ISSN 0120-8179

NUEVO FORO PENAL

JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA
NODIER AGUDELO BETANCUR
Directores

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Coordinador

38

EDITORIAL

DERECHO PENAL

JURISPRUDENCIA

OCTUBRE • NOVIEMBRE • DICIEMBRE

AÑO IX ● Octubre ● Noviembre ● Diciembre ● 1987 Nº 38

Licencia 1159 de 1986

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL

Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1987

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

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

Impresa por EDITORIAL NOMOS, Bogotá - Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

DERECHO PENAL

JURISPRUDENCIA

BIBLIOGRAFIA

EDITORIAL*,**

* Dedicamos este número, como se desprende del Editorial y de la Sección de Derecho Penal, a la publicación de las ponencias presentadas durante la celebración del Sesquicentenario de la legislación penal colombiana, la cual se llevó a cabo los días 26 y 27 de junio de 1987 en las instalaciones de la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá, entidad que prestó invaluable colaboración al Grupo de Estudio de Derecho Penal "RICARDO MEDINA MOYANO", y a la Editorial Temis, para la feliz conmemoración de tan magno y trascendental evento.

Quiere así la Revista vincularse en alguna medida con dicho acontecimiento invitando a la reflexión y al estudio de los trabajos que hoy aparecen, y a que se fomente la investigación científica en este campo del conocimiento, acorde con las exigencias que impone nuestro medio (*Nota del Coordinador*).

** Este editorial fue elaborado por el Grupo de Estudio de Derecho Penal "RICARDO MEDINA MOYANO" integrado por los estudiantes de último año de Derecho de la Universidad La Gran Colombia de Bogotá, Lucy Jeannette Bermúdez, Arturo Alayón Guevara, Raúl Molano, Manuel Bernal, Alberto García Fernández y Omar Guzmán, dirigido por el profesor CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, actualmente catedrático de Derecho Penal Comparado en la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

HACIA UN DERECHO PENAL REAL

A no dudarlo, el estudio analítico y crítico del pensamiento penal colombiano está por hacerse, y en verdad que constituye una necesidad para que sea posible determinar cuáles han sido su secuencia ideológica, sus variantes filosoficojurídicas, sus fines específicos en los diversos momentos sociopolíticos por los que hemos atravesado y, principalmente, determinar si los cambios de corrientes doctrinarias han servido para avanzar en el logro de un sistema penal más justo, respetuoso de los principios de dignidad humana, legalidad y culpabilidad como fundamento de la responsabilidad punitiva, que impone la política criminal como baremos a la potestad punitiva para evitar el abuso de poder en los Estados de Derecho.

Establecer cuáles han sido los motivos reales para los cambios, por demás frecuentes, de la legislación penal en nuestro medio, es un camino que debemos recorrer para que el examen actual que podamos hacer no sea ahistórico e idealista, además de encubridor de una constante realidad crítica de la sociedad y, más concretamente, de los destinatarios estigmatizados en el fondo oscuro de la estratificación clasista, quienes quieren conocer en qué consiste realmente el principio rector de igualdad ante la ley penal, la característica de generalidad en la selección de las conductas prohibidas o el por qué la inviolabilidad del derecho a la dignidad humana excluye a los inimputables, al consagrarse como medidas de seguridad privaciones efectivas de la libertad, indeterminadas en el tiempo, lo cual las convierte en penas más gravosas que las que se imponen a quienes delinquen con plena convicción y voluntad, vulnerando en esa forma esta limitante, al igual que la de la legalidad, la proporcionalidad y el principio de mínima intervención.

Estas incógnitas por resolver, aparejadas a la interesada tradición de importar la ley, la doctrina y hasta las soluciones politicocriminales, deben constituir lugar destacado en la discusión y elaboración penal, pues la falta de un saber penal auténtico no constituye la remembranza de un pasado, sino lo que se puede llamar un "pretérito-vigente", que suscita importante problemática si se piensa en que no se puede seguir considerando este fenómeno como simple consecuencia del facilismo o de la desidia legislativa; muy por el contrario, tal procedimiento se encuentra sustancialmente unido a la estructura de poder y a los fines deliberadamente buscados. De ahí que se trate de no permitir y obstaculizar, desde la cátedra hasta la judicatura, cualquier intento por desmitificar el decadente formalismo para adentrarnos en el contenido material del sistema penal, el cual se imposibilita mediante la aplicación del puro positivismo normativo que, amparado en un típico cientificismo, insiste en continuar con la farsa de interpretar la norma como si se tratara de un raro ente metafísico, lejos de considerarla como resultado de la evolución y el contexto historicopolítico, abandonando las imprescindibles vinculaciones filosóficas y desconociendo el conflicto social que trata de solucionar.

Aparentemente, la respuesta a estos interrogantes constituye el cuadro programático de las nuevas tendencias penalísticas y criminológicas en nuestro país, y si nos plegáramos a la retórica interesada del no compromiso y omitiéramos el cuestionamiento necesario para la clarificación de su análisis, bien podríamos afirmar que son superfluos los intentos por plantear premisas para establecer cuál es el estado actual del estudio del derecho penal en Colombia, pero, precisamente, es aquí donde radica lo interesante, por lo contradictorio, de la inquietante dinámica que, hoy más que nunca, ha permitido creer que nos encontramos en un punto de avanzada, cerca quizá de las metas utópicas de RADBRUCH o de HULSMAN.

Las nuevas brechas que se abren con el estudio crítico del sistema penal entre nosotros, por sí mismas demarcan su importancia y así lo han demostrado, principalmente, la actividad académica y la proliferación de literatura que constantemente traen a discusión la falacia de aquellas tendencias que ya han cumplido su papel histórico y que por inconsistentes, al ser desconocedoras de las garantías fundamentales del ser humano, no pueden permanecer legitimando su violación mediante un equilibrismo técnico que para sostenerse ha tenido que crear una irreal imagen de hombre.

Es imperioso, por tanto, avanzar hacia un derecho penal real, que lleve a entender que la interpretación de la ley "...no debe limitarse a un examen formal y de cierto modo mecánico de los textos..., sino que toca penetrar en el sentido profundo de las instituciones políticas y del ordenamiento jurídico que nos rige...", para desde esa posición, analizar las repercusiones que produce en el equilibrio del Estado de Derecho, conforme alentadoramente lo consideró la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de marzo del presente año al declarar inconstitucional el decreto 3671 del 19 de diciembre de 1986, por medio del cual se trasladaba la competencia para conocer de algunos delitos de narcotráfico cometidos por civiles, a la justicia penal militar*.

Hemos dicho que el progreso es aparente, queriendo significar con esta expresión la confusión que se presenta no respecto a quienes con serios fundamentos y compromiso ideológico cuestionan el sistema penal en todo aquello que sea necesario para denunciar el abuso del poder, como tampoco desconocer la necesidad que en esta y en lejanas latitudes existe de abandonar, de una vez por todas, la supeditación del objeto al método, de no desconocer que al penalista también le incumbe el análisis del proceso de creación de la ley, de los fenómenos sociopolíticos en que esta aparece y se aplica, que no se puede seguir supeditando lo sustancial a lo formal, en fin, descubrir la realidad del sistema penal para que no sea la manifestación soterrada de la simple represión. La apariencia a que nos referimos tiende a cuestionar el camuflaje que se descubre al confrontar la realidad con las metas que dicen perseguir y el doble discurso que manejan quienes en forma irresponsable y guiados por personalísimos intereses, en lugar de contribuir al logro de aquellos fines, lo que crean es un estado de desconcierto y confusión que es necesario clarificar para identificar los análisis críticos que verdaderamente contribuyen a

* Tal decisión puede consultarse en *Nuevo Foro Penal* N° 36, págs. 241 y ss, con *comentario* del Dr. HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO.

brindar soluciones a nuestra problemática, no a la de los países centrales, pues ya la cuestión no es de pura erudición y, de otra parte, si existe compromiso y honestidad en sus expositores y defensores. De no ser así, seguiremos por el camino de un idealismo más, que, sin lugar a duda, es tanto o más perjudicial que la ideología que manejan quienes abiertamente siguen creyendo que el derecho penal es solo técnica, más o menos abstracta, donde debe primar el esquema formal ante la justicia.

En efecto, como reiteradamente se ha manifestado, la dependencia del pensamiento penal colombiano en relación con el europeo, al igual que sucede en el contexto latinoamericano, no constituye nada oculto desde el momento mismo en que se realizó el tránsito legislativo al surgir las repúblicas independientes en la primera mitad del siglo pasado, situación esta que persiste hasta el presente como medio idóneo para obviar la necesidad de realizar los correspondientes estudios politicocriminales que, desde luego, impedirían ese burdo procedimiento en la medida que al establecerse las causas socioeconómicas y políticas que, hogaño igual que antaño, son generadoras de la criminalidad. Un tal proceder implicaría dar soluciones básicas a los problemas sociales y no acudir a la reacción penal como primer recurso; por ello es por lo que se prefiere seguir solucionando los problemas en sus efectos, ignorando nuestros propios fenómenos sociales.

Esta importación legislativa se ha visto respaldada por el sustento que le ha brindado una doctrina interesada en deslindar el proceso de criminalización con el de aplicación de la ley, sin mira distinta que la de armar una teoría justificadora con argumentos tan deleznables como el de la omnipotencia del legislador, su sabiduría y hasta prolongando en el tiempo su voluntad, olvidando que, como lo afirma BINDING, una vez expedida la ley, esta se torna absolutamente independiente de quien la elabora y corresponde ser interpretada y aplicada al caso concreto, sin desconocer la realidad social existente al momento en que aparezca el conflicto y no condicionada al interés particular que bien pudo motivar su promulgación.

El análisis de esta situación constituye uno de los postulados de mayor importancia en las tendencias críticas actuales, que también corresponde a la dialéctica progresista europea y esto no tiene nada de criticable, por el contrario, inclusive, sin necesidad de rótulo alguno, es a donde debe tender una concepción real del saber penal; lo censurable y sobre lo que debemos detenernos es respecto a si se está cayendo en otra dependencia y, por ende y curiosamente, encubriendo el problema, lo cual es exactamente lo que se critica de las corrientes tradicionales.

Tomar como punto de apoyo las soluciones dadas a los problemas europeos puede constituir una no despreciable ayuda para ampliar los elementos de juicio que nos posibiliten un análisis integral, siempre y cuando sean viables respecto de nuestra propia realidad; pero trasladar ahora, no solo la ley y la doctrina sino también fenómenos que en nuestro ámbito cultural nunca han existido, es al menos inapropiado, pues se desenfoca el problema al dejar intactos los que nos corresponden y únicamente logramos alcanzar un envidiable enciclopedismo y un dominio de la crítica central, pero, entretanto, lo que se está es obviando el debate a la crisis que se afirma se quiere solucionar. En consecuencia, por ningún motivo se

puede desconocer nuestro sistema penal, pues de hacerlo se incurre en el error que, precisamente, sirve como objeto de crítica.

Es entonces fundamental clarificar el estado actual del pensamiento penal y criminológico nacional para que sea coherente y honesto decidiéndonos, además, a hacer nuestras propias investigaciones para dejar de tomar olímpicamente las realizadas en otras latitudes como si fueran propias. Es que no podemos someternos a engaño, cuando se resulta elucubrando, luego de densos análisis, sobre fenómenos juridicocriminológicos extraños, como correspondientes a nuestro ámbito cultural, elaborando un discurso ideal y pensando, por ejemplo, que la pena privativa de la libertad, entre nosotros, se origina en el fenómeno "cárcel-fábrica", cuando el pasado histórico nos demuestra que en Latinoamérica no existió tal relación, o mostrar como una lucha ganada la proscripción de la responsabilidad objetiva, con fundamento en los planteamientos europeos, cuando aún subsiste en la ley penal colombiana al consagrar fenómenos como la preterintención o la *actio liberae in causa*; y, qué decir de la manifiesta incoherencia entre quienes tienen un sitio destacado en la doctrina nacional que, previa rotulación de criminólogos de avanzada, resultan manejando un esquema dogmático a ultranza de la teoría del delito o desconociendo los básicos principios de favorabilidad o el derecho de defensa y hasta el de legalidad y dignidad humana.

Por lo demás, es preciso hacer claridad respecto a aquellos penalistas o criminólogos que pretenden ganar adeptos en los dos bandos, ya a nivel nacional o internacional, de acuerdo a los intereses que se persigan en un momento determinado: críticos del sistema penal en unas oportunidades y defensores convencidos en otras.

Esta cómoda y reprochable posición debe ser denunciada, pues, además de deshonesta, permite crear un híbrido nada esclarecedor sobre la verdadera concepción que se maneja por quienes están dedicados al estudio del derecho penal y de la criminología, pues no es difícil encontrar penalistas matriculados como críticos defendiendo los intereses que censuran, o como redactores de estatutos integrando comisiones que se sabe previamente son conformadas por el legislador extraordinario, desconocedor de la intervención ciudadana en el proceso de establecimiento de las disposiciones legislativas como corresponde a la estructura jurídica del Estado de Derecho o, lo que es más común, como jueces que resultan más inquisidores que los reconocidos como tales.

Es claro, entonces, que no cuestionamos a los investigadores honestos ni censuramos la necesidad de trabajar por un derecho penal real, humano, respetuoso de las garantías hasta ahora alcanzadas, no desconocedor de la realidad social, económica y política del país, como tampoco del análisis comparativo extranjero, siempre y cuando no sea ahistórico para nuestra cultura; lo que censuramos es la bipolaridad científica e ideológica de todos aquellos que con seguridad han omitido hacerse la aguda pregunta a que invita el profesor ZAFFARONI: ¿Qué es lo que causamos?

Grupo de Estudio de Derecho Penal
RICARDO MEDINA MOYANO

SECCIÓN DE DERECHO PENAL

INSTALACIÓN DEL CICLO DE CONFERENCIAS CON MOTIVO DEL SESQUICENTENARIO DE LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA (1837-1987)

Dr. JORGE CARREÑO LUENGAS*

Señores integrantes del *Grupo de Estudio Ricardo Medina Moyano*, señores de la Editorial Temis, señores directivos de la *Biblioteca Luis Ángel Arango*, señores abogados, señoras y señores:

El *Grupo de Estudio Ricardo Medina Moyano*, integrado por juristas insignes, amantes de la ley, que rinden tributo permanente a la justicia en la labor de cada día y de cada hora, ha tenido a bien conmemorar en este día el sesquicentenario de nuestro derecho penal, especialmente del primer Código Penal, el de 1837, obra de don JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ, redactado por él y sancionado más tarde por él como presidente de la República.

Y satisface verdaderamente al espíritu un acto de esta naturaleza, que no tiene nada de rutinario ni convencional, ni está inspirado en mezquinos intereses, pues no buscan sus organizadores ningún honor, prebenda o beneficio. Es un acto esencialmente puro, donde los juristas se reúnen a rendir homenaje a uno de los forjadores de nuestra nacionalidad y a su obra portentosa; a ese Código que ha resistido los embates del tiempo y que sirvió para que los nuevos códigos fueran a abrevar en sus fuentes y para que sus normas, con el ropaje nuevo de las escuelas modernas, se mantengan en los actuales estatutos penales que no pueden negar la influencia del ilustre jurista boyacense.

Y es que no podemos olvidar que el Código de 1837 cumplió un papel vital y fundamental en las épocas tormentosas de nuestros primeros años de vida republicana, y que rigió por largos años; y, al dividirse la República en Estados Soberanos, sus normas se integraron a la codificación de casi todos ellos, especialmente al Código del Estado Soberano de Cundinamarca de 1851, redactado por don MANUEL MARÍA MALLARINO, que adoptó casi en su integridad la normatividad del Código de Márquez. Al unificarse la República se pone en vigencia un Código Nacional, que no es otro que el Código de Cundinamarca del 51, como lo dispone la ley 57 de 1887. Posteriormente, el Código de Concha tomó mucho de las anteriores legislaciones que se vieron reforzadas con el brillante pensamiento que el jurista ZANARDELLI plasmara en su Código.

* Presidente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

¡Cómo es de cierto entonces que los hombres perecen pero su pensamiento permanece eternamente forjando la conciencia jurídica de las nuevas generaciones!

Es importantísimo este acto por su sentido, alcance y consecuencia para quienes aún creemos en el imperio de la ley, en el Estado de Derecho y en la administración de justicia, aunque se mancille, se vitupere y se sacrifique a sus jueces, para quienes esperamos confiados en una Colombia mejor, en una patria nueva, en una tierra que sea suma y patrimonio común de nuestros amores. Por eso en este día me permito felicitar muy sinceramente al Grupo de Estudio Ricardo Medina Moyano, a la Editorial Temis y a la Biblioteca Luis Ángel Arango, por esta brillantísima iniciativa de conmemorar con tan solemne acto la obra de JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ y su trascendencia e importancia en la legislación penal colombiana. A ellos, a todos estos juristas que siguen confiando en la ley, en el imperio de la justicia y que esperan una patria mejor, es bueno recordarles este pensamiento de INGENIEROS: "Loados sean los que creen en la justicia, los que por ella luchan, los que por ella mueren. Son plasmadores del porvenir que tienden a realizarse en la humanidad. Solo luchando por estos ideales se da sentido a la peregrinación atormentada del hombre por el mundo".

Muchísimas gracias a los ilustres conferencistas que van a enriquecer este foro con sus sabias enseñanzas, y a todos ustedes que lo han hecho posible con su presencia.

EL CÓDIGO PENAL DE 1837: MARCO HISTÓRICO DE SU VIGENCIA

Dr. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO*

En nuestra agitada vida política, pocas épocas tan confusas como la que sigue a la emancipación. Pasado el fragor de la independencia, silenciados los ecos de Boyacá, Junín y Ayacucho, salidos los españoles del suelo americano, retornan los guerreros patriotas a sus hogares, no para reposar de la fatiga bélica sino para enfrentarse unos con otros en un movimiento de acomodación tan trepidante y caótico como el de independencia que acababa de pasar. O, si se quiere, más convulso que este, pues no aparecían claros los móviles ni los fines de tan agitados trastornos.

Ya antes de la muerte del Libertador se habían venido anunciando las tempestades. Muchas de ellas comenzaron en vida del prócer. Sus últimos años, y, sobre todo, sus días postreros, se vieron amargados por las luchas de soldados contra soldados, civiles contra civiles y soldados contra civiles. Todos a una tocados de las más violentas pasiones tanto más impetuosas e incontroladas como que no tenían siquiera la finalidad de combatir, como hasta entonces, a un enemigo común.

Difícil encontrar, se repite, años tan convulsos como los que van del treinta al sesenta de nuestro siglo XIX, esto es, los que abarca, en su vigencia, el Código Penal de 1837, de cuya promulgación estamos celebrando el sesquicentenario.

Tal vez no sea posible dar con la clave que explique todos los acontecimientos que ocurrieron en aquellos treinta años. Posiblemente no hay ninguna. Pero quizás pueda verse alguna claridad si, en vez de tomar los hechos en conjunto, se intenta mirarlos desde varios puntos de vista, que es lo que pretendemos hacer pese a que ese sistema de cortes verticales o transversales tampoco está libre de censuras porque tiene el riesgo de presentar como aislados hechos o modos de ser que constituyen un todo y como inertes y quietos, procesos que forman vivas secuencias dotadas de movimiento, a veces lento pero generalmente acelerado.

Con todo, déjesenos intentar situarnos sucesivamente en los tres ángulos de este triángulo conformado por la vigencia del Código de 1837. Constituyen, a nuestro modo de ver, los puntos focales más propicios para examinar los veinte años en que rigió ese estatuto. Son ellos: el punto de vista ideológico, el político y el meramente anecdótico. Si no los más adecuados para narrar la vida de una persona, que puede discurrir más hacia lo largo que a lo ancho, sí nos parecen capaces de captar

* Ex-magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Autor de diversas obras de derecho penal, profesor universitario.

la de un código que, al fin y al cabo, no es la historia de un personaje sino la de un esquema o módulo que se aplica a muchos hombres que viven en un mismo territorio.

I. Aspecto ideológico

Aparte del hecho de que el Código Penal de 1837 se dice que tomó como modelos el francés de 1810, llamado "napoleónico" y el español de 1822, hay que destacar que, aun no siendo el primer intento en este campo, pues, según dice D. Juan García del Río en sus *Meditaciones colombianas* (pág. 73), en 1826 se había elaborado un proyecto que aunque no fue aprobado por el Congreso, sí fue el primero que logró consolidarse como obra que, debido a la inteligencia y preparación de D. José Ignacio de Márquez, auxiliado, al parecer, por don Lino de Pombo, venía a ser, en realidad, la primera culminación de un gran anhelo de la naciente república, a saber, organizar sus leyes de acuerdo con principios generales y no al azar de las circunstancias como ocurría con casi todas las leyes de la Colonia, de índole primordialmente casuista, como que las Cédulas y Ordenanzas de la Corona se dictaban a compás y medida de los problemas que se trataban de resolver.

No intento analizar la índole del Código ni los principios que lo inspiran, ni las corrientes de pensamiento a que obedecieron sus modelos, los ya citados Códigos de Napoleón y de España.

Me interesa señalar el ambiente ideológico en que fue aplicado, porque entiendo que las ideas dominantes en la época de su vigencia condicionaron no poco la índole de este estatuto, pues que la bondad de las leyes depende no tanto de quien las hace sino del que las aplica.

Y hablando de esto hay que señalar un fenómeno primordial que domina el panorama espiritual prácticamente desde 1826 hasta 1860. Es la lucha alrededor de la filosofía de Jeremías Bentham, denominada "utilitarismo" por su orientación decididamente pragmática.

Las doctrinas de Bentham tuvieron amplia difusión entre nosotros desde comienzos del siglo XIX. Ya Nariño las menciona en 1811 en *La Bagatela*, y hasta el mismo Libertador tuvo qué ver con el filósofo inglés, de quien fue amigo y con el que se cruzó algunas cartas.

Santander, gran admirador de Bentham, dictó, en noviembre de 1825, un decreto por medio del cual hacía obligatorio en la enseñanza del derecho el texto sobre legislación del filósofo inglés y luego, al año siguiente, incluyó sus obras en el plan de estudio de los colegios oficiales.

La protesta de los católicos fue inmediata y enérgica y continuó acentuándose hasta que el Libertador, en ejercicio de la Dictadura y en plena reacción antisantanderista, suprimió, por decreto de 1828, el uso de esos textos.

Posteriormente, durante su gobierno, Santander restableció a Bentham en el plan de estudios por decreto de 1835. Pasado este período y llegados al gobierno

los adversarios de aquel, se le suprimió del plan que hiciera, en 1840, el Dr. Mariano Ospina Rodríguez durante la administración del general Pedro Alcántara Herrán.

Es de advertir que, pese al ostracismo oficial, a los anatemas del clero y a la oposición de los prohombres que unos años más tarde fundarían el partido conservador, y que por entonces solo eran el ala moderada del santanderismo, primero, y luego, bajo el nombre de "ministeriales" y en el gobierno de Márquez, los enemigos de Santander, pese a esa oposición, se repite, no se había interrumpido la enseñanza de Bentham, iniciada por Francisco Soto, seguida luego por Vicente Azuero y llevada a su culminación por don Ezequiel Rojas, su máximo representante y expositor.

La lucha espiritual entre seguidores y enemigos de Bentham, paralela a la política, fue no menos ardorosa que esta. Involucraba, en primer término, a una juventud entusiasta de la cual hacían parte quienes después manejaron la república o hicieron papel destacado en ella, pese a que muchos de ellos, curados de arrebatos juveniles, moderaran con la edad sus impulsos rebeldes y fueran a formar parte de una reacción más o menos virulenta y combativa que renegaba del filósofo inglés aunque en el fondo de su espíritu quedaran, como firme cimiento de su carácter, no pocas de sus enseñanzas.

Entre los discípulos de estos tres maestros, Soto, Azuero y Rojas, especialmente del último, figuraron José Eusebio Caro, Salvador Camacho Roldán, Florentino González, Manuel Murillo Toro, José María y Miguel Samper, Rufino Cuervo, Medardo Rivas, José María Rojas Garrido, Francisco Eustaquio Álvarez, Januario Salgar, Manuel María Madiedo, Teodoro Valenzuela, Camilo Arturo Echeverri y muchos más.

Durante los cuarenta años que duró su docencia, o sea entre 1833 y 1873, año de su muerte, y salvo las dos veces que estuvo en Europa, no cesó don Ezequiel Rojas de difundir las doctrinas de Bentham en su cátedra universitaria, en escritos varios (algunos de ellos de carácter polémico), en sus intervenciones públicas y hasta en el Congreso.

Modesto en su vida, severo en su conducta, parco en sus palabras, fue, sin embargo, un formidable polemista que no vaciló en enfrentarse, para defender sus ideas, no solo al clero sino también a hombres de la talla de don Miguel Antonio Caro, don José Manuel Groot y otros no menos ardorosos paladines católicos.

La popularidad que, al impulso de las palabras del viejo maestro (uno de los conspiradores septembrinos) adquirieron esas ideas fue tal que, como lo dice Elisa Mújica, "Jeremías Bentham no era simplemente el autor de una teoría filosófica sino un personaje de carne y hueso, apasionadamente odiado o defendido en las calles de Bogotá" (Prólogo de las *Reminiscencias de Santa Fe y Bogotá*, pág. 15).

No es exagerado decir que este autor y sus doctrinas rigieron no solamente la moral de sus seguidores sino que también, por el hecho de ser muchos de ellos (la mayor parte) jurisconsultos, determinaron la forma de interpretar y aplicar los textos legales, entre ellos el Código Penal.

Sobre la importancia del de 1837 había dicho el general SANTANDER, al devolverlo con objeciones al Congreso, que "tal código es de una importancia vital. Con el mayor cuidado se ha examinado este proyecto como que de su aplicación penden el honor y la vida de los granadinos, la seguridad del Estado, la moral pública y la libertad individual. No podemos, ni vosotros ni yo, gozarnos anticipadamente de que este código sea una obra perfecta pero sí podemos pensar que es mejor que el que hoy rige entre nosotros en materia de legislación penal. Mas para que produzca todos los buenos efectos que nos prometemos, son indispensables dos leyes con las cuales está íntimamente ligado; la del procedimiento criminal y la que organice bajo un régimen vigoroso y efectivo los presidios donde deben cumplirse las penas de trabajos forzados" (*Cartas y Mensajes de Santander*, vol. X, págs. 33 y 34).

No es necesario resaltar el acierto del prócer al poner de relieve la importancia del estatuto penal y la necesidad de los códigos de procedimiento penal y de prisiones. Bien conocido es su espíritu renovador de las leyes, su confianza en el poder vitalizador de ellas, su convencimiento de que solo la organización legal y la sujeción del país a las leyes podían asegurar su libertad y su progreso.

No menos importante era el espíritu con que se las interpretara. El benthamismo suministró un valioso instrumento para ello, aparte de que moldeó el alma de una generación que contribuyó poderosamente al asentamiento civil de la república.

Se ha hecho demasiado énfasis en el fundamento utilitarista del benthamismo. Se le ha querido presentar como una doctrina hedonista de carácter inmoral que vinculaba el bien al placer, renegaba de Dios y de los principios eternos y sujetaba la vida a un estéril pragmatismo sin más horizontes que los materiales.

Para ello se acudió, como lo hicieron CARO y GROOT y cuantos atacaron los postulados de BENTHAM, a la letra de sus escritos no exentos, en verdad, de algunos de los vicios que se tachaban a su doctrina ni de las contradicciones que se procuró destacar como fallas de fondo.

Lo cierto es que el benthamismo que se enseñó en la Nueva Granada distaba no poco de las doctrinas originales del filósofo inglés.

No es este el momento de entrar a fondo en aquellas ni en lo que pudiera llamarse "versión granadina" de las mismas. Pero es lo cierto que los divulgadores de este, entre ellos, en primer términos, don EZEQUIEL ROJAS, lejos de renegar del cristianismo, resaltaban que ellas, las doctrinas de BENTHAM, reposaban en los mismos principios de la moral cristiana y profesaban la creencia en la existencia de leyes naturales, de origen divino, que lo abarcaban todo, lo bueno y lo malo, la materia y el espíritu (JAIME JARAMILLO URIBE, *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, pág. 162).

No descartaba ROJAS el valor de las religiones. Solo que trataba de desligarlas del Estado. Ni negaba las relaciones de la legislación y la moral. Por el contrario, consideraba aquella fundamentalmente imbuida en esta.

La verdad es que bajo las enseñanzas de don EZEQUIEL y de la escuela benthamista granadina, se levantó una generación de hombres probos, de altísimo nivel moral, amantes del trabajo, virtuosos padres de familia, algo muy semejante al prototipo inglés de aquellos tiempos.

Grandes esfuerzos tuvieron que hacer el maestro y sus discípulos para conciliar el utilitarismo benthamiano con las ideas republicanas y democráticas. BENTHAM no era republicano. Tampoco demócrata. Pero sus discípulos granadinos resultaron, a través de las enseñanzas de ROJAS, ardientes republicanos y convencidos demócratas. Y, por encima de todo, hombres de bien.

Ya decía don ANÍBAL GALINDO, uno de esos discípulos, que "el estudio concienzudo y profundo de los *Principios de legislación* de BENTHAM, infunde tal hábito de investigación de la verdad, tal desprecio por la vocinglería y los sofismas del espíritu de bandería, separado del bienestar general y del progreso y engrandecimiento de la especie, tales hábitos de orden, de rectitud y de probidad, que si obran solos sobre conciencias profanas, bueno, y si están acompañados de sanos instintos naturales y sólida educación moral y religiosa, dan al hombre una conciencia casi invulnerable contra las seducciones del vicio. Yo por mí sé decir que debo a los sólidos principios bebidos en la obra de JEREMÍAS BENTHAM, gran parte de los hábitos de trabajo y probidad que he practicado en mi vida y el profundo respeto por el derecho de propiedad, caracterizado por BENTHAM en este precioso concepto: «todo me recuerda la parte de mí mismo que he puesto en ella». Concepto que encierra la definición de la verdadera, de la legítima propiedad, fruto del trabajo productor: «todo debe recordarle a su dueño la parte de sí mismo que ha puesto en ella». Las fortunas de otra clase, las de la usura, el peculado y el agio, recordarán a sus dueños la porción de honra, de dignidad y de vergüenza que han puesto en ellas" (*Recuerdos históricos (1840-1894)*, págs. 42, 43).

Ciertamente, el ardor, la devoción por el benthamismo, no duraron incólumes hasta la muerte del maestro EZEQUIEL ROJAS en 1873. Años antes habían comenzado a decaer al impacto de otras ideas.

Sobre el fondo moral que las enseñanzas del maestro dejaron en sus discípulos y que, como dice GALINDO, formaron la base moral de sus vidas, vino de nuevo, alrededor de los años cincuenta, con el florecer de la generación de los "Gólgotas", la influencia francesa, esta vez teñida de socialismo, encarnada más que todo en el espíritu vigoroso y en las ideas avanzadas de MURILLO TORO, cuyo lema fue "La República para el Socialismo y el Socialismo para la República".

No hubo, empero, unanimidad de criterios en la novel generación, ya que, al lado de la vertiente socialista puede señalarse la que MOLINA llama "democracia aristocratizante", personificada en FLORENTINO GONZÁLEZ, para quien el ideal era "una democracia ilustrada, una democracia en la que la inteligencia y la propiedad dirijan los destinos del pueblo" (*Las ideas liberales en Colombia, 1849-1914*, págs. 58, 59).

No faltaron los toques románticos, primeras ondas de la poderosa influencia que el movimiento de ese nombre, el de estilo francés, iba a provocar entre nosotros con las obras de CHATEAUBRIAND, LAMARTINE y otros de tan abundante prole literaria que sería empeño inútil tratar de agotarla, pero entre cuyos primeros exponentes, en el tiempo, se cuenta don JOSÉ MARÍA SAMPER.

Ni tampoco dejó de sentirse, y es digna de mencionarla, la influencia de SPENCER sobre el papel decisivo del comercio y la industria en el progreso de los pueblos

y el establecimiento de la paz universal, ideas de las que sería típico representante otro benthamista, don MIGUEL SAMPER, llamado por antonomasia "el gran ciudadano".

Por lo que hace a las leyes penales, y particularmente a la aplicación del Código de 1837, considerado por algunos como demasiado riguroso y del que se decía que "acababa con lôs derechos individuales y garantías sociales" (JESÚS C. TORRES ALMEIDA, en *Manuel Murillo Toro*, pág. 10), hay que advertir que su dureza vino a ser templada a impulso de la interpretación benthamista de sus normas.

Principio fundamental de BENTHAM, contenido en su *Tratado de legislación civil y penal*, impuesto por SANTANDER como texto oficial en las facultades de derecho, enseñado por don EZEQUIEL ROJAS a lo largo de su meritoria carrera pedagógica, era el de la relatividad de las leyes en cuanto deben adaptarse al ambiente social para el que se han dictado o al que deben aplicarse, así como también a las condiciones de los individuos que por ellas deben regirse.

El delito nominal, decía BENTHAM, no es el mismo que el real. Un insulto es diferente para una mujer que para un hombre. El viejo principio de "las mismas penas para los mismos delitos" aparentemente justo es, por el contrario, injusto, proclamaba BENTHAM en contra de BECCARIA.

Las leyes deben atender al sexo, a la edad, a la riqueza, a la cultura, a la educación, a los prejuicios morales y religiosos. El que más tiene, más debe; y el que más sabe, es más responsable, eran postulados benthamistas.

En una época en que se predicaba como supremo apotegma la igualdad ante la ley, el predominio de las normas jurídicas sobre las condiciones personales, la consideración de que el delito es, ante todo y por sobre todo, un ente jurídico, sorprende que se llame la atención sobre la persona del delincuente, sus condiciones materiales y morales, en una palabra, su individualidad.

Todavía no sonaban en este hemisferio (y tardarían muchos años en hacerlo) los nombres de LOMBROSO, FERRI, GAROFALO, y ni siquiera Europa se percataba aún de las tendencias positivistas del derecho penal cuando ya en estos remotos meridianos se predicaba la influencia de los factores personales, sociales y telúricos en la génesis del delito.

Con razón un ilustre autor de nuestro tiempo, GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ, se ha preguntado si no sería EZEQUIEL ROJAS un precursor de FERRI (*Ezequiel Rojas y la Primera República Liberal*, págs. 151 y ss.).

De todos modos, resulta difícil desvincular de la interpretación del Código Penal de 1837 las ideas benthamistas y la educación, en ellas, de los juristas que interpretaron sus cláusulas en este rincón de América.

II. ASPECTO POLÍTICO

Pero ¿cuál era el ambiente en que se aplicaron ese Código y esas ideas?

Ya se ha dicho que era tumultuoso, convulso. Pero eso no es todo. Hay que añadir que por el escenario nacional se movían, con apostura leonina, todos aquellos

caudillos que todavía no soltaban de la mano las armas con que habían consolidado la independencia de la nación. Sus huellas se entrecruzaban en el ámbito del país, mostrando la colérica inquietud con que se desplazaban, como en un abrevadero de fieras, en busca de un territorio propio donde ejercer omnímodamente sus ímpetus de mando.

Sin tanto estrépito pero tal vez con mayor eficiencia se movían los civiles tras las posiciones de gobierno, formando y disolviendo uniones de cuyo girar de remolinos salieron los dos grandes partidos políticos colombianos.

No era extraño que en ese ambiente hostil, los odios y las ambiciones de unos y otros buscaran el trágico escenario de la guerra para resolver su predominio.

A poco de entrar en vigencia el Código de 1837 y terminado el período presidencial de SANTANDER, estalló la llamada "Guerra de los Supremos", nombre que le fue dado porque cada uno de los caudillos insurrectos se proclamó a sí mismo "jefe supremo" de su respectivo territorio: OBANDO en el sur, SALVADOR CÓRDOBA en Antioquia, MANUEL GONZÁLEZ en Santander, FRANCISCO CARMONA en la Costa.

En medio del fragor de los combates, se hizo el cambio de gobierno. MÁRQUEZ entregó la presidencia a PEDRO ALCÁNTARA HERRÁN quien, con su suegro TOMÁS CIPRIANO DE MOSQUERA, habían tomado parte activa en el sofocamiento de la rebelión.

Progresista fue el gobierno del yerno y no menos el del suegro, quien tomó las riendas del mando en 1845.

Célebres en la administración de MOSQUERA, a más de las reformas consistentes en la navegación a vapor por el río Magdalena, el cambio de sistema monetario y otras, fueron las intervenciones de su secretario don FLORENTINO GONZÁLEZ, otro septembrino y benthamista ya reformado, quien traía de Europa las últimas ideas sobre libre cambio, las que trató de implantar entre nosotros con resultados funestos.

Viene luego el gobierno del general JOSÉ HILARIO LÓPEZ con su dramático siete de marzo, iluminado, según se dijo, por los puñales de las barras en el templo de Santo Domingo.

En ese gobierno, que va desde 1849 a 1853, se sitúa el fin de la Colonia. Las reformas llevadas a cabo así lo acreditan a los ojos de muchos: la abolición de la esclavitud, la del estanco de tabaco, la de los privilegios y monopolios, la del cadalso político. Esto, junto a la proclamación de las libertades esenciales como las de prensa, de industria, de enseñanza, de asociación y de conciencia. Todo ello mostraba un cambio fundamental en el rumbo de la República.

Una guerra civil, la de 1851, gestada con pretextos religiosos, sirvió de umbral a estas reformas. Sofocada por la fuerza de las armas, se continuó dándole nueva fisonomía al país.

Bien se ve que los mismos puños formidables que podían volver trizas la república, eran capaces de armarla nuevamente, no solo renovada sino mejorada.

Así sucedió una vez más cuando el golpe de MELO. Súbitas voces de antiguo patriotismo sonaron en el ámbito de la nación para convocar el viejo fervor republicano en defensa de las instituciones.

Antiguos adversarios se unieron para protegerlas. MOSQUERA y LÓPEZ, HERRÁN y TOMÁS HERRERA, "gólgotas" y "draconianos" se dieron la mano para combatir la dictadura. El país mostró palpablemente que, en medio de los vórtices de las ambiciones, en la caótica tempestad de las discordias políticas, había un fondo común de civilidad y derecho.

Buena muestra de ello fue el gobierno de don MANUEL MARÍA MALLARINO, en el que se respetaron todos los credos y se garantizaron todas las legítimas aspiraciones.

Pasado ese período de civilidad y de paz, vino el gobierno de don MARIANO OSPINA RODRÍGUEZ y con él un nuevo Código Penal: el de 1858. Había terminado la vigencia del de 1837.

III. ASPECTO ANECDÓTICO

Pese a ser estos veinte años una época en que las viejas virtudes heredadas de la Colonia seguían rigiendo la vida privada de los ciudadanos y no eran muchos, por ende, los delitos que se cometían, algunos crímenes hubo que conmovieron a la ciudadanía y dieron ocasión a que se aplicaran las normas, bastante drásticas, del Código que se viene mencionando, entre cuyas disposiciones más curiosas estaban las que sancionaban con "los oficios más duros" a las mujeres (arts. 42 y 50) o las que castigaban como delito opinar contra la Constitución, o las que establecían la "venganza divina" por delitos contra la religión (arts. 202 a 209).

Con todo y establecer la pena de muerte para los delitos más graves, no faltaron algunos que, por su magnitud, fueron rememorados años más tarde por escritores costumbristas como don BERNARDINO TORRES, don PEDRO MARÍA IBÁÑEZ y, sobre todo, por don JOSÉ MARÍA CORDOVEZ MOURE, en cuya bien conocida obra *Reminiscencias de Santa Fé y Bogotá* se relatan, en amena prosa, los casos que se resumen a continuación, salvo el primero de ellos.

Asalto al convento de San Agustín. Con ribetes de tragicomedia narra este hecho don BERNARDINO TORRES TORRENTE (*Sombras y Misterios*), según el cual una banda de ladrones, dirigidos por el tristemente célebre Ignacio Rodríguez (quien muriera después fusilado en unión del no menos trágicamente famoso doctor Russi), penetraron una noche de 1850 en el convento de San Agustín y, más precisamente, en la celda del prior, padre José María Salavarrieta, hermano menor de la heroína, y después de amordazarlo le obligaron, a punta de puñal, a revelar el lugar donde guardaba algún dinero y objetos valiosos, todo lo cual organizaron en una especie de andas que cubrieron con un paño fúnebre. Y luego de haber libado en abundancia el vino de consagrar que el buen padre guardaba en obesa damajuana bajo su lecho, tomaron sendos hábitos monacales y, disfrazados con ellos, salieron llevando las andas, como si se tratara de un muerto, atravesando de esta guisa, en lloroso cortejo, algunas calles de la ciudad hasta dar en la Huerta de Jaime en donde se repartieron el botín, parte del cual fue reconocido al día siguiente cuando llevaron a vender, con disimulo aunque no tanto, algunos de los objetos robados, lo que permitió localizar a los ladrones y detener algunos de ellos, no por desdicha al cabecilla.

El doctor Russi. Célebre, entre todos los criminales de la época, fue este abogado que, luego de haber sido juez, se dedicó a favorecer a toda clase de bandidos con algunos de los cuales formó una pandilla que llenó de terror a la Bogotá, quieta y monacal de los años 1850 y 1851, sembrando tal pavor entre sus habitantes que ya no se atrevían a salir de sus casas pasadas las seis de la tarde.

Después de numerosos robos y temiendo la delación de uno de sus compinches, de apellido Ferro, decidieron eliminarlo y lo apuñalaron frente al portón de la casa de Russi, situada en la parte alta de la ciudad, cerca a la plazuela de Egipto. Dejándolo por muerto, el Dr. Russi, uno de los asesinos, se dirigió a la plaza principal y, penetrando en una botica, pidió la hora, alegando que el reloj de quien se la daba estaba adelantado pues era más temprano. Todo ello con el ánimo de crear una coartada, que no le sirvió, pues encontrado Ferro aún vivo, aunque moribundo, denunció ante las autoridades a quienes lo habían herido, señalando como jefe de los mismos al propio doctor Russi quien, sometido a juicio, resolvió defenderse a sí mismo ignorando aquel aforismo de que quien se defiende a sí mismo tiene un tonto como cliente.

Dos cosas cabe destacar en este juicio: la primera, que el fiscal de la causa fue el Dr. FRANCISCO EUSTAQUIO ÁLVAREZ, uno de los más aventajados benthamistas, como discípulo que había sido del Dr. EZEQUIEL ROJAS, y quien no vaciló en aplicar al caso las teorías sobre legislación del filósofo inglés. Otra, que el doctor Russi trató de defenderse apelando al mismo BENTHAM, cuya obra sobre pruebas estaba leyendo, según CORDOVEZ MOURE, mientras urdía su defensa.

Se ha dicho que este fue el primer juicio por jurados que hubo en nuestro país, y es verdad si se toma en cuenta solo su importancia. Pero, según el mismo CORDOVEZ, el primero realmente fue el que se siguió contra algunos compinches de Rodríguez y Ferro por el robo que, en unión de estos dos últimos, quienes por entonces lograron escapar a la justicia, llevaron a cabo en la ferretería del español don Juan de Alsina, en la cual Ferro logró penetrar con llave falsa y sustraer mil onzas de oro que el dueño guardaba en cajones de los que había desocupado de mercancía.

La emparedada. Parece este crimen sacado, paso a paso, de las páginas de EDGAR ALLAN POE, quien escribiera uno de sus famosos cuentos con este mismo tema, sin saber, claro está, que alguien en la lejana Nueva Granada haría real esta historia en el año de 1852.

Ello es que en este año Trinidad Forero, ignorante y malvada mujer del pueblo, recibió a su servicio una criadita de poco más de quince años, llamada Custodia, cuya fresca apariencia llamó la atención de un presunto galán de la primera, la cual, llena de celos, decidió dar muerte a la muchacha pero no de cualquier manera sino sometiéndola a terribles torturas. Fue así como decidió emparedarla, tapiándola en el muro de su casa pero dejando por la parte exterior de su vivienda un hueco por donde pasarle un poco de comida, con el objeto de prolongar así la vida de su víctima y, con ella, sus sufrimientos.

Pero dio la casualidad de que, a un mes o poco más de estar la infeliz sufriendo tan espantosos tormentos, acertó a pasar por la calle vecina una pareja de soldados,

uno de los cuales, acometido por súbita necesidad, entró al solar contiguo y salió despavorido minutos después, porque un quejido débil pero angustioso lo había sorprendido en su quehacer.

Llamó a su cabo. Vino este con más gente. Observaron por el hueco de donde provenía el lamento; vieron por allí una mano cadavérica que se movía lentamente y escucharon algo como un susurro que imploraba auxilio. Penetraron en la casa, encararon a la mujerona, la obligaron a confesar su crimen y, por supuesto, procedieron a rescatar a la infeliz muchacha que ya no tenía el aspecto de un ser humano sino de terrible momia, tal era su estado no solo por la desnutrición sino por las heridas que su malvada patrona le había infligido en el rostro, para desfigurarla, antes de emparedarla.

Vivió la emparedada. Y vivió más que su verdugo, la cual, conducida a la cárcel del divorcio, fue juzgada y condenada, muriendo en prisión pocos años más tarde.

Todos estos casos fueron juzgados conforme al Código de 1837. Muy probablemente la severidad de sus normas fue atenuada o hecha más dura, según las circunstancias personales y sociales de los encausados. Es casi seguro que las ideas de BENTHAM nutrieron el espíritu de los juzgadores, fiscales y defensores.

De todos modos, estamos ciertos de que el aliento de la época entró a circular por las venas de este estatuto para vivificarlo y hacerlo palpitar y actuar. Porque es esta la única manera como los códigos dejan de ser letra muerta y se convierten en organismos vivos que rigen con sus mandatos la existencia de las colectividades.

EL CÓDIGO PENAL DE 1837

Dr. JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA*

Desde esta ilustrada tribuna quiero presentar mi saludo respetuoso a todos los profesores, juristas y abogados que han dedicado su vida a la enseñanza, al estudio y a la práctica de las ciencias penales en Colombia.

Aprovechamos la circunstancia de cumplirse el 27 de junio de 1987 el sesquicentenario de la expedición del primer estatuto penal llamado "Código Santander", que para nosotros constituye un venerable documento de características científicas, demasiado ordenadas y técnicas para la época política en que tuvo origen.

En anterior oportunidad habíamos manifestado que la República de Colombia desde su independencia ha demostrado como una cualidad muy eminente la de su profundo amor y respeto por el derecho y la justicia. Esa característica no es una simple tradición, sino una auténtica condición de sus pobladores y de sus gobernantes. De ello dan prueba las situaciones jurídicas consagradas en su Constitución y en sus leyes, que viven en constante renovación, para tratar de ponerse en acuerdo con las realidades de los tiempos. Si se estudia el proceso jurídico y su evolución, se puede afirmar con orgullo que su progreso reside principalmente en la evidente adhesión de los colombianos al principio fundamental de la justicia. Pese a ello, subsisten vicios y defectos cuya corrección trata de lograrse, persiguiendo periódicamente con aliento reformista que aún no ha culminado.

Consolidada la independencia de la República, se inician los naturales cambios exigidos por la desmembración de la Gran Colombia y la conformación de los diversos estados autónomos, cuyo régimen jurídico y legal siguió siendo por varios años el que tenía establecido el reino de España durante el extenso período de la Colonia.

La proclamación de los derechos y garantías individuales consagrados por los movimientos de independencia en las constituciones surgidas en los pueblos de Hispanoamérica, paulatinamente suprimieron la esclavitud instaurada y declararon libertades esenciales como la de opinión, de conciencia, de prensa, de locomoción, de trabajo, etc. Todo ello ocurrió en medio de dificultades y guerras internas en busca de la estabilidad jurídica y de acuerdo con las ideas filosoficopolíticas dominantes en el siglo XIX.

* Ex-magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Autor de diversas obras, profesor universitario.

Las guerras civiles y las querellas que las promovieron, prácticamente concluyen con la Constitución de 1886, complementada con la reforma de 1910. A pesar de la inseguridad económica y social y del retraso proveniente del pasado, los partidos políticos acordaron la supresión definitiva de la pena de muerte, lo cual constituyó un evidente progreso y un significativo paso hacia una civilizada cultura política. En medio de estas circunstancias nuestro país ha logrado mantener, con pequeños eclipses, una organización cívica y democrática con gobiernos constitucionalmente elegidos y un admirable respeto por el derecho.

(JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, *La evolución de la Justicia en Colombia*).

El doctor ANTONIO JOSÉ CANCINO, en su excelente estudio sobre las instituciones penales colombianas y su evolución, hace sobre el Código de 1837 las siguientes observaciones:

"El 27 de junio de 1837 fue sancionado por el Ejecutivo el primer Código Penal de la República, el cual, vale la pena decirlo, constituyó el primer conjunto sistemático de disposiciones que recibió tal nombre en Colombia. Representaban en ese entonces el poder ejecutivo el insigne jurista JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ y LINO DE POMBO como secretario del interior y Relaciones Exteriores. El general Santander, dicen algunos historiadores, lo hubiera podido firmar desde 1836, si sus escrúpulos de magistrado sin igual no lo hubieran obligado a objetar multitud de artículos que no le parecieron correctos.

"Precisamente, ARTURO A. QUIJANO, en su tesis de grado presentada en la Universidad Republicana, en el año de 1898, dice:

"«El 27 de junio de 1837: En esta fecha, la más memorable de cuantas registran los anales de la legislación penal de nuestra patria, fue sancionado por el ejecutivo el primer Código Penal de Colombia. El 29 de mayo lo firmaron el presidente del Senado doctor José Joaquín Gori; el de la Cámara de Representantes, doctor Judas Tadeo Landínes, y los secretarios de las mismas cámaras, doctores Francisco de Paula Torres y Pastor Ospina». Agrega el autor en mención que «afortunada coincidencia quiso que el doctor Márquez obtuviese la recompensa de firmar ese Código, obra de su inteligencia y laboriosidad, desde el más alto solio de la República. El doctor Pombo, que, como veremos pronto, fue, con Santander, el grande e infatigable reformador del Proyecto Márquez, también gozó de la fortuna de sancionarlo. No así sucedió con el 'Hombre de las Leyes', quien desde los primeros días de la República se desvivió por dotar a su Patria de un Código Penal y trabajó incansablemente en esa tarea hasta coronarla. Mas, caliente estaba todavía el augusto sillón de palacio, acabado de dejar por Santander, cuando el doctor Márquez sancionó su Código».

"De los diversos documentos consultados por el doctor Quijano, podemos deducir que el Código Penal de 1837 nació de un Proyecto de Márquez y que, a pesar del descuido en el estudio que de él se hizo en el Congreso, se mejoraron muchos aspectos por virtud de las enmiendas propuestas, previo profundo estudio, por Santander y Pombo. Igualmente podemos decir que los principales aspectos filosóficos y normativos se calcaron del Código Penal francés, tal como este último quedó en 1832, sin que se pueda negar la influencia del Código español, aunque en menor proporción, según análisis verificado por José Vicente Concha, y al que nos habremos de referir reiteradamente".

Resulta históricamente evidente y cierta la observación sobre la influencia determinante que en esa primera obra tuvieron los códigos penales de España de 1822 y el francés de 1832.

Una simple revisión del contexto de aquella obra demuestra el sistemático proceso científico a través del cual transcurre el correspondiente estatuto.

Es sabido que el proceso evolutivo de nuestro derecho penal siguió el mismo ritmo histórico de los distintos momentos políticos de nuestra historia.

Durante los tiempos anteriores a la Nueva Granada, cuando se expidió el Código Penal de 1837, nuestra nación se regía por las leyes y ordenanzas españolas con su influencia determinante, sobre una colonia que desde su descubrimiento hasta su independencia no tuvo otras normas que las de los llamados *Fuero Juzgo, Fuero Real, Las Siete Partidas* y la *Recopilación de las Ordenanzas Reales de Castilla*. En la *Recopilación de las leyes de Indias*, en el libro VII se encuentran las noticias referentes a los delitos, las penas y algunas normas relativas al procedimiento establecido para darles práctica vigencia.

Se ha atribuido al general FRANCISCO DE PAULA SANTANDER la codificación expedida en 1837 que lleva su ilustre nombre y cuya vigencia, en gran parte, duró hasta la expedición del C. P. de 1936.

No es inútil recordar que toda la legislación española, así como la francesa, que fueron la fuente inmediata del C. P. de 1837, estuvieron fuertemente informadas en su tiempo por las legislaciones románica, germánica y canónica, según referencias de autores clásicos quienes, en gran manera, ejercen sus valiosas determinaciones filosóficas prácticamente hasta el siglo XVIII, cuando aparecen las famosas codificaciones y la filosofía que los orienta hasta el llamado "Iluminismo", con la influencia de filósofos como ROUSSEAU y la famosa proclamación de los Derechos del Hombre, que habrá de reflejarse en gran parte de las constituciones americanas.

El Código Penal de 1837 atiende sin duda a un sistema seguramente tomado del Código Penal francés y del español de 1822. Contiene un total de 919 artículos distribuidos en cuatro libros, cuyas denominaciones son:

1°) De los delitos y de las penas en general;
2°) De los delincuentes y del modo de graduar los delitos y aplicar las penas;
3°) De los delitos y culpas contra la sociedad y de sus penas;
4°) De los delitos y culpas contra los particulares y de sus penas.

El Código fue expedido el día 20 de mayo de 1837, y sancionado por el presidente de la República, doctor JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ, el día 27 de junio del mismo año, como anteriormente se anotó.

Existe edición oficial impresa por orden del poder ejecutivo en el mismo año en Bogotá por J. A. CUALLA, y de la misma manera se conoce una muy famosa edición realizada en París (1840) por la Imprenta de Bruneau, en cuyo prólogo, entre otras muchas observaciones, se afirma:

"En estos tiempos en que la filosofía ha penetrado donde quiera en los corazones susceptibles de civilización, junto con las luces y suavidad del cristianismo, se da ya al crimen piedad y no odio, justicia y no crueldad, castigo y no tormento: y siempre un sentimiento de benevolencia, como la Providencia, ofrece misericordia

al arrepentimiento, consideración al que se mejora y perdón al que entra de nuevo en su deber; solo es odioso el vicio inveterado, la maldad por sistema, la fría crueldad y la infame traición. Abolida donde quiera la tortura, no se aplica sino lo que se cree propio para reintegrar a la sociedad un individuo mejorado, un miembro útil.

"La legislatura de la Nueva Granada, puesta por sus luces muy sobre las demás de la América del Sur, ha dado, pues, a su pueblo una muestra que no desdiría en nada entre otros pueblos más adelantados que el nuestro de lo que se debe a una nación que hace progresos en la carrera social y que se empeña en ser contada en la gran república de las naciones civilizadas y cristianas. Y el Código Penal decretado, del que publicamos hoy una nueva y cuidadosa edición en todo conforme a la oficial, salvo las mejoras que diremos, sacude por decirlo así el polvo de una legislación aglomerada y vieja, destruyendo papeles que no tuvieron más existencia que la de hallarse entre los cartapacios innumerables producidos en muchos años y pone en claro y a la vista de todos la regla y la pena de su trasgresión".

Corresponde a los juristas hacer el escrutinio científico de la metódica estructura de una ley que incluye la pena de muerte dentro del catálogo de las que se establecieron y que regula en forma terrorífica el procedimiento y formas de su ejecución, así como define los diversos tipos penales con minuciosidad definitoria de cada caso susceptible de ser punibilizado.

Las distancias que transcurren desde la etapa de la colonización hasta la independencia que en la época de la Nueva Granada, fecha inicial para Colombia de su primera codificación penal, pasando por los códigos de 1890 (PORRAS, RESTREPO) 1936 y 1986, dejan ver con claridad las diversas etapas dentro de la evolución de nuestro derecho. En él se aplican los principios utilizados por los prácticos y los de las escuelas clásica, positivista y la técnica y dogmática que en la era actual han adoptado los legisladores modernos.

Con muy pocas excepciones, nos conducen ahora a apreciar la extraordinaria importancia que reviste la prevención de los pueblos en su duro batallar contra las antiguas, modernas y técnicas formas de criminalidad. En lucha perseveran especialmente todos los Estados democráticos del Universo para la supervivencia igualitaria de la humanidad, en medio de las irritadas contradicciones creadas por los desequilibrios sociales y económicos. El mundo sigue así buscando tenazmente la cristiana solución que con base en la paz, la libertad y la justicia, a veces tan lejanas, nos conducen con optimismo al desigual enfrentamiento entre el individuo, la sociedad y el Estado.

EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y LA LEY IMPORTADA*

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.**

I. INTRODUCCIÓN

En el gobierno de JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ (1837-1841) se expidió, mediante ley 27 de 1837, el primer Código Penal que rigió entre nosotros a partir del 1o. de junio de 1838, efemérides que ha motivado la celebración a la cual concurrimos hoy.

Ello nos ha llevado a formular algunas consideraciones que no pretenden aportar nuevos datos a la inconclusa cronografía del derecho penal en Colombia sino, por el contrario, llamar la atención sobre algo que hemos olvidado reiterada y sistemáticamente: al aludir a estas materias damos por sentado que nos referimos a un derecho penal "nuestro", e incluso solemos hablar de la "historia" de nuestro derecho penal, cuando lo cierto es que no poseemos un derecho penal (entendido como derecho objetivo o como derecho penal científico) que podamos calificar como "propio", como fruto de nuestras elaboraciones, ni siquiera una historia del mismo. La verdad es que todo se nos ha impuesto, que en el plano jurídico ha ocurrido lo mismo que en otros ámbitos: somos recibidores de una cultura, la llamada cultura occidental, que nos llegó en pleno estado de decadencia a través del imperio español que la impuso a sangre y fuego durante cerca de tres siglos, destruyendo toda una tradición que databa de centenares de años; somos, pues, el producto de lo poco autóctono que dejó el ambicioso colonizador español, y de lo que nos impuso.

No tenemos tradición histórica, "nuestra" historia es un retazo de sucesos que nos han negado la identidad; se nos impuso la religión, el idioma que hablamos, las instituciones políticas, el arte, la filosofía, etc.; también aconteció lo mismo con las instituciones jurídicas. No poseemos un derecho penal "nuestro", porque durante ciento cincuenta años de legislación penal hemos importado la ley penal; no existe una "ciencia del derecho penal", porque no tenemos tradición filosófica ni política sin las cuales no es posible teorizar con originalidad. También la teoría penal, la poca que se ha logrado elaborar con relativa y a veces discutible coherencia, ha sido traída de otras latitudes.

* Conferencia pronunciada en la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá, el día 26 de junio de 1987, con ocasión de la conmemoración del primer sesquicentenario del Código Penal de 1837.

** Coordinador de la Revista *Nuevo Foro Penal*.

Cuando abrimos cualquier "Manual" de derecho penal (bien escasos por cierto), o acudimos a la casi inexistente bibliografía especializada, verificamos, ya sin estupor, que al abordar el decurso histórico del derecho penal vigente, los autores, sin excepción alguna, se dedican a apilar una serie de datos, los cuales suponen en realidad una mera cronología[1] que no son una "historia" porque toda esa serie dispersa de sucesos y de fechas aparece completamente desligada de las circunstancias económicas, políticas y sociales que imperaban en la sociedad colombiana al momento en que sucedieron.

Pero tal vez lo más grave no es esa desvinculación de la realidad que caracterizó estas cronologías, lo preocupante es que la legislación hasta hoy expedida y la poca teoría levantada, nos han llegado desvinculadas casi totalmente de los factores que en Europa las posibilitaron. Este descuido es producto del abandono de las investigaciones históricas, las cuales deben realizarse no a partir de la civilización invasora si no arrancando de nuestros verdaderos ancestros, de la identidad que nos brindan las culturas aborígenes.

Ustedes me van a perdonar, y espero que nadie se sienta ofendido o molesto, pero si queremos ser consecuentes con el derecho penal que hoy defendemos o pretendemos profesar, lo primero que debemos hacer es cambiar los términos de la discusión, por lo cual no debe hablarse de "nuestro derecho penal", sino del *Derecho penal vigente en Colombia* y de la *cronografía* que del mismo se ha hecho.

Ojalá, y hago votos por ello, la conmemoración que hoy efectuamos nos posibilite replantear tan tracendentales aspectos, dando un viraje definitivo en los estudios penales que nos permita colocarnos al tanto de la moderna polémica europea pero, al mismo tiempo, apegados a nuestra realidad, al derecho penal que rige en la práctica cotidiana, manifestación en gran medida de las instituciones penales aborígenes y de las que nos han legado culturas como la africana, la europea y aun la asiática, empotradas en nuestra nacionalidad. Obviamente, un viraje radical no es posible mientras las condiciones en un plano general no lo propicien y Latinoamérica encuentre su verdadera autonomía; sin embargo, mucho ganaríamos con un cambio de actitud mental que nos permitiese tomar conciencia de lo que somos y de lo que podemos ser, hasta que llegue un día en el cual florezca el derecho penal como auténtica disciplina que refleje los conflictos económicos, culturales, políticos y filosóficos que se debaten en nuestro conglomerado social, porque, como lo señala LÓPEZ DE MESA, "es verdad que en este continente se está incubando ya una nueva jornada de cultura"[2].

[1] Cfr., por ejemplo, LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 41 y ss.; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, 10ª ed., Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1986, págs. 48 y ss. BERNARDO GAITÁN MAHECHA, *Curso de derecho penal*, Bogotá, Edic. Lerner, 1963, págs. 31 y ss.; LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, *Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1969, págs. 167 y ss. Sin lugar a dudas, aunque solo llega hasta 1858, la mejor cronografía es la de ARTURO QUIJANO, *Derecho penal en Colombia*, Bogotá, Imprenta Rivas, 1898.

[2] LUIS LÓPEZ DE MESA, *Disertación sociológica*, Medellín, Edit. Bedout, 1970, pág. 422.

II. DEL DERECHO PENAL ABORIGEN A LA DOGMÁTICA JURIDICOPENAL

Cuando los autores pretenden historiar el derecho penal en Colombia, con poco éxito, como ya se dijo, muestran un secular y reiterado olvido del derecho penal aborigen que a nuestro modo de ver las cosas es la etapa de más importancia y duración. BARRIENTOS RESTREPO, por ejemplo, dice: "tres períodos se pueden distinguir en la historia del derecho penal en Colombia, así: primer período: la conquista; segundo período: la colonia; y tercer período: la República"[3]: ROMERO SOTO, haciéndose eco del mismo olvido habla de dos períodos: época colonial y época de la República[4]; REYES ECHANDÍA distingue, a su turno entre "orígenes mediatos" e "inmediatos"[5]; y PÉREZ, que con acierto prefiere hablar de la "integración del derecho penal colombiano", después de señalar las diversas fuentes del mismo, se atreve a indicar algunas "prácticas penales de los aborígenes" y de la "supervivencia de algunas instituciones primitivas"[6].

Solo ROZO ROZO hace énfasis en aquella etapa. Para él debe hablarse: 1) del derecho penal de las distintas poblaciones aborígenes hasta la llegada de los españoles; 2) el relacionado con la Conquista, la Colonia y parte de la Independencia; y 3) el de la "absoluta independencia" constituida Colombia en República "libre" (¡Como si se pudiera decir a boca llena que somos independientes y conociéramos la libertad!)[7].

Después de todo, lo lógico es hablar de cuatro etapas; 1) período del Derecho Penal Originario; 2) período de la Conquista; 3) período de la Colonia; 4) período de la República. Estas cuatro fases nos muestran un común denominador que hoy se palpa cabalmente: hemos evolucionado (si es que se puede utilizar tal expresión) del derecho penal primitivo a la dogmática juridicopenal.

Hoy, en medio de esta nacionalidad convulsionada, cuando la teoría penal colombiana recoge fragmentariamente la polémica alemana de los años cincuentas, en muchos núcleos sociales rigen las instituciones penales primitivas. Este fenómeno no ha sido ni siquiera tenido en cuenta por el legislador colombiano que, al parecer pensando solo en una porción del territorio y en un núcleo social, se ha atrevido a afirmar que "la ley penal colombiana se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella" (art. 8° del C. P.).

Pero prestemos un poco de atención a la *primera etapa*. Durante cientos de años nuestras culturas indígenas se rigieron por unas instituciones penales propias, que en algunos casos llegaron a alcanzar un alto grado de desarrollo[8], como lo

[3] SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos de derecho penal*, Medellín, Edit. Bedout, 1977, pág. 99.

[4] *Derecho penal*, cit., págs. 167 y ss.

[5] *Derecho penal*, cit., págs. 48 y 51.

[6] *Derecho penal*, t. I, cit., págs. 44 y 45.

[7] JULIO ENRIQUE ROZO ROZO, *Comentarios de derecho penal general*, I, Bogotá, Edic. Universidad de Santo Tomás, 1978, págs. 110 y ss.

[8] LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de derecho penal*, t. I, 4ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1977, pág. 913), cree encontrar gran semejanza entre el derecho penal de los nativos de "Indoamérica" y los primitivos del oriente asiático.

muestran los estudios sobre la civilización chibcha, en la que sobresale el supremo legislador NOMPAREN, quien, al decir de TRIANA, expidió una serie de leyes moralizadoras, las cuales "se reducían a cuatro: no matar, no hurtar, no mentir y no quitar la mujer ajena. Solo establecían la pena de muerte para los asesinos, y para los demás transgresores se imponía el castigo de azotes por la primera vez, el de la infamia personal por la segunda y el de la infamia hereditaria por la tercera reincidencia. Este sencillo Código, compresivo, sin embargo, de casi todos los actos punibles, fue tan eficaz para la moralidad del pueblo que, según el cronista, los indios ignoraban el hurtar, y el mentir hasta cuando los españoles se los enseñaron; pero agrega que quedaron muy bien aprendidos"[9].

Este Código fue adicionado por NEMEQUENE, Zipa que reinaba en la Sabana de Bogotá a la llegada de los españoles, quien introdujo el talión y castigos para el incesto y la sodomía, de quien, con razón, ha dicho LÓPEZ DE MESA: se trata de un legislador que nos reveló un despertar del espíritu y que "recopiló, ordenó, amplió y aplicó inteligentemente las normas morales y jurídicas de su nación, dejándonos una tradición que va a permitirnos audaz, pero no embustera mi romántica exégesis de la civilización Muyska"[10].

Lo anterior para mostrar un solo ejemplo de esa cultura indígena que late en nuestras entrañas y que a manera de "iceberg" sigue incrustada en nuestra tradición, aunque hemos cerrado nuestros ojos para ver solo la punta que emerge en medio del mar. Esto para no mencionar las prácticas de los urabaes, los catíos, los chipataes, los muzos, los guaches, los nutabes, etc., así como las que todavía imperan hoy: el tabú de la sangre y la composición, la magia adivinatoria y la expiación por el homicidio, entre otras[11]. Una verdadera historia del derecho penal colombiano tiene que empezar por reconstruir todo este período que, es bueno insistirlo, no terminó completamente con la irrupción española y que por el contrario se sigue manifestando, por lo cual, puede afirmarse, poseemos dos derechos penales: el que ha impuesto el legislador y es objeto de teorización, y el que aún pervive, como subsisten las culturas indígenas en conflicto con la cultura de occidente en decadencia.

El *período de la Conquista*, que va desde 1492 hasta 1563, se caracteriza por el aplastamiento del derecho penal aborigen, por obra de los conquistadores sometidos a la legislación española, en el que reinaban el capricho, la arbitrariedad, el absolutismo y la fuerza bruta, lo cual hace pensar que aquellos, antes que "atender a la ley del Estado, en cuyo nombre obraban, se contentaban con obedecer pero no cumplir"[12].

La *tercera etapa* o de la Colonia, que empezó en 1563 y que supuso una consolidación política de los españoles por la erección primero de la Presidencia del Nuevo

[9] MIGUEL TRIANA, *La civilización chibcha*, Bogotá, Edic. Banco Popular, 1984, pág. 115. Predecesor de NOMPAREN o NOMPANIM (Vaso de león) fue BOCHICA o NEMQUETEBA, a quien QUIJANO considera el "primer legislador de los indígenas de Colombia", *op. cit.*, pág. 12.

[10] Ob. cit., pág. 267. Véase también BARRIENTOS RESTREPO, cit., pág. 100.

[11] PÉREZ, ob. cit., págs. 44 y 45.

[12] BARRIENTOS RESTREPO, ob. cit., pág. 101.

Reino de Granada (1563-1740) y, luego, del Virreinato de la Nueva Granada (1740-1810), se caracteriza por el imperio de la legislación española (*Fuero Juzgo, Fuero Real, Leyes de Estilo, Ordenamiento de Alcalá, Leyes de Toro, Fueros Municipales, las Siete Partidas* , la *Nueva* y la *Novísima Recopilación*), y las leyes dadas por la Corona que se reunieron en la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias* (1680), en las cuales se amalgamaban influencias germánicas, romanas y canónicas[13].

Como es apenas lógico, es inconcebible pensar en la existencia de un derecho penal propio (salvo cuando los españoles reconocían jurisdicción a los caciques indígenas) durante este extenso período, adelantando el período de la ley penal importada o etapa de la República, que es la subsiguiente.

El período que los expositores denominan *Etapa de la República*, debe enmarcarse dentro de una situación, en cuanto a lo político, bastante convulsionada, como lo demuestran las diversas denominaciones que ha tenido el Estado: *Provincias Unidas de la Nueva Granada* (1810-1819). *República de la Gran Colombia* (1819-1831), *República de la Nueva Granada* (1831-1858), *Confederación Granadina* (1858-1861), *Estados Unidos de Colombia* (1861-1885), y, finalmente, *República de Colombia* (1885-1987).

Durante este lapso solo se han sucedido pugnas intestinas por el poder, enmarcadas en las agrias y a veces planeadas disputas entre liberales y conservadores, que solo han desatado guerras, inestabilidad institucional, atraso y subdesarrollo. El poder ha sido usufructuado por diversos y escogidos núcleos familiares que se lo han transmitido de generación en generación.

La nueva etapa, en cuanto a lo penal, está enmarcada por la continuidad de la legislación española vigente hasta que se produce la sanción del Código Penal de 1837, esta codificación, se ha dicho de manera insistente, es una copia del Código español de 1822 y del francés de 1810 modificado en 1832. Se inicia así el trasplante de instituciones penales a nivel legislativo, mediante una codificación que se perpetuó en la práctica durante un siglo[14]. Por ello no es de extrañar que en 1936 GUTIÉRREZ ANZOLA haya afirmado que este Código "*...es el mejor que hasta el presente hayamos tenido en el país*, porque en él rige una rigurosa técnica y gran concordancia y armonía entre las disposiciones que contienen las nociones esenciales y las que se refieren a la reglamentación de los delitos. Claro está que *dicho Código está integramente basado sobre los postulados vigentes en aquellos tiempos y muy de acuerdo con la época histórica*"[15].

Que fuera el mejor o el peor es algo que de suyo no merece discusión, si se tiene en cuenta que los códigos de 1873 y 1890 no fueron más que refundiciones suyas; lo que sí merece discutirse es aquello de que está basado en los postulados

[13] Cfr. PÉREZ, pág. 41.

[14] AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, *Derecho penal colombiano*, Bucaramanga, Imprenta del Departamento, 1952, pág. 48. Los precedentes del C. P. de 1837 pueden consultarse en la obra de QUIJANO, *op. cit.*, págs. 101 y ss.

[15] JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA, *El nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Edit. Renacimiento, 1936, págs. 11 y 12.

entonces vigentes y de acuerdo con tal época histórica. ¿En cuáles postulados? ¿A qué concepción filosófica respondía el estatuto? ¿Cuál fue el factor político que lo generó? ¿Cuál fue la situación económica que hizo viable su expedición? Preguntamos.

Una cosa es que tal estatuto, en gran medida, se compadeciera con los factores que entonces posibilitaron las reformas legislativas en España y Francia, con las condiciones políticas, económicas, filosóficas y sociales allí imperantes, y otra muy distinta que se correspondiera con la realidad colombiana, con un Estado colonial enmarcado dentro del mercantilismo económico que, como ha dicho TIRADO MEJÍA, tenía como función "la de reproducir las condiciones para la extracción de excedente económico con destino a la metrópoli, y según las prácticas y principios mercantilistas, esto se hizo por medio de la reglamentación del monopolio"[16]. De un estado esclavista que continuaba la discriminación con los indígenas, jerarquizado, y que garantizaba a un reducido grupo de criollos privilegiados el mantenimiento de las altas dignidades civiles, eclesiásticas y militares.

La anterior es, justamente, una nota de la ley importada, de una ley que se traslada de la Europa posrevolucionaria a la Colombia colonial, para ponerla al servicio de las castas entonces dominantes,

Tampoco parece claro, como dice el distinguido profesor, que el Código se hubiese compadecido con la época histórica. Nos resistimos a creer, por ejemplo, que el régimen punitivo, sobre todo en materia de pena de muerte (arts. 32 a 40), estuviera acorde con lo nuestro, con la esencia de nuestra nacionalidad; ¡que tan horrendas formas de ejecución de la pena capital como las allí contempladas, se correspondiesen con nuestra tradición!

El inicio de la hegemonía liberal, con JOSÉ HILARIO LÓPEZ a la cabeza (1849-1853), permitió muy pronto la transformación del Estado colonial jerarquizado, para adecuarlo a las exigencias internacionales; se puso así de moda el *laissez faire*, y un alud de disposiciones legislativas barrió la protección comercial y quebró los monopolios[17]. Pronto también se presentaron algunas reformas penales como la supresión de la pena de muerte, trabajos forzados, presidio, prisión, reclusión e infamia para los delitos políticos (art. 1o de la ley 26 de mayo de 1849), lo mismo que la vergüenza pública cuando se trataba de delitos comunes (art. 5o), en lo cual tuvo decisiva influencia el entonces presidente del Senado JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ.

A tono con lo anterior, el 31 de mayo de 1851 se expidió una ley que dijo en su art. 1°.: "es completamente libre la espresión (sic) del pensamiento por medio de la prensa", y el 4 de junio del mismo año se promulgó otra "estableciendo el juicio por jurados para los delitos de homicidio, robo i (sic) hurto de mayor cuantía". A estas leyes había antecedido la famosa de 21 de mayo de 1851, que abolió la esclavitud.

[16] ÁLVARO TIRADO MEJÍA, "El Estado y la política en el siglo XIX", en *Manual de Historia de Colombia*, t. II, Bogotá, Círculo de Lectores, 1983, pág. 330.

[17] Ídem, pág. 344.

Detrás de todos estos cambios que se iban propiciando estaba el movimiento federalista, que cuajó en 1858 y que dió lugar a la expedición de la Constitución de Rionegro de 1863, de corte decididamente liberal, la cual posibilitó el Código Penal de 1873 (ley 112 de 26 de junio) que acabó, en realidad, de concretar las reformas parciales que se venían introduciendo al Código Penal de 1837, caracterizado por un sistema punitivo sobremanera humanitario[18].

Obviamente, como se ha afirmado, el federalismo respondía "a los intereses de las oligarquías regionales en momentos en que no estaba constituida la nacionalidad y ante la carencia de una clase hegemónica que tuviera un ámbito nacional de dominación"[19]. Semejante explosión federalista permitió que a partir de 1858 los nueve Estados soberanos se dieran sus propios códigos penales, vaciados sobre el de 1837, con sus modificaciones, e introduciéndole a veces reformas, aunque no sustanciales. La apertura económica que a su turno garantizó el federalismo, generó pronto una clase dominante con intereses polifacéticos en el comercio, la tierra y la usura que requería una nueva forma de Estado; por ello apareció el movimiento regenerador de NÚÑEZ, que reconstituyó a Colombia en república unitaria y centralista, partiendo de premisas económicas, ideológicas y jurídicopolíticas diferentes. Justamente, dentro de estas últimas urgía una codificación penal autoritaria, por lo cual se regresó al Código de 1837 en gran medida, con la expedición de la ley 19 de 1890, que rigió desde el 15 de junio de 1891 restableciendo, entre otras cosas, la pena capital.

Seguíamos, pues, girando en torno a los intereses de la clase política en el poder, lo cual conllevaba la manipulación de la legislación penal como instrumento de represión.

Hasta esta época, es bueno precisarlo, no había comenzado en Colombia la doctrina penal, la cual nació, afortunadamente sin pretensiones de originalidad, gracias al trabajo de JOSÉ VICENTE CONCHA, quien en el Prólogo de su *Tratado* decía en 1896:

"La tarea de este libro es modesta: se reduce a *compendiar estudios de los más recientes y renombrados autores europeos*, sin olvidar otros antiguos, cuyos escritos cuentan entre las obras magistrales o clásicas de la ciencia penal, tales como el profesor ROSSI, fundador de la escuela ecléctica, a la cual pertenecen hoy mayor número de escritores espiritualistas que no aceptan el positivismo de COMTE, la teoría determinista de LOMBROSO y MAUDSLEY, o los que, en una u otra forma, niegan el libre albedrío, base de la responsabilidad penal"[20].

Desgraciadamente la modestia de CONCHA, al reconocer el carácter sumiso y dependiente de las disciplinas penales en Colombia, no sirvió de ejemplo, ni mucho menos su llamado a los nóveles escritores a "desarrollar entre nosotros estudio tan hermoso y fecundo".

[18] Así LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Bogotá, Edic. Universidad Externado de Colombia, 1974, pág. 45.

[19] TIRADO MEJÍA, op. cit., pág. 347.

[20] JOSÉ VICENTE CONCHA, *Tratado de derecho penal*, 7ª ed., Bogotá, Librería Americana, 1929, pág. 5.

Con este autor nace la que podríamos denominar *época clásica* de la doctrina penal colombiana, que corre desde 1896 hasta 1938, cuando irrumpe en el ámbito legislativo el Código Penal expedido desde 1936, que recogía el positivismo jurídico italiano y que puede considerarse, en realidad, como el segundo Código Penal de la era republicana. Al lado de CONCHA debe mencionarse también a ARCESIO ARAGÓN, quien, siguiendo los lineamientos de aquel, publicó en 1934 sus *Elementos de criminología y ciencia penal*, también de corte clásico.

El Código Penal de 1936 se inscribe en el movimiento liberal que se generó a partir de la década de 1930 y, más concretamente, en la "Revolución en Marcha" de LÓPEZ PUMAREJO, quien se propuso, siguiendo los moldes del liberalismo intervencionista inspirado en la filosofía de la defensa social, introducir reformas al Estado colombiano. Algunas de ellas quedaron plasmadas en la reforma constitucional de 1936, y se concretaron en cuanto lo penal en la ley 95 de 1936.

También esta codificación, que irrumpió con pretensiones de modernidad y hasta de originalidad, como su predecesor el Código de 1837, calificado por uno de los redactores de aquel como "extravagante caricatura del Código francés de 1810" es una secuencia más de lo que hemos denominado "ley penal importada"; ello parecieran confirmarlo las siguientes palabras de LOZANO Y LOZANO:

"*...el nuevo estatuto recoge metódicamente en sus textos aquello que alguien ha llamado el derecho penal actual, o sea el fruto maduro de más de cincuenta años de controversias científicas entre las más altas escuelas del pensamiento en materia de derecho criminal de Europa y América...*

"Es una obra moderna de adaptación, que sus redactores estiman lógica, coherente, dotada de un pensamiento directivo muy definido, y animada por un criterio no solo de equidad sino de defensa social... que restablece el orden de prelación en la defensa de los derechos, que abandona el criterio de la expiación y *funda la pena en la peligrosidad*"[21].

Esto no era de extrañar, pues el estatuto seguía muy de cerca el Proyecto de Ferri para Italia de 1921, que recogía los postulados de la defensa social dentro del marco liberal intervencionista entonces imperante, amén de que algunos de los redactores habían sido discípulos del Pontífice de la Escuela Positiva. Nuevamente, pues, trasladamos un proyecto de legislación de un país europeo, en este caso Italia, a un país como Colombia, sumido en el atraso, con una organización política muy diferente, como si los factores económicos, políticos y filosóficos que posibilitaron dicho proyecto de codificación se pudieran también trasplantar mecánicamente.

No queremos cuestionar aquí, desde el punto de vista técnico, el estatuto punitivo de 1936, ni entrar a determinar si fue bueno o malo; lo que nos interesa precisar es que por segunda vez en el decurso republicano se frustró una verdadera reforma penal entre nosotros, porque la preocupación fundamental que nos embargaba era acoger lo que se denominaba "derecho penal actual", como si implantando instituciones extrañas cambiara nuestra realidad.

[21] CARLOS LOZANO Y LOZANO: "Prólogo", en *Código Penal*, compilado por José Antonio Archila, Bogotá, Edit. Cromos, págs. V y VI.

Con esta mutación legislativa se inició también una segunda etapa en la doctrina penal colombiana, que podemos denominar *época del positivismo*, que corre entre 1938 y 1963 y que muestra como principales exponentes a LOZANO Y LOZANO, PÉREZ, VÁSQUEZ ABAD, GÓMEZ PRADA, MESA VELÁSQUEZ y ARENAS, amén de otros autores que penetraron en el campo de la Parte Especial, caracterizados por la recurrencia a las ideas ferrianas que, paradójicamente, pasaron entre nosotros como expresión del más genuino liberalismo, cuando en realidad eran concreción de filosofías autoritarias[22].

Finalmente, llegamos al último período de la doctrina penal entre nosotros, o *época de la dogmática juridicopenal* que se inicia en 1963 y llega hasta nuestros días, en la cual hemos presenciado un anunciado y radical viraje, esta vez hacia la ciencia penal alemana, lo que a su turno se ha traducido en una nueva legislación penal: el Código Penal de 1980.

Este período se ha caracterizado en gran parte por la vigencia de los postulados de la época anterior, lo cual se explica por la supervivencia hasta 1981 del estatuto positivista. Las bases del nuevo desarrollo fueron sentadas por GAITÁN MAHECHA, quien por primera vez llamó la atención sobre las construcciones dogmáticas (1953) y publicó una obra de conjunto siguiendo tales directrices (1963)[23]; luego aparece el *Derecho penal* de REYES ECHANDÍA (1964), seguido de diversas monografías, del cual se hicieron 10 ediciones hasta la póstuma (1986). También después del viraje observado, debe mencionarse el importante *Tratado* de PÉREZ (1967, 1977, 1981 a 1987); el *Derecho penal* de ROMERO SOTO (1969); el *Manual* de ESTRADA VÉLEZ (1972, 1975), luego refundido en su *Derecho penal* (1981, 1986); los *Comentarios* de ARENAS (1981), aunque anclado todavía en la época anterior; y, finalmente, el *Derecho penal fundamental* de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1982, 1986).

Ha sido este un período de intenso debate académico, fortificado por el resurgimiento de publicaciones periódicas entre las cuales deben mencionarse revistas como *Derecho Penal y Criminología*, y *Nuevo Foro Penal*, esta última gracias a la importante contribución de AGUDELO BETANCUR.

El Código de 1980 surge de todo un movimiento supuestamente reformador, iniciado hacia 1972, del cual emanan varios proyectos (1974, 1976, 1978, 1979) y supone, en cuanto a lo político, un compromiso entre los partidos tradicionales en el poder en virtud del pacto bipartidista entonces denominado "Frente Nacional", voceros de los grandes potentados financieros que en la década de los setentas y comienzos de los años ochentas, como en ninguna otra etapa de la historia nacional, habían alcanzado una concentración de capitales sin precedentes con la consecutiva pauperización de amplias capas de la población. El Código, pues, aparentemente muy liberal y progresista como se deduce de su título preliminar consagratorio de los principios rectores que rigen el derecho penal de corte occidental capitalista,

[22] ASÍ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 176.

[23] BERNARDO GAITÁN MAHECHA, "El derecho penal conforme a las concepciones modernas", en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Penitenciarias*, N° 1, Bogotá, 1953, reproducido en NFP, N° 19, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 331 y ss. Cfr. *Curso*, cit., nota 1.

responde a aquellos intereses hegemónicos; si algo queda claro, como lo señaló con acierto algún expositor, es que el legislador colombiano de 1980 dio un tratamiento punitivo diferencial a las conductas que protegen derechos sociales e individuales, contrariando las directrices que orientan nuestra estructura jurídica[24], posibilitando que bienes jurídicos de orden colectivo como el orden economicosocial se vieran notablemente desprotegidos en beneficio, y obviamente con beneplácito, de la creciente y corrupta burocracia estatal y de la delincuencia de cuello blanco en permanente ascenso.

Pero no solo se trata de un Código expedido para proteger los intereses en boga en la sociedad colombiana, sino que es otra manifestación más de la ley penal importada, como que gran parte de sus lineamientos han sido calcados del Código Penal Tipo para Latinoamérica, proyecto elaborado siguiendo toda la discusión alemana del presente siglo y que, con acierto, ha sido calificado por BACIGALUPO como "un modelo anticuado" que en realidad deja inalterado el sistema penal[25] sin introducir, por ende, una verdadera reforma penal.

Si en 1936 copiamos directamente las doctrinas italianas, esta vez hemos implantado la dogmática alemana por vía indirecta y de repente hemos incorporado un texto legal que recoge más de ochenta años de polémica en dicho país, incluso cuando ya la ciencia penal de aquella nación había dado un viraje radical hacia la política criminal. Esto equivale, ni más ni menos, a olvidar los diversos factores que permitieron la construcción de cada uno de los esquemas del delito, como si los mismos pudieran, de la noche a la mañana, trasplantarse a nuestra realidad.

La inconsecuencia es mayúscula cuando se piensa, por ejemplo, que el esquema clásico nació hacia 1870 y perduró hasta 1900, gracias a la influencia del movimiento positivista (factor científico), dentro de un Estado de corte liberal clásico en plena decadencia (factor político); que el esquema neoclásico, que rigió entre 1900 y 1930, supuso un viraje hacia la filosofía neokantiana (factor científico), en el marco del Estado liberal intervencionista (factor político); y, finalmente, que el esquema finalista que imperó entre 1945 y 1960, fue el fruto de un resurgir de la filosofía iusnaturalista (factor científico), en frontal combate contra el régimen nazi de decidida orientación irracionalista, en la búsqueda de la construcción de un Estado social y democrático de derecho (factor político)[26].

¿Cuál es la tradición filosófica, científica, política, etc., vigente en nuestro país, que nos permita darnos semejante legislación penal? ¿Dónde están plasmadas en nuestra sociedad las circunstancias que hicieron viable el surgimiento de tales esquemas en Alemania? ¿Cómo es posible que un país con una elevada tasa de analfabetismo, con una estructura estatal de corte liberal clásico con ropajes de liberalismo intervencionista y autoritarismo, en el cual se debaten todavía las instituciones penales aborígenes con las de los invasores, pueda definir en su Código Penal el delito como una conducta típica, antijurídica y culpable (art. 2°), lo que no se había atrevido a hacer ni siquiera el Código Penal alemán de 1969, el más dogmático del planeta?

[24] Así, ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales en el nuevo Código Penal", en NFP, N° 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, págs. 180 y ss.

[25] ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis-ILANUD, 1984, pág. 45.

[26] Sobre este punto SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976, págs. 208 y ss. y EBERHARD SCHMIDT, quien es en parte copiado por aquel en *Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, véase también a HINRICH RÜPING: *Grundriss der strafrechtsgeschichte*, München, C.H. Beek, 1981, especialmente, págs. 54 y ss.

Tal vez nos hayamos "modernizado", como han dicho insistentemente los redactores del estatuto, y no pretendemos discutirlo; tampoco es este el lugar para debatir si la dogmática penal cumple o no importantes funciones, como han planteado los expertos. Lo que nos interesa señalar, una vez más, es cómo hemos reiterado lo que veníamos haciendo desde 1837: seguimos solo preocupados por "estar a la moda", alejados de nuestra realidad. ¡Hasta ahora no hemos realizado una verdadera reforma penal!

Lo dicho para el derecho penal positivo cabe también para la doctrina penal actual, la cual, en gran medida, solo se ha preocupado por los problemas sistemáticos que han suscitado los diversos modelos dogmáticos, sobre todo los neoclásicos, acudiendo como refugio a la doctrina alemana y sus países satélites; poseemos una doctrina que carece de originalidad y se ha preocupado solo por el copismo; para muy poco se ha tenido en cuenta nuestra realidad. Incluso en algunos sectores se desconocen los postulados que se debaten; así sucede, solo para citar un ejemplo, cuando se aborda la concepción finalista, la cual, pese a haber agotado sus planteamientos hace casi treinta años, se hace aparecer por autores nuestros "en plena evolución". Así, ESTRADA VÉLEZ, todavía en pleno 1986, dice que "a pesar de que va ganando terreno, *está todavía en plena evolución y es de esperarse que de la agitada controversia actual* (?) *surgirá una concepción consolidada* de vastas proyecciones en el futuro"[27].

El derecho penal entre nosotros, en conclusión, ha dado un salto mortal desde las instituciones penales de los aborígenes hasta la dogmática juridicopenal, sin que nos hayamos preocupado por construir una verdadera historia de nuestra disciplina; hemos agotado toda la trayectoria legislativa mirando fuera de las fronteras, cuando debiéramos mirar dentro de ellas. Y todo con un común denominador, como lo señala SANDOVAL HUERTAS: "Desde su origen la normatividad penal es empleada sistemática y consistentemente como uno más de los instrumentos a que recurren las clases minoritarias dominantes, para la defensa y la reproducción de las posiciones de privilegio que ostentan dentro de las relaciones de producción generadas por la fase contemporánea del sistema capitalista"[28].

III. PERSPECTIVAS ACTUALES

Por lo pronto, en cuanto a la legislación penal se refiere, creemos que una verdadera reforma penal no ha sido aún realizada, constituyendo tal clamor una

[27] FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 100. En similar sentido PÉREZ: "todavía existen dudas sobre si se trata de una organización de principios rectores de la teoría del delito, o si se centra únicamente en los conceptos sobre la acción" (ob. cit., pág. 38).

[28] EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pág. 67.

reivindicación a la orden del día, digna de ser abanderada por los consultores de las disciplinas penales. Requerimos una codificación a tono con nuestras necesidades, que antes de recurrir a legislaciones importadas se nutra de ese derecho viviente que se refleja en el quehacer cotidiano; no significa esto, sin embargo, que debamos abandonar los desarrollos modernos que nos vienen de países más evolucionados, los cuales debemos conocer a fondo y nos deben servir como punto de referencia y de reflexión.

Se requieren investigaciones históricas, antropológicas, sociológicas, criminológicas, etc., que hagan fácil al penalista conocer el objeto de conocimiento que manipula; las características de la sociedad colombiana; las instituciones penales que rigen los diversos conglomerados que se asientan a lo largo y ancho del territorio nacional; las instituciones políticas reinantes; las diversas manifestaciones de criminalidad; en fin, todo un estudio concienzudo que permita legislar acorde con nuestras condiciones particulares, evitando que la codificación penal se torne ilusoria e inoperante.

Este, lógicamente, es apenas un aspecto del problema, pues de otro lado se requieren hondas transformaciones de la sociedad colombiana, a las cuales no pueden ser ajenos los estudiosos del derecho penal, quienes, por su ministerio, están obligados a velar por ellas.

En lo atinente a la doctrina penal colombiana, todo hace indicar que la incursión por las sendas de la dogmática juridicopenal, posibilitada por la consagración expresa que de ella ha hecho el legislador, tendrá que continuar adelante pero requerirá de muchos años de evolución para que sus alcances lleguen a ser comprendidos por gran parte de los estudiosos, todavía anclados en la tradición y aplicados por una jurisprudencia estacionaria. Es de preverse que las diversas etapas de la concepción dogmática, dado el atraso actual, tiendan a reproducirse entre nosotros hasta que tomemos plena conciencia de que solo es posible una ciencia penal integral en la cual tengan amplia cabida, al lado de las consideraciones puramente dogmáticas, las elaboraciones criminológicas y politicocriminales; afortunadamente algunas direcciones ya empiezan a caminar en este sentido, planteando un derecho penal crítico, aunque los desarrollos que se puedan derivar de las mismas están en vía de desarrollo[29].

Es una imperiosa necesidad para poder encontrar nuestra identidad y abordar una codificación como la que hoy nos ocupa, escribir la auténtica historia del derecho penal colombiano; ello seguramente permitirá, acorde con los desarrollos que se proponen, hablar por fin de un derecho penal nuestro, para no tener que limitarnos a las cronografías de las legislaciones que nos han impuesto, y a la tarea mecánica de vaciar polémicas doctrinarias traídas de otras latitudes.

Queremos poner aquí punto final en nuestra exposición, con la cual no hemos pretendido hacer un estudio exhaustivo de lo que ha sido la historia del derecho penal en Colombia, no porque no quisiéramos realizarlo, sino tan solo llamar la atención sobre la inaplazable necesidad de cambiar el rumbo que hasta ahora hemos seguido, so pena de seguir anclados en un estudio improductivo que poco podrá ofrecer a las generaciones venideras. ¡El verdadero derecho penal colombiano está todavía por construirse, ese es el reto presente y por ello nadie puede llamarse a engaños!

[29] Dentro de este esquema, por ejemplo, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986.

LA CODIFICACIÓN PENAL COLOMBIANA EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO*

Dr. FERNANDO E. ARBOLEDA RIPOLL**

Inicialmente, deseo expresar mi sincero agradecimiento a los organizadores de este encuentro, con el cual se conmemoran los ciento cincuenta años de expedición de nuestro primer Código Penal Republicano, el Grupo de Estudios de Derecho Penal "RICARDO MEDINA MOYANO", la Editorial Temis y la Biblioteca Luis Ángel Arango, por la gentil invitación que me han hecho para participar en él. Sea del caso destacar, en relación con el tema que comprende mi ponencia, que él, contrario a lo que su título insinúa, no corresponde a una exhaustiva investigación que comprenda todo el desarrollo histórico del proceso codificador colombiano y, mucho menos, visto dentro del amplísimo contexto latinoamericano. Primero, porque una labor de tal magnitud no solo excedería las pautas fijadas para la intervención en este evento, sino que las limitaciones de tiempo con que contamos para su preparación la habrían hecho imposible. Segundo, porque ciertamente la dispersión del material consultable y lo precario de la investigación histórica hasta ahora adelantada en estos temas, se habrían constituido en limitantes superiores a nuestros propósitos. Por eso, si algo ha de caracterizar este modesto trabajo es su generalidad, en el sentido de que no constituye una revisión minuciosa de la historia de los códigos penales que nos han regido, a partir de la emancipación. Él se circunscribe en una muy somera consideración de algunos criterios imperantes en la adopción de varios de los códigos que han regido en el área latinoamericana.

Tampoco pretendemos demostrar nada específico, que no sea lo indispensable que resulta la formación de una conciencia, en quienes se ocupan de estas materias, para abordar la investigación sobre nuestro pasado legislativo en pos de una toma de posición frente al futuro, a partir de la verificación de esas constantes que nos han signado e identifican como pueblo dependiente y contradictorio, aun en la producción de nuestros sistemas penales.

El proceso de emancipación de la Corona española no determinó en forma inmediata el establecimiento de un nuevo orden jurídico por parte de los Estados latinoamericanos que recién nacían a la vida como naciones independientes. Entre uno y otro fenómeno se aprecia un período intermedio, en el que siguieron imperan-

* Intervención del autor en las Jornadas de conmemoración de los ciento cincuenta años de expedición del Código Penal de 1837, celebradas durante los días 27 y 28 de junio de 1987 en Bogotá.

** Profesor de Criminología de la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

do los estatutos penales de la Colonia, como la *Nueva* y la *Novísima Recopilación*, y las *Ordenanzas Filípicas* que regían para las colonias portuguesas. Tal situación resulta fácilmente verificable con la sola constatación de la fecha en que comienzan a regir los primeros códigos en estos Estados: Bolivia y Brasil en 1830; Perú, 1836; Colombia, 1837; México, 1871; Venezuela, 1873; Chile, 1875, etc.

De los códigos citados, se ha convenido que los primeros en entrar en vigencia fueron el boliviano y el brasileño, no obstante que en varios textos se haga mención al Código salvadoreño de 1826[1] como el primero expedido en el medio. A este respecto cabe anotar que, dada la convulsionada situación política que se vivía en Centroamérica por esa época, su sanción y puesta en vigencia no es muy factible[2]. Estas primeras codificaciones resultan signando por su dependencia todo el proceso de expedición de códigos en Latinoamérica. Del examen de una gran parte de las reseñas históricas del derecho penal en el continente se evidencia como constante la referencia a los códigos europeos que sirvieron de modelo a los nuestros, con lo que se establece esa falta de originalidad del legislador y su preocupación prioritaria porque la ley, antes que inspirarse en la realidad del medio en que va a regir, esté acorde con el contenido de otra expedida para contextos sociales correspondientes a necesidades bien diversas de las nuestras. Es, pues, esa dependencia la característica más sobresaliente de nuestra codificación, la cual, ciertamente, puede poseer variadas explicaciones, como la ausencia notoria de estudios e investigaciones sobre la situación existente en estos pueblos, o simplemente, como lo señala JOSÉ MARÍA RICO, por la ocurrencia de influyentes juristas nuestros que durante algún viaje a Europa tuvieron oportunidad de conocer nuevas legislaciones o comentarios sobre sus méritos que hicieron recomendable su adopción[3].

En relación con los códigos penales boliviano y brasileño de 1830, que se considera fueron los primeros en ser expedidos en el continente, no hay acuerdo, al menos en relación con el segundo de ellos, en cuanto al modelo que les sirvió de inspiración. Con uniforme criterio, por el contrario, se sostiene que el Código boliviano era fundamentalmente el Código español de 1822, y así lo destaca el decreto del presidente-mariscal ANDRÉS SANTA CRUZ, quien lo promulgó. En relación con el brasileño, así como aparecen referencias en el sentido de haber tenido como fuente los códigos napolitano de 1819 y el francés de 1810[4], muy serios estudios —como el del profesor ZAFFARONI sobre los primeros códigos penales en Iberoamérica—, luego de destacar cierta originalidad en cuanto no sigue textualmente ningún estatuto, identifican la injerencia en él del Proyecto de PASCOAL DE MELLO FREIRE de

[1] Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. I, 3ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, S. A., 1964, pág. 1189.

[2] En tal sentido EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Los primeros códigos penales de Iberoamérica", en *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, Edeval, 1980, pág. 15.

[3] JOSÉ MARÍA RICO, *Crimen y justicia en América Latina*, 2ª ed., México, Siglo XXI Editores, 1981, pág. 240.

[4] JUAN BUSTOS RAMÍREZ y MANUEL VALENZUELA BEJAS, *Derecho penal latinoamericano*, t. I, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1981, pág. 19.

1786 para Portugal en el Proyecto de EDWARD LIVINGSTON para el Estado de Louisiana de 1825, a su vez influido por el Código de Baviera de 1813, de FEUERBACH[5]. Empero, sea una u otra la fuente que quiera atribuírsele, lo cierto es que él corresponde, lo mismo que su homólogo el boliviano, a la característica que ya se mencionó de ser una elaboración importada.

No obstante lo anterior, no podemos dejar de destacar, básicamente en relación con el Código de Bolivia, la oposición que durante las deliberaciones previas a su expedición hicieron algunos comisionados de los convocados, a establecer la conveniencia de adoptar el texto español a la realidad boliviana, en el sentido de la ninguna correspondencia de aquel con el medio. Con todo, tal tesis, abundante en razones muy juiciosas, que de seguro de haber resultado triunfantes habrían variado la tradición legislativa que se iniciaba, fue derrotada aprobándose la opuesta de adoptar para Bolivia el Código de las Cortes españolas.

A pesar de lo anterior, constituye el Código boliviano una superación de la legislación colonial, sin que pueda confundirse aquí dependencia con retroceso. También el Código español que le sirvió de fuente representaba un gran avance respecto de la *Novísima Recopilación*, que le antecedía. Significó para su época, la que se prolongó durante ciento cuarenta y cuatro años, cuando fue sustituido por un estatuto inspirado en el Proyecto de SEBASTIÁN SOLER de 1960, paradigma de Código liberal, acorde con el desarrollo de las ideas que identificaban al liberalismo del momento de su expedición. Esto se puede ver no solo en su estructura, que permite definirlo como defensista del nuevo orden dando prioridad en la parte especial a los delitos contra la Constitución y el orden político de la República; contra la seguridad exterior e interior del Estado, la tranquilidad y el orden públicos; contra los servicios debidos al Estado, etc., para recoger en una segunda parte los delitos contra los particulares, donde aparecen comprendidos aquellos contra las personas, la honra, fama y tranquilidad, así como los atentatorios de la propiedad de los particulares, sino también por haber sido su adopción decisión política del Congreso General Constituyente convocado por Bolívar, con lo cual se inicia otra tradición en la codificación penal latinoamericana que se perdería con el tiempo, ya que en el presente siglo, a consecuencia de la inestabilidad vivida en el medio, cual era que los códigos penales fueran obra de los congresos como organismos representativos y, por ende, función democrática.

El Código brasileño también puede ser valorado como avanzado en relación con los estatutos que le precedieron, tanto desde el punto de vista de su estructura como por haber sido su adopción decisión del Parlamento. Por el primer aspecto, al igual que el texto boliviano, en la distribución de los bienes jurídicos en la parte especial, puede ser definido defensista del nuevo *status quo* surgido de la independencia, como que da prioridad a los delitos contra el Estado, donde se destacan aquellos considerados contrarios a la existencia política del imperio y que comprenden los

[5] ZAFFARONI, "Los primeros códigos penales de Iberoamérica", ob. cit., págs. 34 y 35.

crímenes contra la independencia, integridad y dignidad de la nación; contra la constitución del imperio y la forma de gobierno y contra el jefe de gobierno; los crímenes contra el libre ejercicio de los poderes políticos de los ciudadanos; los crímenes contra la seguridad interna del imperio y la tranquilidad pública, etc., los cuales aparecen agrupados bajo el calificativo de "Crímenes Públicos". Con el gran título de "Crímenes Particulares" se recogen los delitos contra la libertad, la seguridad y la propiedad.

En materia de penas, se observan distinciones que bien pueden ser tenidas como mínimas entre uno y otro texto. Los dos estatutos consagran la pena de muerte, por ejecución con garrote en el Código boliviano y por la horca en el brasileño. Existe coincidencia en cuanto a la pena de trabajos (de galera la denomina el Código brasileño); prisión con o sin trabajo, destierro o extrañamiento (perpetuo en el Código brasileño y perpetuo o temporal en el boliviano). Cabe destacar, en este aspecto de las penas, cómo estos dos estatutos consagraban la pena de multa, regulada además en el Código brasileño a través del día-multa, donde el monto de la pena se tasaba por lo que el condenado produjera para sí en un día, o para la empresa o industria. A pesar de la severidad que reflejan en estas materias los primeros códigos penales, algunos autores consideran que implicaron cierta morigeración del régimen penal precedente, siendo esta una de las razones más trascendentales tenidas en cuenta para su expedición, tomando como referencia expresa el texto boliviano en el cual, según la cita que hace ZAFFARONI de la edición oficial del decreto promulgatorio expedido por SANTA CRUZ, se invoca la demostración por vía de razón y experiencia de que "la moral pública no se funda en el rigor de las penas ni en el vano espectáculo de los suplicios"[6].

De una u otra forma, en una u otra época, la mayoría de los Estados latinoamericanos siguieron el ejemplo boliviano y brasileño al expedir sus códigos penales. De ahí que este proceder lo identifiquemos en términos de constante, pues ciertamente aún hoy resulta ser el sistema ideal de codificación en el medio. Códigos como el de ZANARDELLI, ROCCO, la totalidad de los que han regido en España, el suizo de CARL STOOSS y un amplio sector de aquellos que, fundados en las más disímiles orientaciones, dieron en denominarse de política criminal, en diferentes oportunidades han servido de modelo para los códigos latinoamericanos, con lo cual se evidencia esa ya destacada carencia de originalidad y la inestabilidad que en tal materia ha imperado.

La historia de la reiterada adhesión de nuestros estatutos penales a la legislación europea, puede considerarse alterada —al menos en el campo de los buenos propósitos— con los trabajos para la expedición del Código Penal Tipo para Latinoamérica, como que en torno a él se logró un intercambio sin precedentes entre lo más granado de los penalistas americanos, despertando entre ellos, como lo sostienen BUSTOS y VALENZUELA[7], una comunidad de origen, desarrollo y futuro

[6] ZAFFARONI, ob. cit., pág. 18.

[7] BUSTOS y VALENZUELA, ob. cit., pág. 10.

que impulsó un gran movimiento de reformas legislativas como el vivido en Colombia durante la década de los setentas, que culminó con la expedición de un nuevo Código Penal en los inicios de los ochentas.

Fruto de la iniciativa del penalista chileno EDUARDO NOVOA MONREAL, presidente del Instituto de Ciencias Penales de su país por los años setentas, contaba el Proyecto de Código Tipo entre sus propósitos la construcción de un sistema legal latinoamericano que, sin desconocer las particularidades de los diferentes países, fuera consecuencia de la comunidad de origen, territorio, cultura, lengua, tradiciones y aspiraciones existentes entre los países del área. Ello imponía, como era de suponer, una nueva discusión de los problemas juridicopenales tratados hasta entonces dentro de los criterios del añejo positivismo italiano o de la dogmática de tradición alemana, que constituían una verdadera "policromía filosófico penal" dispersa, que se reflejaba en la legislación.

Con estos propósitos generales, y los específicos consignados en el documento preliminar de trabajo que comprende las cuestiones filosoficojurídicas y "las realidades sociales y culturales de hoy en Iberoamérica y su influencia en la nueva legislación penal", se celebraron las siguientes reuniones plenarias de la Comisión redactora: Santiago (1963); Ciudad de México (1965); Lima (1967); Caracas (1969); Bogotá (1970) y Sao Paulo (1971). En esta última reunión se dio aprobación a la parte general del Proyecto[8].

No obstante las buenas intenciones de los juristas que intervinieron en los trabajos de redacción del Proyecto de Código Tipo, ciertamente en ellos influyó su propia formación proveniente de una ciencia penal sin conexión con la realidad de los pueblos. Por esa razón, si bien se hicieron los propósitos de que la labor adelantada fuera directamente influida por las realidades sociales y por el concepto que en ese instante se tuviera acerca del hombre, sus reacciones y de los valores jurídicos[9], lo cierto fue que no se pasó de lo especulativo y técnico, acorde con el pensamiento sistemático de la ciencia penal europea, lo que arrojó como resultado una obra muy depurada en lo formal, pero desconectada de nuestra realidad, aún legislativa. Como lo recuerdan BUSTOS y VALENZUELA, ni siquiera se elaboró un estudio comparativo sobre los diferentes códigos latinoamericanos, desaprovechando una oportunidad que difícilmente se volverá a presentar, al menos en los tiempos que corren para la reorientación del proceso codificador latinoamericano sobre unas bases auténticas.

Bien podemos decir, entonces, que con el Código Penal Tipo Latinoamericano se abre paso, dentro de la historia de la codificación en el continente, la tendencia denominada acertadamente por ZAFFARONI como "tecnocrática", consistente, según las palabras del mismo autor, en la creación de la ley sobre la base de una independencia ideológica, cuya perfección técnica, referida al delito en general,

[8] Cfr. *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, parte general, t. I, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1974. Presentación del Secretario Ejecutivo Miguel Schweitzer S.

[9] Cfr. *Código Penal Tipo*, cit., págs. 145 y 150.

se cree protección suficiente de las garantías individuales[10]. Tal orientación no constituye entre nosotros superación alguna de las características tradicionales de nuestro proceso codificador, como que resulta igualmente adherida a las orientaciones del Código de Rocco que desde 1930 rige en Italia.

El estudio de la codificación colombiana permite observar la operancia de los mismos fenómenos que, en general, han caracterizado todo el proceso en Latinoamérica. Esto es: la prolongación más allá de la expulsión del elemento español de las instituciones penales de la Colonia hasta 1837, fecha en la que se expide el estatuto cuyo sesquicentenario conmemoramos hoy; la gran influencia de la legislación penal europea en la nuestra, como que la mayoría de los códigos que nos han regido se inspiraron en textos provenientes del viejo continente. Y, finalmente, la manifiesta adecuación de nuestro último estatuto, en lo técnico-formal, al Código Penal Tipo Latinoamericano, en cuya elaboración participó nuestro país con una muy nutrida delegación, y su definición como defensista de un particular *status quo*, creado por los sucesos políticos previos a las grandes reformas realizadas en el país.

La expedición del Código Penal de 1837 se encuentra precedida por un proceso de acomodamiento, propio del cambio de detentadores del poder, pues, ciertamente, la estructura jerarquizada de este no sufrió variación alguna, salvo que las altas dignidades civiles, eclesiásticas y militares pasaron a manos del núcleo dominante de criollos. Semejante proceso se estabiliza con la expedición de la Constitución de la Nueva Granada de 1832 que, entre otras cosas, corresponde a un modelo social altamente estratificado. Baste observar su art. 5o., donde se establece que son granadinos por nacimiento los hombres libres y los libertos, siendo necesario para ser hombres libres saber leer y escribir, y para adquirir los derechos ciudadanos ser mayor de veintiún años, tener bienes por $ 300.oo ó renta de $ 150.oo al año.

Dentro de este marco político muy general es expedido nuestro primer Código Penal, obviamente acorde a un contexto de Estado republicano en formación. Dicho estatuto, según las diferentes referencias que de él hace la doctrina, parece haberse inspirado en el Código francés de 1810. No obstante, también se encuentran alusiones a que tuvo como fuente el Código Penal español de 1822, basadas en lo dispuesto en el decreto de 1846 por el cual se convoca una comisión para la expedición del Código Penal chileno, que habría de tener como base "el nuevo Código Penal de España y las reformas que en él hizo la Nueva Granada antes de adoptarlo"[11].

La estructura general de este Código guarda una gran afinidad con la de su homólogo de Bolivia de 1830, sin que contemos con datos que nos permitan saber el tipo de influencia del texto boliviano sobre el nuestro. De todas formas podría ser un criterio para considerar cierta la influencia del Código español en el de la Nueva Granada, al menos indirectamente a través del boliviano, que sí tuvo como inspiración el ibérico.

[10] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Política criminal latinoamericana*, Buenos Aires, Edit. Hamurabi, 1982, pág. 116.

[11] JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 1165.

Como el Código de Santa Cruz, el nuestro consagra un régimen de penas dividiéndolas en corporales y no corporales, incluyendo entre aquellas la de muerte que, como en el caso boliviano, se ejecutaba con garrote, previo cierto ritualismo no muy distante del existente en la Edad Media.

Por su parte especial, como el boliviano y en general todos los códigos latinoamericanos, puede ser definido como defensista. Esta se divide en dos libros (tercero y cuarto), el primero de los cuales se ocupa de los delitos y culpas contra la sociedad y sus penas, en tanto que el segundo trata de los delitos contra los particulares y sus penas. El solo hecho de que el 50% de la totalidad de los artículos de la parte especial estén destinados a la consagración de delitos contra el Estado, es indicativo de su eminente carácter de instrumento de defensa de la organización política al 6.5% referidos a la vida, o el 18.5% al patrimonio[12].

Podría decirse, tal como lo hicimos al referirnos al Código boliviano, que este estatuto, no obstante su tendencia hacia la máxima represión, constituyó un avance en relación con las normas penales que le antecedieron, acorde con las ideas liberales en boga para la época. También lo es como expresión política de decisión parlamentaria, lo cual contrasta con las últimas legislaciones, fruto del desprendimiento de la función por parte del Parlamento hacia el Ejecutivo, por vía de facultades extraordinarias o por la propia iniciativa de este mediante la utilización del régimen de excepción, aunque hay que reconocer que nunca se llegó a expedir por medio de este último mecanismo ningún Código completo; no obstante, sí han sido muchas las disposiciones que habiéndose dictado durante el estado de sitio, levantando este adquirieron permanencia mediante su "legalización" o "codificación".

El Código de 1837 prolongó su vigencia hasta 1938. Cierto es que durante este dilatado lapso los sucesos políticos determinaron varias modificaciones dentro de nuestra codificación penal, dando paso no solo a modificaciones parciales al texto inicial, sino también a la vigencia de otros códigos. Así, por ejemplo, en 1849 se modificó para abolir la pena de muerte para los delitos políticos y la infamante de vergüenza pública. En 1873 se expidió un nuevo Código, mucho más progresista que el de la Nueva Granada, sobre las bases de la Constitución de Rionegro de 1863, que entre sus aspectos más fundamentales abolía totalmente la pena de muerte. Tal estatuto fue derogado en 1886, como consecuencia de la Regeneración, restableciéndose la pena de muerte.

En 1890 se adopta un "nuevo" Código Penal, correspondiente al proyecto elaborado por el consejero JUAN PABLO RESTREPO, que es, en lo sustancial, el mismo Código de 1837, aunque con una estructura jurídica más clara y organizada. Aunque en la parte general trae la misma definición de delito del Código anterior, es notoria la inclusión de los principios de legalidad y favorabilidad (art. 12). Así mismo, la prohibición de extradición de los delincuentes políticos. Dentro de estas innovaciones, merece destacarse la inclusión de la amnistía y el indulto como instru-

[12] MARIELA FUERTES FORERO, *Caracterización de los códigos penales colombianos de 1837 y 1890*, sin publicar.

trumentos para reintegrar a la "legalidad" política a ciertos grupos que, habiendo participado en las guerras civiles de la época, quedaron en la marginalidad con el establecimiento del nuevo régimen.

En cuanto a la parte especial, ella corresponde a una mejor sistématica que la presentada por el Código del 37, aunque básicamente se mantiene la misma distribución de bienes jurídicos, acorde a contextos estatales en proceso de formación, como eran los de 1837 y 1890, dándoles esas características de estatutos penales manifiestamente defensistas y de máxima represividad, mayor inclusive en el Código de 1890, que si bien reelabora el régimen de penas aumenta el máximo de las mismas considerablemente, a más que, como antes se anotó, restablece el imperio de la pena de muerte que había sido abolida por el estatuto de 1873, la que se mantiene hasta la reforma constitucional de 1910.

Dentro de las mismas pautas de dependentismo legislativo y determinación política profunda, el Código Penal de 1890 es sustituido por el estatuto cuya vigencia comenzó en 1938, fuertemente influido por el positivismo italiano y acorde con las reformas constitucionales recientemente adoptadas, fruto del ascenso al poder de la clase industrial y comercial que, bajo el signo de la "revolución en marcha", había rediseñado una nueva organización del Estado. Fúndase este Código dentro de los rasgos más sobresalientes que permiten identificar la influencia positivista en él, en la actividad sicofísica del agente como base de la imputabilidad, en la peligrosidad social como fundamento de la responsabilidad, y las sanciones compuestas por penas y medidas de seguridad.

Desde el punto de vista de la parte especial puede caracterizarse, al igual que los que lo precedieron, como defensista del orden dentro del que fue expedido. Con una mucho menos farragosa técnica legislativa que la correspondiente a los códigos anteriores, en lo esencial conserva los mismos bienes jurídicos. En este aspecto, importa destacar la inclusión del título IX, "Delitos contra la economía nacional, la industria y el comercio", el cual no tenía antecedentes en la legislación derogada, no obstante que en ella aparecieron algunas disposiciones de estas recogidas dentro de los delitos contra la fe pública.

La inclusión de este título es significativa de las nuevas necesidades de tutela penal creadas por el orden recientemente establecido, de decidida orientación industrial. Como lo sostiene LUIS CARLOS PÉREZ[13], el título IX de este Código encuentra su fuente de inspiración en el Código fascista italiano de 1930, siendo, según los términos del mismo autor, menos inconsecuente el Código italiano que comprende dos grupos de delitos: "Contra la economía pública" y "Contra la industria y comercio". Como no se trata de hacer una disertación sobre la real aplicación de estas disposiciones, bástenos decir que bien pronto, y dado el desarrollo económico del país, ellas fueron insuficientes, viéndose permanentemente modificadas, generalmente por vía de disposiciones de estado de sitio.

[13] LUIS CARLOS PÉREZ, "Los delitos económicos en la ley colombiana", en *Revista Mexicana de Derecho Penal*, Quinta Época, Nº 2, abril-dic. 1977, pág. 61.

Con la expedición de este Código culmina la tradición característica de nuestro proceso codificador, consistente en que él fuera obra de la actividad parlamentaria. A partir de este momento, la expedición de la ley penal colombiana habrá de caracterizarse de manera bien diversa. No será necesario poner en vigencia códigos completos para responder a las necesidades de control determinadas por los sucesos políticos, pues el recurrente régimen de excepción vivido en el país durante este período, hasta nuestros días, hará que proliferen disposiciones penales bien disímiles en cuanto a su contenido y objeto. Razón por la cual este estatuto logra una vigencia de 41 años, lapso durante el cual el país se ve sometido a diferentes giros en su organización política, sin que ninguno de ellos determine la adopción de un nuevo Código, como había sido lo tradicional en los estatutos anteriores, aunque obviamente sí la expedición de diferentes leyes, al punto que bien podría decirse que la adopción del Código de 1980 corresponde, entre sus necesidades, a la de armonizar disposiciones dispersas. Significativo de la ideología que una tal situación creó, es la expedición del decreto 1923 de 1978 (Estatuto de Seguridad) que, no obstante ser norma transitoria por haber sido dictada dentro del régimen de excepción, consagra penas para algunos hechos hasta de 30 años, muestra fiel de que a esas alturas la codificación penal estaba sustituida por la de estado de sitio.

Dentro de las nuevas características del proceso codificador colombiano, se expide el estatuto actualmente vigente, obra del Ejecutivo en uso de facultades conferidas por el Congreso.

Corresponde él a la culminación de un gran movimiento reformador que, como tuvimos oportunidad de explicarlo, encuentra sus antecedentes inmediatos en los trabajos de la Comisión redactadora del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, fruto de la labor de varias comisiones que contaron en su seno a los más destacados juristas nacionales del momento.

Acoge este Código la orientación "tecnicista" impuesta por el mencionado Código Tipo, lo que hace de él una obra de depurada técnica legislativa, muestra de una gran erudición, como lo califica RIVACOBA[14], pero desgraciadamente apartado de la realidad. Con estas observaciones estamos diciendo que el Código de 1980, no obstante ser el más contemporáneo, constituye dentro de la historia del proceso codificador colombiano la continuación de una tradición característica y ejemplo fiel del deterioro del mismo proceso en aspectos valiosos, como era la intervención parlamentaria en el mismo.

Como obra de una muy adecuada técnica, el Código permite identificar un sistema construido a partir de las llamadas "Normas rectoras" contenidas en su título preliminar, que no son más que la positivización de principios decantados por la doctrina y considerados básicos para la construcción de los estatutos penales propios de los Estados de Derecho. El sistema propuesto por este Código parte de dividirlo en una parte general y otra especial, como es la usanza, compren-

[14] MANUEL DE RIVACOBA Y RIVACOBA, "El nuevo Código Penal colombiano", en *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, cit., pág. 87.

diendo la primera los criterios más generales sobre aplicación de la ley, la teoría del hecho punible, de la punibilidad de las medidas de seguridad y de la responsabilidad civil derivada del hecho punible. En cuanto a la parte especial, fuera de conservar los bienes jurídicos convencionales, con una mejor denominación y ubicación incluye nuevas figuras delictivas como los delitos contra los recursos naturales, el enriquecimiento ilícito, el fraude procesal, etc. Por lo demás, desde el punto de vista de la parte especial, continúa la tradición defensista de los estatutos que le precedieron, apuntando la represión sobre determinadas conductas, al tiempo que en otros eventos, como lo demuestra SAAVEDRA ROJAS[15], ciertos derechos de contenido social se ven subvalorados punitivamente frente a los de carácter individual, como acontece con los delitos contra el orden económico social frente a aquellos que afectan el patrimonio individual.

De las generalidades anteriores, podemos concluir que el proceso de codificación colombiano, en materia penal, en sus líneas más generales, no difiere del seguido por los demás países latinoamericanos. Aquel, como este, aparecen caracterizados por su apartamiento de la realidad social imperante, inspirándose en textos extranjeros fundamentalmente europeos y encubriendo, con la técnica legislativa, serios desajustes sociales, lo que los convierte en instrumento de defensa de los regímenes políticos, con una pérdida casi total de la intervención de los organismos de expresión democrática en su elaboración como son los parlamentos, que despojados de tal función, la han cedido a los ejecutivos.

Muchas gracias.

[15] ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Tratamiento legislativo diferencial de las conductas que afectan derechos individuales y sociales en el nuevo Código Penal", en *N.F.P.*, N° 10, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 189.

SIGLO Y MEDIO DE CODIFICACIÓN PENAL. LAS MOTIVACIONES REALES DE LOS CÓDIGOS PENALES COLOMBIANOS

Dr: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE*

I. RAZÓN DE SER

Cuando el estudio del saber penal, criminológico y politicocriminal atraviesa por una de las épocas de mayor cuestionamiento ideológico al decidirse a confrontar los fines que debe perseguir el sistema punitivo con la real eficacia y validez de la normatividad que lo regula, impera hacer un alto en el camino para pensar que la ley que enseñamos, interpretamos o aplicamos no es casual ni accidental sino que corresponde a un decurso legislativo que es necesario escudriñar para que comprendamos mejor, cuál ha sido y es la realidad del proceso de criminalización, su efectiva vigencia y trascendencia social, pues, como lo afirma el profesor ZAFFARONI, "no deja de ser altamente probable que el planteo deba invertirse, o sea, que, ocupándonos del pasado, podamos resolver mejor el presente, porque es de la esencia de lo humano que el hombre sea eminentemente histórico, que jamás pueda salir de la historia, y esta, pese a no determinarnos, nos señalará siempre las líneas generales de la proyección hacia el futuro"[1].

El análisis de la ley vigente desvinculado de sus antecedentes mediatos e inmediatos es ahistórico y peligrosamente ideal, además de convertirse en un medio idóneo para continuar con el "culto a la ley", fomentando los "aplicadores de normas", permite que soterradamente se dejen de lado los fundamentales interrogantes sobre el por qué y para qué de la reforma de turno, los cuales implican comprometer al intérprete con la ineludible relación que existe entre la ley y la política estatal, ya que los mandatos legislativos no son, en última instancia, el resultado de una comisión de técnicos en "hacer leyes" sino la concreción de los intereses representados por los gobernantes; de ahí que el puro dogmatismo formal sea falso al desconocer la dinámica social, económica y política que caracteriza la cultura de un pueblo y esta entendida como el conjunto de valores de todo orden existentes en una sociedad[2], no puede aparecer por generación espontánea, muy por el contrario,

* Profesor de Derecho Penal Comparado en la Universidad Santo Tomás de Bogotá.

[1] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, Edeval, 1980, pág. 13.

[2] ALEJANDRO GERTZ MANERO, *La defensa jurídica y social del patrimonio cultural*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pág. 13.

en ella se condensa el complejo de relaciones resultantes de un pretérito que como causa del presente fija sus simientes hacia el futuro, las cuales en los Estados de Derecho son reguladas por el ordenamiento jurídico.

Imposible resulta, en consecuencia, desconocer ese pasado jurídico, ya que esto equivale a crear un presente sin pasado encubriendo el análisis real del control social formal y específicamente el punitivo, tornándose, cada día con más urgencia, imprescindible su estudio evolutivo para establecer críticamente nuestra propia historia y no seguir justificando esa falencia con discursos importados no siempre aplicables a nuestra realidad y necesidades, razón por la cual las constantes reformas no pasan de ser formales, pues sustancialmente todo permanece igual.

La criticable tendencia que ocultando la realidad económica, política y social, recurre a una deplorable técnica que les permite obviar el cuestionamiento, obliga ser superada para que enfrentemos nuestras propias investigaciones analíticas, histórico-críticas y determinar cuál es en realidad la problemática del sistema penal, si esta permanece igual desde el pasado, motivo por el cual las políticas adoptadas para su mejoramiento han sido falsas o si las múltiples reformas legislativas en el campo penal solo han constituido una desviación de las verdaderas soluciones; que sea este el momento para que nos comprometamos con esa imperativa labor.

Saber cuál ha sido el ordenamiento jurídico que nos ha regido y de dónde aparece el actual, creemos que debe ser el inicio de ese compromiso para fijar, con bases reales, los futuros derroteros; por esto es que conscientes de tal necesidad no hemos querido dejar pasar desapercibido los ciento cincuenta años de nuestra codificación penal y hemos convocado a un grupo de insignes juristas dignos representantes y forjadores de nuestro derecho penal para que sin interés distinto que el de continuar trabajando por un sistema punitivo más justo, nos acompañen y nos ilustren sobre lo que ha sucedido en este ya no corto recorrido jurídico y los que con grandeza han aceptado nuestra desinteresada invitación, sabedores que no nos respalda ningún andamiaje institucional ni financiero y que por ende, nada más que la gratitud generacional podemos entregarles, seguros pueden estar de que, precisamente, ahí radica la razón sobre el por qué tienen ganado un sitial entre los penalistas.

No creemos que sea simple coincidencia histórica que en esta oportunidad nos encontremos reunidos representantes de diversas generaciones; pensamos que este hecho demuestra diáfanamente, cómo en todas las épocas existen personas que prefieren recordar los triunfos de la razón más que los de la fuerza[3]; que si bien no es frecuente conmemorar estos episodios, porque viven el derecho penal, entienden que la sanción de un código punitivo es siempre un hecho trascendental, puesto que contribuye a formar culturalmente a un pueblo; así lo comprendieron los juristas argentinos cuando en 1971 recordaron el cincuentenario del Código Penal de su país, al igual que los chilenos en 1974 al celebrar el centenario de su respectivo código de las penas, estos y aquellos lo hicieron organizando jornadas internacionales[4]; el sesquicentenario de la codificación penal en Iberoamérica no

[3] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit., pág. 15.

[4] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit., págs. cits.

pasó desatendido con la publicación de importantes estudios de los profesores ZAFFARONI y RIVACOBA[5]; nosotros lo hacemos ahora en forma modesta pero profundamente sentida, no por vana imitación, sino porque, de una parte, sería imperdonable dejar pasar esta fecha sin siquiera rememorar nuestra primera ley penal, y de otra, porque qué más importante que confrontar la historia para ubicarnos en ella y avanzar.

II. UN INTERROGANTE

Cuando interpretamos alguna norma de la ley penal, muy rara vez nos interesamos sobre su origen; parece que nos importara más saber qué dice la doctrina actual sobre el tema, cuál es el alcance dogmático que le ha dado la jurisprudencia; en fin, tratamos de conseguir el mayor acopio de datos posible sobre la disposición vigente. A la postre se trata de resolver un caso actual con la normatividad que en el momento rige, sin inquietarnos por saber si esa disposición fue fruto de una reciente reforma o si constituye una nueva prohibición; en el primer evento por qué se hizo, qué fenómenos llevaron al legislador a introducir esas modificaciones o en el segundo caso, a qué se debió el nuevo tipo penal, la disminución o incremento punitivo, no interesa a la mayoría de los penalistas, bien en su función de abogar justicia o en la de aplicarla, pues la normatividad derogada ya no forma parte del sistema penal.

Pero si nos detenemos un poco, aquí radica el encubrimiento a la realidad del sistema punitivo, ya que además de limitar la necesaria comprensión de la norma por aplicar, estamos desconociendo la causa misma de la prohibición o de la propia punición; en otros términos, desvinculamos al derecho penal de la historia, los cambios y la actualidad política y económica del país, ignoramos que incidieron en la elaboración de la ley penal que pretendemos aplicar; el cuestionamiento politicocriminal queda en la teoría, si lo existe; la necesaria vinculación entre este y la norma penal desaparece; el análisis social no es posible hacerlo en forma idónea y honesta si se desconoce la problemática que ha originado sus conflictos; entonces, cuando esto sucede, ¿no será que se está aplicando la ley en abstracto? Y en consecuencia, ¿el imprescindible tránsito de la exégesis a la búsqueda teleológica si será real? Y lo más grave, es que así se atreven a proponer reiteradamente reformas a la ley penal y a elaborar las nuevas legislaciones, prontas estas a ser derogadas porque necesariamente no pueden producir efectos reales para los fines pretendidos.

Impera, entonces, encontrar una justificación y esta suele ser la de remitirla a la necesidad de conformar correctamente el esquema formal; ahora en poner en vigencia cualquier corriente doctrinaria novedosa; en justificar una labor gubernamental o aparentar, por medio de la justicia penal, el cumplimiento de las funciones del Estado, sin solucionar previamente las causas reales generadoras del conflicto social que da lugar a la problemática penal.

[5] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit. En esta publicación aparecen colaboraciones de Zaffaroni y Manuel de Rivacoba y Rivacoba.

En estas condiciones, es obvio que siempre habrá que reformar y rápidamente la ley penal porque nunca va a colmar el ideal perseguido. ¿Y esto a qué se debe? Indudablemente a que las modificaciones legales son carentes de ese contenido histórico, político, económico y social. Se justifica entonces, no detenernos ahora a analizar el artículo o el inciso sino a propugnar por un análisis histórico-crítico de nuestra realidad? Como vemos, no se trata de hacer historia compilando fechas y datos desmembrados de los acontecimientos, además que nunca podrán ser completos porque desde la expedición de nuestro primer Código Penal cuyo sesquicentenario celebramos, ya los datos oficiales sobre el tópico punitivo eran incompletos e inexactos, tal como lo afirmaba a fines del siglo pasado ARTURO QUIJANO, ese penalista olvidado, pero que dejó un invaluable legado analítico y crítico sobre la historia del derecho penal en Colombia[6]. Se trata es de determinar si son reales las causas que vienen originando las reformas penales desde el 27 de junio de 1837 o si por el contrario, no ha existido otro expediente más fácil al cual acudir para seguirlo repitiendo sin bases para sustentarlo, tal como se ha hecho tradicionalmente.

Importante es tener en cuenta, que al propio Estado no le ha interesado ni le preocupa hacer estas investigaciones, pues le resulta más beneficioso continuar afirmando iguales causas apriorísticas para no afrontar los problemas reales que originan los resultados que presentan como causas.

Intentemos establecer, cuáles han sido las que han servido de justificación oficial para las reformas penales, tan variadas como numerosas.

III. HACIA LOS ORÍGENES DE NUESTRA CODIFICACIÓN PENAL

Prácticamente aniquilados los aborígenes, su derecho penal, que, como afirmara don LUIS LÓPEZ DE MESA, por desconocer la escritura o las actuales precisiones matemáticas, no se puede suprimir la historia punitiva de aquella época; y luego de que la justicieria española, por lo menos formalmente, desapareciera con la gesta independentista, era necesario establecer un ordenamiento jurídico para reprimir el delito que, al decir de GUTIÉRREZ TOVAR, se constituyó en un peligroso disociador, "causa próxima o remota de alteraciones en el orden público"[7].

Así, no muy lejos de la firma del Acta de la Independencia, 20 de julio de 1810, en 1822 mediante decreto del 5 de enero firmado por Santander y su secretario, el historiador JOSÉ MANUEL RESTREPO, en vista de las dificultades de la legislación española y "no teniendo el Congreso tiempo para preparar proyectos de Códigos" se nombró una comisión para que lo hiciera «en vista de los Códigos Civiles y Penales más célebres de Europa» y atendiendo la arraigada legislación española, al temperamento y la organización del país. Esta comisión integrada por JOSÉ MANUEL RESTREPO (Ministro de lo Interior y Justicia), JOSÉ FÉLIX RESTREPO (Ministro de la Alta Corte), DIEGO F. GÓMEZ (Ministro de la Corte Superior), JERÓNIMO TORRES (Senador) y TOMÁS TENORIO (Abogado), si bien no hay constancia respecto a la labor realizada en cuanto al Código Penal, afirma QUIJANO que es muy posible que haya sido la misma que elaboró el proyecto que se publicó en 1823, el cual dice ser "tomado con las variaciones necesarias del que se presentó a las Cortes españolas, por una comisión en el año de 1821"[8].

El 28 de mayo de este último año, SANTANDER dirigió al Congreso un mensaje expresando que en la probabilidad de que no se pudiera expedir el Código Penal y en vista de la deficiencia del actual sistema, y de la morosidad de los contribuyentes y de la negligencia de las autoridades, debía decretarse pronto una ley que determinara cómo se debía proceder contra dichos contribuyentes y recaudadores olvidadizos.

Interesante resulta del precitado proyecto la consagración de una sección destinada a los "delitos contra el derecho de gentes", excluye la extradición para los delitos políticos y para todos los casos no precedidos por Tratados; de otra parte, si tenemos en cuenta la ardua polémica doctrinaria suscitada actualmente con la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal (decreto 0050 de 1987), importante es tener en cuenta que en aquel proyecto se consagraba "la indemnización de inocentes" por cuenta del fiscal, "del acusador particular" o del Estado en caso de que el procesado fuera declarado inocente, es decir, se proponía una regulación sustancialmente similar a la estatuida en la reciente ley procedimental y que además, está suscitando candente debate en el Congreso italiano hoy en día.

Encontrándose en proyecto lo que sería el primer Código Penal, ya aparece la actitud negativa y desfavorable respecto a la organización judicial y por tanto, a esta y al sistema penal se les atribuye la causa de la criminalidad y del desajuste social; JOSÉ FÉLIX RESTREPO dice en la Memoria de Gobierno de 1823: "...la administración de justicia es mala, pero no por falta de jueces sino por defecto de las leyes".

Durante ese lapso, el General FRANCISCO DE PAULA SANTANDER solicita en su mensaje al Congreso de 1824 que se haga la primera reforma judicial: "...la administración de justicia —dice— ha venido a ser un arte enmarañado y difícil, un laberinto de dudas y confusiones muy aparente para eternizar los juicios y destruir a todos los procesados; y un medio infalible de autorizar la arbitrariedad y los caprichos de los juzgadores, sin recurso para exigir de ninguno la responsabilidad por lo mal juzgado y sentenciado. Fuera de que hay varios delitos contra los cuales no han fulminado los legisladores ninguna pena. Hay penas, como son las pecuniarias, ineficaces y aún ridículas por el demérito que ha tenido la moneda, y otras que la ilustración del siglo, la libertad y la seguridad de que gozamos, ha condenado por bárbaras y atroces".

Nuevamente el General SANTANDER en su mensaje de 1827 dice: "... debido a la multiplicación de jueces y tribunales, la administración ha mejorado, pues es más rápida y hay más vigilancia sobre los infractores". Pero Don JOSÉ MANUEL RESTREPO en la Memoria de Gobierno del mismo año, comenta: "... la administra-

[6] ARTURO A. QUIJANO, *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*, Bogotá, Imprenta y Librería de Medardo Rivas, 1898.

[7] GABRIEL GUTIÉRREZ TOVAR, *Contribución al estudio de la criminalidad colombiana*, t. I, en mimeógrafo, publicación del Ministerio de Justicia, pág. 6.

[8] ARTURO A. QUIJANO, ob. cit., pág. 78.

ción de justicia criminal no es muy satisfactoria por la morosidad de jueces y alcaldes, cuya impunidad depende de la distancia en que se hallan las altas cortes".

La doble causa propuesta por FÉLIX RESTREPO en 1823, ya aparece reducida a una sola, la ineficacia de los jueces para administrar justicia, son morosos y arbitrarios; la crítica a la ley es más benévola y se cuestiona ya no por ineficaz sino por ser muy drástica. Este estado de cosas, debía ser modificado estatuyendo un código penal que permitiera buscar, mágicamente, soluciones a los problemas planteados, y así en 1833 el Consejo de Estado elaboró el proyecto de Código Penal expedido durante la administración del doctor JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ, con intervención de VICENTE AZUERO, MANUEL BENITO REBOLLO, RAFAEL MOSQUERA, BERNARDINO TOVAR, SALVADOR CAMACHO y JOSÉ MANUEL RESTREPO, además de la importantísima colaboración de Don LINO DE POMBO; este código es el conocido como el *Código de Márquez*, pero cuya autoría es discutida si se tienen en cuenta las 228 objeciones que le hizo el gobierno de SANTANDER, las cuales fueron acogidas por el Senado, con muy pocas excepciones; de ahí que diga ARTURO QUIJANO: "Honor a SANTANDER y a POMBO, los dignos enmendadores de la obra de MÁRQUEZ", originándose el primer estatuto de la legislación penal colombiana, que como se anotó, fue expedido el 27 de junio de 1837.

Se inicia nuestra historia normativa penal como un ejemplo no asimilado, desafortunadamente, por las posteriores generaciones que no han respetado la intervención democrática, pues a contrario de lo que sucede en la actualidad, fue discutido por el Congreso y no expedido por facultades extraordinarias al Ejecutivo.

Este código empezó a regir el primero de junio de 1838 y cuando tan solo habían transcurrido veintinueve días se expedía la primera ley de reforma. El presidente MÁRQUEZ advirtió al Congreso: "... La administración marcha mal y el trabajo de los tribunales es muy desigual. Las cárceles pésimas y los presidios no se han establecido".

Estos hechos reseñados hace ciento cincuenta años persisten y parece que el tiempo no hubiera pasado; los mismos vuelven a reproducirse como justificaciones para atacar el ascenso de la criminalidad al expedirse la vigente legislación penal, sustantiva y procedimental, en 1980 y 1987, respectivamente; pero al igual que antaño la solución se pretende obtener mediante la simple reforma sin enfrentar las causas reales que originan la mayoría de los delitos ni establecer, previamente, una verdadera política penitenciaria.

Claro es el Mensaje del presidente MÁRQUEZ, quien a pesar de haber intervenido en la elaboración del Código Penal de 1837, tuvo que reconocer el fracaso del mismo y procediendo al discurso idealista que se convertiría en tradicional hasta nuestros días, atribuye la causa a la ineficiencia en la administración de justicia; por obvias razones no ataca lo anacrónico del código, aún para esa época, que tomó como uno de sus modelos el estatuto penal de 1822 que como se sabe no rigió en España; pero pone en relieve un hecho importante: la crisis penitenciaria, se queja por el estado pésimo de las cárceles y porque los presidios creados por la ley no se establecieron, es decir, que la codificación penal se inicia como una manifestación represiva del poder estatal y no como expresión racional de la potestad punitiva.

Como es evidente, lo que podía ser un hecho histórico continúa como un problema palpitante; la censura del presidente MÁRQUEZ en la primera década del siglo pasado vuelve a ser eco al elaborarse el código penal actual, cuando al derogarse el de 1936 se terminó, entre otras, con la pena de presidio porque como lo afirmó el comisionado profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, la diferencia nunca fue real con la prisión e inclusive con el arresto, debido a que en el mismo sitio son recluidos los condenados con pena privativa de la libertad sin interesar su clase.

Importa tener en cuenta que en aquellos mensajes, al igual que hoy, los efectos se presentan como causas y estas se omiten; una tal forma de proceder no podía solucionar los conflictos sociales constitutivos del origen de la mayoría de los delitos; por tanto, resultaba más fácil continuar con el ocultamiento de la realidad mediante el discurso justificador que motivó la promulgación del primer código penal y que ya se había demostrado no había dado los resultados deseados.

En efecto, en 1843 se programó una encuesta para fundamentar una reforma judicial, y en ese mismo año, el General PEDRO ALCÁNTARA HERRÁN dijo: "...La administración de justicia, mientras no se expidan las leyes que requiere el ramo judicial, marchará de mal en peor".

En 1845 el doctor MARIANO OSPINA RODRÍGUEZ afirmaba: "... es necesario emplear buenos jurisconsultos como uno de los más eficaces medios de mejorar la administración de justicia".

Se continúa con la afirmación simplista de atribuirle a las leyes los defectos y fallas de la justicia, ponderando la capacidad de los magistrados y otras veces endilgándolas a fallas humanas, con prescindencia de la ley.

En 1846 se consideró necesaria y urgente la reforma, el General MOSQUERA pidió al Congreso una completa reorganización judicial; igual procedimiento adoptó el doctor FLORENTINO GONZÁLEZ en 1848 y Don JOSÉ MARÍA PLATA expresó en 1852: "... la administración de justicia sigue mal, y ello no podrá remediarse mientras no sea gratuita, pues los derechos procesales aseguran la impunidad del rico y el desamparo del pobre".

En 1853 el doctor PATROCINIO CUÉLLAR resumió así el estado de la justicia: "... no marchan bien los tribunales; tampoco los jueces que no tienen la independencia debida, ni los jueces de parroquia ignorantes, sin remuneración y con una plétora de leyes que los ofusca".

De interés resultan estas dos últimas afirmaciones al abandonar el sofisma generalizador de atribuir el aumento de la criminalidad y la impunidad a la "mala administración de justicia", para penetrar en los aspectos concretos que podían generarla; cuando menos se reconoce la diferencia de clases económicas, entre las cuales la misma ley beneficiaba a los más poderosos al hacer onerosos los trámites procesales; entre tanto, el doctor CUÉLLAR reclama independencia de los jueces, debida remuneración y critica la proliferación legislativa; no exageramos al afirmar, que principalmente respecto a los dos últimos puntos, la reclamación permanece igual.

El procurador Don FLORENTINO GONZÁLEZ en 1857 advirtió que: "la justicia ha marchado en una especie de interinidad e incertidumbre y que no pueden publicarse estadísticas porque los juzgados y tribunales no han enviado los datos del caso.

La administración de justicia se ha resentido de la transición del régimen central al confederado y es inoportuna toda indicación sobre reformas judiciales y todo informe como base de ellas. La interinidad de casi todos los jueces ha perjudicado el buen servicio".

En 1858 el doctor MANUEL ANTONIO SANCLEMENTE, secretario de gobierno, afirmó: "El poder judicial debe reformarse de acuerdo con el nuevo régimen"[9].

La reiterada inconformidad de los gobernantes con el sistema judicial, indica que en la primera mitad del siglo XIX, la crítica fue permanente e idéntica, todo el cuestionamiento se revierte a la inoperancia de la ley, y a la falta de capacidad de los funcionarios; pero para nadie es oculto que precisamente es esa época cuando las guerras intestinas por el poder, la resistencia de los españoles que quedaban y veían perder su *status* de dominio y explotación, la marcada diferenciación clasista y la absoluta desprotección económica de los campesinos que constituían el porcentaje mayoritario de la población, necesariamente, eran fenómenos sociopolíticos que se necesitaba solucionar, lógicamente, con una política diferente a la ley penal, pues el delito es consecuencia o manifestación de las desigualdades sociales; muestra de ello es el cuadro estadístico oficial, en donde se destaca que la solución represiva tan solo encubría la falta de la solución real; es así como el índice de homicidios, asesinatos, robos y hurtos se incrementaron independientemente de la proliferación de leyes[10].

Esta situación de crítica constante a la ineficacia de la administración de justicia y de responsabilizar el sistema penal de los problemas sociales, se mantiene durante la expedición de la ley 112 de junio 26 de 1873, por medio de la cual se expidió un código penal que reflejó parcialmente las innovaciones constitucionales de 1863, y continúa el cuestionamiento hasta la expedición del Código Penal de 1890; de donde se colige que desde 1837 hasta finalizar el siglo no hay diferencia en las justificaciones de las reformas penales, como se infiere de las cartas, informes y documentos presidenciales que incluían la consabida cláusula respecto al mal estado de la justicia y a la necesidad de la reforma.

IV. CONSOLIDACIÓN DE NUESTRA NORMATIVIDAD PENAL

La falta de originalidad caracterizada, determina que la justificación y necesidad de una reforma se fundamente en las mismas razones que sirvieron de base a la expedición del Código Penal de 1837; tan es así que una vez derogado el estatuto de 1890 por el de 1936, el presidente LÓPEZ PUMAREJO en su mensaje al Congreso de 1942, se quejaba (igual que ahora) de la impunidad reinante en el país y reclamaba con urgencia reformas para combatir la criminalidad en ascenso. Esto sucedía cuando apenas habían transcurrido cuatro años de vigencia de las instituciones penales que la República se dio en 1936 y 1938. Igual alarma expresó el presidente LLERAS CAMARGO al tomar posesión de la primera magistratura de la Nación en 1945.

[9] GABRIEL GUTIÉRREZ TOVAR, ob. cit., de esta obra hemos tomado algunas de las transcripciones referidas a los mensajes presidenciales al Congreso en el siglo XIX.

[10] ARTURO A. QUIJANO, ob. cit., págs. 145 y ss.

En 1950 hubo numerosos intentos para reformar las instituciones penales sustantivas y procedimentales. Múltiples comisiones se integraron para tal fin, mas sin embargo la alarma por el crecimiento de la delincuencia y la impunidad se acrecentaba; esta situación la describió el presidente LLERAS CAMARGO en su mensaje al Congreso de 1961, donde dijo: "... El clamor general sobre la justicia, al cual se suman no pocos de los jueces que encuentran inadecuada la organización presente y que a pesar de sus conocimientos y voluntad no logran dominar el complejo y arcaico mecanismo destinado a consagrar la rutina, la lentitud y la impunidad, obligará seguramente al Congreso a dedicarle la más seria atención al examen de la reforma. Es cosa grave que aún con ligereza y muchas veces sin plena información, todo un país acepte como axiomática la quiebra de su organización judicial, y que no haya nadie que pueda levantarse con autoridad suficiente, nacida de los hechos mismos a refutar esa convicción pública".

Los proyectos a que se refería el presidente LLERAS CAMARGO, como otros que antes se habían presentado, naufragaron en el Congreso[11].

Después de suscitarse la crisis de las instituciones jurídico-penales, en 1963 se vuelve a echar mano de los razonamientos referidos para superar el conflicto social; es así como la ley 27 de dicho año otorgó facultades al Ejecutivo para la promulgación de decretos conocidos en conjunto con el nombre de "Reforma Judicial", caracterizada esencialmente por el incremento punitivo.

La vigencia de estas normas prevista para mediados del año de 1965, el primero de agosto, fue efímera, pues al ser declaradas inexequibles por la Corte Suprema de Justicia algunas disposiciones del decreto 528 de 1964, prácticamente se derrumbó la reforma y mediante la ley 16 de 1968, sancionada el 28 de marzo, se otorgó facultades al presidente de la República para reorganizar el procedimiento penal, las cuales por lo vagas e imprecisas, se concretaron por medio de la ley 16 de 1969, y en ejercicio de ellas se expidió un nuevo código de procedimiento penal mediante el decreto 409 de 1971, recientemente derogado por el decreto 0050 de 1987. En 1979 se reformó la Constitución Nacional para introducir el sistema acusatorio y se expidió un código de procedimiento penal, que no rigió al ser declarada inconstitucional esta reforma y en 1980 se expidió el actual Código Penal que derogó el de 1936; este nuevo estatuto fue modificado a los 2 días de empezar a regir y a los 5 días recibió otra reforma, es decir, que lo sucedido hace ciento cincuenta años con el Código Penal de 1837 no constituye un hecho aislado en nuestra evolución jurídica.

No es necesario mayor esfuerzo analítico para comprender, que sobresale en la reseña legislativa hecha, la ausencia de una política criminal y de la previa solución a los problemas básicos del conglomerado social, y en las mismas condiciones se continuó con el criterio reformista idealista. Prueba de esto es la proliferación legislativa acaecida en los ciento cincuenta años de nuestra legislación penal, que lejos

[11] *Nuevo Código Penal*, ed. oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1980, pág. 12.

de vislumbrar una solución concreta, constituye un procedimiento encubridor, que dificulta en grado sumo el cumplimiento por parte del Estado, de los fines que implica un ejercicio racional de la potestad punitiva[12].

V. ¿HAN VARIADO LAS JUSTIFICACIONES REFORMISTAS?

Pensamos que el estudio dialéctico del decurso por el que ha transitado nuestra legislación penal, nos lleva a colegir categóricamente que el fenómeno justificador de las constantes reformas, ha permanecido sin variantes esenciales, lo que implica el estancamiento en el análisis de la realidad social, o lo que es más grave, el encubrimiento estatal con las consecuencias nefastas de incremento en la marginalidad y pauperización de sectores cada vez mayores de la sociedad. De ahí que haya que superar el fundamento tradicional al que se ha recurrido como medio sofístico para distraer la exigencia de soluciones reales en el orden económico, político y social, pues la vía de responsabilizar al sistema penal del desbarajuste institucional, corresponde a la manipulación ideológica de las clases en el poder, que lejos de querer establecer las causas reales de la delincuencia, prefieren utilizar el fenómeno delictual como pretexto permanente para abanderar políticas populistas y demagógicas, que desafortunadamente se impulsan desde la misma academia.

Bogotá, D. E., junio 27 de 1987

[12] El Instituto SER de Investigación, al proponer soluciones políticas a la crisis de la justicia, luego de criticar la tradición en el país de pretender solucionar los problemas que afronta la administración de justicia, mediante la expedición de nuevos estatutos legales y la creación de nuevos despachos judiciales, cuestiona este mecanismo porque hace "creer al país que a partir de esa reforma ya no habrá más dificultades para la justicia" y agrega: "El Ministro de turno nombra una Comisión encargada de elaborar el proyecto, y con ese se libera de la obligación de resolver el problema por unos dos o tres años; el que lo sucede en el cargo expide la legislación, y queda exonerado de toda responsabilidad durante unos cinco años, cuando comienza a quedar en claro la inutilidad, y a veces lo contraproducente, de la reforma realizada". Cfr. JAIME GIRALDO ÁNGEL, PATRICIA GÓMEZ DE LEÓN y EDUARDO VÉLEZ, *Jueces y Justicia en Colombia*, Instituto SER de Investigación, Bogotá, Cerec., 1987, pág. 105.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Corte Suprema de Justicia
(Sala Plena)

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS A FAVOR DEL ABSUELTO INEXEQUIBILIDAD DEL ART. 244 DEL C. de P. P.*

No tiene fundamento una norma como la acusada, consagratoria de una forma de presunción de responsabilidad a cargo de magistrados, jueces, peritos, testigos y abogados, atentando contra el principio de culpabilidad (art. 5° del C. P.), y que desconoce la orientación filosófica del Código Penal, con la consiguiente transgresión de la ley de facultades. Así mismo, viola dicha disposición la presunción de inocencia y el art. 20 de la Constitución, al no distinguir entre "culpa personal" y "culpa del servicio".

Comentario: Dr. RICARDO I. HOYOS DUQUE
Magistrado ponente: Dr. FABIO MORÓN DÍAZ
Julio 16 de 1987

I. ANTECEDENTES

El ciudadano *José Alfonso Isaza Dávila*, en ejercicio del derecho que le confiere el art. 214 de la Constitución Nacional, se ha dirigido a esta Corte para solicitar que declare inexequible el art. 244 del decreto-ley 50 de 1987, por medio del cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal, cuyo texto es el siguiente:

"DECRETO-LEY 50 DE 1987
"Por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal

"...

"Artículo 244.—*Indemnización de perjuicios a favor del absuelto*. Los condenados a quienes se absolviere en virtud de los recursos de revisión y casación, o sus herederos, tendrán derecho a exigir de los magistrados o jueces, testigos, peritos, o abogados que

* El expediente en el cual aparece contenida esta decisión se halla radicado bajo el número 1602. La sentencia es la número 78, acta número 33. En igual sentido se pronunció la H. Corte Suprema, resolviendo que se estuviera a lo decidido en la providencia que aquí insertamos, mediante sentencia número 94, expediente 1636, acta número 37, de agosto 5 de 1987, con la ponencia del magistrado JAIRO E. DUQUE PÉREZ, sin que se presentara ningún salvamento de voto.

hubieren determinado la condena, la indemnización de los perjuicios sufridos con ella, de acuerdo con las normas civiles correspondientes''.

Habiéndose surtido el trámite que indica el decreto 432 de 1969, procede la Corte a decidir.

II. La demanda

Considera el actor que el precepto transcrito viola los arts. 2, 16, 25, 26, 55, 58 y 76, numeral 12, de la Constitución Política.

Señala como razones de dicha violación las siguientes:

a) *Se viola el principio de la separación de poderes que, según el demandante existe también a ''nivel interno'' dentro de la rama jurisdiccional del poder público, por cuanto, ''si bien es cierto que el juez debe guardar el debido respeto a su superior jerárquico, de todas maneras guarda independencia para interpretar la ley al pronunciar sus providencias.''*. El juez, al pronunciarse en los casos sometidos a su conocimiento, no tiene que hacerlo con el mismo criterio de sus superiores.

Agrega sobre el mismo punto que al juez le está vedado proveer por vía de disposición general o reglamentaria, ya que la función judicial en su misión de administrar justicia, tiene que hacer una valoración, un juicio, en lo cual se distingue de la función gubernativa y de la normativa por vía general.

Dice que, al aplicar el art. 244 del decreto 50 de 1987 estaríamos frente a la situación de que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de los recursos de revisión y casación, *estaría proveyendo por vía de disposición general o regla unitaria, debido a que la interpretación de la ley penal que haga dicha Sala, indirectamente y en la práctica obligaría a los demás jueces penales inferiores*, ya que estos no podrían separarse de esa interpretación de la Corte, so pena de verse obligados a pagar perjuicios a los reos absueltos por causa de los recursos de revisión y casación.

Si el juez, por dolo o culpa dicta una providencia contraria a derecho, es responsable penal y civilmente de acuerdo con las leyes en vigor, pero esa responsabilidad es distinta de la objetiva y personal que contiene la norma impugnada.

b) *Se viola el derecho de defensa tutelado en el art. 26 de la Carta, en cuanto se incluye a los abogados como responsables según la disposición demandada.* Un abogado actúa dentro de un proceso penal, bien como defensor del procesado o bien como apoderado de la parte civil. Como apoderado o defensor, resulta casi increíble que un abogado haga condenar a su patrocinado, pues aunque la defensa sea negligente, de todas formas al juez le corresponde averiguar tanto lo favorable como lo desfavorable para el procesado. En lo que respecta al abogado de la parte civil, este busca y trata de conseguir que se condene al procesado, y por ende una indemnización de perjuicios a favor de su representado.

''Al ir el negocio a la Corte —dice el demandante— se absuelve por diferente interpretación jurídica; entonces el apoderado de la parte civil que pidió el fallo (y el juez) serían condenados a pagar perjuicios, y claro, ningún abogado querría defender a una persona perjudicada con un delito''.

c) En lo que atañe a los peritos, también incluidos dentro del precepto demandado, se viola —en concepto del actor— el art. 16 de la Constitución Política, pues el perito cumple como función, un deber social que le encomienda la sociedad. ''Es lógico que *sí el perito se siente coaccionado por el tipo de responsabilidad de la norma acusada, tratará de eludir su deber social o no lo hará con la debida independencia que le corresponde como auxiliar de la justicia*''.

d) La norma demandada viola el art. 76, ordinal 12 de la Constitución, pues el presidente ''se salió'' de las precisas facultades extraordinarias otorgadas por la ley 52 de 1984, ya que según esta el Código debería seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones. En el Código Penal (art. 5°) se dice textualmente: ''Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. *Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*''. (Subrayó el demandante).

III. Concepto del procurador general

Mediante oficio N° 1148 del 23 de abril de 1987, el procurador general de la Nación emitió concepto, en el cual sobresalen los siguientes apartes:

''No comparte el Despacho los criterios expresados por el actor en este punto, pues fundamenta el exceso de facultades en el hecho de que el art. 244 consagra una responsabilidad objetiva, la cual no se incluyó en las autorizaciones de la ley 52 de 1984, dado que el canon demandado no consagra responsabilidad objetiva alguna, y antes por el contrario, de la lectura del citado precepto se llega al convencimiento de que la intención del legislador es evitar la existencia de esa clase de responsabilidad. Obsérvese que el texto de la norma impugnada permite a los condenados absueltos en virtud de los recursos de casación y revisión exigir indemnización de perjuicios a los «magistrados o jueces, testigos, peritos o abogados *que hubieren determinado la condena...*», con lo cual resulta indudable que ese derecho de la persona absuelta va dirigido exclusivamente contra las personas que determinaron su condena y no contra todos sin distingos, existiendo por tanto un nexo causal entre el derecho a obtener indemnización por parte del absuelto y quienes resultan responsables de su condena, todo lo cual habrá de establecerse ante la justicia civil, conforme a lo estatuido en el artículo que hoy se cuestiona.

''...

''Pasando a las acusaciones de violación de los principios de separación de los poderes, derecho de defensa y deberes sociales, estima el procurador que ninguno de ellos aparece vulnerado por la disposición bajo examen. En efecto, el que la Corte Suprema de Justicia al definir los recursos de casación y de revisión decida absolver a una persona que haya sido condenada, no puede entenderse como una forma de legislar por parte de esa corporación en Sala de Casación, porque si, como bien lo expresa el art. 10 de la ley 153 de 1887, tres decisiones uniformes de ella «sobre un mismo punto de derecho constituyen *doctrina probable*» (se subraya), no por esto puede afirmarse que sea obligatoria para los jueces, dado que el mismo art. 10 deja a criterio de tales funcionarios su aplicación, preservando así la debida independencia del inferior frente al superior.

''...

''En términos generales, los mismos argumentos antes expuestos son predicables en punto a la presunta violación del derecho de defensa y de los deberes sociales de los abogados, peritos y testigos, a quienes hace referencia el impugnante. El art. 244 del decreto-ley 50 de 1987, indudablemente busca preservar la majestad de la justicia, procurando que quienes intervienen en los procesos penales actúen de manera justa, ecuánime y recta, so pena de verse sometidos al pago de indemnizaciones por actuaciones dolosas o de culpa grave, como sería una defensa negligente o una total carencia de defensa tanto de los intereses del acusado o de la parte civil, situaciones que aun cuando parecen inconcebibles bien pueden ocurrir.

''De igual manera, tampoco se violan los deberes sociales de los peritos o testigos, ya que esa norma los obliga, dado su carácter de auxiliares y colaboradores de la justicia, a actuar con rectitud en el desempeño de sus funciones, sin que por ello deba afirmarse que el art. 244 demandado los coaccione y les impida el libre ejercicio de su labor''.

Por lo anterior, solicita a la Corte que declare exequible la norma demandada.

IV. Consideraciones de la Corte

1. *Competencia*. Es competente la Corte Suprema de Justicia para decidir en forma

definitiva sobre la constitucionalidad del artículo demandado, por cuanto este hace parte del decreto 50 de 1987, expedido por el presidente de la República en desarrollo de facultades extraordinarias (art. 76, ord. 12 de la Const. Nal.).

2. *La cosa juzgada.* Aunque la Corte ya se pronunció en torno a la exequibilidad de todo el decreto mencionado, por medio del cual se adoptó el Código de Procedimiento Penal (sentencia del 21 de mayo de 1987; magistrado ponente: Dr. JAIRO E. DUQUE PÉREZ), ese pronunciamiento se circunscribió a establecer si se habían ejercido las facultades extraordinarias en la oportunidad contemplada por la ley 52 de 1984, quedando sin dilucidar la constitucionalidad de los distintos artículos integrantes del Código, lo cual únicamente procede en la medida en que se presenten demandas contra ellos.

Lo anterior implica que, según criterio varias veces reiterado por esta corporación, en casos como este no se produce el fenómeno de la cosa juzgada *absoluta*, sino apenas relativa, esto es, delimitada a los puntos que fueron objeto del juicio de constitucionalidad.

Por las razones expuestas, entrará la Corte a decidir sobre el fondo de la demanda que ha dado lugar al presente proceso.

3. *La norma demandada.* El art. 244 del decreto 50 de 1987 establece como derecho en favor de los condenados a quienes se absolviere en virtud de los recursos de revisión y casación (o sus herederos), el de obtener indemnización de los perjuicios sufridos en virtud de la condena, a cargo de los magistrados o jueces, testigos, peritos o abogados que la hubieren determinado.

La ley 52 de 1984, en su art. 1°, revistió al presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de dos años para "elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, que deberá seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones", de conformidad con el numeral 12 del art. 76 de la Constitución Nacional. La Corte reitera su jurisprudencia en el sentido de que tales facultades deben ser precisas, como se han consagrado en el citado art. 1° de la ley 52 de 1984, y como lo ha reconocido esta corporación en diversos pronunciamientos sobre el nuevo estatuto penal.

La orientación filosófica del Código Penal está consagrada principalmente en las normas del libro primero, cuando se describen cuáles son "las normas rectoras de la ley penal colombiana". Entre ellas es oportuno señalar la que se refiere a la culpabilidad, que establece que "para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva", con la cual se ha evolucionado definitivamente hacia el derecho penal de la culpabilidad. Entonces, si el gobierno debía someterse en la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal a la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones, *no tiene fundamento alguno una norma como la acusada en donde se consagra una forma de presunción de responsabilidad a cargo de magistrados, jueces, peritos, testigos y abogados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales a que esa disposición se refiere.* Es claro entonces, que el gobierno desbordó los precisos límites que le impuso la ley de facultades extraordinarias y en tal virtud el art. 244 acusado viola el numeral 12 del art. 76 en concordancia con el numeral 8° del art. 118 de la Carta.

Al establecer en el mencionado art. 244 del Código de Procedimiento Penal la indemnización de perjuicios a favor del absuelto o de sus herederos, cuando los condenados obtuvieren tal absolución en virtud de los recursos de revisión y casación, para tener derecho a exigir a los magistrados o jueces, testigos o peritos o abogados que hubieren determinado la condena, la indemnización de perjuicios sufridos con ella, de acuerdo a las normas civiles correspondientes, también el legislador extraordinario desconoció un principio esencial del derecho penal que se proyecta en el campo civil, con fundamento constitucional, *como es la presunción de inocencia.*

Toda persona es inocente, mientras legalmente no se demuestre lo contrario, con la aplicación de los principios de legalidad y del debido proceso, que constituyen entre otros la columna vertebral de los estatutos penales, con incidencia en el campo civil como se anotó anteriormente. Por estos aspectos también resulta inconstitucional la norma acusada.

La norma impugnada establece la responsabilidad para los magistrados y jueces, sin hacer distingos entre la "culpa personal" de ellos y la denominada "culpa del servicio", a la que parece referirse el art. 20 de la Carta, violándose así esta disposición.

Pero para la decisión del asunto *sub judice*, considera la Corte que *no es del caso adentrarse en el análisis y estudio de la responsabilidad extracontractual del Estado, dado que a la inexequibilidad del precepto acusado se llega por la falta de especificidad de la materia autorizada por la ley de facultades.*

En conclusión, cualquiera sea la tesis que se adopte sobre este tema de responsabilidad del Estado por el hecho de la administración de justicia, la Corte encuentra que la materia de la disposición acusada no se acomoda a ninguna de las específicamente señaladas en la ley de facultades, ni al contenido propio de un Código de Procedimiento Penal, por lo que declarará su inexequibilidad en la parte resolutiva de esta providencia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, previo estudio de su Sala Constitucional y oído el concepto del señor procurador general de la Nación,

RESUELVE:

Declarar *inexequible* el art. 244 del decreto 50 de 1987 (Código de Procedimiento Penal).

Cópiese, publíquese, comuníquese al gobierno nacional, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

SALVAMENTO DE VOTO

De los H. Magistrados: HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA, JUAN HERNÁNDEZ SÁENZ, HÉCTOR GÓMEZ URIBE, JACOBO PÉREZ ESCOBAR, JORGE CARREÑO LUENGAS y HUGO PALACIOS MEJÍA, conjuez.

Ref.: *Expediente N° 1602*
Acción de inexequibilidad contra el art. 244 del decreto-ley 50 de 1987, "por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal".

Nos apartamos respetuosamente de la opinión mayoritaria por no considerar concluyentes los argumentos de la demanda esgrimidos contra la norma acusada, ni en particular aquellos que fueron acogidos en la sentencia de la cual disentimos.

Estimamos que la disposición acusada consagra un caso concreto de responsabilidad civil extracontractual, pues de otra manera carecería de sentido la frase "de acuerdo con las normas civiles correspondientes" con que ella concluye. Para tal efecto estaba plenamente facultado el legislador extraordinario, dada la íntima relación existente entre el proceso penal mismo y los efectos perjudiciales que para el sindicado se pueden derivar de él, por actuaciones dolosas o culposas de quienes intervinieron.

Por otra parte, conviene anotar que *la responsabilidad civil extracontractual, por regla general es subjetiva no objetiva, lo cual se conforma con la inspiración culpabilista del Código Penal, cumpliéndose así la primera condición exigida por la ley de facultades para su ejercicio*; a saber, que el nuevo Código de Procedimiento Penal tuviera la misma orientación filosófica del Código Penal. En efecto, el precepto fundamental de la responsabilidad civil extracontractual contenido en el art. 2341 del Código Civil, es del siguiente tenor:

"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Se dijo en el curso de las deliberaciones en Sala Plena que la interpretación del precepto declarado inexequible habría de conducir necesariamente a una de dos conclusiones, ambas suficientes para adoptar la decisión que acogió la mayoría: o el artículo plasmaba un caso de responsabilidad susceptible de aplicarse solamente sobre la base del delito o la culpa, dada la expresa remisión a las normas civiles, hipótesis en la cual la norma era inútil, o se trataba de una nueva forma de responsabilidad objetiva, caso en el cual resultaba inconstitucional por el motivo ya expuesto, consistente en la contradicción con la filosofía del Código Penal y el consiguiente exceso en el uso de las facultades extraordinarias.

Creemos que no es tarea de la Corte en esta clase de procesos fallar acerca de la mayor o menor utilidad de las normas jurídicas que se someten a juicio constitucional, pero aun en el supuesto, aceptado solo en gracia de discusión, de que le fuera dado pronunciarse al respecto, no por inútil es una norma inconstitucional. En el presente caso no sucede ni lo uno ni lo otro: el art. 244 del C. de P. P. no viola la Carta Política, por las razones ya expuestas, pero tampoco es inútil, pues está destinado a consagrar una forma

de responsabilidad por el dolo o la culpa en materia de fallos judiciales, por cuyos perjuicios civiles, según el precepto acusado, no iría a responder tan solo el Estado sino que podría entablarse la correspondiente acción contra funcionarios y agentes que intervinieron en el proceso para que respondieran en forma personal.

Finalmente, consideramos importante subrayar que de las razones que pueden llevar a configurar casos de responsabilidad extracontractual según el art. 2341 del Código Civil no pueden excluirse las de carácter penal, ya que si se incurre en una conducta sancionada por el Código Penal, también puede procederse conforme a las leyes civiles en lo relativo a la indemnización. El término "delito", utilizado por el artículo en mención, comprende tanto los delitos penales como los actos fraudulentos de carácter puramente civil.

No encontramos que sea motivo de inconstitucionalidad el sostenido por el demandante cuando afirma que se viola el derecho de defensa de quienes, según el artículo, estarían llamados a responder civilmente, ya que esa garantía constitucional se refiere al proceso mismo, al paso que la norma acusada alude al motivo por el cual puede iniciarse el proceso tendente a deducir la responsabilidad en cada caso concreto.

Tampoco es admisible el argumento sobre infracción del art. 55 de la Carta, pues, por una parte, no se ve cómo podría el precepto *sub examine* desconocer los principios de separación en las funciones públicas y colaboración entre quienes las ejercen, y, por otra, no tiene ningún fundamento constitucional la "separación interna" a que el actor alude.

De ninguna manera resulta violado el art. 16 de la Constitución y, por el contrario, parece que la disposición demandada tiende a darle desarrollo precisamente en cuanto hace al cumplimiento de los deberes sociales de quienes administran justicia y de los particulares que la auxilian.

Estimamos, pues, que dicha norma ha debido ser declarada exequible, pues no infringe ningún canon constitucional.

Fecha, *ut supra.*

***

COMENTARIO

Mediante sentencia del 16 de julio del presente año, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el art. 244 del nuevo Código de Procedimiento Penal (decreto-ley 50 de 1987), por medio del cual se consagraba la indemnización de perjuicios a favor del absuelto en virtud de los recursos extraordinarios de revisión o casación.

Como lo expresamos al comentar el proyecto de Código[1], se quería establecer como primer responsable por la falla del servicio de justicia, en esos casos al Estado, con lo cual nuestra legislación se colocaba a tono con la tradición constitucional y legislativa en este campo, tanto en los países europeos como en los latinoamericanos.

Infortunadamente, en el texto definitivo se le excluyó y se conservó en lo fundamental lo previsto por el art. 591 del anterior Código de Procedimiento Penal, con la salvedad sí y como aspecto novedoso, de que era procedente reclamar daños y perjuicios frente a la sentencia absolutoria en casación.

Entre los argumentos esgrimidos por el demandante se adujo la extralimitación por parte del gobierno de las facultades conferidas por el Congreso mediante la ley 52 de 1984,

[1] Véase "La indemnización de perjuicios en favor del absuelto", en Revista *Nuevo Foro Penal*, N° 34, octubre - diciembre 1986, págs. 475 y ss.

toda vez que el Código de Procedimiento Penal debía ceñirse a la orientación filosófica del Código Penal, y particularmente al art. 5°, que proscribe toda forma de *responsabilidad objetiva* .

El procurador general de la Nación, en su concepto, se pronunció por la exequibilidad de la norma por considerar que el cánon demandado no consagra responsabilidad objetiva alguna, antes por el contrario, de la lectura del citado precepto se llega al convencimiento de que la intención del legislador es evitar esta clase de responsabilidad "resulta indudable que ese derecho de la persona absuelta va dirigido exclusivamente contra las personas que determinaron su condena y no contra todos sin distingos, existiendo por tanto un nexo causal entre el derecho a obtener indemnización por parte del absuelto y quienes resultan responsables de su condena, todo lo cual habrá de establecerse ante la justicia civil, conforme a lo establecido en el artículo que hoy se cuestiona".

La Corte acogió los planteamientos del demandante, con base en las siguientes consideraciones:

1. La norma acusada consagra una forma de *presunción de responsabilidad* a cargo de magistrados, jueces, peritos, testigos y abogados, con lo cual violó el art. 5o. del Código Penal, que vinculaba al ejecutivo de acuerdo con la ley de las facultades.

2. Se desconoció, consiguientemente, la presunción de inocencia, principio fundamental del derecho penal, de raigambre constitucional, y cuya incidencia se proyecta en el campo civil.

3. La disposición en comento "establece la responsabilidad para magistrados y jueces, sin hacer distingos entre la «culpa personal» de ellos y la denominada «culpa del servicio», a la que parece referirse al art. 20 de la Carta, violándose así esta disposición".

Por último, se afirma que la materia de la norma acusada no se acomoda al contenido propio de un Código de procedimiento penal, lo que parece ser una tacha a la falta de técnica legislativa, aspecto irrelevante en el control jurisdiccional, como quiera que el alcance de este solo llega hasta la confrontación del texto impugnado en la Constitución Nacional.

De esa sentencia salvaron su voto 6 magistrados, quienes estimaron que la norma se ajustaba a la Constitución, por cuanto el ejecutivo estaba facultado para regular los efectos perjudiciales que pudieran derivarse del proceso penal para el sindicado, por actuaciones dolosas o culposas de quienes intervinieron en él.

Llama la atención, como se anota en el salvamento, que acuda la Corte a criterios de conveniencia o utilidad para declarar la inconstitucionalidad del art. 244 del C. de P. P.

En efecto en la discusión se planteó la siguiente disyuntiva, que necesariamente conducía a la inexequibilidad:

a) Se trata de un supuesto que debe resolverse de acuerdo con las normas generales de la responsabilidad civil, fundada sobre la culpa (art. 2341 del C. C.), en razón de la remisión que se hace a estas y, por consiguiente, carece de toda utilidad, o

b) Es un caso de responsabilidad sin culpa u objetiva.

Hubiera sido más adecuado interpretar la norma acusada en su sentido natural y obvio, esto es, como la reiteración del principio de responsabilidad derivado de todo daño o lesión causado al patrimonio. A esta conclusión se llega de acuerdo con el tenor literal de la disposición en cuanto exige que el responsable haya *determinado* la condena, situación que correspondería precisar de acuerdo con las reglas civiles, a la jurisdicción ordinaria.

La Corte, mediante una interpretación autorizada, habría podido despejar todo equívoco. Por lo demás, de dos interpretaciones contradictorias debe preferirse aquella en virtud de la cual la norma resulta ajustada a la Carta. No otra cosa puede derivarse de la presunción de constitucionalidad que milita en favor de la ley.

Bien dijeron los magistrados disidentes: "...No es tarea de la Corte en esta clase de procesos fallar acerca de la mayor o menor utilidad de las normas jurídicas que se someten a juicio constitucional... no por inútil es una norma inconstitucional".

Tanto en la sentencia como en el salvamento de voto, se desconoce la situación de la responsabilidad del Estado por el hecho de la administración de justicia colombiana. Se parte del supuesto de que esa responsabilidad se admite sin mayores problemas. Sin embargo, la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado a ese respecto ha sido remitir a la responsabilidad personal de jueces y magistrados, por considerar que los perjuicios derivados de esa actividad constituyen un riesgo, o una carga pública que pesa por igual sobre todos[2].

Esta afirmación resulta discutible, por cuanto quien ha sido privado injustamente de su libertad sufre un daño al que no se han visto expuestos los demás, y por consiguiente, la caja pública, el erario, el Estado, al decir de DUGUIT, debe restablecerle en su derecho, a nombre de la colectividad por cuya seguridad se ha padecido el perjuicio. Desde los albores mismos de la Revolución Francesa se ha sostenido este punto de vista, en palabras de MARAT: "Si interesa a la defensa de la sociedad tener a un inocente del que haya vehementes sospechas de delincuencia, no incumbe menos a la libertad pública reparar lo que ha sufrido por la causa común. Se le concederá, pues, una indemnización proporcional, no solamente por los daños que ha experimentado y el malestar que ha sufrido, sino por las amarguras y los pesares que se le han afligido"[3].

La distinción entre "culpa personal" y "culpa de servicio" a que alude la sentencia y pretende aclarar en el art. 20 de la Constitución, realmente es una diferenciación de carácter doctrinario y jurisprudencial, pero nunca de rango constitucional[4].

Precisamente, con fundamento en dicho precepto, según el cual los funcionarios públicos son responsables por infracción de la Constitución y de las leyes, por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de estas, la norma resulta exequible.

No hay en nuestra Constitución ninguna norma que expresamente aluda a la responsabilidad del Estado. De ahí que la jurisprudencia administrativa haya tenido que deducirla acudiendo al art. 16 de la Carta Política, que establece los deberes sociales de aquel[5].

A ese respecto el profesor MARIENHOFF señala que el fundamento de la responsabilidad estatal "no es otro que el *Estado de Derecho* y sus postulados, cuya finalidad es proteger el derecho. Es de esos principios, o postulados, que forman un *complejo* y que tienden todos a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados, de donde surge el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del derecho público.

"Los principios aludidos resultan de la Constitución Nacional, como así de las generosas expresiones de su preámbulo y de ciertos principios capitales del derecho («no dañar a otro», «dar a cada uno lo suyo») que, por cierto, también integran nuestro ordenamiento jurídico, como el de todo país civilizado.

"No es concebible un Estado de Derecho *irresponsable*. Lo contrario implicaría un contrasentido «Estado de Derecho» y responsabilidad son, en este orden de ideas, conceptos correlativos. Tal responsabilidad existe cualquiera sea el órgano estatal —legislativo, ejecutivo o judicial— causante del agravio, pues cualquiera de estos órganos al actuar lo hace en nombre del *Estado*, a cuya *estructura* pertenece.

[2] Para un análisis más detallado de este punto, puede verse mi trabajo *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, págs. 113 y ss.

[3] *Principios de legislación penal*, obra publicada en París en 1970. Madrid, Librerías de Gabriel Sánchez, Calle de Carretas, 1891, pág. 223.

[4] Cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ R., *Derecho administrativo*, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 349.

[5] *La responsabilidad patrimonial...*, cit., págs. 88 y ss.

"Cualquier diferencia que hubiere en cuanto a la calidad de la lesión o daño causado por la actuación estatal, o en la manera de hacer efectiva la pertinente responsabilidad, en nada altera el *fundamento* «general» de la responsabilidad extracontractual del Estado. No hay, pues, un fundamento *específico* para la responsabilidad del «Estado administrador», del «Estado legislador» o del «Estado-juez». El fundamento esencial es siempre el mismo"[6].

A modo de conclusión, cabría preguntarse en qué situación se encontrarían los perjudicados por la actividad judicial, no solo en materia penal sino en general, después de la inexequibilidad declarada por la Corte. Consideramos que pervive la responsabilidad personal del juez, magistrado, testigo, perito o abogado, de acuerdo con el principio que se deriva del art. 2341 del C. C.: quien causa daño que sea imputable a malicia o negligencia, está obligado a indemnizarlo. Específicamente, el art. 40 del Código de Procedimiento Civil desarrolla la responsabilidad de jueces y magistrados.

Igualmente, debe predicarse la responsabilidad del Estado. Como fundamento de esta, cabe invocar las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, las cuales incorporan a la legislación nacional "Los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos" y la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", o Pacto de San José de Costa Rica, respectivamente, cuyo carácter *supralegal* es decir, no derogable por medio de otra ley ordinaria en razón de hacer parte de un tratado internacional, reconoce la jurisprudencia constitucional[7].

Por último, compartimos lo expresado por MARIENHOFF, para quien no es necesaria la existencia de ley expresa que admita o acepte la responsabilidad del Estado-juez, por cuanto la responsabilidad del Estado "no tiene por *fundamento* a la ley ordinaria,sino a la Constitución Nacional con sus textos y *principios* los cuales poseen *operatividad* por sí mismos, siendo innecesaria la existencia de una ley para que pueda tener aplicación. Habrá tanta inconsecuencia en exigir la existencia de una ley expresa para admitir la responsabilidad del Estado por sus actos *judiciales*, como antaño la hubo para aceptar la responsabilidad del mismo por *hechos y actos de la administración pública*, tanto más cuanto en *ambos* supuestos el *fundamento* de tal responsabilidad es el mismo, o sea alguno de los principios que integran el complejo de estos inherentes al Estado de Derecho: trátese de *principios* que surgen de la Constitución Nacional, y que, por tanto, hállanse por encima de la ley ordinaria...

"Por de pronto, adviértase que habría allí un agravio injustificado a un derecho esencial: la *libertad* de la que el inocente condenado habría sido despojado.

"Solo se requiere que un acto *jurisdiccional* deje sin efecto el acto de condena al inocente, pues en tal forma desaparece la *cosa juzgada* que impedía invocar la inocencia del condenado. Logrado esto, la responsabilidad del Estado-juez puede hacerse efectiva sin necesidad de que exista ley alguna que la acepte o admita.

"La Constitución está por encima de la ley, por lo que la ausencia o falta de esta no puede impedir la vigencia efectiva de aquella. La ley depende de la Constitución, pero la Constitución no depende de la ley"[8].

[6] *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1973, págs. 698 y ss.

[7] Así, sentencia del 1° de septiembre de 1983. Magistrado ponente, LUIS CARLOS SÁCHICA, en Revista *Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 143, noviembre de 1983, pág. 1008. En el mismo sentido, aclaración de voto de JESÚS VALLEJO MEJÍA a la sentencia de junio 16 de 1987, en *Foro Colombiano*, núm. 218, agosto de 1987, págs. 185 y 186.

[8] *Op. cit.*, págs. 770 y ss. En el mismo sentido JOSÉ DE AGUILAR DÍAS, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. II, pág. 223; y ENRIQUE SAYAGUÉS LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 4ª ed., 1974, pág. 671.

Corte Suprema de Justicia (Sala Plena)

DECLARATORIA DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTS. 31 Y 61 del C. DE P. P.*

El art. 61 del decreto 50 de 1987 es violatorio del derecho de defensa que consagra el art. 26 de la Constitución Nacional, pues una de las garantías fundamentales del debido proceso es la de ser citado de manera idónea a las actuaciones que puedan afectar a la persona, para poder ejercer el derecho de defensa.

Igualmente, es violatorio de la ley de facultades el art. 31 de la misma codificación, pues el Código Penal reguló expresamente el tema del desistimiento del ofendido, limitándolo a los casos de lesiones que solo produzcan incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de treinta días, con las salvedades del art. 342, ords. 1 y 2, por lo cual el legislador extraordinario no estaba legitimado para regular otros supuestos de desistimiento.

Comentario: Drs. HERNANDO LEÓN LONDOÑO B. y FERNANDO VELÁSQUEZ V.
Magistrado Ponente: Dr. JESÚS VALLEJO MEJÍA
Agosto 13 de 1987

I. ANTECEDENTES

Procede la Corte, una vez cumplidos los trámites procesales de rigor, a decidir sobre la demanda de inexequibilidad formulada por el ciudadano *Édgar Robles Ramírez* contra la totalidad del decreto 50 de 1987, mediante el cual se expidió el Código de Procedimiento Penal, "*por no ser garantía a la defensa consagrando y tutelando el debido proceso*".

El demandante formula además glosas concretas al articulado del decreto, las cuales engloba en cuatro cargos a saber: *I. Violación directa de la Constitución Nacional*: arts. 51, 68, 101, 393, 402, 477 y 501; *II. Por desbordamiento de las facultades extraordinarias*: arts. 31, 50, 61, 434, 533 y 529; *III. Por crear sanción sin estar facultado para ello por la ley*: arts. 166, 167, 261, 417, 418; *IV. Por violaciones al derecho internacional*: arts. 315, 207 y 231.

II. TEXTO DE LAS DISPOSICIONES ACUSADAS

.....

III. LA VISTA FISCAL

El procurador general de la Nación solicita, al conceptuar sobre la demanda, que la Corte haga las siguientes declaraciones:

* Esta decisión se encuentra contenida en el expediente número 1612, sentencia número 96, acta número 38.

a) Son exequibles los arts. 68-8, 101, 51, 393, 61, 31, 533, 52, 418, 167, 417, 166, y 261 del decreto acusado.

b) Es inexequible el *inciso 4°* del *art. 50.*

c) Debe la Corte declararse inhibida para pronunciarse sobre los arts. 15, 207, 231, 404, 434, 472, y 501.

Agrega: "sin embargo si en el momento de dictar sentencia, esa corporación ya se hubiere pronunciado sobre todo el decreto 50 de 1987 por facultades extraordinarias, pido se esté a lo resuelto".

IV. Consideraciones de la Corte

1. Es competente esta corporación para conocer de la demanda, por cuanto esta se dirige contra disposiciones dictadas por el gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias previstas en el art. 76-12 de la Constitución Nacional.

2. Sobre las oportunidades en que se dictó y puso en vigencia el decreto 50 de 1987, ya ha habido pronunciamiento de exequibilidad de esta corporación en fecha 21 de mayo del año en curso.

3. Respecto del cargo que formula el actor contra la totalidad del decreto 50 de 1987 "por no ser garantía a la defensa consagrando y tutelando el debido proceso" (folio 18), se lo sustenta con una cita de Jaime Pardo Leal, la aserción de que "el debido proceso no es solamente la obediencia a las previsiones sobre el comportamiento y la forma de la elaboración del proceso, sino que se inspira en el principio del derecho de defensa" y la de que "la forma de amparar el debido proceso es a través de la declaratoria de las falencias de la investigación y del juicio; mediante las nulidades y las inexistencias, pero en este Código las nulidades se limitan, se circunscriben, se suprimen las causales 2- 3- 4- 5- del vigente" (sic).

Observa la Corte que no es el caso de pronunciarse sobre esta acusación, que *es manifiestamente inepta por cuanto no se la ha formulado dando las razones concretas que la sustentan.*

El fallo, por este aspecto, será inhibitorio.

4. Considera el demandante que el art. 51 del decreto acusado viola directamente la Constitución Nacional, ya que "prohíbe la libertad de enajenar" bienes del autor o partícipe de un hecho punible.

Sobre esta disposición ya hubo pronunciamiento de la Corte, en fallo del 9 de julio del año en curso, recaído en el proceso radicado en el N° 1588.

La decisión será entonces, de estarse a lo resuelto en dicho proveído.

5. Considera la Corte, de acuerdo con el concepto fiscal, que cuando el art. 151 de la Carta establece dentro de las atribuciones especiales de la Corte Suprema de Justicia, "las demás que le señalen las leyes" (ord. 4°) autoriza al legislador para otorgarle a la Corporación competencias distintas a las fijadas por la Carta. Es el caso de la ampliación de los fueros a otros funcionarios no señalados en la Constitución, por razones de conveniencia, por causas funcionales o por fundamentos políticos que el legislador califica y determina conforme a la competencia que le confiere la Carta. En este sentido, además, el legislador extraordinario, autorizado por el Congreso para expedir y poner en vigencia, un nuevo Código de Procedimiento Penal, hizo uso de sus facultades para regular lo atinente a la competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de procesos penales. Entre ellos, los relativos a los funcionarios señalados en el art 68-8 del decreto 50 de 1987, que por lo tanto se considera que no infringe mandato alguno de la Carta, y por el contrario desarrolla el contenido en el ordinal 4° del art. 151.

No sobra agregar que los fueros consagrados por la Carta y desarrollados por la ley no son hoy, como en sus orígenes históricos, meros privilegios para los funcionarios aforados sino que también implican una serie de limitaciones y reservas de procedimiento que las hace diferentes a aquellos, surgidos como consecuencia de una sociedad desigual y jerarquizada, transformada política y jurídicamente por el nacimiento del Estado de Derecho moderno.

Es, pues, exequible el art. 68-8 acusado, y así lo declarará la Corte.

6. Le parece al demandante que el art. 101 del decreto acusado viola el art. 127 de la C. N. porque, a su entender, los conflictos de competencia entre las autoridades jurisdiccionales y las de policía deben ser resueltos por el Tribunal Disciplinario y no por el superior funcional del juez.

Sobre la exequibilidad de esta disposición ya se pronunció la Corte en fallo del 23 de julio del año en curso (proceso N° 1622). Habrá, pues, que estarse a lo resuelto en el mismo.

7. La acusación contra el art. 393 parte de la base de que esta disposición comprende los conceptos de flagrancia y cuasiflagrancia, para darles el mismo tratamiento, lo que en el sentir del actor viola el art. 24 de la C. N., que se refiere solo al "delincuente cogido *in flagranti*" y es de aplicación restrictiva. La Constitución no define la flagrancia; simplemente la menciona en el artículo referido.*Puede entonces el legislador sin exceder el sentido natural y obvio de la expresión, definirla para efectos procesales.*

"En flagrante" significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, *"en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir"*. La definición que ofrece el texto acusado se ajusta a este concepto, pues para que haya flagrancia requiere que se esté cometiendo un delito o que este acabe de consumarse momentos antes, *sin que el actor haya podido huir*: de ahí que haya flagrancia cuando el delincuente sea perseguido por la autoridad o por voces de auxilio se pida su captura.

No prospera este cargo.

8. El demandante cita el art. 402 como violatorio, en forma directa, de la Constitución Nacional, pero no sustenta el cargo. La decisión será entonces inhibitoria.

9. Igual cosa sucede respecto de los arts. 472 y 501, los que menciona a folio 19 diciendo "al disponer el art. 472 que la resolución de acusación es provisional" y el art. 501 "variación de la calificación provisional", sin extraer de ahí conclusión alguna acerca de su inexequibilidad, ni dar el fundamento de la misma.

10. Anuncia el actor que la glosa contra el art. 31 consiste en que hubo, al expedirlo, desbordamiento de las facultades extraordinarias. La concreta más adelante, a folio 9, diciendo que la primera parte de este artículo contraría el Código Penal en su art. 342, el cual prevé el desistimiento del ofendido cuando el procesado haya indemnizado los perjuicios ocasionados.

Salta a la vista la impropia formulación de este cargo, pues no hay inexequibilidad de un texto legal por violación de otro del mismo rango. Tal vez quiso decir el demandante que, al haber sido autorizado el gobierno para expedir un nuevo Código de Procedimiento Penal, no podía introducir modificaciones al Código Penal sin exceder con ello la ley de autorización y, por ende, los arts. 76-12 y 118-8 de la Constitución Nacional.

Efectivamente, el art 1-1 de la ley 52 de 1984, al conferir facultades extrordinarias al gobierno para elaborar y poner en vigencia un nuevo Código de Procedimiento Penal, dispuso que este debería "seguir la orientación filosófica del Código Penal y adecuarse a sus prescripciones". Y *como el Código Penal reguló expresamente el tema del desistimiento del ofendido, limitándolo a los casos de lesiones que solo produzcan incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de 30 días, con las salvedades que el art. 342 estipula en sus ordinales 1° y 2°, no podía el Código de Procedimiento Penal contemplar otros supuestos de desistimiento de la acción penal.*

Por lo dicho, es inexequible el art. 31 del decreto 50 de 1987.

11. Se ataca el inciso 4° del art. 50, que dice: "Para rematar bienes inmuebles no se requiere el secuestro previo".

La acusación consiste en que este texto "excede la ley de facultades al modificar el proceso ejecutivo en la tramitación del remate".

Agrega que el secuestro previo de bienes que van a ser objeto de remate es medida que se explica por elementales razones de lógica, conveniencia y justicia. Las dos primeras no conciernen al examen de constitucionalidad de una disposición. En cuanto a las razones de justicia, radican en que esta medida garantiza el derecho de defensa "a los que tienen legitimidad para oponerse, como los poseedores materiales y los titulares de otros derechos reales como los usuarios, usufructuarios, propietarios., etc., en el momento de la diligencia y luego mediante un trámite incidental. Lo contrario es adelantar un proceso a espaldas de los que tienen derecho a defenderse y dictar una providencia que los afectaría, y nadie puede ser condenado sin haber sido oído y vencido en juicio".

No hay, ciertamente, violación constitucional por exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias al regular un asunto que toca con el proceso civil, pues ello cabe dentro de las atribuciones otorgadas en el literal a) del art. 1° de la ley 52 de 1984 para "reglamentar, suprimir, adicionar, modificar lo relacionado con la indagación preliminar, etapas procesales y *actuaciones posteriores*" (subraya la Sala), desde luego relacionadas directamente con el tema del procedimiento penal.

La vista fiscal coadyuva la solicitud de inexequibilidad de esta disposición por considerar que afecta el derecho de defensa, "porque con ella se hace precluir toda oportunidad de oposición de quien goza de algún derecho no sujeto a registro sobre el respectivo inmueble, ya que es en la diligencia de secuestro donde se posibilita el ejercicio de las defensas que tiendan a tutelar su derecho. Si el secuestro no se produce durante el proceso —tal como está reglado en el C. de P. P. —y más tarde, para la fase ejecutiva y de remate, tampoco es necesario, no tendrá ese tercero ninguna otra oportunidad de enterarse del gravamen que pesa sobre el bien, y desde luego, como consecuencia del régimen vigente para las subastas, no podrá alegar ningún derecho bajo la pretensión de oponerse a la entrega del bien al demandante. Así entonces se le priva de un derecho sin oportunidad de ser oído y vencido en juicio".

Esta argumentación parte de los siguientes supuestos: a) que la disposición acusada impide a los terceros oponerse a los efectos de la diligencia de remate, b) que estos derechos de oposición tienen rango constitucional y no legal, y c) que a dichos terceros se les niega con ello todo derecho para hacer valer sus pretensiones, por lo que se los condena sin previo juicio legal.

Cierto es que adelantar una diligencia de remate sin secuestro previo de los inmuebles sobre los que versa, puede acarrear muchos problemas de orden práctico. Pero, en teoría, no es indispensable que el remate vaya precedido del secuestro, pues aquel versa sobre la titularidad del derecho de dominio, en tanto que este se refiere al tema de la posesión. Así las cosas, es posible que el remate conduzca, a la postre, a la adquisición de un inmueble mediante remate, sin que por ello se adquiera la posesión.

Ahora bien, las disposiciones de los arts. 521 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con buen criterio práctico, van orientadas en el sentido de que el rematante de un bien no tenga obstáculos para hacerse a la posesión del mismo. De ahí la exigencia del secuestro previo y la de que el secuestre entregue, sin oposiciones, el bien al rematante, so pena de que lo haga el juez.

Esta materia es susceptible de regulaciones diferentes y así lo ha entendido el Código de Procedimiento Penal, para la ejecución de la sentencia que condene al pago de perjuicios provenientes del hecho investigado. Pero en tal caso ya no serán aplicables, por sustracción de materia, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil sobre entrega del bien rematado.

Al rematante no le quedará otro remedio que incoar el correspondiente proceso, para

hacer valer su título de propiedad y obtener que se le reconozca el derecho a poseer el bien que se adquirió. Los terceros y poseedores podrán invocar sus defensas en el proceso.

El inciso impugnado no afecta pues los derechos de terceros respecto del bien rematado. Y aunque así fuera, porque se les privase de la oportunidad de oponerse a la entrega del mismo, no por ello quedarían destituidos de toda acción, ya que de todas maneras podrían intentar las conducentes (sic) a hacer efectivos sus derechos reales.

Esta norma es, entonces, exequible,

12. *Se acusa el art. 61 porque "reforma el régimen de notificación de las demandas civiles y de los terceros obligados a responder civilmente".*

Considera el actor que estos terceros "tienen derecho a que se les notifique personalmente la demanda, lo mismo que a los intervinientes forzosos como el denunciado en un pleito o el llamado en garantía o a que se les emplace por medio del edicto de que habla el art. 320 del Código de Procedimiento Civil". Concluye diciendo que con esta disposición se despoja *a tales terceros de las garantías que les conceden las normas procedimentales civiles, para desmejorarlos.*

Considera la Corte que una de las garantías fundamentales del debido proceso es la de ser citado de manera idónea a las actuaciones que pueden afectar la persona, para poder ejercer esta el derecho de defensa.

Como se establece en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en su art. 10 "toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Como se ha admitido por la comunidad internacional, los preceptos de la Declaración Universal de Derechos Humanos constituyen no solo criterios morales sino fuentes de derechos y obligaciones para los Estados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-1 / 82 "Otros Tratados" de 24 de septiembre de 1982, y la Corte Internacional de Justicia (caso Barcelona Traction), han considerado la Declaración Universal de Derechos Humanos un caso de *jus cogens.*

Lo anterior significa que el art. 26 de la Constitución Política de Colombia al preceptuar que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio", estableció el derecho de defensa, que es también un derecho universal así se exprese unas veces como derecho al debido proceso, derecho a un leal juicio, o simplemente derecho de defensa.

También el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966) consagra el derecho de toda persona acusada de un delito "a ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella" (art. 14-3b).

De modo semejante, el Pacto de San José dispone que "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente , independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter" (art. 8-1).

Se observa que al incluir en este artículo el Pacto de San José la mención a los derechos y obligaciones "de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter", la Convención Interamericana avanzó más en la protección de los derechos que la misma Convención Europea que le sirvió de antecedente.

Así las cosas, se observa cómo el artículo que se impugna parte de la base de que no sea posible la notificación personal al deman-

dado, a quien, previo informe del citador rendido bajo juramento, se le emplazará fijando edicto por el término de cinco días, vencidos los cuales se le declarará persona ausente y se le designará apoderado con quien se surtirá la notificación.

Observa la Corte que las formalidades de que se ha rodeado en el Código de Procedimiento Civil la citación de las partes interesadas en el proceso, es fruto de la experiencia que se tuvo con sistemas anteriores, que la hacían más expedita pero al mismo tiempo daban lugar a fraudes, y a la postre, a que proliferaran la nulidades procesales o, lo que es peor, los fallos expedidos sin audiencia previa de los afectados.

Las consideraciones de interés público que militan para asegurar la eficacia de la acción civil proveniente del delito no son incompatibles con la citación idónea y eficaz de los llamados a responder por ello, por lo cual no se comparte lo expresado por el Ministerio Público.

Observa la Corte, en cambio, que lo dispuesto en el artículo acusado sobre emplazamiento de los interesados no tiene características suficientes para considerarlos idóneamente citados al proceso. En efecto, *hacer depender el emplazamiento de un simple informe del citador, así sea rendido bajo juramento, y hacerlo consistir en la fijación de un edicto por 5 días, es convertir la citación y el emplazamiento en simples formalidades que no otorgan una "debida garantía"*.

Conviene agregar que la desprotección jurídica del tercero llamado a responder por los efectos civiles del hecho punible se hace aún más patente si se considera que, al tenor de los arts. 40 y 58 del Código de Procedimiento Penal, no se requiere que la demanda de constitución de parte civil consigne el domicilio y la dirección de la persona contra quien se dirije la acción, lo cual se presta fácilmente para que no se produzcan sino gestiones nominales en procura de la notificación personal que prevé el art. 60 del Código.

Por lo expuesto, *la Corte declarará inexequible el art. 61 del decreto 50 de 1987, ya que es violatorio del derecho de defensa que consagra el art. 26 de la C. N.* Y para guardar la debida congruencia con las consideraciones que anteceden, juzga esta corporación que la citación del tercero ausente, o cuya dirección se ignore, o del que se oculte, deberá hacerse tal como lo indican los arts. 318 a 320 del Código de Procedimiento Civil, aplicables por analogía al proceso penal según lo dispone el art. 12 del decreto 50 de 1987.

13. Cita el actor el *art. 434* como violatorio de la Constitución por desbordamiento de las facultades extraordinarias y explica a folio 20 que, "contraría al Código Penal en sus arts. 2, 5, 31, 33; en efecto, para que el agente esté amparado por una causal de justificación se requiere una capacidad valorativa, intelectiva, síquica para atender (sic) que su conducta a pesar de ser formalmente punible, no lo es desde el punto de vista material, pues se justifica, se permite, se tolera, por ejemplo: en la legítima defensa ...".

Agrega más adelante que los inimputables no pueden cometer delito; cuando se esté en presencia de ellos "es deber que al juez se le impone según el art. 33 imponer (sic) una medida de seguridad la cual podrá consistir en la libertad vigilada según su leal saber y entender (art. 93 C. P.)".

Ya se dijo que no hay inexequibilidad por desconocimiento de normas de igual rango que el de la acusada. Y que el literal k) del art. 1° de la ley 52 de 1984 autorizó al gobierno para legislar sobre todo lo atinente al procedimiento penal, dentro de lo que quedan comprendidas disposiciones como la acusada.

Ahora bien, no se observa en esta violación alguna del derecho de defensa de los inimputables; pues lo que dice es que no procede medida de aseguramiento, "cuando la prueba sea indicativa de que el procesado pudo haber actuado en cualquiera de las circunstancias excluyentes de antijuridicidad o de la culpabilidad".

Esta disposición es exequible.

14. A folio 10 el actor acusa de inconstitucionalidad el art. 533, pero solo "lo comprendido en el paréntesis", sin abrirlo ni cerrarlo en parte alguna. Luego, no se sabe qué es lo que ataca y no puede haber pronunciamiento de la Corte sobre este asunto.

15. Acerca del art. 529 ya ha proferido esta corporación fallo de exequibilidad, al cual se ordenará entonces acogerse en esta providencia. Tal fallo se dictó en el proceso 1588 el día 9 de julio del año en curso.

16. Acusa conjuntamente los arts. 166, 417 y 418, diciendo que "de la interpretación sistemática de las normas arts. 417 y 166 se infiere que «lo pertinente» de que habla el art. 418, debe ser una sanción porque estos artículos afirman que el juez sancionará conforme al art. 448".

Agrega que el "*legislador extraordinario no estaba facultado para crear sanciones y mucho menos para dejar el (sic) arbitrio del juzgador, con el consiguiente peligro, para quien tenga que soportarla". En lo referente al art. 417 debe declararse inexequible la parte comprendida en el paréntesis.*

Observa la Corte que los únicos paréntesis que abre y cierra el actor al reproducir el art. 417 corresponden a la cifra 30 en números arábigos, la que también está mencionada en letras, de donde se sigue que no concretó el texto acusado y no podrá haber pronunciamiento de mérito de esta corporación, sobre dicho particular. Los arts. 166 y 418 aluden a la obligación de toda persona de comparecer ante el juez penal cuando sea citada para ello, y al procedimiento en caso de renuencia. El art. 166 remite al 418 para la sanción correspondiente, pero este último no la fija sino que señala el procedimiento para que el juez decida lo pertinente, que puede ser la sanción por renuencia que prevé el art. 417.

Ahora bien, siendo inepta la acusación contra este artículo, según acaba de anotarse, también lo es la que se formula contra los dos restantes, las cuales integran con aquel una proposición jurídica completa.

17. La acusación contra *el art. 167* se funda en que este artículo prevé una multa que el legislador extraordinario no estaba autorizado para establecer. Considera entonces el actor que ahí se incurrió en desbordamiento de las facultades extraordinarias.

Observa la Corte que la transcripción que hace el actor a folio 14 no corresponde al art. 167 del decreto 50 de 1987 y que los cargos que desarrolla se refieren a otra disposición.

Luego, tal ineptitud dará lugar a pronunciamiento inhibitorio.

18. Dice el demandante que el art. 261 desborda las facultades extras porque el gobierno no estaba facultado para crear sanciones como las que prevé esta disposición.

El artículo impugnado prevé sanciones para "quien impida, obstaculice o no preste colaboración para la realización de cualquier prueba en el proceso", tema que obviamente corresponde a un Código de Procedimiento Penal, para cuya expedición estaba precisamente facultado el gobierno. Luego esta disposición es exequible.

19. El demandante menciona el art. *315* entre los que acusa "por violaciones al Derecho Internacional", pero cuando sustenta este cargo a folios 16 se refiere al art. 15, que en parte alguna cita en el encabezamiento de la demanda.

En consecuencia, respecto del art. 315 el pronunciamiento será inhibitorio.

En cuanto al art. 15, considera el actor que su parte final, que dice "*salvo las excepciones legales*", es violatoria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, Nueva York, 1966), aprobado por el Congreso colombiano mediante la ley 74 de 1968, y según el cual "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior conforme a lo prescrito por la ley".

Aunque la acusación no ha sido formulada conforme a la técnica constitucional, dado que las leyes violatorias de tratados internacionales no son inexequibles por tal concepto sino que pueden entrañar infracción al ordenamiento constitucional, la Corte entra a pro-

nunciarse al respecto, según lo dispone el art. 29 del decreto 432 de 1969.

Puede advertirse que la expresión acusada hace referencia a otras normas que no menciona el actor en la demanda y sobre las cuales, en últimas, podrían recaer las glosas que formula. Como se da, en consecuencia, el fenómeno de la proposición jurídica incompleta, la decisión será inhibitoria.

20. Considera el actor que, por las mismas razones, es inexequible el art. 207 en la parte que dice "en caso contrario no se concederá".

Dicha disposición exige que el recurso de apelación sea sustentado por escrito, en forma oportuna y exponiendo las razones de la impugnación, so pena de no ser concedido. Pero ello no desconoce el derecho de defensa que garantiza el art. 26 de la C. N., pues es lógico que este derecho esté sometido a reglamentación legal.

Sobre este asunto se ha pronunciado la Corte en fallos anteriores (*vid* sentencia del 31 de marzo de 1984), cuya decisión se reitera en esta oportunidad. Además, según se vio, esta exigencia se incluyó en el art. 1°-e) de la ley de facultades.

Es, entonces, exequible la frase acusada.

21. La acusación respecto del art. *231* se concreta a la expresión "absolutoria" que figura en los numerales *4* y *5°*.

Considera el actor que el recurso extraordinario de revisión solo puede darse respecto de fallos condenatorios, pues establecerlo para los absolutorios va contra la presunción de inocencia que consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el art. 14-13 y, además, contra el principio establecido en el art. 14-7 del mismo Pacto, según el cual "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

No obstante la impropiedad de la acusación, la Corte entra a pronunciarse sobre el punto, al tenor de lo dicho atrás, para señalar que la disposición que acaba de transcribirse parte de la base de que se esté en presencia de una *sentencia firme*, de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Son entonces las disposiciones legales internas de los Estados vinculados por el Pacto las que determinan en qué casos no cabe ya recurso alguno, ordinario o extraordinario, contra una decisión judicial, de modo que pueda en rigor de verdad, considerársela definitiva y, por ende, en firme.

Se sigue de ahí que no hay violación alguna del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni de la Constitución, al establecerse, por una disposición de carácter legal, el recurso de revisión aun respecto de sentencias absolutorias, las que por ser susceptibles del mismo no pueden entonces considerarse como sentencias intocables de acuerdo con el procedimiento penal del país.

Conviene agregar que en los casos en que la disposición acusada consagra la posibilidad de revisión aun para sentencias absolutorias tienen claro fundamento ético, pues se refieren a hipótesis en que dichas sentencias se han obtenido por hechos delictivos del juez o de terceros, o se han fundado en testimonio, peritación, documento o cualquiera otra prueba falsa.

Por tanto, son exequibles los numerales 4 y 5 del art. 231 en lo que se refiere a sentencias absolutorias.

V. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional y oído el concepto del procurador general de la Nación,

RESUELVE:

1. *Estese a lo resuelto* en el fallo de 21 de mayo de 1987 (expediente 1582), en cuanto a las oportunidades de la expedición y puesta en vigencia del decreto 50 de 1987.

2. *Declararse inhibida* para emitir fallo de fondo sobre los arts. 402, 472, 501, 533, 166, 417, 418, 167, 315, y 15 del mismo decreto.

3. *Estarse a lo resuelto* en fallo de 9 de julio de 1987, proferido en los procesos 1581 y 1588 respecto del art. 51 del decreto 50 de 1987.

4. *Estarse a lo resuelto*, en fallo del 23 de julio de 1987, proferido en el proceso número 1622 respecto del art. 101 del mismo.

5. *Estarse a lo resuelto* en el fallo de 9 de julio de 1987, proferido en el proceso número 1588 respecto del art. 529 del citado decreto.

6. *Declarar la exequibilidad* del numeral 8° del art. 68 del decreto 50 de 1987.

7. *Declarar inexequible el art. 61 del decreto 50 de 1987.*

8. *Declarar exequibles* los numerales 4° y 5° del art. 231 del decreto 50 de 1987 en donde dice: ... "absolutoria".

9. *Declarar inexequible el art. 31 del decreto 50 de 1987.*

10. *Declarar exequible* el inciso final del art. 50 del decreto 50 de 1987.

11. *Declarar exequible* el art. 434 del decreto 50 de 1987.

12. *Declarar exequible* el art. 261 del decreto 50 de 1987.

13. *Declarar exequible* el art. 207 del decreto 50 de 1987, en la parte que dice: "en caso contrario, no se concederá".

14. *Declarar exequible* el art. 393 del decreto 50 de 1987.

Cópiese, publíquese, comuníquese al gobierno nacional, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

SALVAMENTO DE VOTO

De los doctores: Jesús Vallejo Mejía, Héctor Gómez Uribe y Hernando Gómez Otálora.

Queremos manifestar, con todo respeto, las razones de nuestro disentimiento con la decisión adoptada por la Sala acerca del *ordinal 8° del art. 68* del Código de Procedimiento Penal, pues *consideramos que el ordinal 4° del 151 de la Constitución no autoriza al legislador a otorgarle a la Corte toda clase de competencias, ya que estas deben guardar consonancia con el ordenamiento constitucional.*

Es evidente, por ejemplo, que solo puede atribuirle competencias jurisdiccionales y, tal como lo ha dicho la Corte en otras oportunidades, las administrativas necesarias para llevar a cabo adecuadamente sus funciones.

Cierto es que, en el caso a estudio, las competencias asignadas a la Corte son claramente jurisdiccionales, pues se trata del juzgamiento de altos funcionarios del Estado. Pero esto suscita la cuestión de definir si, cuando la Carta ha regulado expresamente una materia determinada, como sucede con los fueros para el juzgamiento de altos funcionarios, puede el legislador, prevalido de una autorización residual que se le ha dado por la misma Carta, establecer reglas adicionales para ampliar los fueros que el propio constituyente ha previsto.

El criterio predominante en la Sala fue el de que el establecimiento de fueros por parte del constituyente significa que el legislador no podrá en ningún caso modificarlos, pero que no le impide extenderlos a otros casos diferentes, fundándose para ello en la regla del art. 151-4 de la Constitución Nacional.

Pero este argumento tiene el mismo peso que el que conduce a la conclusión contraria, a saber: que si el constituyente ha regulado suficientemente una materia, no tiene competencia el legislador para disponer sobre ella.

Para zanjar la cuestión hay que apartarse entonces de los criterios exegéticos y aplicar los principios constitucionales, que son la mejor guía para resolver sobre los casos dudosos.

Uno de esos principios es el de *la igualdad jurídica de las personas*, que se concreta en otros, como la igualdad ante la ley o la igualdad ante la administración de justicia, que es el que nos ocupa en esta oportunidad.

Los fueros van evidentemente contra estos principios, pues implican desigualdades, sea en favor o en contra de las personas respecto de las cuales se establecen. Tales desigualdades se traducen en diferencias de tribunal

competente y de rito procedimental, fundadas precisamente en la *calidad o estado* de las personas y no en criterios objetivos aplicables teóricamente a cualquier persona. Se trata entonces de materias que deben ser reguladas en la Constitución, pues si quedaran al arbitrio del legislador, este podría extenderlos a otras categorías de sujetos, desquiciando así el sistema judicial.

Por consiguiente, consideramos que el legislador no puede ampliar los fueros expresa o tácitamente previstos por la Carta a otros casos, como los relativos al juzgamiento del registrador nacional del Estado Civil, los intendentes y comisarios, los procuradores delegados y regionales, el viceprocurador general de la Nación y los directores nacionales y seccionales de Instrucción Criminal.

No se diga que para los procuradores delegados y el viceprocurador general de la Nación es aplicable la regla del inciso final del art. 142 de la Const. Nal., pues aunque ahí se establece que los funcionarios del Ministerio Público tendrán los mismos privilegios que los magistrados y jueces ante quienes ejercen su cargo, los que se vienen mencionando no están destacados especialmente ante determinados magistrados o jueces.

Puede admitirse, en cambio, la extensión del fuero a los magistrados de los tribunales administrativos, del Tribunal Superior Militar y del Tribunal Superior de Aduanas, porque el art. 153 de la Const. Nal., prohíbe establecer categorías entre los tribunales del país. Y la regla citada del art. 142 de la Const. Nal., suministra base idónea para tomar la misma determinación respecto de los fiscales de los tribunales mencionados.

Fecha *ut supra*.

SALVAMENTO DE VOTO

De los Magistrados: ALBERTO OSPINA BOTERO, JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, GUILLERMO DUQUE RUIZ LISANDRO MARTÍNEZ Z. Y RODOLFO MANTILLA JÁCOME.

Como no compartimos la decisión adoptada *respecto del art. 61 del decreto 50 de 1987*, por cuanto consideramos que dicha norma se ajusta a la Constitución, procedemos a explicar los motivos de nuestro disentimiento, así:

1. El decreto en mención es contentivo del Código de Procedimiento Penal y, en capítulo III, título I, libro primero, regula lo atinente al "Tercero Civilmente Responsable" de los daños causados por el delito, hallándose dentro de dicho capítulo el art. 61 que la Corte ha declarado inexequible sobre la consideración cardinal de infringir el art. 26 de la Constitución, concretamente del derecho de defensa, por cuanto el emplazamiento que contempla la norma legal acusada "no tiene características suficientes para considerarlos —a los terceros— idóneamente citados al proceso".

2. Para un recto entendimiento del problema planteado por el impugnante y la constitucionalidad del precepto acusado, consideramos oportuno hacer referencia a los aspectos o formalidades que se deben cumplir y que resultan ser necesariamente previas a la ocurrencia del emplazamiento que contiene el art. 61. En efecto, aparecen estos: a) para el evento en que haya terceros civilmente responsables por causa del delito, los titulares de la acción civil podrían reclamar de aquellos la consiguiente indemnización, mediante demanda, salvo que se trate de entidades o personas de derecho público cuya responsabilidad solo pueda determinarse por la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 58); b) con la demanda, para lograr su admisión, deberá el titular de la acción civil presentar prueba sumaria de la relación jurídica en que apoya

su pretensión contra el tercero civilmente responsable (art. 59); c) en la providencia en que se acepte la demanda de constitución de parte civil o la adición que se hubiere hecho, el juez ordenará notificar *personalmente* el auto admisorio a los terceros demandados (art. 60).

3. De suerte que la legislación procedimental, en lo tocante con el tercero civilmente responsable, establece los mecanismos procesales para que este quede enterado, *personalmente*, del auto admisorio de la demanda indemnizatoria que en su contra formula el damnificado o titular de la acción civil.

4. Empero, como puede acontecer que el tercero demandado no comparezca en la fecha señalada, o no fuere posible su citación o comparecencia, como ciertamente se presenta en cualquier litigio, por ejemplo, porque se desconoce su localización o residencia, o porque se oculta y, como de otro lado el proceso debe finalizar, el reciente estatuto procedimental penal, en forma adecuada y con sujeción a la garantía constitucional del derecho de defensa y a los principios universales que regulan tales hipótesis, establece que "si el demandado no compareciere en la fecha señalada o no fuere posible su citación, previo informe del notificador rendido bajo juramento, se le emplazará de la siguiente manera: se fijará edicto por el término de cinco (5) días, vencidos los cuales se declarará persona ausente y se le designará apoderado con quien se surtirá notificación" (art. 61).

5. El anterior, que es el mecanismo o formalidad procesal para cuando el demandado no comparece en las circunstancias analizadas, se tiene que por los diferentes pasos y solemnidades que contempla, en lugar de comprometer el derecho de defensa, por el contrario, lo que ciertamente hace es consultarlo o acatarlo, porque está orientado precisamente a procurar que el tercero demandado comparezca y pueda defenderse de la reclamación de perjuicios que en su contra se formula.

6. Por las razones precedentes, consideramos que el art. 61 es constitucional.

Fecha *ut supra*.

SALVAMENTO DE VOTO

De los doctores: JORGE CARREÑO LUENGAS y RODOLFO MANTILLA JÁCOME

No podemos compartir el parecer mayoritario de la Sala Plena de la Corte, en cuanto declaró la inexequibilidad *del art. 31 del C. de P. P.* (decreto 50 de 1987), sobre "Desistimiento de la acción penal" por considerarse que su contenido era contrario a las orientaciones filosóficas del Código Penal.

Las *razones* de nuestra inconformidad son, brevemente, las siguientes:

1°. El art. 31 del decreto 50 de 1987, lejos de contrariar la orientación filosófica del Código Penal, se ajusta en forma plena a su espíritu y sentido, pues está encaminado a obtener el "restablecimiento del derecho" lesionado por el hecho punible, y el art. 31 del procesal penal procura precisamente esa finalidad, al buscar la indemnización de los perjuicios ocasionados por la infracción.

2°. Tan evidente es la anterior afirmación, que fácilmente podemos encontrar en el C. P. numerosos casos donde el legislador ha admitido la cesación del procedimiento, cuando se restablece el derecho y el sujeto agente indemniza al ofendido. Así lo establecen, entre otros, el art. 357-3 del C. P. sobre emisión y transferencia ilegal de cheques, el art. 370-1 sobre daño en bien ajeno y el 374 de la misma obra, que trata de la reparación de los delitos contra el patrimonio económico.

3°. El art. 31 del C. de P. P. declarado inexequible *procuraba precisamente amoldarse a las orientaciones del C. P. y aceptar el desistimiento en las lesiones personales y los delitos contra el patrimonio, cuando se indemnizaba al ofendido de todos los perjuicios sufridos, es decir, cuando se restablecía el derecho.*

4°. El desistimiento es un estatuto netamente procedimental, propio de un Código sobre la materia, como lo entendió el legislador.

5°. Finalmente, la ley 52 de 1984 facultó al gobierno para elaborar y poner en vigencia un nuevo C. de P. P. y, en consecuencia, bien podía el gobierno al legislar en uso de estas facultades, reglamentar las materias propias de la ritualidad del proceso y entre las cuales el disentimiento de la acción ocupa lugar predominante.

De ahí nuestro respetuoso desistimiento.

Fecha: *ut supra*.

SALVAMENTO DE VOTO

Del doctor JAIME GIRALDO ÁNGEL

Discrepo de la decisión de la mayoría con relación a la declaratoria de inexequibilidad del *art. 61* del Código de Procedimiento Penal, por considerar que el procedimiento señalado en él no vulnera el derecho de defensa del tercero civilmente responsable, *y, por el contrario, crea una grave dilación en el trámite del proceso penal al tenerse que aplicar supletivamente las normas del Código de Procedimiento Civil*.

La norma dispone que si el tercero civilmente responsable no comparece en la fecha que se le señale para notificarle personalmente la correspondiente demanda, o si no fuere posible la citación, previo informe del notificador, rendido bajo juramento, se le emplazará por edicto que se fijará durante 5 días.

Esta misma fórmula se viene utilizando desde la expedición del Código de Procedimiento Penal de 1938 para vincular al proceso al sindicado, sin que haya ocurrido la temida violación del derecho de defensa que dio lugar a la declaratoria de inexequibilidad, pues la Rama Jurisdiccional ha sido muy celosa en su protección, y solo cuando está claramente probado en el proceso que no ha sido posible encontrarlo, se procede a su emplazamiento por edicto. Cuando ello no se hace así, en todos los casos se decreta la nulidad por violación del derecho de defensa.

En el actual Código se repite una fórmula igual a la declarada inexequible para vincular al sindicado (art. 378), la que muy seguramente irá a seguir la misma suerte. Con ello se producirá la dilación del proceso penal, que prevé 30 días para cerrar investigación, prorrogables a 60 días más para decidir en forma definitiva sobre la formulación de cargos o la cesación de procedimiento, *agregando nuevos factores de impunidad a los que en forma pródiga estableció el nuevo estatuto procesal*.

***

COMENTARIO

Muchos son los tópicos que abarca la providencia transcrita, como quiera que la demanda, antitécnicamente presentada como se infiere de la presentación que de ella hace la H. Corte, versa no solo sobre todo el estatuto procesal penal sino sobre algunos aspectos particulares.

Nuestra pretensión es abordar aquí las razones que se dieron para declarar inexequibles los arts. 31 y 61, cuyo análisis para uno y otro caso, haremos por separado.

EL ARTÍCULO 31

I. HISTORIA

Desde finales de la década del setenta, y en lo que va transcurrido de esta, diversos sectores del pensamiento jurídico colombiano han reivindicado la necesidad de adecuar nuestro sistema penal a las demandas de una política criminal que pregona caminos diferentes

de la escueta represión, para responder institucionalmente al fenómeno de la criminalidad. Se ha creado conciencia en el sentido de que la política represiva, manifestada en la profusa criminalización de conductas y en la utilización casi exclusiva de la pena privativa de la libertad, ya ha demostrado su incapacidad e ineficacia para prevenir y reprimir las formas delictivas estadísticamente de mayor ocurrencia. Por tal motivo, y en la perspectiva de morigerar los aspectos más traumáticos de la crisis de la justicia penal, se lucha por entronizar en nuestra legislación propuestas como la *descriminalización*, la *despenalización*, la *desjudicialización* y la *desprisionalización*.

Naturalmente, no todos los que comulgan con estas ideas son coincidentes en los contenidos con que llenan estos conceptos y los ámbitos específicos de aplicación, puesto que en ello influye la particular visión que cada uno tenga del Estado y el control social que este ejerce. Como nuestro objetivo se circunscribe al análisis de la institución contenida en este artículo, pasamos a registrar algunas iniciativas que precedieron a su incorporación a la legislación procesal penal colombiana.

En 1978, ALFONSO REYES ECHANDÍA y JAIME CASTRO[1] planteaban la necesidad de que para los delitos que "afectan el patrimonio económico" y "en los que no ha existido manifestaciones de violencia", existiese un *tratamiento conciliatorio*, como etapa previa y condicionante a la iniciación del proceso penal. Con ello se buscaba que el autor llegase a un acuerdo con la víctima respecto a los perjuicios causados con el hecho punible para que, de cumplirse, no se diera comienzo al proceso penal.

En 1983, la Comisión Asesora para la Reforma de la Administración de Justicia Penal[2] presentó un informe al ministro de Justicia —para ese entonces el doctor RODRIGO LARA BONILLA—, que contenía entre sus propuestas alternativas de política criminal la *desprisionalización*, cuyo contenido específico, para lo que nos interesa, era el siguiente: "Excluir la pena en todo caso de delito contra el patrimonio económico (tal vez excepto en los casos de hurto calificado y en extorsión) una vez reparado el daño, al igual que en todo delito de lesiones personales; exigir querella y, por ende, permitir el desistimiento para todos los casos de lesiones personales, delito patrimonial con la salvedad hecha..."[3].

El Instituto SER[4] también ha sido propulsor de reformas de esta naturaleza. Al hablar de la *desprisionalización*, encuentra necesario establecer medidas sustitutivas de la prisión, bien sea por otras también restrictivas de la libertad (semilibertad, arresto en fin de semana, servicio en provecho de la comunidad) o por penas pecuniarias (la multa y la indemnización de la víctima). Esto como consecuencia de la probada incapacidad de la pena privativa de libertad (prisión) para cumplir el cometido resocializador que el Código le adscribe a la pena: "No puede alcanzar jamás la resocialización del condenado un sistema que pretende enseñarle a convivir en sociedad como un buen ciudadano mediante el mecanismo de separarlo de su familia, de su trabajo, de sus amigos y de sus conciudadanos, para aislarlo de ese ambiente «normal» y obligarlo a vivir en uno «anormal» en donde se le suprime o limita su facultad de autodeterminación y, en su lugar, se le imponen permanentemente reglas de conducta"[5].

[1] ALFONSO REYES ECHANDÍA y JAIME CASTRO, *Propuestas de reforma judicial*, Bogotá, Edit. Temis, 1978, cap. VII, 4,2, pág. 69.

[2] Ministerio de Justicia, *La reforma integral de la justicia penal*, 1983. La Comisión Asesora que rindió este informe estuvo integrada por las siguientes personas: MIGUEL SÁNCHEZ MÉNDEZ, JAIME BERNAL CUÉLLAR, ANTONIO CANCINO MORENO, JAIME GIRALDO ÁNGEL, LUCÍA TARAZONA DE NIÑO, ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, ABELARDO RIVERA LLANO, CARLOS FERNANDO OSORIO (secretario).

[3] Ídem, pág. 28.

[4] JAIME GIRALDO B., ALFONSO REYES ECHANDÍA y JORGE ACEVEDO B., *Reforma de la justicia en Colombia*, Instituto SER de Investigación, Bogotá, 1987.

[5] Ídem, pág. 135, nota 51.

Estos precedentes condujeron a que el proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1986[6], dentro de lo que los comisionados denominaron política de *desjudicialización*, se ampliase el catálogo del Código Penal y de la ley 55 de 1984 de los delitos querellables (art. 30), y prescribiese el desistimiento en algunos delitos de iniciación oficiosa, como causal de cesación de procedimiento (arts. 35, 36 y 37).

Así llegamos al decreto 50 de 1987, que en su art. 31 refundió las prescripciones contenidas en los arts. 35 y 36 del proyecto de 1986 y omitió el 37 de este proyecto, que daba al juez el saludable papel de "conciliador", para facilitar el acuerdo entre la víctima y el sujeto pasivo de la acción penal en cuanto al monto de la indemnización, cuando la propia iniciativa de ellos no fuese suficiente.

II. Objetivo y ventajas de esta política criminal

Los esfuerzos desplegados para regular instituciones como esta, que consultan una nueva filosofía punitiva, se justifican con la tesis de que la congestión de la justicia penal y, por ende, su ineficacia, radica en la inclusión de un sinnúmero de conductas de "menor gravedad" en el ámbito del sistema penal, cuya poca lesividad hace aconsejable buscar fórmulas para que estos casos —los más numerosos en las estadísticas oficiales— no copen todo el tiempo disponible de la justicia y así esta pueda concentrar todos sus esfuerzos en la investigación y represión de las conductas lesivas a los "valores supremos", o sea, los bienes jurídicos de mayor trascendencia social y política para salvaguardar el *status quo*.

El proyecto de Código de Procedimiento Penal de 1986 es explícito en aceptar esto, cuando afirma que la "propuesta de desjudicialización" tiene "el propósito de disminuir la inflación penal, que impide a los jueces dedicar sus mejores esfuerzos a los delitos de mayor gravedad por tener que dedicarlo a los de menor importancia, en los cuales, ni siquiera las propias víctimas están interesadas en que sean investigados"[7].

Pero, fuera de esto, la institución ofrece otras ventajas más reales y tangibles, que en nuestro criterio son de importancia similar al objetivo que expresamente se dice buscar. Las más destacadas por los que defienden esta política son las siguientes[8]:

a) Evita el encarcelamiento o al menos lo disminuye, limitando así para el procesado los efectos devastadores de la privación de la libertad (desculturización y subcultura carcelaria), que terminan convirtiendo a esta en factor reproductor de la criminalidad.

b) Afianza las posibilidades de que en los casos en que es imprescindible la pena privativa de libertad, sea efectiva la resocialización mediante el "tratamiento penitenciario", que se hace imposible cuando el volumen de la población carcelaria rebasa los recursos disponibles y la capacidad operativa del sistema penitenciario del país.

c) Evita la estigmatización del procesado, cuyas repercusiones afectan sus posibilidades de resocialización.

d) Respecto de la víctima, constituye el medio más eficaz para lograr la indemnización de perjuicios a ella causados, de importancia mayúscula cuando se sabe que muchas veces el lograr esto representa su exclusivo interés en el proceso[9].

[6] Ministerio de Justicia, *Proyecto de Código de Procedimiento Penal*, Bogotá, 1986.

[7] Ídem, págs. XXVI y XXVII.

[8] Cfr. Álvaro O. Pérez Pinzón, *Curso de criminología*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1986, págs. 111 y ss.

[9] Para un análisis más amplio sobre este tópico, cfr. Hernando Londoño Jiménez: "Innovaciones fundamentales en el nuevo Código de Procedimiento Penal", en *Nuevo Foro Penal*, N° 36, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 171 y 172.

e) Cumple un papel preventivo, puesto que al ser la víctima indemnizada y, además, establecer contacto con el procesado o su familia, desarma los espíritus y evita represalias que pudiesen sobrevenir con posterioridad, no empece haberse hecho efectiva la privación de la libertad como pena.

f) Disminuye el costo del delito en los campos de la pesquisa, aplicación y ejecución de la ley.

III. Observaciones a la declaratoria de inexequibilidad

Los cargos formulados contra este artículo contenidos en la demanda fueron a todas luces incongruentes e inconsistentes, y así expresamente lo reconoció la misma sentencia que comentamos: "Salta a la vista la *impropia* formulación de este cargo, pues no hay inexequibilidad de un texto legal por violación de otro del mismo rango". Por este motivo a la Corte no le quedaba otra alternativa que *declararse inhibida para pronunciarse* —como lo hizo respecto a otros artículos demandados y cuyos cargos no fueron sustentados o lo fueron impropiamente—, y no ponerse a hacer conjeturas sobre lo que quiso o no quiso decir el demandante.

Conjuntamente con este planteamiento, que podemos calificar de formal —aunque no por ello de menor valía y significación—, también son cuestionables los motivos aducidos en la sentencia para fundamentar la inexequibilidad de dicho artículo.

Sobre este particular, inicialmente debemos manifestar que compartimos íntegramente el salvamento de voto suscrito por los magistrados Jorge Carreño Luengas y Rodolfo Mantilla Jácome. No nos cabe duda de que esta causal de cesación de procedimiento se ajusta perfectamente a la "orientación filosófica del Código Penal", puesto que la indemnización de perjuicios a la víctima constituye una forma eficaz de "restablecer el derecho", que es cometido central del sistema penal y, por ende, el derecho penal que de él hace parte; igualmente, el desistimiento del ofendido, por formar parte de la "ritualidad del proceso", en nada inhibe que pueda ser regulado por el estatuto procesal, tal como lo hizo el legislador en el art. 31.

A lo anterior deben sumarse otros cuestionamientos: la providencia dice que el desistimiento del ofendido está "regulado expresamente" por el Código Penal para las lesiones personales, circunscribiéndolo a los casos en que estas no rebasen los treinta días de incapacidad y no se presenten las circunstancias descritas en los ordinales 1° y 2° del art. 342 del C. P. Por tal motivo el Código de Procedimiento Penal no podía "contemplar otros supuestos de desistimiento de la acción penal", porque con ello se desconocerían las prescripciones del C. P. Pero este argumento lo encontramos peregrino porque, por ejemplo, el Código Penal también "regula expresamente" los delitos querellables y, no obstante esto, el Código de Procedimiento Penal aumentó el catálogo de los mismos (art. 25), sin que por ello se pueda afirmar que se contravinieron las prescripciones del Código Penal sobre la materia sino que, por el contrario, estas fueron ampliadas por las normas procesales. De allí que no pueda hablarse de inexequibilidad por "violación de la ley de facultades", puesto que la querella es también del resorte del C. de P. P., y por tal motivo puede regularla autónomamente.

Al incrementarse el número de delitos querellables, consecuentemente se incorporan nuevos eventos en los que es posible la *extinción de la acción penal por desistimiento del ofendido* (querellante), infiriéndose entonces que esta última institución también es materia del C. de P. P. Y si ello es así, no hay nada que justifique la discriminación que se hace en la sentencia, incluyendo como materia del estatuto procesal el desistimiento del ofendido cuando es querellante, y no haciéndolo así cuando el ofendido no tiene tal calidad.

Por último, no se puede ignorar que cuando el procesado indemniza a la víctima, que viene a hacer las veces de "sanción penal" por su conducta, se desarrolla la "filosofía del Código Penal" que pretende que la respuesta institucional al delito cumpla con fines como la retribución, la prevención y la resocialización, cometidos que se satisfacen con creces con la institución comentada. Y si a esto le sumamos que la pena privativa de libertad —prescrita por el C. P. como sanción para los delitos comprendidos en el art. 31 del decreto 50/87— ha evidenciado su incapacidad para cumplir el fin resocializador, con mayor razón entonces debió haber sido declarado exequible este artículo que permitía cumplir con los fines que se propone el Código Penal.

EL ARTÍCULO 61

Lo primero que debemos advertir es que el procedimiento para la vinculación del tercero civilmente responsable no aparecía en el proyecto de 1986, siendo introducido por la Comisión revisora, que sesionó durante el corto período de tiempo que ya conoce la opinión pública.

La regulación expresa de esta institución era una necesidad urgente, si se tiene en cuenta que se requería desarrollar adecuadamente el mandato contenido en el Código Penal de 1980 en el sentido de que están obligados a reparar los daños causados con el hecho punible no solo los penalmente responsables, sino "quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar" (art. 105), pues si algo estaba claro hasta ahora era la imposibilidad de vincular tales sujetos procesales al proceso penal.

Por desgracia, esa regulación no ha sido la más técnica, como era de esperarse, pues siguiendo la directriz general acogida en los arts. 167 y 176 del C. de P. P. según la cual las citaciones y notificaciones personales pueden hacerse acudiendo a cualquier "medio eficaz", violatoria del principio de contradicción (art. 10 del C. de P. P.)[10], el legislador excepcional decidió consagrar una forma de notificación especial, acorde con la cual el demandado debía comparecer "en la fecha señalada" so pena de ser emplazado mediante edicto fijado por el término de 5 días, esto cuando se le lograra comunicar mediante citación. O, cuando esta no fuere posible, procediendo a emplazarlo de la manera indicada, en ambos casos previo informe del notificador bajo juramento.

Semejante disposición, a no dudarlo, era abiertamente inconstitucional y bien hizo la Corte en declararla "inexequible". La misma encierra una notable trasgresión del principio de contradicción, que no en vano fue consagrado como norma rectora de la ley penal procesal; además, este postulado emerge del derecho de defensa (desgraciadamente olvidado por el legislador de turno, aunque sí mencionado), que a su vez es emanación del más general del debido proceso legal[11].

Aparece claro, entonces, que también se trasgredía el art. 1° del C. de P. P., el art. 11 del C. P., que consagra el mismo postulado, aunque mal intitulado; el art. 26 de la Constitución; las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972, que incorporaron a nuestro ordenamiento los pactos de Nueva York y de San José de Costa Rica, que la providencia olvidó mencionar como derecho positivo vigente en Colombia.

Es, pues, verdad aquello que postula la Corte: "una de las garantías fundamentales del debido proceso es la de ser citado de manera idónea a las actuaciones que puedan afectar la persona, para poder ejercer esta el derecho de defensa". El debido proceso como postulado

[10] FERNANDO VELASQUEZ V.: *Principios rectores de la nueva ley procesal penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 66.

[11] Ídem, pág. 62.

rector cobija el de defensa, que no pueden asimilarse, como pareciera darse a entender en uno de los párrafos del fallo.

Muchas injusticias se potenciaban con la regulación aludida, por lo cual en buena hora se ha llegado a la decisión que tomó la alta corporación. Desgraciadamente, una institución llamada a favorecer a la víctima, tan desprotegida en nuestro sistema penal, se ve notablemente recortada con esta declaratoria de inexequibilidad, que deja un vacío grande debiéndose acudir, por vía de la analogía favorable, a las normas procesales civiles correspondientes (arts. 318 a 320), propias del proceso civil, y que nos sitúan ante un trámite un poco extenso y complicado que, seguramente, en muchos casos hará nugatorio el derecho invocado, como que esta última regulación se presta para que se fomente la contumacia de quienes se vean afectados con este tipo de demandas, amén de que implica erogaciones de tipo económico —de las cuales debería librarse en lo posible a la víctima— como la necesidad de publicar el edicto emplazatorio por prensa y radio y el nombramiento de curador.

Infortunadamente, el legislador solo se preocupó por expedir el C. de P. P. con la premura propia de quien ve que se aproxima el vencimiento de un término perentorio, mas no con la del que piensa en la técnica legislativa, unida necesariamente a la seriedad académica, y ajena a la improvisación.

Se ha desperdiciado así una buena oportunidad para regular un sistema de notificaciones apropiado, menos complicado que el estipulado en la ley procesal civil, respetuoso de los postulados ya examinados.

Son, pues, consecuencias de la improvisación que ha hecho carrera entre nosotros, y que pareciera haberse alojado definitivamente para erradicar cualquier intento serio de transformación del sistema penal. Muchas serán las trabas para quien pretenda la vinculación del tercero civilmente responsable al proceso penal, pues, si hay ocultamiento deberá proceder al "emplazamiento de persona que se oculta" (art. 320 del C. de P. C.), o bien el emplazamiento por ignorancia del lugar de residencia, habitación o trabajo, o porque sencillamente se desconozca el paradero del tercero (art. 318 íd.).

Corte Suprema de Justicia (Sala Plena)

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD TEMPORALMENTE INDETERMINADAS

La Corte se declara inhibida de decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad entablada contra las expresiones "un máximo indeterminado" de los arts. 94, 95 y 96 del C. P., por considerar que se configura una modalidad de proposición jurídica incompleta, de un lado; del otro, porque las expresiones acusadas carecen de sentido en sí mismas, pues no constituyen normas jurídicas sino fragmentos de ellas.

Comentario: Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE*
Magistrado Ponente: Dr. HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA
20 de agosto de 1987**

I. ANTECEDENTES***

En su condición de ciudadano en ejercicio y con apoyo en el artículo 214 de la Constitución, URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA solicita a la Corte que declare la inexequibilidad de una parte de los artículos 94, 95 y 96 del decreto-ley 100 de 1980 (Código Penal).

Admitida la demanda se dio traslado de ella al procurador general de la Nación quien emitió oportunamente la vista fiscal de rigor; es por tanto ocasión para que la Corte decida sobre la petición prealudida previas las siguientes consideraciones.

II. NORMA ACUSADA

Se transcribe el texto literal de los artículos 94, 95 y 96 del estatuto penal y se subrayan las partes de ellos objeto de la impugnación.

DECRETO 100 DE 1980
(enero 23)

.....

Capítulo V

De las medidas de seguridad

* Profesor de Derecho Penal Comparado en la Universidad Santo Tomás de Aquino de Bogotá.

** El expediente en el cual se halla contenida esta decisión es el número 1613, sentencia N° 1118, acta 39 del 20 de agosto de 1987. El actor fue el Dr. URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA.

*** (Los capítulos I, II, III y IV de este fallo, fueron tomados textualmente de la ponencia original presentada por el H. Magistrado JAIRO E. DUQUE PÉREZ).

Capítulo único

.....

Art. 94.—Internación para enfermo mental permanente. Al inimputable por enfermedad mental permanente, se le impondrá medida de internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento científico que corresponda.

Esta medida tendrá un mínimo de dos (2) años de duración y *un máximo indeterminado*. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha recuperado su normalidad psíquica.

Art. 95.—Internación para enfermo mental transitorio. Al inimputable por enfermedad mental transitoria, se le impodrá la medida de internación en establecimiento psiquiátrico o similar, de carácter oficial, en donde será sometido al tratamiento que corresponda.

Esta medida tendrá un mínimo de seis (6) meses de duración y *un máximo indeterminado*. Transcurrido el mínimo indicado se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona ha recuperado su normalidad psíquica.

"*Art. 96.—Otras medidas aplicables a los inimputables*. A los inimputables que no padezcan enfermedad mental, se les impodrá medida de internación en establecimiento público o particular, aprobado oficialmente, que pueda suministrar educación o adiestramiento industrial, artesanal o agrícola.

Esta medida tendrá un mínimo de un (1) año de duración y un *máximo indeterminado*. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca que la persona haya adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que se desenvolverá su vida.

Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural.

III. RAZONES DE LA DEMANDA

Para el demandante los fragmentos acusados quebrantan los artículos 20, 26 y 28 de la Constitución Nacional, por las siguientes razones:

a) La indeterminación de la duración máxima de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables en las condiciones fijadas en los prealudidos textos legales infringe el principio de legalidad consagrado en los textos constitucionales citados, dado que "la pena correspondiente a un hecho prohibido y calificado como tal por la ley, debe estar previamente determinada", lo que no sucede en el caso presente.

b) De acuerdo con los mismos artículos de la Carta Fundamental y de los principios rectores de la ley penal colombiana, "No se puede fijar una medida de seguridad a un inimputable cuya duración exceda la pena máxima legal establecida para un hecho punible específico, pues se estaría aplicando una sanción no por el hecho punible cometido, sino por el trastorno mental o la inmadurez psicológica, estados que por sí mismos no pueden constituir conductas que provoquen sanciones penales, pues estas rebasarían la expresa calificación del hecho punible establecida por el Código Penal y la sanción derivada del mismo".

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL

El colaborador fiscal solicita a la Corte que "se *inhiba* para desatar la acción pública a que se refiere este asunto", por cuanto conforme a la doctrina sentada en la sentencia de septiembre 1° de 1981 y posteriormente reiterada, la demanda incoada está dentro de los específicos casos de proposición jurídica incompleta que la Corporación ha señalado taxativamente.

En sustentación de su tesis, dice:

"En el evento de que prospere la declaratoria de inexequibilidad deprecada, el efecto del fallo sería nugatorio porque "llevaría al intérprete y aplicador de la ley a producir una sentencia en donde los límites temporales para la dosimetría de la medida asegurativa serían (sic) un mínimo determinado, y la inexistencia de un máximo determinado, o lo que es lo mismo el máximo imponible seguiría siendo indeterminado".

A juicio del colaborador fiscal, el único modo para superar el inconveniente anotado, habría sido demandar en su integridad los artículos impugnados.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. *Competencia*.

Por razón de la naturaleza del decreto al cual pertenecen las disposiciones, es competente la Corte Suprema de Justicia para fallar definitivamente sobre su constitucionalidad.

2. Se configura en el presente proceso un caso de proposición jurídica incompleta.

En efecto, si resultaran inexequibles las expresiones demandadas "un máximo indeterminado", contenidas en los artículos 94, 95 y 96 del decreto 100 de 1980, dichas normas quedarían igualmente indeterminadas en cuanto al máximo de duración de las medidas de seguridad a que se refieren.

Esa indefinición del máximo es precisamente la razón por la cual se acusan como inconstitucionales y que podría fundamentar una eventual declaratoria de inexequibilidad, lo que haría inocua la decisión de la Corte.

Además, las expresiones acusadas carecen de sentido por sí mismas, lo que impide el ejercicio de la función atribuida a esta Corte, ya que el control de constitucionalidad recae sobre normas jurídicas y no sobre fragmentos de ellas.

Con base en las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, previo estudio de la Sala Constitucional y oído el concepto del procurador general de la Nación,

RESUELVE:

Declárase *inhibida* para conocer de la demanda de inconstitucionalidad instaurada por el ciudadano URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA contra las expresiones "un máximo indeterminado" de los artículos 94, 95 y 96 del decreto 100 de 1980.

Cópiese, publíquese, comuníquese al gobierno nacional, insértese en la Gaceta Judicial y archívese el expediente.

SALVAMENTO DE VOTO

De los doctores: JAIRO E. DUQUE PÉREZ, FABIO MORÓN DÍAZ, MANUEL ENRIQUE DAZA ÁLVAREZ, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO, HÉCTOR GÓMEZ URIBE, RAMÓN ZÚÑIGA VALVERDE y RAFAEL BAQUERO HERRERA

Ref.: Expediente N° 1613.
Acción de inexequibilidad contra los artículos 94, 95 y 96 del decreto-ley 100 de 1980 (Código Penal).

Los suscritos magistrados nos separamos con el mayor respeto, de la decisión mayoritaria de la Sala conforme a la cual el pronunciamiento que se impone en el expediente de la referencia, debe ser *fallo inhibitorio* por perfilarse en el proceso, una modalidad de "proposición jurídica incompleta" originada en el hecho que el procurador general invoca en su concepto fiscal esto es decir, que en el supuesto de ser acogida la demanda y ser el fallo de inexequibilidad, tal decisión sería inane ya que de todas maneras la vigencia de las medidas de seguridad continuaría indeterminada por efecto de ese pronunciamiento.

Ha sostenido la Corporación insistentemente que el fenómeno de la *proposición jurídica incompleta* se tipifica solo cuando la norma que se deja de impugnar está en una inescindible relación de dependencia con la que es objeto de la demanda, de modo que aunque se impugne únicamente una de las disposiciones contentivas de la misma regla jurídica la Corte no puede dejar de pronunciarse separadamente sobre la respectiva demanda; en caso contrario su actitud "equivale a impedir el ejercicio de la acción de inexequibilidad, con una razón puramente formalista, que se traduce en la exigencia al demandante de acusar todas las disposiciones del orden jurídico en que esté reproducida la norma de que se trata, requisito que no está establecido en la ley y que carece de sentido exigir cuando la norma acusada es perfecta en sí misma".

No puede pues la Corte sin eludir su función-deber de tutelar efectivamente la intangibilidad de la Constitución, crear a su talante motivos que la inhiban para pronunciarse sobre el fondo de las demandas de inexequibilidad incoadas por quienes hacen uso de la acción pública que consagra el artículo 214 de la Carta Fundamental.

Debemos anotar además que el proyecto de sentencia adoptado unánimemente por la Sala Constitucional y del que a última hora se separaron los magistrados Vallejo Mejía y Gómez Otálora, tuvo muy en cuenta el "caos" que originaría un pronunciamiento de inexequibilidad de normas que necesariamente deben dejar al juez la suficiente flexibilidad para supervigilar la efectividad de las medidas de seguridad impuestas a los inimputables.

Consideramos por lo expuesto que las razones consignadas en el proyecto original habían sido suficientes para sustentar un fallo de exequibilidad de las disposiciones acusadas.

Las partes pertinentes de la ponencia inicial, son las siguientes:

"V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

"1. *La competencia*.

"Como los artículos parcialmente acusados pertenecen al decreto-ley 100 de 1980, es de competencia de la Corte decidir sobre su exequibilidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 214 de la Constitución Nacional.

"2. *Proposición jurídica incompleta*.

"El procurador solicita fallo inhibitorio por proposición jurídica incompleta, por haber circunscrito el actor la pretensión de inexequibilidad a las expresiones «un máximo indeterminado» que emplean los artículos acusados, lo que irremisiblemente conduce en caso de inexequibilidad, a que la duración máxima de las medidas de seguridad para los inimputables, siga siendo indeterminada.

"Esta sola consideración no es suficiente en opinión de la Corte para que se tipifique la proposición jurídica incompleta ya que la inocuidad del fallo de inexequibilidad en el supuesto de ser acogida la súplica de inconstitucionalidad de las expresiones subrayadas de las disposiciones arriba determinadas, no proviene de su falta de autonomía por encontrarse «en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados y que condicionan su validez», sino de la índole o naturaleza de las normas acusadas y más especialmente de los poderes restrictivos que tiene el juez constitucional que no le permite adoptar normas en sustitución de las declaradas inconstitucionales y por el contrario, lo obligan a hacer solo el pronunciamiento de *inexequibilidad* en caso de encontrar fundada la demanda, pero sin que pueda dictar disposición adicional que le permita extender su competencia a la órbita legislativa lo que obviamente quebrantaría la separación funcional de los poderes públicos.

"Este insalvable escollo no se habría superado, como lo sugiere el señor procurador con la demanda de todas las disposiciones de que forman parte las expresiones impugnadas, ya que la tacha de inconstitucionalidad por el motivo alegado por el demandante, está circunscrita únicamente a la "indeterminación" del máximo de las medidas de seguridad a que se refieren los artículos prealudidos y en forma alguna al límite mínimo de dichas medidas ni a las demás circunstancias en ellas contempladas.

"Finalmente de la misma cita jurisprudencial en que apoya su concepto se desprende que cuando existen motivos fundados para un fallo de exequibilidad se perfilaría la proposición jurídica incompleta si fuese igualmente nugatorio en sus alcances o efectos, lo que no puede afirmarse en el caso sub-judice pues si se declaran constitucionales las normas impugnadas, la sentencia, al despejar las dudas sobre la constitucionalidad de las expresiones acusadas está llamada a producir plenos efectos: en primer lugar cimentando la discreción del juez para fijar el máximo de las nombradas medidas de seguridad y en segundo, haciéndola inmodificable por virtud del principio de verdad legal, que la informa.

"Lo anterior indica que la Corte no puede eludir un pronunciamiento de fondo sobre el «asunto de inconstitucionalidad» planteado en el *petitum* de la demanda y sustentado en la «causa petendi» que le sirve de apoyo, con mayor razón si se tiene en cuenta que la posible inocuidad del fallo de inexequibilidad, no dependería de falta de los presupuestos o requisitos de la demanda, que fueron cumplidos en su integridad, sino de circunstancias adventicias extrañas a la actividad procesal de la parte actora y para ella insuperables.

"Obrar en forma contraria llevaría a la Corte a eludir el deber de ser guardián de la integridad de la Constitución, apoyada en consideraciones metajurídicas que no han sido consideradas expresamente por la Constitución y que restringen su alta misión y ponderoso encargo.

"Lo dicho es suficiente pues, para examinar el fondo del asunto planteado, ya que admitir lisa y llanamente que el caso *sub-judice* se enmarca dentro de los supuestos de proposición jurídica incompleta precisados por la jurisprudencia de esta Corporación, sin ponderar los efectos que tendría en este caso particular el fallo inhibitorio, conduciría a desnaturalizar su función propia que no es otra como ya se dijo, que la efectiva guarda de la integridad de la Constitución.

"3. *Constitucionalidad de las expresiones acusadas.*

"Para estudiar la constitucionalidad de los fragmentos acusados, estos deben ser examinados dentro del contexto de la normatividad penal a que pertenecen. Para ello se requiere precisar algunos conceptos tangencialmente considerados en la demanda y confrontar con ellos las normas de la Constitución que se señalan infringidas.

"El principio medular que informa el derecho penal moderno y que fue consagrado en el ordenamiento penal vigente es el de la culpabilidad, que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, abandonando la doctrina de la peligrosidad social. Se basa él en la tesis según la cual no puede haber pena sin culpabilidad y en que no se sanciona al autor del hecho punible por la peligrosidad de su acción sino en cuanto sea culpable. La culpabilidad es entonces el fundamento y la medida de la pena.

"La consagración de la culpabilidad como fundamento de la pena incide o se proyecta sobre los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad que tienen una connotación específica dentro del Código Penal según el análisis siguiente:

"Aunque la ley no define la imputabilidad, este concepto ha sido elaborado por la doctrina penal para la cual el agente es imputable si al momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, estuvo en capacidad de comprender la ilicitud del mismo y de determinarse a su realización de acuerdo con esa comprensión.

"El concepto de inimputabilidad que es fácilmente desprendible del anterior, recibe consagración legal en el artículo 31 del Código Penal. Dice esta disposición así: «Es inimputable quien en el momento de ejecutar el hecho, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica o trastorno mental».

"De las condiciones personales que concurran en el autor del hecho punible y permitan calificarlo como imputable o inimputable se derivan consecuencias de distinto orden así: al imputable que actúa culpablemente se le considera responsable y se le sanciona con una pena; por el contrario, al inimputable no se le puede considerar culpable del hecho punible, por esta razón es sujeto pasible de una medida de seguridad.

"Estas dos formas de respuesta al hecho punible previstas en el Código Penal, cumplen finalidades distintas así: «la pena tiene función retributiva, preventiva y resocializadora», las medidas de seguridad «persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación» (artículo 12 Código Penal).

"Bajo las anteriores premisas corresponde analizar el cargo que formula el actor sobre la base de considerar que los fragmentos de

las disposiciones impugnadas, infringen el principio de la legalidad consagrado en los artículos 20, 26 y 28 del ordenamiento constitucional.

"Ciertamente el principio universal de la legalidad del delito y de la pena se hace derivar de los textos que cita el demandante y además del artículo 23 de la Constitución. Este principio protector de la libertad individual consagrado además en los artículos 11 de la Declaración de los Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, garantiza que nadie podrá ser castigado si previamente no se ha prohibido el hecho y señalado la pena correspondiente.

"La tacha de inconstitucionalidad se plantea bajo el supuesto equivocado de que las medidas de seguridad previstas en la ley para los inimputables son *penas* y por lo tanto deben estar determinados sus términos mínimo y máximo, lo cual no ocurre cuando el legislador deja al arbitrio del juez señalar el máximo imponible como lo disponen las expresiones acusadas.

"Como se desprende de las consideraciones precedentes y lo expresó con suficiente claridad el legislador, las medidas de seguridad no son penas y su imposición no se hace con el criterio de castigar a quien no pueda actuar con culpabilidad, pues ellas carecen de contenido expiatorio; por el contrario, su aplicación está orientada a la seguridad del propio inimputable, quien por su condición anímica continúa con aptitud de lesionar intereses legalmente, por lo cual el Estado debe evitar que cometa nuevos ilícitos mediante su curación y la rehabilitación o adaptación al medio social de quien ha obrado por inmadurez sicológica.

"Enfocado así el asunto, resulta evidente que las normas acusadas no infieren quebranto al artículo 28 de la Constitución que exige la legalidad de la pena al disponer: «Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post-facto*, sino con arreglo a la ley, o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y orden determinándose la pena correspondiente».

"A la expresión «pena» que utiliza este cánon se le debe dar la significación propia de la ciencia y doctrina penal en donde tiene una connotación diferente de las medidas de seguridad.

"Resulta ilustrativo recordar que la Comisión redactora del Código Penal, hizo una distinción profunda entre *penas y medidas de seguridad,* y excluyó a las segundas del título de la *punibilidad*, «con el fin —se lee en la exposición de motivos— de hacer énfasis en que estas, *las medidas de seguridad*, no tienen carácter punitivo, sino que se imponen como medidas de protección para el inimputable y la sociedad» pues a diferencia de la imputabilidad que es la capacidad y el requisito de la sanción, la inimputabilidad es el presupuesto de las medidas de seguridad, como lo pregona la doctrina penal.

"De lo anterior se desprende que es lógico que la duración del término máximo de la medida de internación no pueda fijarse previamente por el legislador, ni siquiera por el juez en la sentencia puesto que se trata de someter al inimputable a tratamiento cuya duración depende de la curación efectiva y de la readaptación de estos al medio social propio, razón por la cual resulta impredecible la vigencia del mismo por este motivo. Cabe recordar que en el seno de la Comisión Redactora del Código se propuso que también fuese indeterminado el mínimo de las medidas de seguridad, no solo para que fuese flexible el tratamiento sino también para evitar que se desnaturalizara la finalidad de la medida de seguridad al lograrse antes de su vencimiento, la curación del inimputable.

"Por lo anterior no advierte la Corte la incompatibilidad que aduce el actor entre las partes acusadas de los arts. 94, 95 y 96 del decreto 100 de 1980 y la Carta; al contrario, estas disposiciones y las demás que se relacionan con las medidas de seguridad por no tener el carácter de sanciones jurídicas, no excluyen la revocabilidad y la aplicación discrecional del juez pues se han establecido, como lo reitera la doctrina «en consideración a un peli-

gro social presumido por la ley o comprobado por el juez».

"Finalmente, la indeterminación del término máximo de las medidas de seguridad es aparente dado que el juez tiene poderes suficientes para suspenderlas o modificarlas y en todo caso declarar su extinción, cuando se den los requisitos o condiciones contemplados en los artículos 98, 99, 100 y 101 del Código Penal".

Fecha *ut supra*.

SALVAMENTO DE VOTO

De los doctores: JORGE CARREÑO LUENGAS, RODOLFO MANTILLA JÁCOME y EDGAR SAAVEDRA ROJAS

Expediente N° 1613. Acción de inexequibilidad contra los artículos 94, 95 y 96 del decreto-ley 100 de 1980 (Código Penal). Magistrado Ponente: Doctor HERNANDO GÓMEZ OTÁLORA.

Los suscritos magistrados deben manifestar respetuosamente la discrepancia del fallo mayoritario de la Corporación por el que se inhibe de pronunciarse de fondo sobre la demanda de inexequibilidad formulada contra los artículos 94, 95 y 96 del Código Penal, porque consideramos que la pretendida proposición jurídica incompleta en que se fundamenta el fallo es inexistente, porque la posible inocuidad del fallo de inexequibilidad en el caso de haber sido aceptadas las pretensiones de la demanda no proviene de la falta de autonomía por encontrarse "en una inescindible relación de dependencia con otro u otros no impugnados y que condicionan su validez", sino porque en realidad los efectos que puedan sobrevenir al fallo de inconstitucionalidad son ajenos a la función de la Corte, quien debe limitarse a realizar una confrontación de las normas demandadas con la integridad del texto constitucional, sin que pueda insinuar ni la adopción de normas sustitutivas de las declaradas inconstitucionales, ni a realizar consideraciones de conveniencia e inconveniencia por los efectos que pudieran ser ocasionados por su pronunciamiento.

Los efectos de la inexequibilidad en relación con las medidas de seguridad previstas para los inimputables, que pudieran seguir siendo indeterminadas, no compete a la Corte y su deber es declarar la inconstitucionalidad de las mismas, resultando la contradicción de su texto con la Constitución, para que sea el legislador quien resuelva los problemas que se pudieran originar con el fallo.

Las instituciones jurídicas de carácter material o procesal, tienen una especial estructura intrínseca y extrínseca que las diferencian de manera específica, pero su naturaleza será inmodificable mientras conserve esas características que la definen sin que pudiera llegar a pensarse que logren ser cambiadas con la simple reforma del apelativo, porque en realidad el nombre de la institución es indiferente, mientras se conserven las características que la identifican. Lo anterior porque en vigencia del Código Penal de 1936, orientado filosófica y políticamente por los criterios formulados por la escuela criminal positiva contenía el título II del libro primero bajo la genérica denominación de sanciones con dos capítulos, uno destinado a las penas, y otro a las medidas de seguridad; y esa denominación era consecuente con los principios que la impulsaban, porque así el inimputable tuviera afectados los procesos intelectivos o volitivos como consecuencia de la enfermedad mental, se constituía en un sujeto peligroso que debía ser aislado del medio social, imponiéndosele una sanción denominada medida de seguridad.

El Código Penal de 1980 pretende hacer un rechazo total a la concepción positivista y se anuncia su vinculación a la corriente culpabilista del derecho penal, sin que en ningún momento se hubiera podido lograr el propósito perseguido, porque lo cierto es que se sigue

haciendo peligrosismo, bajo el ropaje de las ideas culpabilistas, porque el que la nueva codificación hubiere asignado un título, el IV a la punibilidad, y el otro, el V, a las medidas de seguridad, queriendo destacar, que estas últimas no constituyen verdaderas sanciones, es querer ocultar el bosque con la imagen del árbol individualmente considerado.

Existen (sic) una serie de características comunes a las dos sanciones, penas y medidas de seguridad que las identifican en su estructura interna y externa, y es así como ambas se imponen como consecuencia de la realización de un hecho punible y por tanto ambas son posdelictuales. De las dos se exige el principio de legalidad, en el sentido de que no puede imponerse, una ni otra, si no está previamente definida en la ley, de la misma manera que se exige el principio de legalidad del proceso, en el sentido de que no pueden ser aplicadas sino como consecuencia de un proceso previamente determinado por ley anterior y solo puede ser impuesta como consecuencia de una decisión jurisdiccional.

Ambas constituyen o conllevan la pérdida o restricción de un derecho y finalmente se cumplen de manera regular en los mismos sitios, así uno de los patios de la prisión reciba el llamativo nombre de anexo psiquiátrico.

Tanto la pena, como la medida de seguridad tienen finalidades similares, porque con ellas se pretende aislar o inutilizar a quien con su conducta ha demostrado ser un peligro para el medio social y ambas tienen finalidades de readaptación, buscando la inocuización de quien demostró ser peligroso; la pena mediante la resocialización del delincuente y la medida de seguridad con la curación del mismo.

Siendo una misma la naturaleza, es indispensable concluir que ambas constituyen evidentes sanciones y por ello cuando el legislador no determina su máximo se violan principios constitucionales, que exigen la previa definición, no solo de la conducta sino de la sanción; y es entonces evidente la violación del principio de legalidad de rango constitucional y es imprescindible que la Corporación en cumplimiento de sus funciones haga la declaración de inconstitucionalidad de las normas que afectan la integridad de la Carta.

Las incoherencias de nuestro estatuto penal son claras, porque a pesar de lo pretendido, abandonar toda fórmula peligrosista, no fue posible alcanzar la finalidad perseguida y las sanciones previstas como medidas de seguridad para los inimputables, no son más que una muestra de responsabilidad objetiva, así se haya querido proscribir toda forma de responsabilidad material, porque no es otra la conclusión a que se puede llegar cuando un estatuto culpabilista, señala sanciones para quien como consecuencia de un cuadro clínico psiquiátrico ha visto afectadas sus facultades superiores de cognición y volición, y es sancionado objetivamente por la conducta realizada, excluyéndolo del medio social, simplemente por la enfermedad que padece y que lo hace peligroso para la comunidad.

No se puede seguir tapando el sol con las manos y es indispensable que el legislador haga un replanteamiento del tratamiento punitivo que se da a los inimputables y que si se pretende seguir dentro de la concepción culpabilista se reparen las resquebrajaduras del sistema que lo hacen incoherente.

Fecha *ut supra*.

***

COMENTARIO

I. JUSTIFICACIÓN

Doctrinariamente no es usual comentar los pronunciamientos inhibitorios constitucionales, porque además de ser poco frecuentes, la real ausencia de decisión hace que la norma-

tividad jurídica permanezca incólume y por ende, a pesar de quedar todo en la incertidumbre de la expectativa, parece que lo importante es continuar con la aplicación de la ley, haciendo caso omiso a las extralimitaciones de la potestad punitiva del Estado.

Esta forma de pensar, olvida que la interpretación de la ley, implica su confrontación con la realidad, que no es suficiente la expedición del mandato legislativo para que tenga que ser aplicado, sino que impera su subordinación a los baremos fundamentales de la política criminal reconocidos por la Constitución Nacional, porque como afirma JESCHECK, "No todo lo que aparece como eficaz es también justo"[1]; de ahí que no sea posible considerar como derecho penal las disposiciones que desconocen los principios de culpabilidad, de Estado de Derecho y de humanidad[2].

Al no existir fallo que con efectos *erga omnes* obligue a la ineludible aplicación de mandatos legales desconocedores de los derechos esenciales de la persona humana, el debate jurídico continúa, siendo imperativo para la doctrina cumplir con su verdadero fin, el cual no es otro que el de contribuir a una acertada interpretación de la ley.

II. IMPORTANCIA DEL PRONUNCIAMIENTO

Según la exposición de motivos, el Código Penal vigente se caracteriza, fundamentalmente[3], por el tránsito del viejo y obsoleto peligrosismo positivista, hacia un derecho penal de culpabilidad[4], y por abandonar la pura concepción psiquiátrica de la imputabilidad para regularla con contenidos jurídicos[5]. Colorario de la terminante afirmación explicativa, es el de considerar que realmente se proscribió en la regulación legal, toda forma de responsabilidad objetiva y que los inimputables serían respetados como personas humanas; pero a no dudarlo, ni uno ni otro objetivo se lograron.

Claras manifestaciones de responsabilidad fundamentada en la simple causación del resultado aparecen "técnicamente" redactadas, así por mencionar algunos casos, que por equilibrios que hagan sus defensores para demostrar su pretendida coherencia, sobresalen como violación al principio "nullum crimen sine culpa", aparecen la preterintención y la *actio liberae in causa* en la curiosa forma de "trastorno mental preordenado", amén de ciertas circunstancias de agravación punitiva; y si esto sucede con la culpabilidad, la problemática es más grave y compleja respecto a la imputabilidad, pues parece ser, que el avance se enmarcó en el análisis jurídico de su aspecto positivo, pero se olvidó que la misma dirección se debía seguir en relación con los inimputables, a quienes no se les pueden desconocer las garantías propias de los seres humanos.

Estos interrogantes, como es sabido, no se hicieron esperar por la doctrina y hasta por los mismos comisionados, como lo demuestra la afirmación del doctor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, quien como presidente de la última comisión redactora, luego de afirmar el paso del peligrosismo al culpabilismo, expresa en la precitada exposición de motivos, que la preterintención vulnera el culpabilismo[6], pero, indudablemente, el tema de mayores cuestionamientos, desde el momento mismo en que se expidió el actual Código Penal, e inclusive,

[1] HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, vol. I, Parte general. Trad. al español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, pág. 30.
[2] HANS-HEINRICH JESCHECK, ob. cit., pág. 30.
[3] *Nuevo Código Penal*, Ed. Oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1980, pág. 35.
[4] *Nuevo Código Penal*, ob. cit., pág. 19.
[5] *Nuevo Código Penal*, ob. cit., pág. 32.
[6] *Nuevo Código Penal*, ob. cit., pág. 40.

en el seno de las comisiones redactoras, es el de los mínimos[7] y especialmente , el máximo indeterminado de las medidas de seguridad posdelictuales para los inimputables[8].

Y como pocas veces sucede, la judicatura y la doctrina de las más diversas tendencias jusfilosóficas, han continuado con vehemencia, reiterando la discusión sobre la inconstitucionalidad de tales medidas[9]; de ahí la importancia del pronunciamiento de la Corte al abstenerse de decidir sobre la constitucionalidad de los artículos 94, 95 y 96 del Código Penal, de conformidad con los cuales, se impondrá un mínimo arbitrario y un máximo indeterminado de internación en "establecimiento psiquiátrico" o centros de educación agroindustriales, según se trate de inimputables por trastorno mental permanente o transitorio con secuelas o simples inadaptados al medio social.

Si bien es cierto, que en sentido estricto, no se tomó una decisión, a no ser la de inhibirse, la trascendencia de este pronunciamiento emerge de los motivos que llevaron a la Corte a la abstención y de los criterios expuestos por los magistrados disidentes en los opuestos salvamentos de voto, los cuales merecen y deben ser estudiados con ayuda del ya abundante material doctrinario y judicial publicado sobre el tema.

III. LA INHIBICIÓN DE LA CORTE

Afirma la Sala mayoritaria, que la Corte debía inhibirse de decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad instaurada contra las expresiones "un máximo indeterminado" de los artículos 94, 95 y 96 del decreto 100 de 1980, por dos razones fundamentales: En primer término, por configurarse una modalidad de "proporción jurídica incompleta", porque de resultar "inexequibles las expresiones demandadas,... dichas normas quedarían igualmente indeterminadas en cuanto al máximo de duración de las medidas de seguridad a que se refieren", lo cual "haría inocua la decisión de la Corte"; en segundo lugar, porque "las expresiones acusadas carecen de sentido en sí mismas" por no constituir "normas jurídicas" sino "fragmentos de ellas".

Los dos salvamentos de voto son precisos al demostrar el desacierto de la primera premisa, toda vez, que la denominada "proposición jurídica incompleta" se tipifica solo cuando la norma que se deja de impugnar está en una inescindible relación de dependencia con la que es objeto de la demanda, de modo que aunque únicamente se acuse una de las disposiciones contentivas de la misma regla jurídica la Corte no puede dejar de pronunciarse separadamente sobre la respectiva demanda, lo contrario equivale a impedir el ejercicio de la acción de inexequibilidad, exigiendo al demandante un requisito que no está establecido en la ley y "carece de sentido exigir cuando la norma acusada es perfecta en sí misma", como se expresa en una de las disidencias.

El concepto de "proposición jurídica incompleta" a que acude la decisión inhibitoria, no corresponde al expuesto tradicionalmente por la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, ya que no se concreta en la falta de impugnación de otra norma por parte del demandante, sin la cual la Corte no hubiera podido pronunciarse sobre la acusada por existir entre las

[7] LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal*, vol. I, Parte general, Bogotá, Ed. Pequeño Foro, 1980, págs. 363 y 364.
[8] LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, ob. cit., págs. 363 y 364.
[9] Ver JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "Consideraciones sobre el fundamento de las medidas de seguridad en el derecho penal colombiano" importante ensayo con básica bibliografía sobre el tema en *Nuevo Foro Penal*, núm. 33, Bogotá, Edit. Temis, págs. 297 a 322.

dos una "inescindible relación de dependencia", sino porque de pronunciarse la Corporación respecto a las expresiones demandadas, quedarían igual "en cuanto al máximo de duración de las medidas de seguridad a que se refieren".

No especifica este pronunciamiento qué norma o normas faltaron por ser demandadas para que se integrara dicha "proposición jurídica" y no podía decirlo, porque no hace falta ninguna otra disposición que establezca relación de dependencia con las expresiones atacadas. El aspecto tratado no corresponde al caso de la "proposición jurídica incompleta" así se le haya dado tal calificativo; se trata simplemente, de un juicio apriorístico sobre los posibles efectos que producirían las normas demandadas al prosperar la censura, aspecto este que no corresponde al control constitucional, pues su función se limita a confrontar la ley con la Carta política para evitar los abusos legislativos que vulneren los derechos fundamentales que consagra.

Pero además, tampoco parece acertado afirmar que al prosperar los cargos de la demanda, la declaratoria de inexequibilidad sería inocua porque el máximo de estas medidas de seguridad "quedarían igualmente indeterminadas", pues sea suficiente considerar, que es precisamente, el mandato legal el que las hace indeterminadas y que al desaparecer estas expresiones de los precitados arts. del Código Penal, ya no serían indeterminadas por ley, es decir, el imperativo legal desaparece y únicamente regiría el mínimo, criterio este que, además, algunos doctrinantes lo han propuesto como solución a la injusticia de estas disposiciones, aclarando que, ante esta situación, se deberá ordenar su cesación cuando se constate la improcedencia de su aplicación, lapso este que no podrá superar la pena que le hubiera correspondido al sujeto como imputable[10].

Este criterio, desde luego, no creemos que sea el acertado, pero cuando menos, constituye una posibilidad para solucionar casos como el del inimputable por trastorno mental permanente que trata el art. 94 del estatuto punitivo, ya que por la naturaleza del trastorno, se estaría imponiendo una verdadera "cadena perpetua", dado que nunca va a recobrar su estado psíquico normal; normas como esta van incluso contra los límites ónticos del poder punitivo al desconocer la realidad; y el legislador no puede exigir lo imposible de cumplir[11]. La vía correcta, creemos, es la propuesta por el profesor FERNANDO VELÁSQUEZ, quien considera, previo ataque a los criterios peligrosistas, que solo debe imponerse un máximo, el cual no puede ser superior al que corresponde como pena a los imputables; así la medida de seguridad de internamiento psiquiátrico podrá cesar cuando se constate la improcedencia de su aplicación[12].

En estas condiciones, se cumple con el principio de legalidad, debido a que la duración de estas medidas de seguridad tendrían un mínimo y un máximo determinados, pues el mínimo iría desde el momento en que se inicia el internamiento hasta el máximo ya expuesto y no vaya a decirse, entonces, que bajo este criterio no existe un mínimo determinado, porque los límites temporales van "hasta", es decir, de "cero" hasta el tope fijado, y este signo aritmético no es un sinónimo de "nada", sino que significa el punto de partida de la escala.

Se respeta así el Estado de Derecho, por ende, el principio constitucional de legalidad y los de proporcionalidad, dignidad humana e igualdad.

En cuanto al segundo argumento de la providencia inhibitoria, contraído a que "las expresiones acusadas carecen de sentido en sí mismas por no constituir normas jurídicas sino

[10] SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, ob. cit., págs. cits.

[11] FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 96.

[12] VELÁSQUEZ V., FERNANDO "El principio de legalidad jurídico penal" en *Nuevo Foro Penal*, núm. 32, Bogotá, Edit. Temis, pág. 261.

fragmentos de ellas", si bien no es analizado específicamente en los salvamentos de voto, su inconsistencia es evidente.

No creemos necesario detenernos en la densa discusión doctrinaria sobre lo que las diversas corrientes filosófico-jurídicas han entendido por norma, pero parece que aquí se inclina la Corte a entender por "norma jurídica" la sanción y de ser así, todo indica que se exige por parte del demandante haber censurado también el mínimo señalado en las disposiciones atacadas; es cierto que esto es lo que debía haber hecho para obtener la inconstitucionalidad integral de los citados arts. 94, 95 y 96 del Código Penal, pero como no lo hizo, la Corte debía pronunciarse de fondo sobre el extremo propuesto, lo contrario significa exigir que siempre se debe demandar la totalidad de la "norma jurídica" y no las expresiones que el censor considere inexequibles, obligación esta que no exige la Constitución para ejercitar la acción pública de inconstitucionalidad. De prosperar la demanda, no es función de la Corte solucionar la incongruencia que se presente frente a una determinada disposición sino del Estado, quien deberá legislar, si así lo considera, para llenar el vacío. Ahora, en la hipótesis en que los apartes de la norma declarados inexequibles sean fundamentales para su aplicación, simplemente debe entenderse que no existe mandato; pero si como sucede en este caso, es un extremo el que continúa vigente y es dable aplicarlo por la naturaleza del fenómeno que regula, impera hacerlo procediendo a cesar la medida con fundamento en los fines que de esta señala el art. 12 del Código Penal comprendidos teleológicamente, es decir, como resocialización, sin pasar el tiempo que le correspondería como pena al imputable de conformidad con el principio de igualdad.

De otra parte, no es cierto, que "las expresiones acusadas carecen de sentido en sí mismas"; todas las palabras tomadas en abstracto "carecen de sentido en sí mismas"; pero precisamente, estas "toman sentido" cuando se concretan en el objeto materia de significación. La prolongación indeterminada en el tiempo, claro que carece de sentido si no hace relación a "algo", lo cual nos lleva al campo de la metafísica y con seguridad que el legislador no ha pretendido llegar a ese campo; es indudable, que la ley en este caso no se refiere a un "tiempo imaginario" insoluble en las disquisiciones filosóficas, sino al "tiempo real", o sea, a un modo inseparable de las cosas, a la duración misma de los acontecimientos, como afirmaba DESCARTES; por tanto, la indeterminación a que se refieren las disposiciones demandadas se remite a la prolongación indefinida de la efectiva privación de la libertad por parte de los inimputables. Entonces, física y jurídicamente, tales expresiones tienen un sentido real "en sí mismas", pues, se insiste, esta indeterminación suprime un límite, a no ser que retomemos el planteamiento de HEIDEGGER, de acuerdo con el cual la conciencia del futuro es conciencia de la muerte.

IV. LOS SALVAMENTOS DE VOTO

Con iguales fundamentos, las dos minorías disidentes coinciden en afirmar, que en este caso no concurre el fenómeno de la "proposición jurídica incompleta", por cuanto las expresiones demandadas carecen de esa relación inescindible de dependencia con otra u otras disposiciones, de modo que sea imperativo el ataque a una pluralidad de normas; mas no sucede lo mismo respecto al punto central del análisis, los dos son totalmente opuestos entre sí; el suscrito por tres de los magistrados de la Sala Penal, doctores JORGE CARREÑO LUENGAS, RODOLFO MANTILLA JÁCOME y ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, sustenta la alentadora tesis de la inconstitucionalidad de las normas demandadas; los cinco magistrados restantes que integran esta sala se inhibieron y se desconoce su pensamiento al respecto; entre tanto, el otro salvamento de voto firmado por titulares de las Salas Constitucional, Civil y Laboral, sustenta la exequibilidad de aquellas disposiciones.

La disidencia que pugna por la constitucionalidad fundamenta su criterio en un insostenible formalismo; se afirma, esencialmente, que las penas son distintas a las medidas de seguridad con internamiento psiquiátrico por cuanto se encuentran consagradas en distintos capítulos del Código Penal y al confrontar las normas acusadas con la Constitución Nacional, manejando un típico idealismo al pretender modificar el objeto con el método, colige, que el demandante atacó dichas expresiones por estatuir "penas indeterminadas" y que las normas acusadas se refieren es a "medidas de seguridad", es decir, que hace radicar la diferencia en la simple nominación jurídico-legal.

Concreto y certero es el opuesto salvamento de voto, cuando acorde con la doctrina más autorizada en el ámbito nacional y extranjero, expone cómo el problema no es de nomenclatura jurídica, sino de los contenidos reales que implica cada fenómeno; de ahí que sea imperativo, para este evento, establecer primero en qué consiste la pena privativa de libertad; que incuestionablemente es la afectación de ese bien jurídico y por ende, la internación psiquiátrica en qué consiste?. Nadie puede negar que también es una privación efectiva de libertad, entonces, materialmente, no existe diferencia alguna entre las dos. La ley regula situaciones reales y el *nomen juris* en nada incide, pues con un tal argumento, tendríamos que concluir, que el legislador ha creado un concepto de privación de libertad para los imputables y otro para los inimputables, lo cual no es posible en un Estado de Derecho.

Como acertadamente lo afirma WELZEL, tanto la pena como la medida de seguridad suponen una restricción a la libertad del individuo y ambas, a su vez, deben tender a la resocialización, razón por la cual no hay entre ellas diferencias de estructura[13], en cuanto a su fundamento, ambas implican un mal infligido al hombre, una afectación en sus derechos, principalmente el de la libertad. En relación con su presupuesto, tanto para la pena como para la medida de seguridad posdelictual, requieren la existencia de un hecho injusto, de una acción delictiva que por lo menos participe de las características de tipicidad y antijuridicidad; de ahí que las medidas de internamiento no tengan un fin de beneficencia como lo da a entender el salvamento de voto que predica las penas con duración indeterminada en el tiempo.

Tampoco es valedero afirmar que estas medidas se justifican porque los inimputables obran sin culpabilidad y por tanto, se debe recurrir a la peligrosidad; ya que como lo afirma el profesor BUSTOS RAMÍREZ, no es posible plantear "conjuntamente dos realidades tan diferentes por la imposibilidad real de definir ambos conceptos: el primero resulta metafísico, y el segundo, por lo menos metaempírico"[14].

No es posible tapar el sol con las manos, han afirmado los magistrados penalistas disidentes y les asiste toda la razón, pues, como lo recalcan los autores de la posición dominante, tales como WELZEL, JESCHECK, STRATENWERTH, MAURACH y ZIPF, BOCKELMANN, BAUMANN, BUSTOS RAMÍREZ[15], ZAFFARONI[16], MUÑOZ CONDE[17], FERNÁNDEZ CARRASQUILLA[18],

[13] HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, 11ª ed., Trad. al español por Juan Bustos R. y S. Yáñez, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, págs. 30 y 31.

[14] JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1986, pág. 12.

[15] Cits. por JUAN BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 8.

[16] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de derecho penal*, 4ª ed., Parte general, Buenos Aires, Ediar, 1985, pág. 139.

[17] FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Monismo y dualismo en el derecho penal español y colombiano", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 19, Bogotá, Librería del Profesional, págs. 15 a 32.

[18] JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. y págs. cits.

VELÁSQUEZ[19], AGUDELO BETANCUR[20], ARENAS SALAZAR[21], CALDERÓN CADAVID[22], SOTOMAYOR ACOSTA[23], SANDOVAL HUERTAS[24], BARATTA[25], AGUILAR LEÓN[26], GONZÁLEZ AMADO[27], MANTILLA JÁCOME, SUÁREZ, RAMÍREZ[28], ROXIN[29], ANTOLISEI[30] etc., ninguna diferencia fundamental existe entre las penas privativas de la libertad y las medidas de seguridad que también afectan ese derecho; entonces cuál el motivo para justificar esta modalidad de "cadena perpetua"?, si como lo afirma WINFRIED HASSEMER: "Ante la evolución alcanzada hoy en el sistema de ejecución de la penas y medidas, la gran tarea jurídico-constitucional y político-criminal no consiste en reactivar el contraste entre culpabilidad y peligrosidad, sino el desarrollo de instrumentos que, por un lado, determinen que se imponga al delincuente una consecuencia jurídico penal que sea una respuesta lo más precisa posible a su hecho y a su personalidad y que, por otro lado garanticen que el delincuente, tanto en el ámbito de las medidas, como en el de las penas, quede protegido en sus derechos ante intervenciones desproporcionadas".

Sabedores, si somos realistas, que respecto a imputables como a inimputables no se aplican instrumentos ni políticas adecuadas para lograr los fines que señala el salvamento de voto que considera exequibles las expresiones demandadas, entonces, con igual criterio las penas deberían ser indeterminadas en cuanto a su duración, pues la reincidencia constante en delitos como los que atacan el patrimonio económico, demuestra no solo el idealismo de la prevención especial sino que aquellos fines no se han cumplido, lo cual es aberrante.

El referido salvamento de voto, sin otra consideración de fondo, se aparta de la doctrina nacional y extranjera dominante. Olvida el análisis que realizó la comisión encomendada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en la cual intervinieron por Colombia los profesores ALFONSO REYES ECHANDÍA y LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, cuando al estudiar los siste-

[19] FERNANDO VELÁSQUEZ V., ob. y págs. cits.

[20] NODIER AGUDELO BETANCUR, *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, 1ª ed., Bogotá, Edit. Temis, pág. 44. Este autor afirma, que "desde cierto punto de vista", no especifica cuál, las penas y medidas de seguridad "son idénticas cualitativamente".

[21] JORGE ARENAS SALAZAR, "El anexo siquiátrico de la picota: Una vergüenza nacional", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 30, Bogotá, Edit. Temis, págs. 498 a 518.

[22] LEONEL CALDERÓN CADAVID, *Los inimputables en los nuevos estatutos penales*, Medellín, Biblioteca jurídica DIKE, 1987, pág. 133. Expresa este autor, que el máximo indeterminado de las medidas de seguridad "es tiránico" por traspasar los fundamentos y límites de la potestad punitiva del Estado, razón por la cual "no es dable aducir que el aspecto ideológico concerniente a las medidas indica que deben permanecer hasta tanto pueda pronosticarse la desaparición de la peligrosidad del imputable (sic)", pág. 31.

[23] JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, ob. cit., pág. 320.

[24] EMIRO SANDOVAL HUERTAS, "Imputabilidad y responsabilidad penal", en *Derecho Penal y Criminología*, núm. 25, Bogotá, Librería del Profesional, pág. 157.

[25] ALESSANDRO BARATTA, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 34, Bogotá, Edit. Temis, pág. 430. Afirma este autor, que "El presupuesto de cualquier medida penal, como de cualquier medida limitativa de la libertad personal, debe estar constituido, sin excepción, por la realización de una de las figuras delictivas taxativamente previstas en la ley con indicación del límite máximo de privación de libertad correspondiente".

[26] PEDRO AGUILAR LEÓN, "Suspensión de la medida de seguridad de internamiento en manicomio criminal, a pesar de subsistir la enfermedad", en *Revista del Colegio de Abogados del Valle*, núm. 13, Medellín, Lealón, pág. 515.

[27] IVÁN GONZÁLEZ AMADO, "Algunas inquietudes sobre el fenómeno de la imputabilidad", en *Derecho Penal y Criminología*, núms. 27 y 28, Bogotá, Librería del Profesional, pág. 87.

[28] RODOLFO MANTILLA JÁCOME, y otros, "Inimputabilidad y jurisdicción", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 6, Bogotá, Edit. Temis, pág. 126.

[29] Cit. por LEONEL CALDERÓN CADAVID, ob. cit., pág. 126.

[30] Cit. por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 26.

mas penales en América Latina, se afirmó, que "Desde el punto de vista de los Derechos Humanos lo que no puede tolerarse es que la privación de la libertad de una persona, sea al título que fuere, se prolongue en forma indeterminada, sobre la base de criterios antojadizos e inciertos y en forma completamente desproporcionada con la magnitud del hecho cometido, sea cual fuere el recurso que emplea para racionalizar esas violaciones"[31].

Consecuente con esta motivación, se hizo la siguiente recomendación:

"Considerar violatoria de derechos humanos y, por ende, ilegal, la prolongación de cualquier consecuencia jurídica del hecho punible privativa de derechos que no guarde relación racional con la magnitud del hecho punible cometido y de su culpabilidad, que no tenga término cierto o que no establezca sobre la base de un presupuesto claramente definible, sea cual fuere el argumento con que se pretenda racionalizar su imposición"[32].

Es indubitable, por tanto, que las disposiciones demandadas, arts. 94, 95 y 96 del Código Penal, son abiertamente inconstitucionales por vulnerar el art. 28 de la Carta Política, de conformidad con el cual las penas deben ser determinadas y al ser las precitadas medidas de seguridad estructuralmente igual a aquellas, es decir, verdaderas penas, no queda otra alternativa que concluir la imposibilidad de su indeterminación en el tiempo.

Ahora, si se afirma que esta norma constitucional se refiere, gramaticalmente, a penas y no a medidas de seguridad, se impone interrogarnos sobre si, en estas condiciones, estas últimas tienen fundamento constitucional?, pues con tal nombre no aparecen en la Carta. Y no se diga que las medidas no requieren reconocimiento constitucional, pues tal forma de pensar sería totalmente equivocada, dado que no se puede olvidar que se trata de una afectación real de la libertad y no puede quedar al arbitrio del legislador; un reciente ejemplo al respecto nos lo suministra la nueva Constitución española que específicamente las incluye.

Pero además de desconocer el principio de legalidad, de igualdad, de proporcionalidad, en fin, de racionalidad, directamente atacan estas disposiciones demandadas, el de la dignidad humana, que como se dijo, constituye un baremo fundamental de la política criminal como límite a la potestad punitiva del Estado, núcleo intangible de la democracia constitucional por encarnar el conjunto de derechos inherentes al hombre, entre los que se encuentra la libertad; tanta importancia tiene este principio, que rige como orden superior al ordenamiento jurídico positivo, "auncuando no esté consignado expresamente en un texto legal", como lo afirmó nuestro máximo Tribunal de Justicia en sentencia del 22 de mayo de 1975 y como, igualmente, lo viene aseverando la Corte hace más de cuatro lustros, la protección y garantía de los derechos de la persona humana, constituyen función esencial de los gobernantes.

Este máximo valor del hombre reconocido en el título III de la Constitución Nacional que regula las garantías sociales, políticas y civiles e impone a las autoridades de la República el deber de su respeto integral, al igual que los demás reseñados, también se encuentran consagrados en la ley 74 de 1968 aprobatoria del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, que forma parte de nuestra legislación interna de conformidad con la ley 16 de 1972 y últimamente en el nuevo Código de Procedimiento Penal, cuando en el art. 2°. dispone, que "Toda persona a quien se atribuya un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

[31] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Sistemas penales y Derechos Humanos*, Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986), Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 94.

[32] EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ob. cit., pág. 95.

Finalmente, considerar que tales normas no son inconstitucionales porque, además, el mismo Código Penal permite la posibilidad de suspender estas medidas indeterminadas, es un planteamiento verdaderamente sofístico, ya que equivale a afirmar, que si la ley penal consagrara la pena de muerte para algunos delitos, salvo determinadas excepciones de suspensión, a pesar de estar prohibida constitucionalmente sería exequible porque no todas las personas enjuiciadas están en posibilidad de perder la vida, lo cual es realmente inadmisible.

VI. CONCLUSIÓN

Resulta obvio, que se estaba en mora de demandar por inconstitucionales las disposiciones objeto de comentario, pues se tornaba necesario el pronunciamiento de la Corte al respecto y al haber sido inhibitorio, si bien la polémica sigue, es incuestionable que son múltiples los elementos de juicio obtenidos con las tres posiciones en que se dividió la Corporación, los que permitirán a juzgadores y doctrinantes analizarlos para encontrar la solución adecuada al Estado de Derecho, respetuoso de las garantías individuales inherentes al ser humano.

Como consecuencia de las premisas expuestas, creemos que las precitadas normas vulneran los referidos mandatos de la Carta Política, que la Corte debió pronunciarse de fondo en tal sentido, que no corresponde a un juicio real al planteamiento expuesto en el salvamento de voto que pugna por la constitucionalidad de las expresiones atacadas. Importa sí, destacar la justa e importante posición adoptada en el salvamento de voto suscrito por los tres magistrados de la Sala Penal, doctores CARREÑO, MANTILLA y SAAVEDRA, la cual es indicativa de que vamos hacia un derecho penal más racional, que el legislador no puede crear su propia realidad haciendo gala de poderes omnímodos a costa del indefenso individuo, más aún, si se trata de inimputables, pues, definitivamente, el culto a la letra de la ley constituye una etapa histórica cumplida.

Bogotá, D.E., noviembre de 1987.

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales, Octubre-Diciembre de 1986, año 9, N° 36.

El contenido de este nuevo número de tan importante publicación argentina, recibida en canje, se distribuye en siete secciones: "Doctrina", Jurisprudencia", "Legislación Nacional", "Debates", "Bibliografía", "Informaciones" y "Revista de Revistas".

En la *sección de doctrina* el profesor ROBERTO BERGALLI, bajo el título "Los rostros ideológicos de la falsía resocializadora. El debate en España", realiza una acendrada crítica al principio de la resocialización que orienta la ejecución penal, analizando, a la luz de los significados semánticos del término *ideología*, el decurso histórico y el fundamento legitimador de dicho principio. Lo que le permite plantear una premisa básica: "La resocialización traduce una ideología, pero a la vez es ideológica en sí misma" (pág. 580).

En tal afirmación BERGALLI condensa dos pretensiones: de un lado, desentrañar la falacia que encierra la resocialización como fin ejecutivo-penal, al ser su consagración el producto de una representación parcial y engañosa de la cuestión criminal. Y de otro, señalar cómo la crisis de la privación de la libertad y el fracaso de la cárcel paradójicamente han privilegiado y resucitado el uso terrorista y amedrentador de la pena, enfatizando así las quimeras de la meta resocializadora; para concluir, finalmente, que "seguir alimentando el sistema penitenciario en la perspectiva criticada, significa trabajar en el vacío, seguir un callejón sin salida" (pág. 595). Igualmente, la sección de doctrina contiene un amplio trabajo de investigación intitulado "La inculpabilidad provocada, aspectos de política criminal", donde se desarrolla el tratamiento jurídico penal de los delitos cometidos en situación de inimputabilidad, provocada por la ingestión de alcohol o de estupefacientes.

El estudio en mención, a cargo de JULIO VIRGOLINI y MARÍA CRISTINA CAMIÑA, empieza reseñando los tres enfoques que se han contemplado para la solución de este problema: desde el tradicional, que califica como dolosa toda conducta típica ejecutada en una situación de inimputabilidad procurada en forma voluntaria, pasando por la *actio liberae in causa*, que, al reconocer grados a la imputación delictiva de acuerdo con las distintas formas de relación entre el hecho y su autor, supone un avance respecto a la tesis anterior al atenuar sus rigurosas consecuencias; hasta desembocar ulteriormente en la teoría del tipo culposo, la cual es, a juicio de los autores, la solución jurídica más indicada. Esto, porque las dos primeras posiciones esbozadas, consagran una suerte de responsabilidad objetiva, pero, sobre todo, permiten un tratamiento diferencial de los delitos cometidos en estado de inculpabilidad provocada, con respecto al tratamiento dispensado a la generalidad de los supuestos delictivos, en las cuales es exigida la total concurrencia de las condiciones *sine qua non* de la punibilidad.

Se detienen, luego, en una pormenorizada explicación acerca de los motivos que dan pie a esta discriminación destacando, entre otros, la actitud de la comunidad frente a ciertos grupos o personas que reúnen las características comúnmente adjudicadas a los alcohólicos o los drogadictos. Actitud que degenera en un proceso de etiquetamiento y categorización, que traslada a un segundo plano la consideración estricta del hecho, para formular el juicio de reproche sobre la personalidad de su autor, propugnando por un manejo más igualitario del fenómeno de la ebriedad y de la toxicomanía que no vaya en desmedro de los principios de legalidad y culpabilidad.

La *sección de jurisprudencia* se inicia con los comentarios que ALBERTO M. BINDER hace a un fallo proferido por la Cámara Nacional de Apelaciones, con base en el artículo

128 del Código Penal argentino, que sanciona la pornografía. Y si bien en Colombia dicha conducta no está tipificada penalmente, este trabajo reviste importancia pues aborda el tema desde un punto de vista político criminal lo cual denota el verdadero carácter instrumental del derecho, al establecer la íntima conexión existente entre las diversas concepciones de la sociedad y del Estado con la determinación del bien jurídico protegido. En consecuencia, y ante el costo social grave que implica la represión de la pornografía al posibilitar la prohibición de manifestaciones culturales y artísticas válidas, propone la entrega del juzgamiento de los conflictos suscitados en este ámbito a tribunales conformados por simples ciudadanos, interesante mecanismo de participación que cobra aplicación práctica en todas aquellas materias que, como la pornografía, están sujetas en última instancia a las valoraciones e intereses de un sector de la sociedad.

Integra así mismo esta sección, la providencia emanada de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, fechada el 25 de mayo de 1986, comentada por FERNANDO MOLINAS, en su artículo "El deber de cuidado del automovilista y del peatón: el problema del riesgo"; donde se plasma un exhaustivo análisis de la estructuración de los delitos culposos en los accidentes de tránsito.

El autor comienza cuestionando el enfoque causalista que define el concepto de culpa como la infracción de normas reglamentarias y la mera producción de un resultado, afirmando que "pretender asimilar la infracción al deber de cuidado de la infracción de normas administrativas, es responsabilizar objetivamente al autor por el resultado que produjo prescindiendo del valor o desvalor de su conducta y de su concreta culpabilidad" (pág. 635). De ahí que acoja plenamente el esquema finalista de la acción en los tipos culposos.

Pero, sin duda alguna, el mayor acierto del fallo, según MOLINAS, lo constituye "La valoración del riesgo creado por el lanzamiento de un artículo al tránsito urbano y el riesgo asumido por los integrantes de la sociedad como consecuencia de aquel" (pág. 638).

Por consiguiente, en cuestiones de tránsito automotor, "también el peatón tiene que cumplir con el deber objetivo de cuidado de no crear con su conducta imprudente riesgos que puedan derivar en acontecimientos dañosos" (pág. 640).

En la *sección de legislación nacional* se incluye el proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República de Argentina, como resultado del propósito estatal de efectuar un cambio global en la administración de justicia penal, y ante la necesidad creada en virtud del regreso al ejercicio constitucional del poder.

Comprende además la revista, en su *sección de debates*, la polémica suscitada entre los profesores EDUARDO NOVOA MONREAL y LOLITA ANIYAR DE CASTRO en torno al futuro de la criminología crítica, discusión esta en la que también interviene ROBERTO BERGALLI.

En la *sección de informaciones* se rinde un homenaje a ALFONSO REYES ECHANDÍA con la publicación del prólogo del libro colectivo que ha impreso la Editorial Temis en su memoria.

Finalmente, y a través de las *secciones de bibliografía* y *revista de revistas*, se nos ofrece un panorama de los libros y publicaciones de mayor actualidad.

SANDRA CRISTINA MORA SOTO
Abogada egresada de la Fac. de Derecho U. de Medellín.

Revista Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales. Enero - Marzo de 1987, Año 10, N° 37.

Este número de tan prestigiosa publicación argentina comienza con la *sección de doctrina*, encabezada por un artículo titulado "El fenómeno de la droga en España. Aspectos penales", escrito por el profesor MARINO BARBERO SANTOS, quien destaca la gravedad del problema de la droga, que traduce su costo social en el creciente aumento de los delitos hasta llegar, incluso, a convertirse en un problema nacional. El autor hace luego un recuento histórico de la evolución del asunto hasta llegar a los años setentas, época en la cual, por primera vez, se plantea la reforma del artículo 344 del Código Penal español.

Señala el catedrático español cómo encuestas recientes de organismos nacionales e internacionales, revelan resultados alarmantes sobre la gravedad del problema de la droga en España. Es justamente en este punto donde el autor analiza el concepto de droga en el C. P. español, y en especial se refiere a la reforma de 1983 y su relación con el Convenio de Viena de 1971.

Afirma, así mismo, que por falta de precisión de la norma acerca del concepto legal de droga en el C.P., puede suceder que sean consideradas como drogas otras sustancias que tengan características similares; por ello es necesario que se haga una clara precisión sobre esta problemática, enumerando taxativamente las sustancias que tengan la calidad de droga, sin olvidar la entidad del fenómeno y las experiencias de otros países: "es de esperar que en la preparación del nuevo Código Penal se tenga conciencia de la magnitud y complejidad del fenómeno de la droga y se tomen en cuenta las experiencias de otros países y las enseñanzas del derecho comparado" (pág. 18).

Actualmente, precisa, en el ámbito represivo el fenómeno de la droga en España se prevé en tres cuerpos legales distintos: el Código Penal, la ley del contrabando y la ley de peligrosidad y rehabilitación social. Al respecto, el autor hace un breve análisis del contenido de cada uno de estos preceptos, destacando aspectos importantes como la despenalización del consumo de droga y el concepto de tráfico.

Para finalizar su aporte, el expositor español se refiere a conclusiones a las que han llegado algunas investigaciones, según las cuales debe procurarse que las sanciones penales —en lo posible medidas alternativas— sean asociadas a medidas terapéuticas aptas para modificar la adicción del sujeto.

La criminóloga venezolana ROSA DEL OLMO, por su parte, publica un interesante trabajo intitulado *Criminología y derecho penal*, que corresponde a una conferencia dictada por ella en la Universidad de Santo Tomás de Bogotá (Colombia), en febrero de 1987; advirtiendo, en principio, que siempre le ha importado más el ser de la criminología que el estudio del deber ser. Las disertaciones se circunscriben a plantear las relaciones entre criminología y derecho penal, partiendo del debate NOVOA-ANIYAR-BERGALLI, publicado en números anteriores de la revista reseñada. Después de hacer un corto resumen de las diferentes posiciones de los autores en debate, la autora concluye su balance afirmando que entre ellos no hay una plataforma común debido a los diferentes puntos de partida de cada uno.

A manera de conclusión, plantea la destacada criminóloga que la criminalidad no puede quedarse solo en lo jurídico normativo, sino también meterse en lo social y plantearse respuestas concretas.

Una criminología crítica, bien entendida, debe ocuparse de todas las formas de control social y de la criminalidad como trasunto de la realidad. Concluye su aporte proponiendo una síntesis entre derecho penal y criminología, tanto en lo teórico como en la búsqueda de respuestas, de modo que penalistas criminólogos y criminólogos penalistas, cada uno desde su campo, hagan un análisis necesario del problema de la criminalidad.

"Perfil y testamento juspenalístico de Giuseppe Bettiol", es la contribución del profesor LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI. Este escrito aparece como prefacio para la obra *Los últimos escritos y la lección de despedida*, de BETTIOL. Destaca el prologuista italiano que el carácter peculiar de la ciencia penalística de tan insigne jurista se cimenta en que a través de los caminos de su derecho penal, en contacto con las cuatro partes que lo componen, es decir, norma, delito, delincuentes y pena, se descubre cada vez más el reflejo, no ya de las restricciones sistemáticas que in-

forman la dogmática jurídica, sino de principios llamados a resolver jurídicamente el problema de la colectividad. En breve análisis de la obra y carrera del maestro, MANTOVANI afirma que BETTIOL era un jurista de la política y un político del derecho, figura que se plasmaba tanto en sus discursos como en sus enseñanzas universitarias. Por último, sostiene que la clave para entender los escritos del fenecido jurista está en las conclusiones filosóficas agustinianas, pues todo el sentido que inspira el marco de su obra depende de aquello que se piensa en relación con el hombre.

La *sección de jurisprudencia* comienza con un importantísimo trabajo titulado "La posición de garante del médico", escrito por HERNÁN VÍCTOR GULLCO. En él se analiza una sentencia mediante la cual la Cámara Criminal y Correccional de Buenos Aires revocó decisión de primera instancia en la que se condenaba a un médico cirujano como autor del delito de homicidio culposo.

Para su análisis el autor sienta como premisa lo afirmado por ambas instancias, en el sentido de que el médico tiene a su cargo una obligación genérica de atender a los pacientes, y la omisión puede ser equiparada a una acción de las previstas en el C. P. Al respecto afirma que suponer una obligación genérica de evitar los hechos lesivos para terceros implica un enorme peligro para un derecho penal liberal, a más de violar el principio de legalidad. Es necesario, entonces, especificar las obligaciones de las personas y poder deducir así la posición de garante frente a un determinado peligro, como se desprende del recuento que hace de las diferentes teorías sobre las fuentes de la posición de garante, analizando, con base en la teoría material, si en el caso existía o no una específica posición de garante.

Al efecto, en primer lugar, descarta la existencia de un contrato entre médico y paciente; no acepta que haya habido asunción voluntaria de tal posición (el médico desde el principio se negó a hacer la intervención), y concluye que el galeno del caso no tenía posición de garante. Tampoco su conducta es susceptible de ubicarla en el tipo contenido en el artículo 108 del C. P., pues faltan requisitos para la tipificación.

Un excelente trabajo constituye el aporte hecho por el profesor MARCELO A. SANCINETTI, con el texto de la conferencia de Salamanca (España), en la cual hace un *Análisis crítico del juicio a los excomandantes* en Argentina.

Para iniciar, el autor nos ubica en el contexto de lo sucedido, afirmando que en el mismo momento en que se dieron los hechos materia del juicio, en las facultades de derecho se enseñaban las garantías y libertades inherentes a una sociedad civilizada, mientras afuera el régimen dictatorial violaba todas y cada una de ellas, basado en una hipotética defensa de la seguridad nacional. La justificación del juicio a los excomandantes no radicaba en la mayor prevención especial, ni en una futura disuasión, sino en que con la aplicación de las penas correspondientes se autoconstataran los valores protegidos por las normas violadas. Según SANCINETTI, el gobierno desde el principio adoptó frente al juicio una estrategia de "autodepuración" que comportaba dos escalones: juzgarían los propios militares y, si esto fracasaba, lo harían los jueces civiles de la dictadura.

Al pasar el proceso a manos de los jueces civiles, se observa que hubo una inexcusable aceleración de todos los actos procesales de mayor trascendencia, y una reducción de los casos materia de juicio a una ínfima parte (menos del 8%), no obstante que el mismo C. P. P. argentino le impone al fiscal perseguir todos los delitos. Otra grave omisión del proceso la constituye el hecho de no haber ninguna imputación por el delito de rebelión, y más tratándose de un régimen constitucional; es reprochable que este delito no haya sido objeto de juicios, y que a la vez se haya aumentado la pena para su comisión futura. Demuestra todo esto un profundo desinterés por parte del gobierno con respecto a lo que ocurrió.

En un aparte diferente el autor analiza la sentencia, y para ello comienza descubriendo el plan de acción de las juntas militares durante la mal llamada "lucha antisubversiva", que consistía en la mutua colaboración y ayuda entre los comandos del Ejército, la Fuerza Aérea y la Armada. Este último punto plantea la existencia de tres problemas frente a la imputación de responsabilidad de cada jefe: la responsabilidad vertical (frente a los hechos, de los subalternos) implica una autoría mediata, aunque el tribunal lo trató como participación necesaria; la responsabilidad horizontal (frente a los hechos de los otros jefes), entraña una coautoría o complicidad necesaria descartada por el tribunal, y la responsabilidad temporal (frente a los hechos anteriores a la comandancia), implicó fijar el límite inicial y final, coautoría sucesiva. Igualmente, analiza otras cuestiones particulares como la prueba de la muerte, la tentativa y los criterios del tribunal al fijar la pena (en síntesis solo se aplicó el criterio comparativo, partiendo de la mayor pena impuesta en el juicio, para fijar las otras). Para concluir, SANCINETTI se muestra en contra de la opinión oficial, según la cual "se podría estar orgulloso del juicio", máxime cuando las estrategias conducían a la fijación de un "punto final" que evitara el juzgamiento futuro de militares.

La *sección de legislación* comienza con un artículo escrito también por MARCELO A. SANCINETTI, como complemento del anterior trabajo. El texto lleva como título "Validez y alcance del proyecto de Punto Final", y tiene como objeto analizar con criterios jurídicos frente al proyecto de la ley de "Punto Final", su legitimidad constitucional. El punto prioritario consiste en precisar qué clase de extinción de la acción penal es la que prevé el proyecto, al vincular el beneficio a la no concurrencia de un hecho en cierto plazo. ¿Opera la reducción retroactiva del plazo de "prescripción", o una "amnistía" condicionada? Para el autor el instituto planteado en el proyecto es una amnistía, que establece un perdón de la acción vigente, condicionado y diferido al futuro. Con ella se requiere establecer la concordia social evitando que sobre un grupo de personas se mantenga un estado general de sospecha. La falla del proyecto sancionado por el Senado radica en que siempre sería necesario un análisis judicial para determinar si el hecho concreto está o no cobijado por la ley de amnistía.

Con respecto a la inconstitucionalidad del proyecto, SANCINETTI dice que los vicios son dos: 1) el hecho de querer amnistiar un acto no amnistiable (art. 29 de la Constitución — Terrorismo del Estado—), y 2) hace diferencia entre los sujetos beneficiados, basándose en circunstancias ajenas a la naturaleza de los hechos (arts. 16 y 67).

Culmina la sección de legislación, con un artículo del profesor JULIO B. J. MAIER, también referido al Proyecto de "Punto Final". El autor confiesa que el dictamen proferido por MARCELO SANCINETTI influyó mucho al momento de hacer su trabajo; por ello las apreciaciones de ambos con respecto a la institución que se consagraba en el proyecto y a los vicios que la afectan, son prácticamente iguales, a excepción de algunas opiniones generales, como la de MAIER, según la cual la ley no va a lograr ningún efecto debido a su nexo con respecto a los hechos que ampara. Además de los defectos que presenta y el hecho de que pretende protejer solo a un grupo de personas, aparentemente por la presión que ejerce sobre el gobierno.

Para concluir, afirma que frente al proyecto los jueces tienen la posición más desagradable, pues deben enfrentar el dilema de procesar sin los elementos de prueba suficientes, o provocar la impunidad al tomarse el tiempo necesario para reunirlos, de modo que ya sea demasiado tarde para la persecución penal.

Contiene también la Revista, una *sección de "debates"*, en la que se ventilan las diferentes posiciones de los profesores RICARDO C. NÚÑEZ y JAIME MALAMUD GOTI, frente a la aplicación del artículo 19 de la Constitución argentina.

En la *sección de "bibliografía"* se hace el comentario a algunas obras publicadas entre 1985 y 1986 (doctrina nacional e internacional).

Por último en la *sección de "informaciones"*, se ilustra al lector acerca del desarrollo de las "IV Jornadas Científicas de la Magistratura", llevadas a cabo el año pasado en Paraná, Entre Ríos.

MARIO ALBERTO ARENAS A.
Estudiante Facultad de Derecho
Universidad de Medellín.

Revista Iusta. *Módulo de Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Universidad Santo Tomás, Colección Iusta, núm. 7, 1987, pág. 188.

"Solo pensando se respeta al pensador" decía HEIDEGGER. Por eso nos parece trascendental que reflexionemos sobre el contenido de esta importante publicación, que traduce el afán de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, de extender a todos los estudiosos las conclusiones del Módulo Penal realizado por dicha institución.

Es, justamente, la universalidad de los temas la que descubre al lector la esencia crítica de lo expuesto en el contenido de cada uno de los trabajos aquí presentados: temas de derecho penal, política criminal, pruebas penales y criminología, son mirados y definidos con una inalienable formulación crítica.

Resultaría imposible ofrecer una visión completa de todo el contenido de este número, pero podemos destacar brevemente algunas ideas básicas siguiendo el orden de la exposición.

Esta entrega, en su sección de *Doctrina*, se inicia con un artículo del Dr. FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL denominado "Consideraciones en torno a la relación dogmática-política criminal", en el cual se plantea la necesidad de ampliar el aporte de la política criminal a la estructura del derecho penal, y el compromiso de aquella disciplina en la contención del poder político en relación con la pena y al hecho de ser esta la consecuencia política de una errónea interpretación y desarrollo de la política criminal.

En torno al "poder y los jueces latinoamericanos; modelos contradictorios: los argentinos sumisos, los colombianos dignos hasta el heroismo", discurre el profesor argentino ROBERTO BERGALLI, desenmascarando a los jueces y fiscales que actuaron durante el régimen militar argentino. Con nombres propios y un relato histórico de los hechos, cuestiona la legitimación que se dio a ese régimen del terror, cuando la postura que debió asumirse era la lucha contra la represión en el campo jurídico; tal modelo de conducta, según sus palabras, contradice el de nuestros jueces, centrado en la dignidad, como se evidenció con el sacrificio de los magistrados en la toma del Palacio de Justicia.

"Comentarios al Anteproyecto de Ley por medio del cual se adoptan medidas para la represión de los delitos vinculados con drogas" es el trabajo del profesor panameño CAMPO GÓNZALEZ FERRER, el cual descubre la realidad política de la represión de estas conductas en toda Latinoamérica. La esencia de la legislación contra los delitos de drogas es, según el autor, el mecanismo jurídico multilateral propiciado y financiado por Norteamérica, que considera tales ilícitos de "seguridad nacional", propugnando la creación y aplicación de normas penales que los regulen. Esto es importante señalarlo, pues el autor manifiesta que su aplicación o creación debe estar mediatizada por un principio de soberanía nacional. A su turno, el catedrático español FRANCISCO MUÑOZ CONDE presenta un estudio intitulado "Don Luis Jiménez de Asúa y las modernas tendencias de la ciencia del derecho penal", en el cual hace una retrospectiva histórica de la influencia del citado profesor en la elaboración de las construcciones dogmáticas que irradian el derecho penal moderno. Precisa, del mismo modo, la tendencia de la labor conciliadora de la "nueva defensa social" en la lucha científica entre el causalismo y el finalismo, punto en el cual hace un análisis de la función de la pena y del acercamiento del derecho penal a la sociedad, a la realidad social y a la democracia. Para finalizar, explica el proceso de criminalización primaria y la crítica de la criminología crítica a la criminología secundaria, y a los mecanismos de control.

Por su parte, el profesor tolimense ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN nos presenta "Algunas notas sobre el principio de legalidad", en las cuales aborda tal postulado desde los puntos de vista constitucional, jurisprudencial y doctrinario, realizando una estructuración lógica que les sirve de marco de referencia a sus conclusiones, entre las cuales se destaca su posición enfrente a la función garantista de la tipicidad, que debe ser inequívoca, determinada y definida (principio de tipicidad).

Con especial atención enuncia las formas juridicopenales que violan tales apotegmas: los tipos abiertos, los tipos contentivos de elementos normativos, y los tipos abiertos necesitados de complementación tan acostumbrados por el legislador colombiano.

Termina haciendo un llamado al respeto de tales principios, los cuales son desconocidos por las normas abiertas, planteando como solución la excepción de inconstitucionalidad ejercida por el juez, en el caso concreto.

Un estudio de mucho interés es el que realiza el magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Dr. CARLOS ERNESTO VALENCIA, intitulado "Un derecho penal deshumanizante". El solo título comienza expresando una de las verdades más caras a nuestro derecho penal: la aplicación de la ley penal no está desprotegida de una práctica política por parte del juez, y es por esto por lo que existe una ruptura del diálogo humanizado entre el legislador, el juez y el procesado.

Esto nos lleva a pensar que la comunicación debe ser restablecida y que compete al intérprete penal, después de comprometerse con su función legal, hacerlo.

Por último, se ocupa del sistema de persuasión racional y expresa, siguiendo a LUIS ALZATE NOREÑA, que este debe centrarse en todos los medios legales posibles, siempre que la prueba sea conducente, apropiada y produzca convicción al juez. Es en este aparte del trabajo donde enfatiza la importancia del principio *in dubio pro reo*.

"Las necesidades del saber penal latinoamericano", es el tema sobre el cual discurre el profesor argentino ZAFFARONI, quien destaca la ausencia de una auténtica elaboración doctrinaria en materia penal. Tenemos, expresa, una buena cantidad de obras de autores nuestros pero basadas en sistemas jurídicos europeos; aprovecha, a su vez, para darle una función realista al Finalismo, fundamentándolo en su postura jurídica de las estructuras lógico-objetivas.

Más adelante hace un profundo análisis en torno a la realidad de la aplicación de la norma penal, y concluye: "No debemos engañarnos sobre el origen de las fallas de nuestro derecho penal, monstruoso en su orientación política, inadecuado en su lenguaje, mutilado en su estructura y divorciado de nuestra realidad. Si bien el juez encuentra las normas ya creadas, él se encarga de llevar a su máxima expresión, los fines implícitos no confesados de ese derecho" (pág. 100).

"Inconvenientes del actual sistema probatorio penal colombiano" es el trabajo del profesor bogotano JULIO E. ROZO ROZO, quien amplía los criterios de interpretación de las normas sobre pruebas que consigna nuestro nuevo Código de Procedimiento Penal.

Hace hincapié en los diferentes conceptos de pruebas y desplaza por aspectos diversos la ciencia y el arte, analizando con una secuencia lógica las diferencias fundamentales entre certeza, verdad y convicción. Esto le permite afirmar que en la división del proceso penal en sumario y juicio, la averiguación es la esencia de la primera, y la verificación es connatural a la segunda. También realiza una sucinta explicación de los diversos sistemas de apreciación de las pruebas: el sistema del íntimo convencimiento y el de la tarifa legal. Plantea, finalmente, que la gran cuestión es

saber si somos capaces de formular una elaboración crítica propia y traducirla jurídicamente.

El profesor alemán JOHANNES WESSELS, por su parte, se ocupa de la "Delimitación de los conceptos de homicidio punible, por solicitud de la víctima y participación punible en un acto de suicidio, de acuerdo al derecho penal alemán". Se plantea aquí el problema de la libertad del individuo al momento de la comisión del hecho punible, para lo cual se basa en un caso ocurrido en Alemania: un médico decide —respetando la decisión de no vivir tomada por su paciente y después de que este ingiere una dosis de tranquilizantes muy fuertes—, que si intenta salvarla es más grave desde el punto de vista clínico que si no lo hace, por las consecuencias que produce la intoxicación. El caso fue ventilado ante los tribunales alemanes, y el juez de primera instancia dictó sentencia absolutoria, contra la cual interpuso apelación el Ministerio Fiscal, conociendo la Corte Federal Suprema, la cual ratificó la decisión absolutoria, arguyendo que no es exigible actuar conforme a derecho cuando no existe la posibilidad ontológica de hacerlo de otra manera.

El Dr. ABELARDO RIVERA LLANO, de otro lado, alude a las "Posiciones actuales en torno al concepto de derecho penal", en un análisis de corte crítico y referido a un marco social determinado, lo cual le permite hacer un planteamiento sobre la función motivadora de la ley penal y de la pena; es decir, su incidencia en el conjunto de disposiciones que regulan la conducta social. Hace también hincapié en que el gran logro de la política criminal, es que las personas respeten los bienes jurídicos tutelados por la ley penal después de entronizados en su conciencia, en forma no solo libre sino por consenso.

Finalmente, el "Hurto sobre equipaje de viajero", es el tema que remata esta sección, y del cual se ha ocupado el magistrado vallecaucano JORGE ENRIQUE VALENCIA, quien, luego de un recuento histórico de la institución en nuestro derecho penal, hace un sistemático análisis que va desde la naturaleza de la agravante hasta las consideraciones sobre el sujeto activo, el sujeto pasivo, la conducta, la culpabilidad, etc.

Se ocupa también de los dispositivos amplificadores del tipo y de la punibilidad.

En la sección de *Jurisprudencia*, que se divide en penal y disciplinaria, aparecen diversas sentencias tanto de la Corte Suprema de Justicia como de algunos tribunales superiores del país, al lado de las del Tribunal Disciplinario, todas mostrando gran calidad jurídica y un alto valor pedagógico para el estudiante y el profesional.

Esperamos que la lectura de esta entrega de IUSTA por parte de aquellas personas que han decidido orientar su capacidad intelectual hacia el derecho penal, les sea totalmente fructífera y encuentren en sus páginas motivos suficientes para plantear una crítica desde la criminología, la política criminal y la filosofía, a ese derecho penal que materializa las relaciones de desigualdad social existente.

No nos queda más, ya para terminar, que dar nuestra voz de aliento a la Universidad Santo Tomás para que continúe por las sendas que ahora transita.

BERNARDO DAVID QUINTERO HERRERA
Estudiante de la Fac. de Derecho
Universidad de Medellín
Noviembre de 1987.

Estudios Penales y Criminológicos. Vol. X, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 1987.

Nos es muy grato reseñar este volumen que fuera dedicado al profesor JOSÉ A. SAINZ CANTERO recientemente fallecido, por los profesores que han participado en los simposios del Instituto Universitario de Criminología y del Departamento de Derecho Penal de tan prestigiosa Universidad española. Tal complacencia se debe no solo a la categoría de los escritos allí expuestos, sino también a que fue precisamente el profesor AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR quien, con un gesto de especial deferencia para con nuestra Revista, nos envió la obra en comento.

Se inicia la publicación con un trabajo del profesor ANTONIO BERISTAIN IPIÑA, intitulado "Un derecho fundamental de la persona todavía no suficientemente reconocido: el derecho al perdón". Es este un derecho que probablemente existe desde hace siglos pero que no ha encontrado el reconocimiento que merece a la luz de su esencia y de la naturaleza humana. El autor parte de una premisa fundamental: el control judicial penal es necesario en la sociedad de personas; la historia sociológica y la filosofía jurídica enseñan que, actualmente, sin sanciones penales resulta imposible la convivencia. Pero, advierte, esa necesidad de defendernos sancionando no indica que los criterios punitivos deban aplicarse siempre al pie de la letra, deben admitirse excepciones a título de gracia, porque una política criminal exclusivamente represiva está abocada al fracaso y se traduce en la injusticia.

El derecho penal y la criminología no deben ser instrumento unidimensional para juzgar y acusar, deben tenerse como la magna carta de la libertad y el arte de comprender, de perdonar, de mutua creación. BERISTAIN clama por un humanismo generoso, y en cuanto sea posible, por el perdón. Así mismo, propone como fórmula para hacer más viable el derecho al perdón la de dar mayor acogida al arbitrio judicial con posibilidades de ejercer el derecho de gracia, por medio del cual el juez perdona al sujeto después de declararlo culpable o le aminora la rigurosa aplicación de la ley penal, o se procura una eficaz reinserción del delincuente en la sociedad. Así se avanza en la necesaria y reclamada descriminalización.

"La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español", es el artículo que publica el profesor de la Universidad de Zaragoza JOSÉ CEREZO MIR y que, en realidad, corresponde al acápite correspondiente al volumen segundo de su *Curso de derecho penal español*, en vías de publicación. En él empieza por referirse a las clases de estado de necesidad (justificante y exculpante), precisando que no es la igualdad o desigualdad de los *bienes*, sino el conflicto de *males* el criterio que debe primar para hacer tal distinción. A continuación hace un recorrido histórico de la regulación española, para pasar luego al fundamento y naturaleza del fenómeno en estudio, donde aborda las diversas posiciones que se sostienen en la doctrina española, empezando por la teoría dualista otrora sostenida por ANTÓN ONECA y que es la dominante, y continuando con la teoría monista de GIMBERNAT que lo entiende como causal de justificación. Es en este punto donde aprovecha para hacer una revisión crítica de toda la doctrina hispana sobre el tema, fijando su posición personal, y examinando finalmente los que considera son los requisitos que debe reunir la figura.

Por su parte, el catedrático de la Universidad de Barcelona, JUAN CÓRDOBA RODA, expone sobre "Delincuencia económica y responsabilidad de los representantes de sociedades mercantiles en derecho español", trabajo que divide en dos acápites: uno dedicado a las principales infracciones a las que suele acudir el legislador español para sancionar la delincuencia económica: estafa y falsedad, delitos contra la hacienda pública o delitos fiscales, y los delitos de control de cambios o delitos monetarios; el otro, referido a la responsabilidad penal de los representantes de las sociedades mercantiles ante la lógica irresponsabilidad de la persona jurídica y la dificultad de probar la intervención de aquellos en la comisión del hecho criminal.

"Llaves falsas y delincuencia patrimonial" es la temática que aborda MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ, profesora titular de la Universidad de Murcia, ocupándose de una variedad de aspectos técnicos y politicocriminales de notable interés en cuanto al robo con fuerza en las cosas, con utilización de llaves falsas como medio para eliminar el obstáculo protector interpuesto por el propietario del objeto, de acuerdo con la actual situación legal y jurisprudencial en España.

Además, discurre sobre lo que debe entenderse por llave falsa o ganzúa, y los casos en que la llave verdadera es sustraída, obtenida mediante engaño o retenida ilícitamente. Hipótesis estas en las cuales se configura también el robo con fuerza, ampliando así el concepto de fuerza cuando en realidad debería restringirse, según la moderna política criminal.

A su turno, el catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, se ocupa del espinoso tema de la causalidad, en un artículo en el cual se pregunta: "¿Qué es la imputación objetiva?". Según él, aunque la ley no lo mencione expresamente, debe considerarse que la imputación objetiva es un elemento normativo del tipo, que concurre con los elementos ontológicos y axiológicos del mismo para que pueda hablarse de conducta típica. Ello se deduce del sentido y fin de las prohibiciones penales y de los principios que las inspiran.

Realmente nos parece importante y novedoso este concepto de imputación objetiva como elemento de la tipicidad, problemática que debería empezarse a discutir en nuestro país y que ofrece un muy interesante complemento con el artículo del profesor ÁNGEL TORIO LÓPEZ, que aparece en esta misma publicación, intitulado "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma". Este autor afirma que cuando el resultado no está en el fin de protección de la norma, hay que negar la imputación objetiva aunque exista el nexo causal. Se plantean así nuevas salidas al antiguo problema de la producción de un resultado por desviación o interrupción del curso causal, afirmando que se presenta una coexistencia de riesgos, no concurriendo el originario que es el que regula la ley penal, por lo cual no habrá lugar a la imputación objetiva.

Según TORIO, la tipicidad no se agota en la concordancia lógicoformal, sino que debe integrarse con la perspectiva material, buscando dar cabida al método teleológico y valorativo, restándole formalismo a la jurisprudencia y vinculándola más con la realidad.

"La tímida despenalización del aborto en España", es el trabajo del catedrático de la Universidad de Murcia, GERARDO LANDROVE DÍAZ, quien inicialmente identifica 5 posturas ideológicas ante el aborto (desde la conservadora extrema hasta la liberal más radical), para luego denunciar cómo el tema ha llegado a ser politizado y manipulado tendenciosamente, formulando una conclusión evidente: enviar a prisión a una mujer que se ha visto forzada a tomar tan dramática decisión nada resuelve.

Finalmente, expone otros aspectos como los riesgos que implica el aborto clandestino realizado en deficientes condiciones sanitarias, la existencia de un creciente turismo abortivo, la altísima cifra negra de criminalidad, su difícil comprobación y la mayor despenalización en el plano europeo.

Publica también el conocido crimonólogo español MANUEL LÓPEZ REY Y ARROJO, recientemente fallecido, un trabajo sobre "Las dimensiones de la criminalidad". La criminalidad es hoy un gravísimo problema socioeconómico y político, que afecta prácticamente a toda la población mundial. Los datos existentes, que el trabajo aporta, demuestran un rápido aumento de la tasa de criminalidad en todo el mundo, especialmente la "no convencional" que relaciona diversas modalidades de poder. Muestran también el aumento en el número de delincuentes y el crecimiento de la delincuencia en las altas esferas: política, económica, laboral, religiosa, y la delincuencia organizada de la sociedad posindustrial. Estos datos cuestionan la validez de la rehabilitación como meta de la justicia penal, cuando su verdadera finalidad debe ser la justicia social.

El autor termina por hacer un llamado a cada país para que estudie el monto de criminalidad que puede soportar sin perturbar su desarrollo, pues si no tiene una idea razonable de la extensión de su criminalidad, las políticas criminales serán infructuosas y facilitarán el aumento de determinadas modalidades.

"La creencia errónea de estar actuando lícitamente", es el trabajo del catedrático de la Universidad de Sevilla FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Con la claridad expositiva que lo caracteriza discurre ahora sobre el error de prohibición, su relación con las teorías del dolo y de la culpabilidad, sus consecuencias punitivas, la vencibilidad o no del error, las discusiones sobre las relaciones con el error de tipo, así como su ubicación legislativa. Discusiones estas que si bien obedecen a la práctica legislativa española, bien pueden contribuir al debate que la doctrina colombiana ha suscitado en relación con los incs. 3 y 4 del art. 40 del C. P.

Por nuestra parte queremos resaltar como un gran mérito de este estudio, el no haberse quedado en el problema meramente dogmático planteando paralelamente una posición política crítica en frente al derecho penal, evitando que este se convierta, como el mismo autor lo afirma, en un mecanismo de poder que perpetúe unos determinados valores e intereses al admitir un cierto grado de discrepancia y aun de "creencia diferente".

El catedrático GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO escribe sobre "La relación concursal parricidio-asesinato, después de la reforma de 1983". La legislación penal española distingue el parricidio del homicidio agravado, y la reforma de 1983 consagró para este último una pena considerablemente mayor, la cual es contraria a su tradición legislativa que suele considerar ambos hechos por lo menos de igual gravedad.

El autor hace todo un análisis de la legislación y la jurisprudencia al respecto, para concluir que tal reforma no pasa de ser un absurdo al sostener que la muerte alevosa de un pariente es menos grave que la muerte alevosa de un extraño.

Finalmente, RODRIGO FABIO SUÁREZ MONTES, catedrático de Oviedo, publica un estudio sobre la "Concurrencia del cheque en descubierto y estafa", para lo cual expone el marco dentro del cual gira el problema, dando especial atención al interés tutelado por cada tipo penal para, con base en él, decidir si entre estos dos delitos hay una relación de especialidad, alternatividad o concurso de delitos.

Cuando ya teníamos en prensa el presente número de nuestra publicación, nos ha llegado la triste noticia de la sorpresiva muerte del profesor AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, quien se caracterizó por su desinteresada colaboración para con nosotros, así como por su estímulo permanente. Sea esta la oportunidad para unirnos al dolor que embarga al mundo juridicopenal español, y solidarizarnos con quienes sienten tan grande vacío.

JORGE ENRIQUE VALLEJO JARAMILLO
Abogado egresado de la Fac. de Derecho de la U. de Medellín
Octubre de 1987.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES*

Constitución Nacional

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Código de Procedimiento Civil

Código Penal de 1936

Código Penal de 1980

* Núms. 35 al 38.

Código Penal de 1980

Código de Procedimiento Penal de 1987

Código de Procedimiento Penal de 1987

Código de Justicia Penal Militar

Leyes

Leyes

Decretos

Decretos

ÍNDICE DE MATERIAS

—E—

—F—

—H—

—I—

—J—

—L—

—M—

Este folleto se terminó de imprimir en Nomos
Impresores, Bogotá, el día 16
de marzo de 1988.

LABORE ET CONSTANTIA