo que la ley prohíbe para bien de los asociados, atacó en efecto la seguridad de la prueba contenida en el citado documento, que afirma algo que realmente no sucedió. Luego el derecho jurídicamente protegido es de todos —es genérico y abstracto— y no de alguien en particular. Garantiza que cualquiera que tome un documento en sus manos, sobre todo público, tenga la seguridad de que lo dicho ahí en efecto sucedió, esto es, auténtico.

Por eso se lee en GUILLERMO CABANELLAS:

“Auténtico. Lo acreditado en sentido verdadero. Lo autorizado o legalizado de modo que haga fe pública. *El documento que, por forma y fondo debe ser creído*”. (Diccionario enciclopédico de derecho usual, t. 1, 14ª ed., Buenos Aires, Ed. Heliasta, 1980, pág. 416).

Conclusión: Es formal y sustancialmente antijurídica la conducta observada por el procesado. Desde el punto de vista formal, porque “de frontis” contradice el mandato de la norma. Y materialmente injusta, puesto que a través de esa suplantación, que él por error creyó necesaria, la cumplió a sabiendas de su prohibición para adquirir un “medio de prueba de hecho verdadero”. Y, claro, no se requiere que el documento “pruebe” la calidad de contrayente por la suplantación cumplida, sino que esta sirva para demostrar un hecho verdadero.

En este aspecto, pues, nuestra opinión es distinta de la del señor fiscal.

Pero al mismo tiempo que el despacho sostiene que esta conducta es típica y antijurídica (entendiendo aquí el tipo en sentido formal y abstracto, sin entrar *ex professo* en otras reflexiones de mayor

profundidad, como las atinentes al tipo de injusto), también está de acuerdo con el ministerio público en cuanto ella no constituye un hecho punible, si bien por razones diversas.

Aunque el inculpado potencialmente conocía la antijuridicidad de su conducta, desconocía o ignoraba al mismo tiempo la norma permisiva para que concurriera a denunciar ese vínculo conyugal, en cuyo caso el documento no tendría ningún vicio. Pero esto no quiere decir, no significa, que entonces fue objetivamente un denunciante, ya que de todos modos observó el desvalor de acción que tipifica y prohíbe la ley.

Luego si conocía la norma prohibitiva pero ignoraba la norma permisiva (decreto 1260 de 1970, art. 68) incurrió en un evidente error de prohibición, puesto que realizó un comportamiento injusto por ignorancia de un permiso legal que pudo llevarlo a conseguir el fin propuesto a través de una acción justa.

Si se admite que en el fondo casi todas las causales de inculpabilidad constituyen justificación, será posible decir que la conducta aquí examinada no es antijurídica. Pero partiendo de la sistemática que la ley utiliza en esta materia, bien puede afirmarse su antijuridicidad, apreciable aquí desde el punto de vista objetivo principalmente.

El contenido de las siguientes prédicas doctrinarias permite ilustrar el citado error de prohibición:

“Los principios permisivos, revestidos de causas de justificación, impiden, si intervienen, que la prohibición general se concrete en un deber jurídico; la conducta justificada sigue siendo típica, pero no contiene una lesión del deber jurídico.

“Si la acción lesionadora del bien jurídico está amparada por una norma permisiva, el tipo de lo injusto pierde el valor declarativo que le cabe para el caso normal. El ordenamiento jurídico aprue-

ba la conducta justificada a fin de alcanzar otros objetivos valiosos.

“Las causas de justificación pueden derivar del derecho legal... Si el autor realiza el tipo legal sin haber reconocido que existía objetivamente una situación justificante, su conducta es «antijurídica», porque tan solo la congruencia plena de los presupuestos justificantes objetivos y subjetivos da lugar a la exclusión de lo injusto...” (JOHANNES WESSELS, *Derecho penal*, parte general, trad. de Conrado Finzi, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1980, págs. 82 y 83).

Cabe aclarar que si bien en Alemania el desconocimiento de la norma permisiva no excluye la culpabilidad, ello ocurre porque allá se exige la concurrencia de los elementos subjetivos y objetivos de las causales de justificación para ser reconocidas, aspecto que no sucede en Colombia donde la doctrina se inclina por una antijuridicidad fundamentalmente objetiva. Por eso aquí debe excluirse la culpabilidad.

Por ignorancia del permiso, de consiguiente, no resulta justo que se le reproche ese comportamiento, así haya incurrido en una acción típica y antijurídica, pues ese acto puede ser justo si se realiza de otra manera, a condición de que no se hubiese suplantado a alguien, que es precisamente la materia de prohibición que contiene el tipo.

Emerge contra la equidad, por influjo del error, que a L. F. se le reproche y se le sancione porque hizo registrar el matrimonio como si fuera uno de los contrayentes, y no haya en cambio esa reprochabilidad si lo hubiera hecho como un tercero, esto es, como un simple denunciante.

Si, pues, no hay culpabilidad, tampoco habrá obviamente infracción penal, ya que el hecho punible debe ser siempre una acción típica, antijurídica y culpable, al tenor de la norma obligada que consagra el art. 2º del Código Penal (art. 40 ídem)

* Decreto 1260 de 1970. Art. 68, inc. 1º.—“El matrimonio podrá inscribirse a solicitud de cualquier persona. En todo caso no se procederá al registro sino con vista en copia fidedigna de la respectiva acta de la partida parroquial, en cuanto a los matrimonios católicos, o de la escritura de protocolización de las diligencias judiciales o administrativas correspondientes en el caso del matrimonio civil”.

Se está de acuerdo entonces con la aplicación en autos del art. 163 del Código Procesal* Penal, como lo recomienda la Fiscalía, ya que la ley no considera este hecho como infracción penal. De manera que así debe declararse y por consiguiente disponerse la cesación de la acción penal.

Ahora bien:

Sabe el juez que el señor fiscal defiende la idea de que esta norma no puede aplicarse cuando en el proceso se da una causal de justificación o de inculpabilidad, en cuyo evento debe procederse por la vía del sobreseimiento definitivo o de la sentencia absolutoria, siguiendo en ello algunas decisiones de la Corte (autos de julio 19, julio 8, y diciembre 13 de 1980; marzo 25 y setbre. 8/81).

Pero el despacho también sabe que esta alta corporación está al respecto dividida. Y con razón.

La decisión de la honorable Corte, que acoge la Fiscalía, se funda principalmente en una dudosa razón de técnica jurídica, al parecer engarzada en el argumento según el cual los términos "infracción penal" que utiliza el art. 163 solo están referidos al tipo de conducta o a la mera descripción legal de ella, toda vez que el art. 491 del Código Procesal Penal al mencionar las causales para sobreseer definitivamente, separa claramente la que procede cuando la ley no considera el hecho como "infracción penal", de las causales de justificación e inculpabilidad. O sea que cuando el hecho no aparece descrito procede el sobreseimiento o la aplicación del art. 163, pero no siempre que proceda el sobreseimiento resulta viable el 163.

Pero esta interpretación, aparte de ser formalista, es dañina para la sociedad, no solo porque se mortifica a los ciudada-

nos con la prolongación de procedimientos inútiles, sino porque además atenta contra la economía del proceso y encarece sin ninguna razón válida la administración de justicia.

Cuando el legislador no tipifica un determinado comportamiento injusto (atipicidad absoluta o relativa), tal vez resulta una perogrullada decir que la ley no lo considera "como infracción penal". Luego esta expresión hay que interpretarla llena de setido y de tal manera que produzca consecuencias prácticas y beneficiosas, pues por algo las reglas de la hermenéutica enseñan que toda interpretación que lleve a un fin absurdo o no produzca ningún resultado, debe ser rechazada por ociosa y vana.

De suerte que si falta, por ejemplo, un elemento del tipo objetivo o del subjetivo; si la antijuridicidad resulta meramente formal porque no aparece la injusticia material; si se presenta una causal de justificación o de inculpabilidad; en fin, si falta algo para la estructura cabal del hecho punible, debe concluirse por imperio de la verdad, de la justicia y de la técnica jurídica, que la ley "no considera" el hecho como "infracción penal". Es igual decir que la acción no es delito porque no tiene la característica de la tipicidad a que siendo típica no es antijurídica ni culpable.

Es más: en el caso fortuito ni siquiera hay acción y sin embargo la ley lo contempla como causal de inculpabilidad. ¿Habría derecho a que se haga todo un proceso par sobreseer definitivamente al ciudadano que ni siquiera ha ejecutado una acción? La justicia humana no debe dilatar su administración en forma innecesaria y perjudicial.

De suerte que esos dos numerales del art. 491* no constituyen razón de peso, no puede ser, para negar la aplicación del art. 163 del Código Procesal, que siendo una manera de finiquitar el proceso prevista por la ley no ha de considerarse como una "forma anormal" de concluirlo. Simplemente es una forma especial, que por ser más rápida no debe ser desdeñada por razones que no se pueden comparar por los daños que trae.

Por lo demás, la técnica jurídica no podrá ser el baluarte para hacer las cosas como quizá no son. Todo lo contrario, la técnica es buena cuando da buenos resultados. Si no los ofrece debe desecharse y perfeccionarse otra, pues tal es el verdadero sentido del "método jurídico".

Si que caben aquí estos sabios apuntes de GIUSEPPE MAGGIORE:

"Si la investigación se lleva a cabo transitando por los carriles adecuados, o si se sale de ellos, es cosa que solamente se puede juzgar sobre hechos terminados, es decir, cuando la ciencia está acabadamente construida. *La bondad de un procedimiento científico se valora en sus resultados.* El método de una ciencia es la misma ciencia en acción... Puesto que el método no es más que el camino del espíritu hacia la verdad, él no puede ser más que uno, ya que única es la verdad. Vale aquí, analógicamente, el axioma geométrico: entre dos puntos el más breve camino es una recta y solo una. Varían los medios y los resultados para trazar ese camino; pero él permanece invariable en sí y por sí...". (*Arturo Rocco y el método técnico jurídico*). Abeledo Perrot, Buenos Aires, Impresiones Nicaragua, 1961, págs. 26 y 27).

De ahí la cordial invitación al señor co-

laborador fiscal para que cambie su opinión en bien de la sociedad y de la justicia, para lo cual, incluso quien provee, le ofrece una razón más: *si partimos del tipo de injusto*, según el cual el modelo de comportamiento debe contener la injusticia de la conducta, puesto que el tipo es antijuridicidad tipificada (injusto típico), obviamente sin causales que la excluyan, se llegará —por ese camino— a la conclusión de existir aquí solo la conducta formalmente trazada por el legislador, en cuyo caso se dará el mero tipo objetivo (formal y abstracto), que no es otra cosa que la propia preconización de la Fiscalía de que la expresión "infracción penal" solo se refiere al tipo objetivo.

Bien vale la pena, al respecto, reproducir esto que dice el profesor JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA.

"Lo «típico» por sí solo es una abstracción: en la realidad social del derecho no puede existir sino con el sentido de lo prohibido o de lo permitido, según el «tipo» que sirva de modelo y al que se aduce. Si la antijuridicidad pertenece, pues, al tipo objetivo de prohibición, las causales de justificación, en cuanto aspecto negativo suyo, no pueden poseer otra incumbencia. Al mutar el sentido del acto, la causa de justificación muestra que el hecho no concuerda con la prohibición de un tipo, sino con la permisión de otro. Si el tipo penal, por tanto, se entiende de manera concreta, esto es, referida a las particulares figuras delictivas, la justificación excluye lo que se llama comúnmente la tipicidad..." (*Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 477).

Como el error de prohibición versa sobre la antijuridicidad, la equivocación que el sujeto sufra respecto de ella, al consi-

* C. de P. P., art. 163. "Auto de cesación de procedimiento. En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el juez, previo concepto del ministerio público, procederá, aun de oficio, a dictar auto en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado.

"El auto a que se refiere el inciso anterior debe ser consultado".

* "Sobreseimiento definitivo. El sobreseimiento será definitivo:

"1. Cuando aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, y

"2. Cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 (hoy 29 y 40) del Código Penal".

derar antijurídica su conducta sin serlo por la existencia de la norma permisiva, el juez no tendrá otra salida que afirmar esta clase de error para excluir la culpabilidad, no obstante que la ley (C. P., art. 40, ord. 3º) únicamente se refiere a "la convicción errada e invencible" sobre las causales de justificación. Así que la ameritada norma, si partió de esa base doctrinaria (antijuridicidad, sobre todo objetiva, salvo disposición legal en contrario), debió referirse a los dos extremos del fenómeno: tanto cuando el agente cree jurídica su acción, ocurriendo lo contrario, como cuando la cree antijurídica siendo en verdad justa. Solo tal vez una razón de política criminal explica la referencia a un solo aspecto.

Cuando la honorable Corte en auto de marzo 13 de 1980 trató el tema, trajo como ejemplo de atipicidad relativa el caso del apoderamiento de una cosa propia, en la creencia de ser ajena, hecho que se estimó adecuado para aplicar el art. 163 del Código Procesal por no ser considerado entonces "infracción penal". Sin embargo, no se trata ahí ya exclusivamente de una mera objetividad de la conducta, por la existencia de un error sobre un elemento normativo del tipo (error de tipo).

Afirmación análoga cabría frente a la falta de los ánimos especiales incorporados en el tipo, sobre lo cual llamó la atención el honorable magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, al disentir de la mayoría.

También el doctor Fabio Calderón Bo-

tero afirmó allí sobre la necesidad de apreciar en este caso la estructura bipolar de la infracción penal, anotando con sumo acierto entre otras cosas lo siguiente:

"Si por tipicidad se entiende, como parece entenderlo la mayoría, la objetividad del comportamiento descrito como delito por la respectiva disposición penal, se está haciendo, a todas luces, una interpretación parcial y restrictiva del referido texto, es decir, se está distinguiendo donde la ley no distingue y, por esta vía, se está propiciando una aplicación desfavorable de la ley consistente en someter a una persona a las incomodidades de un proceso inútil y al Estado a mover en el vacío los mecanismos judiciales con perjuicio de investigaciones verdaderas y urgentes".

Las anteriores ideas dejan apreciar que la moderna dogmática del delito —cualquiera fuese la posición adoptada— y la técnica del procedimiento, permiten en este momento del proceso la referida decisión.

Suficiente entonces.

En obediencia a estas precisiones, el Juzgado Quince Superior de Medellín, declara que los hechos por los cuales se inició este proceso no constituyen delito. Y ordena, como consecuencia, la cesación de todo procedimiento de orden criminal en contra del sindicado L. F. P. V.

Al archivo el proceso una vez producida la ejecutoria.

Cópiese y notifíquese.

Mario Salazar Marín, Gildardo Gamboa Zapata.

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

| | |
|---|-------------|
| ACEVEDO BLANCO, RAMÓN: <i>Manual de derecho penal. Partes general y especial</i> , XXVIII + 432 páginas. Rústica | \$ 1.100.00 |
| CANCINO, ANTONIO JOSÉ: <i>El delito de peculado en el nuevo Código Penal. Análisis histórico y dogmático</i> , XVIII + 294 páginas. Rústica | 720.00 |
| GOENAGA, MARINA: <i>Lecciones de derecho de policía</i> , XVI + 216 páginas. Rústica | 530.00 |
| IRAGORRI DíEZ, BENJAMÍN: <i>Curso de pruebas penales</i> , XIV + 162 páginas. Rústica | 390.00 |
| LONDOÑO JIMÉNEZ, HERNANDO: <i>De la captura a la excarcelación</i> , 2ª edición, XXII + 448 páginas. Pasta | 1.050.00 |
| MUVDI, ELÍAS ANTONIO: <i>Palestina y el derecho de gentes</i> , XXII + 394 páginas. Rústica | 1.100.00 |
| NIÑO TORRES, FRANCISCO: <i>Procedimiento laboral teórico y práctico</i> , 5ª edición, XVI + 296 páginas. Rústica | 680.00 |
| ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Código de Régimen Político y Municipal</i> , 9ª edición, 1164 páginas. Pasta | 1.800.00 |
| ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Código Civil</i> , 9ª edición de bolsillo, 1072, páginas. Pasta | 1.100.00 |
| PACHÓN MUÑOZ, MANUEL: <i>Las preferencias en las solicitudes de los registros marcaros</i> , VIII + 104 páginas. Rústica .. | 180.00 |
| RAMÍREZ GONZÁLEZ, RODRIGO: <i>La victimología. Estudio de la víctima del delito</i> , XII + 116 páginas. Rústica | 300.00 |
| RENGIFO, RAMIRO: <i>Crédito documentado. Las cartas de crédito</i> , 2ª edición, VIII + 152 páginas. Rústica | 370.00 |

DE PRÓXIMA APARICIÓN

| |
|--|
| ALIMENA, BERNARDINO: <i>El delito en el arte.</i> |
| BATTISTELLI, LUIGI: <i>La mentira ante los tribunales.</i> |
| BECERRA TORO, RODRIGO: <i>El contrato individual del trabajo.</i> |
| MIR PUIG, SANTIAGO y otros: <i>Derecho penal y ciencias sociales.</i> |
| MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: <i>Teoría general del delito en el derecho español y latinoamericano</i> |
| TIEDEMANN, KLAUS: <i>Derecho penal y libre competencia.</i> |
| VALENCIA ZEA, ARTURO: <i>La posesión</i> , 3ª edición. |
| VALENCIA ZEA, ARTURO: <i>Derecho civil</i> , vol. II. Derechos reales. |

Esta revista se terminó de imprimir en los talleres litográficos de Editorial Temis, S.C.A., el día 28 de agosto de 1983.