

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

DIRECTOR

Lehgab Prof. Ambos

TAHÍ BARRIOS HERNÁNDEZ

COORDINADORA

DOCTRINA

Violaciones al derecho internacional en el Tratado de Extradición con Estados Unidos.

Luis Carlos Pérez.

Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana.

Fernando Velásquez V.

El escuadrón de la muerte.

Hernando Londoño Jiménez.

El derecho penal colombiano y la técnica jurídica.

Guillermo Arismendy Díaz.

21

FORO HISTÓRICO

Oro triste.

Guillermo Escobar Mejía.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Veredicto del jurado y prescripción de la acción civil.

Edgar Escobar López.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN.

Inimputabilidad y participación criminal.

Medidas de seguridad y excarcelación.

Jaime Taborda Pereáñez.



CO/XIV

F/Z

2345

SEPTIEMBRE • OCTUBRE

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.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

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.

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

ÍNDICE GENERAL

DOCTRINA

- Violaciones al derecho internacional en el Tratado de Extradición con Estados Unidos. Luis Carlos Pérez ... 581
Consideraciones sobre los principios rectores de la ley penal colombiana. Fernando Velásquez V. 609
El escuadrón de la muerte. Hernando Londoño Jiménez 636
El derecho penal colombiano y la técnica jurídica. Guillermo Arismendy Díaz 646

FORO HISTÓRICO

- Oro triste. Guillermo Escobar Mejía 659

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Veredicto del jurado y prescripción de la acción civil. Ponente: doctor Edgar Escobar López 671
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN. Inimputabilidad y participación criminal. Medidas de seguridad y excarcelación. Ponente: doctor Jaime Taborda Pereáñez 676

Doctrina

VIOLACIONES AL DERECHO INTERNACIONAL EN EL TRATADO DE EXTRADICIÓN CON ESTADOS UNIDOS*

Bogotá, junio 27 de 1983

Señor
Doctor Belisario Betancur
Presidente de la República
Palacio de Nariño
Ciudad

I. DERECHO DE PETICIÓN

Un hombre de Colombia, Luis Carlos Pérez, cuyo domicilio es este Distrito Especial, abogado además, ejerciendo el derecho de petición instituido en el art. 45 de la Carta Política y regulado por los arts. 1° y siguientes del decreto 2733 de 1959, se dirige a usted para pedir de la suprema autoridad administrativa, hoy a su digno cargo:

Primero. Suspenda el efecto de los numerales 1° y 2° del art. 11 del "Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", suscrito en Washington el 14 de setiembre de 1979, aprobado por la ley 27 de 1980, promulgado por decreto 1781 de 1982, instrumento de ratificación oportunamente canjeado, pues las disposiciones citadas son nulas porque violan normas superiores de derecho internacional, a fin de que las relaciones con Estados Unidos en esa materia se ajusten a aquellas normas integrativas del *jus cogens*

Segundo. Suspenda, igualmente, el efecto del art. 8°, numeral 1° y ordinal a), del mismo tratado, porque quebranta la jurisdicción de Colombia sobre los culpables de hechos punibles que han realizado la infracción total o parcialmente dentro del territorio nacional, en cuanto dispone su entrega al gobierno de los Estados Unidos para el juzgamiento. El quebranto de la jurisdicción lo es también de la soberanía, según fórmulas indeclinables del *jus cogens*, fuera de que se extiende también al art. 2° de la Constitución.

Efecto único del art. 11 del tratado es la detención provisional del colombiano que se encuentre en el territorio nacional y cuya extradición va a demandar el gobierno de Estados Unidos, medida que se cumple por autoridades administrativas sin competencia legal para esa función.

* El siguiente es el texto del mensaje que el eminente jurista colombiano, doctor LUIS CARLOS PÉREZ, dirigiera recientemente al señor presidente de la República Belisario Betancur, y en el cual hace importantes planteamientos sobre el tema de la extradición que, sin duda alguna, habrán de ser de sumo interés para nuestros lectores. *Nota del Director.*

Como se comprueba adelante, estas dos peticiones se fundan en "motivos de interés general", reconocidos en el art. 45 de la Carta, a saber: la necesidad de cumplir normas ecuménicas que, por tener esta naturaleza, no pueden modificarse por acuerdos bilaterales, pues, como lo proclaman sus textos, de ellas depende la paz y el buen entendimiento de los pueblos, así como el tratamiento adecuado a los atributos de libertad y dignidad propios de la persona humana.

El señor Presidente, en su calidad de jefe del Estado, tiene facultades para estudiar y resolver las peticiones formuladas, según el numeral 20 del art. 120 de la Constitución, que le otorga privativamente la dirección de las relaciones diplomáticas y consulares y la celebración de tratados o convenios con otros Estados.

El manejo de esas relaciones y la plena capacidad de obligar a Colombia en el campo internacional, le permiten promover interpretaciones a los acuerdos ya realizados y solicitar su modificación a la otra parte, tanto como recurrir a los organismos encargados de decidir en definitiva sobre su validez total o parcial.

Los términos de la presente comunicación revelan el respeto con que se dirige, exigencia sin la cual sería inadmisibile de acuerdo con el precepto constitucional que la autoriza.

II. LAS CLÁUSULAS OBJETADAS

El siguiente es el texto de las cláusulas violatorias de disposiciones internacionales de rango superior:

"Artículo 11. Detención provisional.

"1) En caso de urgencia, cualquiera de las partes contratantes podrá solicitar, por vía diplomática, la detención provisional de una persona procesada o condenada. La petición deberá contener la identificación de la persona reclamada, una declaración de intención de presentar la solicitud de extradición de la persona reclamada y una declaración de la existencia de una orden de detención o de un veredicto o sentencia condenatorios contra dicha persona.

"2) Al recibir dicha solicitud, el Estado requerido tomará las medidas necesarias para asegurar la detención de la persona reclamada".

Los numerales 3° y 4° del mismo art. 11 se refieren a algunas de las consecuencias de la medida cautelar autorizada en los dos anteriores, de modo que no se aplican sino cuando la persona requerida se encuentra ya privada de su libertad física.

"Artículo 8°. Extradición de nacionales.

"1) Ninguna de las partes contratantes estará obligada a entregar a sus propios nacionales, pero el Poder Ejecutivo del Estado requerido podrá entregarlos si lo considera conveniente. Sin embargo, se concederá la extradición de nacionales, de conformidad con las disposiciones del presente tratado, en los siguientes casos:

"a) Cuando el delito comprenda actos que se hayan realizado en el territorio de ambos Estados con la intención de que sea consumado en el Estado requirente".

III. ENUNCIACIÓN DE LAS NORMAS VIOLADAS

Las normas violadas por las cláusulas trascritas, independientemente de principios incorporados ya a otros tratados o que han sido suscritos por los gobiernos y organismos internacionales, que deliberadamente no se citan aquí porque se refieren a las mismas materias reguladas por los convenios ecuménicos relacionados en seguida, son:

Primero. Los numerales 1, 3 y 4 del art. 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, vinculado al sistema nacional en virtud de la ley 74 de 1968, promulgado y en firme mediante el depósito de ratificaciones.

Segundo. Los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6° del art. 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrito en esa ciudad el 22 de noviembre de 1969 y aprobado en Colombia por la ley 16 de 1972, debidamente promulgado y con fuerza obligatoria en virtud de la ratificación efectuada el 31 de julio de 1973, pacto vigente desde el 18 de julio de 1978.

Tercero. Un quebranto muy especial es el del art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, referente a su interpretación y a la forma como deben mantenerse los derechos reconocidos en él.

Cuarto. La Carta constitutiva de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco de California el 26 de junio de 1945, cuyos propósitos en lo concerniente a derechos humanos están enunciados en el numeral 3° del art. 1°, el ordinal b) del art. 13 y en los arts. 55, 56 y 103, especialmente.

Se explican a continuación las razones del quebranto de cada una de estas normas y su naturaleza imperativa de acuerdo con el derecho tradicional y con lo que ellas mismas prescriben.

IV. CÓMO SE HA VIOLADO EL ART. 9° DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

Las disposiciones violadas de este pacto son las siguientes:

"Artículo 9-1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta.

"...3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para

ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

"4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal".

En relación con estas previsiones es necesario destacar:

A) La detención o la prisión deben cumplirse con arreglo al procedimiento establecido en la ley, en este caso en el Código de Procedimiento Penal colombiano, cuyo art. 436 prohíbe dictar auto de detención sin que previamente se haya recibido indagatoria al procesado o sin que se le haya declarado reo ausente. La remisión al ordenamiento interno viene del Pacto Internacional de Derechos, tanto para formalizar la detención mediante providencia dictada conforme al art. 439 del citado estatuto, como para la simple orden de captura, en las condiciones del art. 426.

El art. 11 del Tratado de Extradición viola la norma superior contenida en el Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos porque sustrae al presunto infractor de la legislación procesal colombiana, imponiendo, en reemplazo de esta, una solicitud del embajador norteamericano o del diplomático que haga sus veces y porque impide aplicar el procedimiento regular ordenado en el mismo tratado. Existe, por consiguiente, una notoria oposición inconciliable entre los dos acuerdos, incompatibilidad que solo puede superarse aplicando uno de ellos.

B) El Pacto Internacional de Derechos dispone que el detenido o preso por hecho punible debe ser llevado sin demora ante un funcionario judicial. El art. 11 del Tratado de Extradición se le opone abiertamente porque, al parecer, reemplaza al funcionario judicial por uno administrativo como es el ministro de Justicia. Con todo, este no es señalado expresamente para dictar el auto de detención o la orden de captura, pues el texto que se objeta no indica cuál es la rama del Estado encargada de "tomar las medidas necesarias para asegurar la detención de la persona reclamada".

Hay un gran vacío de autoridad, que, para otros efectos se llena con el art. 733 del Código de Procedimiento, según el cual "corresponde a la rama ejecutiva, por medio del Ministerio de Justicia, ofrecer o conceder la extradición de un procesado o de un condenado en el exterior, en los casos autorizados por el Código Penal, y establecer el orden de precedencia cuando hubiere varias demandas de extradición".

Una es la facultad para ofrecer la extradición o para concederla, y otra la relacionada con la detención provisional. El Pacto de Nueva York obliga a que esta medida debe ser dictada por los jueces, excluyendo cualquier otra clase de empleados.

La oposición entre los dos órdenes es, por lo tanto, manifiesta y ha de resolverse de acuerdo con el derecho internacional público, según lo que después se puntualiza.

C) El pacto ecuménico de Nueva York obliga a conceder el recurso de apelación "ante un tribunal", que es siempre un funcionario judicial de segunda instancia, con el deber de decidir si la detención se dictó conforme a la ley o en contrariedad con sus disposiciones.

El tratado de extradición pasa por alto este mandamiento, que no versa exclusivamente con una de las garantías del derecho de defensa, sino que compromete todo el sistema jurídico de un pueblo. La revisión de los actos jurisdiccionales en un grado distinto es uno de los principios básicos de la administración de justicia. De este modo, la negación de ese principio, es una medida arbitraria e injusta. Su inserción en cualquier convenio de gobiernos, o en el sistema interno de un país, es causa de perturbaciones sociales comprometedoras de la pacífica convivencia de las personas y los grupos.

Como se plantea en lo que respecta a las primeras dos fallas del tratado de extradición, el conflicto de normas ha de resolverse en favor de las que tengan mayor alcance o más elevada jerarquía en el régimen de derecho internacional público.

V. CÓMO SE HA VIOLADO EL ART. 7° DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

Las garantías de libertad reconocidas en el Pacto de San José de Costa Rica, son:

"Art. 7°. *Derecho a la libertad personal.*

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

"2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

"3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

"4. ...

"5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

"6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viere amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona".

Como quedó expuesto a propósito del pacto universal de Nueva York, el de San José de Costa Rica, que es mucho más explícito y determinante, *impide la detención fuera de las normas fijadas de antemano por las constituciones o por las leyes dictadas conforme a esas normas supremas*. El pacto americano va más al fondo de las garantías para la libertad física, e introduce el constitucionalismo de los Estados, reconociéndolo como fuente exclusiva de esas garantías.

De manera que es en la Constitución Política de Colombia y en las leyes locales, dictadas de acuerdo con la Carta, donde se contienen las regulaciones sobre captura y detención de toda persona a quien se atribuye un hecho punible. El art. 737 del Código de Procedimiento Penal ordena que para el efecto de “la detención preventiva del presunto extraditado o su excarcelación con fianza, se aplicarán las disposiciones sobre el particular”, es decir, las de los arts. 436 y 439.

Según se desprende de lo expuesto, el tratado con Estados Unidos produce un triple quebranto simultáneo: el pacto de Costa Rica, la Constitución de Colombia y el estatuto procesal. El pacto de San José se viola en sí mismo y en cuanto remite a la Carta Política, cuyo art. 23 precave contra toda molestia en la persona o la familia, contra las prisiones, arrestos o detenciones y contra el registro domiciliario, cuando no proceden de *autoridad competente*.

Y “autoridad competente” es la judicial, más ampliamente, la jurisdiccional definida en los arts. 55, 58 y 147 y siguientes de la Carta, con las regulaciones establecidas en los arts. 3° y 31 y siguientes del estatuto de procedimiento penal. Cualquiera otra autoridad no tiene jurisdicción sobre las actividades de las personas, carece de atribuciones para resolver sobre la detención.

El tratado de extradición, al sugerir o imponer otra autoridad, como la administrativa del Ministro de Justicia, quebranta evidentemente el pacto de Costa Rica que, debe repetirse, introduce en el derecho internacional público americano el respeto por la Constitución de cada Estado signatario. No puede hablarse, en este caso, de que los pactos inconstitucionales deben ser obedecidos porque el derecho internacional prevalece sobre la Constitución, pues se ha conformado la uniformidad entre los dos sistemas.

En conclusión, para detener es indispensable seguir las prevenciones de los arts. 436 y 439 del Código de Procedimiento Penal, y, como el tratado con Estados Unidos viola estas disposiciones, dictadas en armonía con la Carta Política, es inaplicable, está afectado de nulidad.

VI. CÓMO SE PRODUCEN OTRAS VIOLACIONES DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

El numeral 5 del art. 7° del Pacto de San José de Costa Rica dice que *toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez o funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales*. Esta norma también es violada por el tratado de extradición, porque parece indicar

que el retenido o detenido puede ser llevado ante un empleado administrativo, y no ante uno investido de funciones judiciales. En todo caso, es este el procedimiento que se cumple ahora, sin que, por otro lado, sea el indicado en el convenio con Estados Unidos. Lo cual representa un vacío y sirve para soslayar la intervención de los jueces de la República, como manda el pacto de Costa Rica y precisa el ordenamiento jurídico colombiano.

El numeral 6 del Pacto de San José establece la segunda instancia, es decir, el recurso en virtud del cual *toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida sobre la legalidad o ilegalidad de la detención*. El tratado de extradición suprime esta garantía, o al menos los términos en que está redactado el art. 11 permiten su supresión en la práctica, y así resulta como consecuencia de la eliminación de los jueces para los actos de capturar y detener. El Ministro de Justicia no puede convertir sus actividades administrativas en jurisdiccionales para conceder la alzada ante una instancia judicial no prevista.

VII. UN QUEBRANTO PARTICULARMENTE GRAVE DEL TRATADO DE EXTRADICIÓN

Al enunciar las normas violadas por el tratado de extradición se halló el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, que dice:

“Artículo 29. *Normas de interpretación*. Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de:

“a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

“b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

“c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

“d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

Está prohibido a los Estados signatarios del pacto suprimir o limitar las garantías penales y procesales tal como las establecen la Constitución colombiana y las leyes dictadas de conformidad con la Carta. Una de esas garantías es la del art. 23, desarrollada en el Código de Procedimiento Penal en los artículos que ya se han citado, o sea, el 436 que impide detener conforme las exigencias del 439, sin haber recibido antes declaración indagatoria al imputado, o antes de requerirlo como ausente. El tratado de extradición viola por eso el art. 29 del pacto de Costa Rica, que nuevamente remite en este caso a las leyes colombianas.

Se trata de una disposición expresa, de alta jerarquía, enfrentada a convenios o actividades posteriores, que prohíbe restringir los derechos de la persona retenida o detenida. Y esa prohibición tiene efectos innegables en la vigencia del tratado con Estados Unidos, cuyo gobierno es también signatario del pacto de Costa Rica. El desconocimiento de esta norma es otro de los que se suman a la violación del *jus cogens*, o sea, a uno de los principios conforme a los cuales se debe ajustar todo acuerdo internacional. En este caso, ese principio del *jus cogens* se ha convertido en disposición expresa, de donde es forzoso que deriva un mayor respeto por lo que vehementemente manifiesta.

El art. 29 del pacto de Costa Rica otorga fuerza obligatoria tanto a la "Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre" como a otros actos internacionales de igual naturaleza. En dicha declaración y en esos otros actos figuran las garantías para la libertad física, que solo se pueden reducir por decisiones de los jueces. Su vinculación al pacto extrae las medidas del campo declarativo para llevarlas a categoría de convenio continental, esto es, a la esfera de los deberes que no pueden eludirse sin incurrir en responsabilidades exigibles por uno de los contratantes o por los organismos establecidos para proteger su vigencia y eficacia.

VIII. CÓMO SE HA VIOLADO LA CARTA DE SAN FRANCISCO

La Carta de la Organización de las Naciones Unidas pregona como uno de sus objetivos "el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos", en el numeral 3 del art. 1º, propósito reiterado en el ordinal b) del art. 13. El art. 55, ordinal c), afirma que la Organización promoverá "el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos", y el art. 56 impone a los pueblos y los gobiernos de las distintas procedencias el compromiso de "tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55".

Pero la norma de mayor alcance, la que contiene más obligatoriedad, aquella que no es posible dejar de lado en la elaboración y desarrollo de cualquier clase de acuerdos bilaterales, o multilaterales, es la del art. 103:

"En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta".

Es ostensible el conflicto entre el tratado de extradición con Estados Unidos y las decisiones del estatuto básico de las Naciones Unidas. El tratado quebranta el derecho de libertad, según la múltiple demostración que ha venido haciéndose, derecho cuya tutela constituye nada menos que uno de los objetivos centrales de la Organización de Naciones. La libertad solo puede recortarse por la detención o la prisión cuando lo disponen los jueces dentro de la órbita

de su competencia funcional. El tratado, según queda visto, reemplaza ese mecanismo por una indicación o solicitud diplomática, dirigida a quienes no son jueces.

No hay manera de resolver ese conflicto sino apelando al art. 103 de la Carta de San Francisco, que es prevaleciente y que por ello se impone al tratado de extradición. Esa norma es imperativa y su desconocimiento por acuerdos posteriores es de suma gravedad hasta el punto de que estos dejan de ser aplicables. A menos que sobreviniera otro pacto como el constitutivo de la organización mundial, discutido y suscrito por los representantes de todos los gobiernos concurrentes en la capital de California, o por mayor número de ellos. Así lo disponen los principios del *jus cogens*, que se examinan adelante, principios que a su vez hacen parte de la legislación positiva universal.

IX. DEFENSA OBLIGATORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS SEGÚN LA CARTA DE SAN FRANCISCO

No han faltado quienes resten fuerza obligatoria a la Carta de San Francisco en relación con los derechos humanos, uno de los cuales es el de no sufrir detención por causa de infracciones penales, sino en acuerdo con la ley nacional vigente. Lo cual convertiría tan decisivo instrumento en un conjunto de recomendaciones confiadas al arbitrio de los signatarios. El punto de vista correcto es el que expone, entre otros autores, el español EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, así:

"Esta interpretación no se concilia con el texto ni con el espíritu de la Carta. Los miembros de las Naciones Unidas tienen el deber jurídico de actuar de conformidad con los propósitos de la Organización y, por consiguiente, están jurídicamente obligados a respetar y a observar los derechos y libertades fundamentales y a evitar toda discriminación.

"El compromiso del art. 56 de tomar medidas conjunta o separadamente significa tomar tal acción no solo en el plano internacional sino también en el plano nacional. Dicho compromiso carecería de sentido si no se interpretara como significando que los Estados miembros están obligados a tomar medidas conjunta o separadamente para promover en otros Estados el respeto y la efectividad de los derechos humanos, reservándose para sí la facultad, no solo de no respetarlos y observarlos, sino incluso la de violar esos mismos derechos y libertades dentro de su propio territorio y respecto de sus propios súbditos"¹.

X. EL DESCONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN COLOMBIANA

La segunda petición tiene por objeto el que se suspenda el efecto del art. 8º, numeral 1º, del tratado con Estados Unidos, porque desconoce la

¹ EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Edit. Tecnos, 1980, págs. 208 y 209.

jurisdicción colombiana sobre quienes han delinquido dentro de su territorio. Y desconoce la jurisdicción local porque obliga a extraditar *cuando el delito comprenda actos que se hayan realizado en territorio de ambos Estados*.

De esta suerte, si dentro de las fronteras, en el espacio aéreo o en las aguas jurisdiccionales una persona, colombiana o no, transporta, lleva consigo, almacena, conserva, elabora, vende, ofrece, adquiere, suministra o produce marihuana, cocaína, morfina o cualquier otro farmacodependiente, según las conductas alternativas descritas en los arts. 37 y 38 del decreto 1188 de 1974, para despacharlas a los Estados Unidos, debe ser extraditado a fin de que lo juzguen las autoridades de ese país.

Del mismo modo, quien envíe a Estados Unidos un artefacto para que explote dañosamente en Nueva York o Miami, tiene que ser entregado a la justicia extranjera. Igual ocurre a quien lesione al pasajero de aeronave en Barranquilla o Cartagena, si continúa el viaje y muere en Chicago o en Washington. Y así sucesivamente podrían citarse casos de las llamadas infracciones a distancia, en las cuales se llevan a cabo *actos* en suelo de Colombia vinculados o no a la intención de realizarlos en el de Estados Unidos.

Pues bien: ese desarrollo parcial de la conducta punible ya es inculparable en Colombia, en virtud del principio de territorialidad absoluta que acoge el art. 13 del estatuto represor, así: "La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional, salvo las excepciones consagradas en el derecho internacional". Estas excepciones son las referentes a las inmunidades diplomáticas.

Y el mismo art. 13, acogiendo un principio más amplio como es el de ubicuidad dispone que "el hecho punible se considera realizado: 1º) En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción", o allí donde esta se omitió o donde se produjo o debió producirse el resultado.

Si la conducta tiene varios momentos, si es de las que se conocen como de tracto sucesivo, o, según el tratado, si hay un acto cumplido en territorio nacional, ese acto ya es infracción y queda sometido a la decisión de los jueces colombianos. Operan de tal modo la territorialidad y la ubicuidad, en concordancia perfecta. Inclúyese la tentativa, pues la detención del desarrollo punible que esta entraña, es ya un quebranto típico.

Así se plantea un grave abatimiento de la jurisdicción nacional, es decir, de la soberanía, según se puntualiza después. De inmediato, hay que dilucidar el tema del conflicto de leyes. El tratado con Estados Unidos se firmó en Washington el 14 de setiembre de 1979 y se aprobó, como quedó dicho, mediante la ley 27 de 1980. Podría pensarse que la ley aprobatoria modificó el régimen nacional establecido entonces por el Código Penal de 1936, pues una ley modifica otra. Si ello fuera admisible, ha de tenerse en cuenta, para variar ese criterio, que el Código hoy vigente fue expedido por el decreto legislativo número 100 de 1980, ley posterior a la del tratado. Además, el nuevo estatuto entró a regir el 29 de enero de 1981.

Si es cierto que una ley modifica o deroga otra anterior, el Código Penal vigente desde enero de 1981, modificó o derogó las disposiciones del tratado sobre el juzgamiento en el exterior de infracciones realizadas en Colombia. Luego no puede tener aplicación el tantas veces citado art. 8º sobre extradición obligatoria de nacionales, y, en general, de infractores de cualquier nacionalidad que hayan delinquido dentro del territorio nacional.

XI. TERRITORIO, SOBERANÍA Y JURISDICCIÓN

Pero el asunto es de más entidad. Los pactos de Nueva York y de San José de Costa Rica, según lo examinado antes, imponen la jurisdicción local como única capacitada jurídicamente para detener a una persona por hechos punibles realizados en Colombia y señalan como ejecutores de esa medida a los funcionarios judiciales. Estos son, pues, los jueces competentes. Y este reconocimiento lo hacen expresamente los dos pactos a fin de dirigir en esta materia la controversia ya tradicional entre el imperio del derecho de gentes en asuntos regulados por las leyes nacionales. Para el caso, no es necesario entrar en las tesis encontradas de si ha de estarse con las previsiones internacionales o con las internas (cuestión que, en lo referente a los derechos humanos, está decidida por la preeminencia del derecho internacional), pues los pactos se inclinan en favor de la competencia local.

Y en ese punto coinciden con las previsiones de la Carta Política, cuyo art. 2º dispone: "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece".

La infracción realizada total o parcialmente en territorio colombiano ha de ser apreciada en su contenido típico, antijurídico y culpable, por los jueces nacionales, no solo porque el hecho tuvo ocurrencia dentro del territorio, concepto este revaluado por el derecho internacional público, pues no se tiene en cuenta el suelo físico o el espacio que lo cubre, sino, precisamente, el espacio físico donde ejerce su jurisdicción un conglomerado humano, una totalidad popular integrante de lo que se llama la Nación.

De esta manera, la soberanía, otro concepto revisado en su clásico absolutismo, en virtud de compromisos mundiales o regionales, es en definitiva ejercicio de la jurisdicción, o sea, del poder dispositivo que tiene la Nación para actuar sobre un suelo o un espacio de acuerdo con las normas dictadas por los órganos correspondientes, emanados de ella.

Si se recorta la jurisdicción local, se afecta la soberanía, es decir, la capacidad de los nacionales para instituir los poderes públicos dentro de los ordenamientos constitucionales. Y si se afecta esa capacidad de determinación, se quebranta el art. 2º de la Carta Política, quebranto generador de responsabilidades porque los pactos sobre derechos humanos validan, con fuerza privativa, las normas procesales internas que fijan exigencias intransferibles para detener por ejecuciones punibles.

En este sentido es ilustrativa y merece adhesión esta parte del concepto emitido por el señor Procurador General de la Nación al recorrer el traslado que le corriera la Corte Suprema de Justicia respecto de una demanda instaurada para obtener la declaratoria de inexecutable del tratado de extradición con Estados Unidos. Estos párrafos están contenidos en el oficio número 670, del 18 de mayo de 1973, que suscribe el doctor Carlos Jiménez Gómez:

"...3. En guarda del principio de reciprocidad del país puede comprometerse a entregar personas extranjeras a sus países de origen, pero de ningún modo el Estado colombiano puede comprometerse a entregar sus nacionales en virtud de hechos definidos en nuestra legislación como delitos, pues sería renunciar a la aplicación de la ley y a la jurisdicción interna con evidente desconocimiento de los principios contenidos en los arts. 2º, 10, 20, 55 y 105 de la Constitución. Menos aún podría otorgarse la extradición de nacionales acusados de conductas que la ley colombiana no define como delitos.

"4. Los órganos del poder público deben ejercerse dentro de los límites que la Constitución establece, el primero de los cuales es, sin duda, que no pueden trasladar sus propias competencias, ni menos aún las de otras autoridades. La Constitución no autoriza dicho traslado ni entre los órganos internos, ni a autoridades supranacionales (excepto el caso explícitamente previsto en el inciso segundo del ordinal 18, art. 76) ni menos aún a potencias extranjeras".

La persona es parte de ese hecho vital denominado *Nación*, que los constitucionalistas e internacionalistas han venido exaltando con mayor o menor claridad, precisión y vehemencia, a veces con sentido histórico y económico-social, a veces con otros estímulos y entonaciones. LUIS CARLOS SÁCHICA da al concepto su auténtico sentido de creación en el tiempo y de entendimiento en torno de las obras comunes, así:

"La Nación, como hecho sociológico, es una comunidad compleja, integrada por grupos heterogéneos con finalidades particulares, con capacidad y voluntad de organización unitaria, personalidad y destino históricamente diferenciados, que le dan carácter estable. Es, pues, comunidad consciente o asentida, cuantitativamente superior y cualitativamente distinta de los grupos que la integran, o como dice DABIN, *un querer vivir colectivo* fundado sobre realidades y hechos sociales de carácter permanente que la califican y personalizan, dándole continuidad y dimensión en la historia"².

La superioridad cualitativa y cuantitativa de la Nación no solo no permite perder de vista al individuo que hace parte de ella, sino que necesariamente lo supone. Ese individuo humano, esa persona, es su sustancia originaria, compactada con otras sustancias pero no disuelta o perdida en el conjunto. Disponer de esa persona, por ejemplo, para que otro sistema la juzgue, equivale a admitir un recorte a la idea y al hecho de Nación, del mismo modo que el abandono de un kilómetro de territorio afecta esa entidad soberana, des-

crita y protegida en el art. 2º de la Carta Política. En los dos casos, el de la entrega de un colombiano a cualquier gobierno foráneo y el de la cesión del pedazo de territorio, la jurisdicción se disminuye en contra de lo previsto en la citada norma constitucional.

Es este uno de los motivos para no aplicar el art. 8º del tratado.

XII. EL INDIVIDUO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Tan importante es la unidad llamada *persona*, que se ha convertido en sujeto del derecho internacional moderno, superando las nociones tradicionales que aceptaban únicamente como sujetos de esa clase de principios y normas a los entes públicos, y al Estado como el más capaz de ellos. Y la persona, particularmente considerada, es sujeto del derecho internacional público no solo para exigir de ella el cumplimiento de deberes y para soportar responsabilidades, como en el caso de los criminales de guerra o de autores de otras infracciones de lesa humanidad, sino también para otorgarle los derechos que los pueblos, por conducto de representantes en las organizaciones mundiales y regionales, han declarado en su favor, más todavía, han concertado en sistemas legales como fundamento de la paz y de la coexistencia civilizada.

De manera poco menos que unánime, los tratadistas más recientes comentan favorablemente estos reconocimientos. Uno de ellos, ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, afirma que la persona es el verdadero sujeto jurídico, "calificación que llega al derecho desde los campos de la gramática y de la lógica, en los que el sujeto es el ente al que se atribuye un predicado. En el ámbito jurídico, sujeto es el ente a quien se atribuyen derechos y obligaciones, responsabilidades y competencias, pero como todas estas atribuciones son hechas por las normas de derecho, sujeto equivale a destinatario de la norma, y es, precisamente, esta calidad de destinatario de las reglas jurídicas la que configura la personalidad".

Pero la persona no es el ente jurídico, sino también el individuo humano. Su reconocimiento como sujeto de derecho internacional, sigue diciendo MIAJA DE LA MUELA, "significa esencialmente que el hombre, por su peculiar dignidad, no debe ser tratado como objeto de la relación de derecho", y concluye con la afirmación de que excluir al individuo de la personalidad jurídica era convertirlo nada más que en el objeto de la relación, lo que pugna con la realidad y con la ética³.

Sobran las referencias a los expositores extranjeros cuando los colombianos han tratado la cuestión en términos todavía más comprensivos. MARCO GERARDO MONROY CABRA, por ejemplo, hace un recuento de la posición de BAUMGARTEN, SCÉLLE y KELSEN, entre otros, quienes sostienen que "los Es-

² LUIS CARLOS SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1980, pág. 121.

³ ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al derecho internacional público*, Madrid, Gráficos Yagües, 1979, págs. 252 y 253.

tados actúan como simples representantes o agentes de sus nacionales y que estos son los verdaderos sujetos del derecho internacional”⁴.

La personalidad internacional del individuo es sustentada también correctamente por DIEGO URIBE VARGAS, quien elogia los avances de la escuela moderna en cuanto “considera al individuo como sujeto de su ordenamiento, a la vez que le reconoce la categoría de miembro de la comunidad de los pueblos. Este criterio diferencial lo adoptamos por estimar que todo cambio que se opere en relación con los destinatarios de la norma internacional modifica radicalmente el sistema. Una de las notas distintivas del mundo contemporáneo es el ascenso del individuo al plano de la subjetividad internacional”⁵.

MONROY CABRA acoge la opinión de NICOLÁS POLITIS, según el cual solo el individuo es el verdadero sujeto del derecho internacional y desconoce cualquier otro destinatario de esta clase de normas, y transcribe este extracto de la jurisprudencia:

“En la opinión consultiva emitida por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de la jurisdicción de las Cortes de Danzig, no dejó dudas respecto a que no había nada en doctrina que impidiera a un individuo devenir sujeto de derecho internacional si los Estados así lo deseaban. LAUTERPACHT advierte que la opinión de la Corte sobre la capacidad de los individuos de poder adquirir derechos directamente conforme a los tratados, no era un hecho aislado, sino que seguía otras decisiones de la Corte, y al efecto menciona varios casos”⁶.

Si la persona humana ha sido reconocida con tantas atribuciones en el ámbito jurídico internacional; si el derecho ecuménico, a través de declaraciones y de múltiples tratados, le otorga capacidades que en el pasado pertenecían únicamente a los entes públicos; y si hay convenios en virtud de los cuales los derechos humanos son objeto de especial miramiento por los gobiernos en el interior de un país y por los miembros de las comunidades multinacionales, es por el entendimiento de que esa persona individualmente considerada hace parte de un grupo, mejor aún, de una Nación, y que es en esta Nación, integrada por una totalidad de personas humanas, donde reside la fuerza constitutiva de los distintos regímenes, de las más diversas organizaciones estatales. La Nación es la realidad absoluta, no discutible, y el individuo que de ella forma parte conserva su ser natural y social. Sin él, la Nación sería el más inconsistente de los convencionalismos jurídicos.

Conviene repetir que la persona humana es la Nación singularizada, y que cualquier acto dispositivo de ella o sobre ella afecta el conjunto. De allí el que la Nación sea, de acuerdo con el art. 2° de la Carta colombiana, la depositaria exclusiva de la soberanía y que es de ella de donde surgen los

⁴ M. G. MONROY CABRA, *Los derechos humanos*, Bogotá, Edit. Temis, 1980, pág. 175.

⁵ DIEGO URIBE VARGAS, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1972, pág. 88.

⁶ MONROY CABRA, ob. cit., pág. 177.

poderes públicos, cuyo mantenimiento se debe igualmente a las voluntades particulares y generales.

XIII. UNA REFERENCIA PARCIAL EN LA DISCUSIÓN PARLAMENTARIA DEL TRATADO CON ESTADOS UNIDOS

En la discusión del tratado que aprobó la ley 27 de 1980, hubo un error de información por parte del Procurador General, doctor Guillermo González Charry, inadvertido en la Cámara de Representantes. Sostuvo el jefe del ministerio público, principal negociador del tratado, bajo cuya dirección se llevaron a cabo las deliberaciones, pues el ministro de Relaciones Exteriores de propósito las dejó a su cargo, teniendo en cuenta que en la Procuraduría estaba centralizada la lucha contra el narcotráfico, que la extradición de colombianos no introducía ninguna novedad porque estaba permitida desde el convenio de 1888, suscrito también con los Estados Unidos. Y agregó que igual cosa admitió la Convención Interamericana de 1933.

Las siguientes son sus palabras, según el acta número 11 de la Comisión Segunda Constitucional Permanente, sesión del miércoles 1° de octubre de 1980, Cámara de Representantes:

“Tampoco el tratado vigente entre Colombia y Estados Unidos prohíbe la extradición de nacionales y por el contrario expresamente la permite la ley 66 de 1888, artículo 10. Finalmente es necesario recordar que la Convención Interamericana de 1933 suscrita por Colombia permite la extradición de nacionales”.

Estos términos constan también en el acta de la sesión celebrada por la Comisión Segunda de la Cámara, el 24 de setiembre de 1980.

Con estas explicaciones se disiparon algunos de los reparos sobre la extradición de colombianos y se acallaron los escrúpulos de varios representantes, preocupados por el peligroso alcance de la entrega de los nacionales al gobierno de los Estados Unidos.

La Procuraduría explicó apenas una faz del asunto, pues, aunque Colombia ha suscrito acuerdos bilaterales y multilaterales para permitir la extradición de nacionales mediante requerimiento del otro o de los otros gobiernos, esa entrega es *facultativa* en todos los convenios, incluyendo el de 1888 con Estados Unidos. En cambio, en el tratado ahora vigente, *la entrega es obligatoria* en los casos ya vistos, es decir, “cuando el delito comprenda actos que se hayan realizado en territorio de ambos Estados”, según el art. 8°, numeral 1°, ordinal a). Hay considerable distancia entre la decisión facultativa y la obligatoria. Esta es la que lesiona los tratados de derechos humanos, remitentes a la legislación interna y a la Carta Política, y la que se enfrenta a estos dos ordenamientos.

El art. 10 del tratado de extradición con Estados Unidos, suscrito en 1888 y aprobado por la ley 66 de ese año, dice: “Ninguna de las Altas Partes

Contratantes será obligada a entregar sus propios ciudadanos según las estipulaciones de esta Convención: el hacerlo o no, les será enteramente discrecional”.

Más aún, la ley 8ª de 1943 aprobó unas modificaciones al tratado de 1888, mejor, incorporó al sistema nacional unos cambios, en acuerdo con Estados Unidos. Pero esta reforma apenas aumentó el número de los hechos objeto de extradición, sin alterar una sola letra del arbitrio para entregar a los nacionales.

De otra parte, el acuerdo multilateral sobre extradición, suscrito en diciembre de 1933 por los delegados a la VII Conferencia Internacional Americana, aprobado por la ley 74 de 1935, que el Procurador adujo como antecedente en materia de extradición de colombianos, tampoco impuso el deber de entregarlos, sino que dejó la decisión al criterio del gobierno. Este es el art. 2º de la Convención:

“Cuando el individuo fuese nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega, esta podrá o no ser acordada según lo que determine la legislación o las circunstancias del caso a juicio del Estado requerido”.

En el Congreso se quiso alejar, con estos argumentos, la repugnancia de senadores y representantes por la entrega de un compatriota a la justicia foránea. Lo cierto es que no hay noticia de que en alguna época los gobiernos de Colombia se hayan allanado a cumplir esa clase de entregas. Ahora se quiere inaugurar un régimen opuesto, pretextando la lucha contra los narcotraficantes, pero en realidad incluyendo numerosos delitos de toda naturaleza. Son tantos, que hubo de enumerárseles en una sección especial, casi subalterna o supletoria, calificada de *apéndice*.

XIV. SUPRESIÓN DEL *HABEAS CORPUS* EN EL TRATADO CON ESTADOS UNIDOS

Las peticiones sobre supresión de las dos cláusulas del tratado con los Estados Unidos tienen otro fundamento no menos explícito y decisivo, y es el de que tales cláusulas desconocen el *habeas corpus*, categóricamente establecido, con fuerza obligatoria, entre otros cuerpos, por el art. 25 del Pacto de San José de Costa Rica, tantas veces aludido. Bajo el título de *protección judicial*, dice esa norma:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

”2. Los Estados Partes se comprometen:

”a- a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

”b- a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y

”c- a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Esto es, observa MONROY CABRA, “el recurso de *habeas corpus* reglamentado en forma diferente en las distintas legislaciones y que constituye una garantía contra la arbitrariedad judicial. La gran mayoría de sistemas consagra este derecho, pero frente a regímenes de excepción o estado de sitio se recorta la protección judicial, a veces en forma excesiva y en otros casos no puede tener eficacia, debido a que las autoridades gubernamentales niegan haber detenido a una persona, aunque se haya realizado la detención, sin que existan medios idóneos suficientes para que el gobierno indique los sitios de detención o acepte el hecho de esta sin juicio ni audiencia del sindicado”⁷.

Bien planteado queda en la anterior transcripción que las reiteradas violaciones del *habeas corpus* proliferan en los regímenes de excepción, esto es, en aquellos ordenamientos, por fortuna no permanentes, en que pierden vigor las garantías democráticas y, en cambio, se encarece e impone el capricho de las autoridades políticas. Una de las diferencias entre la democracia y el despotismo más o menos acentuado, se revela en torno de esa garantía, enérgica y limpia cuando el pueblo interviene, malograda cuando se le aleja de las decisiones oficiales.

También el numeral 4 del art. 9º del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York, en 1966, y, como se vio, vinculado a la legislación nacional, establece el *habeas corpus* y conjuntamente con el recurso de apelación a una instancia superior. El quebranto de esa garantía afecta, por consiguiente, al estatuto ecuménico sobre las atribuciones del individuo en defensa de sus libertades, una de las cuales es la de no poder ser detenido sino con las formalidades legales, y la de poder emplear medios adecuados para revisar las órdenes de detención.

XV. OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE EL *HABEAS CORPUS*

Aunque lo expuesto sea suficiente para ver el contraste entre los convenios sobre derechos humanos y las cláusulas varias veces mencionadas del tratado con Estados Unidos, especialmente la concerniente a las garantías contra detenciones indebidas o que se tienen por tales, no sobran consideraciones sobre la índole misma del instituto jurídico conocido en todo el mundo como *habeas corpus*.

En primer término, el *habeas corpus* no es un recurso de aquellos que las leyes de procedimiento establecen para que otra autoridad revise los actos dictados en un grado inferior de jurisdicción. No entraña, pues, ni reposición, ni apelación, ni consulta, ni queja. Es, como sostienen quienes tratan la materia, una acción *sui generis* del derecho público convenida como la máxima

⁷ MONROY CABRA, ob. cit., pág. 147.

protección de la libertad. Hecho jurídico este, afirma CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, que "se halla enriquecido con las Declaraciones de Derechos de Virginia y de Francia recogidas en principio por las Constituciones del siglo XIX. Y que, por consiguiente, el *habeas corpus* debe proteger la libertad, así integrada y compleja, con la misma eficacia que antes pudo tener la libertad puramente física en la Carta Magna o en los Fueros Españoles"⁸.

El instituto tiene por eso las más altas significaciones, que SÁNCHEZ VIAMONTE, acorde con la generalidad de los autores, menciona así:

"...2. El juez del *habeas corpus* ejerce una jurisdicción exclusiva y excluyente sobre las personas para quienes se reclama el amparo judicial.

"3. En ejercicio de esa jurisdicción la autoridad del juez es la más alta de todas, y cualquier obstrucción que se le oponga es desacato, aunque provenga del poder ejecutivo.

"4. El juez de *habeas corpus* es el juez de la rama designada por la ley"⁹.

En segundo lugar, si bien el sistema colombiano reglamenta el instituto en los arts. 417 a 425 del Código de Procedimiento Penal, no le confiere la naturaleza de un recurso sino que conserva su característica de *acción*. Y acción no solamente dirigida contra decisiones judiciales privativas de la libertad, sino contra toda disposición que en ese sentido dicten los representantes de las otras ramas del poder, y, específicamente, de los de la administrativa. La acción se ventila ante el juez del lugar, del circuito o municipal, o promiscuo, pero la orden de detención puede provenir de cualquier agente oficial.

El contenido y la extensión del *habeas corpus* están nítidamente delineados en la norma violada del pacto de Costa Rica, cuyo art. 25 interesa contemplar por estos aspectos:

A) El amparo *procede contra actos violatorios de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, en la ley o en el mismo pacto*. El reconocimiento del derecho de no ser detenido sino por causa delictiva parte del art. 23 de la Carta Política y está reglamentado en el estatuto de procedimiento penal, arts. 436, 439 y 737. Es preciso, por lo tanto, cumplir las exigencias de estas normas, ya que así lo prescribe el sistema americano en su conjunto.

B) El amparo se ejerce aun cuando la detención sea ordenada *por personas en ejercicio de sus funciones oficiales*. Lo cual extiende la protección de la libertad en los casos en que esta es quebrantada por obra de cualquier funcionario público perteneciente a la administración de justicia o a los órdenes parlamentario gubernativo.

C) En consecuencia, los decretos, resoluciones o autos de privación de la libertad, dictados por el Ministerio de Justicia, son objeto de la acción que, se reitera, corresponde resolver a los jueces.

⁸ CARLOS SÁNCHEZ VIAMONTE, *Habeas corpus*, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Buenos Aires, 1960, t. XIII, pág. 469.

⁹ *Ibidem*, pág. 472.

El acatamiento de los compromisos que acarrea el pacto de Costa Rica, en relación con las garantías de libertad dentro del proceso o fuera de él, evita incriminaciones contra los jueces que cumplen la tarea encomendada a ellos. Si su tarea es la de decidir sobre la acción *habeas corpus*, no pueden realizar ningún delito. En otras palabras, si la ley les obliga a la protección de la libertad de una persona, cualquiera fuere el empleado oficial que la restringe o suprime, sus providencias jamás pueden contener ilicitud en la causa originaria.

XVI. HACIA UNA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO ENTRE LOS TRATADOS

Se ha destacado la contrariedad entre los pactos internacionales sobre derechos humanos, especialmente en lo relacionado con la libertad de los sindicados, la competencia de los jueces y la jurisdicción nacional en materia delictiva, y el tratado de extradición con Estados Unidos.

Existe el conflicto entre las dos clases de normas y es forzoso definir cómo se soluciona en un plano superior. El derecho internacional y numerosos convenios multilaterales, algunos de ellos universalizados, siendo reglas de común aceptación para resolver en los ordenamientos internos el contraste de unas disposiciones con otras, precisan las fórmulas adoptables. Pero ya no son fórmulas meramente opcionales o facultativas para cada gobierno, sino que tienen carácter obligatorio.

Ante todo es decisivo el imperio de los tratados de muchos signatarios, prevalecientes sobre los acuerdos bilaterales o de algunos grupos. HANS KELSEN precisa la cuestión:

"Hay en verdad una diferencia importante entre los tratados concluidos por muchos Estados —tratados multilaterales— por los cuales se crean las normas generales, regulando la conducta mutua de los Estados contratantes, como el Pacto de la Sociedad de Naciones o la Carta de las Naciones Unidas, y los tratados concluidos por solo dos Estados —tratados bilaterales— por los cuales se crea una norma individual, estableciendo solamente una obligación de un Estado y un derecho de otro Estado, por ejemplo, un tratado de cesión. Los llamados tratados creadores de derecho son tratados que crean normas generales, mientras que los otros son creadores de derecho a través de normas individuales"¹⁰.

Demostrando que no siempre la ley posterior prima sobre la anterior, si son las mismas partes contratantes, ALFRED VERDROSS subraya el imperio de las voluntades plurales sobre las singulares o las de menor número:

"Otra cosa ocurre si se contraponen a un tratado colectivo otro posterior, suscrito por un grupo más reducido de Estados. Pero aun en este caso hay

¹⁰ HANS KELSEN, *Principios de derecho internacional público*, Buenos Aires, Librería-Editorial "El Ateneo", 1965, pág. 274.

que distinguir si el Tratado colectivo contiene preceptos de *jus cogens* o si permite a un círculo menor de Estados firmantes establecer modificaciones de común acuerdo. En el primer supuesto, el nuevo tratado que se opone a una norma taxativa del tratado colectivo es *nulo*, según el parecer de Van Eysinga y Schücking, jueces de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, expuesto en sus votos particulares del caso *Chin, y*, en consecuencia, la Corte tendría que decretar de oficio esta nulidad¹¹.

Ahora bien, son *normas taxativas*, que pertenecen al conjunto de principios y disposiciones instituidos como *jus cogens* y que por eso no pueden ser contrariadas por acuerdos de grupos bilaterales, aunque sean posteriores, "aquellas reconocidas como tales por todos los pueblos civilizados, como el principio de que no tienen fuerza obligatoria los Tratados inmorales y los que violan los principios de humanidad". A los cuales VERDROSS agrega estos otros: los constitucionales fundamentales acerca de la subjetividad jurídica internacional, las fuentes mismas de este derecho, el respeto mutuo entre los Estados, la buena fe, informadores de todo el tráfico jurídico internacional¹².

Aunque no faltan autores, muy contados por cierto, que participan del escepticismo de MODESTO SEARA VÁSQUEZ¹³, quien afirma que tales principios, "desenterrados de la doctrina de algunos de los primeros tratadistas del derecho de gentes y de sus seguidores", no han tenido acciones afortunadas, lo cierto es que conforme a ellos se ha venido regulando la conducta de los gobiernos en el campo internacional. También es cierto que su desconocimiento por los promotores de la última contienda mundial motivó las sentencias condenatorias pronunciadas por los tribunales de Nuremberg y Tokio. Y lo es, igualmente, que esos principios, entre los que se incluyen los tutelares de la libertad física por causa de infracciones penales, han salido de la esfera declarativa para conformar normas positivas en varios tratados, como son los ya advertidos.

Se concluye que la oposición entre tratados multilaterales y tratados de grupos o de carácter bilateral, se resuelven en favor de los primeros porque comprometen más voluntades, se afirman en mayor espacio y confrontan situaciones generales, muy especialmente cuando esos convenios acogen normas del *jus cogens*, entre las cuales figuran, debe repetirse, las que garantizan el ejercicio de la libertad al perseguido por hechos punibles.

El contraste de normas como las indicadas, determina la nulidad de los acuerdos bilaterales o de grupos, según decisiones de los organismos de justicia internacional, los cuales pueden proceder aun de oficio a la declaración correspondiente.

¹¹ ALFRED VERDROSS, *Derecho internacional público*, Madrid, Aguilar, 1957, pág. 128.

¹² Ídem, pág. 81.

¹³ MODESTO SEARA VÁSQUEZ, *Derecho internacional público*, México, Edit. Porrúa, S. A., 1981, págs. 68 y 69.

En estas condiciones, los tratados de Nueva York de 1966 y Costa Rica de 1969, han de aplicarse de preferencia, en cuanto instituyen garantías supraorgánicas de la libertad física. El tratado de extradición con Estados Unidos es de inferior jerarquía, establece una relación particular y no puede aplicarse porque quebranta los modelos universales y permanentes del *jus cogens*.

XVII. EL *JUS COGENS* COMO TRADICIÓN Y COSTUMBRE

El *jus cogens*, es decir, las normas imperativas que por poseer esa calidad no pueden desconocerse en las relaciones internacionales, bien sea en la redacción de un tratado, en su aprobación, al tiempo de ejecutarse o en cualquier otro compromiso de gobiernos o entidades de derecho público, fueron instituidas por la costumbre en largas sucesiones de casos, resueltos con sentido humanitario y pacifista. En ese conjunto de principios quiso verse cristalizada una parte del derecho natural, impuesto por la razón a súbditos y gobernantes de las distintas naciones.

Algunos de los primeros autores, anota MICHAEL AKEHURST, "sostuvieron que un tratado resultaría nulo si se oponía a la moral y a ciertos principios básicos, no especificados, del derecho de gentes. La base lógica de esta regla residía en que un tratado no podía derogar el derecho natural. Al decaer la doctrina jusnaturalista, la regla fue cayendo gradualmente en el olvido, aunque se continuara rindiéndole homenaje verbal... El nombre técnico que se atribuye hoy a los principios básicos del derecho internacional, que los Estados no pueden modificar por convenio, es el de *normas imperativas de derecho internacional general*, también conocidas genéricamente como *jus cogens*"¹⁴.

La lenta tradición formativa de los principios penetró, sin embargo, la obra de quienes dedicaron sus esfuerzos al servicio del entendimiento entre los personeros de los distintos Estados, y fue así como los autores clásicos canalizaron esa nutrida corriente y la distinguieron de otra clase de prevenciones.

Apoyándose en expositores tan autorizados como KELSEN y GUGGENHEIM, entre otros, PEDRO PABLO CAMARGO afirma:

"El punto de vista de gran parte de los internacionalistas clásicos es el de que aunque buen número de normas de derecho internacional tienen el carácter de *jus dispositivum*, existen, sin embargo, algunas normas fundamentales que los Estados no pueden derogar a través de un acuerdo convencional *inter se*. Para esto se basan en la libertad de contratación internacional y sus límites, tal como ocurre con el derecho nacional. VERDROSS es de opinión que en cualquier sistema legal existen ciertas reglas básicas que pertenecen al *orden público*, y que, por tanto, constituyen su *jus cogens*"¹⁵.

¹⁴ MICHAEL AKEHURST, *Introducción al derecho internacional*, Madrid, Alianza Editorial, S. A., 1972, pág. 72.

¹⁵ PEDRO P. CAMARGO, *Derecho internacional*, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 1974, pág. 152.

Muchos ejemplos fueron conformando un núcleo de preceptos determinantes, dice CÉSAR MOYANO BONILLA, elaborados partiendo de la doctrina, la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y las declaraciones o resoluciones de los organismos de esta misma especie. En lo que se refiere a la jurisprudencia, es importante, por ejemplo, el fallo de la Corte Internacional de Justicia, del 5 de febrero de 1970, antes de que entrara a regir la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, suscrita en 1969, en el asunto *Barcelona traction, light and power company, Limited*, que cita MOYANO BONILLA en su valioso estudio *El archipiélago de San Andrés y Providencia*¹⁶:

“En particular, debe establecerse una distinción esencial entre las obligaciones de los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen respecto a otro Estado dentro del marco de la protección diplomática. Por su naturaleza misma, las primeras conciernen a todos los Estados. Dada la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados pueden ser considerados como poseedores de un interés jurídico en que tales derechos sean protegidos, las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*.”

“Estas obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, del hecho de poner fuera de la ley los actos de agresión y de genocidio, pero así mismo de los principios y normas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluida la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial”.

XVIII. EJEMPLOS CARACTERÍSTICOS DE DOCTRINAS SOBRE EL *JUS COGENS*

Pero todavía hay otros numerosos ejemplos de normas *jus cogens*, acogidos por la doctrina internacional, teniendo en cuenta la naturaleza del objeto sobre que versan. Fueron situaciones analizadas, numeradas y clasificadas por la Conferencia de Derecho Internacional, encargada de redactar las disposiciones que luego, en 1969, fueron la base de la Convención de Viena, cuyos textos fundamentales relacionados con la materia se registran adelante.

Esos casos pueden agruparse en dos secciones, cada una de las cuales revisa MOYANO BONILLA, así:

La primera congrega las medidas prohibitivas de la guerra de agresión, el genocidio, el comercio de esclavos, la piratería, el uso de la fuerza, así como *las protectoras de los derechos humanos*, la que obliga a resolver las controversias internacionales por medios pacíficos, la de no intervención, las que reconocen la autodeterminación de los pueblos, la soberanía permanente sobre los recursos naturales, la descolonización y el sometimiento de la zona internacional de los fondos marinos al principio del patrimonio común de la humanidad, y la máxima *pacta sunt servanda*.

¹⁶ CÉSAR MOYANO BONILLA, *El archipiélago de San Andrés y Providencia*, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 365.

La segunda sección de ejemplos acogedores del *jus cogens* fueron citados en la Conferencia de Derecho Internacional, según las referencias de ERNESTO DE LA GUARDIA y MARCELO DELPECH que trae MOYANO BONILLA, así: las *normas fundamentales de los derechos humanos*, las prohibitivas de la esclavitud y de ciertos actos de guerra, el genocidio, el colonialismo y la discriminación racial.

También se incluyen en la segunda sección de ejemplos, los preceptos contra la piratería, el uso ilícito de la fuerza, el desconocimiento de la soberanía e independencia política de un Estado y los actos contrarios a la igualdad soberana, a la no intervención y los que restringen la libertad en alta mar.

Así, pues, los derechos humanos en general, de que se ocupan los tratados objeto de menciones anteriores, integran, conjuntamente con otras ordenanzas las normas del *jus cogens*, a las cuales se debe estricto sometimiento y cuya violación es causa de nulidad. Pero el respeto a los derechos humanos, entre los cuales figuran los del imputado de hechos punibles, no solo es materia de aquellos tratados sino también de jurisprudencias, doctrinas y declaraciones, como la de las Naciones Unidas, en París, 1948.

XIX. EL *JUS COGENS* EN LA NORMACIÓN POSITIVA: CONVENCION DE VIENA DE 1969

Pero los mandatos del *jus cogens* ya no están dispersos en la tradición y en el espacio, en la doctrina y las declaraciones, sino que componen un cuerpo de derecho positivo, concreto como toda armadura de esta clase, claro además, discutido en múltiples oportunidades y finalmente aprobado por las Naciones Unidas en 1969, en Viena. En esta ciudad se suscribió el pacto internacional contentivo de todas las normas referentes a la formación de los tratados, a su vigencia y aplicación, a sus reservas, a las causales de nulidad, en fin, a cuanto tiene que ver con los compromisos multilaterales y bilaterales, comenzando por la definición del *jus cogens*. Si se había de legislar sobre la sujeción a los tratados era forzoso acogerse en primer término a aquellos principios de imperativa obediencia, que representan algo así como la Constitución Universal, fuera de la cual cualquier arreglo entre gobiernos cae en lo arbitrario e ilícito.

Dice el art. 53 de la Convención de Viena:

“*Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).*”

“Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general, es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Los elementos de esta definición son analizados así por MOYANO BONILLA:

1. Una norma de derecho internacional general es una disposición común de derecho consuetudinario, válido para todos los miembros de la comunidad universal. Las restricciones a la libertad de contratar provienen de muy lejos, pues, según anotan autores de diversas extracciones, "en toda comunidad civilizada existen ciertas reglas que el derecho no permite ignorar o modificar por acuerdos".

2. La comunidad de Estados que en su concepto aceptan esas normas en calidad de superiores, no es la universalidad, lo que sería imposible, pues no siempre la marcha es unánime o sincronizada hasta la perfección. Basta "una mayoría suficiente de opiniones estatales que son expresión de un consenso", como precisa ADOLFO MINA ORANTES recapitulando las discusiones al adoptar la frase "comunidad en su conjunto".

3. El rechazo de cualquier acuerdo en contrario. Lo cual significa "que los Estados no pueden exceptuar su cumplimiento por acuerdos convencionales o unilateralmente", concepto de MOYANO BONILLA respaldado así por REINALDO GALINDO: "El *jus cogens* contiene una forma específica de obligatoriedad, un *plus* respecto de la obligatoriedad normal de las reglas internacionales. Este *plus* consiste en el carácter ineluctable, en el cumplimiento irrefragable en cuanto los interesados y las partes tienen que ajustarse a esas normas y no pueden renunciar a su aplicación ni pactar excepciones. Por consiguiente, esas normas están por encima de la voluntad de los sujetos de derecho internacional".

4. Las normas del *jus cogens* no pueden modificarse sino por otras de igual naturaleza. Su función, concluye JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "es proteger a los Estados contra acuerdos convencionales que se celebren en desafío de ciertos intereses y valores generales de la comunidad internacional de Estados *en su conjunto*: asegurar el respeto de esas normas generales de derecho cuya inobservancia afecta la esencia misma del sistema jurídico internacional". De modo que la suplantación o restricción de aquellas disposiciones solo son legítimas cuando para llevarlas a cabo concurre el acuerdo de una voluntad colectiva tan decisoria como la anteriormente manifestada.

El tratado de extradición con Estados Unidos es un entendimiento de solo dos partes que niegan normas constitutivas del *jus cogens* referentes a los derechos de defensa por causa de infracciones punibles, como niegan la jurisdicción y, consiguientemente, la competencia de los jueces colombianos para definir los casos aplicando las leyes procesales internas y los ordenamientos constitucionales en virtud de los cuales existen esas leyes. El entendimiento de dos sujetos se opone al de la comunidad universal.

XX. OBLIGATORIEDAD DE LA CONVENCIÓN DE VIENA

La Convención de Viena está en vigor desde el 27 de enero de 1980, fecha en la cual se cumplió la exigencia del art. 84, numeral 1, que dice: "La presente

Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o adhesión".

El gobierno de Colombia envió representantes autorizados para discutir los términos de los compromisos establecidos en la Convención y para suscribirla, como en efecto lo hicieron. No es un gobierno adherente sino actuante desde un principio. Verdad es que todavía no ha sido llevada al estudio del Congreso, para su aprobación o improbación, pero este retraso no libera de las obligaciones consignadas en ese estatuto trascendental, que marca una etapa en el desarrollo de las relaciones internacionales. Y Colombia no quedaría exenta de responsabilidad por el quebranto de la Convención, como se prueba en seguida.

1. El trascurso de casi catorce años desde la fecha en que fue suscrita, indica la voluntad del gobierno de cumplirla totalmente. Durante ese lapso considerable pudo haber expuesto razones para retirar la firma o exonerarse de determinados deberes. El derecho internacional estima que el silencio es una forma de manifestar o ratificar el asentimiento, unido al deseo de obedecer las reglas de un convenio, aplicando el principio de la buena fe.

2. La negativa de cumplir las prevenciones de la convención es también negativa de satisfacer los compromisos que ella impone, entre los cuales figuran los del *jus cogens*, en lo tocante a derechos humanos.

3. La misma convención, en su art. 18, impone especiales deberes al gobierno que la ha suscrito o que ha adherido a ella, aunque todavía no haya canjeado los instrumentos de ratificación, en la siguiente forma:

"Artículo 18. Obligaciones de no frustrar el objeto y el fin de un Tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustran el objeto y el fin de un Tratado:

"a) si ha firmado el Tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el Tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el Tratado; o

"b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el Tratado, durante el período que precede a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente".

Si así lo dispone para otra suerte de convenios, debe entenderse que lo reclama igualmente para las normas de la propia convención. No puede, por lo tanto, frustrarse el objeto de esta, aun antes de que entre a regir. Eso sería una burla a cuanto se proclamó como necesario para el bienestar político de las naciones y para sus relaciones recíprocas. La firma de la convención no ha sido desautorizada y sus disposiciones valen en el sistema interno de Colombia.

4. Puede argumentarse que la convención no acarrea obligaciones jurídicas porque no ha sido aprobada por el Congreso y que apenas genera obligaciones de índole moral. Está bien. Pero los compromisos morales en el derecho internacional público y en la vida de los Estados son tan valiosos y significativos como los jurídicos, políticos y económicos. La estabilidad mundial o regional

corre el peligro de serias perturbaciones si los gobiernos se desentienden de aquello que aceptaron en un buen momento solo porque no han actuado como debieran a fin de que los deberes morales adquieran también la naturaleza de los otros. Muchas contiendas de gran alcance han sobrevenido a consecuencia del quebranto de compromisos morales. Si estos se cuestionan en la esfera rigurosamente privada, jamás puede sustraérseles de las relaciones internacionales, o hacerles perder su irremplazable fuerza aglutinante.

XXI. SUSPENSIÓN PARCIAL DEL TRATADO CON ESTADOS UNIDOS

La Convención de Viena permite en casos especiales la suspensión parcial de un tratado, mejor, la suspensión de una o varias de sus cláusulas cuando, como sucede en el suscrito con Estados Unidos, hay motivo legal para esa medida. La regla general es la de que el tratado debe abolirse totalmente, pero las excepciones previstas dan base para la suspensión parcial. Lo dispone la convención en esta forma:

"Artículo 44. *Divisibilidad de las disposiciones de un Tratado.* 1. El derecho de una parte, previsto en un Tratado o emanado del artículo 56, a denunciar ese Tratado, retirarse de él o suspender su aplicación, no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del Tratado, a menos que el Tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto.

"2. Una causa de nulidad o terminación de un Tratado, de retiro de una de las partes o de suspensión de la aplicación de un Tratado reconocida en la presente Convención, no podrá alegarse sino respecto de la totalidad del Tratado, salvo los casos previstos en los párrafos siguientes o en el artículo 60.

"3. Si la causa se refiere solo a determinadas cláusulas, no podrá alegarse sino con respecto a esa cláusula cuando:

"a) dichas cláusulas sean separables del resto del Tratado en lo que respecta a su aplicación;

"b) se desprenda del Tratado o conste de otro modo que la aceptación de esas cláusulas no ha constituido para la otra parte o las otras partes en el Tratado una base esencial de su consentimiento en obligarse por el Tratado en su conjunto; y

"c) la continuación del cumplimiento del resto del Tratado no sea injusta".

Las dos cláusulas objetadas del convenio de extradición con Estados Unidos, son separables del resto, que seguiría vigente. Las obligaciones principales no sufren mengua ni oscurecimientos. Solo se deja de lado lo referente a la detención provisional de la persona reclamada y la entrega de nacionales colombianos. Estos son accidentes que en nada afectan la integridad de las otras estipulaciones.

Tampoco se ve injusticia en el cumplimiento de estas otras estipulaciones, ni hay causa para impugnarlas como violadoras de los preceptos universales que si se lesionan gravemente con la vigencia de los arts. 8° y 11 en los párrafos señalados.

XXII. LAS PETICIONES ANTE LA FACULTAD DE INTERPRETAR EL TRATADO

El derecho de petición con el sentido expuesto antes, se favorece considerando no solo las facultades presidenciales para demandar a la otra alta parte contratante el ajuste del tratado de extradición conforme lo exigen los principios generales del *jus cogens* y las normas en que han cristalizado estos principios, sino también la capacidad jurídica del jefe de la administración para interpretar todas las cláusulas y especialmente las dos en pugna con el derecho internacional, y, según la remisión expresa de este, en discrepancia también con el ordenamiento constitucional y legal colombiano.

Las reglas concernientes a la interpretación de toda fórmula de derecho se aplican al internacional público y, por consiguiente, a los tratados. No hay, dice KELSEN, "principios relativos a la interpretación de los Tratados que difieran de aquellos referentes a la interpretación de otros instrumentos jurídicos"¹⁷.

Sin embargo, en este campo de las relaciones oficiales, es más pronunciado el criterio de que los tratados han de interpretarse con arreglo al derecho internacional consuetudinario, de carácter general, como sostiene OPPENHEIM¹⁸, lo que permite a este autor advertir además:

"Se da por supuesto que las partes contratantes abrigan propósitos razonables y no incompatibles con los principios del derecho internacional en general, ni con las obligaciones convencionales contraídas anteriormente con terceros Estados". Por consiguiente, si un acuerdo o convenio bilateral, verbigracia, contiene disposiciones opuestas al sistema consuetudinario, es indispensable reconocer a este su calidad y fuerza superiores.

CHARLES ROUSSEAU hace el recuento de los "modos de interpretación de los tratados", según la vía pertinente: la internacional amplia, la internacional gubernamental, la jurisdiccional internacional, la jurisdiccional interna y la gubernamental interna. Esta última es la que interesa: "Cuando es unilateral, dice ROUSSEAU, la interpretación se efectúa por un acto jurídico de derecho interno (ley, decreto, circular ministerial), ya sea de oficio o a pedido del Estado contratante"¹⁹.

La Convención de Viena, recuerda MOYANO BONILLA, "regula en su artículo 71 los efectos que se derivan de la celebración de un Tratado en oposición a una norma existente de *jus cogens*, al igual que las consecuencias surgidas cuando un Tratado queda en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general"²⁰.

¹⁷ H. KELSEN, ob. cit., pág. 275.

¹⁸ OPPENHEIM, *Tratado de derecho internacional público*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1961, t. I, vol. II, pág. 548.

¹⁹ CHARLES ROUSSEAU, *Derecho internacional público profundizado*, Buenos Aires, La Ley, S. A., Editora e Impresora, 1966, pág. 77.

²⁰ CÉSAR MOYANO BONILLA, ob. cit., pág. 397.

Y, verdaderamente, la primera parte de la norma mencionada previene:
"Art. 71. Consecuencias de la nulidad de un Tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general.

"1. Cuando un Tratado sea nulo en virtud del artículo 53, las partes deberán:

"a) eliminar en lo posible las consecuencias de todo acto que se haya ejecutado basándose en una disposición que esté en oposición con la norma imperativa de derecho internacional general; y

"b) ajustar sus relaciones mutuas a la norma imperativa de derecho internacional general".

Decidiéndose por el criterio de la especialidad para saber qué fórmula debe aplicarse, es preciso tener en cuenta que los tratados de Nueva York y Costa Rica, son *especiales* para los derechos humanos, y que también por este aspecto se imponen a los que versan sobre otras materias.

Conclusiones

De lo escrito se concluye:

Primero. Los numerales 1 y 2 del art. 11 del "Tratado de Extradición entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", violan normas del *jus cogens*, tanto como el numeral 1, ordinal a) del art. 11 de dicho tratado.

Segundo. Las normas del *jus cogens* objeto del quebranto provienen del derecho internacional consuetudinario y también de Tratados en los cuales se acogen tales normas. Entre estos tratados figura el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por las Naciones Unidas, en Nueva York, 1966, aprobado en Colombia por la ley 74 de 1968; el Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por la ley 16 de 1972; y el Pacto Constitutivo de las Naciones Unidas, de San Francisco, 1945.

Tercero. En presencia de estas infracciones, Colombia debe tomar las medidas más adecuadas a la salvaguardia de los derechos humanos, integrantes del *jus cogens*, en especial los de que la detención por causa de delitos se efectúe de acuerdo con el ordenamiento legal interno, y el de que Colombia no puede renunciar al ejercicio de la jurisdicción represora cuando los hechos punibles se realizan total o parcialmente en territorio nacional.

Cuarto. Mientras la Corte Suprema de Justicia siga inhibiéndose de estudiar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes aprobatorias de tratados internacionales, solo el señor Presidente de la República, como suprema autoridad administrativa y director exclusivo de las relaciones con otros Estados, está facultado para adoptar las decisiones convenientes a la defensa de la legalidad y de los atributos de la persona humana en Colombia. Ninguna otra autoridad está asistida por tan alta misión. De él depende todo lo que pueda hacerse para restablecer la normalidad jurídica perturbada por el tratado de extradición con Estados Unidos.

Señor Presidente,

Luis Carlos Pérez.

CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY PENAL COLOMBIANA*

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Como sabemos, nuestro Código Penal encabeza el Libro Primero o Parte General, con un título introductorio que los redactores del estatuto han denominado "De las normas rectoras de la ley penal colombiana"; ahora bien, tal enunciación merece algunas precisiones previas a nuestra exposición.

I. NORMA RECTORA Y PRINCIPIO RECTOR

Se hace necesario distinguir entre *norma* y *principio rector*, como lo ha puesto de presente FERNÁNDEZ. Los principios rectores son, en términos generales, "decantaciones que la doctrina elabora a partir del examen inductivo de las distintas instituciones penales, ampliados y consolidados a veces por el derecho penal comparado. Son inferencias generalizantes que los juristas efectúan como culminación de sus análisis, a guisa de conclusiones abstractas, a fin de mostrar los criterios supremos en que descansa la legislación"¹. Significa esto, entonces, que los principios rectores son pautas generales en las cuales descansan las diversas instituciones del derecho penal positivo y que la doctrina propone como guía para la interpretación de las mismas; de ellos ha de auxiliarse el intérprete que quiera abordar sistemáticamente la legislación penal.

Las normas rectoras, en cambio, son principios rectores de la legislación "reconocidos expresamente por la ley y convertidos por esta en derecho positivo"².

El legislador colombiano ha recogido, pues, principios que rigen todas las instituciones penales vertidas no solo en el *derecho penal fundamental* sino en el *complementario*, y que han de extenderse en alguna medida al mal

* Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Universidad Autónoma Latinoamericana el 24 de mayo de 1983. El autor es catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Medellín.

¹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 339.

² Ídem, pág. 340.

llamado "derecho penal administrativo"; principios que por su redacción se parecen más bien a automandatos que el legislador se ha dado. Pero no solo esto, tales principios han de permitir la *elaboración dogmática* de nuestro derecho penal para colocarlo a la altura de los modernos derechos penales, haciendo a un lado vetustos enfoques clásicos y positivistas, muchos de ellos insostenibles, pero aún alojados en la mentalidad de nuestros jueces e intérpretes.

Estos principios rectores —ahora normas— no son fruto de la actividad espontánea del legislador sino una conquista de muchos años de evolución del derecho penal.

II. ORIGEN DEL TÍTULO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL. COMETIDOS

La idea de consagrar un título preliminar en las codificaciones penales latinoamericanas, se remonta a las discusiones suscitadas a raíz de la elaboración de un Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, cuyas sesiones se iniciaron en Santiago de Chile en 1963; la propuesta se debe al extinto profesor argentino SEBASTIÁN SOLER y al brasileño HELENO CLAUDIO FRAGOSO. Después de muchas posiciones encontradas y de arduos debates, se acordó no incluirlos³; sin embargo, en la *Declaración de principios* de la comisión redactora del proyecto, se observan diez principios fundamentales que coinciden sustancialmente con nuestras "normas rectoras"⁴.

En el Proyecto JIMÉNEZ DE ASÚA para Venezuela de 1967 se discutió también un Título Preliminar sobre la materia, el cual fue objeto de consideración, y que reporta un antecedente más.

En Colombia, los redactores del A-74, por insinuación de ROMERO SOTO y adición de GAITÁN MAHECHA, basados en los antecedentes mencionados, procedieron a consagrar el título preliminar, el cual, luego de haber pasado por el tamiz de posteriores comisiones, conservó en su redacción el texto original, aunque con algunas pequeñas y a veces importantes variantes⁵.

Pese a lo anterior, debe observarse, ya muchas de estas "normas rectoras" tenían consagración legal entre nosotros, no solo en el campo constitucional sino también en el legal, comoquiera que se encuentran vertidas en las leyes 74 de 1968 (que recogió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en Nueva York, 1966) y la ley 16 de 1972 (que incorporó a nuestro ordenamiento la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica 1969). Y como si lo anterior fuera poco, ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la ONU, aparecen la gran mayoría de tales "normas rectoras", algunas de las cuales se encontra-

³ FRANCISCO GRISOLIA, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, t. II, vol. I, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1973, págs. 27 y ss.

⁴ GRISOLIA, ob. cit., t. I, pág. 155.

⁵ Cfr. LUIS CARLOS GIRALDO, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, t. I, Bogotá, Ed. Pequeño Foro, 1981, págs. 101 y ss.

ban también en el anterior Código Penal. De manera que el legislador no ha innovado sustancialmente en esta materia, a no ser al introducir la noción de hecho punible que como dijimos nos abre las puertas a la elaboración dogmática de nuestro derecho penal; el mérito ha sido la sistematización de esta serie de mandatos, mejorando en algunos aspectos la redacción, en otros desmejorándola, o llamando la atención sobre algunos principios desdibujados y olvidados en nuestro medio. La rememoración de estos principios no garantiza, sin embargo, que nuestra legislación penal los respete en su integridad, pues si se observó gran celo, a la hora de redactarlos no se contemplaron cabalmente las consecuencias que de ellos se derivan, como lo demuestra la misma Parte Especial del estatuto. Es más, se da el caso de que los arts. 5° y 10 puedan llegar a pugnar entre sí, pues el último no parece respetar el principio de culpabilidad en la forma tan vehementemente acogida por el primero de ellos.

Ahora bien, si posamos nuestra mirada en las codificaciones o normatividades que conforman el mismo derecho penal complementario, hallamos ejemplos palpables de que la normatividad penal vigente, su andamiaje, no respeta estas "normas rectoras"; basta con leer el Estatuto Penal Aduanero, el Código de Justicia Penal Militar, o el mismo derecho penal contravencional (Código Nacional de Policía), para darse cuenta que los tipos abiertos, indeterminados, se encuentran elegantemente incrustados sin que ello nos preocupe; esto, sin reparar en las tradicionales afrentas que supone la asunción de la legislación especial expedida durante los últimos treinta años de Estado de sitio, cuyo máximo exponente y más refinado representante es el decreto 1923 de 1978 o Estatuto de Seguridad, que prácticamente no respetó ninguno de estos principios hoy sistematizados por el legislador colombiano en el Título I, y que ya eran derecho positivo, por provenir de pactos internacionales suscritos por el Estado colombiano, incorporados al ordenamiento mediante leyes del Congreso.

Tarea inmediata que deben emprender todos los estudiosos de estas materias, es luchar por la reconstrucción de nuestro derecho penal (fundamental y complementario), reformando tipos penales indeterminados que al atentar contra la seguridad jurídica no determinan claramente las conductas punibles ni sus consecuencias jurídicas; evitando acudir a normas en blanco que se complementan, generalmente, mediante resoluciones administrativas las cuales nadie conoce (como el Estatuto Penal Aduanero y algunos tipos de la parte especial del C. P.); haciendo respetar el principio de culpabilidad, eliminando todas las formas de responsabilidad objetiva incrustadas y que muchos de nuestros jueces aplican mecánicamente; emprendiendo la elaboración del mal llamado Derecho Penal Administrativo (disciplinario, fiscal y económico), plagado de disposiciones que no tienen razón de ser en un Estado de derecho. Y para no ir muy lejos, fomentando el debate y concientizando a la opinión pública sobre el peligro que representa para la seguridad jurídica y las garantías ciudadanas, el proyecto de ley que hoy cursa en el Congreso de la Repúbli-

ca, por medio del cual “se establecen unas contravenciones de policía; se crea como medida correctiva el internamiento en centros de capacitación laboral; se fija la 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”, como se intitula el mencionado proyecto.

Debemos reclamar, reivindicar las mínimas garantías que reportan estas “normas rectoras”, pues de lo contrario el Título I del Código Penal será un catálogo más de buenas intenciones, como hasta ahora ha acontecido con las demás consagraciones legales que han sido vulneradas, a pesar de que obligan a Colombia en el concierto de las naciones.

Ocupémonos brevemente de los principios mencionados, empezando por el principio madre o matriz, el principio de legalidad o principio de intervención legalizada o de reserva.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (C. P., art. 1º)

“*Legalidad.* Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”.

A) *Referencias al derecho positivo.* Este principio generador, que preside toda la estructura de nuestro derecho penal y del que se derivan las demás normas rectoras, encuentra consagración en los arts. 26 y 28 de la Const. Nal.; 9º de la ley 74 de 1968; 9º de la ley 16 de 1972; 3º del Código de Justicia Penal Militar o ley 141 de 1961. Además, aparecía en el art. 1º del anterior Código Penal, y se encuentra en el art. 11, inc. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de dic. 16 de 1948, suscrita por Colombia.

B) *Justificación.* La gravedad de los medios empleados por el Estado en la represión del delito; la drástica intervención en los derechos elementales del hombre; el carácter de *ultima ratio* que esta intervención tiene, imponen necesariamente “la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo del Estado y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo”⁶.

Lo que justifica, entonces, el principio de legalidad, es que se constituya en una herramienta que controla la intervención del Estado, con miras a lograr

⁶ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 79.

el respeto de las garantías fundamentales y la seguridad jurídica; que sirva de freno y de control a la arbitrariedad.

Teniendo clara esta justificación, se entiende por qué se le denomina *principio de legalidad*: establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar y ejecutar sus consecuencias (penas o medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general, de conformidad con los postulados liberales que la inspiran; *principio de reserva*, pues desde el punto de vista técnico formal, “equivale a una reserva de la ley por lo que concierne a la materia de los delitos, de las penas, y hoy de las medidas de seguridad... significa que la materia penal debe ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del poder del Estado al que compete según la Constitución la facultad de legislar, es decir el poder legislativo”⁷; *principio de intervención legalizada*, porque toca de lleno con la *intervención* del poder punitivo estatal, la cual controla y limita con miras a lograr los cometidos del Derecho Penal mismo⁸.

C) *Origen y desarrollo.* A grandes rasgos se puede decir que el principio nace con el Estado de derecho, sin que se pueda afirmar que es el producto de un día sino la consecuencia de un largo proceso, del cual se han señalado muchos antecedentes, destacándose algunos textos de ULPIANO incorporados al *Digesto*; y la obra de CICERÓN (106-43 a. J. C.), para quien un comportamiento pasado, que no hubiese sido por sí mismo legalmente delictual y reprochable, no puede merecer ninguna consecuencia jurídica negativa^{8 bis}.

Se señalan, así mismo, precedentes en la *Carta Magna Leonesa* de Alfonso IX en las Cortes de León (1188) y en la *Carta Magna* de Juan sin Tierra de Inglaterra (1215); en la *Petición de Derechos* de los Estados americanos de Filadelfia (1774), Virginia y Maryland (1776); y finalmente en la *Josephina* austriaca de 1787.

Formulado como exigencia por BECCARIA, en su obra, hacia 1764, para contrarrestar la arbitrariedad del régimen absolutista, pues “solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social”⁹.

Pese a estos antecedentes, lo cierto es que el principio tiene su origen en aquel momento histórico “en que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del monarca que lo encarna, a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio”¹⁰, situación a la que se llega con la Revolución Francesa, coronación del

⁷ GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1977, págs. 95 y 96.

⁸ MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 80.

^{8 bis} GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal*, Parte general, Madrid, Edersa, 1982, pág. 28.

⁹ CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Ed. Aguilar, 1979, pág. 74.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 82.

pensamiento político y filosófico del siglo XVIII, de la época del Iluminismo; por ello, en el art. 8º de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, se consagró en estos términos: "Nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada". Esta declaración fue recogida por los códigos decimonónicos y hoy rige universalmente, después de que la ONU en su Declaración de 1948 la consagró (art. 11) y de que la URSS la incorporó a su legislación penal después de haberla derrotado en los códigos de 1922 y 1927. No debe olvidarse, sin embargo, el menoscabo que sufrió durante el régimen nazi entre 1933 y 1945, cuando se proclamó la aplicación de la analogía como norma general, dando cabida a todo lo que contraviniese "el sano sentimiento del pueblo alemán"; así mismo, las burlas patrocinadas por el positivismo en Italia al poner en primer plano la peligrosidad del delincuente. Y aunque parezca paradójico, su menoscabo al instalarse el *Juicio de Núremberg*, con la creación de disposiciones *ex post facto* para juzgar a delincuentes nazis.

D) *Fundamentos*. Se habla de un fundamento jurídico y de uno político.

Políticamente, es el producto del pensamiento liberal de los siglos XVIII y XIX, del espíritu liberal que generó el Estado de derecho. El Estado de derecho se caracteriza por cuatro postulados: el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la actuación administrativa y la garantía de los derechos y las libertades fundamentales. Estas notas se reflejan en el principio de legalidad jurídicopenal.

Su *fundamento jurídico* se debe a P. A. FEUERBACH —padre del famoso filósofo LUDWIG VON FEUERBACH— hacia 1799, iniciador del método dogmático en Alemania y quien le dio la siguiente formulación latina: "*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimen*" y "*nullum crimen sine poena legali*"; esto es, "no hay pena sin ley, no hay pena sin delito" y "no hay delito sin pena legal", formulación que se ha impuesto y ha llegado hasta nuestros días.

E) *Moderna formulación*. En el actual derecho penal, el principio se ha formulado teniendo en cuenta no solo las *garantías penales* sino las *garantías procesales*.

Desde el punto de vista de las *garantías penales* se ha expresado así: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia*; o sea: *no hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad, sin ley escrita* (descarta el derecho consuetudinario), *stricta* (excluye la aplicación analógica de la ley penal), *certa* (no puede haber ninguna indeterminación) y *previa* (en el sentido de que tiene que ser anterior al hecho que se imputa)¹¹.

Esta desmembración en cuatro niveles la recoge nuestra legislación penal, como se desprende de la lectura de los arts. 1º, 3º, 6º y 7º. Formulado desde el punto de vista de las *garantías procesales*, se concibe así: *Nemo iudex sine*

lege y Nemo damnatur per legale iudicium; esto es, la ley penal solo puede aplicarse por los órganos y los jueces instituidos legalmente para esa función; y nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal¹².

Estas garantías se desprenden de los arts. 26 y 28 de la Const. Nal., 1º y 11 del C. P., del Código de Procedimiento Penal y de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972.

También se puede descomponer, analíticamente, a la par de los elementos del delito, definido desde una perspectiva dogmática, tal como lo propone FERNÁNDEZ, de la siguiente manera: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine actione, sine iniuria, sine typicus factum, sine culpa; nulla poena sine libertas, nulla mensura sine periculositate*; o sea, no hay delito o hecho punible, no hay pena, no hay medida de seguridad sin acción, sin antijuridicidad, sin tipicidad, sin culpabilidad; no hay pena sin libertad; no hay medida de seguridad sin peligrosidad (arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 33, 41 y 12 del C. P. y demás disposiciones citadas)¹³.

IV. PRINCIPIO DEL HECHO (C. P., art. 2º)

"*Hecho punible*. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable".

A) *Descomposición de la norma*. El texto transcrito, nos sitúa ante dos consagraciones: de un lado el *concepto dogmático de delito* o hecho punible (comprensivo tanto de delito como de contravención); del otro, el *principio* universalmente conocido como *del acto o del hecho*. Ocupémonos, brevemente, del concepto dogmático.

El concepto de delito es estratificado, sus categorías integrantes van escalonadas, de tal manera que la posterior presupone la anterior. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad están relacionadas lógicamente, de tal modo que cada elemento lleva en sí un grado diverso de enjuiciamiento y de valoración, estructurados uno sobre y a continuación del otro, proporcionando un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, facilitándola y asegurándola contra contradicciones y arbitrariedades¹⁴.

Este concepto legal, pues, nos sitúa ante la imperiosa necesidad de emprender la reestructuración de nuestro derecho penal, partiendo de los postulados de la *Dogmática jurídicopenal*, desarrollos fruto del pensamiento alemán, cuyo sendero abrió FEUERBACH (1799) y cuyo método elaboró IHERING (entre 1867 y 1887), pasando por BINDING quien formuló su *Teoría de las normas* (1872); VON LISZT (quien se destacó con su *Programa de Marburgo* —1882— y el

¹² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, pág. 383.

¹³ Ob. cit., págs. 72 y ss.

¹⁴ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976, pág. 73.

¹¹ FRITJOF HAFT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, Verlag C.H. Beck, 1980, pág. 35.

Tratado de derecho penal —primera edición en 1881 cuando contaba 30 años—, BELING (introdujo la categoría de la tipicidad hacia 1906), sistematizadores del *sistema clásico del delito*¹⁵; MERKEL, quien medió entre los dos anteriores; RADBRUCH, MAYER y SAUER, responsables de la introducción del neokantismo en el derecho penal, al comienzo de los años 20 del presente siglo y que dio lugar a la formulación del *esquema neoclásico del delito* (avance notable con respecto al positivismo naturalista de VON LISZT), finalmente sistematizado por MEZGER; WELZEL, crítico denodado del enfoque causalista, quien hacia 1939 inició sus escritos de dogmática juridicopenal, precedido de algunos ensayos filosóficos en los que planteaba un paso del subjetivismo al objetivismo y la sustitución del relativismo valorativo por la afirmación de “verdades eternas” y “estructuras lógico-objetivas”, de donde nacería el *esquema finalista* del delito, que pervive hasta nuestros días, con seguidores como MAURACH y STRATENWERTH, y últimamente sostenido, aunque con variantes por casi todos los dogmáticos alemanes, tales como WESSELS, BOCKELMANN y culminando en JESCHECK¹⁶, con afanes mediadores como los de SCHMIDHÄUSER y posiciones radicalmente causalistas como la de BAUMANN, sin dejar de lado a ROXIN, quien ha abierto la brecha a nuevos desarrollos, especialmente policriminales, aunque sin olvidar el sistema mismo.

Estos desarrollos han servido para que los derechos penales de otras latitudes experimentaran también las correspondientes fases dogmáticas, tal como sucede en España, donde SALDAÑA y JIMÉNEZ DE ASÚA introdujeron la dogmática clásica al traducir a VON LISZT; RODRÍGUEZ MUÑOZ, la neoclásica, al traducir a MEZGER; y CEREZO MIR contribuyendo a la difusión del finalismo con la traducción de algunos trabajos de WELZEL; a ellos deben sumarse, entre otros, CUELLO CALÓN, RODRÍGUEZ MOURULLO, RODRÍGUEZ DEVESA, CÓRDOBA RODA, MUÑOZ CONDE, MIR PUIG, etc. En Argentina, se observa el mismo fenómeno, si se estudian las obras de SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, hasta llegar a ZAFFARONI y BACIGALUPO; igual en Chile y en otros países europeos.

En Colombia, es sabido, atravesamos desde hace una veintena de años por la fase dogmática, que apenas empieza, pero que ha sido oxigenada ya con las nuevas tendencias alemanas, aunque con muchas resistencias por parte de la tradición —anclada aún en el positivismo o en enfoques clásicos—, la cual no se ha dado cuenta que la herramienta legal actualmente vigente así lo exige, para poder sacar nuestro derecho penal del ostracismo. A esta nueva etapa de nuestra disciplina han contribuido, entre otros, GAITÁN MAHECHA, REYES, PÉREZ, ROMERO SOTO, ESTRADA y últimamente FERNÁNDEZ y AGUDELO con diversos trabajos.

¹⁵ Denominación proveniente de HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, págs. 274 y ss.

¹⁶ JESCHECK, ob. cit., págs. 272 y ss. SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976, págs. 197 y ss.

Necesitamos, pues, una verdadera dogmática juridicopenal, que, como dice JESCHECK, “partiendo de la ley penal que constituye su fundamento y límite, elabore el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordene el material jurídico en un sistema en el que también tengan cabida las decisiones de los tribunales y las opiniones de la ciencia e intente hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y sistemática”¹⁷.

Necesitamos una dogmática crítica, que como clama GIMBERNAT haga posible, “al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal... sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”¹⁸.

Una dogmática así concebida, nos permite la lucha por las garantías fundamentales, tan venidas a menos ante el creciente militarismo; nos sirve de control ante las arremetidas irracionistas y ante la arbitrariedad estatal; nos permite velar por la seguridad jurídica de los ciudadanos. Y decimos esto, porque entre nosotros empieza a circular la peligrosa tesis de que las elaboraciones dogmáticas no juegan ningún papel; se dice que solo las elaboraciones criminológicas y especialmente una mal entendida “criminología crítica”, son la panacea para todos los males. Nada más equivocado en un país que como el nuestro, por su escaso desarrollo dogmático, propicia una aplicación desordenada del derecho penal, una dogmática que por su incipiente desarrollo, juega a la lotería. Por ello, es bueno recordar las palabras de GIMBERNAT: “cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y su límite”¹⁹.

B) *Principio del acto o del hecho*. También denominado principio de la objetividad material del delito^{19 bis}. Supone que no hay delito sin conducta; al hombre se le juzga por lo que hace (derecho penal de acto) y no por lo que es (derecho penal de autor). Recordemos que ya CARRARA, forjador de un derecho penal de cuño liberal, incluía dentro de su definición de delito esta nota, al decir que el delito resultaba de “un acto externo del hombre”, pues el derecho no se puede ofender con actos internos y la autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones de los hombres y sobre sus deseos. “Los pensamientos no se pueden, sin cometer abuso, tener como delitos, no porque estén ocultos a la mirada del hombre, sino porque el hombre no tiene derecho a pedir cuentas a su semejante por un acto que no le puede acarrear perjuicio”²⁰.

¹⁷ *Tratado*, cit., pág. 58.

¹⁸ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?” en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1976, pág. 78.

¹⁹ Ídem, pág. 79.

^{19 bis} BETTIOL, ob. cit., pág. 116.

²⁰ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 47.

Los pensamientos no delinquen; si ello fuera así, tendríamos que haber condenado a GOETHE, quien, según cuentan sus biógrafos, se sentía capaz de cometer hasta el crimen más atroz.

1. *Concepto.* Se habla de un derecho penal de acto, cuando se respeta el principio en estudio, el cual supone, dice FERNÁNDEZ, que “las normas punitivas se dirigen a lo que el hombre hace y no a lo que es, vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida”²¹.

El derecho penal, pues, se refiere a actos humanos, a conductas humanas, no se refiere a conductas de animales como se creyó antiguamente; así, hace unos mil años, el arzobispo de París, en uso de su investidura hubiera excomulgado las sanguijuelas del Sena; el derecho penal tampoco se refiere a la interioridad del hombre: “solo los regímenes totalitarios escudriñan en lo «íntimo» del hombre e indagan el más liviano pensamiento. Los regímenes liberales, por el contrario, exigen que el delito se tenga que manifestar en un dato objetivo”²².

2. *El principio de hecho en nuestra legislación penal.* Podemos afirmar que nuestro derecho penal es de acto o de hecho, con trazas de derecho penal de autor. En efecto, el principio de hecho se desprende no solo del art. 2° del C. P. sino del 19, el cual nos dice que el hecho punible solo se puede realizar por acción o por omisión; así mismo, los arts. 4°, 5°, 36 a 39, emplean la palabra *conducta*. Los arts. 1°, 3° del C. P. y 28 de la Const. Nal., hablan de *hecho*; el art. 26 de la Constitución de *acto*.

El art. 61 al señalar los dos primeros criterios para imponer la pena, cuando habla de la “gravidad y modalidades del hecho punible” y del “grado de culpabilidad” nos sitúa también ante un derecho penal de acto. La distinción entre tentativa y acto consumado, atenuando la primera de ellas la pena, es otra manifestación de un derecho penal de acto, por oposición al derecho penal de autor que los equipara.

Igualmente, la eliminación de la reincidencia (a la que el proyecto de ley que cursa en el Congreso da importancia suma); la distinción entre imputables e inimputables, sometidos los unos a penas y los otros a medidas de seguridad (distinción que desconoce el novedoso proyecto ministerial al introducir una desconocida “medida correctiva de internamiento en centros de capacitación laboral”, la cual rompe los parámetros del derecho penal de acto); la eliminación de la tentativa inidónea que consagraba el anterior art. 19 del C. P. de 1936, son claras manifestaciones de un derecho penal que recoge el principio del acto o del hecho.

Pero las trazas de derecho penal de autor, no se dejan esperar: en los arts. 61, 64 y 66 del C. P., que traen como parámetros para aplicar y graduar la pena “la personalidad” del agente; los arts. 68 y 72 que hacen

²¹ Ob. cit., pág. 346.

²² BETTIOL, ob. cit., pág. 110.

depender la concesión de los subrogados penales de la “personalidad” del agente y de la suposición del juez, quien, con criterio casi que de adivino, ha de determinar cuándo el condenado “no requiere de tratamiento penitenciario”, en el primero de los eventos, o que se pueda “suponer fundadamente su readaptación social”, en el segundo de los casos, o sea en lo que toca a la libertad condicional. Así mismo, cuando se reprimen meros actos preparatorios, como parece que sucede en los arts. 114, 130, 186, 197, 201 y 202, estamos reprochando al hombre no lo que hace sino lo que es. Pero como si lo anterior fuera poco, al examinar el derecho penal complementario, encontramos que el Código de Justicia Penal Militar sigue hablando de *reincidencia* (arts. 34 y 35), de *circunstancias de mayor y de menor peligrosidad* (arts. 36 a 38) y hace depender la concesión de los subrogados penales de la “personalidad” (arts. 68 y ss.), disposiciones que hay que entender, en gran medida, modificadas por el nuevo Código Penal, pues así lo dispone su art. 375.

Nuestro derecho penal, pues, no respeta el derecho penal de acto, como tampoco lo hace el proyecto ministerial, que permite capturar a las personas de “quienes se tenga noticia” que presuntamente han cometido un hecho punible (art. 30); que niega la concesión de los subrogados penales y las rebajas de pena a los sujetos que resulten procesados por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo (art. 33); en fin, que está presidido por una *filosofía peligrosista* extrema, que juzga a los hombres por lo que son y no por lo que hacen, que permite la arbitrariedad y da pábulo para que se persiga a los ciudadanos por sus opiniones, máxime si se tiene en cuenta esa cláusula abierta que trae el art. 11, de conformidad con la cual el gobierno queda facultado para incluir dentro del procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos de terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión, cualquier otro hecho punible: “...y los demás que determine el gobierno...”.

V. PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN (C. P., art. 3°)

“*Tipicidad.* La ley penal definirá el hecho de manera inequívoca”.

A) *Descomposición de la norma.* Al igual que la anterior, encontramos en ella, dos consagraciones: de una parte, la *tipicidad* como estrato o elemento de la estructura del delito, la exigencia de que los delitos se acuñen en *tipos* y no en definiciones genéricas, vagas²³; de la otra, el *principio de determinación* lógicamente vinculado a la exigencia de tipicidad.

Ocupémonos, brevemente, de la tipicidad.

Los *tipos* son los dispositivos que utiliza la ley para individualizar conductas humanas, los cuales se encuentran tanto en el derecho penal fundamental

²³ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, Buenos Aires, Ed. Tea, 1978, pág. 147.

como en el complementario; tienen carácter predominantemente descriptivo, aunque no prescinden de lo subjetivo, pues describen tanto lo objetivo como lo subjetivo. Si se ha comprobado la existencia de una conducta humana, el paso que se ha de dar es averiguar "si la conducta que se investiga está o no individualizada por alguno de los tipos penales. En caso de estarlo, se llamará *tipicidad* a la característica que por esta circunstancia reviste la conducta y se llamará *típica* a la conducta. Cuando la conducta no sea típica, diremos que hay *atipicidad* de la conducta, o sea, que se trata de una acción *atípica*"²⁴.

La característica o nota de tipicidad es hoy universalmente reconocida, después de que BELING la introdujo en 1906, presentándose como una concreción del principio de legalidad: *nullum crimen sine lege*. Pese a lo anterior, ya CARRARA lo había previsto, cuando decía que el delito era una infracción de la ley: "La idea general del delito es la de una violación (o abandono) de la ley, porque ningún acto del hombre puede reprochársele a este, si una ley no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito solo cuando choca con la ley; puede un acto ser dañoso, puede ser malvado y dañoso; pero si la ley no lo prohíbe, no es dado reprocharlo como delito a quien lo ejecuta"²⁵.

B) *Principio de determinación*. Consecuencia del principio de legalidad es la exigencia de una *lege certa* (*nullum crimen sine lege certa*), esto es, se exige que tanto las conductas como las consecuencias jurídicas de ellas derivadas (pena o medida de seguridad), estén claramente determinadas en la ley penal. Por ello, dice el legislador autootorgándose un mandato, que *la ley penal definirá* —lo cierto es que la ley solo describe conductas— *el hecho punible de manera inequívoca*.

1. *Concepto*. El carácter terminante que tienen las consecuencias jurídicas, según nuestra concepción del derecho, hace que su aplicación no pueda dejarse librada al criterio del juez; por ello, dice BAUMANN que "el presupuesto más importante del hecho punible es un tipo dado por la ley, que la conducta del autor debe realizar"²⁶. Este modelo de comportamiento que el legislador erige en tipo penal, debe estar descrito de manera tan clara "que no deje dudas sobre su alcance y contenido; el uso de expresiones anfibológicas y el abuso de ingredientes normativos extrapenales, atentan contra este principio"²⁷.

El principio de determinación, así concebido, concierne tanto al supuesto de hecho como a las consecuencias jurídicas^{27 bis}. La indeterminación de los

tipos viene dada, generalmente, por el uso indiscriminado de *tipos abiertos* o *indeterminados*, que no individualizan totalmente la conducta prohibida o las consecuencias, sino que exigen al juez hacerlo, para lo cual debe acudir a reglas o pautas generales que están fuera del tipo penal. Esta indeterminación de los tipos, atenta contra la seguridad jurídica y pone en peligro las garantías ciudadanas; con razón ha insistido WELZEL en que "el verdadero peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege*, no es de parte de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas"²⁸.

2. *El principio de determinación en nuestra legislación*. Lo normal es encontrarse con tipos que determinan claramente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, como, por ejemplo, el art. 349 que describe la conducta de hurto; sin embargo encontramos tipos penales como los que consagra el art. 111 (menoscabo a la integridad nacional), en el cual no es posible determinar qué se entiende por "menoscabar la integridad territorial" de la República o "someterla en todo o en parte al dominio extranjero", ni, mucho menos, saber qué tipo de "actos" son los que se ajustan a tal descripción típica o qué se quiso decir con eso de "... fraccionar la unidad nacional". Se trata de un tipo penal con un supuesto de hecho claramente indeterminado; otro tanto se puede decir de las consecuencias jurídicas (pena para el caso): ¿Cuál es el criterio para determinar que la pena imponible debe fluctuar entre 20 y 30 años? ¡Los argumentos de tipo ideológico y no precisamente de corte liberal, son los que inspiran esta clase de tipos penales! Indeterminados, a más no poder, son los tipos de los arts. 187 (terrorismo) y 279 (tortura), típico caso de un tipo abierto, tan abierto que, recientemente, en un caso de secuestro que conmovió a la opinión pública, al denunciar los sindicatos presuntas torturas por parte de las fuerzas militares para obtener la confesión, el primer fiscal de la Nación ordenó la apertura de la correspondiente investigación, la cual no fue a ninguna parte, dizque porque los encartados no habían sido torturados aunque sí objeto de "algunos maltratos físicos", con lo cual se olvidó que tal hecho, de conformidad con las leyes 74 de 1968 (art. 7º) y 16 de 1972 (art. 5º), constituye violación de los derechos humanos, pues según tales disposiciones "nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Esos son los peligros de los tipos abiertos, ¡peligros que han llevado a que en nuestro país, los "maltratos físicos" no constituyan tortura!

Son, también, en nuestro concepto, tipos abiertos o indeterminados, los de los arts. 207 (falsificación de moneda) y 276 (constreñimiento ilegal); así mismo, algunos tipos consagradorios de conductas que atentan contra deberes jurídicos como los arts. 149 (prevaricato por acción), 150 (prevaricato por omisión), 152 (abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto), 175 (infidelidad de los deberes profesionales) y el 184 (fraude a resolución judicial, que puede conducir hasta la prisión por deudas), etc.

²⁸ H. WELZEL, *Derecho penal*, cit., pág. 40.

²⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1974, pág. 69.

²⁵ *Programa...*, cit., t. 1, § 23.

²⁶ JÜRGEN BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1973, pág. 58.

²⁷ ALFONSO REYES, "Los principios rectores del nuevo Código Penal", en la *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 1, II semestre de 1979, pág. 30.

^{27 bis} BAUMANN, ob. cit., págs. 59 y ss.

Súmense a ellos los arts. 91 del Código de Justicia Penal Militar (traición a la patria), 109 (espionaje), 139 (desobediencia), etc.

En cuanto a la indeterminación de las consecuencias, encontramos también claros ejemplos: los arts. 23 a 26 del decreto 522 de 1971 (casos de mendicidad teniendo medios de subsistencia, valiéndose de menores, fingiendo enfermedad, etc.), que traían aparejada como consecuencia jurídica la reclusión en colonia agrícola, abolida por el nuevo Código Penal; sin embargo, esto no obstó para que a finales del año 1982, la Personería de Medellín sostuviera, en concepto ampliamente difundido por la prensa local, por "novedoso", que si se aplicaba tal consecuencia jurídica, tal vez porque se trataba de sumariar algunos mendigos, no dedicados precisamente a obtener cuantiosas fortunas acudiendo a ilícitos procederes, como es hoy de moda. También, se observa el mismo fenómeno con los eventos de los arts. 111, del que ya hablamos, 187 y 356, entre otros, y en el art. 2° del Proyecto ministerial, cuando permite que las medidas correctivas de internamiento en "centro de capacitación laboral" sean remplazadas por los "establecimientos dispuestos al efecto por el Ministerio de Justicia".

Pero encontramos, también, indeterminación en las medidas de seguridad, como recientemente lo ha observado MUÑOZ CONDE, como que todas tienen "un máximo indeterminado" (arts. 94, 95, 96), sin olvidar el esperpento vertido en el inc. 2° del art. 94²⁹; igual sucede con las penas accesorias (arts. 42 y ss.), las que, como se desprende del art. 55, empiezan a correr después del término señalado para la pena privativa de libertad, salvo el caso de condena de ejecución condicional, precedidas de amplia discrecionalidad a efectos de su imposición, como se ve en el art. 52.

La presencia de *tipos en blanco*, entre los que podemos señalar los arts. 273, 274, 140, 146, 203, 202, 229, 235, etc., cuyos supuestos de hecho se incluyen en normas de carácter extrapenal, generalmente resoluciones administrativas que se van modificando constantemente, y de los que abusa el Estatuto Penal Aduanero (arts. 15 a 25), constituyen violaciones del principio de determinación.

Esta indeterminación atenta, naturalmente, contra la seguridad jurídica y da pie para entablar las correspondientes acciones de inexecutable (Const. Nal., art. 214) o proponer las excepciones de inconstitucionalidad (art. 215) a que haya lugar.

VI. PRINCIPIO DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL (C. P., art. 4°)

"Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley".

²⁹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Monismo y dualismo en el derecho penal español y colombiano", en *Derecho penal y criminología* núm. 19, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pág. 28.

A) *Descomposición de la norma.* Consta, igualmente, de dos consagraciones: de un lado, la antijuridicidad como elemento de la estructura del delito; de otro, el principio de la antijuridicidad material o principio del bien jurídico o de la objetividad jurídica del delito como lo denominan otros.

Ocupémonos del primer aspecto. En efecto, se observa un equívoco en la redacción de la norma, pues se ha hecho de las conductas antijurídicas, conductas punibles, o por lo menos eso da a entender el tenor de la misma; debió decirse, más bien, "...para que una conducta típica sea *culpable*...". La expresión "interés jurídico tutelado por la ley", suscita, del mismo modo, algunas dificultades, como ya lo han puesto en evidencia MESA MORALES y GONZÁLEZ ZAPATA^{29 bis}, pero que debe entenderse como "bien jurídico tutelado".

Ahora bien, por antijuridicidad se entiende la característica de contrariedad con el derecho que presenta la conducta; el tema de la antijuridicidad es el saber si la realización de una acción típica está o no amparada por una causal de justificación³⁰. Si la conducta típica no está amparada por una causal de justificación será antijurídica; será, por ende, un *injusto*.

B) *Principio de la antijuridicidad material.* Una conducta solo es antijurídica cuando pone en peligro o lesiona efectivamente el bien jurídico; esto, porque la esencia del delito es el bien jurídico, sin que esto signifique que solo sea lesión de bienes jurídicos, pues también es delito la desobediencia de un mandato, la violación de las normas de convivencia ético-social, o la "violación de un deber de fidelidad" como afirma BETTIOL. Cuando se ha hecho del delito la violación de normas de convivencia ético-social, se ha caído en derechos penales de corte totalitario, *subjetivistas*; contrariamente, poner énfasis en la lesión del bien jurídico, nos lleva a derechos penales de corte liberal, *objetivistas*, como corresponde a todo Estado de derecho.

El concepto de "lesión", no ha de entenderse en un sentido naturalista, como causación de un daño a un determinado objeto de la acción (por ejemplo la muerte de una persona o los daños a la cosa ajena); debe entenderse como "contradicción del valor ideal que debe protegerse por la norma jurídica (lesión del bien jurídico). La lesión del bien jurídico, supone un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como comportamiento socialmente dañoso"³¹.

La exigencia de la antijuridicidad material trae aparejada la exclusión del juicio de antijuridicidad, de las conductas inocuas y de las conductas insignificantes. El derecho penal está regido por el principio de la adecuación social

^{29 bis} FERNANDO MESA MORALES, y JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, "De las normas rectoras de la ley penal", en *Temas de Derecho Penal*, segunda época, núm. 13, Medellín, Edit. Lealón, 1981, pág. 17.

³⁰ ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1978, pág. 59.

³¹ JESCHECK, ob. cit., pág. 316.

de las conductas, de conformidad con el cual, se excluyen de él las acciones socialmente adecuadas³², y que parece cobijar el *principio de la insignificancia*, el que, según ROXIN, "permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia"³³.

Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, consideramos un logro la no punición del delito imposible, que no solo atenta contra el principio del acto sino contra el principio que se estudia.

Pese a la abierta consagración del principio de la antijuridicidad material, observamos con preocupación algunos tipos básicos de la parte especial que no parecen exigir daño, y que harían inoperante el postulado aquel de que "no hay delito sin daño", como sucede en los arts. 112, 113 y 154, entre otros, en los cuales el daño se constituye en agravante, en los respectivos incisos segundos.

VII. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (C. P., art. 5°)

"*Culpabilidad*. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

A) *Descomposición de la norma*. Hay aquí, del mismo modo, dos consagraciones: la culpabilidad como elemento o categoría de la estructura del delito y el principio de culpabilidad.

Como elemento de la estructura del delito, la culpabilidad es el último estrato de este proceso analítico; y ello es así, pues para afirmar la existencia de un delito no basta con que estemos en presencia de un *injusto*, se hace necesario que ese injusto "le sea jurídico-penalmente reprochable a su autor, o sea, que su autor sea culpable o que la conducta sea reprochable"³⁴. La culpabilidad es un juicio de desvalor que se formula al autor de un hecho prohibido por la ley penal, al autor de un injusto.

Sintéticamente, entonces, para que exista hecho punible se requiere un carácter genérico —*la conducta*— que debe adaptarse a una de las descripciones de la ley —*típica*—, no estar amparada por ninguna causal de justificación —*antijurídica*— y pertenecer a un sujeto a quien le sea reprochable —*culpable*—^{34 bis}.

B) *Principio de culpabilidad*. Es una derivación del principio de legalidad, de conformidad con el cual no hay pena sin culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), la pena criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede ser reprochado al autor, e implica:

³² WELZEL, ob. cit., pág. 85.

³³ CLAUD ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1972, pág. 53.

³⁴ ZAFFARONI, ob. cit., pág. 71.

^{34 bis} Ídem.

1. No puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad; toda pena supone culpabilidad. Con ello, se excluye la *responsabilidad por el resultado* o responsabilidad objetiva (C. P., art. 5°), de conformidad con la cual se le imputa al agente el hecho "sobre la sola base de la relación de causalidad" como dice ANTOLISEI³⁵.

2. La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, esto es, la *medición de la pena dentro del marco máximo de culpabilidad*. Tal como lo consagra el C. P. en su art. 61 cuando señala como criterio regulador de la pena "el grado de culpabilidad"; ello significa que el autor no responde por un defecto de carácter adquirido (derecho penal de autor) sino por su hacer (derecho penal de acto)³⁶.

C) *El principio de culpabilidad en el Código Penal*. El primer obstáculo que encuentra el principio en nuestra legislación penal, es el derivado de la consagración del principio romano *ignorantia iuris non excusat* en el art. 5° del Código Penal³⁷, violación que solo se puede evitar si se da cabida, por vía interpretativa, a todas las formas de error de tipo-prohibición y no solo a las hipótesis de error que ha consagrado el legislador en los ords. 3 y 4 del art. 40 (error de tipo y error sobre las causales de justificación), que parecen ser las "excepciones legales" de que habla el art. 10. Existen, así mismo, varias hipótesis de *delitos cualificados por el resultado más grave* (arts. 338, 348, 306, 3 y 4), los cuales son formas de responsabilidad objetiva; la violación del principio se podría evitar acudiendo a la preterintención (art. 38) solución que se ha venido abriendo paso en nuestra doctrina.

Hay, también, en el derecho penal complementario y concretamente en el decreto 522 de 1971, contravenciones que parecen hacer responsable al agente por el mero resultado causado, tales como las vertidas en los arts. 53, 55 y 56 y que mediante el proyecto que cursa en el Congreso se quieren someter al nuevo régimen de sanciones que allí se prescriben.

Muchas disposiciones del Código de Justicia Penal Militar siembran también dudas, entre las que se podrían citar el art. 140, que impone pena de prisión de hasta dos años al militar que en presencia de tropas formadas "declare categóricamente" que no obedece orden superior; o los tipos de desobediencia del art. 142 y ss. en los que basta "no presentarse", para incurrir en las penas consagradas en tales disposiciones; los casos de desertión del art. 159 y ss., en los que no interesa el aspecto subjetivo de la conducta para nada, pues lo que se reprime es el hecho de "desertar", como lo confirma el art. 161 el cual atenúa la pena cuando la intención del agente era diferente o porque obró en circunstancias de fuerza mayor o de calamidad doméstica.

La parte especial del Código trae muchas circunstancias agravantes previstas de manera específica, las cuales deben ser conocidas por el agente para

³⁵ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1960, pág. 283.

³⁶ Cfr. JESCHECK, ob. cit., pág. 562.

³⁷ ZAFFARONI, ob. cit., pág. 525.

que se le puedan deducir, pues de lo contrario se caería en formas de responsabilidad objetiva: arts. 280-2, 270 ords. 1, 4 y 5; 288-2, 306-5; 310-1; 324 ords. 1 y 5; 351 ords. 3 y 7; 370 ord. 4; entre otros.

Verdaderos casos de responsabilidad objetiva son los que se presentan en el derecho penal aduanero, comoquiera que sus preceptos son tipos penales en blanco, como ya lo habíamos anotado, que se complementan con resoluciones expedidas por la Dirección de Aduanas, la Junta de Comercio Exterior y demás entidades gubernamentales, las cuales deben publicarse en el *Boletín de Aduanas*, publicación que nadie conoce y que impide el conocimiento de la ley por parte de los asociados, a quienes se aplica, así se encuentren en una situación de ignorancia absoluta con respecto a las mismas (cfr. arts. 15 a 25 del Estatuto Penal Aduanero).

Para terminar, no debemos olvidar la responsabilidad penal del ebrio, matizada de diversas formas de responsabilidad objetiva, tanto en nuestra doctrina que las ha admitido ciegamente, como en la jurisprudencia.

VIII. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD (C. P., art. 6°)

Favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados”.

A) *Consagraciones en el derecho positivo.* Aparece en los arts. 26-2 de la Constitución, 44 de la ley 153 de 1887, 15, inc. 1° de la ley 74 de 1968.

B) *Concepto.* Se explica este postulado, pues en principio la ley penal rige en el tiempo, salvo disposición en contrario de la misma, desde su promulgación hasta su derogatoria o extinción (*tempus regit actum*).

Si ello es así, “la ley penal no tiene efectos retroactivos, esto es, no puede aplicarse a casos ocurridos antes de su promulgación; ni tiene tampoco efectos ultraactivos, vale decir, no se puede seguir aplicando la ley después de expirada su vigencia”³⁸. Pero la norma general se ve excepcionada cuando entra en juego el principio de favorabilidad, evento en el cual sí puede sufrir efectos retroactivos o ultraactivos.

La prohibición de la retroactividad es una consecuencia del principio de legalidad tal como se ha formulado inicialmente (*nulla poena sine lege praevia*). Debe observarse, finalmente, que la norma cobija también a los inimputables, así se hable de “condenado” con lo cual parecería que en principio quedarán excluidos.

³⁸ LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1974, pág. 58.

IX. PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA ANALOGÍA (C. P., art. 7°)

Exclusión de analogía. “Salvo las excepciones legales, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal”.

A) *Consagraciones positivas.* A pesar de que no hay prohibición expresa de carácter constitucional, podría decirse que el principio es emanación del art. 26 de la Carta Fundamental; pero expresamente, aparece en los arts. 9° de la ley 16 de 1972 y 15 de la ley 74 de 1968.

B) *Concepto.* El principio es también consecuencia directa del principio de legalidad, pues como habíamos dicho: *nulla poena sine lege stricta*.

Por *aplicación analógica* ha de entenderse aquel evento en el cual se aplica a un caso no regulado en la ley, pero semejante a los en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley (*analogia iuris*); supone verdadera creación del derecho por regular casos no previstos en la ley³⁹.

La analogía puede ser en favor del reo (*in bonam partem*) o en desfavor del reo (*in malam partem*). Obviamente, por mandato mismo del principio de legalidad, la aplicación analógica que prohíbe la ley es la desfavorable, no así la favorable que permite la exclusión o la atenuación de la responsabilidad en beneficio del reo⁴⁰.

Las excepciones legales contempladas en nuestro Código son las del artículo 65, que remite, a efecto de atenuar la pena imponible, a circunstancias análogas a las previstas en el art. 64.

Un ejemplo de aplicación analógica en desfavor del reo, es el que propicia una tendencia doctrinaria y jurisprudencial, en materia de sustracción de fluido eléctrico, y cuyo más nuevo vocero es FERNÁNDEZ. En efecto, se ha sostenido que los casos de sustracción de fluido quedan cobijados dentro del supuesto de hecho del art. 349; lo cual no es posible, ya que la energía no es “cosa mueble”, no es una cosa *corporal* susceptible de apropiación, sino *incorporal*; que ello es así, lo confirman la doctrina y la jurisprudencia españolas, donde fue necesario reformar el Código Penal para poder cobijar tal hipótesis. En Colombia, pese a que la tendencia generalizada es la asimilación, creemos viable la tesis que sostenemos, máxime si hacemos hincapié en un derecho penal de corte netamente liberal, a tono con los modernos desarrollos⁴¹.

Distinta a la *aplicación analógica* es la *interpretación analógica*. Formalmente son lo mismo: aplicar una regulación legal para un caso determinado a otro similar no previsto en dicha regulación; materialmente, sin embargo, difieren, pues la aplicación analógica supone infracción al principio de legalidad (cuando es en desfavor del reo) y rebasar el texto legal. La interpretación, en cambio, respeta el principio de legalidad y no rebasa el “sentido literal posi-

³⁹ GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Madrid, Edit. Civitas, 1978, pág. 112.

⁴⁰ Ídem, pág. 113.

⁴¹ La posición de FERNÁNDEZ, en *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 88.

ble”⁴². Así, por ejemplo, la “otra utilidad” de que habla el art. 141 del C. P., en el caso del cohecho, no se refiere “solo al dinero contante y sonante o numerario, sino también a todo lo que por ser apetecible puede servir para corromper a los funcionarios públicos”⁴³.

X. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (C. P., art. 8°)

“Igualdad ante la ley. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella”.

A) *Consagraciones positivas*. En la ley 74 de 1968, art. 26, en la ley 16 de 1972 art. 24; así mismo, aparece en la Convención de la ONU de diciembre 16 de 1948, en su art. 7°, que como hemos dicho fue suscrita por nuestro país: “Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

En el art. 2° se dice también:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración sin distinciones de ninguna índole”.

B) *Concepto*. El principio es de raigambre liberal, como que data de la Revolución Francesa. Formalmente, es una más de las tantas garantías y libertades formales de los revolucionarios de 1789, que se constituyó en bandera de la burguesía a la hora de tomar el poder.

Es evidente que este principio, materialmente, se ve rebasado por su consagración; si algo se observa en la aplicación de la ley penal, es la desigualdad, la sectorización de la sociedad en clases, que lo son también para el derecho penal.

XI. PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA (C. P., art. 9°)

“Cosa juzgada. El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por el juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta”.

A) *Consagraciones positivas*. Art. 14 de la ley 74 de 1968 y ley 16 de 1972, art. 8°.

B) *Concepto*. Se trata de un principio de índole sustantivo-procesal. Su carácter “rector” se justifica en la medida en que proclama la seguridad jurídica de los ciudadanos en frente a la acción represiva del Estado, pues la finalidad de la jurisdicción es juzgar la conducta y no la de terminar con un fallo con-

denatorio a toda costa; si ello no fuera así, la persona quedaría sometida de manera indefinida al Estado⁴⁴.

Desde un ángulo procesal, debe anotarse, esta decisión sobre el fondo del hecho debatido, no necesariamente tiene que suponer la presencia de una sentencia, como lo da a entender la norma, pues también los llamados *autos de conclusión* (auto de cesación de procedimiento, sobreseimiento definitivo) ponen fin al trámite procesal.

Al hablar la norma de “...sentencia proferida por el juez colombiano...”, debe entenderse que se refiere a la hipótesis del artículo 16, en virtud de la cual si la sentencia se profiere “en el extranjero respecto de los delitos señalados en los artículos 14 y 15-2” no tendrá el valor de cosa juzgada; en las demás hipótesis ha de estarse a lo dispuesto en los incisos 2, 3 del art. 16.

XII. PRINCIPIO DEL CONOCIMIENTO DE LA LEY (C. P., art. 10)

“Conocimiento de la ley. La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella. En ningún caso tendrá vigencia la ley antes de su promulgación”.

A) *Consagraciones positivas*. Tal como aparece enunciado, el principio es objeto de consagración en el art. 9° del Código Civil y en el art. 56 del Código de Régimen Político y Municipal. El anterior estatuto también lo consagraba, aunque no tan explícitamente, en sus arts. 23 y ss.; consagración que repitió el Código de Justicia Penal Militar en su art. 22, no admitiendo la ignorancia de la ley sino tratándose de faltas militares y siempre que provengan de fuerza mayor.

B) *Concepto*. Sabido es que desde hace más de dos mil años se ha venido manteniendo como sostén de las sociedades civilizadas una presunción *juris et de jure*, que encierra dos aforismos:

1°) A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini licet ignorare jus*).

2°) Se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual, aunque resultare que se ignoraban, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido (*nemo jus ignorare consetur; ignorantia legis neminem excusat*). Esta presunción designada por COSTA como “un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia”, se ha mantenido hasta nuestros días, “...a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad...”⁴⁵.

Esta ficción jurídica, tan cultivada, ha jugado un papel decisivo en el mantenimiento del derecho, cuya entraña clasista pone de presente PÉREZ: “Ficción muy cómoda para quien dicta o mantiene la norma, pero de deplorables

⁴² MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., pág. 153.

⁴³ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 27.

⁴⁴ En tal sentido MESA MORALES y GONZÁLEZ ZAPATA, ob. cit., pág. 13.

⁴⁵ JOAQUÍN COSTA, *La ignorancia del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pág. 13.

efectos en las víctimas de esa amenaza. Es una subversión de la buena fe, un ataque larvado contra los pobres y los ignorantes, una exaltación del poder estatal y una negación práctica de los desajustes sociales⁴⁶.

Esa es la ficción que el legislador ha recogido en esta norma rectora, aunque con "excepciones", que no son otras que los casos de *error*, y no solo los del art. 40, num. 3 y 4, sino otros que hemos de deducir por la vía de la interpretación sistemática, y que hacen que el mencionado principio no tenga relevancia alguna en frente a nuestra legislación.

C) *El error y la ignorancia. Casos de error.* Sicológica y filosóficamente, *error e ignorancia*, son dos conceptos totalmente distintos: La *ignorancia* supone una falta absoluta de todo conocimiento, es un estado negativo. El *error* es un conocimiento deformado, es un estado positivo⁴⁷.

Pese a lo anterior, desde una perspectiva jurídicopenal, *error e ignorancia* son lo mismo y así lo ha entendido la doctrina universal; lo cual se explica, porque como dice, entre nosotros, RUIZ: "tales fenómenos producen un efecto común y tienen un origen común. Ambos son un estado intelectual, una posición de nuestra conciencia y de nuestro conocimiento: negativo el uno y positivo el otro"⁴⁸.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta cómo desde el derecho romano se distinguió el *error de hecho*, del *error de derecho*. El primero recae sobre el hecho, sobre los hechos; el segundo, sobre el derecho, sobre la normatividad jurídica. El error de hecho excluía la responsabilidad, no así el de derecho —por eso la vigencia de la presunción *nemini licet ignorare jus*—. Posteriormente se empezó a distinguir entre error de derecho penal y extrapenal, para dar cabida a los casos en los cuales la ignorancia de la ley recaía sobre normas extrapenales; en estos casos se excluía también la responsabilidad.

Finalmente, continuando con este ligero esbozo histórico, surgió en Alemania una tendencia modificadora y fue así como, después de 1920, se empezó a distinguir entre error de tipo-prohibición; esta clasificación se generalizó en la doctrina alemana y finalmente la acogió el Tribunal Supremo Federal mediante su trascendental decisión de marzo 18 de 1952.

D) *Concepto de error.* Jurídicopenalmente hablando, el error significa una discordancia entre conciencia y realidad; con ello hay dos posibilidades: que la conciencia exista y falte la realidad, o al contrario⁴⁹.

El *error de tipo*, es el error sobre una circunstancia objetiva del tipo legal: excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo); el autor puede ser castigado por hecho culposo, cuando esté previsto en la ley penal. El caso típico que han citado siempre los autores alemanes, es el del cazador que mató a su

enemigo, quien se encontraba disfrazado de oso, en una zona donde tales bestias abundaban y mientras el autor se dedicaba a la cacería.

El *error de prohibición*, es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (con pleno dolo de tipo). El autor sabe lo que hace pero supone erróneamente que le está permitido; no conoce la norma jurídica o la interpreta mal; o supone erróneamente que concurre una causal de justificación.

Como ejemplos de error sobre la antijuridicidad, como también se le denomina, podemos proponer los siguientes: El autor consume hojas de coca para mitigar el cansancio, pero supone erróneamente que le está permitido, ya que así se ha acostumbrado en la comunidad indígena en la cual convive; el autor contamina las aguas sin saber que el hecho está consagrado dentro del catálogo de prohibiciones de la ley penal; el autor se defiende de un supuesto ataque de su enemigo, quien realizó un ademán sospechoso⁵⁰, etc.

E) *Excepciones legales.* La doctrina colombiana ha venido entendiendo que las "excepciones" de que habla el art. 10 son los casos de error de tipo (art. 40, ord. 4º) y de error sobre las causales de justificación o error indirecto de prohibición (ord. 3 del art. 40); cuando el error es vencible, se reprocha la conducta a título de culpa si existe el correspondiente tipo culposo.

Con estas "excepciones" se permite la amplia vigencia del principio de conocimiento de la ley, desdibujando de paso el de culpabilidad. Decimos esto, pues con tal proceder se termina en frente a verdaderas formas de responsabilidad objetiva, ya que no quedan contemplados los casos de error de prohibición directo, entre los cuales sobresale la clásica *ignorantia legis* ni tampoco el error sobre circunstancias agravantes y atenuantes.

Ahora bien, la doctrina colombiana actual, con REYES a la cabeza, ha tratado de enmendar el entuerto, sosteniendo como primera medida que el principio del conocimiento de la ley no tiene ninguna relevancia en frente a la legislación penal; y en segundo lugar, que los casos de crasa ignorancia de la ley y lo que él llama "error de valoración" o de interpretación, han de ubicarse como error de tipo en el art. 40-4; con ello, no obstante, no se solucionan todas las dificultades, pues quedan algunas formas de error por ubicar y, además, hay que aceptar el reproche a título de culpa para estos casos, extendiendo al art. 40-3 el inc. 2 del ord. 4º, para terminar desdibujando la distinción de la que se parte⁵¹. Cuestión parecida acontece con FERNÁNDEZ, aunque con la advertencia de que este va mucho más lejos, al terminar encuadrando todas las hipótesis de error, bien dentro del art. 40-3, bien dentro del art. 40-4, preferentemente en este último, como que para él, dada su sistemática, todos los errores son error de tipo^{51 bis}. Esta última solución, así no

⁴⁶ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 72.

⁴⁷ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Buenos Aires, Edit. Suramericana, 1978, pág. 390.

⁴⁸ SERVIO TULIO RUIZ, *Teoría del hecho punible*, Bogotá, Edit. Librería del Profesional, 1980, pág. 38.

⁴⁹ HAFT, ob. cit., pág. 197.

⁵⁰ Cfr. WELZEL, ob. cit., pág. 232.

⁵¹ ALFONSO REYES, *La culpabilidad*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1982, pág. 221.

^{51 bis} Ob. cit., págs. 362 y ss. y 453 y 22.

se comparta, tiene la gran ventaja de que salvaguarda el principio de culpabilidad, que es en fin de cuentas lo que importa; así se discrepe de la construcción que se adopta⁵².

Lo que es evidente, es que el principio del conocimiento de la ley, dada la formulación que viene proponiendo la doctrina y que debe prohijarse, en tanto no le otorga relevancia juridicopenal alguna, debe irse descartando del catálogo de las "normas rectoras", para dar cabida al principio de culpabilidad, sin cortapisas de ninguna índole.

El inciso del art. 10 trae también un agregado, conforme al cual "en ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación". Esta consagración, evidentemente muy saludable, tiene como presupuesto el reconocimiento del principio del conocimiento de la ley, el cual secunda y al que sirve de límite; sin embargo, su lugar debió de ser otro, pues no debe fomentarse en materia penal ni en ninguna otra, la cláusula de estilo que se ha venido imponiendo, de conformidad con la cual las leyes rigen desde su sanción o desde su publicación, esto es, antes de ser promulgadas, dos meses después de que lo anterior ha sucedido, como por vía general lo ha consagrado el Código de Régimen Político y Municipal, observando algunas excepciones, que justamente se han vuelto norma general⁵³.

XIII. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL (C. P., art. 11)

"*Juez natural*. Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con violación de las formas propias de cada juicio".

A) *Referencias al derecho positivo*. El principio es de rango constitucional (Const. Nal., art. 26) y legal: ley 74 de 1968, art. 14, ley 16 de 1972, art. 8° y Código de Procedimiento Penal, art. 1°.

B) *Concepto*. Dos prohibiciones supone esta norma, más de corte procesal que sustantivo. En efecto, en *primer lugar*, se prohíbe instituir jueces o tribunales especiales para juzgar un hecho con posterioridad al mismo, con lo cual no se logra reivindicar la supremacía de la justicia ordinaria, como era el

⁵² Hemos intentado, acudiendo a la herramienta de la interpretación, dar respuesta a las dificultades que esta materia plantea. Al respecto, confróntese nuestro artículo: "El inciso final del art. 40 se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición?", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 19, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 295-312.

⁵³ Dice el art. 52 del C. de R. P. y M., que "la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada.

"La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción".

Las excepciones aludidas aparecen en el art. 53, y no creemos que se extiendan a la "ley penal" ante el carácter terminante de esta en su art. 10, lo que de por sí representa una garantía para los destinatarios de la misma.

cometido inicial de los redactores, quienes en el proyecto de 1978 llegaron a incluir un artículo, el 10, del siguiente tenor: "*Justicia penal militar*. Salvo los casos de guerra exterior, no podrá extenderse la competencia de la jurisdicción penal militar a personas que no pertenezcan al ejército nacional", norma repetida por el art. 11 del proyecto final de 1979 y que al parecer desapareció en la revisión final, realizada por el ministro de Defensa de entonces, según lo denunció públicamente un jurista bogotano en una conferencia dictada en esta ciudad, hecho que nos ha situado ante una gran paradoja: mientras que el Código Penal de 1936 fue enviado a la Academia de la Lengua para su revisión, el de 1980 lo fue al Ministerio de Defensa Nacional. ¡Cómo cambian los tiempos!

Lo que la norma ha hecho, entonces, es legitimar el juzgamiento de particulares por parte de la justicia penal militar, siempre y cuando el tribunal "especial" haya sido constituido con anterioridad al juzgamiento, así se lleve de calle lo preceptuado por el art. 170 de la Constitución, cuyo tenor literal ha sido desnaturalizado por tendenciosa jurisprudencia.

En *segundo lugar*, prohíbe la disposición que se violen las garantías procesales o formas propias de cada juicio, que se encuentran consagradas en el art. 26 de la Carta Fundamental, y que el proyecto ministerial que cursa en el Congreso no respeta, al establecer procedimientos "sumarios" y "breves", que impiden un adecuado ejercicio del derecho de defensa, restringiendo la libertad probatoria —por ejemplo, niega la práctica de careos en algunos eventos: art. 20—; y como si esto fuera poco, viola la institución del juez natural, al traspasar el juzgamiento de los delitos que atenten contra el patrimonio económico, tornados en "contravención", a las autoridades administrativas: gobernadores, intendentes, comisarios y al Consejo Distrital de Justicia de Bogotá, a los inspectores de policía y alcaldes —como ya ha venido ocurriendo— (art. 3° del proyecto).

XIV. PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN DE LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD (C. P., art. 12)

"*Función de la pena y de las medidas de seguridad*. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

A) *Consagraciones positivas*. El principio responde a obligaciones internacionales asumidas por Colombia; en efecto, en la ley 74 de 1968 (art. 10, párrafo 3°) se dice que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados". Así mismo, la ley 17 de 1972, en su art. 5° párrafo 6° establece que "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados".

B) *La pena*. En la pena se distinguen, tradicionalmente, tres aspectos: su justificación, su sentido y su fin.

La pena se *justifica* por ser un medio imprescindible para mantener las condiciones de vida fundamentales, dentro de la convivencia en sociedad. En cuanto al *sentido* y *fin*, la polémica ha sido bastante ardua, habiendo originado diversas escuelas o teorías:

Las *teorías absolutas*, atienden solo al sentido de la pena, prescindiendo de la idea de fin; el sentido de la pena es la retribución o la imposición de un mal por el mal cometido (KANT y HEGEL).

Las *teorías relativas*, en cambio, atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de prevención general y especial.

Las de *prevención general*, ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos para que se aparten de la comisión de delitos (FEUERBACH y SCHMIDHAUSER).

Las de *prevención especial*, ven el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, bien mediante la corrección o la educación, o bien mediante su aseguramiento (VON LISZT).

Las *teorías de unión*, plantean una solución de compromiso afirmando que el sentido de la pena es la retribución y su fin la prevención (general o especial) (JESCHECK).

Frente a las anteriores teorías se ha formulado por ROXIN la llamada *teoría unificadora dialéctica*, de conformidad con la cual debe atenderse a cada uno de los estadios en que la pena aparece, para determinar que efectos tiene. En efecto, en el *estadio de la amenaza penal*, la pena tiene como efecto la prevención general; en el *estadio de la aplicación*, su efecto es la retribución; y en el *estadio de la ejecución*, su efecto es la prevención especial⁵⁴.

C) *La medida de seguridad*. Si la pena atiende al grado de culpabilidad, la medida de seguridad atiende a la peligrosidad del delincuente. Por *peligrosidad* se entiende, dice MUÑOZ CONDE, "...la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de determinada persona..."⁵⁵.

La esencia de la medida de seguridad es preventivo-especial; el delincuente es sujeto pasible de la medida, bien para buscar su corrección o su reeducación, bien para apartarlo de la convivencia en comunidad si lo anterior no es posible.

D) *Concepto*. Creemos que la única meta de este principio y tal vez la fundamental, sea la de convertirse en una norma rectora "destinada a permear el sentido de la teoría del delito y a transformar las instituciones patrias en ejecución penal"⁵⁶. Esto, porque el legislador al asignar a la pena y a la medida de seguridad todas las funciones imaginables, no ha definido, en consecuencia, una filosofía de la pena y de la medida de seguridad; esta superposición

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 34 y ss. CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1976, págs. 11 a 39.

⁵⁵ Ídem, pág. 39.

⁵⁶ FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 371.

de teorías está llamada por fuerza a fracasar como lo advierte ROXIN, pues la mera adición de funciones no solo destruye la lógica inmanente a la concepción sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio apto para cualquier empleo; esto, es muy grave desde el punto de vista del Estado de derecho⁵⁷. Lo mismo acontece con la superposición de funciones que se atribuye a la medida de seguridad.

Lo evidente, es que la finalidad de la pena en el derecho penal colombiano es netamente retributiva; para la muestra tenemos el proyecto ministerial que cursa en el Congreso. ¿Y qué no decir de las medidas de seguridad, algunas de las cuales son de duración indeterminada, como acontece con la internación para enfermos mentales permanentes? Pero lo más grave no es eso; lo escandaloso es que no existan los tan anunciados centros de tratamiento para los inimputables, pese a que ya llevamos casi cincuenta años regulando medidas de seguridad en nuestras codificaciones.

El éxito de una auténtica ejecución penal, en nuestro medio, radica en una verdadera transformación del sistema penitenciario, siguiendo los postulados señalados más arriba y que obligan a Colombia en el concierto de las naciones. Claro que seguimos improvisando, como acontece con el proyecto ministerial, que al desvertebrar nuestro sistema dualista de penas para imputables y medidas para inimputables peligrosos, introduce una "medida correctiva" de "internamiento en centros de capacitación laboral", sin que se haya pensado, como es lógico, en crear tan pomposos centros. No se han perfilado soluciones para tratar a los inimputables peligrosos, muchos de los cuales andan desnudos por las calles de nuestras principales ciudades sembrando la intranquilidad y la zozobra, atentado contra la vida humana y la integridad de los asociados, para venir a pensar ahora en estas nuevas "medidas de corrección"!!!

⁵⁷ *Problemas básicos*, cit., pág. 18.

EL ESCUADRÓN DE LA MUERTE*

Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ

Unamunescamente nos está doliendo muy hondo en el alma la triste y desdichada situación de la ciudad de Medellín, como en otro tiempo histórico de penas y amarguras le dolía España a don Miguel de Unamuno. En la garganta casi que se nos anudan las palabras para decir que ya tristemente no es la ciudad de la eterna primavera, sino la capital del hampa, la Chicago de Suramérica, porque vive bajo el imperio casi exclusivo de la ley del revólver, de la insolente dictadura de la metralleta, del dominio de la crueldad humana.

Aquí la especie humana ha llegado a tan bajos estratos de degradación moral, de perfidia en la conducta del hombre, de oprobio a nuestros más caros sentimientos, de atrocidad nunca vista, que sus autores harían palidecer a los personajes más siniestros de las crónicas rojas de todo el mundo. La ciudad despierta aterrorizada todos los días por los horrorosos baños de sangre inocente que manchan su rostro y llenan de espanto a todos sus habitantes. Los cadáveres sorprenden en las madrugadas a los desprevenidos transeúntes o viajeros cuando los encuentran en las vías de acceso a la ciudad o arrojados inclusive como desperdicios en las propias calles de nuestra urbe aterrorizada.

Las víctimas son generalmente ladronzuelos, pequeños delincuentes, raperos, muchos de ellos jóvenes que por circunstancias especiales de la existencia se encontraron un día en el camino del delito, pero que probablemente si la vida no hubiera sido tan avara y esquiva con ellos para proporcionarles dignos medios de subsistencia, hoy serían personas de honesto vivir, de conducta irreprochable, ejemplo de nuestra sociedad. Son, entonces, pobres gentes que un día atentaron contra la propiedad privada, por lo cual sufrieron encarcelación y después dejadas en libertad, bien porque no se hubiere podido recoger las pruebas suficientes para condenarlos, o bien porque hubiesen terminado de pagar la pena que se les impuso. Es decir, se los sometió a los sistemas legales que tiene previsto nuestro ordenamiento positivo, nuestro Estado de derecho, la administración de justicia. Y si por estos antecedentes judiciales o de policía fueron villana, cobarde, inmisericordemente asesinados, además de la monstruosidad del acto, ha sido torpeza y error si se pensó que con ello se le estaría prestando algún servicio a la sociedad ofendida y amenazada por esos mismos delincuentes. Así nunca se ha podido proceder para acabar

con el delito, porque ladrones siempre ha habido y los habrá mientras haya existencia humana y persistan las injusticias sociales, es decir, hasta el final del mundo, porque todos los días se abre más la brecha entre los que todo lo tienen y los que nada poseen.

Muchos de los asesinados brutalmente tal vez tuvieron que llegar al delito y mantenerse obligadamente en él, por los estados de necesidad permanente, situaciones a las cuales muchas veces contribuyó a crear el propio Estado, insensible y deshumanizado, cuando, por ejemplo, ahora mismo persigue ostentadamente y con incalificable fiera autoritaria a esas gentes humildes que en las esquinas de nuestras grandes ciudades se colocan a vender frutas de nuestros campos para atender a su propia subsistencia y la de los suyos. Muchos lo hacen así, porque de otra manera no les alcanzaría para pagar los impuestos que les exige el Estado alcabalero o el bien llamado "Municipio Ladrón" desde los tiempos del doctor Emilio Robledo.

Piénsese además en que una de las causas de este tipo de delincuencia es el desempleo. Hoy están tocando a las puertas de la empresa pública y privada ciento cincuenta mil personas que no han podido ser escuchadas en sus súplicas de empleo. Esos son ciento cincuenta mil delincuentes en potencia que angustiadamente, desesperadamente, casi agotadas todas sus capacidades de resistencia y de espera, y que si mañana no logran solucionar su problema de ganarse digna y decorosamente la vida, ingresarán a las terribles cuadrillas de asaltantes de bancos, estarán dirigiendo las bandas de raperos en la ciudad, irán a formar parte de los alzados en armas, serán aprovechados como "mulas" por las mafias, entrarán al grupo de los secuestradores urbanos, es decir, a la fácil pero criminal manera de velar por la propia subsistencia y la de su familia.

Todo esto sumado a la crisis agobiante de la industria textil y metalmeccánica, fundamentalmente, al receso en la construcción y tantos otros factores que están castigando la voluntad del hombre por el trabajo, le están imponiendo con apremio un reto formidable a la sociedad, al Estado, a la administración pública, como es el de emprender la grandiosa y encomiable tarea de que todo el que busque honradamente ganarse el pan de cada día, tenga una puerta abierta para hacerlo.

¿Puede entonces el Estado colombiano ser indiferente ante estos nefandos y execrables crímenes? ¿Podrá continuar insensible ante tan enorme, tan abyecto, tan ignominioso genocidio contra una parte de nuestros compatriotas, solo porque esas víctimas indefensas son delincuentes o lo han sido? ¿Podrá continuar, como hasta hoy lo ha hecho, vendándose los ojos, taponándose los oídos, para no ver y escuchar el clamor de una sociedad que ya se rebela por tanta degradación, por tanto envilecimiento de nuestras costumbres, solo porque las víctimas de este pavoroso descarrío moral son sujetos que mantienen en peligro nuestros haberes, por cuya amenaza no podemos dejar solas nuestras casas, ni transitar tranquilamente por las calles o dormir seguros de que en las altas horas de la noche puedan penetrar a nuestros hogares a robar nuestros enseres?

* Esta ponencia corre publicada en el núm. 1 de la *Revista Tribuna Penal*, del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia.

Si así pudiera justificarse esa villanía, esa perversidad, esta patria nuestra ya estaría maldecida hacia el futuro, condenada de antemano a sufrir las peores desgracias, y no merecería ya sufrir y llorar por sus tragedias, por su agudo dolor de todos los días, por la honda angustia que hoy sobrecoge a muchos de nuestros hermanos abatidos por las desatadas e incontroladas fuerzas de la naturaleza. Y, por lo mismo, no merecería seguirse llamando una sociedad cristiana, apuntalada espiritualmente sobre los mojones incommovibles del Evangelio, ni seguir perteneciendo a la ubicación moral que hoy le corresponde en esta esquina de la cultura y de la civilización occidental. Aspiramos entonces a una patria mejor, engrandecida por sus principios éticos, fortalecida por la reciedumbre moral de sus gentes, y no la patria en donde unos desalmados malhechores, unos tenebrosos asesinos han montado una espantosa carnicería humana, porque un día, por su real y maldita gana decidieron que al instalar ese macabro exterminadero de vidas humanas era porque se consideraban el brazo extendido de la justicia, el arma secreta pero efectiva de la sociedad para defenderse de los que atentaban contra sus intereses, cuando son esa misma sociedad y justicia las que hoy debieran caer implacablemente sobre ellos, por tanta infamia, por tanta vergüenza, por tanto baldón, por tanta ruindad.

Ya se ha visto cómo los delitos que cometen son muchísimo más graves que los de sus víctimas, ya que estas solo quitan los bienes y aquellos la vida. No se sabe que busquen o elijan para la horripilante carnicería a los asesinos a sueldo, esos temibles sicarios que han rebajado a extremos increíbles el concepto de la dignidad humana. Tampoco a los empujados y ya miembros de la alta sociedad, como los *capi* de la mafia, que disponen tan tranquilamente de la vida del hombre. No, no es a ellos, sino a las gentes de abajo, las del montón, pobres diablos sindicados o condenados por delitos contra la propiedad, tal vez en momentos en que sus hijos morían de hambre, o cuando faltaba una droga para la esposa enferma o una prenda de vestir para no morir de frío.

La inquietud y el interés por saber cómo eliminan a sus víctimas podría servir a un hábil y perspicaz investigador para descubrir a sus autores y encontrar las huellas, los rastros del *iter criminis*. Muchos de esos cadáveres han aparecido con signos de torturas terribles. Es decir, que los criminales en su cobardía no se han contentado con el solo acto de suprimir la vida de sus víctimas, sino también en hacerlas sufrir, en hacerlas padecer los más infames suplicios, los más cruentos martirios, como la utilización de la sevicia antes de los disparos fatales. Las necropsias han puesto al descubierto las múltiples quemaduras de cigarrillo, los pinchazos, las punzadas, los cuerpos atenaceados, los intentos de estrangulamiento, etc. Se han encontrado cadáveres amarrados de pies y manos con alambre de púas; en otros se ha visto no solo la diabólica intención de hacer sufrir, sino al mismo tiempo la de dificultar la identificación de las víctimas, como cuando se les desfigura horrorosamente el rostro, o se incineran. Otras veces los mutilan fieramente, les cortan la

lengua, les sacan los ojos. Característica común a todos ellos es el impresionante destrozo de sus cráneos como consecuencia de los diversos disparos que reciben. Y si nuestro río de Medellín, asesinado también por la irresponsable contaminación industrial, fuera de aguas más profundas, seguramente habría sido el cementerio más apetecido por el siniestro Escuadrón de la Muerte para arrojar allí a sus víctimas, lo que habrían sido capaces de hacer inventando más sistemas de oprobio como solían hacerlo en la Antigüedad, cuando a cierta clase de delincuentes se les arrojaba a los ríos profundos dentro de un saco bien amarrado y en la compañía espeluznante de serpientes y otros animales que podrían devorar viva a la víctima. Como no serían capaces de hacer esto, si se han encontrado cadáveres con signos evidentes de que las víctimas fueron quemadas vivas, rociados primero sus cuerpos con materia inflamable, lo que se ha podido concluir por las desgarradoras expresiones de terror en sus rostros, por el rictus de sus bocas ardientes, por la pavorosa contracción de sus músculos. Lo que hace recordar los cadáveres que le muestran al turista en los museos de Pompeya como víctimas de la erupción del Vesubio y que sepultó a la ciudad hace siglos. Pero lo nuestro, obra de la maldita mano del hombre, ha sido el pavor, el horror, el sadismo, la sevicia, la alevosía, la crueldad utilizada al máximo para el sufrimiento humano. Todo a sangre fría, como en la tormentosa novela con el crimen como tema de fondo, obra de ese excéntrico, de ese extravagante, de ese escandaloso, de ese homosexual de TRUMAN CAPOTE.

Sería muy importante conocer esos mil quinientos procesos penales de las víctimas del Escuadrón de la Muerte. En primer lugar para establecer la curiosa y denunciadora coincidencia de que los muertos casi siempre resultan ser personas con antecedentes penales, lo cual ya nos permitiría preguntarnos, como se debe preguntar en cualquier investigación penal por asesinato: ¿Quién ha podido tener a la mano los prontuarios de esos individuos con antecedentes? ¿A qué tipo de organización podría interesarle eliminar masivamente a dichas personas? ¿A quién benefician esos crímenes? ¿Quién ha tenido esa facilidad de capturarlos, por conocer sus domicilios o los lugares que frecuentan para cometer sus ilícitos? En segundo lugar, el conocimiento de dichos procesos también serviría para precisar la modalidad de esa afrentosa carnicería humana y saber si por sus características similares tienen esos asesinatos un mismo origen, si los malhechores pueden formar parte de alguna institución que ha decidido hacer justicia por sus propias manos; en tercer lugar para saber algo muy significativo como es el de si en ese millar y medio de sumarios atribuidos al tenebroso escuadrón de la muerte, se ha desplegado alguna seria diligencia investigativa por parte de la policía judicial, por el Das, el F2, el Departamento de Seguridad y Control. Esto serviría para saber, como mínimo, que si las víctimas eran delincuentes y nada hizo la policía judicial por descubrir a los asesinos, se habría cometido ya por ese solo hecho una enorme injusticia, porque en la defensa de los derechos humanos, para la administración de justicia, para el derecho penal, las víctimas de un delito son iguales,

no se puede hacer ninguna clase de discriminación para decidir si un homicidio se investiga o no, según si la víctima es un honrado caballero o un "indeseable" delincuente. Esas víctimas del atropello y de la arbitrariedad, los perseguidos y sacrificados criminalmente por los malos antecedentes de sus vidas, tienen el mismo derecho a la protección del Estado. Esos centenares de cadáveres que las autoridades han levantado por la carretera a "Las Palmas", en la de "Boquerón" y "Santa Helena", en la antigua a Guarne, y en los altos de Belén, en "Bellavista", han debido despertar la inquietud y preocupación de los encargados de velar por la seguridad de los asociados, por lo cual esas investigaciones debieron llevarse hasta sus últimas consecuencias. Pero si no se hizo así, si no se desplegó ninguna diligencia para esas investigaciones, si la autoridad misma no sintió el duro impacto de esos crímenes, si no la inquietó tanta maldad humana desatada sobre la ciudad, ello querría decir muchas cosas, entre las cuales diríamos solo estas: la propia autoridad se ha sentido solidaria con esos pavorosos asesinatos, solo porque las víctimas han sido delincuentes, con lo cual ya habrían faltado a su deber de investigar indiscriminadamente, y el hecho de haberse desentendido de su obligación legal y moral de tratar por lo menos de descubrir a los criminales, ha permitido que la azarosa organización siga actuando tan tranquilamente como hasta hoy lo ha hecho.

Uno se pregunta si en los años en que ha funcionado el Escuadrón de la Muerte, siendo de conocimiento público cuáles son los lugares preferidos para cometer sus crímenes o para arrojar allí los cadáveres, alguna autoridad de policía o los cuerpos secretos del detectivismo se han preocupado por extremar la vigilancia en esos lugares, si han llegado a solicitar la colaboración del personal de los retenes para que avise inmediatamente el paso de vehículos sospechosos a altas horas de la noche. Si no lo han hecho es porque nada, absolutamente nada les ha importado la comisión de esos crímenes, o porque en cierta disimulada complicidad con los mismos, alegan no tener facultades para ello, o que no es de su incumbencia, como acaba de decirlo una autoridad municipal, la que por el mismo cargo que ocupa está obligada a velar por la seguridad de las personas, a cumplir el mandato constitucional de hacer respetar la vida, la honra y los bienes de los ciudadanos. Esa autoridad, de quien depende nada menos que uno de los cuerpos secretos de la ciudad, una institución de la policía judicial que por ley está obligada a practicar las primeras diligencias cuando tiene la noticia de un crimen, le acaba de notificar a esta sociedad acorbadada y ofendida, que eso no es problema suyo, que nada tiene que hacer con esos crímenes, que ante su aterradora presencia de casi todos los días, él, el Secretario de Gobierno Municipal, solo puede ser un convidado de piedra. Nunca antes y en ninguna otra época se había tenido la irresponsabilidad de hablarle y responderle así a una sociedad que nunca se puede reponer del susto por tanto asesinato cometido. Es decir, que ese organismo del cual él es su jefe, sí puede investigar los crímenes cometidos por cualquier persona o asociación para delinquir, pero que cuando

se trata del fatídico Escuadrón de la Muerte, entonces no puede hacer absolutamente nada, sus actos no pueden ser investigados por esa autoridad, que no tendría oídos para escuchar los gritos lastimeros de las víctimas ni ojos para ver el rostro desencajado de los asesinos. Ese escuadrón de la muerte resulta así ser intocable para dicho funcionario. Yo en su caso escogería cinco de los mejores detectives, de absoluta confianza, bien revisadas sus hojas de vida, o buscaría personal nuevo bien idóneo, con inteligencia despierta, con recia moral, con alta dosis de malicia investigativa, audaces y decididos, y les diría: La única misión que les encomiendo es que descubran e investiguen el escuadrón de la muerte. Y nada más. Les doy un mes, dos meses, o lo que necesiten de tiempo. ¡Pero ese funcionario nos dice que él nada puede hacer!

Esa organización criminal actúa sobre estas bases: O es sumamente afortunada, hasta el punto de que en tantísimos asesinatos como los que ha cometido no haya sido sorprendida en ninguno de los momentos del *iter criminis*. Ninguna autoridad, ni de policía, ni del ejército, ni del detectivismo ha podido seguir sus macabros pasos, porque ellos se pierden sin dejar huellas en las dramáticas noches de su desvario. O cometen sus hechos con una maestría tal, con un cuidado tan extremo y con tantas precauciones, que casi se podría decir entonces que son ellos los que cometen el crimen perfecto, lo que no es nada verosímil en tan múltiple actividad asesina. Todo hace pensar, por ello, que en el cumplimiento de sus malvados designios obran con absoluta tranquilidad, con desconcertante serenidad, con la seguridad, no sabemos por qué, de que sus vehículos, en donde llevan macabramente ya los cadáveres de sus víctimas, o estas mismas amordazadas, amarradas, flageladas, para culminar el suplicio asesinandose en la oscuridad y silencio de la noche, no serán detenidos en la vía por ninguna autoridad, y que no los invadirá ni el temor ni la ansiedad al pasar por los retenes, porque allí conocen el vehículo y saben quiénes son sus ocupantes.

Se debe entonces frenar esta alocada carrera de la criminalidad tan protegida hasta ahora por la indiferencia de las autoridades. Es necesario para ello formar un cuerpo bien seleccionado con personal de la policía judicial para que ante delitos tan monstruosos se inicie inmediatamente la correspondiente y exhaustiva investigación penal. Tiene que ser un personal calificado, muy honesto, que actúe sin prejuicios de ninguna naturaleza, así la víctima haya sido un atracador profesional, un simple raponero, un secuestrador, un extorsionador. Y que su actividad investigativa se inicie en asocio del inspector de permanencia o del juez de instrucción criminal, desde el momento en que el funcionario respectivo haga el levantamiento de los cadáveres. Y que de la misma manera se seleccione un grupo de jueces de instrucción criminal, dedicados exclusivamente a instruir los sumarios por esta clase de delitos, para que así puedan en recíproca colaboración relacionar los indicios de los distintos procesos y lograr más fácilmente descubrir a los integrantes del ominoso Escuadrón de la Muerte. Se debiera igualmente disponer un patrullaje que no fuera fácilmente identificable, para poder así detectar los vehículos

sospechosos que a altas horas de la noche hagan su recorrido por las carreteras preferidas por los delincuentes para deshacerse de sus víctimas.

Este es el dramático y trágico panorama general que ofrece el Escuadrón de la Muerte, una afrenta a la ciudad hidalga, un escarnio a nuestras costumbres ancestrales, un vilipendio a los símbolos sagrados. Nuestra obligación como abogados es acusarlo, sentarlo en el banquillo de los malhechores, si no para que responda judicialmente de sus actos, sí para que la sociedad atemorizada y ultrajada sepa en dónde está uno de los más graves peligros para la convivencia pública. Nuestro compromiso moral es el de reivindicar airadamente, con abierta tozudez, con palabra empenachada y cálido aliento, en una lucha sin cuartel, el derecho a la vida que tienen todos los asociados, así sean los peores criminales de la especie humana. Nuestro quehacer permanente y acucioso, sin una sola claudicación, es por la defensa de los derechos humanos, entre ellos, fundamentalmente, el derecho a la vida. La vida de cualquiera, la de los alzados en armas si se les captura, la del secuestrador, la del atracador de bancos, la de los mismos torturadores, la del peor delincuente, incluyendo obviamente la defensa de las vidas de quienes pertenecen al Escuadrón de la Muerte, si al capturarlos —y el día no esté lejano— llegaren a correr peligro. Los abogados tenemos ese deber; es un solemne compromiso con nuestra propia conciencia, un mandato del espíritu, una consigna clamorosa de la hora.

Yo creo firmemente que con el doctor DARÍO ARCILA ARENAS, muy digno presidente del Colegio Antioqueño de Abogados y quien les habla, como presidente del Colegio de Abogados Penalistas de Antioquia, podemos comprometer nuestras dos instituciones, sin una sola excepción de sus miembros, en esta grandiosa empresa de convertirnos en la voz de los torturados que no tienen a quien pedir clemencia, de los que no se pueden hacer escuchar, de todos los humillados y ofendidos por la sociedad deshumanizada e indiferente a las angustias del hombre; queremos ser la voz altiva de todos los que se sientan perseguidos sin justa causa por las autoridades arbitrarias, de los que corren peligro de ser capturados o secuestrados para luego ser exterminados solo porque son delincuentes. Recordemos con FEDERICO NIETZCHE que “nuestro crimen contra los delincuentes es tratarlos como canallas”. Porque cuando así se tratan, agregamos nosotros, estamos echándole más combustible a la hoguera encendida de la violencia, estamos suministrando el caldo de cultivo para nuevos crímenes, le estamos colocando un *inri* afrentoso al frontispicio histórico por donde aspiramos que haga su entrada al año dos mil una generación sin tanto lastre de inmoralidad, de deshonor, de ruindad, de felonía. Que no por ello queremos todavía endosarle la cruda tesis de ALEJANDRO LACASAGNE de que la sociedad tiene la delincuencia que se merece, o la más atemperada de GABRIEL TARDE de que la criminalidad es la sombra que proyecta cada sociedad. No. Nos resistimos a admitir que nos merezcamos tanto baldón y tan afrentoso estigma.

Nuestra profesión de abogados penalistas nos mantiene inmersos en toda la problemática social, humana y criminológica del momento que vivimos. No somos unos simples defensores de delincuentes. Que si a eso se pudiera reducir nuestra misión en la vida, sería apenas una simple lucha por conseguir el pan de cada día. Pero no es así. Nosotros somos un símbolo, el de la libertad, tenemos una meta, la defensa de los derechos del hombre, llevamos una bandera, la del derecho, tenemos siempre un mensaje, el de la justicia. Los abogados, más que los grandes estadistas, son los que han construido el mundo, porque han sabido trazar los esquemas jurídicos sobre los cuales debe desenvolverse la vida de la sociedad y de las naciones. Somos los custodios de la legalidad, los fiscales de la administración pública, ejercemos cierta magistratura ante la rama jurisdiccional del poder público. También somos los acusadores implacables contra el despotismo, contra la tiranía, contra la arbitrariedad. Jamás, por ninguna circunstancia podemos ser solidarios con quien viola un derecho, cercena una garantía, ultraja la libertad individual, o, lo que es peor, le quita la vida al hombre solo porque ha delinquido. Por eso el edificio del derecho no pudo levantarse sino sobre la amalgama de la sangre de quienes en los siglos lucharon por él, por su vigencia, por su respeto. Entonces nosotros debemos estar movidos por imperativos morales y espirituales, más al lado de los desprotegidos de la sociedad y de las autoridades, de los perseguidos sin justa causa, para velar porque si esa persecución proviene de la autoridad pública, se les respeten sus derechos, el derecho a no ser torturados, a que se les mantenga incólume su dignidad humana, a que no se les nieguen los medios de defensa, a que si están acusados de algún delito, se les siga el debido proceso y se les imponga la pena justa si son declarados culpables, o que se les absuelva si son inocentes. Que puedan tener la seguridad plena de que cuando, por cualquiera que hubiere sido la causa legal de su excarcelación, esa boleta de libertad no lleva implícita la partida de defunción; cuando, como ha ocurrido, al salir del centro de reclusión y cuando apenas empiezan a respirar los nuevos aires de la libertad, son atrapados, secuestrados y después asesinados cruelmente, sin piedad, sin misericordia. Por ello tenemos que ser como el órgano receptor de sus esperanzas, ser a manera de concha acústica en la que tenga resonante eco, audiencia pública, la voz de las familias angustiadas por la tribulación y la amargura de que el padre, el hijo, el hermano, el esposo, no regresaron un día a sus hogares, desaparecieron misteriosamente sin dejar más huellas que las de sus cadáveres arrojados a los muladares de nuestra ciudad, que en eso se han convertido nuestros caminos, las avenidas que desembocan a la urbe ultrajada y escarnecida.

Tenemos entonces que rescatar la ciudad del abismo a que la ha precipitado el crimen. Para ello contamos con la ayuda del señor presidente de la República, doctor Belisario Betancur. Esta es su ciudad amada, a ella está unida su existencia por el cordón umbilical de sus más caros afectos. Sabemos de su alma inmensa y de su generoso corazón. Si ayer lo vimos llorando sobre los escombros de la ciudad sagrada de Popayán, porque la naturaleza desató

sus furias contra ella, y prometió solemnemente reconstruirla, levantarla otra vez de entre sus ruinas y su dolor, cómo no va a podernos devolver la imagen de nuestra ciudad buena, abroquelada en su fe, abrazada a sus costumbres, cuando no es la naturaleza la que se ha enfurecido y ensañado contra ella, sino la mano maldita del hombre que todos los días derrama sangre inocente sobre su rostro afligido. También invocamos la gestión del señor procurador general de la Nación, doctor Carlos Jiménez Gómez, porque esta es también su ciudad predilecta, no solo por los lazos de la sangre que lo unen a esta tierra, sino también por las voces del pasado que se acrecientan en su recuerdo de familia, de amigos y de muchas querencias. Si fue capaz de asombrar al país, de despertar la dormida conciencia de todo un pueblo, por su valor civil de investigar y descubrir al "MAS" (muerte a secuestradores), sabemos que ahora es capaz de hacer lo mismo, cueste lo que costare, investigando y descubriendo al Escuadrón de la Muerte, el que de aquí, el de Urabá, el de Puerto Berrío y demás ciudades y lugares de la República, para que por este aspecto tan infamante no nos sigan comparando con Brasil, con Chile, con la Argentina. Veintiocho millones de colombianos se lo van a agradecer. También el doctor Antonio J. Duque Álvarez, director nacional de instrucción criminal estará al frente de esta formidable empresa, con mística y consagración imperturbables, para que la batalla que se va a iniciar contra el crimen no resulte estéril e infecunda. Lo mismo el señor ministro de Justicia, doctor Bernardo Gaitán Mahecha, porque si ayer movió dramáticamente la acción de la Procuraduría General de la Nación para que fuera revocada la amnistía que favoreció con la libertad a quienes fueron condenados por la muerte de una monja ilustre, esperamos que esa misma acción se haga sentir ahora contra la impunidad de que están gozando los autores de tantos crímenes atroces, ya que las víctimas de ellos, como vidas, valen lo mismo que la de la monja benemérita, valen igual a la de cualquiera de nosotros, por elevado que sea su rango, así aquellas víctimas sean los peores delincuentes.

La misión pastoral también debe hacerse sentir, la de los conductores de la grey, los orientadores del aprisco. El Exmo. cardenal Alfonso López Trujillo bien sabe que su decidida acción apostólica y su iluminada palabra evangélica pueden abrir surcos de paz, proyectar horizontes de bienandanza en este túnel de indignidad y de oprobio en que se quiere encerrar a nuestra ciudad. Recordemos no más lo que pudo hacer en la martirizada y ofendida ciudad de Pereira, el Exmo. arzobispo Darío Castrillón. Allí también funcionó el azaroso escuadrón de la muerte. Hasta los jóvenes raponeros eran marcados con tinta indeleble para ser fácilmente identificables en las antecámaras de la muerte. Allí hubo una especie de Herodes criollos que se propusieron acabar hasta con los adolescentes porque cometían delitos contra la propiedad privada. Y este jerarca que no se contenta con las simples oraciones, con las meras plegarias para pedir por nuestros pecados, se ha convertido allí en el gran

defensor de los derechos humanos, con decisión, con valentía, corajudamente, cojonudamente, si lo queréis. Por eso lo pongo de ejemplo en esta emocionada invocación que con palabra estremecida le hago al excelentísimo señor cardenal López Trujillo. Por eso terminamos diciéndole filialmente desde esta tribuna, que por el significado más hermoso y evangélico de que la fe mueve montañas, que la suya venga ahora a mover a esta montaña grandiosa de Antioquia, es decir, a sus gentes, para que el horrible holocausto no siga manchando su rebaño, y para que nosotros, sus hijos espirituales, tengamos en su cayado de pastor la brújula de nuestras más grandes esperanzas.

EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y LA TÉCNICA JURÍDICA

Por
GUILLERMO ARISMENDY DÍAZ*

Partiremos en esta exposición de la descripción de la estructura del tecnicismo jurídico. Inspeccionaremos, a partir de sus propósitos, cuáles fueron sus resultados; y hoy, cuáles son sus consecuencias. Indagaremos por los resultados de una técnica cuyos propósitos, en apariencia, han sido precisar, delimitar dentro de su entorno exclusivamente jurídico, la ciencia del derecho penal en tres análisis (concebidos como niveles jerarquizados) como únicos elementos capaces de proporcionar, no solo el conocimiento (teorización), sino la realización (práctica) de esa norma de la conducta humana —el derecho—, que como tal “es así mismo necesariamente forma, superestructura (epifenómeno, como dicen algunos) de fenómenos humanos y sociales que debajo de él demuestran una vida perenne”¹. Conocimiento y realización de “aquel hecho humano y social que se llama delito, y de aquel hecho social y político llamado pena”². Esto, con el propósito de sondear el derecho penal colombiano a la luz de los postulados del tecnicismo jurídico.

I. SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL EN ITALIA, HACIA 1910

Hacia 1910 irrumpe ARTURO ROCCO, con su discurso magistral de Sassari, advirtiendo y denunciando la incertidumbre e inseguridad en que se debatía la ciencia del derecho penal “Como si se buscara a sí misma...”³. La crisis denunciada por el jurista ROCCO, se debía esencialmente a la incapacidad del derecho penal de integrar, de fusionar unitariamente, eso que de un lado constituye la teoría (como la racionalización del fenómeno), y de otro, la práctica (como la aplicación de esa teoría) o su retorno a ese hecho del que ha salido, en principio, y que constituye, en fin de cuentas, el elemento pristino del derecho (es decir, la praxis, como ideal jurídico); por un lado iba la teoría... por otro lado, la práctica⁴; y ajenas, extrañas, práctica y teoría caminaban

* El autor es estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Cátedra de Derecho Penal.

¹ ARTURO ROCCO, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Traducción de Rodrigo Naranjo Vallejo, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 38.

² Ídem, pág. 11.

³ Ídem, pág. 3.

⁴ Véase a SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976; pág. 187.

como ciegas, quizá buscándose o buscando, pero conduciendo a la ciencia del derecho penal a un deplorable estado de ansiedad, hasta el punto de hacerle casi perder su razón de ser.

A la incertidumbre del objeto y método del derecho penal se sumaba la disputa, en ocasiones vulgar y callejera, entre la escuela clásica y la positiva; lo cual hacía aún más oscuro el panorama y más tormentosa la búsqueda científica. El absurdo intercambio de golpes, dados a veces en el vacío, tornaba aún más débil el enfermo organismo de la ciencia del derecho penal.

Así las cosas, la escuela positiva se dedicó al estudio empírico de nuestra disciplina, descartando de su análisis el fenómeno del derecho penal, como acontecimiento político, respuesta a la nueva actitud filosófica, entonces en boga⁵; además cayó en lo mismo que atacaba, pues si bien partía de la realidad empírica, de los hechos concretos, no por ello escapó de la abstracción vaga, metafísica; mejor dicho, llegó a elaborar absurdos jurídicos. Igual o parecida falta cometió la escuela clásica, anterior a la escuela positiva, planteando su objeto de estudio y su método de conocimiento completamente desfasado de la realidad, salido de los cauces jurídicos. Ni su objeto, ni su método podrían en algún caso admitir por sí mismos (sin advertir o dejar entrever insalvables vacíos que, bien que mal, fueran en buena medida superados por la técnica jurídica) ser llenados por la escuela clásica o la positiva.

La escuela clásica, podemos concluir, representó apenas un último suspiro medieval, escolástico, en los agitados siglos XVIII y XIX (el liberalismo florecía y se abría paso en la más larga noche vivida por la humanidad).

La escuela positiva terminó por “limitarse a la tarea más sencilla que es la de criticar y negar, llegando en último análisis a un derecho penal... sin derecho”⁶.

La práctica del derecho penal, entretanto, seguía separada de aquello que, consideramos, debía orientarla: la teoría. Mientras en la teoría se debatía el derecho penal entre la vida y la muerte, su práctica continuaba en manos de verdugos, que poco o nada tenían que ver con el asunto. Fracasa, pues, también como la escuela clásica, la escuela positiva. De la *Terza Scuola* ni qué decir, cuando su eclecticismo proxeneta ni siquiera prolifera⁷.

Estamos, pues, ante un derecho penal que no sabe —o a lo menos no le importa— el derecho, es decir, el derecho positivo vigente, ese derecho actual en escena, presente y vivo; pero estamos (pienso en 1910) ante un derecho penal que no tiene absolutamente nada que ver con el derecho.

¿Y cómo corregir los errores? ¿Cómo salvar a nuestra nave de la tempestad? Porque, o se calma la marea o se hunde el barco...

⁵ Para el positivismo naturalista “los acontecimientos espirituales” tienen, igual que los acontecimientos naturales, sus “causas”; están totalmente determinadas por ellas.

⁶ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 6. Cfr. también MIR PUIG, ob. cit., págs. 187 y 188.

⁷ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Edit. Losada, 1964, págs. 88 y 89.

¿Cómo la ciencia del derecho penal podía alcanzar su método y delimitar, aparte de elucubraciones escolásticas o empíricas, su objeto? ¿Cómo llegar a definir claramente sus propósitos? ¿Cómo alcanzar sus fines sociales y políticos?... (porque el derecho, en general, y particularmente el derecho penal, es un asunto político en su sentido riguroso: la polis, interesa a todos y todos se interesan por ella puesto que hacen parte de ella).

El tecnicismo jurídico surge como alternativa seductora, y se presenta como una herramienta de trabajo⁸; he aquí (parecía gritar ROCCO en el útero del fascismo) la praxis de la ciencia penal. Bien. Son estos los propósitos del tecnicismo jurídico; solo nos falta mirarlo en sus resultados: Al tecnicismo jurídico lo generan las necesidades sociales, pero más las conveniencias políticas. Así se le toma enseguida, con él se manipula de manera soterrada sobre un piso perfumadamente científico; y el fenómeno del poder⁹ es puesto en acción en perfecta armonía con un estado políticamente fascista, muy acoplado y acoplado con la ideología.

Así pretendió ROCCO remediar los males, a partir de la técnica jurídico-penal; única, según él, capaz de salvar en la tormenta a nuestra nave, hasta entonces (¿no estará actualmente el derecho penal en igual o parecida circunstancia de ansiedad?) tristemente zarandeada.

"Solo manteniéndose firmes, dice, y aferrados estricta y escrupulosamente al estudio del derecho... positivo vigente único que la experiencia nos señala y en el cual solamente puede encontrarse el objeto de una Ciencia Jurídica como la del Derecho Penal"¹⁰; y más adelante: "...reduciendo la ciencia jurídico penal... a un sistema de principios de derecho... a su conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas, en una palabra, a un estudio general y especial del delito y de la sanción, desde el punto de vista jurídico como hechos o fenómenos regulados por el orden jurídico positivo. Esta es la orientación denominada Técnico Jurídica..."¹¹.

Es de la única manera, dice ROCCO, que podrían alcanzarse sus objetivos; solo así puede la práctica estar orientada por su propia teoría, teoría de esa

⁸ MICHEL FOUCAULT, GUILLES DELEUZE (entrevista). "Les intellectuels et le pouvoir", en *Rev. L'arc*, núm. 49, 2do. trimestre de 1972, págs. 5 y 6.

GUILLES DELEUZE: "... una teoría es exactamente como una caja de herramientas, ninguna relación con el significante... es preciso que sirva, que funcione".

⁹ MICHEL FOUCAULT, *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets Editor, 1979, pág. 10. Para referirse a la vinculación del discurso con el poder, cualquiera sea su naturaleza y cualquiera el fenómeno al cual apunta, advierte: en un diálogo entre el deseo como el propósito y la institución como el poder: "el deseo dice: no querría tener que entrar yo mismo en este orden azaroso del discurso; no querría tener relaciones con cuanto hay en él de tajante y decisivo; querría que me rodeara como una transparencia apacible, profunda, indefinidamente abierta en la que otros responderían a mi espera, y de la que brotarían las verdades, una a una; yo no tendría que dejarme arrastrar en él y por él, como algo abandonado, flotante y dichoso. Y la institución responde: no hay por qué tener miedo de empezar, todos estamos aquí para mostrarte que el discurso está en el orden de las leyes, que desde hace mucho tiempo se vela por su aparición; que se le ha preparado un lugar que le honra pero que le desarma, y que, si consigue algún poder, es de nosotros y únicamente de nosotros de quien lo obtiene".

¹⁰ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 8.

¹¹ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 8.

práctica (nótese cómo podría terminar la teoría constituyendo la apología de una práctica mezquina). Requiere, pues, esa práctica, de una orientación: esa es la orientación técnico-jurídica. ¿En qué consiste esta orientación técnico-jurídica? Para poderla definir es necesario "aferrarse al templo del derecho, o sea limitarse al aspecto meramente jurídico y desvincular de ella la política, la filosofía, la sicología, la sociología, la antropología; aspectos diferentes de lo estrictamente jurídico, sin lo cual no podrá el derecho precisar jurídicamente sus conceptos"¹²; error cometido y causa del naufragio de las escuelas clásica y positiva, pues terminaron haciendo política y cuando menos filosofando; olvidando precisar científicamente el fenómeno del derecho penal; sin delimitar (no escindir) lo científico "puro", el derecho penal cayó en peligrosas consideraciones de naturaleza abstracta, pues no pudo destacar los elementos ónticos, esenciales, immanentes al derecho penal mismo. También el tecnicismo jurídico cayó de narices, en su búsqueda de precisiones conceptuales. La causa —afirma ROCCO— principal y tal vez única de las dificultades actuales de nuestra ciencia, depende precisamente de la poca observancia de los límites que separan las diversas ciencias criminológicas, de la confusión reinante, no solo en el campo del objeto, sino principalmente en el de la naturaleza y los fines respectivos del derecho, de la sociología, de la antropología, de la filosofía y de la política criminal¹³.

Miles de teorías discuten las raíces, justificación, misión o fundamento del derecho, mientras ni siquiera se define qué es jurídicamente la pena, la responsabilidad, el delincuente; pero ningún concepto —lamenta ROCCO— puede asumir la ciencia del derecho penal sin recurrir al resto del ordenamiento jurídico. No niega, sin embargo, que existan "necesidades o exigencias sociales que se imponen a la conciencia y a la voluntad del legislador penal y que están destinadas precisamente a transformarse en derecho positivo: aquellas exigencias que se designan en su conjunto con el nombre de «justicia» y que constituyen, al entrar al orden jurídico, el fundamento intrínseco del derecho positivo"¹⁴.

Solamente tomando como base el derecho positivo vigente, es posible construir una ciencia del derecho penal; hasta entonces la escuela positiva hallaba su fundamento en la sociología, como en la antropología, sin alcanzar lo propio-teórico jurídico¹⁵.

¹² Ídem, pág. 15.

¹³ Ídem, pág. 14.

¹⁴ ARTURO ROCCO, *El problema...* cit., pág. 12.

Cfr. HANS KELSEN, *¿Qué es la justicia?* Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1966, traducción de Ernesto Garzón V.: "Yo apenas puedo decir lo que para mí es la «justicia» y no lo que la justicia es. Atribuirle significatividad (objetividad) es hacer ideología que encubre la realidad y no la ciencia que la desvela" (pág. 86).

¹⁵ ENRICO FERRI, uno de los más sobresalientes representantes de la escuela positiva. Con su sentido de adaptación a las tendencias ideológicas de cada momento, abogó por una sociología criminal que sirviera de luz a la ciencia penal. (Véase a ENRICO FERRI, *Sociología criminal*, 5ª ed. t. I, Torino, 1929, págs. 193 y 55).

Pero la tarea y la función del derecho penal es la elaboración técnico-jurídica del derecho positivo y vigente... "El conocimiento científico y no solo empírico del sistema del derecho penal"¹⁶.

II. LO QUE SE QUIERE DECIR EN LO QUE SE DICE

Respecto de la exégesis¹⁷, o lo llamado en otros términos interpretación; lejos de insinuar la precisión semántica ya sugerida por las palabras (fácilmente ello se obtiene con el texto de la ley y cualquier diccionario); lejos de buscar la pobre significación gramatical del texto de la ley^{17 bis}, el principal, si no el único propósito, de la exégesis en el tecnicismo jurídico consiste en descubrir el "alma" de la ley, su espíritu, es decir, su sentido¹⁸; o sea, lo que quiere decir la ley, en lo que dice.

Para interpretar las normas no se excluye (ni se excusa a quienes so pretexto de ser fieles al texto de la ley, evidencian su anemia mental, resolviendo de la manera más simple, pisoteando, incluso, el sentido de ella —escudados en sus en ocasiones harapientas explicaciones literales—, al momento de aplicarla), y, por el contrario se comprende una interpretación no solo restrictiva, sino extensiva y modificativa. Además, es lícito acudir a los principios generales, son acertado recurso, un necesario medio, siempre que no se conformen como punibles hechos que no lo son, hechos que expresamente la norma no consagra como punibles; o bien imputando al individuo penas que expresamente no se han descrito. Si la norma no es expresamente prohibitiva, se puede y se debe aplicar los principios generales del derecho y la analogía¹⁹; puesto que el juez siempre está obligado a decidir, ese derecho allí resulta, en su interpretación, creándose (o si se quiere recreándose) así como, en su creación, se lo interpreta. Casi nunca una sola norma se aplica a un caso, y esa sola norma determina la sentencia y fija cuál es la pena y cuál el delincuente.

¹⁶ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 15.

¹⁷ En la técnica jurídica es el primer nivel de análisis, exigido para un conocimiento "no solo empírico sino científico del derecho positivo vigente".

^{17 bis} Para KARL LARENZ "interpretar es un hacer mediador por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático". Confróntese de este autor su *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. de Marcelino Rodríguez M. Barcelona, Ed. Ariel, 2ª ed., 1980.

¹⁸ En general puede afirmarse, con base en el sentido inmerso en cada uno de los textos de naturaleza jurídica, la posibilidad de búsqueda insinuada por las normas que constituyen el eje de la vida jurídica y, pudiéramos decir, del pensamiento jurídico.

¹⁹ Para BETTIOL, la analogía consiste en "extender una norma jurídica de un caso previsto a otro sobre la base de una semejanza entre ambos, en virtud de que el principio informador de la norma a que ha de extenderse, abarca dentro de sí, el caso no previsto ni expresa ni implícitamente. En ello reside la diferencia esencial entre analogía e interpretación extensiva: en esta, la norma existe aunque mal expresada, en aquella no existe la norma particular". Al respecto confróntese su obra *Derecho penal*. Traducción de José León Pagano, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 108.

Se trata, pues, acudiendo a la analogía favorable al reo o a los principios generales del derecho, a la interpretación restrictiva, extensiva y modificativa, de buscar, y, además, de hallar los casos en los cuales el delincuente y/o el delito no son tales.

La exégesis, no obsta lo dicho, ha sido tristemente manoseada, prostituida por agrios y desviados exegetas jurídicos. Hasta el momento histórico de la escuela positiva, los jueces, los legisladores, los juristas, brutalmente se apegan al texto de la ley (la crítica se hace extensiva, hoy, a no pocas nodrizas universitarias); pero de ahí había que salirse, por lo menos si el naufragio de la ciencia del derecho penal se quería evitar: ¿A dónde? ¿Fuera de ella quizás? ... No. No era saliendo, ni pasando por la norma, era internándose en ella, en su motivo genético, en su sentido social y político y, por supuesto, con ciertas salvedades, en sus propósitos.

No se trataba, ni se trata de hacer literatura²⁰, ni de interpretar literalmente "porque la letra dice esto o porque la letra dice aquello" —no importa más lo que se dice, cuanto lo que se quiere decir—; el diccionario sirve poco para interpretar la ley; sirve sí, la realidad histórica; hacia ella debe por lo menos orientarse la mirada. Siempre, pienso, debe ser la realidad social, el norte de la ciencia del derecho en sus elaboraciones y con mayor razón en su práctica.

III. DOGMÁTICA O DOGMATISMO

Si bien la exégesis puede considerarse como la ciencia de la ley, respecto de la dogmática (segundo nivel de análisis en la técnica jurídica), puede decirse, constituye la Ciencia del Derecho Penal, conforme lo sostiene ARTURO ROCCO. Sin embargo, en la técnica juridicopenal a pesar de lo dicho, la dogmática aparece como un elemento apenas, dentro de la arquitectura teórica planteada por el jurista italiano. No obstante, para autores como ANTÓN ONECA, la técnica juridicopenal es en Italia lo que en Alemania es la dogmática juridicopenal, admitiendo el autor español, como única diferencia entre una y otra, su nacionalidad. STAMPA BRAUN, en cambio, equipara la dogmática juridicopenal alemana a solo uno de los elementos de lo que en Italia constituye el tecnicismo jurídico; es decir, subordina la dogmática al tecnicismo jurídico; reduce la dogmática alemana a una mera parte²¹. JIMÉNEZ DE ASÚA, por el contrario, sostiene airadamente que la dogmática juridicopenal no tiene que ver con las orientaciones que de ella surgen, y reclama su independencia y autonomía

²⁰ Véase al respecto a KARL LARENZ, ob. cit., págs. 192 y ss.; KARL ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México, Ed. Guadamarra, 1967, págs. 113 y ss. La interpretación se hace a la luz de la doctrina filosófica de la comprensión.

²¹ STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*, Valladolid, 1953, pág. 112. Cfr. MIR PUIG (ob. cit., pág. 194), quien se pronuncia en el sentido de que el término "dogmática" que utiliza ROCCO "toma el todo por la parte".

pues, según él, "la dogmática no tiene que ver con métodos parciales" entre los que incluye al tecnicismo jurídico, considerando con ello que ROCCO ha tomado el todo por la parte²².

Dejando de un lado la polémica planteada, en el tecnicismo jurídico la dogmática va encaminada a elaborar los principios generales del derecho; su tarea es elaborar desde el punto de vista jurídico, recurriendo a todo el ordenamiento del derecho positivo vigente, y no solo al ordenamiento jurídico penal, los conceptos de pena, delito, delincuente, etc., para lo cual es preciso acudir, aunque sea en forma accesoria, a las demás ramas del derecho, puesto que ellas constituyen sus encabezamientos, si se pretende, claro, una sistematización científica del derecho.

Se requiere precisar los conceptos jurídicos con los cuales ha de trabajar la ciencia del derecho penal²³. Si se quiere tipificar un delito contra la propiedad privada, se requiere conocer de qué manera está regulada la propiedad privada en su respectivo ramo. ¿Cómo precisar y determinar qué es un delincuente, quién lo es y en qué casos, sin acudir a las normas rectoras de un Estado, sin mirar cómo determina y busca regular las relaciones entre los hombres, entre sus asociados? La técnica jurídica requiere de esos elementos, y sin ellos ningún derecho penal podría constituirse con carácter científico; esos elementos son: personas jurídicas, relaciones jurídicas y normas jurídicas.

Si aceptamos, y nadie lo niega, que la dogmática atiende cautelosamente a la elaboración estricta de conceptos jurídicos, su tarea básicamente consiste en elaborar el código de su lenguaje, con el cual ha de trabajar el derecho, y para el caso referido, el derecho penal. Pero no se comprende cómo la dogmática, una vez determinados sus conceptos, se atreve a cristalizarlos y a tender sobre ellos cables conductores de energía, portadores de altos voltajes, hasta el punto de no dejar nada, ni admitirlo, que quede fuera de sus determinaciones. Los "silencios legislativos" o "vacíos jurídicos", resultan electrocutados porque la dogmática, deduciendo hasta llegar a lo "pleno" general, descendiendo luego a lo particular y así (debe entenderse), aunque para tal caso no estaba el legislador presente, la dogmática decide tal o cual asunto. La posibilidad de que algo aún no se conoce o aún no se ha dado, ha sido vedada a nuestros estudiosos; basta aplicar en primer término la deducción, para, acudiendo al método inductivo, dirigir nuestra mirada prefijada hacia los múltiples acontecimientos, no en pocas ocasiones complejos, de la conducta humana. La dogmática no puede cristalizar sus conceptos, no puede dogmatizarlos, porque el hombre, el mundo, el lenguaje, si bien permanecen —es imprescindible aclararlo—, permanecen en continuo movimiento, en constante evolución. Y de otro lado, la dogmática no puede relativizar, hasta casi decapitarles su

²² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, págs. 125 y 55.

²³ Sin embargo, KARL LARENZ (ob. cit., pág. 308), sugiere conceptos más flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta.

sentido, los conceptos jurídicos. El sentido de las normas permite movilidad (he ahí su fecundidad); las normas admiten sentido, porque a toda norma le es inmanente "su" sentido, pero el sentido no se puede normativizar. El sentido de las normas no puede buscarse en la estratosfera, como no puede buscarse debajo de la tierra; el sentido de la norma está en la superficie donde fue la norma concebida. (Igual mi corazón no está encima de mí, como no está debajo; mi corazón está en mí. Dentro de mí).

IV. CIENCIA CRÍTICA O CRÍTICA A LA CIENCIA

Respecto de la crítica (tercer nivel en el análisis de la técnica jurídica) debo advertir, de paso, la peor falta cometida por la escuela positiva, pues criticando sin reconstruir terminaron haciendo un derecho penal... sin derecho.

Pero ella no debe entenderse como simple negación de lo existente y en este caso como negación de sus premisas (la exégesis y la dogmática). La crítica como mirada problemática en lo interno y a lo interno del fenómeno jurídico, busca indagar por el derecho ideal, posible, sugerido por el ya dado: vigente y positivo; en búsqueda del deber ser²⁴; y *ser*, aquí, tomémoslo como lo dado en el análisis arriba enunciado (la aclaración es válida para escapar a la incisiva crítica de los cerebros presocráticos); en el análisis de la dogmática y en la exégesis se considera al derecho penal como es (exento de valoraciones proponía ROCCO), como está dado, y punto: recurrencia evidente por parte de ROCCO a los procedimientos naturales de investigación; a la lógica empleada por las ciencias naturales o del ser, empíricas, pues a sus respectivos objetos de conocimiento se los mira como *son (ser)*, como aparecen y como parece que aparecen, es decir, sin evitar sus manifestaciones y apariencias, sin ponderar, por lo menos en la teoría, sus fenómenos. No se comprende cómo se quiere (igual cosa hicieron los positivistas) naturalizar un fenómeno ético a la condición de *ser*; si bien KANT sostenía: "el deber ser es", pues es muy claro que es: es deber ser²⁵. Para la escuela positiva y en parte para la técnica jurídica el fenómeno es tratado con la lógica del ser.

En el tercer nivel de análisis tecnicojurídico se mira al derecho como una lógica, para mí completamente diferente: la lógica del deber ser; esa es la tarea en el tecnicismo jurídico asignada a la crítica, indagar en el ser, su deber ser (si así *no fueran* las cosas, no se podría, por ejemplo, hablar de una serpiente venenosa y decir que es venenosa; eso es y punto; así se presenta:

²⁴ CARLOS COSSIO, *Teoría egológica*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1970, págs. 329 y ss. Acerca de la lógica del deber ser, "habrá de hablarse de una lógica del deber ser en oposición a esa lógica del ser que nos viene de ARISTÓTELES y que sigue siendo del ser en la moderna logística". Y más adelante: "...KELSEN apremiado por la polémica egológica usó a conciencia esa expresión recién en 1949 durante el curso que profesó en la Universidad de Buenos Aires, pero fue para rechazar su significación y para declarar que la lógica jurídica no era nada diferente de la tradicional lógica del ser".

²⁵ EMMANUEL KANT, *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir*, Madrid, 1912, pág. 81.

como venenosa; si debe ser o no venenosa, es una cuestión que en nada afecta su naturaleza, ni la cambia porque yo quiero que no sea venenosa: ese es un problema mío y no de la culebra; ella siempre es venenosa porque a su naturaleza le es immanente el ser venenosa). El tecnicismo jurídico estudia un derecho como es y lo estructura y lo organiza, y luego se pregunta si debe ser o debe no ser como es.

Retomando nuestro discurso, decíamos que en lo interno la crítica se dirige a las normas, a los principios generales del derecho, a las relaciones jurídicas.

La crítica elaborada desde el punto de vista externo acude, para mirar a su objeto, a otros ordenamientos jurídicos: a la sociología, a la antropología, a la sicología.

Lamentablemente a este nivel del análisis, a esta altísima temperatura en el termómetro de la técnica jurídica, solo puede acudir una vez agotados en su estudio los conocimientos previos. A la crítica se llega comúnmente sin conocimiento de la ley, de los principios generales del derecho, sin haber precisado siquiera jurídicamente sus conceptos básicos.

La crítica, en sentido externo, no va dirigida desde el mismo fundamento jurídico que la estructura, sino y principalmente desde sus fundamentos políticos, desde la sociedad. Desde su mismo ordenamiento jurídico, la crítica estará convirtiendo en círculo viciado y vicioso el sistema o método tecnicojurídico. Desde las normas, crítica es igual que apología.

La condición para hacer crítica jurídica, al decir de ROCCO, es pasar por el camino escarpado y tortuoso del análisis previo (se refiere a la exégesis y a la dogmática).

“El así llamado método tecnicojurídico, en efecto, por su abstracción conquistada a expensas de la concreción, por su extremo formalismo opuesto a todo contenido material... está condenado a desembocar en un callejón sin salida”²⁶.

Así, pues, el revolucionario tecnicismo jurídico ha terminado siendo eso que en todos los demás ha criticado: Dogma.

Bien. De si es el método jurídico una simple técnica, o la ciencia del derecho penal como tal²⁷, eso no nos importa mucho ahora. Importa, sí, el propósito de la técnica jurídica: como técnica constituye una herramienta a cuyo amparo, por cuyo medio, se practicará el derecho (habilidad, destreza). (Martillo para reventar cadenas o martillo para asegurar cadenas). Como método jurídico es el fundamento metodológico de la elaboración jurídica científica.

²⁶ GIUSEPPE MAGGIORE, *Arturo Rocco y el método tecnicojurídico*, Traducción de Fernando Viggiano, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1961, pág. 10.

²⁷ Para E. AFTALIÓN “la técnica del teórico del derecho escapa al ámbito de la técnica jurídica y pertenece al de la técnica científica que no tiende a hacer derecho sino a la consecución de la verdad jurídica, a conocer el derecho”.

Véase a ENRIQUE AFTALIÓN, y otros, *Introducción al derecho*, 11ª ed., Buenos Aires, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, págs. 403 a 406.

La técnica juridicopenal, además, pretende ROCCO, es una guía teórica, el timonel de una práctica hasta entonces (¿hoy, bien parecidas, no son nuestras circunstancias?) detestable.

Ahora bien, aclarando lo anterior, cabe preguntarse: ¿A qué intereses terminó ROCCO sirviendo? Pero lo más grave: ¿Al servicio de qué (o quiénes) tipo de intereses sirve el férreo tecnicismo jurídico?

Ya, por los resultados, lo sabemos: esa protección coactiva de los bienes e intereses de la existencia individual y social, cuya ofensa revele y produzca un peligro para la existencia de la sociedad jurídica organizada²⁸ podrá estar al servicio de una sociedad jurídicamente fascista. Y si esa sociedad se organizara (en efecto, recuérdese el Código Rocco de 1930, en Italia, elaborado a la sombra del Duce) de tal forma, como fascista, a esos intereses estará sirviendo el martillito denominado *Técnica Jurídica*. Puesto que no debe olvidarse (y deben recordarlo los acróbatas de la mentira, quienes a nombre de la ciencia hacen política para afirmar su ideología), el fundamento del derecho es el poder. Ahora, en relación con la elaboración del método tecnicojurídico, los intereses a los cuales quiere servir, son evidentes.

El método tecnicojurídico justifica su fundamento de poder, y defendiendo aquello que cree describir, termina haciendo apología.

A toda ciencia le es propio en su movimiento de autoanálisis (no apologético) no solo pensar, sino pensarse; pensar su objeto y no acorazarlo; y pensarse, digo, pues solo de este modo se convierte —en ese giro sobre sí misma—, en teoría de la ciencia que es. Es decir, que en su investigación se admite, se requiere, la posibilidad y la efectiva ruptura con su mismo pensamiento; es preciso, pues, negar su propio pensamiento, a cada paso, y volver a comenzar²⁹.

Solo así el derecho es capaz de moldearse a sí mismo. El derecho es un fenómeno que en cada momento, pienso, debe estarse comenzando y en cada momento debe estarse terminando.

Al diablo con la comodidad del dogma. ¡Esa cristalización nociva propia del derecho no hace más que impedir su radical transformación, y, si se quiere, necesaria mutación!³⁰.

Y las imprecisiones del derecho no se deben a su método exclusivamente, como muchos lo pretenden, sino al desenfoque respecto de su objeto.

V. LA TAREA DE LA CIENCIA

No se concibe en las ciencias exactas, como se las denomina, ningún carácter envolvente, totalizador; no existe, o no se conoce, ciencia alguna cuyo círculo se cierre, cuyo “final” se una a su “principio”.

²⁸ ARTURO ROCCO, *El problema...* ed. cit., pág. 27.

²⁹ Véase a JULIA KRISTEVA, *Semiótica*, Madrid, Ed. Fundamentos, 1978, págs. 7 a 54.

³⁰ Cfr. GIUSEPPE MAGGIORE, ob. cit., pág. 11.

Las ciencias todas (si son realmente ciencias) piensan y se piensan (su objeto y a sí mismas) siempre en espiral. Su "fin" nunca se une a su "principio" sino que se rechazan.

Todas estas consideraciones no le importan a la técnica jurídica ni al derecho en general³¹.

Recuerda ROCCO, evocando a SCIALOJA, que conviene partir de las disposiciones de las leyes —y se olvida de los hechos, si bien antes reconocía al derecho como hecho social— "para ascender mediante la abstracción de concepto en concepto generalizando así cada vez más y descender luego de lo general a lo particular a fin de poder decir con ARISTÓTELES (*Ética*, nov. 1^o), como habría dicho el legislador mismo si hubiera estado presente y como habría prescrito, si hubiera previsto los hechos y las relaciones que no fueron objeto de su regulación y que se trata precisamente de regular"³². ¿Cómo es eso de dar luz y claridad en los antiguos silencios legislativos? ¿De tal manera que todos los hechos que se presenten queden contenidos en ella? De tal manera según esto, ROCCO entendía que todo hecho humano, sea cualquiera su valoración, está contenido dentro de esos principios generales.

Así todo está dicho. Y todo para el método tecnicojurídico está encerrado y contenido "en su sistema abstractamente perfecto, donde todo está concluido, definido y terminado..." en el cual no hay nada más que agregar, ni que quitar...³³. Así el asunto, ¿qué tarea queda a la ciencia?

Ese estado de llenura (como lo diría PLATÓN), sin lugar a dudas, indigesta...

Si para todo fenómeno actual (o virtual), producido en la complejidad de la vida social, tenemos la respuesta, todo está concluido y solo queda esperar "que la máquina puesta en movimiento provea automáticamente los resultados previstos..." Cualquier otra actividad sería un juego sin sentido.

¿Y por qué llenura? Porque la ignorancia es eso; todo se resuelve y se responde de la forma más simple; para todo hay respuesta cuando la verdad no existe; y si no hay verdad no hay conocimiento, puesto que solo se conoce lo verdadero³⁴.

La técnica jurídica tiene horror al vacío y el derecho en general tiene horror al vacío (horror a los silencios legislativos), pero la ciencia solo se alimenta de esos vacíos porque cada problema resuelto para ella es una perspectiva nueva frente a la cual surge siempre alguna pregunta, surge la indagación por algo más en ella y por ella sugerido.

³¹ GIUSEPPE MAGGIORE (ob. cit., pág. 24): "¿Qué tarea le queda a la ciencia?... Definido su método y dictadas las normas de su procedimiento puede cruzarse de brazos y esperar a que la máquina puesta en movimiento provea automáticamente los resultados previstos".

³² ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 23.

³³ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 12.

³⁴ ESTANISLAO ZULETA, "Acerca de la ideología". Conferencia dictada el 26 de febrero de 1974 en EAFIT. Texto inédito.

Ninguna ciencia, que yo sepa, ha podido llegar a decir: esto es todo y se acabó. Nunca. Para todas las ciencias, cada punto de llegada es a su vez su punto de partida.

Para PLATÓN el hombre que no sabe, y no sabe que no sabe, opina (he ahí su error) porque imagina que sabe³⁵.

La *doxa* es siempre un camino de ciegos. Con el derecho acontece cosa parecida: todo se sabe, seguramente porque en verdad solamente se sabe *nada*. La ciencia "es un paso hacia el no saber a partir de una apariencia de saber"³⁶.

Y dicho todo lo anterior cabe una última pregunta: ¿Será transformación y no reforma la exigencia del derecho?

VI. EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y EL TECNICISMO JURÍDICO

El tecnicismo jurídico puesto en marcha en Italia hacia 1910 con todos los tropiezos y peligros que él entraña, digamos, que si es recibido con beneficio de inventario (y no es ello el pretexto de que echen mano nuestros doctores de la ley), indiscutiblemente sirve como herramienta decisiva para el trabajo con el derecho penal³⁷. Herramienta de trabajo hasta hoy rechazada o desconocida casi totalmente en Colombia. Volviendo a los postulados del tecnicismo, se ve claramente cómo aquello denunciado por el jurista italiano, a principios de siglo, podemos perfectamente y sin lugar a dudas, denunciarlo como cotidiano acontecer en nuestro ordenamiento juridicopenal. Como se ve (hablo para los estudiantes de las facultades de derecho), y como evidentemente se vive (ojalá escuchen nuestros —a veces maliciosamente— sordos magistrados y jueces) en Colombia, el derecho penal, en sentido teórico, transita entre sillas universitarias y estantes de bibliotecas cuando menos; y cuando más en los recintos sacrosantos de los foros y salones de las universidades: mejor dicho, el derecho penal como práctica, transita, viene y va, huérfano de su indispensable complemento: *La teoría*. En Colombia, en su sentido práctico, el derecho penal camina aislado de su teoría, olvidando que esa teoría, siendo tal, lo es de esa práctica y, por ende, para ella. Pero no. Los jueces y los magistrados de la República, con bien pocas excepciones, o desconocen en su ejercicio el imprescindible ingrediente teórico (error de buena fe, y no por ello excusable) o lo desprecian (error de mala fe absolutamente reprochable). Hacen, más bien, gala de su torpe y a veces cretino memorismo, haciendo del derecho

³⁵ PLATÓN, *Teeteto, o De la ciencia y El sofista, o Del Ser*. "Obras Completas", Madrid, Ed. Nueva Biblioteca Filosófica, 1934.

³⁶ ESTANISLAO ZULETA, texto citado.

³⁷ Tengo para mí que el derecho es algo así como un arado en el que disponiendo de los elementos necesarios (es decir, de las técnicas requeridas para esa actividad, cualquiera que ella sea), y de los precisos reconocimientos acerca del trabajo por realizar, no solo resultará efectiva la ejecución de los propósitos sino que los resultados serán óptimos en todos los aspectos.

penal una mecánica y peligrosa aplicación de normas legales. El texto de la ley... Y nada más importa. El derecho penal entendido en este sentido es como una bella cabeza pero sin sesos; como un esbelto cuerpo pero sin vida. Al derecho penal se lo asesina en los templos donde se supone debe cobrar importancia su vitalidad fecunda.

En Colombia, la más de las veces, fríamente se aplica una norma, sin considerar en ella lo fundamental: *su espíritu*.

Con esto surge para los profanos (y aun para los estudiosos del derecho) una pregunta cuya respuesta desconsoladora la dan diariamente los tribunales de la justicia, respecto del estudio dispendioso, largo y en no pocas ocasiones tortuoso, del derecho; se preguntarán las gentes (y yo mismo me hago esta pregunta): ¿Cuáles fines se persiguen con el estudio del derecho? ¿Qué cosa se estudia? A decir verdad, a juzgar por la práctica, nadie sabe qué se estudia...

Si el estudio del derecho (en este caso del derecho penal) es el conocimiento de las normas (no su pobre memorización como lo entienden y padecen tantos profesores universitarios), de su espíritu y de su sentido, de su entraña, ¿por qué entonces no se pasa de la aplicación superficial de la norma? Respecto del derecho penal, por la gravedad de sus consecuencias, con mayor razón, ello debería ser considerado, y sin embargo, paradójicamente, ello con mayor acento es desconocido.

En Colombia no existe la interpretación, y, menos aún, la crítica (salvo algunas excepciones) del derecho penal. Una norma jurídicamente expedida, por ese mero hecho, simple y llanamente es aplicada sin mirársela en relación con el resto del ordenamiento jurídico penal vigente, y, menos todavía, del resto del ordenamiento jurídico; así que, basta la realización del supuesto de hecho jurídico, requerido como condición, para que la consecuencia caiga sobre el individuo sin más consideraciones ni análisis de los hechos. En estas circunstancias, concluimos que nuestro ordenamiento jurídico penal resulta siendo el más peligroso de todos y el primer enemigo de un auténtico Estado de derecho.

El timonel del derecho penal es con frecuencia despreciado por quienes, creyendo ser los centinelas de los bienes vitales, terminan abjurando de aquello en nombre de lo cual han jurado *lealtad*. Este es el diagnóstico que hacemos de nuestro derecho penal actual: como práctica se encuentra hoy abismalmente escindido de la teoría, considerada por quienes creemos en un auténtico y luminoso Estado de derecho, como la guía única y verdadera...! Hoy, dolorosamente, el derecho penal es mecánico ... ni siquiera es técnico.

Si bien muchos sostienen que las normas penales en Colombia están entre las más avanzadas de América Latina, los cerebros a cuya custodia, cuidado y manejo, han sido encomendadas, son cerebros que apenas si llegan al siglo pasado.

Ni siquiera hemos sido capaces de ponernos a la altura de 1910, a la altura de la técnica jurídica, ya incluso superada en otros países. Ni siquiera a ella se ha llegado en Colombia en detrimento no solo del propio derecho penal colombiano, sino también de todos los individuos por él cobijados.

Foro histórico

ORO TRISTE

Dr. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA

Fiscal 10 del Tribunal Superior de Medellín

Medellín, julio 14 de 1982

Sala de Decisión Penal

Magistrado ponente: Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ R.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Honorables magistrados:

Con la sangre de un muchachito desnutrido, que se llamó Luis Fernando Ochoa Cañas, cuya edad cronológica pudo ser un poco mayor pero que tan solo representaba, a los ojos de los médicos que efectuaron la diligencia de necropsia, una edad aproximada de "unos once años", dada su estatura de 150 centímetros y su enteca configuración morfológica; con su sangre, repetimos, se firmó un pacto social que llevó alguna tranquilidad a la gente de su clase social: Los humildes "barequeros" de las riberas del Nechí y del municipio de Zaragoza, con la compañía explotadora de la riqueza aurífera. Así lo afirma don Humberto Vargas, uno de los administradores de la empresa "Mineros de Antioquia, S. A.", quien dice al fl. 76: "Afortunadamente hoy día, y puedo decirlo así, hemos llegado a un acuerdo con los barequeros, acuerdo firmado con ellos y que seguramente irán (sic) a traer como está sucediendo la tranquilidad, para ellos y la seguridad para nosotros, si este es aceptado y tenido en cuenta por todos los barequeros".

Lo anterior debiera haber sacudido el espíritu analítico de quienes han estudiado, hasta ahora, este ominoso homicidio. Tal vez así hubieran comprendido que la muerte de este niño, acaecida mientras se bañaba en las aguas del río Nechí, sirviéndose del ángulo de la draga núm. 3 a manera de trampolín propiciatorio a las clavadas ingenuas e inofensivas de su natación, que se interrumpe y corta letalmente, con dos disparos, uno de los cuales alcanza el blanco humano en la región parietal derecha produciendo el estallido de lóbulos cerebrales y la muerte fulminante que lo hace caer del ángulo como plomada inerte que se hunde en la enorme "poza", abierta antes por la draga, lugar de donde se recuperará el cadáver una hora después, a eso de las cuatro

de la tarde, con las cucharas trituradoras de la misma draga, que servirá para recuperación del cuerpo, de acuerdo con el levantamiento del cadáver del fl. 2; y decíamos que los estudiosos del proceso —muy particularmente el señor Fiscal Superior, funcionario que apeló la providencia enjuiciatoria, porque a un *asesinato* no se le consideró, como era su parecer, bajo el manto benevolente y gratuito de un modesto homicidio culposo— deberían haber comprendido que estos disparos hechos por el celador de la draga núm. 3 sobre la indefensión de un niño, inferioridad que pertenece al numeral 7° del art. 324 del Código Penal como circunstancia de agravación punitiva del delito de homicidio (“esta inferioridad —dice el doctor MESA VELÁSQUEZ—, puede obedecer a un estado permanente, como la minoría de edad, la decrepitud, la invalidez o ser meramente transitoria...”), no tienen el simplismo de un hecho plano o lineal, sino la estructura varia y compleja propia de los hechos que tienen por causa el exabrupto de emerger de los conflictos de clase social; y, por tanto, la dimensión de los sucesos posee trasfondos ideológicos y humanísticos que, a manera de fanales de luz blanca, iluminan, en toda su extensión, las razones de la conducta delincencial. Es decir: sin un encuadre sociológico, sin un atisbo sobre la minería del oro y la idiosincrasia de sus gentes, no se podrá captar el *porqué* de la conducta del homicida, don Manuel Salvador Bedoya, y se pensará, con estupor, que el hecho es “inaudito”, y bajo tal impronta llegaremos a la inconsecuencia de aceptar la más anodina explicación —que se nos entrega desde un plano individual— que ha restado al celador de la compañía minera el espíritu de prepotencia que le asiste frente a esa genticita menospreciada y “dañina” que ellos llaman “barequeros” o “mazamorreros”.

Miremos, entonces, con pretensiones de llenar este vacío analítico y restaurar la dimensión adecuada al hecho que se estudia, algunos aspectos, muy someros, de las relaciones existentes en este modo de producción: la minería del oro.

En términos muy generales, puede decirse que el oro en Colombia es “un oro triste”. Una definición más específica la da el profesor AQUILES ESCALANTE cuando al estudiar la explotación del platino y del oro en el municipio de Condoto por la compañía “Chocó Pacífico”, titula su científico ensayo bajo la explícita nominación de *La minería del hambre*. Significando de un lado la explotación y opulencia de las compañías trasnacionales que han arrasado toda la riqueza en su provecho, dejando tras de sí la tierra assolada y a la población en la miseria; entregas estas que se registran con dolor de patria porque ni siquiera producen beneficios fiscales, ya que tan solo importa el beneficio egoísta de unos pocos que dan la espalda a las poblaciones nativas y a sus héroes auténticos, convertidos en parias, los *barequeros* o *mazamorreros*, que son esa heterogénea población que en el sumario describe con sustantivos colectivos el vigilante Jaime Alberto Cadavid en estos términos de grande realismo sociológico: “Se encontraban a un lado de donde se bota la basura de la máquina, no sé si será la draga, o de quien será ese terreno...” “yo vi

viejos, niños, mujeres, jóvenes, y toda clase de edades” (fl. 18); gentes con su prosaica batea de mazamorreo persiguiendo los desperdicios de la draga para entresacar, después del paciente vaivén de las arenas en el pequeño piélagó en que convierten sus bateas, la cintilla sedimentada de las partículas auríferas. A estos personajes, repetimos, héroes del pueblo, que bien representa HORACIO BETANCUR en la magnífica y monolítica estatua que reposa en el colonial patio del Museo de Antioquia (antes Museo de Zea), que presenta a la mujer mulata con su batea de laboreo, bajo el epíteto, honroso y seco, de “Minera”.

Pues bien: esta legión de seres tatuados bajo el sol tropical y con derecho de explotar la riqueza ancestral propia, constituye para las prepotentes compañías explotadoras del oro una gentuza menospreciable y peligrosa, sobre la cual un amplificado sentido del derecho de propiedad dizque permite disparar, si se quiere, a discreción. Después, vendrá la impunidad a encubrir a los autores de estos homicidios de clase social, y algún galardón, inclusive salarial, premiará a los vigilantes homicidas, que por ser cancerberos furiosos se afincan en sus puestos y se hacen merecedores de toda confianza.

Aquel que crea que nuestro dolor patrio es infundado, debe recibir, en contraprestación, dos connotaciones: una de ellas mostrará a Colombia como poseedora de la mina de oro más rica del mundo: la “del Zancudo”, en Titiribí, que fuera agotada por una compañía holandesa y que dejó tras de sí tan solo socavones, leyendas y una chimenea, que aún puede ver el turista, como recuerdo de aquella explotación que recibió, inclusive, la inventiva científica de don F. GÓMEZ, el ingeniero-literato, que se ingenió el método de la “cianuración” en beneficio de aquella compañía. Todo aquel oro se fue y no nos dejó ni siquiera el recuerdo de un hombre del pueblo, con nombre de duende selvático, del humilde minero José Tarasquín, quien descubriera la mina y la trabajara inicialmente en beneficio de don Luis Girardot, padre del héroe del Bárbula, quien lo había enviado en busca de las vetas originarias que daban arenas auríferas al cauce del río Cauca, cuyo cometido cumplió al remontar la quebrada “Los Chorros”, para descubrir en “Sitio Viejo” aquella magnífica mina que fue verdadero “dorado” para Europa y para la compañía trasnacional; y para Colombia, la memoria de haber tenido aquella riqueza sin obtener ningún auténtico beneficio para sí.

La segunda connotación tiene que ver directamente con la historia trasnacional y amarga de la explotación de nuestro oro, que hiciera reconocer a un exministro de Minas que “ni el presidente de la República, ni él mismo, como director de la cartera respectiva, ni nadie puede orientar la producción del oro en Colombia, porque está en manos del señor Harter, quien era el supremo director de las siete compañías mineras internacionales establecidas en Colombia ... Esas compañías tienen el 66 por ciento de la producción de oro, el 75 por ciento de la de plata y el 89% de la del platino” (dato tomado de ESCALANTE, obra citada, pág. 13).

Estas compañías mineras, aparentemente independientes, obran, realmente, en representación de la "International Mining Corporation", cuya última hazaña fue la complicidad con la burguesía colombiana para simular una generosa venta de la "Chocó Pacífico" a "Mineros Colombianos, S. A." por medio de escritura firmada en el círculo notarial de Bogotá el 12 de junio de 1974, que sirvió para una demagógica presentación sobre "nacionalización" de las minas, cuando en realidad se trató de la entrega a sectores privados ambiciosos encabezados por el Grupo Grancolombiano y presidido por Jaime Michelsen Uribe y un grupo de ávidos financieros antioqueños como Carlos Gutiérrez Bravo y Emilio Álvarez Santamaría, dueño de una fundición de oro en Medellín; todos ellos bajo la batuta de un personaje de nombradía nacional: Luis Prieto Ocampo. Ese consorcio, adquirente de las migajas finales, después de hacer propaganda sobre la "colombianización del oro", en oscura transacción, y luego de devorarse lo que quedaba, para desprenderse del compromiso laboral de los jubilados y de las cesantías que debía a sus trabajadores, vende, dizque casi "regalado", a los trabajadores, la empresa "Mineros del Chocó", dejando en la miseria a más de mil familias de Andagoya y Andagoyita, a 12.000 habitantes de la región del San Juan y quebranta, indirectamente, a 500.000 chocoanos que de una u otra manera se beneficiaban de la única producción industrial ("Mineros del Chocó") de todo el departamento.

Se suma a todas estas concesiones absurdas, la entrega de enormes lenguas de tierra que "los amos" se apropian con un criterio esclavista o feudal. De otra parte, las dragas, como enormes monstruos trituradores de cascajo, arrojan a las riberas y a los sembrados su carga arrasadora y van convirtiendo en yermo inhóspite la escasa tierra cultivable que, a duras penas, después de costoso litigio, indemnizan, no sin gozar de abusiva protección por parte de autoridades corrompidas y sobornables.

Hasta la misma legislación de minas es propiciatoria de los abusos contra el pueblo. Por eso al fl. 71 dice don Humberto Vargas Vargas, en representación de la compañía: "Desafortunadamente, y así debo admitirlo, el problema de los barequeros alrededor de la draga núm. 3, así como en todas las demás ha sido uno de los más graves problemas que en los últimos años ha tenido «Mineros de Antioquia», problemas estos los cuales ha sido tratado de solucionar de muchas maneras por parte de la compañía, inicialmente cuando comenzaron estos problemas, se optó por tratar de reunirlos al pie de la draga y leerles las normas contempladas tanto en el Código de Minas, el cual prohíbe que se ejerzan labores de barequeo y mazamorreo a una distancia de 200 metros de la draga...".

A doscientos metros de distancia de la draga; es decir: casi tres cuadras, con el objetivo de separar a los barequeros de lo que llamara el vigilante Cadavid Restrepo "la basura que bota la máquina", que es perseguida por "viejos, niños, mujeres, jóvenes y toda clase de edades", para abastecer sus humildes bateas y entresacar de ellas algunas fulguraciones de oro. Para evitar esto la compañía se hace prepotente mediante un servicio de vigilancia que

no tiene empacho en disparar para amedrentar, como puede leerse en la queja de algunos barequeros de la región:

"Ellos con alguna frecuencia siempre disparan contra nosotros, y disparan por mandato del señor Humberto Vargas, que es empleado de la empresa y bajo sus órdenes es que ellos trabajan en la empresa" (fl. 5 vto.).

"He oído decir a otros barequeros que en estos momentos no recuerdo sus nombres y apellidos, el señor Humberto Vargas le dice a los celadores que le tiren a los barequeros que la empresa paga, e inclusive él mismo nos ha dado plomo a nosotros haciéndonos salir corriendo por los cargueros con el fin de evitar un balazo" (fl. 7 vto.).

"Es costumbre de los celadores hacernos disparos a los barequeros, y las órdenes las pueden recibir de quienes dirigen la empresa. He oído decir por comentarios de que Humberto Vargas les dice a los celadores que nos disparen".

Por esta razón, los barequeros dan a los vigilantes, a título de apodo, un nombre que es síntesis de crueldad y represión: se les llama "los somozas".

A su vez los trabajadores de la empresa minera plantean el conflicto de clase social en términos como estos:

"Ellos sí disparan cada rato —se refiere a los vigilantes de la empresa—, pero al aire para asustar a los barequeros" (Alberto García, fl. 35).

Edilberto Wisner, operador de la draga núm. 3, dice al folio 39: "Pregunta: Bajo juramento díganos por cuenta de quién están autorizados para disparar? Contestó: «Pues ellos están respaldados por la compañía, pero no sé si al entrar a la draga están autorizados para dispararle a los barequeros eso si es problema de ellos si disparan o no»".

Humberto Vargas, en amplio testimonio de fls. 70 al 72, señala que la norma es "hacer disparos al aire para evitar herirlos"; y justifica este tipo de conducta en lo que pudiera llamarse su "memorial de agravios" en contra de los barequeros; suyo es el siguiente aparte: "... los vigilantes o personal de seguridad de la compañía bajan al pueblo, pero inmediatamente son agredidos físicamente por los barequeros o por familiares de estos como sucedió en días pasados en los cuales el jonsero, es decir, el que maneja el bote de la recogida en el día, fue atacado violentamente por familiares de los barequeros, en la zona de Bijao, y cuando al otro día yo personalmente con el jonsero fuimos a poner el denuncia, el señor inspector de policía municipal de El Bagre, en forma bastante descomedida nos increpó diciéndonos que en eso no había ningún delito y que éramos nosotros los que atropellábamos a los barequeros..." (fl. 61 vto.).

Esta situación, en fin, la resuelve el aceitero de draga Ildefonso Castilla en una frase elocuente: "...pero si le digo que el barequero es necio" (fl. 37 vto.).

Existe, entonces, un conflicto social palpitante y crudo que inadmite los análisis lineales que los funcionarios han hecho, particularmente el señor Fiscal 4° Superior, cuyo concepto denota una insensibilidad tan solo comparable a su abismal incultura sociológica. Formando contraste con él, el apoderado

del sindicado, en su memorial precalificatorio se permite hacer planteamientos de esta especie: "El barequero es un sujeto indocumentado, sin oficio conocido y que depende para la subsistencia de las apropiaciones ilícitas que pueda lograr introduciéndose a la draga. Esta situación de inseguridad social es de tiempo atrás conocida en El Bagre y las autoridades han sido impotentes para su represión, motivo por el cual «Mineros de Antioquia» tiene su propia vigilancia, la cual se rige por el decreto 195 de 1973, que reglamenta algunas disposiciones del Código Nacional de Policía y el Estatuto Orgánico de la Polinal sobre vigilancia privada" (folio 96).

El libelista de marras sería capaz de borrar de los murales la fuerza germinal de la raza que se honra con el laboreo de los barequeros y canta la proeza de los parias del oro; su insolencia al referirse al tema nos hace recordar los más hermosos párrafos escritos en *Mi gente* por mi ilustre coterráneo Don F. GÓMEZ, minero de corazón y de profesión, que siempre se honró dando su mano a los barequeros, de quienes dijo eran los campeones del esfuerzo y del progreso; si pensara como él, tampoco HORACIO BETANCUR hubiese cincelado la majestuosa figura de "La Minera"; y, ya en el terreno jurídico, si tuviese honestidad intelectual tendría que reconocer —como tácitamente lo ha reconocido al no apelar la providencia que enjuició por homicidio intencional, actitud maliciosa por comprender que había sido calificado el proceso benevolentemente, en razón de tratarse de un asesinato y no de un homicidio voluntario— que el niño que se bañaba en las aguas del Nechí, tan solo cubierto por su pantaloneta verde "con visos de color negro, amarillo y blanco", era la indefensión y la inocencia misma que en nada amenazaba ni al oro en las bodegas, ni a las pilas de arena aurífera, y, muchísimo menos, al cobarde y aleve vigilante que le disparó por dos ocasiones desde una distancia de 13 metros, con su revólver calibre 38 largo, con igual impiedad y a cubierto de todo riesgo, como puede hacerlo un tirador que dispara sobre un pajarito. Por entenderlo así —y por estar ello probado—, se nutre de acerbía y de indignación nuestra alma; y nuestra palabra fiscal no se inhibe para ser acre y censuradora.

Los hechos ya han sido expresados en rotundas frases de nuestro concepto. Veamos ahora los aspectos probatorios:

Hay un testigo que resulta terrible para el procesado, es el joven Fulton Ramírez Borja. Dice lo siguiente:

"Nosotros por primera vez habíamos ido a bañarnos, no a trabajar, nosotros estábamos el finado Luis Fernando y yo, de ahí nos pusimos a bañar, y al rato él se puso a jugar con los pelados de allí de palizada, no sé cómo se llaman ellos; de ahí al rato estaba yo bañándome, estaba en la playa echándole arena a un cajón, y yo me puso a ayudarlo ahí, y al rato ellos, los pelados de allá de palizada, se pusieron a jugar; de ahí yo me tiré con la pala al agua (sic), de ahí que el finado se tiró con los otros pelados a jugar y era en el agua, y él se tiró y se subieron por el planchón de la draga, se subió, y cuando él se montó a tirarse al agua ahí salió el Somoza, y cuando él se fue

a tirar al agua ahí llegó él, o sea el Somoza, y sacó el revólver y le hizo los dos disparos, yo estaba en el agua, cuando lo ví que le disparó, de ahí yo me salté y le dije al Somoza que porqué lo había matado, me sacó el revólver y me dijo que a mí también me daba..." (fl. 29, subrayas nuestras).

Este testigo se confronta con el sindicado al fl. 83, y en esta diligencia, mirándolo a los ojos, le repite al sindicado Manuel Salvador Bedoya: "El me dijo que a mí también me daba".

En esta frase, en este "también", existe un reconocimiento sobre la actitud voluntaria y dolosa de sus disparos sobre la humanidad del niño Ochoa Cañas.

Y hemos subrayado que el testigo estaba en el agua y que después de los disparos y ver caer a su compañero se acercó hasta la draga e increpó al guardián, para que no se diga, con base en la distancia de 40 metros que indicara la inspección judicial como existente entre los testigos de la orilla (barequeros) y el sindicado, que había imposibilidad de escuchar la frase. En este testigo el argumento no resulta por la circunstancia de aproximación que ya recalcamos.

Importa en este mismo orden de pensamiento analítico, traer la referencia de el winchero Edilberto Wisner Fernández, quien nos cuenta al fl. 39 vto.: "Me decía el señor *Ildefonso Castilla*, que le preguntaban al Somoza, que qué pasó y el Somoza contestó, lo maté, y seguía almorzando tranquilo, como si no hubiera pasado nada".

Desgraciadamente, Ildefonso Castilla es un testigo de verbo renuente, entendible ello por la falsa solidaridad del colegaje, y por tanto, en testimonio de fl. 78, tan solo se limita a confirmar que "...y estaba cerquita también el celador que le había dado muerte al menor, y le ví una tranquilidad ahí almorzando y el comentario de que fue él el que lo mató en una draga donde hay tanta gente, los comentarios de la playa, además yo no lo ví, yo no puedo decir que fue él el que lo mató, sino que los comentarios de la gente". Y luego, cuando el juzgado quiso precisarle sobre el comentario de este "Somoza" que contestara: "Lo maté y seguía tranquilo", su respuesta fue ambigua: "Pues no, no recuerdo" (fl. 78 vto.).

Sin embargo, de no haber sido cierto que Ildefonso Castilla García contó a Wisner Fernández el haber escuchado aquellas expresiones de labios del procesado, mal se entendería que un hombre de la jerarquía de Wisner, el mandamás en la draga núm. 3, se hubiese permitido hacerle a la justicia la importante precisión. Por ello, la Fiscalía, tamizando así las frases procesales, considera que ellas resultan ser una frase de concordancia con la antes expresada por el testigo Fulton Ramírez Borja. Y si ello es así, la intención homicida no puede ponerse en tela de juicio.

Por lo demás, los diversos testimonios que rindieron los barequeros Osvaldo Olivo Esala (fl. 3); Antonio José Montes Díez (fl. 4); José Domingo Díaz (fl. 5); Santiago Rodríguez Heredia (fl. 6); Jairo Luis Yáñez Serpa (fl. 7); Jorge Enrique Romero (fl. 8); Santiago Tovar Serpa (fl. 9); y el vendedor de guayabas, Santiago Tovar (al fl. 9); posteriormente se ratifican en el proceso y han sido

en parte reconocidos por la digna providencia calificatoria; todos ellos coinciden en afirmar que el niño se limitaba a bañarse, sin daño para nadie y sin aviesa conducta. En esto son dignos de crédito. También son testigos de la manera como el celador disparaba “no al aire”, como él dice defensivamente, sino desde un plano superior, apuntado hacia el ángulo de la draga que queda en un plano inferior, y para tal efecto, acorde a comprobación de la inspección judicial de fl. 85, tenía que inclinar su brazo, hacia abajo, en lo que se denomina allí “un ángulo de aproximadamente diez (10) grados”, expresión que fue clarificada en estos términos: “...el menor realmente se encontraba más abajo que el sindicado, y que en grados no pueden certificar nada —dicen los testigos actuarios—, pero en metros pueden calcular que haya medio (1/2) metro, o cincuenta (50) centímetros”; esto, uniéndose al sitio anatómico por donde entró la bala, indica a las claras que el disparo fue hecho de manera directa y en consonancia con las frases que antes recaláramos. Entonces, honorables magistrados, sobre estos aspectos que son “de vista”, los testigos de la orilla han de ser creídos, merecen fe, y sus testimonios tan solo merecen reserva en cuanto afirman haber escuchado frases al guardián, porque la distancia de 40 metros y el ruido de la draga funcionando, hacen que ello sea un dato físico inaceptable que, sin embargo, en un justo análisis que siga normas de crítica testifical, puede conducir a una explicación llena de sinceridad y que posee la convicción de un acontecer práctico:

Los testigos, desde la orilla, escuchan los disparos y ven la actitud del sindicado Manuel Salvador Bedoya. Igualmente pueden apreciar que el joven Fulton Ramírez, quien estaba en el agua, se aproxima hasta la draga y habla con el celador. Les es dable visualizar que el agente apunta su revólver “a la gente en la playa”. Todos están consternados. Luego, al salir Fulton Ramírez le inquieran sobre el diálogo acontecido y este narra su verdad, aquello de que “también a él le daba”. Aquella gente, luego, al comparecer ante la justicia, ya ha cumplido lo que el maestro GORPHE indica como fenómeno del llenar con argumentación lógica algunos aspectos lacunarios de su observación; en este caso, el complemento es la apropiación de las frases oídas por Fulton, que ellos no han oído pero que hacen propias, y por ello, ante la justicia, llenos de fe y esperanzados en un cumplimiento serio de la ley, hacen la entrega testifical que hemos leído en este expediente, con un inmenso respeto y como testimonio de sinceridad.

Falta entonces, tan solo, hacer una corrección, por mendacidad, a Manuel Salvador Bedoya. No es cierto, como él ha pretendido hacerlo creer, que el jovencito Luis Fernando Ochoa Cañas no estaba bañándose apaciblemente, sino que estaba pretendiendo acercarse y apropiarse de arenas colocadas en mesadas de la draga; y que por ello ya reiteradamente le había llamado la atención.

Todo esto es mentira porque los mismos compañeros de trabajo lo descalificaron. Gabriel Alberto García dice que estaba almorzando “en la parte de atrás de las mesas de arena” cuando oyó los disparos. Sin embargo, “yo no

vi el pelado porque yo estaba almorzando y cuando oí fue los disparos, y cuando miré ya no vi a nadie, donde él hizo los disparos”. Claro que no vio a nadie porque el niño estaba en el ángulo de la draga y al recibir el disparo cayó a las aguas del Nechí. Si hubiese estado cerca a las mesas de arena, con un disparo letal como el que recibió, hubiese caído fulminado sobre ellas. Y en relación con las advertencias anteriores y con la amonestación simultánea que al decir del celador hizo antes de “disparar al aire”, el testigo García, en este folio (el 35) nos dice: “No me dí cuenta de que el celador estuviere alegando con alguna persona, mientras yo estuve allí”.

En igual sentido se manifiesta Rodolfo Fernández al fl. 36. Estaba a tres metros del celador; y al preguntársele si escuchó “algún llamado de atención al menor”, respondió: “Yo no me dí cuenta de nada de eso, porque nosotros estábamos era comiendo, no vimos si el celador lo reprendió o no”. Y un poco más adelante agrega: “...ví que venía y disparó”. En cuanto a perturbadores en la draga fue enfático en manifestar “no me dí cuenta de nadie”. Ildefonso Castilla, al fl. 37, dirá que nadie estaba entorpeciendo las labores de la empresa: “en esos momentos no, pero si digo que el barequero es necio”. Y en el fl. 37 sobre las hipotéticas llamadas de atención por parte del celador, dirá: “No me dí cuenta de nada de esto, solamente oí los disparos”.

Entonces ¿por qué lo mató? Acontece, en esto del poder, lo que enseña MICHEL FOUCAULT: Ha de entenderse que este se halla disperso y se ejerce por todos. Se explica así cómo la prepotencia de una compañía minera toma dominio abusivo en un simple capataz o en un vigilante. El estudioso del folclore lo entiende cuando ve que en el frenesí del mapalé —ansiedad de libertad y retorción de épocas de esclavitud— es un capataz negro el que ejerce la máxima crueldad sobre sus hermanos de raza y de clase; casi que pudiéramos decir que el poder se reparte en cuotas de pulimento y en fragmentaciones toscas. Tal vez una ejemplificación resulte iluminante: Es un exabrupto de dimensión irracional el pensar que un crimen de tan fosca y bronca factura, como el que nos ocupa, tenga como autor, digamos, a un mister Harter, cuyo discurrir existencial está organizado, moral e intelectualmente, por el frío y galante mundo de la diplomacia, de la especulación y del dinero. El, con sus finas maneras, no tiene empacho en arruinar los pueblos que despectivamente estima como neocolonias y la evasión fiscal ha de resultarle un entretenido ajedrez intelectual; todo ello sin quebranto de conciencia porque su moral está satisfecha con la entonación dominical de algunos salmos bíblicos y los aportes a alguna esotérica fundación filantrópica. Criminológicamente, se puede ubicar este tipo de personajes dentro de la clasificación moderna de “delincuentes de cuello blanco” o de “manos limpias” o de “códigos penales de hojas en blanco”. En cambio, los trabajadores menores de su compañía, particularmente los vigilantes y agentes de seguridad, son reclutados de estratos sociales endurecidos por subculturas de violencia, inclusive con alguna formación militar, siendo el requisito preferencial la calidad de reservistas del ejército o de exagentes de policía. De ahí resulta una guardia pretoriana,

vigilante de los intereses de la empresa, que acriticamente se llenan de poder y prepotencia que se ejerce sobre las clases sociales que están en conflicto con las compañías y merecen el prejuizamiento de "bandidos" o de "necios".

Por esto ocurren estos delitos marcados de brutalidad e irracionalidad. El agente que los comete, sobrepasándose inclusive de la normación regular que sobre seguridad establece la empresa, está signado por su propia personalidad tocada de *anomia* y *oportunismo*. Lo primero porque su decurso vital ha sido siempre golpeado por la necesidad y el menosprecio que, arrancándolo de la autoestima, llega a establecer en él un sentimiento de desprecio por los demás y un ánimo de destrucción; lo segundo, el oportunismo, tiene relación con el sentimiento de bienestar salarial y de acomodo que le da el puesto que ocupa en la empresa.

En una palabra: el móvil final de los delitos se ha de buscar en el núcleo *indemeaste* de la irracionalidad de un sistema de explotación que subestima al hombre.

Cuando alguien piense que lo anterior es retórica, pues ... estará en su derecho. Pero tendrá que explicarnos, acorde con su real criterio, el porqué de hechos tan trágicos como el presente; y, bordeándolo, una situación de insensibilidad como esta: ¿Cómo es posible que después de conocer los operarios de la draga que en la "poza" yacía abaleado el niño Ochoa Cañas y que los barequeros suplicaban que se detuviera el estridente trabajo de la draga, a pesar de ello, con fría indiferencia, se prosiguiera trabajando con el monstruo mecánico, hasta que al fin, y sin que este fuera el propósito, una hora después en una de las cucharas de la draga, salió el cuerpecito del niño que, fiel a su destino, después de muerto fue lacerado y mutilado? Las horribles lesiones que presentaba, ya en razón de los golpes mecánicos de la draga, tuvieron como causa, según el acta de necropsia, el "machacamien-to". Decid, entonces, ¿qué explicación puede darse a este grado de insensibilidad moral y social?

Honorables magistrados: en consecuencia, solicitamos a esta instancia dispensadora de mejores juicios de equidad que se confirme el enjuiciamiento de Manuel Salvador Bedoya con la modificación de la agravación propuesta: el numeral 7° del art. 324 del C. P.

En relación con el sobreseimiento definitivo dictado en favor de Jaime Alberto Cadavid Restrepo, la Fiscalía no tiene reparo alguno: ciertamente, nada tuvo que ver con este homicidio. Al tiempo que se cometió se encontraba en otro lugar, en el casinc, y se trasladó a la draga por razones de seguridad y por orden recibida momentos después del doloroso y letal acontecimiento. Su coartada se demostró a plenitud, entre otros con el testimonio de la señora Juan Mejía de Ríos, administradora del Casino Colombia de "Mineros de Antioquia" (fl. 76). Este testimonio posee seriedad y recibe concordancias de clásica firmeza.

Así nuestro concepto. Así nuestra indignación. Así nuestra solidaridad.
De los honorables magistrados.

Atentamente,

GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
Fiscal Décimo del Tribunal

Nota del director.—El proceso al cual corresponde este concepto reposa en el Juzgado Cuarto Superior de Medellín, radicado con el número 845. El Tribunal Superior de Medellín, con ponencia del Dr. HÉCTOR JIMÉNEZ, dictó auto de proceder por el delito de homicidio agravado. En la audiencia pública ante el jurado el fiscal de primera instancia, Dr. OMAR DE J. DAVID sostuvo la tesis del homicidio culposo; el defensor, por su parte, aunque en el precalificatorio había solicitado el sobreseimiento definitivo por haber sido el hecho un caso fortuito, en la audiencia sostuvo la legítima defensa de los bienes, el exceso y, como tercera petición la culpa. Estuvo en la defensa el Dr. ALEJANDRO OSPINA FIGUEROA. La respuesta del jurado fue del siguiente tenor: "Si es responsable, sin intención de matar". El señor Juez 4° Superior, Dr. JORGE ANIBAL GÓMEZ, acogió el veredicto constitutivo de un homicidio preterintencional, al cual, como concurría una causal de agravación (la indefensión e inferioridad de la víctima), imputó la pena de 8 años de prisión. La sentencia fue confirmada por el honorable Tribunal Superior.

Jurisprudencia

Tribunal Superior de Medellín

VEREDICTO DEL JURADO Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

En los juicios en los que interviene el jurado de conciencia, el veredicto de este, una vez acogido, fundamenta la sentencia. De esta manera la respuesta del jurado, al indicar el monto de la pena, determina también el término de la prescripción. Comprobada esta, debe terminarse el proceso aplicando el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal en cualquiera de las instancias en que se halle el proceso.

Auto de junio 21 de 1983.

Magistrado ponente, Dr. ÉDGAR ESCOBAR LÓPEZ

VISTOS:

Atendiendo la constestación del *iuri* en cuestionario correctamente formulado, como que se elaboró conforme al pliego de cargos (fls. 159 y 93 a 109, en su orden), el Juzgado Séptimo Superior de la ciudad dispuso condenar, mediante resolución de noviembre 18 último, al sujeto *James Alberto Ríos Carmona* a la pena básica privativa de la libertad de *dieciséis meses de prisión* como responsable del ilícito de *homicidio* en la persona de *Gustavo Rodríguez Pinillos*. Le condenó igualmente, al pago *in genere* de los perjuicios emergentes de la ilicitud, interdicción de derechos y funciones públicas por igual tiempo y suspendió condicionalmen-

te la ejecución de la sentencia "por un período de prueba de dos años" con la consiguiente libertad, con la advertencia de su eventual cumplimiento conforme al canon 70 del estatuto represor. Conoce el Tribunal por el grado jurisdiccional de la consulta, vistos que el fallo no fue impugnado.

La Fiscalía Sexta, colaboradora a nivel de esta instancia, escruta los elementos de juicio que sirvieron *a quo* para adoptar su decisión y concluye que "lo indicado es acoger el veredicto y en armonía con él las disposiciones legales pertinentes dictar el fallo". Así se hizo por el juzgado *a quo* en la sentencia que se consulta para la cual se impetra la confirmación en todas sus partes.

Fueron relatados con exactitud por el juzgado del conocimiento en su providencia de calificación, de indiscutible concepción jurídica, en la forma siguiente que prohija la Sala en esta ocasión:

“Al parecer por razones del noviazgo que uno y otro cultivaban se habían suscitado diferencias entre los jóvenes vecinos de Girardota, James Alberto Ríos Carmona y Gustavo Rodríguez Pinillos. Tales discrepancias se agudizaron el 20 de mayo del año en curso (1976, se aclara) cuando Gustavo, en horas de la tarde expresó a James que tenían que conversar, sin que el aludido respondiese palabra alguna. Empero, ya en las horas de la noche, alrededor de las nueve, Ríos Carmona sí reclamó a Rodríguez en torno a cuál era el asunto que debían tratar, respondiendo el interrogado que se refería a unas ‘humillaciones’ que por parte suya había padecido. Y tras breve intercambio de leves agravios (‘guache’, dizque le dijo Ríos; ‘marica’ contestó el otro); Gustavo, quebrando un envase de gaseosa, se hizo así a una improvisada arma, por lo que su contendor, exigiendo que se despojase de tal elemento para reñir a meros puñetazos, retiróse del lugar, no llegando a mayores aquel encuentro por el momento. Sin embargo, un poco más tarde, cuando Rodríguez Pinillos regresaba a su residencia, acompañado de su amigo José Iván Longas, alcanzó a observar que iba al encuentro de su enemigo, a quien seguramente le temía, a juzgar por su expresión ‘uy, ahí viene otra vez’. Y eran de veras fudados los temores de aquel, pues Ríos Carmona, en rápida acción y luego de apartar a José Iván que entre ellos se interpuso, y sin mediar expresión alguna, acometió al inerme Gustavo a cuchilladas en forma tan certera que su víctima rodó inmediatamente por el piso para fallecer en contados minutos. A las diez y cincuenta de la trágica noche el inspector municipal de policía practicó el levantamiento correspondiente del cadáver”.

Desde su escrito precalificatorio (fls. 76 a 81) el señor fiscal adscrito al juzgado había demandado la atemperante de la responsabilidad consagrada en el art. 28 del estatuto penal derogado, luego de estimar que se trataba de un homicidio simplemente de propósito, tocando la confesión cualificada del justiciable (fls. 15 y ss.) en los aspectos capitales para fundamentar su pedimento con base en las juradas de *Hernando Antonio Ruiz Quinchía* (fls. 25 vto.) quien informa que el interfecto, luego de quebrar un envase de gaseosa, increpó al procesado diciéndole: “veni negrito hijueputa que tenemos que hablar”, pero obteniendo como respuesta el que se desarmara para que pelearan a golpes de puños. En semejantes términos expone la dama *Ruth Alzate de Ruiz* (fls. 40 vto.) sobre el preludio del sangriento, al escuchar de labios de la víctima la expresión dirigida al sindicado: “oi, negrito hijueputa, tenemos que hablar”, el muchacho James le contestó: “bote lo que tenga en la mano para que nos demos pescozones o nos demos en las muelas como hombres, que yo estoy a mano limpia”. Y esos mismos argumentos, aunados a la confesión del justiciable, volvieron a repetirse, como era de esperarse, durante el trascurso del debate oral (fls. 149 a 158) para que, al final de cuentas, la diminuyente fuera reconocida por el jurado luego de prolongada deliberación.

Ante la posición del representante de la acusación pública, el señor defensor tomó para sí sus argumentaciones, que aderezó con razonamientos lógico-jurídicos e indiscutible dialéctica. Analizó la personalidad cristalina de su defendido, ausente de la misma cualquiera sindicación, que se torna explicativa como no peligrosa y máxime que voluntariamente se presentó a la vista pública de juzgamiento a responder de su acto, cualquiera hubiese sido el resultado. Afirma que “todo fue consecuencia de la provocación y ofensas. Por eso es un móvil limpio, generoso. Aquí no hubo móviles perversos. Por eso, mi segunda petición, es la de que actuó sin propósito de matar. Por-

que este es un elemento interno, es un fenómeno emocional, porque James (sic) había sido ofendido y en esas circunstancias no se razona. No hubo ponderación en el herimiento, no hubo análisis” y el procesado siempre expresó la ausencia en su comportamiento del *animus necandi*.

Producto de los planteamientos de la fiscalía y la defensa, el tribunal de conciencia respondió: *si es responsable, sin propósito de matar y en las circunstancias del artículo 28 del Código Penal. Por mayoría, veredicto que no puede reputarse como notoriamente injusta, abiertamente contraria a la realidad procesal, atendiendo los postulados del art. 565 del Código de Procedimiento Penal, y habrá de aceptarse en los términos que lo dispuso el a quo. La atemperante de la responsabilidad consagrada en el art. 28 de la codificación derogada, bajo cuya vigencia se consumó la ilicitud, tiene algún respaldo probatorio no solo en la prueba por testimonios citada, sino en los elementos de juicio que analizaron los intervinientes procesales en el decurso del debate oral. Y la ausencia de intención homicida, no obstante que el acto necropsial determina cuatro lesionamientos (fl. 42), se deduce del estado anímico reconocido por los jueces de hecho y las mismas expresiones del victimario en el sentido de que “mis intenciones no fueron matarlo”, lo que repitió hasta el final de los interrogatorios. Por demás, se sabe que el estado de súbita exaltación del ánimo, causada por grave e injusta provocación, es coexistente con la preterintención, como lo entendió la instancia y han repetido con insistencia la doctrina y la jurisprudencia. El veredicto es, entonces, aceptable.*

Ríos Carmona fue residenciado en juicio criminal, según providencias de noviembre 27 de 1976 (fls. 93 a 109) y abril 1° de 1977 proferidas por el juzgado y el tribunal, en su orden, por el ilícito de homicidio simplemente intencional o voluntario. Si atendemos a la notificación por estados del pronunciamiento de segundo grado (fls. 142 vto.), el pliego de cargos se encontraba en firme a las seis de la tarde del 18 de abril del año último

citado. Y a partir del 19 de dichos mes y anualidad comenzaban nuevamente a correr los términos prescriptivos, interrumpidos con la ejecutoria del auto de proceder. La audiencia pública se verificó en noviembre 8 último y al finalizar la misma el jurado consignó la veredicto conocida, donde se atemperó considerablemente la responsabilidad. En otras palabras, la vista pública se verificó luego de casi cinco y medio años de la ejecutoria del pliego procesatorio, ante la contumacia del procesado quien huyó del penal de Girardota en julio 20 de 1977 (fls. 136).

Dice el artículo 80 del Código Penal: “*Término de prescripción de la acción.* La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley si fuere privativa de la libertad pero, en ningún caso, será inferior a cinco años ni excederá de veinte. *Para este efecto se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes.* Subrayamos.

Y el 84 *ibidem* reza:

“*Interrupción del término prescriptivo de la acción.* La prescripción de la acción penal se interrumpe por el auto de proceder, o su equivalente, debidamente ejecutoriado.

“Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo por tiempo igual a la mitad del señalado en el artículo 80. *En este caso el término no podrá ser inferior a cinco años.*” Resaltamos.

Entonces, como la respuesta del *iuri* es aceptable, ya que no pugna con la prueba y en la misma se consignaron dos diminuyentes de la responsabilidad: la preterintención y el estado de ira justo, aquella será la base para declarar la prescripción de la acción penal, porque forzoso es tener en cuenta las circunstancias de atenuación concurrentes (C. P., art. 80), reconocidas por el tribunal de conciencia, sin dejar de lado el aparte final del canon 84 *ibidem*. Es que realizando las disminuciones, bajo el presupuesto de la sanción máxima (arts. 362, 365 y 28 subrogados), en los mínimos nos damos cuenta que la penalidad no podrá ser superior a los cinco años. Y si lo hacemos adoptan-

do la pena mínima y los máximos de deducciones, el anterior aserto recibe plena confirmación. Así, en el peor de los casos, la sanción imponible sería de *cinquenta y seis (56) meses de prisión*, y en el más benigno, como sucedió en el *sub examine*, *dieciséis (16)* de semejante penalidad. Por esa razón y de acuerdo a lo consignado por el jurado en su respuesta, la acción penal se halla prescrita.

Sobre la incidencia del veredicto del jurado en la prescripción de la acción penal, dijo la Corte Suprema de Justicia en casación de marzo 24 de 1981:

“Si la acción penal prescribiera rigidamente de acuerdo con la calificación que se dé al homicidio en el auto de proceder, por ejemplo, homicidio agravado, no tendrían ninguna incidencia las circunstancias modificadoras de la responsabilidad que el jurado puede reconocer al pronunciar su veredicto, generalmente con base en alguna o algunas pruebas del sumario y del juicio que pesaron decididamente en su conciencia. La verdad es que nadie puede negar que los jueces populares pueden apartarse de las circunstancias específicas atribuidas al hecho en el auto de proceder, siempre que su fallo no sea claramente contrario a la evidencia de los hechos, y el juez de derecho debe dictar sentencia, no de acuerdo con las modalidades circunstanciales del enjuiciamiento, sino con las reconocidas en el veredicto. En este sentido, la respuesta del jurado está llamada a precisar, por ministerio de la ley, el ejercicio de la acción penal y desde luego las penas correspondientes, con la totalidad de sus consecuencias”.

Como se sabe, el veredicto fue compartido por el *a quo* sin que encuentre la sala reparo alguno para acogerlo. Mas la finalización del proceso no podía ser la condena, sino la declaratoria de prescripción dando aplicación al art. 80 citado y ordenando la cesación de todo procedimiento, conforme al 163 del C. de P. P. El juzgado tenía competencia para realizar la vista pública, ya que todavía no había prescrito la acción penal. Pero “modificadas por el jurado las modalidades del hecho contenidas en el vocatorio

—continúa la misma resolución—, es el dicho por el tribunal del pueblo obligatorio para el juzgador de derecho que debió ajustarse al veredicto también en este particular, declarando prescrita la acción mencionada” atendiendo al postulado de los jueces de hecho.

Ahora, el pronunciamiento sobre la causal de improcedibilidad y la consecuente cesación de toda actuación puede hacerse en cualquier estado del proceso (C. de P. P., art. 163), de oficio o a solicitud de parte, siempre que aquella aparezca plenamente comprobada. Nuestra máxima corporación de justicia, en auto de mayo 13 de 1981, reproduciendo su pensamiento anterior apuntó: “La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse —dice el art. 153 del Código de Procedimiento Penal— «en cualquier estado del proceso». Lo cual quiere decir que en el mismo momento en que se compruebe plenamente la existencia del hecho imputado (sic), 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 debe dictar sentencia en que así lo declare. «El juez» de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce en segunda y del mismo carácter participa la Corte en casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación del procedimiento pueden dictarla el juez *a quo* o el juez *ad quem*, o la Corte como tribunal de casación”. Obviamente que si la resolución sobre cesación de procedimiento se produce por la segunda instancia o la Corte en casación, la misma ya no soporta el grado jurisdiccional de la consulta en los casos que procede porque se «presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtirse ese grado de jurisdicción» con competencia funcional para ello.

Con pronunciamientos como el anunciado, para situaciones como estas, se aplican principios de justicia y economía procesal y no se dilata innecesariamente la

resolución de una situación jurídica generada en una causa que dejó de tener vigencia cuando, de otro lado, no resultan afectados los intereses del procesado o de las partes. Consecuente con lo dicho, la Sala dará aplicación al art. 163 del Código de Procedimiento Penal, revocando la sentencia consultada, porque conforme al veredicto, la acción penal se encuentra prescrita en estas diligencias.

En mérito de lo expuesto, *El Tribunal Superior de Medellín*, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con la señora colaboradora fiscal, *revoca* la sentencia de origen, fecha y naturaleza indicadas y, en su lugar, *declárase prescrita la acción penal* en este proceso que, por el punible de *homicidio* perfeccionado en *Gustavo Rodríguez Pinillos*, se ha venido impulsando en contra de *James Alberto Ríos Carmoña*. En consecuencia, *ordénase la cesación de todo procedimiento* conforme a la veredicción del *iuri*. CANCELASE la diligencia de caución asentada a fls. 172, ya que la libertad se torna definitiva e incondicional.

Aprobado según acta N° 033 de la fecha.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Edgar Escobar López, magistrado; José Aguilar Pardo, magistrado; Fernando Coronado Ramírez, magistrado; Alberto García Quintero, secretario.

ACLARACIÓN DE VOTO

No me aparta de la mayoría el fondo

de lo resuelto. En verdad que la prescripción se ha operado en razón del veredicto emitido por el jurado de conciencia. Si me aleja la forma como se resuelve la segunda instancia.

Desde que el juez popular emitió su veredicción, el juez de la causa perdió toda facultad para dictar sentencia. Lo único para resolver, era el pronunciarse sobre la prescripción. Como se dictó sentencia condenatoria, esta adolece de nulidad. Es que el juez de derecho perdió la competencia para decidir sobre el fondo de la cuestión, en lo relacionado con la absolución o la condena.

Como la pena aplicable al reo no es superior a los cinco años, teniendo en cuenta el veredicto, claro está, la providencia no tiene el grado jurisdiccional de la consulta. Sin embargo llegó al Tribunal para su revisión. La corporación como no puede revisar por tal grado, tampoco debió pronunciarse de fondo *revocando* la sentencia que ilegalmente se consultó. Pero como conoce, así sea en forma irregular, si pudo *anularla*, medida que puede tomarse en cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia de segundo grado, y, en su lugar, *decretar la prescripción*, lo que el suscrito considera más acorde con la lógica jurídica. O pudo anular y enviar el negocio al juzgado de instancia para que se pronunciara sobre la prescripción, vía más dispendiosa pero con igual resultado.

Mi fundamento de controversia.

José Aguilar Pardo, magistrado; Alberto García Quintero, secretario.

Tribunal Superior de Medellín

INIMPUTABILIDAD Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL. MEDIDAS DE SEGURIDAD Y EXCARCELACIÓN

Magistrado ponente: Dr. JAIME TABORDA PEREÁNEZ

Existe la participación criminosa por parte de un inimputable que en momento oportuno presta un arma para que un imputable ultime a otro sujeto.

En el caso de que el sujeto vaya a ser sometido a la medida de seguridad de libertad vigilada (Código Penal de 1936), puede haber lugar a la entrega de él al cuidado de su familia, desde el momento de calificar el mérito del sumario, lo que sería una interpretación analógica *in bonam partem* de una causal de libertad provisional.

Auto de 26 de noviembre de 1982.

VISTOS:

El estudio de este proceso correspondió por repartimiento al magistrado EDILBERTO SOLÍS ESCOBAR, quien oportunamente presentó proyecto de decisión (fls. 282 vto.). Después de varias discusiones en Sala se optó por la ponencia elaborada por el magistrado que sigue en turno y a él se pasó el expediente el 15 de noviembre del presente año. Se procede a la decisión definitiva.

Se trata de revisar, por apelación interpuesta por el defensor, la providencia de junio veintitrés del año que transcurre, proferida por el señor juez Cuarto Superior de esta ciudad, en virtud de la cual se llama a responder en juicio, sin el rito del jurado de conciencia, a *Conrado Carmona Montoya*, en su condición de inimputable, por el delito de homicidio defini-

do en el libro 2º, título XV, capítulo I, del Código Penal de 1936.

En el mismo auto de proceder se dispuso que, "Carmona Montoya continuará bajo tratamiento ambulatorio como hasta ahora; y para ello se dejará bajo el régimen de la libertad vigilada, confiado a sus padres a fin de que se le prodigue la atención insinuada por el perito oficial, quedando el procesado obligado, además, a no cambiar de residencia sin previo aviso, a no concurrir a lugares donde se expendan bebidas alcohólicas, y a presentarse periódicamente, cada 20 días, ante este juzgado. Las obligaciones que se vienen de señalar las garantizará el sindicado con la misma caución que ya depositó (fls. 230), pero deberá fijar nueva diligencia con sus padres a cuyo cuidado será confiado".

En el trámite de la instancia el impugnante no presentó alegación alguna.

Por su parte, el agente del ministerio público, para el caso el señor fiscal noveno del Tribunal, deprecia la integral confirmación.

LOS HECHOS:

Ocurrieron en esta ciudad, el ocho de junio de mil novecientos ochenta, a eso de las once de la mañana, en el barrio Villa Hermosa, en la carrera 39 A con la calle 64 A, cuando por motivos de poca monta se trabaron en riña o pelea Carlos Arturo Rojas Soto y Lope Antonio Roldán Moncada. Los contrincantes peleaban inicialmente a puño limpio, y luego con el lanzamiento de guijarros, hasta cuando intervino Conrado Carmona Montoya entregándole a su cuñado Roldán Moncada un cuchillo con el cual este lesionó mortalmente a Rojas Soto, quien falleció poco después del herimiento.

En el proceso está acreditada la materialidad del delito de homicidio con el acta de levantamiento del cadáver (fls. 1 vto.); partida de defunción (fls. 105 vto.), con la diligencia de necropsia (fls. 99), de donde resulta la relación causalista entre la herida y la muerte de Carlos Arturo Rojas Soto.

Ninguna duda existe en cuanto al autor material del delito, ya que prueba suasoria demuestra, con creces, en Lope Antonio Roldán Moncada, esa calidad. Por ello el juez del conocimiento lo llamó, mediante auto de fls. 210 y ss., a responder en juicio por homicidio de que trataba el art. 362 del Código Penal derogado, reconociéndole la atenuante consagrada en el art. 28 de ese estatuto represivo.

Tampoco hay hesitación en cuanto a la participación criminosa de Conrado Carmona Montoya, pues que él fue quien proporcionó el arma homicida, desequilibrando así la riña o pelea que sostenía su cuñado Lope Antonio Roldán Moncada con Carlos Arturo Rojas Soto. Esa coopera-

ción efectiva de suministrar el arma, frente al otro contrincante que no tenía ninguna, fue definitiva para el resultado de la contienda, pues con ese cuchillo se lesionó mortalmente a Rojas Soto. Plural prueba testimonial confirma este aserto: Carolina Rojas Sánchez (fls. 9 vto. y ss.): "...el que pasó el cuchillo a Lope fue el hijo de don Conrado que es como raro, como demente y que es el mismo que antes le había pegado una patada a mi tío...". Nora Patricia Rojas Sánchez (fls. 10 vto.): "...vi a mi tío peliando con el yerno de don Conrado que no sé cómo se llama y entonces vi también que el hijo de don Conrado, que es como loco, tenía una piedra en la mano y en la otra un cuchillo; el loco empezó a correr para pasarle el cuchillo al yerno de don Conrado y el otro recibió el cuchillo...".

Contra Carmona Montoya se profirió auto de detención como copartícipe en el homicidio de Rojas Soto, pero debido a que no estaba cabalmente acreditada su sanidad mental, se le sobreseyó temporalmente (fls. 210 y ss.), con la consecuencia de su libertad caucionada, mientras se realizaban nuevas pruebas que permitieran saber si este sindicado era o no inimputable. Pues bien: esa pruebas periciales ya fueron aportadas al proceso, con el siguiente resultado (fls. 245):

"...Tal como lo adelantaba en mi concepto la copia fotostática de la historia clínica de Carmona Montoya aclara la situación en el sentido de que se trata de proceso de tipo sicótico (locura) con rasgos esquizofreniformes. En este sentido debe entenderse la impresión diagnóstica emitida por mí el día 17 de enero de 1979. Así mismo las otras consultas realizadas apuntan directamente al diagnóstico de un proceso sicopático esquizofreniforme. Además de eso las pruebas psicológicas realizadas con su gentil autorización confirman la impresión clínica que hasta ahora nos hemos formado. Sea el

momento de aclarar que nunca un examen, bien sea de laboratorio, bien sea sicométrico puede hacer un diagnóstico y que es únicamente la clínica la que emite diagnósticos y los confirma *por medio de las pruebas paraclínicas*. No entro en descripción de los protocolos de las pruebas realizadas, pues ellas son suficientemente claras y explícitas respecto a la sicopatología subyacente en Carmona Montoya. Quiero sí enfatizar el hecho de que en el TAT existe «alto contenido de agresiones fuertes (matricidios) sin ningún tono emocional».

“Por lo tanto confirmo la impresión diagnóstica de que Carmona Montoya en el momento de comisión de los hechos presentaba un proceso de tipo sicótico esquizofreniforme, que para fines del art. 29 del Código Penal, vigente en ese entonces, se equipara a enajenación mental y que en el Código Penal actualmente vigente dentro de los lineamientos del artículo 31 del mismo equivale a un trastorno mental que inhibe la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. El tratamiento de Carmona Montoya puede continuar siendo hecho, como hasta ahora lo ha sido, a través de los servicios del Hospital Mental de Antioquia, en forma ambulatoria, bajo tratamiento y cuidado siquiátrico. Este es mi concepto definitivo”.

Con fundamento en el dictamen anterior el juez *a quo* consideró que Conrado Carmona Montoya al momento de la ejecución del hecho punible —participación en el homicidio cometido por Lope Antonio Roldán Moncada— era un inimputable, y que debería ser sometido al régimen que disciplina el juzgamiento de estas personas. Por ello lo llamó a responder en juicio, obviamente, sin el trámite del jurado de conciencia, y en orden a imponerle, si fuere del caso, una medida de seguridad, siguiendo el procedimiento del Código de 1936 en cuya vigencia se cometió el delito.

Como consecuencia de ese enjuiciamiento, lo lógico era que el señor juez hubiese ordenado la detención del sindicado, pero no pasar, como lo hizo, en un salto al vacío, a otorgar en el auto de proceder la medida de seguridad —libertad vigilada al cuidado de la familia—, aplicando, en parte, el procedimiento indicado para esta medida de seguridad en el art. 681 del C. de P. P., y en otra parte, el art. 97 del Código Penal vigente.

Esa determinación es precipitada, ya que la medida de seguridad solamente puede ser impuesta por el juez como culminación de un proceso penal, vale decir, en la *sentencia* de condena.

Verdad es que produce escozor al juez colombiano ordenar la detención de un inimputable sabiendo el lugar inadecuado e inhumano en donde ella debe cumplirse; pero ello, desde luego, no lo autoriza para violar la ley, como tampoco le es permitido trasgredirla cuando se piensa en los establecimientos carcelarios a donde debe remitirse a los imputables. La judicatura debe, en todas sus formas, procurar porque las penas y las medidas de seguridad cumplan las finalidades que el legislador contempló en el art. 12 del actual Código Penal, pero no puede abstenerse de imponer al acusado la medida de seguridad o sanción respectiva, so pretexto de que no existen en el país los lugares adecuados que indica la ciencia penitenciaria para que la finalidad de la pena o la medida de seguridad se cumplan. Hasta allá no puede llegar el juez, ni es esa su función.

Siendo como es un hecho notorio en este proceso, la calidad de inimputable del sindicado, con respecto a él se debe dar aplicación a la legislación vigente a la fecha de comisión del hecho punible del cual se le acusa, sin que al procurar humanizarla se le viole, pero, también, sin olvidar los principios de justicia y de equidad que debe presidir toda decisión judicial.

En este orden de ideas, existiendo mérito para llamar a responder en juicio a Carmona Montoya como cómplice en el homicidio de Carlos Arturo Rojas Soto, con mayor razón lo hay para detenerlo, conforme los presupuestos exigidos por el art. 439 del C. de P. P.

Ahora bien: dentro de las medidas de seguridad que conforme al art. 61 del Código Penal de 1936 pueden aplicarse al sindicado Carmona Montoya, ninguna resulta más pertinente que la libertad vigilada al cuidado de la familia, que tiene incluso apoyo en la sugerencia del perito siquiátra de que continúe el tratamiento ambulatorio que el procesado ha venido recibiendo en el Hospital Mental de esta ciudad. Por ello puede afirmarse, con algún fundamento, que esa medida se impondrá en la *sentencia*. “Dado el carácter curativo de las medidas de seguridad y el objeto que con su aplicación se propone el Estado —tiene dicho la Corte Suprema de Justicia— el juzgador dispone de un amplio arbitrio para escoger la que más convenga para corregir la irregularidad de que se trata, pues la ley no determina previamente, ni podía hacerlo, por qué medios puede tratarse cada una de esas alteraciones. Pero lo indicado es apoyarse en la peritación siquiátrica, mayormente cuando esta, al precisar la entidad nosológica, sugiere el tratamiento, hecho que facilita el cumplimiento de los fines propuestos al instituir un régimen distinto del estrictamente penológico para los enfermos de la mente y cualquiera de los estados a que se refiere el art. 29” (Cas. agosto 1° de 1962).

Huelga decir que la aplicación de esta medida a los inimputables que cometen un delito, no está en contradicción con lo dispuesto en el art. 68 del Código Penal del 36, pues esta norma no está prohibiendo que tal medida sea impuesta al responsable de un delito, sino que cuando lo que se imputa no es un delito sino

una contravención, debe aplicarse, necesariamente, esa medida. Obsérvese que el art. 61 de ese estatuto hace alusión, al señalar las medidas de seguridad, “a los delincuentes a que se refiere el artículo 29”, y este artículo expresa que “cuando al tiempo de cometer *el hecho*, se hallare el agente...”, en alguna de las circunstancias allí previstas se aplicarán las sanciones fijadas en el art. 61, sin distinguir entre delito y contravención. Así mismo lo ha entendido la Corte cuando al examinar la aplicación de la medida de seguridad de la libertad vigilada para un inimputable que había cometido un delito, padeciendo al momento de la comisión del hecho de grave anomalía síquica (según la terminología del Código anterior) expresó: “Tratándose de infractores contravencionales enfermos de la mente debido a cualquiera de los factores que enuncia el art. 29, debe aplicárseles la libertad vigilada, *lo cual no significa que esta medida sea exclusivamente para estos sujetos* y que no pueden concurrir con otras, como lo sugiere el agente del ministerio público, pues precisamente la norma está diciendo que a los contraventores se les aplica «como sanción principal». Tampoco significa que a los que padecen grave anomalía síquica no se les pueda imponer la libertad vigilada porque el art. 61 la autoriza, sin que el 68 establezca excepción alguna a sus predicciones”. (*Sentencia de casación citada*).

Lo dicho en precedencia fundamenta el aserto de que al momento de la *sentencia* a este inimputable se le debe aplicar la medida de seguridad de la libertad vigilada.

Importa, ahora, examinar si este sindicado puede, desde la calificación del sumario, gozar de la *libertad provisional*, habida cuenta de que desde ese momento procesal se sabe, con algún fundamento, cuál ha de ser la medida de seguridad y que ella no implica ninguna reclusión,

sino, por el contrario, una situación de libertad al cuidado de sus padres. La situación no está prevista en la ley 17 de 1975, que modificó en su art. 7° el art. 453 del C. de P. P., pero ha de entenderse que hay muchas causales de libertad provisional que no aparecen en la ley y que sin embargo deben ser reconocidas con la aplicación del principio de la *analogia in bonam partem*. En efecto, a manera de ejemplos, se pueden citar los siguientes:

a) El contemplado en el art. 370, inciso segundo del Código Penal vigente.

b) En el evento del art. 357, inciso tercero del Código Penal.

c) En el caso a que se refiere el art. 307 *ibidem*.

d) En el delito contemplado en el art. 365 del Código Penal, armonizándolo con los arts. 369 de la misma obra y 330 del C. de P. P.

e) En la situación del art. 33, inciso segundo del Código Penal vigente.

En estos casos, y otros más, pues la cita es, torna a decirse, por vía de ejemplo, procede la libertad provisional, ya que si anticipadamente se sabe de la libertad definitiva al momento de la culminación del proceso, con mayor razón es pertinente la excarcelación sin esperar la final decisión.

“La analogía *in bonam partem* aparece cuando su finalidad es la de favorecer al delinciente, ya sea aplicando al caso no previsto legalmente una causa de exención del delito o de la pena, ora una circunstancia de menor punibilidad. Creemos que entre nosotros nada se opone a la aplicación de esta especie de analogía; en efecto, ella no lesiona la máxima *nullum crimen nulla poena sine lege*, sino que implica la aceptación del principio de favorabilidad para el inculpado (*favor rei*); por lo demás, nuestro propio legislador autoriza el procedimiento analógico benigno, tal como se desprende

del contexto del art. 40 del C. P. (art. 65 del nuevo Código)” (ALFONSO REYES ECHIANDÍA, *Derecho penal*, 7° ed., pág. 98).

“La aplicación analógica favorable encuentra respaldo en razones de justicia y de lógica. En justicia, porque un tratamiento penal favorable para un hecho exige el mismo régimen jurídico para hechos similares; y en lógica, porque la ley penal constituye un estatuto de excepciones al estado de libertad personal presupuesto por la Constitución Nacional (art. 16), que solo puede aplicarse restrictivamente, fuera de que el principio de favorabilidad consagrado en el inciso del art. 26 de la misma Constitución sirve de referencia jurídica para derivar la admisibilidad de la analogía *in bonam partem* (FERNANDO MEZA MORALES y JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, “De las normas rectoras de la ley penal colombiana”, en *Temas de Derecho Penal*, núm. 13, pág. 11).

Aplicando estos principios, la Sala considera de justicia, lógica y equidad, otorgar al sindicado en este proceso la libertad provisional, pues la reclusión en un establecimiento psiquiátrico mientras se dicta sentencia, en virtud de la cual seguramente se le entregará al cuidado de la familia, que lo ha venido hasta el momento atendiendo en su enfermedad, solo serviría para agravar más su condición de enfermo y para interrumpir el tratamiento científico y ambulatorio que se le viene prodigando en el Hospital Mental de Antioquia. Cree la Sala que en esta forma se conciliarán los intereses de la sociedad, del procesado y de la justicia.

La libertad será, desde luego, caucionada, sirviendo para esos efectos, la que tiene prestada a fls. 230, con las obligaciones inherentes contempladas en el art. 460 del C. de P. P.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal de Decisión, por mayoría, oído el concepto del ministerio público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* el numeral primero del auto de fecha y procedencia indicadas por medio del cual se llama a responder en juicio, sin trámite de jurado, a *Conrado Carmona Montoya*, por el delito de homicidio definido en el libro 2°, título xv, capítulo primero del Código Penal de 1936. *Revoca* el numeral tercero de esa providencia, y en su lugar *decreta la detención preventiva* del citado *Conrado Carmona Montoya*, por el delito de homicidio cometido en Carlos Arturo Rojas Soto en la calidad de cómplice dicha

en la parte motiva, y en las circunstancias de lugar, tiempo y modo anteriormente señaladas. El sindicado *Carmona Montoya* podrá gozar del *beneficio de excarcelación* mediante caución prendaria de \$ 500.00 y con las obligaciones inherentes a que se refiere el art. 460 del Código de Procedimiento Penal, diligencia ya cumplida a fls. 230, por lo cual se hace innecesario repetirla.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los magistrados, Jaime Taborda Pereáñez; Edgar Tobón Uribe.

Salvo el voto: Edilberto Solís Escobar; Alberto García Quintero, secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Dr. EDILBERTO SOLÍS ESCOBAR

Medellín, noviembre 30 de 1982

Ha resuelto la mayoría de la Sala, distanciándose plenamente de los planteamientos que *in extenso* hube de presentar en relación con la situación procesal del inimputable Conrado Carmona Montoya, confirmar su enjuiciamiento sin el rito del jurado de conciencia, por el delito de homicidio definido en el libro 2º, título XV, capítulo I, del Código Penal de 1936, y revocar el numeral 3º de la decisión del señor Juez 4º Superior que apuntaba a la libertad vigilada “y en su lugar *decreta la detención preventiva* del citado Conrado Carmona Montoya, por el delito de homicidio cometido en la calidad de cómplice dicha en la parte motiva...” y le otorgó el beneficio de excarcelación mediante caución prendaria por la suma de quinientos pesos (\$ 500.00), acogiendo una analogía *in bonam partem*, que con la mira de favorecer al delincuente, lleva a la mayoría a conceder la libertad provisional, con asomo de tranquilidad de conciencia y hablando así de justicia, lógica y equidad y forzando, a mi parecer, argumentos y la exacta realidad procesal de Conrado Carmona y de la clara compactación de los fenómenos de inimputabilidad y complicidad, con la prescripción de la responsabilidad objetiva.

Creo haber ahondado lo suficiente en la proyección jurídica de las citadas figuras, las cuales deben ir autorizando en dicha compactación el despegue de la doctrina y la jurisprudencia de la impregnación de responsabilidad objetiva que tenían las normas de la legislación penal derogada. La decisión mayoritaria, con especial esfuerzo mental, sigue haciéndole a aquella peculiar reverencia y por temor a enfrentar el problema acude a la analogía y a la contradicción.

Sinopsis de los hechos

El ocho de junio de mil novecientos ochenta, y cuando Carlos Arturo Rojas Soto se hallaba en sector del barrio Villa Hermosa de esta ciudad, alrededor de las once de la mañana, en forma desobligante y altanera le fue cobrada una cuenta por Lope Antonio Roldán Moncada, lo que originó en el acto un intercambio de expresiones salidas de tono y llevó luego al enfrentamiento de hecho. El deudor, o sea Rojas Soto, se armó de algunas piedras que buscara lanzar en la contienda y el acreedor Lope Antonio de un cuchillo

en el fragor de la riña y con el cual le ocasionó una mortal herida a su contrario, quien falleciera momentos después en la clínica El Rosario, donde se legalizó la diligencia de levantamiento del cadáver (fls. 1 vto.). Posteriormente la necropsia señaló que la herida con arma cortopunzante en el lado izquierdo del tórax, penetrante al corazón, produjo anemia aguda por su naturaleza mortal (fls. 108 y vto.).

La individualización del agente activo del homicidio fue lograda en forma certera por la prueba testimonial que aportaran los testigos del acometimiento criminoso, como Carolina Rojas Sánchez (fls. 9-10), Nora Patricia, hermana de la anterior (fls. 10 vto. a 11 y vto.), María Montoya de Carmona, suegra de Lope Antonio (fls. 18 vto. a 19), Beatriz Elena Carmona de Roldán, esposa del sindicato (fls. 17-18) y Luis Eduardo Aguirre Vélez (fls. 54-56), hoy enjuiciado por falso testimonio, quienes, excepto las dos primeras, trataron de avalar la confesión cualificada de Roldán Moncada que pretendió, ilusamente, el reconocimiento de la legítima defensa (fls. 21-23), porque, *a contrario sensu*, testificaron con alto índice de certidumbre las dos hermanas primeramente mencionadas y Pedro Martínez Loaiza (fls. 64 vto. a 65 y vto.), a más de las declaraciones de Conrado Carmona Echeverri (fls. 14-15), sobreseído definitivamente porque no tuvo qué ver en el desarrollo de las acciones que dieron al traste con la vida de Carlos Arturo Rojas Soto.

Ese mismo haz probatorio, y concretamente las versiones de las hermanas Carolina y Patricia Rojas Sánchez, señalan a Conrado Carmona Montoya como la persona que en el fragor de la contienda que libraban Carlos Arturo Rojas Soto y Lope Antonio Roldán Moncada, suministró a este último el arma (cuchillo) que puso fin a la existencia de aquel. Mas es lo cierto que en tal colaboración eficaz para el homicidio Conrado no tenía “la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión” (art. 31 del Código Penal vigente —fls. 245 y vto.—), porque su comportamiento así efectuado y materializado estuvo presidido del trastorno mental, estado en el cual encaja la conclusión siquiátrica holgadamente fundamentada en “el cúmulo de constancias que obran en el proceso, tales como la certificación del Hospital Mental donde fue tratado, el consenso unánime de sus parientes y allegados y la misma injurada del inculcado (fls. 99, cuaderno duplicado)” (fls. 272), que dice no recordar nada de lo que se le pregunta sobre los hechos materia de la investigación.

El *iudex a quo* había llamado a responder en juicio criminal, con intervención del jurado, a Lope Antonio Roldán Moncada, autor principal y directo del homicidio que disciplina el art. 362 del Código Penal anterior (fls. 210-228), reconociéndole la atenuante del estado de ira del art. 28 del mismo estatuto y la libertad provisional inherente a la posibilidad de que en caso de condena y por razón de una pena principal de unos treinta y dos (32) meses de prisión, y la personalidad, era merecedor al sustituto del art. 68 del Código punitivo vigente.

En el auto recurrido precisó el mismo funcionario que Conrado Carmona era "al momento de la comisión del hecho inculpatable, sujeto por consiguiente no a pena sino a medidas de seguridad, de acuerdo con los arts. 31 y 33 del Código Penal", siendo el procedimiento pertinente el señalado en el art. 34, segunda parte, numeral 5°, del Código de Procedimiento Penal. Con este derrotero dispuso la excarcelación del procesado, acatando las orientaciones del siquiatra forense, quien recomendó que "El tratamiento de Carmoña Montoya puede continuar siendo, como hasta ahora lo ha sido, a través de los servicios del Hospital Mental de Antioquia, en forma ambulatoria bajo tratamiento y cuidado siquiátrico" (fls. 246), desconociendo que la libertad vigilada se impone como accesoria de la medida de seguridad solo en el momento del fallo y no en esta etapa procesal, y luego de que se haya cumplido la medida de internación a que se refieren los arts. 94 y 95 del Código Penal, pues así se infiere del texto 97 *ibidem*.

Decidió lo anterior el de instancia como corolario a su decisión de llamar a responder en juicio criminal sin intervención del jurado a Conrado Carmona Montoya en calidad de "inimputable" y como cómplice necesario, por cuanto la prueba indica que pasó el cuchillo de la agresión al autor principal, que obraba impelido por un estado emocional excusable. Se le detiene y anticipadamente se aplica la medida de seguridad de la "libertad vigilada" en momento procesal inoportuno y por ende ilegal, a más de implicar forzada interpretación del caso.

Son dos conductas con diferente enfoque procesal que de por sí reclaman ponderados apartados en orden al acierto y a dejar de una vez sentados los planteamientos jurídicos que se imponen en la nueva legislación penal con los definidos fenómenos de la culpabilidad-imputabilidad-inimputabilidad y el definitivamente restaurado ingrediente psicológico del delito, de obligada proyección hermenéutica y de suma incidencia en la concreción de cada una de estas nociones y muy particularmente del por lo mismo bien intervenido fenómeno de la coparticipación criminal.

Las dos conductas y sus exactas secuelas procesales

El autor principal: de entrada, se observa aparente injusticia en el tratamiento de los inculpatados en este homicidio: el principal en libertad provisional, con homenajes normativos que atenúan la sanción y dan privilegios procesales reconocidos con antelación a la sentencia. El llamado cómplice necesario, inimputable por prueba apabullante y diagnóstico claro del siquiatra, en detención preventiva y con forzada e irregular medida de seguridad de "libertad vigilada" (art. 93, numeral 3°, 97, accesoria, del Código Penal) que debe esperar a la sentencia y de revocarse, como sería lo legal, quedaría en injusta desventaja con el autor principal, máxime cuando ambos obraron en el delito común —y único— con su personal perturbación: el uno, la ira excusable y el otro

por proceso de tipo sicótico (locura) con rasgos esquizofreniformes e incapacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión (art. 31 *ibidem*).

La perturbación del autor principal

La ira provocada por acto injusto y grave del otro constituye indudablemente una perturbación emocional que compromete momentáneamente la salud mental y la desquicia en ese instante del arrebatado de la ira. Tiene su reconocimiento justo en los arts. 28 del C. P. de 1936 y 60 del Código vigente. Es una perturbación que ha inquietado a los doctrinantes para atajar el pensamiento de asimilar esos estados emocionales a trastornos mentales transitorios (GAITÁN MAHECHA, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, acta número 43, pág. 275).

En el desencadenamiento provocado por la ira —por grave e injusta acción ajena— y el de un trastorno mental transitorio se tiene la misma base de afectación de la salud mental o compromiso mórbido con muy diferente tratamiento en la legislación penal en razón de la magnitud y extensión del mismo. Lo importante es poder establecerlos en cada caso, dice el profesor JAIME GAVIRIA TRESPALACIOS, "pues entre esos dos polos que son la salud y la enfermedad hay un punto intermedio que marca el límite inferior a partir del cual se puede estar lo suficientemente enfermo para ser declarado inimputable y un límite superior hasta donde se puede estar suficientemente sano para ser declarado imputable; un punto donde no se es lo bastante enfermo para recibir las medidas de seguridad especiales, ni lo bastante sano para recibir las penas corrientes" (*Debates jurídicos*, 2, Colección Pequeño Foro, pág. 67).

De muy dudosa y difícil percepción resulta el estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno, grave e injusto (arts. 28 y 60 del Código Penal de 1936 y 1980, en su orden), en el punto intermedio frente a otros extremos, suficiente en veces a los falladores para recibir las penas corrientes con la respectiva atenuación (no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo), en cuyo caso quedó Roldán Moncada como autor material del homicidio, circunstancia personal que disminuye la punibilidad y que no se comunica al coparticipante por cuanto en él no concurrió y por su estado mental menos base hay para sostener que en su auxilio o cooperación con el cuchillo "hubiese actuado determinado por estas mismas circunstancias" (C. P., art. 25, inc. 2°).

En esa formación psicológica de la ira, de características patológicas transitorias, y por lo mismo marcadamente subjetiva e intransferible (PUIG), ¿qué valoración especial podría tener para el autor material la cooperación con el cuchillo del sicótico inimputable, que de no haberla tenido hubiera agotado ese estado emocional perturbador de otra manera, así fuera únicamente con

los alcances de su fuerza bruta? La ira puede modificar la capacidad de entender y de querer, como alteración prácticamente febril y explosiva, ajustada precisamente a los estímulos y al siquismo del sujeto, "sin llegar a la anulación de tal manera que las consecuencias jurídicas penales no se aplican en toda su plenitud, sino que se reducen en proporción a la atenuante", como un estado intermedio entre la responsabilidad total y la impunidad (JORGE E. GUTIÉRREZ ANZOLA, *Nuevo Foro Penal*, núm. 3, Foro histórico, pág. 106).

No es posible medir la reacción humana frente a una ofensa o a una agresión y para ello no hay reglas precisas y, en consecuencia, como lo anota el mismo tratadista colombiano, "no son extraños los casos en que la reacción por causa de la ira o del intenso dolor, puede llegar a límites de locura y de anormalidad de carácter transitorio; es admitido ampliamente en el campo de la psiquiatría y de la medicina legal, ciencias auxiliares del derecho, que el grado de las reacciones se mide en relación con la ofensa, con el temperamento de quien recibe el ataque o la provocación, y el temor, el miedo o la angustia que le haya causado".

Pero si para la ciencia que se ocupa de las cuestiones síquicas, agrega el mismo profesor, el problema no tiene dificultad en cuanto a ubicación como fenómeno, no ocurre lo mismo en cuanto al derecho, pues debe resolverse si el encuadramiento corresponde a un verdadero estado de ira o intenso dolor, o si por haber precedido una grave circunstancia aunque la reacción inicial haya sido por causa de ira o de intenso dolor, se rebasó el límite de la atenuante para inhibir totalmente al sujeto y anular su capacidad de entender y de querer, y en tal caso se ha presentado un verdadero estado de inimputabilidad, con exculpación, en gracia de que pasado el momento síquico se vuelve a la normalidad..." (Rev. cit.).

El autor secundario: cómplice necesario

Como en principio tiene responsabilidad todo aquel que haya contribuido al resultado punible, el señor juez graduó esta de acuerdo con la participación de cada uno de los dos inculcados en el homicidio, en la forma como ya se ha anotado, agotando la insinuación de esta misma Sala, que al revisar el auto de detención dictado en contra del autor principal (fls. 97), dispuso se agilizará la captura de Conrado (a. El Loco) "como copartícipe del hecho criminoso" y se sometiera a indagatoria, en razón de que la prueba así lo autorizaba, puesto que lo colocaba en el grupo del sindicato Lope A. y de él se decía que entregó el arma homicida. Nora Patricia Rojas Sánchez expresa que vio a su tío "pegiando" con el yerno de don Conrado y vio al hijo de este "que es un loco", que tenía una piedra en la mano y en la otra un cuchillo y "el loco empezó a correr para pasarle el cuchillo al yerno de don Conrado y el otro recibió el cuchillo" (fls. 10 vto., 11 vto.). Versión similar a la de Carolina Rojas Sánchez (fls. 9 y 32).

Sin una mayor prueba respecto al estado mental de este último, el fiscal del juzgado solicitó enjuiciamiento del autor principal Lope Antonio y del sindicato Carmona Montoya como cómplice necesario (fl. 205), lo que fue atendido parcialmente por el señor juez, al llamar a juicio al primero y sobreseer temporalmente al segundo para evacuar la prueba con relación al estado psicológico y de salud mental del cómplice.

La perturbación del "cómplice necesario"

Los testigos que colocaron en la contienda a Carmona Montoya coinciden en que es reconocidamente "loco". Es esa situación mental de consenso familiar y de vecinos, puesto que le conocían tratamientos previos y reiterados en el Hospital Mental, en una de cuyas incursiones para su curación registró capacidad mental limitada y trastornos y alteración de la afectividad (fls. 241).

El padre de Carmona dijo: "tengo ahora un muchacho que resultó anormal, unas veces es muy callado y otras se ofusca" (junio 14 de 1980). Beatriz Elena Carmona manifestó que "ese muchacho se encuentra en tratamiento psiquiátrico, porque es enfermo, está demente" (junio 17 de 1980). Raúl Guillermo Rojas expresó que vio "al cual llaman el enfermo o loco". El jefe de la división médica del *Homo* da el diagnóstico de la enfermedad como "retardo mental leve". Se llevó al Hospital Mental porque no se aguantaba en la casa (fls. 179).

En el momento mismo de la entrevista de octubre veintiocho de mil novecientos ochenta, "entró caminando por sus propios medios sin signos o síntomas de enajenación mental; no obstante, es evidente su bradipsiquia y sus difíciles condiciones mentales para la abstracción. En el pensamiento es exageradamente corriente y donde hay dificultad para la producción de fantasía. El consenso a nivel familiar y de barrio es que es loco o de conducta anormal. El tratamiento no excluye un proceso psicótico no agitado y la entrevista lleva a la impresión de ese proceso. No hay disparidad de criterio entre la presencia de un retardo mental leve y un proceso psicótico añadido a este y que en muchas ocasiones el exceso de trabajo hacen que se tome el primer diagnóstico y de esta manera se considera que presenta proceso psicótico posiblemente de tipo esquizofrenia procesal".

Ahondada la prueba en esta comprobación y con claro concepto del psiquiatra de la existencia de proceso psicótico de tipo esquizofreniforme en Conrado Carmona, que al momento de la comisión del hecho, vale decir, de su cooperación o auxilio al autor principal, no tenía la capacidad de "comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión" (art. 31), el colaborador fiscal del juzgado hubo de solicitar enjuiciamiento para Carmona, sin intervención del jurado (fls. 266), en calidad de inimputable y como cómplice necesario, lo cual atendió el funcionario en el auto recurrido.

"La esquizofrenia no es una enfermedad claramente definida, dice DAVID ABRAHAMSEN. En un sentido psicológico puede significar una cierta manera

de hacer frente a las experiencias y de tratar con ellas, o puede significar un mundo de una totalidad sorprendente para el que no hemos encontrado aún ninguna definición exacta". Su caracterización está por una clase específica de alteración del pensamiento o de los sentimientos y "puede considerarse como una forma de inadaptación, en la que existe una desarmonía interior, una incongruencia en el pensamiento, en los sentimientos y en la conducta. La esquizofrenia es, pues, una desorganización de la personalidad, un problema de conducta humana que se presenta según la violencia y la tensión de la vida" (*Delito y Psique*, autor citado, págs. 154-155).

El estado esquizofreniforme, o la esquizofrenia en general deja completamente o casi completamente intactas las funciones intelectuales, no presenta síntomas corporales, pero daña el resto de la personalidad, la afectividad (registrado en el Hospital Mental a Carmona), la voluntad y lo que con ella tiene coherencia, afirma ALBRECHT LANGELUDDEKE (*Psiquiatría forense*, Ed. Espasa Calpe, S. A., 1972, pág. 94). Y RAFAEL J. LARRAGOTTI anota que "el esquizofrénico como el demente orgánico, está 'distanciado', separado, 'enajenado', se diría que no pertenece a nuestra especie, sino a una especie distinta, de otro mundo, regido por valores diferentes a los nuestros". Y agrega: "No podemos situarnos en su lugar, no podemos hacer una imitación correcta de un esquizofrénico sin ser esquizofrénico. Por eso hay quien ha dicho que la mejor identificación de un esquizofrénico la hace otro esquizofrénico, mejor que el siquiatra". ("Esquizofrenia", *Revista Hospital Psiquiátrico*, de La Habana).

El perito siquiatra y la psicóloga colaboradora realizaron un encomiable estudio de aproximación a la realidad síquica de Carmona Montoya y a su descubrimiento, irrefutable por sus fundamentos probatorios y sus científicas motivaciones. En noviembre tres de mil novecientos ochenta, el siquiatra reclamó historia clínica del examinado y anticipó que presentaba un proceso sicótico posiblemente de tipo esquizofrenia procesal (fls. 178-179). En "la prueba de TAT", la experta psicóloga expresó que "en la mayoría de las historias se encuentran los contenidos de tipo afectivo, con situaciones e ideas negativas y pesimistas sobre el amor, el sexo y las relaciones interpersonales". "Paciente con problemas de relaciones interpersonales, agresividad latente, para sentimiento de autovaloración y de rechazo a las personas que lo rodean y rechazo a sí mismo" (fls. 243). Los resultados son deficiencia mental, ideas de alusión, depresión excesiva, tendencias a las fantasías, emocionalidad superficial, entre otros. Finalmente, el distinguido siquiatra forense Pedro Luis Sánchez Gaviña, en razón de todo lo precedente, de las pruebas paraclínicas y de la psicopatología subyacente de que dan cuenta los protocolos de las pruebas realizadas, confirma "la impresión diagnóstica de que Carmona Montoya en el momento de comisión de los hechos presentaba un proceso de tipo sicótico-esquizofreniforme que para los fines del art. 29 del Código Penal vigente en ese entonces, se equipara a enajenación mental y que en el Código Penal actualmente vigente dentro de los lineamientos del art. 31 del mismo equivale a un trastorno mental

que inhibe la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión" (fls. 245 y vto.).

"La participación necesaria" de un inimputable

El autor material y el llamado cómplice necesario eran objeto en la legislación penal anterior del mismo tratamiento con respecto a la pena, como que se suponía que ambos estaban en las facetas externa e interna del delito con igual intención, pero ya se ha modificado ese tratamiento por el cambio sustancial que puede significar la intención al apreciarse en su verdadera entidad cada uno de los aportes al delito único y su eficiencia determinante, así el aspecto material sea el mismo.

Ha sido más preciso el rubro de *participación criminal* en lugar de "autores y cómplices" por ser el primer concepto más general y el segundo muy comprometido con la lógica y la solución de problemas de participación criminal, como el que el caso a estudio plantea. Pero el actual Código Penal se inclinó por la última división en sus arts. 23 y 24 (autores y cómplices), avasallado por la necesidad de concretar el preciso marco del que *realiza* el hecho y del que *contribuye* a su realización, eliminando de paso el factor de necesidad "sin el cual no hubiere podido cometerse" del art. 19 del Código de 1936 y la separación de contribución de necesaria y no necesaria. La praxis nutre a la doctrina pese a que para esta el rubro de "participación criminal" presente menos complicaciones.

El delito único en su objetividad es múltiple en cuanto a subjetividades de los individuos que en él participan y estas son las que determinan la cuantía del delito y la definición de la responsabilidad. Sigue siendo preponderante en la nueva legislación, no descuidado del todo en la anterior (art. 12), el factor subjetivo para estructurar la imputabilidad y la inimputabilidad, como la mejor y más justa manera de conjurar la realidad del delito y del delincuente y de proscribir "toda forma de responsabilidad objetiva" (art. 5° del C. P.).

En el concreto caso de definir la imputabilidad o inimputabilidad de un sujeto, no basta la comprobación de su estado mental sino que es indispensable avanzar en la averiguación de si ese estado —como los señalados a los inimputables— produjo incapacidad o no de entender o de querer la ilicitud. Ambos fenómenos toman esa base psicológica para establecer la capacidad o incapacidad de comprensión y una y otra situación las definen.

El Código Penal está tierno y apenas la doctrina se abre paso la doctrina se abre paso por sobre la injusticia, para reclamar de los jueces no descuidar la investigación psicológica y no contentarse simplemente con la comprobación del estado mental del delincuente para el fácil acomodo en la imputabilidad o en la inimputabilidad, cuando aquella reclama la evidencia, hasta donde sea posible en el medio colombiano, de si el delincuente estaba en condiciones de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

De ese análisis del factor subjetivo del delincuente, bien puede resultar la evidencia de que una inmadurez psicológica o un trastorno mental —los dos

únicos estados reconocidos por el Código con posibilidad de producir incapacidad de comprender o de determinarse de acuerdo con esa comprensión “en el momento de ejecutar el delito” (con amplia y casi infinita gama de matices psicológicos)— no sean determinantes de esa incapacidad en tal momento y de esta manera no ser jurídico ni justo hablar de inimputabilidad, lo cual reafirma su importancia y lo hace insustituible al elemento de la capacidad de comprensión y prácticamente irremplazable su precisión si se quiere caminar con el acierto.

El estado mental tiene el poder de excluir la imputabilidad “si es de una calidad tal que haya producido *el efecto psicológico* de no permitirle al autor comprender en el caso concreto la criminalidad del acto o dirigir sus acciones” (RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino*, t. II, Parte general, pág. 31). Afectada así la capacidad del gobierno de la propia conducta, con total exclusión de las aptitudes mentales que posibilitan la inteligencia, “según la regla de normalidad proporcionada por la ciencia”, en las circunstancias determinantes de la delictuosidad material del hecho ejecutado, se está ante un verdadero inimputable.

Mas la concreción de este fenómeno, como se viene viendo y se desprende de precedentes planteamientos, debe hacerse en último término por el juez, después “de analizar si existe o no acción típica; si aparecen causales de justificación o causales de inculpabilidad (coacción, caso fortuito o error), y de ser estas ciertas en la prueba, reconocérseles al sujeto de trastorno mental puesto que no deben confundir las causales de la inimputabilidad con la inimputabilidad misma” y esta y aquellas deben valorarse en cada caso concreto, que puede mostrar al sujeto como autor principal o secundario, para no permitir en ningún momento situaciones de responsabilidad objetiva.

El fenómeno de la inimputabilidad, anota un profesor universitario, es “residual” y debe plantearse “solo cuando no existen en el caso causales de atipicidad, ni justificantes ni disculpantes. Si puesta de manifiesto la existencia de un comportamiento típico y antijurídico no se evidencian causales de inculpabilidad, la inimputabilidad existirá y entonces se pasará a la aplicación de las medidas de seguridad” (NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, págs. 79 y 80). En este sentido el mismo autor dice que es “injusta ilogicidad” el que el imputable que actúa en legítima defensa o en estado de necesidad sea absuelto y el inimputable que obre en las mismas circunstancias sea sometido a medidas de seguridad (ob. cit., pág. 15). “Si en los primeros el juez no estaría obligado a investigar el aspecto subjetivo, ello sería una presunción que deja abierta la posibilidad de demostrar que en un caso concreto no existió ni el dolo ni la culpa”. Y si en los segundos ese aspecto subjetivo averiguado le da al juez la seguridad clínica y médica —científica— de que el inimputable además no tuvo capacidad de comprender su ilicitud y de determinarse de acuerdo con esa comprensión, los predicados anteriores de imponer una medida de seguridad son altamente ciertos en el terreno de los coautores directos y

materiales, pero abiertamente discutibles en el complejo campo de los autores secundarios o la complicidad necesaria, o no necesaria, como paso ahora a cuestionarlo.

“La complicidad necesaria” de quien al momento del delito no tenía capacidad de entender y de querer

El tratamiento que el señor juez ha dado a Carmona Montoya de inimputable en condición de autor secundario o cómplice necesario del delito del autor principal, es una confusión de las causales de inimputabilidad con la inimputabilidad misma, sumando a esa confusión el anticipo de una medida de seguridad accesoria a la internación, la libertad vigilada, y en ese derrotero, hasta ahora común y rutinario, se descuidó el análisis y la comprobación de si el “inimputable” —que no por el solo nombre y clasificación ha de sufrir necesariamente medidas de seguridad, pues esta inimputabilidad exige la incapacidad de comprensión en el momento del delito para poder serle impuestas— podía catalogarse como cómplice necesario del autor material, mediante la demostración fehaciente de que al momento de su colaboración o auxilio material al autor principal no tenía la capacidad de comprensión y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

No siempre el loco es inimputable, como ya se ha visto; ni quien carece de capacidad de comprensión al momento de un delito a causa de un trastorno mental resulta inimputable, esto es, merecedor de las medidas de seguridad (art. 33), puesto que si el trastorno mental es transitorio, en virtud del segundo inciso de este texto, “no habrá lugar a la imposición de medidas de seguridad, cuando el agente no quedare con perturbaciones mentales, sin perjuicio de la responsabilidad civil a que hubiere lugar”. Y si contribuyó con algún auxilio necesario al agente principal, esa complicidad carece de su fundamental soporte y jurídicamente, por justa logicidad, no se concibe que una persona sin consciencia de su aporte pueda ser cómplice necesario y como tal se le enjuicie y condene y se le someta a medida de seguridad.

Lo precedente puede darse como un axioma, ante las diferentes teorías e interpretaciones sobre la coparticipación criminal, que la Sala ha de refrescar llevada de la mano por algunos doctrinantes y compaginada con la moderna noción de culpabilidad del Código Penal vigente, en orden a sustentar sus tesis.

El elemento subjetivo de la acción

El elemento subjetivo es factor preponderante en el fenómeno de la coparticipación criminal. Ayuda a concretar la posición en el delito de cada uno de sus participantes: al autor material, al cómplice necesario o no, al instigador, al encubridor, al mero instrumento, pues “la contribución delictiva puede tener un mismo carácter y un mismo grado de responsabilidad: coautores; puede tener solo un distinto carácter: instigador y autor o autor y cómplice necesario;

o puede tener un distinto carácter y un distinto grado: instigador o autor (o autores) y cómplices necesarios (auxiliares o cooperadores); o puede ser solo de un grado distinto: cómplices necesarios y no necesarios" (RICARDO C. NÚÑEZ, ob. cit., pág. 266).

La parte de responsabilidad que le corresponde a cada concurrente no depende del carácter de la respectiva contribución, pues la ley, que ha equiparado en la pena no solo a los coautores entre sí sino a los cómplices necesarios, ya enmendada esa conducta normativa para rebajar a estos en cualquier condición —necesarios y no necesarios— en la escla punitiva, lo que es lógico por cuanto la posición del cómplice sigue siendo secundaria y debe respetarse y tomarse muy en cuenta su ingrediente psicológico, el cual puede ser igual o distinto en esa cooperación con el autor. La codelincuencia no implica que la contribución de varias personas al delito único sea siempre una participación criminal, si el llamado cómplice necesario, como en el evento a estudio, no aporta el factor psicológico y se presente desligado en absoluto del estado mental del autor principal o directo. El presunto partícipe debe obrar *con conocimiento* de que su acción u omisión es un aporte al delito, "de que estos representan una ayuda para que el resultado se produzca. Sin ese conocimiento, anterior a la perpetración del ilícito o concomitante con ella no puede hablarse de participación criminal" (ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal colombiano*, pág. 202).

Por manera que la intervención punible de dos o más personas en la incurración delictiva reclama unidad de propósito en el mismo hecho; y si está escindido, puesto que en el cómplice "necesario" no lo había por falla psicológica caracterizada en incapacidad de entender y de querer, que no en la simple inimputabilidad o inmadurez psicológica o trastorno mental, es dado colegir que esa complicidad necesaria del "inimputable" no es tolerable deducirla, en sana hermenéutica, como que se desintegra o desvirtúa plenamente.

La delincuencia está constituida por hechos humanos y no de naturaleza puramente subjetiva ni meramente objetiva, por lo que exige tratamiento diferenciado en orden a integrarlo o para respetar sus definidos apartados y obrar en consecuencia. En el caso *sub examine*, se tiene un autor principal con reconocimiento de la atenuante del art. 60 del Código Penal y libertad provisional desde el enjuiciamiento, inherente a la posibilidad de ser mercedor del sustituto del art. 68 *ibídem*, en caso de condena, con pretensión además a que se le acepte la justificante del estado de legítima defensa que alega y con lo que seguramente se tratará de impresionar al jurado. El otro, enjuiciado como "inimputable" y en calidad de cómplice necesario, en el enredo de una libertad vigilada y descomunicado en absoluto de cualquier favorable circunstancia del autor principal, incluso de una aceptación de la justificante por parte del jurado, sin manera alguna de desconocerla en ese ámbito de conciencia que le daría a aquel la absolución y al "inimputable" una medida de seguridad de muy incierto lapso.

La coautoría, que materialmente implica intervención accesoria en el acto principal del otro, como "los que alcanzan a estos las armas", integrando en esa forma el acto consumativo, tiene en el campo de esta cooperación el límite superior de la participación, y si la diferencia no permite confundir un coautor y un cómplice, sí sigue siendo esa coautoría "participación" y el carácter puramente objetivo que se le ha dado y el cual reside en el significado material del aporte, el auxilio o cooperación al autor material, tiene su apreciable deslindamiento que se resuelve en la complicidad necesaria (RICARDO C. NÚÑEZ, ob. cit., pág. 288). Es de trascendencia entonces para la responsabilidad de cada interviniente en el delito lo que quiso hacer: si quiso ejecutar el hecho, determinar a otro a cometerlo, si solo quiso auxiliar y en qué momento.

La lógica es irrefutable en este caso: la complicidad por auxilio implica, según el mismo autor, "aportes anteriores o simultáneos a la ejecución del delito, pero se diferencia de la complicidad por cooperación porque es una contribución no acordada, esporádicamente prestada de motu proprio por el agente. Es la ayuda brindada a los ejecutores de manera ocasional, sin que el agente haya tenido ni tenga otro enlace con la trama delictiva" (ob. cit., pág. 298).

Pero en ese enlace, por ocasional y esporádico que se le considere, sigue siendo factor determinante el carácter psicológico del aporte para no llegar a la vedada responsabilidad objetiva y ese carácter concreta facetas de la volición: el autor quiere ejecutar el delito; el cómplice solo auxiliar al autor (posibilidad); el autor quiere el hecho de modo absoluto; el cómplice solo condicionadamente, subordinándolo a la voluntad del autor (NÚÑEZ, "teorías del dolus", ob. cit., pág. 336). La ayuda supone una tendencia conocida, así sea sorpresiva o simultáneamente a la acción, recíproca o unilateralmente, "convergencia de particulares intenciones en el mismo objetivo". La participación demanda esa convergencia intencional por lo menos unilateralmente en la identificación que se hace con la coacción del hecho cometido y de esta manera no es indefectible, como precisa SOLER, "la conciencia recíproca en cada una de los partícipes, de la concurrencia al objetivo común". Para la responsabilidad criminal de dos personas en comunidad por un mismo hecho, basta que esa comunidad se apoye en la voluntad de una de ellas de acceder a la delincuencia que ejecuta la otra, pues así ya se da la cooperación, el auxilio o ayuda en que la participación reside".

Lo precedente pone de manifiesto que la complicidad es fácil determinarla como coacción dolosa del resultado mediante auxilio al crimen y no ha dejado de significar, por numerosas presentaciones doctrinales que se enseñen, el auxilio prestado "a sabiendas" al autor para la ejecución del crimen, como que "esa comunidad se apoya en la voluntad de una de ellas (de una o más personas) de acceder a la delincuencia que ejecuta la otra". Con correcta interpretación, se ha de exigir al cómplice una voluntad dirigida al resultado del acto principal, en reconocimiento a una relación causal en la esfera subjetiva de la acción de participación en ese acto.

Se tenía antes como coautores del homicidio tanto a los que consuman infiriéndole a la víctima directamente alguna clase de agresión como a los que les alcanzan a estos las armas, no dejando de ser accesoria esta última actividad de la del participante principal, condicionada a la eficiencia del auxilio o al valor del aporte en el Código Penal de 1936 (art. 19: "o preste al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido cometerse"), pero ya sabiamente suprimida en el art. 24 del Código de 1980, ante la evidencia de que todo delito tiene cien modos diversos de ejecución (SOLER), y la anotada necesidad asumía las características de una *conditio sine qua non* que no siempre se da, como sucede por ejemplo en el presente homicidio, el cual se hubiere podido cometer por Lope Antonio sin el aporte del "loco", tanta era la ira y el impulso que le impelia a la acción, que no le permitía medir las circunstancias, ni los medios, y menos esperar otra oportunidad ni un auxilio y diferentes circunstancias.

Por eso la fórmula de "auxilio o cooperación sin los cuales no hubiera podido cometerse el hecho" bien decantada está por cuanto no era de fácil aplicación y en el caso *sub judice* daría para más de una complicación, como que en veces no es preciso la contribución a la materialidad del delito o los conocimientos del autor para alcanzar el aporte la categoría de necesario, puesto que bastan los actos síquicamente decisivos para el autor principal, como la intimidación o el estado emocional de la ira por conducta ajena grave e injusta, o la sugestionabilidad.

Ese factor síquico, ese querer del sujeto, debe ser la principal averiguación del juez ante el hecho criminal, para conocer no solo en presencia de qué delito está sino también ante qué delincuente se encuentra: si un autor principal, coautor, cómplice "necesario o no necesario", mero instrumento de autor intelectual, instigador o encubridor, lo cual lo orientará en la jerarquía de las sanciones o de los reconocimientos de causales de justificación e inculpabilidad e incluso de impunidad de la conducta.

Juega tan importante papel el ingrediente psicológico en la participación criminal que, como se ve, encauza las consecuencias de la culpabilidad y las concretas, según su grado: si la colaboración se prometió y se cumplió; si se cumplió posteriormente y era previa o no (encubrimiento); o si no se cumplió y se había convenido previamente, o si se desistió de ella en los comienzos del delito (complicidad tentada en los casos en que sea posible). La participación gira alrededor del hecho material lesivo del derecho y no de la punibilidad de su autor, el cual puede liberarse de pena por cualquiera causal personal no comunicable al partícipe.

Si la complicidad es el auxilio dolosamente prestado a otro para cometer un hecho punible, ¿cómo opera en un caso como el presente, de conexión causal objetiva y desconexión causal subjetiva? Han de delimitarse, entonces, las teorías objetiva y subjetiva de la participación. La subjetiva busca las características de la diferente dirección del dolo, del fin o del interés del autor, separación que se consideraba secundaria cuando primaba la responsabilidad objetiva y

que ahora resulta sustancial con la prohibición de dicha responsabilidad en la actual legislación penal y en el regreso afortunado de la noción ética del delito o reprochabilidad de la conducta, porque de esta forma se da marcado el contraste entre las partes integrantes del injusto y las partes integrantes de la culpabilidad, otrora también importante y esencial y hoy de acierto claro y de incidencia para la configuración jurídica de la complicidad.

Es un progreso entonces la restricción del principio de la accesoriidad en la participación criminal, al resolver el problema que planteaba la delimitación de las teorías subjetivas y objetivas en una combinación de ambos puntos de vista discutidos en la sola fórmula de eliminación de toda responsabilidad objetiva, lo que igualmente resuelve el problema de la teoría subjetiva de la complicidad, de considerar superflua la autoría mediata, y a lo sumo querer observarla con arreglo al nombre en los casos en que la persona medio, ni siquiera en puro sentido psicológico actúa dolosamente; o en otras palabras, la plena aceptación de responsabilidad en quien participó meramente en el plano material.

Esta teoría subjetiva, que pretende la fórmula más lógica y ahora más jurídica, sobre la objetiva, se impone por la noción de culpabilidad, como que no pueden ser determinantes las características meramente externas, objetivas. No cabe inclinarse tampoco por una teoría ecléctica, así pida derechos como para estructurar en este terreno alguna tesis, el factor de la imprescindibilidad, o sea la necesidad de la cooperación, sin la cual el hecho no se hubiera producido, como que esto ya debe ir tomando el añejo sabor de una ley histórica, pues hoy más que nunca es clara la doctrina de que los inimputables no deben responder a título de responsabilidad objetiva por cuanto va contra el principio —postulado— de la actividad sicofísica, enseñoreada con mayor postura humanística en el nuevo Código Penal.

PUIG PEÑA estima también como conducta de cooperación necesaria "la entrega del arma a uno de los contendientes en una riña con la que se ocasiona el delito" (*Derecho penal*, t. II, 3ª ed., pág. 281), pero ese concurso de contribución al hecho por el aspecto material o físico, así no se requiera el concurso de acción, están separadas: (la agresión directa del autor material y el auxilio del cómplice, exige la integración como esencial al concurso punible de voluntades y propósitos), vale decir, el aporte también moral y psicológico y no solo la referencia de una acción de auxilio del cómplice al hecho común. El eslabón de la complicidad es fundamentalmente el ingrediente psicológico, y así "el que proporciona una cuerda, una escala o una arma sin saber el fin a que se destinan esos objetos, es indudablemente *inocente* del delito que otro consuma" (ob. cit., pág. 261). Y como anota PESSINA "una participación en el delito puramente material es también una *contradictio in terminis*", principio que tiene valor de postulado.

El auxilio, pues, es de acciones accesorias (o anteriores) frente a la imagen central de representación del autor directo, que está en la causa de la producción del resultado, en el que el partícipe pone tan solo una condición (teorías

objetivas materiales —MEZGER—, vale decir, que de acuerdo a la teoría de la causalidad de FRANK, la propia esencia de la autoría está en la causalidad actuada físicamente y la de la participación en la causalidad actuada síquicamente (ob. cit., pág. 335), diferencia práctica que toma importancia en la concepción culpabilista, dejando más patente que los coautores necesitan actuar en “cooperación consciente y querida”, mayormente los cómplices, y la culpabilidad de cada uno ha de referirse al acto conjunto.

La persona que actúa como medio del autor mediato, por ejemplo, no es punible, si esa persona no actúa típicamente, como el instrumento “inimputable” que no llegaría a medidas de seguridad. Tratadistas hay que admiten que el elemento esencial de la autoría mediata es la ausencia de dolo en el “instrumento”. El dolo se concebía normativamente antes de la proscripción de toda responsabilidad objetiva, pero ahora reclama su presencia como forma psicológica por la nueva noción culpabilista, basada en la capacidad de comprensión, que es la imputabilidad, al contrario de la inimputabilidad, pero no vacío sino con el contenido de la falta de esa capacidad (E. SCHMIDT).

En el derecho vigente es posible la instigación y el auxilio (complicidad) en los casos en que el autor material no sea imputable o carezca de culpabilidad; es decir, basta la accesoriedad limitada, o sea que la conducta del que ejecuta materialmente sea antijurídica. Con razón se ha dicho que utilizar un inimputable para la realización del delito (niño, loco, etc.) no existe en tal caso codelinuencia “porque no hay más que un solo culpable” (PUIG PEÑA).

En el orden de la complicidad, cuando se ve muy clara la extensión de la pena y de la responsabilidad en la instigación por cuanto supone en el instigador comprensión de lo que pretende y determinación en la instigación de acuerdo con esa comprensión, cabe pensar cómo habría de decidirse frente a sujeto que realiza acciones de auxilio no necesarias a la conducta de un autor inimputable: autor principal no lo podría ser, pues lo es el otro; cómplice tampoco, si se exige para que pueda darse la complicidad la existencia de un autor que actúe antijurídica y culpablemente. Y como ello no es posible, no queda otro camino que afirmar que ese cómplice lo es por el auxilio que dio al que procede antijurídicamente, así no sea necesariamente culpable.

“Tradicionalmente se ha considerado que son meros instrumentos los inimputables, los forzados, los coaccionados y los ignorantes o víctimas de un error, cuya falta de capacidad, libertad o saber, fue utilizada por un tercero (o aprovechada) para ponerlas en acción y convertirlas en un medio ejecutivo del delito” (R. C. NÚÑEZ, ob. cit., pág. 281). Y si esto se da en la ejecución material directa, cabe el mismo predicado para cuando se aprovecha esa circunstancia y se toma del inimputable el arma para el acometimiento, como que se está ante un instrumento anulado, con déficit mental en lo atinente a la capacidad de comprensión y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

Tomar o recibir el cuchillo de un inimputable, que no sabía lo que hacía, fue solo un momento en la relación causal de quien obraba impelido por una

emoción irresistible de ira justa “como lo es la bala en su recorrido”. Fue esa acción una forma fácticamente genuina y única del directo autor. Lo del llamado “cómplice necesario”, apenas fue una prueba de esa acción que complementa la confesión calificada, que no descubre otro autor en esa calidad de cómplice necesario, puesto que la inimputabilidad se circunscribió a la falta de capacidad de comprensión y el cómplice debe saber que presta el auxilio y para qué lo presta, esto es, debe obrar “a sabiendas”, siendo suficiente el *dolus eventualis*.

Al igual que el agente provocador en un delito, no puede ser castigado a causa del auxilio el que a sabiendas contribuye al acto con un medio inidóneo, como dar veneno conociendo que no lo es. Si contribuyó al acto con medio idóneo y necesario para el homicidio sin saber lo que hacía, alguna trascendencia ha de tener esa circunstancia, que no es precisamente la de llevar como inimputable a las medidas de seguridad, si se ha de armonizar el fenómeno de la complicidad y el de la inimputabilidad en la legislación penal vigente.

¿Qué seguiría, atendiendo al aspecto de la accesoriedad de la participación, condicionada a la culpabilidad del autor principal como “plenamente responsable”, si este también es inimputable? Tal autor material inimputable responde de lo que ha cometido realmente (realizó el hecho —art. 33—) y tendrá su medida de seguridad. Mas el otro, cómplice inimputable, ¿iría a la misma medida de seguridad del autor material inimputable?

La respuesta es rigurosamente negativa, por cuanto en esas condiciones de incapacidad de entender y de querer, no es concebible su participación responsable y culpable, puesto que la complicidad (necesaria o no necesaria) es dependiente de características subjetivas y sin ellas, aunque se den las externas de la colaboración o auxilio material, “no existe una acción típica”. Si como instrumento no conoce la tendencia o intención del que lo aprovecha para el delito y no puede decirse que lo haya cometido, de igual manera en la condición de cómplice, está excluido de culpabilidad o debe estarlo, puesto que no ha poseído el total dolo del agente principal y no podía siquiera imaginarse su existencia en su mente dada la responsabilidad objetiva y a conjurar con algún acierto y compenetración las figuras de la complicidad e inimputabilidad.

El Código Penal de 1936 traía en el título II del libro I las sanciones en los capítulos I y II, las medidas de seguridad, mezclándolas contradictoriamente y sin acentuar la diferencia fundamental entre unas y otras, obediente al factor peligrosidad de los anormales (inimputables) y a lo objetivo de la responsabilidad.

La legislación penal vigente busca la separación técnica de las sanciones y medidas de seguridad, alejándose del criterio de la doble vía (“*doppio binario*”) y estableciendo las primeras en el título IV y las segundas en el V, precisando aún más el sentido de la sanción al no tomarlo en cuenta en las medidas de seguridad, como tampoco su inspiración en la defensa social o criterio peligrósista.

Complejo ha sido el tratamiento de los inimputables y en veces ha enredado a la doctrina y a la jurisprudencia, mas de todas maneras ha primado la tendencia a la impunidad de sus actos delictivos y a la actuación del Estado únicamente en función de curación, tutela y rehabilitación.

Desde el Código Penal de 1873 "De los Estados Unidos de Colombia" (Lei 112 de 26 de junio de 1873) son excusables y no están por consiguiente sujetos a pena alguna, el que se halle en estado de verdadera demencia o locura, al tiempo de cometer la acción, o privado involuntariamente del uso de su razón y el que viola la ley en un estado de embriaguez absoluta si esta ha sido involuntaria (arts. 87 y 88).

De esta manera ha de atenderse el sentido natural y obvio de las palabras y de los verbos rectores que utilizan las normas penales para apreciar como valederos los precedentes planteamientos y toda la doctrina analizada que los fundamenta. Lógico, entonces, que el art. 33 del Código Penal, al hablar de los "inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este Código" (arts. 93 y ss.), está haciendo referencia al autor material solamente y no al inimputable que determine a otro a realizarlo, por cuanto en su condición de autor intelectual, que toma al tercero como sujeto consciente de lo que hace, contraría ese despliegue intelectual y psicológico la persona que carezca de tal capacidad de entender y querer, vale decir, que no es posible un inimputable que determine a otro a realizar el hecho, puesto que en semejante condición mental es imposible hacer surgir en otro la resolución de cometer un delito. El autor intelectual obra conscientemente y conoce la conciencia con que el tercero actúa, es decir, como autor mediato actúa con pleno conocimiento de su entender y querer y conoce estas facetas psicológicas del ejecutor de su designio, o su deficiencia si lo toma como instrumento (art. 23 del Código Penal, autores).

Empece, no todo inimputable que realice un hecho punible, como autor material principal o directo, está sujeto a las medidas de seguridad que indica el inciso 1° del art. 33, por cuanto queda descartado el que haya actuado como mero instrumento del autor mediato (1ª excepción). Igualmente, quien encasillado en la denominación *inimputable* por conocida inmadurez psicológica o trastorno mental, para el momento del delito hubiere tenido capacidad de entender y querer y obrado dentro de causales de justificación o de inculpabilidad, que le han de ser reconocidas. También, el que obró dentro de un trastorno mental transitorio que le afectó severamente esa capacidad de entender y querer en el momento del hecho, pero al cual no le quedaron perturbaciones mentales, conforme lo dispone el inciso 2° del pluricitado art. 33 (2ª excepción).

Conclusión:

Por lo extensamente analizado, considero inconcebible jurídicamente en cooperación con el autor material al inimputable o como cómplice o sea en contribución "a la realización del hecho punible o preste una ayuda poste-

rior..." (art. 24), si al momento de una u otra conducta no tenía la capacidad de entender y querer. Su concurso no se da así voluntario y consciente del fin que lleva el autor material. Es un imposible jurídico.

La prueba que se ha dado de Carmona Montoya como inimputable es el elemento de convicción más fehaciente y palmario de su incapacidad para entender y querer el auxilio que prestó al autor material y por ende, que no es "cómplice necesario" de este y no hay razón para aplicarle una medida de seguridad, así sea irregularmente humanizada, puesto que su acto es perfectamente impune.

Se ha dicho que los inimputables son capaces de dolo y de culpa en determinados momentos, o de nada; pero en una de estas tres condiciones o en cualquiera que presente abiertamente su incapacidad de entender y querer, no autoriza al juez para colocarlo en la postura procesal más fácil por ese solo *status* de inimputable. Proceder como lo hace el de instancia y lo confirma ahora la Sala (mayoría), al llamar a Carmona Montoya a responder en juicio criminal como cómplice necesario, implica la ligereza de deducir responsabilidad por el mero hecho material, o lo que es lo mismo, aplicar la responsabilidad objetiva, con notorio quebranto además de los supuestos básicos de la complicidad o participación criminal. La inimputabilidad, como la imputabilidad, es un juicio de probabilidad y tanto la realidad de una como de la otra, no constituye siempre el fundamento y la certeza de una sentencia o de una medida de seguridad, como ampliamente se ha visto. El mismo Código Penal así lo pregona y no se asusta en el amparo de la sociedad, el dejar sin sanción y ni siquiera con medidas de seguridad al autor material inimputable (que realice el hecho), en las circunstancias del inciso 2° del art. 33, creando en esta norma una nueva causal de improcedibilidad que para etapa procesal diferente a la de este negocio, permitiría la aplicación del art. 163 del C. de P. P. Cerrada la investigación y en calificación de fondo, tal situación implicaría la aplicación del numeral 1° del art. 491 del C. de P. P., o sea, desatarse el caso con sobreseimiento definitivo.

En consecuencia de todo lo procedente, en este momento procesal, lo más prudente y jurídicamente técnico hubiera sido sobreseer definitivamente en favor de Conrado Carmona Montoya (a. El Loco) del cargo de homicidio con invocación del último texto citado, sin darle a la analogía en penal los alcances que le están prohibidos y que si permitidos *in bonam partem*, son para favorecer al delincuente, pero no para instalar caprichosamente a un inimputable en la posición más cómoda y de menos esfuerzo, con arrebatos de justicia, la misma que se le desconoce.

Es mi criterio de minoría.

Esta revista se terminó de imprimir el
día 2 de enero de 1984

LABORE ET CONSTANTIA

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

BECERRA TORO, RODRIGO: <i>El contrato individual de trabajo</i> , XVIII + 192 páginas. Rústica	\$ 600.00
BERGALLI, ROBERTO, BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y otros: <i>El pensamiento criminológico</i> , 2 tomos, 522 páginas. Rústica	1.380.00
BUSTAMANTE FERRER, JAIME: <i>Principios jurídicos del seguro</i> , XVI + 192 páginas. Rústica	600.00
CAMARGO, PEDRO PABLO: <i>Tratado de derecho internacional</i> , 2 tomos, LII + 1024 páginas. Rústica	2.550.00
GAITÁN, JORGE ELIECER: <i>Defensas penales</i> , 4ª ed., VIII + 396 páginas. Pasta	1.000.00
LONDOÑO JIMÉNEZ, HERNANDO: <i>De la captura a la excarcelación</i> , 2ª ed., XXII + 448 páginas. Pasta	1.350.00
ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Código Nacional de Policía</i> , 12ª ed., 248 páginas. Pasta	330.00
OSPINA FERNÁNDEZ, G. y OSPINA ACOSTA, E.: <i>Teoría general de los actos o negocios jurídicos</i> , 2ª ed., XVIII + 634 páginas. Pasta	2.100.00
SCHILD, WOLFGANG: <i>Las teorías puras del derecho</i> , VIII + 104 páginas. Rústica	160.00
SÁCHICA APONTE, LUIS CARLOS: <i>Constitucionalismo colombiano</i> , 7ª ed., XXVI + 468 páginas. Pasta	1.280.00
TAMAYO JARAMILLO, JAVIER: <i>De la responsabilidad civil</i> , XXVIII + 490 páginas. Pasta	1.580.00
VALENCIA C., ALFONSO y VALENCIA G., HUGO: <i>Práctica forense</i> , 10ª ed., XII + 596 páginas. Pasta	1.480.00

DE PRÓXIMA APARICIÓN

ALIMENA, BERNARDINO: <i>El delito en el arte</i> .
ANGARITA G., JORGE: <i>Lecciones de derecho civil</i> , tomo II, Bienes.
ARAMBURO, JOSÉ LUIS: <i>Curso de derecho minero</i> .
BATTISTELLI, LUIGI: <i>La mentira ante los tribunales</i> .
DE LAUBADÈRE, ANDRÉ: <i>Manual de derecho administrativo</i> .
HENAO H., JAVIER: <i>Constitución política de Colombia</i> . (Comentada).
MIR PUIG, BACIGALUPO, NAUCKE: <i>Derecho penal y ciencias sociales</i> .
MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: <i>Teoría general del delito</i> .
ORTEGA TORRES, JORGE: <i>Código Contencioso Administrativo</i> (bolsillo).
OSPINA F., GUILLERMO: <i>Régimen general de las obligaciones</i> .
SAAVEDRA ROJAS, EDGAR: <i>Corporación, criminalidad y ley penal</i> .
PINZÓN, GABINO: <i>Sociedades comerciales</i> , vol. II. Parte especial.
VALENCIA Z., ARTURO: <i>Derecho Civil</i> , tomo I. Parte general y personas.
WALTER, ROBERT: <i>La estructura del orden jurídico</i> .

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen