

NUEVO FORO PENAL

NÓDIER AGUDELO BETANCUR
Fundador

EDITORIAL

El humanismo de la esperanza.
J. Guillermo Escobar Mejía.

56

DERECHO PENAL

Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica.
Juan Bustos Ramírez
Método de resolución de casos penales.
José Hurtado Pozo

EJECUCIÓN PENAL

¿Menos cárcel y más medidas alternativas?
Massimo Pavarini
La condena de ejecución condicional en la jurisprudencia nacional.
Alfonso Cadavid Q.

DOCUMENTOS

Notas para una teoría de la omisión.
Federico Estrada Vélez
Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad.
Jesús Bernal Pinzón.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional: Prescriptibilidad de las medidas de seguridad.
Eduardo Cifuentes Muñoz
Comentario: Alfonso Cadavid Q.
Juzgado Quince Superior de Medellín: Antijuridicidad material
en el delito de porte ilegal de armas.
Comentario: John Jaime Posada O.

CO/XIV
F/Z

2345

ABRIL

MAYO

JUNIO

Fundador
NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Director
FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Coordinador
JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

Consejo de Dirección

HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO
HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ
CARLOS ALBERTO JARAMILLO R.
JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ
MARIO SALAZAR MARÍN

CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE
CÉSAR AUGUSTO LÓPEZ LONDOÑO
JESÚS MARÍA VALLE JARAMILLO
J. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA
IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ

Auxiliares

Mario Alberto Arenas Alzate
Sandra Cristina Mora Soto
Luz María Mejía Salazar
Clara Luz Pérez Pérez

Pedidos y suscripciones: Editorial Temis
Apartado Aéreo 12008
Santa Fe de Bogotá

Dirección y Coordinación: Apartado Aéreo 53006
Medellín

NUEVO FORO PENAL

REVISTA TRIMESTRAL



EDITORIAL TEMIS
Santa Fe de Bogotá
1992

A. A. 53006 Medellín

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

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen

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

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

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S.A.
Solo se autoriza la reproducción de *artículos* siempre que se indique que han sido tomados de esta Revista.

Impreso por EDITORIAL NOMOS, Santa Fe de Bogotá, Colombia

ÍNDICE GENERAL

EDITORIAL

	PÁG.
El humanismo de la esperanza. J. Guillermo Escobar Mejía	145

DERECHO PENAL

Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica. Juan Bustos Ramírez	157
Método de resolución de casos penales. José Hurtado Pozo	167

EJECUCIÓN PENAL

¿Menos cárcel y más medidas alternativas? Massimo Pavarini	197
La condena de ejecución condicional en la jurisprudencia nacional. Alfonso Cadavid Q.	207

DOCUMENTOS

Notas para una teoría de la omisión. Federico Estrada Vélez	227
Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad. Jesús Bernal Pinzón	251

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Prescriptibilidad de las medidas de seguridad. Eduardo Cifuentes Muñoz	277
Comentario: Alfonso Cadavid Q.	284
Juzgado quince superior de Medellín. Antijuridicidad material en el delito de porte ilegal de armas. Ramiro Marín Vásquez	289
Comentario: John Jaime Posada O.	293

BIBLIOGRAFÍA

EDITORIAL

El humanismo de la esperanza

Un día KAFKA —tenía 21 años— observó a su perro maltratando un topo. En principio la escena lo divirtió: era cosa de reír la excitación creciente del indefenso animalito. Temblaba y se orinaba de miedo. Pero..., al fin, paralizado, aquel topo chilló: “Ks, kss”. Y su grito, como un alfiler agudo y gutural, hirió la sensibilidad de KAFKA que jamás, durante toda su vida, olvidó la lección que le enseñó a ser pequeño: “Cavamos en nosotros como topos y salimos de nuestros hundidos túneles de arena completamente ennegrecidos y con el pelo aterciopelado, tendiendo nuestras pobres patitas rojas para implorar tierna compasión” (Carta a Max Brod)¹.

De semejante manera, ‘el poder’, en Colombia, muerde a los pobres: es decir a los “topos humanos”. Inclusive, excede al perro de KAFKA: primero, los extenua; después, los extingue; y luego, por economía, o para hacer irrisión de su desventura, desnudos los cadáveres y envueltos en sábanas comunes, sin rezos, los deposita en tumbas colectivas y anónimas.

Una sociedad que obra así, olvida que la barbarie con la muerte, autoriza la crueldad con la vida.

Grave y contumelioso proceso, porque los seres humanos a partir de la primera chispa religiosa e iluminados por una cultura ascendente, ha tiempo, desde Antígona, consideran sagrados sus restos mortales. Hay un derecho connatural al respeto, a la íntima soledad. Es como si cubriéramos con un manto, brocado de recuerdos y tejido en silencio con hilos de duelo, la misma figura de la muerte. Por ello, en 1989, en el “Congreso de Ética” de la Universidad Pontificia Bolivariana, recordé a Medellín que todo esto es un derecho jurídico que poseen

¹ Cit. por ELÍAS CANETTI, *El otro proceso de Kafka*, Buenos Aires, Muchnik Editores, 3ª ed., 1981, pág. 158.

los muertos. Todo hombre, al morir, reclama un ataúd, porque el perfume de la madera, enterrado en forma de cofre y en el corazón de la tierra, significa amor y humanidad.

Tal obligación puede exigírsele a los municipios y el deber de su cumplimiento efectivo corresponde al personero municipal, cargo que en sí está lleno de honor, porque hasta en el vocablo de su título burocrático, proveniente de la voz "persona", encuentra el hervor de todos los derechos humanos.

Igualmente, una iglesia que ame a Cristo lo debe encontrar, también, en los cáda-veros rotos, equimóticos por la tortura o desfigurados por las ratas de los basureros.

Bajo el cristal de la indolencia son situaciones distantes, que a la luz de la ética participativa e histórica, nos compromete y afecta: el abogado es orfebre de la Justicia y esta, al decir de HANS KELSEN, es "la felicidad social, garantizada por un orden social"².

Por tanto, todos los dolores colectivos nos pertenecen con intensidad universal y con un saber de lucha que los materializa según las concretas necesidades. Por estas razones, filosóficas y afectivas, pienso que la Piedad Humana es material. De lo contrario sería simple fórmula de inútil metafísica o sermón de púlpito hipócrita. En realidad, tanto la Piedad, como la Paz, que son hermanas, exigen, para ser sustantivos concretos, una tabla de valores a conquistar como cuerpos ciertos: el pan contra el hambre; la escuela, la cartilla y el lápiz, para vencer la ignorancia; el techo, para que haya hogar; etc. La hermosa síntesis corresponde a Rigoberta Menchú Tum —Premio Nobel—: "Anhelamos... vivir felices y en una paz que al fin nos asegure: comida y justicia". Lo anterior es cierto, más aún en época de barbarie.

Casuística: un joven bueno, atrapado por el azar, golpeado por la desgracia y ultrajado por infundadas sospechas, en medio de su dolor me honró con su atención jurídica, entonces dije: "Ahora, os pregunto: Señor Juez, qué debe hacer el joven inmaculado, de pacífico corazón, de versátil y dulce civilidad; es decir, este Luis Mario Builes Bedoya, tallado por la naturaleza, que, con sus 1.90 de estatura, nacido para el deporte al cual ha dedicado su vida, estaba estudiando una carrera superior en la Universidad de Antioquia. Aquilatado estudiante de educación física; digo: qué debe hacer cuando una bomba de terror, cercana a su casa, lo sorprende, lo despedaza y exánime, desangrándose hacia la muerte, sin una pierna que ha quedado en muñon mutilo y flecos de... piel, hueso y dolor... y ese Hombre-Víctima escucha: "Déjelo que muera, que él fue el que puso la bomba". Y solo la instancia familiar, que por ser vecina y haber escuchado el estruendo, pudo llegar, suplicar y así llevarlo a la policlínica y salvar su vida exangüe... ahora, febricitante, en una sala de caridad del Hospital San Vicente de Paúl, espera, para

² HANS KELSEN, *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires, Edit. Ariel, pág. 63.

hoy, el diagnóstico de si es menester amputar la otra pierna... Ese, que no tiene voz y que ya no ama la vida y sigue escuchando el estallido y ahora tiene un policía que lo vigila cerca del lecho, como si fuese el delincuente y no la víctima, ese tal, Lázaro en resurrección trunca, como no puede preguntar delegó en mí, mediante toda su familia, y representándolo pregunto: ¿Ese tal, tiene Patria?

Se probó su inocencia. Y, al final del memorial connoté: "Ahora, para finalizar, con mucha delicadeza, una pregunta y también mi respuesta: ¿Ante tanta crueldad, para qué sirve el Derecho? Mi respuesta: Para combatir por la *piEDAD humana*".

¿Y esta filosofía a qué conduce? ¡A la solidaridad! Al credo de una justicia que siembra la esperanza solo en los predios de la Verdad y entiende que la Honestidad es medida y alma común de todas las virtudes. En sentido contrario: las políticas "descivilizadas", término que acuña HANS VON HENTIG, conducen a una adaptación regresiva. Su aserto es apocalíptico a pesar de su palabra sencilla, no dramática: "Hemos visto como millones de individuos, cuando se les autoriza o incluso ordena arrojar el apretado zapato de la civilización, vuelven a ir síquicamente descalzos. Arrancan la vieja moral de su alma, como si se tratara de una incrustación molesta. En el animal doméstico y en el hombre civilizado duerme la 'bestia desconocida', rígida por el frío. La máscara de la domesticación no está sujeta y cualquier ráfaga de aire la arranca del rostro, tanto al hombre como al animal"³.

Pues bien: la vieja moral ha muerto, ha bastado el arma de *las recompensas*. Con ellas se irritan todos los bajos instintos; se menosprecia la vida; se cuantifica la muerte y se fermenta una irrefrenable ambición que hace desdén a toda virtud de austeridad, que otrora era piedra angular de las buenas costumbres individuales y sociales.

Casuística de ilustración nos proporciona VON HENTIG:

Primera: "Los banqueros de Texas estaban enfurecidos de que se asaltaran tantos Bancos e hicieran tan poco los tribunales. Decidieron tomar el asunto en sus propias manos. En todos los bancos importantes se veían carteles en donde se leía: "*Recompensa*: Cinco mil dólares por una salteador muerto, ¡ni un solo centavo por uno vivo! No cesaron los asaltos. Después de colocados los carteles observó un capitán de la policía que numerosos salteadores de bancos eran muertos por los funcionarios locales de policía, y siempre de noche. ¿Por qué se les mataba por la noche, y no en la horas en que estaba abierto el banco? El resultado de las investigaciones fue sorprendente. Se inducía a jóvenes, borrachos o débiles mentales, y no a verdaderos salteadores de bancos, a reunirse con individuos que decían ser bandidos. Los funcionarios recibían aviso de lo que iba a suceder, y hacían uso de sus armas. Luego cobraban la recompensa de 5.000 dólares y la partían con los provocadores, los supuestos bandidos"⁴.

³ *El desesperado*, Madrid, Espasa-Calpe, 1969, pág. 268.

⁴ *Idem.*, pág. 140.

Conclusión: al lado de la recompensa se validan todas las componendas, todas las corrupciones, todas las deshumanizaciones.

Segunda: "... La protección legal se torna rudimentaria. Ejemplo histórico: «¿Cuál es la sentencia, señores?». «¡Culpable!», fue la pronta respuesta. «Bien—contestaron desde fuera— hace una hora hemos colgado al individuo»⁵.

Conclusión: En la puja de los dineros se desvaloriza la vida. Se anticipa la idea de la muerte.

En este flotante ambiente, tampoco vale la Libertad. El ejemplo es la ley 40 de 1993. Mediante la manipulación de un sentimiento civilizado, que rechaza el delito del secuestro, se obtuvo un millón de firmas con cuya presión el grupo "País Libre", comandado por el periódico *El Tiempo*, logró la aprobación de esta ley que, a la luz de los parámetros de una política criminal, prudente y científica, es monstruoso adfesio, al punto que inclusive se torna en un *boomerang* para la víctima, su familia y sus amigos.

Basta una mirada rauda sobre la ley, para confirmar el aserto:

I. Coloca en mayor riesgo a la persona secuestrada, porque el delincuente, por tensión penológica, se juega integralmente, pues las penas son de 25 a 60 años de prisión (arts. 1°-3°).

II. Criminaliza conductas familiares, afectivas y humanas: tal, el silencio proveniente de la angustia familiar (art. 10).

III. Interfiere la órbita económica de la familia del secuestrado en amplia fronda: tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil; y, con desmesura, lleva la vigilancia administrativa de los bienes a profundidades que necesariamente perturban la amistad y la actividad comercial. Así, al interferir las relaciones de sociedades y sancionar con inexistencia las negociaciones que omitan específicos requisitos. De esta suerte se produce un aislamiento transaccional y hacen válido un control que se asemeja a un espionaje punitivo, cuyo efecto será el de retirar la ordinaria interacción de la amistad y aún el amor.

IV. El art. 17, para buscar una "colaboración" de parte de los delincuentes secuestrados llega hasta la inaudita inmoralidad y desnaturalización jurídica, de permitir que por causa de la delación se ordene o se solicite la preclusión o la cesación de procedimiento, por parte del fiscal general de la nación. En concordancia, el art. 22 permite pagar recompensas.

Entonces, lo carbonario se convierte en virtud, así se pudra el espíritu de la Justicia.

V. La ley 40 de 1993 olvidó la desaparición forzosa o la enuncia sin darle significación, como un simple reflejo del secuestro (arts. 11 y 18). La explicación es dolorosa: el secuestro pertenece a los ricos y la detención-desaparición a los

⁵ Ibidem., pág. 251.

pobres, a los sindicalistas, a los estudiantes críticos, a los campesinos que reclaman tierra y a los intelectuales orgánicos que exigen respeto a los derechos humanos.

VI. El senador Turbay Quintero, quiso ser lógico y dijo: "Como el homicidio es más grave que el secuestro, entonces, ¿cómo va a quedar con una pena menor? Y, sin pensarlo dos veces, y a nombre de la lógica jurídica, los arts. 29 y 30 de la ley 40 aumentaron las penas del homicidio: de 25 a 40 años de prisión si es intencional (C. P., art. 323); y de existir circunstancias de agravación (C. P., art. 324), la pena dura lo mismo que una vida longeva: 40 a 60 años de prisión.

Cabe recordar lo anecdótico: el doctor Felio Andrade Manrique, como ministro de Justicia, declaraba que le gustaban las penas humanitarias: ¡¡tan solo 50 años de prisión!! Y lo decía muy en serio: era una lección de política criminal.

Pero, quién lo creyera, lo más grave no son esas penas que equivalen a condena perpetua. No, lo más ominoso es la estructura de juzgamiento: las capturas están revestidas de barbarie. Lo normal es el allanamiento y la violencia. Si se sobrevive, el alma queda aterida e indefensa por la vivencia de la pesadilla. Y creará el señor "K" que sigue soñando en dimensión de horror, cuando es llevado a dar explicaciones de indagatoria a un cubículo de diseño nazi. Es un cuarto pequeño, alucinante: al frente un espejo, detrás de él, invisible, el juez. En el techo dos lámparas cuya luz directa cae sobre el preso: ante él un micrófono que ruge *impromptus* verbales, de ronca palabra, que trae las preguntas del funcionario investigador, cuya voz, adrede, ha sido distorsionada por arte de la electrónica. El secretario anota las respuestas, mientras reo y defensor se miran por el espejo y se sienten pequeños, asustado el uno, muy triste el otro, porque una justicia que oculta su rostro está negando su corporeidad humana y su ternura; se convierte en un Estado-Dios de prepotencia vengativa. Máxime si se apoya en el esoterismo extravagante de una legislación arbitraria.

Casuística. Sustentación de un recurso de apelación, en un caso de secuestro:

"La unidad investigativa" me niega todo acceso al proceso penal. Los abogados no pueden conocer lo actuado. Ni lo ordenado. Nada. Deben ser ciegos o ausentes. No importa que ello discrepe con la ley (C. de P. P., arts. 251-252), con lo obvio del ejercicio defensivo y, con el sentido común. Pero, sí se me informa que ya la prueba, solicitada por mí, se encuentra recepcionada en la cartilla sumarial. ¡¡¡Bendito sea Dios!!!

Entonces, debo llegar ante vos, Señor Fiscal Regional Delegado, y lo hago lleno de esperanza. Ya sabéis que Ella y la Humildad son las Virtudes de la Justicia Auténtica. Y..., en estilo correctísimo, pretendo que la prueba de Luz-Viva, llegada de la "unidad investigativa", pero en todo momento a su discreción, sea estudiada porque ya existen aleluyas: 1°) Están nitidamente delineadas las personalidades e idiosincrasias de los procesados: ingenuos protagonistas de un suceso que no les pertenece. Ocasionalmente han sido marionetas inocentes que movieron los hilos de la proclividad ajena. Ellos, como los demás vecinos, fueron engañados. 2°) Don "Sindicado" cuando se dio cuenta que, además de la pareja que simulaba estar en "luna de miel", había una joven secuestrada, desde ese instante fue emisario de su situación: la narró a sus jefes laborales (los testigos de marras) y ellos asumen

el carácter de delegatarios ante las autoridades, para el caso, el mayor de la policía, jefe regional.

El señor "Sindicado" cambia radicalmente de situación: es hombre de admirable condición solidaria, que se juega el pellejo propio y el de los suyos, arriesga su paz y denuncia el delito y protege a la víctima. Mirando al ciudadano, miramos ya su libertad.

La señora es más: inocencia casi de boba; humilde como el musgo.

La cárcel, para ella, es como un irrespeto a la bondad y a las limitaciones campesinas, tradicionales; y, simplísima: casi pobreza de espíritu. Con esta prueba mal podría permanecer pasivo, durante dos meses, en espera del cumplimiento de la "comisión". Por eso, os dije: "Ya los días, señor Fiscal, uno a uno: ¡Duelen! Hace falta re-edificar con el reencuentro de padres e hijos: un hogar deshecho...".

Dije, otras cosas, por ejemplo: que me colocaba bajo el amparo de una grande y noble comprensión judicial... por no analizar la prueba ante la imposibilidad en que se encuentra una defensa decapitada en lo natural y en la sindéresis. Pero, en esto hay mucho de mi usual gentileza, porque la verdad jurídica es que esta figura de la "revocación" tiene tal peso de justicia que obra, ante cambios probatorios de la recriminación venida a menos, de oficio, per se. Es manantial de agua lustral, liturgia de la luz judicial, y, tramaturgia reparadora y santa.

Respuesta a la petición de revocación: fue denegada desde su trámite (ni siquiera se reclamó la prueba: concluyente y conducente). Mediante tal omisión se resolvió sin fundamento, cambiando el conocimiento objetivo por el fácil y gratuito insulto que se vistió de consejo insolente o amenaza extorsiva de aplicabilidad de un "proceso disciplinario". Jamás en mi larga vida de magisterio o en el largo servicio al ministerio público o en el ejercicio profesional, había visto tanta desmesura, en las erróneas interpretaciones, ni había sentido cuán prepotente y lesivo es un autoritarismo sistemático.

Señor Fiscal Regional Delegado: os imagino un mozalbete sin experiencia judicial o, al menos, sin vocación de Justicia; no altivo, sino altanero, escondiendo la ignorancia en el anonimato institucional y en la ausencia de humanismo.

Por ello, os está vedado el comprender, con PIERO CALAMANDREI, que "La Justicia nace del dolor"; y es posible que jamás sintáis la espiritualización filosófica de KIERKEGAARD: "La angustia surge cuando el espíritu quiere poner la síntesis de todo y la Libertad fija la vista en el abismo de su propia posibilidad y hecha mano de la finitud para sostenerse". Pienso que obrando como acá lo habéis hecho, os estáis condenando a ser injusto, a menos que hagáis penitencia hacia la humildad y aprendáis a respetar el dolor ajeno, que, al decir de ARTURO SCHOPENHAUER, era y es "único camino hacia la moral".

Solo a los seis meses, probada su inocencia desde el primer día, vinieron, él y ella, pedruzco y musgo, a recuperar su libertad.

¿Con esta estructura injusta, discorde con la libertad y la eutimia de la vida, monocorde en la negación, pretendéis, por resentimiento personal, con esta ley que tiene apellido propio, juzgar, con penas que duran la vida misma, a los seres sencillos, a los únicos que ordinariamente son capturados, para que en los túneles carcelarios, inmundos y deshumanizados, sientan, sufran y vivan, su humilde condición de topos?

Ah! Y hay otros: los insaciables. Hablan de lenidad de las penas y están haciendo campañas publicitarias en pro de la pena de muerte. ¿Y la "de facto" que en una sola ciudad, Medellín, acumula 500 cadáveres al mes, no es suficiente? ¿6.000 cadáveres al año —26.000 en el país— os parecen poco sacrificio? ¿No los véis amarrados, con los cordones de sus zapatos; mutilados, goteando tortura...? Los dioses aztecas, en cuyos altares siempre hubo víctimas, ofrecían en cambio lluvias propiciatorias, para fecundidad de las cosechas. Vosotros: ¿Qué podéis ofrecer? Sabemos la respuesta: la "Pax" de la muerte para sojuzgar la vida.

¿Dónde se afina el triunfo de esta política contra el Hombre? La ilustración viene de citas de dos grandes pensadores: HEGEL y PIERO CALAMANDREI:

"Lo mediocre dura y al fin gobierna al mundo. Esta mediocridad también idea y acaba por persuadir al mundo existente, extirpa la viveza espiritual, la convierte en mero hábito y así sigue" (HEGEL).

"El verdadero peligro no viene de afuera; es un lento agotamiento interno de las conciencias que las hace aquiescentes y resignadas: una creciente pereza moral, que a la solución justa prefiere, cada vez más, la transacción porque esta no turba la vida y porque la intransigencia exige demasiado trabajo"⁶.

En la misma obra, CALAMANDREI escribe un párrafo más amargo, bajo este tenor: "Los horizontes del juez están fijados por las leyes; si el juez comprendiera lo que hay más allá, posiblemente no las podría aplicar con tranquilidad de conciencia. Es conveniente que no se percate de que la función que nuestra sociedad asigna a la justicia, es a menudo la de conservar las injusticias consagradas en los códigos"⁷.

¡Esta sí es nuestra verdad legal-sociológica!

Nuestra lucha. Cotidiana rebelión contra lo injusto: aquí, en la cátedra, en la tribuna o en la conversación. Llenar los ojos de realidades y sentir vergüenza de cohonestar lo acrítico y lo ahistórico. Tener la racionalidad de no ser parte de un rebaño ciego. Llenarnos de luz, de dignidad y de esperanza (esta última virtud significa utopía, acorde con la hermosa definición: "La esperanza es el don que nos permite imaginar el mañana, como lo soñamos hoy").

⁶ *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Buenos Aires, EJE, 1956, pág. 275.

⁷ *Idem.*, pág. 279.

DERECHO PENAL

Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*

Juan Bustos Ramírez**

1. En noviembre de 1963 se celebró en Santiago de Chile la Primera Reunión Plenaria de la *Comisión Redactora* de un Código Penal Tipo para Latinoamérica. Ella dio término a la parte general en São Paulo en 1971; la parte especial se inició, pero no logró terminarse. Estos trabajos de la Comisión Redactora, en especial los de la parte general, promovieron un fuerte movimiento de reforma legislativa en Latinoamérica y en muchos países dejó su huella el articulado propuesto como modelo. El Salvador fue uno de esos países, y es por eso por lo que el actual Código vigente, promulgado por el decreto 270 de 1973, recoge no solo la discusión que se desarrolló en el seno de dicha Comisión en sus diferentes sesiones a lo largo de la geografía latinoamericana, sino también el trasfondo doctrinario que inspiró al Código Penal Tipo.

Ya hacía tiempo que la obra de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y su peregrinar académico por Latinoamérica había logrado cerrar el paso a la influencia del positivismo naturalista imponiendo, cada vez con más fuerza, y sobre todo en las nuevas generaciones, *la corriente dogmática de origen alemán*. El Código Penal Tipo para Latinoamérica vino a culminar esta etapa y a sellar definitivamente en las reuniones de la Comisión Redactora el predominio total de dicha orientación, que por lo demás había alcanzado también su culminación en el llamado "Proyecto oficial alemán de 1962", cuyos trabajos preparatorios y su articulado estuvieron siempre presentes en la Comisión Redactora.

* Ponencia presentada durante la "II Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal (fase B: Derecho Penal)", celebrada en San Salvador, del 1º al 3 de septiembre de 1992.

** Catedrático de derecho penal. Universidad Autónoma de Barcelona.

2. La reacción frente al positivismo naturalista llevó a una posición dogmática radical que no dejó lugar a la política criminal, razón por la cual quedaron en el vacío aquellas intenciones primeras de la Comisión Redactora de establecer las realidades sociales y culturales de los diferentes países latinoamericanos y conforme a ello llevar a cabo una revisión de la legislación vigente.

Sin embargo, el pensamiento *dogmático puro y autosuficiente* había llegado a su término al momento mismo de su culminación con el dicho proyecto alemán del 62, a cuya sombra se alzó el Proyecto Alternativo alemán de 1966, *de claro corte político-criminal*. En todos los países resurgió un fuerte movimiento que buscaba desentrañar el porqué de la intervención punitiva del Estado y al mismo tiempo sus límites, con lo cual ya el análisis lógico formal de la norma no era suficiente en modo alguno, sino que resultaba imprescindible un análisis político de cada sistema jurídico y, por tanto, de su imbricación con la realidad. De ahí el gran resurgimiento de la criminología, la aparición de la *victimología* y el desarrollo de nuevas orientaciones en el campo de derecho penal, *como el derecho penal mínimo*. Y aun la *revitalización* de antiguas quimeras, como es el caso del abolicionismo penal.

3. Es evidente, y así aparece hoy en la mayoría de los países latinoamericanos, que no nos podemos contentar con los esquemas que hasta ahora ha desarrollado la dogmática, sin negar, sin embargo, la importancia que ella tiene, vista *en especial desde un plano político-criminal*, esto es, como garantía o límite frente al poder punitivo del Estado, en cuanto pone de relieve características de precisión, determinación, claridad en la complejidad, diferenciación de manifestaciones conceptuales y coherencia en la teoría del delito.

Pero lo anterior no basta, pues precisamente la pretendida suficiencia ha llevado al errado planteamiento de *una realidad normativa transespacial* y que por tanto bastaría con copiar el mejor código existente, *en principio europeo*. Lo cual, naturalmente, no significa negar la importancia del trabajo de derecho comparado, especialmente en cuanto permite recoger *la experiencia y las soluciones* surgidas de y para cuestiones semejantes, en especial la profundización y ampliación de los derechos humanos, acervo cultural que le ha costado mucho a toda la humanidad. Sin embargo, la preocupación básica *que ha de informar y subordinar* toda elaboración dogmática es la de definir *cuáles son los objetivos perseguidos*. Y en este sentido sí que aparecen, *en un sistema democrático, en relación con el poder punitivo, determinados principios básicos, que precisamente son consecuencia de la elección de tal sistema democrático*.

4. Hay pues un primer nivel de análisis cuando se plantea el sentido del poder punitivo del Estado en un sistema democrático, cual es *el de los principios inherentes a un derecho penal democrático*. Es esta la primera perspectiva y el primer desafío con el cual se enfrenta la política criminal en Latinoamérica.

Ahora bien: estos principios o garantías, propios de un derecho penal democrático, requieren de una revisión, *precisamente en razón de su utilización concreta en una realidad dada*. También una idea dogmática transespacial tiene *la pretensión de confundir la pura formalidad* de la enunciación del principio con su materialidad de realización.

Así, por ejemplo, resulta principio básico y elemental garantista de un derecho penal democrático *la igualdad ante la ley*, en la medida en que ya desde la revolución francesa —y así en todas las constituciones actuales— *el principio de legalidad de los delitos y las penas es la carta Magna del ciudadano moderno en materia penal*. Puesto que ya los planteamientos criminológicos en los países desarrollados han señalado *el carácter esencialmente selectivo y estigmatizador del derecho penal*, baste citar al respecto la teoría del “etiquetamiento” o *label approach*, y que, como ha resaltado la criminología crítica, así como hay una desigual distribución de bienes, también hay *una desigual distribución de la función punitiva*. Ahora bien, ello resulta aún más patente en nuestros países, por múltiples razones económicas, sociales y culturales.

Es por ello por lo que la perspectiva político-criminal de igualdad ante la ley penal se transforma en un desafío, esto es, en lograr establecer conforme a cada realidad concreta *el máximo de garantías posibles con el fin político de que la desigualdad y la discriminación frente a la ley penal sea la menor posible*. En otras palabras, es cierto que se puede reconocer un *principio inherente a todo derecho penal democrático*, sea de un país desarrollado o no, y en ese sentido es importante recoger la experiencia de otros países, con una historia más larga y rica en la profundización teórica. *Pero no es menos cierto que ello no basta*, pues los principios no son autosuficientes y más bien *son programas de acción*, que necesariamente implican tener en cuenta la realidad y, consecuentemente, la realidad concreta de cada país en que se van a aplicar.

Así, por ejemplo, la perspectiva y el desafío del principio de igualdad ante la ley penal en nuestros países obliga a considerar, en la mayoría de ellos, la existencia de grupos culturales totalmente diferenciados, como es el caso de las culturas indígenas, lo que sucede aun en países que resaltaban su homogeneidad cultural, como es el caso de Chile, pero en los cuales en verdad la cuestión *radicaba en una indiferencia u ocultamiento respecto de los otros grupos culturales*. Y ello tiene repercusión no solo en el ámbito del sujeto responsable, esto es, respecto de las definiciones de inimputabilidad, sino además ya en el injusto o delito, en cuanto ello puede influir, por ejemplo en la comprensión de un elemento normativo del tipo, como cuando algo es ajeno o no tiene dueño determinado, o bien, en cuáles son los derechos defendibles en la legítima defensa.

Por otra parte, la gran dimensión que alcanza la pobreza en nuestros países, que implica marginalidad en todo sentido, educativa, económica, laboral, etc., entraña también un desafío político-criminal respecto del principio de igualdad, *pues evidentemente los hechos que surgen en el entorno de la pobreza tienen de una determinada manera tanto al injusto como al sujeto responsable*.

Es decir, *tampoco basta con garantías puntuales*, sino que se requiere *establecer garantías globalizadoras*, esto es, referidas a *todo el sistema penal*, que abarquen tanto a los operadores del sistema como a los propios organismos, así a los de seguridad pública, a la organización judicial, al régimen penitenciario y de aplicación de penas en general, etc. Por lo tanto, no solo son necesarias garantías que impliquen

una mayor profundidad y complejidad en la fundamentación de las estructuras dogmáticas, sino también de la acción y organización de los aparatos y operadores del sistema.

Ello no quiere decir que debemos dejar de lado situaciones concretas de discriminación, que pueden revestir tanto o más significación que las globales. Así, por ejemplo, nos encontramos con una realidad social muy difundida en nuestros países latinoamericanos: *la institución de la convivencia marital*, es decir, la unión sin que haya un matrimonio legal. Sin embargo la ley penal en general solo se refiere a la familia legal y no considera ni para atenuar o agravar la pena ni para eximir de ella la vinculación fáctica, que puede ser igual o aun más fuerte que la puramente legal.

También, como una situación concreta grave de discriminación frente a los aparatos del sistema penal, está la posición en que se encuentran la mujer y los niños. Es así como el maltrato del marido a la mujer casada no es visto como una falta o delito de lesión, salvo en casos de extrema gravedad, y por tanto a pesar de la ley no hay persecución alguna. Del mismo modo el delito de violación, dada la forma como se contempla en nuestros países, *que implica una nueva victimización de la mujer*, no tiene el grado de persecución que debiera tener, en especial en el caso de mujeres jóvenes, pues estas prefieren no pasar por la "segunda violación" de su dignidad como persona, que es lo que implica para ellas el curso del sistema penal.

Consecuencia del principio de igualdad es el de proporcionalidad, en cuanto la pena ha de estar en proporción con la gravedad del hecho, tanto por la jerarquía de los bienes jurídicos afectados como por la intensidad del ataque a ellos, es decir, deben excluirse penas iguales para hechos diferentes, pues eso implica discriminación.

Es un desafío político-criminal no fácil de superar para nuestros países el ir desmontando todo el sinnúmero de desigualdades y discriminaciones frente a la ley penal. Y ello porque, dado que el derecho penal es *extrema ratio*, y, por tanto, su eficacia es muy relativa para la superación de la cuestión criminal, y más bien es el derecho penal el que la *define* políticamente, también la eficacia de la eliminación de discriminaciones globales o puntuales es muy relativa. En otras palabras, no es que desconozcamos la función evidentemente simbólica del desmonte de discriminaciones, y por ello muy significativa desde un punto de vista político-criminal, ya que los símbolos tienen una gran fuerza real; pero es necesario dotar de más y mejores elementos instrumentales a los órganos y operadores del sistema penal, y más aún, llevar a cabo las correspondientes políticas económicas, sociales y culturales. Si no se da cumplimiento también a esto último, caeríamos en el grave error de creer que la política criminal va a reemplazar o ser una alternativa a todo el entramado político-social.

5. Otro principio básico garantista de un derecho penal democrático es el de lesividad, esto es, conforme al cual solo se persiguen hechos que atenten contra un bien jurídico, ya que es el principio básico que, en procura de los objetivos del sistema, determina qué es un injusto o un delito. En un sistema democrático el

principio básico de la igualdad ante la ley, que desde un aspecto formal implica el de legalidad de los delitos y las penas, desde una consideración material envuelve el de lesividad de los bienes jurídicos. No hay duda entonces de que no se puede sino estar de acuerdo hoy, como elemental en un sistema democrático, con que los delitos han de *definirse* desde su lesividad a los bienes jurídicos, ya que ellos surgen desde los *finés* (que por tanto definen) del sistema. En consecuencia, ello quiere decir que la cuestión del delito o del injusto no es en modo alguno, en primer término, una cuestión puramente dogmática, sino que está regida y determinada político-criminalmente.

Ahora bien, como ya señalábamos anteriormente, la simple enunciación del principio no significa su consagración real, pues el principio como tal es solo un programa de acción. Más aún, hay que tener en cuenta desde un punto de vista conceptual que un principio material puede ser desvirtuado en su eficacia o como programa de acción, en cuanto sea formalizado. Y es así como el principio de lesividad, desde tal orientación formalista, puede llegar a confundirse o subsumirse en el principio de legalidad de los delitos y las penas. Tal es el caso de todas aquellas posiciones que sostienen que el bien jurídico es inmanente a la norma, esto es, que toda norma de por sí tiene su propio bien jurídico. Es la dogmatización del bien jurídico, no hay posibilidad alguna de discusión ni de participación democrática, se parte de un dogma o presunción de derecho en favor de la ley. De ahí la importancia de desterrar completamente todo tipo de presunciones del sistema penal y de señalar que el principio de lesividad es de carácter político-criminal; es una garantía al ciudadano y un límite a la intervención punitiva del Estado.

También desde un punto de vista conceptual se puede desvirtuar el principio de lesividad sobre la base de una diferenciación sustancial entre los bienes jurídicos a los cuales está referido. Esto es, al distinguirse entre bienes jurídicos individuales y supraindividuales, o bien, entre bienes jurídicos por naturaleza o por razones puramente político-criminales. En otras palabras, todas estas clasificaciones tienden a señalar que unos bienes jurídicos son propios o reales y los otros son impropios o artificiales. De ahí que planteamientos neoliberales extremos sostengan que la intervención punitiva del Estado debe limitarse solo a los primeros, esto es, afecciones a la vida, salud individual, libertad, honor, patrimonio, dejando fuera, por ejemplo, la salud pública, la seguridad común, los ingresos y egresos del Estado, etc. Resulta, sin embargo, que tanto uno como otros *son reales y están referidos a la persona*, pues nada se saca con proteger la salud individual si al mismo tiempo no se protege la calidad de los alimentos, de los medicamentos o el consumo en general, si no se protegen las condiciones del medio ambiente; etc. Es decir, hay una serie de bienes que están ligados al funcionamiento del sistema y que son indispensables para que este permita a la persona su total y pleno desarrollo en todas sus dimensiones. No hay fundamento, por tanto, para aquella clasificación, que lo único que pretende es negar conceptualmente la existencia de bienes jurídicos que están referidos a todas y cada una de las personas de una colectividad o un sistema, y de este modo desproteger discriminatoriamente a grandes mayorías, y

reducir la lesividad solo a determinados sectores. Otra cosa diferente —que es el argumento falaz que se emplea en dichas clasificaciones— es que los bienes jurídicos, político-criminalmente en un sistema democrático están determinados por el objetivo del desarrollo de las personas. Esto es, no hay bienes jurídicos por razones de Estado o por razón social, planteamientos que siempre esconden el interés político, económico, cultural o social de un determinado sector, y no el desarrollo de la persona como tal.

Pero, más allá de estas disputas conceptuales, resulta que la implementación del principio de lesividad lleva nuevamente a considerar las realidades concretas en que se va a aplicar y a recalcar que es solo un programa de acción y que su eficacia para que sea efectiva requiere ser garantizada. Como ya señalamos anteriormente la distribución de bienes es desigual, y más aún en nuestros países. Hay grandes capas de la población que no gozan de determinados bienes o que disponen de ellos en forma muy precaria, y que por ello mismo no quedan abarcados por el sistema penal en su protección y *más bien serán alcanzados o perseguidos por él*, ya que de entre ellas saldrán en gran medida los que afecten a aquellos que gozan de todos los bienes, o bien, de ellos en forma plena. Es una consecuencia lógica de la distribución desigual de los bienes. Con lo cual de partida entonces habrá un gran sector de la población que quede al margen del principio de lesividad, y que más bien será aquel sobre el cual recaiga el sistema penal en razón de ese principio de lesividad, un extraño sofisma diabólico. Pero no solo eso, sino que la exigüidad del disfrute de los bienes produce a su vez la desigual repartición de la intervención punitiva. No entraña la misma lesividad detener por horas o días a un vagabundo o poblador que a un profesional o un empresario; no trae la misma lesividad el asalto a un banco que la destrucción de la cabaña o choza de un poblador. Luego también por este aspecto se produce la marginalidad de un gran sector de población, que no aparece cubierto por el principio político-criminal de la lesividad. Más aún, esta misma desigual distribución y selectividad punitiva lleva a que no se atienda a los bienes pertenecientes a las grandes mayorías, y por otra parte se acentúa la protección de bienes por razones ajenas a una participación igualitaria, esto es, que en definitiva solo protege a sectores de la ciudadanía por razones políticas, económicas, sociales o culturales. En otras palabras, se contradice un planteamiento de derecho penal mínimo y de deslegitimación del derecho penal, que son las consecuencias inherentes a un efectivo principio de lesividad. La intimidad, la libertad sexual, la diversidad cultural, la ecología, la educación, la salud, el consumo, etc., no aparecen suficientemente considerados en nuestros códigos penales, por nombrar solo algunos casos, con lo cual se aumenta la marginalidad de grandes sectores de la población, *que solo tienen posibilidad de ser ofensores, pero nunca víctimas*.

También se puede distorsionar el principio de lesividad en razón de la amplitud que toma o puede tomar en nuestros países el objetivo de seguridad ciudadana o pública, que sobre todo al ser, por una parte y a menudo, especialmente en momentos de transición, sobredimensionado desde un punto de vista subjetivo, lo

que no es desconocer la realidad y significación de lo subjetivo, y por otra, unilateralizado solo a la violencia callejera, lleva también a que todo el sistema penal y el principio de lesividad se contemple y/o defina desde esta perspectiva. Con lo cual se reduce el ámbito del principio de lesividad, que solo abarcará a determinado sector y dejará solo como posibles trasgresores a grandes mayorías, que quedan siempre como “presuntos peligrosos”, por lo que se aumentan las facultades de la policía y de los tribunales respecto de ellos. Esto puede ser especialmente grave en momentos de transición, dado que la llamada “inseguridad subjetiva” es muy fácil de manipular y, por tanto, crearse un clima propicio para exacerbar la función represiva selectiva y discriminatoria, con lo cual entonces se entorpece o perjudica gravemente la profundización democrática del sistema, porque se pone la seguridad del *orden* por encima de la seguridad de la *persona* y de su desarrollo como tal. Luego, también la perspectiva político-criminal, en relación con el principio de lesividad, se vuelve un desafío; igualmente hay que tener en cuenta que la política criminal no podrá sustituir las políticas sociales, económicas, educativas, culturales, etc.; más aún, que estará supeditada a ellas y que en el principio de lesividad, por su propio contenido de referencia, ello aparece más patente todavía, pues este puede quedar restringido o desvirtuado en grado sumo si son muy pocos los que disfrutaban de los bienes y más pocos aún los que tienen un disfrute pleno de ellos.

6. Otro principio básico político-criminal es el de responsabilidad o culpabilidad que proviene del principio democrático elemental de la dignidad de la persona humana. Si la persona en un sistema democrático *es un ente autónomo respecto del Estado, con capacidad propia y por tanto no sometido a la tutela de este*, necesariamente la intervención del Estado ha de considerar *como límite y deslegitimación la responsabilidad de la persona*. Esto significa consecuentemente que toda persona tiene responsabilidad; *no hay personas irresponsables sobre las cuales, por tanto, el Estado tenga un derecho*, una tutela inmanente, como se ha pretendido respecto de los niños, los enfermos mentales, y en general, de los inimputables. Ahora bien, el principio de responsabilidad lleva no solo a excluir la llamada “responsabilidad objetiva”, que por tanto no es personal en el injusto o delito, sino también a considerar qué respuesta era exigible a ese sujeto por el sistema, lo cual implica entonces la corresponsabilidad del sistema, pues para exigir es necesario que se hayan otorgado las condiciones correspondientes para tal exigencia. Se trata entonces de la discusión de la *responsabilidad del sujeto por su hecho* o la llamada *culpabilidad por el hecho*.

Asimismo es este un principio material que requiere de su adecuación, y que en un análisis en el solo aspecto conceptual puede ser formalizado, como sucedió en el pensamiento puramente dogmático, que partió del dogma o presunción de derecho del libre albedrío, y por tanto en que la intervención punitiva del Estado sobre el sujeto tenía una fundamentación absoluta y no era una cuestión de definición desde objetivos político-criminales en un sistema democrático. Formalización que también se produce con la llamada “prevención general positiva”, que al partir de la presunción de derecho que la pena integra sobre la base del reafianzamiento de

la conciencia jurídica, reduce a la persona a un puro ente jurídico y por tanto es immanente a él su infidelidad, al derecho, luego ese es el fundamento absoluto de la intervención punitiva del Estado.

No obstante, más allá de estas cuestiones conceptuales, es necesario considerar los aspectos propios de la adecuación de este principio. En primer lugar, hay que señalar que nuestro sistema en su conjunto, y específicamente el sistema penal, establece fuertes *estigmatizaciones*, por razones económicas, sociales, culturales, y aun étnicas en ciertos casos, que restringen la autonomía ética de la persona frente al Estado, convirtiéndola más bien en un objeto de instrumentalización, con lo cual entonces se desnaturaliza el principio de responsabilidad, pues se otorga al Estado un derecho sobre el sujeto en razón de sus características económicas, sociales, culturales o étnicas. Es decir, de algún modo emerge la tendencia de un derecho penal de autor, que aparece reafirmado por un predominio vulgar de la idea de *peligrosidad* del positivismo naturalista que, como ya lo hizo en su oportunidad al enunciar su tesis en relación con las personas *que estaban en la cárcel*, predica tal rasgo precisamente respecto de los *marginalizados* por el sistema, con lo cual se da entonces un círculo vicioso diabólico. Es decir, quienes sufren una desigual distribución de bienes, en razón de ese *déficit social* son luego, además, caracterizados como esencialmente peligrosos y, por tanto, se parte de una *presunción de responsabilidad* respecto de ellos en la praxis del sistema penal.

Por otra parte, el sistema penal y sus operadores tienden a desestimar las diferenciaciones existentes en el interior del sistema respecto de los diversos sujetos, lo cual es básico para una real eficacia del principio de igualdad en relación con la dignidad de las personas y con su responsabilidad. Ciertamente el sistema *no puede exigir la misma responsabilidad* a aquellos que se mueven en un mundo de códigos diferentes de los hegemónicos, como es el caso de los indígenas, de los niños, de los enfermos mentales, etc.

Es decir, la perspectiva político-criminal del principio de responsabilidad o culpabilidad, se convierte en un desafío en la medida en que sea necesario establecer las garantías indispensables para que el sistema y sus operadores den cuenta, por una parte, de qué han hecho para otorgar a una persona las condiciones suficientes que le posibiliten la respuesta que se le está exigiendo y, por otra parte, si las circunstancias en que esa persona se encontraba, a pesar de aquellas condiciones suficientes otorgadas, *permitían exigir dicha respuesta*. Es por eso por lo que siempre *responsabilidad* es igual a *exigibilidad*, esto es, se trata de determinar y, por tanto, garantizar qué es lo que el sistema y sus operadores pueden exigir de una persona. Y no es ello una cuestión de fundamentación absoluta o puramente dogmática, sino de resolver desde las bases mismas de los objetivos de un sistema democrático.

7. Por último, es también principio elemental de un derecho penal democrático, que proviene igualmente del principio de dignidad de la persona y su autonomía ética, el de la *indemnidad personal*. Es decir, la sanción que se aplique no puede afectar al ciudadano en la esencia de su persona ni de sus derechos. La persona no puede ser instrumentalizada por la sanción ni puede ser medio para fines que

vayan más allá de lo que a ella misma concierne, y tampoco se le pueden cercenar de tal modo sus derechos que ello implique la jibarización de sus capacidades de desarrollo personal.

En tal sentido, en Latinoamérica hay que luchar contra la práctica de sanciones paraestatales que dan lugar a una doble ética. Por una parte, constituciones políticas en las cuales se recogen todas las declaraciones de derechos humanos, y por otra una organización *de facto*, dirigida o apoyada por el Estado, que viola todos estos derechos. Como lo denuncian todos los organismos internacionales, la tortura, el desaparecimiento forzado de personas, las ejecuciones sumarias —por citar aquellas trasgresiones más graves—, son frecuentes en muchos de nuestros países. Es este uno de los primeros y apremiantes problemas que debe afrontar una política criminal democrática, con el objeto de garantizar que ello no suceda o no vuelva a suceder.

Pero no solo en el ámbito paraestatal hay graves trasgresiones al principio de indemnidad personal, sino también en las sanciones propiamente estatales. En ese sentido hay que garantizar que no se aplicará la pena de muerte, ni la de presidio perpetuo ni las penas excesivamente largas de privación de libertad o de privación de derechos, pues todas ellas afectan a *la esencia* de los derechos de la persona, *impidiéndole así su desarrollo*. Más aún, aparece hoy criminológicamente comprobado, principalmente en nuestros países, los efectos despersonalizadores de las penas privativas de libertad. Las penas privativas de libertad implican *una doble violencia*. Por una parte por el efecto desintegrador sobre la persona y, por otra, por ser de carácter discriminatorio, ya que generalmente recaen precisamente sobre personas que han tenido graves déficits sociales, así como porque, de ordinario, los reclusos de nuestras cárceles pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad. De ahí que haya de tenderse a aplicar lo menos posible la pena privativa de libertad y a buscar sustitutos, o bien alternativas a ella, con el objeto justamente de evitar sus efectos nocivos para la persona. Más aún, dada la corresponsabilidad del Estado, las sanciones han de contemplar, cuando el caso lo requiera, formas de apoyo a la persona, a fin de que en el futuro pueda resolver sus conflictos sociales de un modo diferente del de los hechos delictivos. La pena o sanción *no puede ser simplemente de castigo*, sino que tiene que ofrecer alternativas diferentes para la solución de los conflictos. Por esta razón las penas tampoco pueden ser rígidas en su mínimo, sino que han de ser abiertas, con el objeto de que el juzgador, llegado el caso y de acuerdo con el principio de necesidad de la pena, íntimamente ligado al de indemnidad personal, pueda prescindir también de ella.

El principio de necesidad de la pena ha de regir todo el sistema penal, ya desde la persecución policial, puesto que a menudo, por ejemplo, en hechos de poca monta la detención de un joven puede ser sumamente perjudicial, cuando bien bastaría con llamar a la familia, al asistente social respectivo o al educador. En el mismo sentido, el proceso penal también ha de verse influido por la necesidad de la pena y, por tanto, en gran cantidad de delitos puede ser preferible terminar el proceso con una conciliación y no con una sentencia condenatoria.

Indemnidad personal y necesidad de la pena son un desafío político-criminal en cuanto requieren de garantía en nuestros sistemas, dado el hecho de que la

mayoría de las personas a quienes se aplica la pena en nuestros países, como ya hemos dicho, pertenecen a los sectores más desfavorecidos de la sociedad.

En definitiva, perspectiva político-criminal significa determinación de los principios básicos de un derecho penal democrático y dilucidación de su contenido, en tanto que desafío político-criminal significa entender que todo principio es solo un programa de acción que requiere por ello de sustentación en una realidad concreta, la nuestra, latinoamericana, con el objeto de establecer, si no algo diferente del derecho penal, como dijera RADBRUCH, por lo menos un derecho penal más humano, de los hombres únicamente y para los hombres.

Método de resolución de casos penales*

Prof. José Hurtado Pozo
Universidad de Fribourg - Suiza

INTRODUCCIÓN

La enseñanza del derecho requiere, además de la trasmisión de conocimientos mediante clases *ex cathedra*, familiarizar al estudiante con la manera como los juristas aplican las leyes a casos concretos. Este aspecto práctico del aprendizaje no debe ser confundido con la "práctica forense", es decir, con la preparación profesional que el futuro abogado, juez, notario, asesor de empresas o de instituciones públicas adquiere, durante un tiempo determinado, bajo la guía de alguno de esos profesionales. Las facultades de derecho no tienen esta finalidad. Se trata más bien de tomar el camino inverso del seguido en las clases teóricas: partiendo de un caso concreto remontarse hasta las disposiciones legales y los criterios teóricos que permiten responder al o los problemas jurídicos que plantea. Si se trata de una sentencia, de determinar los hechos, comprender la decisión adoptada y analizar el razonamiento de los jueces para aprehender la manera como han interpretado las disposiciones legales invocadas.

Los "casos prácticos" son utilizados, en el dominio jurídico, desde hace mucho tiempo y de manera amplia. Entre nosotros, baste recordar que JIMÉNEZ DE ASÚA, inspirándose en los alemanes, difundió esta técnica de enseñanza. Luego ha sido utilizada con desigual fortuna, debido —en parte— a las dificultades materiales y personales (gran número de estudiantes y falta de personal docente capacitado).

En las innumerables sentencias de los órganos judiciales se va concretizando la interpretación "oficial" de las normas legales. Su

* Notas de derecho colombiano a cargo de FERNANDO VELÁSQUEZ V. En adelante CP = Código Penal de 1980. La normatividad citada por el autor corresponde a la legislación penal peruana.

vigencia está determinada por el hecho de que se trata de decisiones dictadas por las instancias superiores. De acuerdo con el tipo de proceso varía la autoridad que decide en última instancia (Salas penales de la Corte Suprema, tribunales correccionales de las Cortes Superiores)¹. En nuestro país, por no publicarse regularmente las sentencias de los tribunales, son las ejecutorias supremas las que van constituyendo la jurisprudencia (criterios imperativos que dimanar de las resoluciones judiciales). El contenido de las ejecutorias supremas, caracterizado por una insuficiente presentación de los hechos y una deficiente motivación doctrinal, impide contar con una jurisprudencia que cumpla su función de orientadora y unificadora de la manera como deben aplicarse las leyes. En otras palabras, no constituyen fuentes de información especialmente útiles en la medida que no proporcionan los elementos necesarios para, a partir de un caso concreto, ilustrar y hacer explícito el sentido de las normas legales. Estas deficiencias no deben ser, como sucedió en una época no muy lejana, razón suficiente para ignorar las decisiones judiciales. Estas constituyen, en todo caso, muestras de cómo se concretizan los mandatos legislativos y cómo funciona nuestro sistema penal.

Con la finalidad de facilitar a los debutantes su aproximación al dominio del derecho penal, ponemos a su alcance dos métodos analíticos. El primero constituye, sobre todo, un conjunto de consejos para mejor analizar sentencias penales. El segundo es, más bien, una guía para responder jurídicamente a las preguntas implícitas en los casos prácticos. Inicialmente los métodos se aplicarán, en la medida de lo posible, rigurosamente. Solo pueden "saltarse algunas etapas" los que lo han practicado larga y seriamente. Está demás recordar que, con la experiencia, cada uno va forjándose su propio método.

Las metas perseguidas son diversas. Se trata, por un lado, de lograr que los estudiantes profundicen los conocimientos adquiridos en las clases teóricas y, por otro lado, de enseñarles a leer una decisión judicial, a comprender su sentido y a apreciar sus calidades y sus defectos. Esto les permitirá familiarizarse con la terminología y las ideas jurídicas expuestas por los jueces y los juristas con el fin de poder, a su turno, aplicarlas convenientemente.

1. MÉTODO DE ANÁLISIS DE UNA SENTENCIA

En nuestro medio, en particular en materia penal, el análisis de sentencias judiciales está condicionado por sus deficiencias formales y de fondo. En cuanto a las ejecutorias supremas, resulta indispensable la lectura de los dictámenes del fiscal supremo penal². Sin embargo, estos no son regularmente publicados. Es de esperar que los vocales supremos³ se convenzan algún día de que es necesario fun-

¹ En el régimen procesal penal nuestro entiéndase Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal, Tribunal Nacional, tribunales superiores de distrito judicial, etc. (Cír. C. de P. P., art. 66).

² Tal figura no existe, aunque está estatuida la del *fiscal general de la nación* (C. de P. P., art. 118) sin dicha función.

³ No se ha previsto tal clase de funcionarios.

damentar debidamente sus decisiones. Mientras tanto no queda sino tratar de sacar el máximo provecho de tales resoluciones, aprovechando sus silencios y contradicciones.

El objeto esencial del análisis es el contenido de la decisión. Este no es sino la respuesta que los jueces dan a los problemas jurídicos planteados.

A) Lectura de la sentencia

La lectura atenta del texto permite determinar los elementos principales de la decisión. Se trata en realidad de hacer una lectura repetida de la sentencia: se aconseja una primera lectura lenta y sin tomar notas. Esta lectura permite comprender globalmente los problemas abordados sin examinar detalladamente todos los elementos de la decisión.

La segunda lectura sirve para anotar los elementos esenciales de la sentencia: las ideas, los hechos más importantes, los juicios de valor, los principios jurídicos invocados, las normas legales citadas, etc.

La tercera lectura es indispensable para verificar si no se ha omitido algún elemento significativo o sobrestimado uno de orden secundario. Esta triple lectura supone necesariamente la clasificación de todos los datos que la sentencia contiene.

B) Clasificación de los datos contenidos en la sentencia

La clasificación consiste:

Primero, en precisar el caso juzgado; es decir, establecer cronológicamente los hechos que permiten afirmar que se trata de un caso penal: acción realizada u omisión incurrida, resultado provocado, calidades personales del autor y de la víctima, móviles del agente, circunstancias materiales en las que ha actuado, medios utilizados, etc.

Segundo, en determinar el acto imputable a la persona juzgada o, dicho de otra manera, calificar penalmente el acto cometido por ella. De esta calificación dependerá la pena que haya de imponerse. Con este objeto, se considerará la descripción hecha en la sentencia, las decisiones de las autoridades inferiores y los argumentos expuestos por quien —condenado o fiscal— interpone el recurso. No es inútil recordar que las disposiciones legales invocadas constituyen una ayuda preciosa en este punto del análisis.

Tercero, determinar los problemas jurídicos discutidos en la sentencia. La lectura repetida de las disposiciones permitirá una mejor comprensión. Se trata generalmente de problemas de interpretación de la ley. En realidad, la tarea consiste en desmontar el razonamiento de los jueces y analizar, al mismo tiempo, las referencias doctrinales y jurisprudenciales.

C) Comentario de la sentencia

La lectura de la sentencia y la clasificación de sus diversos elementos constituyen dos etapas indispensables del análisis de la sentencia. Este responde a las tres preguntas siguientes:

1. ¿De qué se trata?
2. ¿Qué se ha decidido?
3. ¿Por qué se ha decidido así?

El comentario propiamente dicho consiste en apreciar la solución adoptada en la sentencia. Se tendrán en cuenta la ley, los antecedentes legislativos, la jurisprudencia, la significación práctica de la decisión, las reformas legislativas pendientes y el derecho comparado.

2. MÉTODO DE RESOLUCIÓN DE LOS CASOS PRÁCTICOS

A) Observaciones preliminares

1. El análisis del caso no se puede hacer sin una cabal comprensión de los hechos. En caso de duda, se indicará con precisión la hipótesis admitida. Cada elemento deberá ser apreciado en función de su importancia jurídico-penal. Ningún elemento será suprimido. De la misma manera, si el caso presenta vacíos, estos no serán llenados arbitrariamente. Cuando se trata de una pluralidad de actos y/o de participantes, es de establecer el orden cronológico de los hechos con el fin de comprender claramente su progresión y precisar tanto la situación de las personas concernidas como las relaciones que existen entre ellas. A veces, será incluso necesario señalar la ausencia de ciertas circunstancias que hubieran podido presentarse.

2. En este punto del análisis, se busca la caracterización jurídica de los diversos aspectos del caso. Antes de entrar en la discusión, se deben precisar, en función de las normas legales aplicables, el o los problemas por resolver.

3. El análisis jurídico será fructífero en la medida en que las preguntas tópicas sean bien planteadas. La base de este examen es la interpretación de las normas escogidas con miras a resolver el caso, así como la constatación de la conformidad del caso concreto con la acción descrita en el tipo legal. La o las soluciones jurídicas propuestas al final del análisis deben ser suficientemente motivadas.

4. Si todo análisis jurídico de un caso práctico supone esas tres etapas de reflexión, debemos adaptar nuestro método de indagación a las características particulares del derecho penal. Es casi imposible evitar las anticipaciones y las vueltas atrás. Sin embargo, si el jurista experimentado puede a veces "quemar" etapas, el principiante debería más bien "ajustarse" al método.

5. Según la lógica interna de la explicación relativa a los elementos de la infracción, el método es concebido de tal manera que en ausencia de uno de estos elementos, el estudio del caso puede ser considerado como terminado. De esta manera, por ejemplo, si la antijuridicidad del acto desaparece, porque el autor ha actuado en legítima defensa, es inútil analizar la responsabilidad o culpabilidad penal.

6. Los problemas de interpretación se presentan en cada una de las etapas de este método: la interpretación no es más que la determinación, con ayuda de criterios lógicos y de juicios de valor, del sentido congruente de la ley.

Para mejor comprender el proceso de aplicación de la ley, es de tener en consideración:

a) El papel creador del juez está implícito en todo proceso de aplicación e interpretación del derecho. La adaptación de la ley a la realidad constituye el efecto inmediato de la dinámica propia del condicionamiento recíproco existente entre la ley y los hechos.

b) La aplicación del derecho implica, además de un aspecto lógico, un elemento de poder que supone el compromiso personal del intérprete poseedor de un bagaje específico de conocimientos y de criterios axiológicos. Este proceso no puede ser reducido únicamente a su dimensión lógica, ya que la determinación de los elementos del silogismo judicial, en particular de la premisa mayor (la ley), no conduce necesariamente a un solo resultado. Es corriente, por el contrario, que se llegue a establecer diversos "sentidos posibles" de la ley de que se trate. Esto se debe a la estructura propia del tipo legal (pensado como "tipo" y no como definición o concepto), al carácter abstracto y general de la norma, a la naturaleza equívoca, vaga y polisémica del lenguaje y a la evolución constante de la realidad que se busca regular.

c) El "verdadero sentido" o el "sentido justo" de la ley no puede ser justificado como si fuera el resultado de un proceso objetivo, neutro, recorrido con la ayuda de los métodos de la interpretación. Estos métodos (gramatical, histórico, sistemático, teleológico) no están jerarquizados de modo que su aplicación se haga en un orden progresivo y obligatorio. La prioridad dada a uno u otro método depende de las preferencias ideológicas del intérprete, de acuerdo con los criterios que inspiran el sistema social y, en particular, el orden jurídico. Estas preferencias no conducen fatalmente a decisiones arbitrarias, en la medida en que el intérprete, el juez en especial, debe argumentar convenientemente la justificación de su elección. Esta debe ser percibida por las personas como una solución justa y oportuna. Es quizás en este momento de la argumentación cuando se deben buscar los elementos que hagan posible asegurar mejor los límites del poder estatal.

d) La interpretación es siempre la misma en los diferentes dominios del derecho. Es sin embargo comprensible que los fines propios del derecho penal y sus medios de coerción (privación y restricción de derechos fundamentales) condicionen substancialmente la aplicación y la interpretación de la ley. El hecho de tener en cuenta estos elementos y el análisis que se haga de ellos deben ser expuestos y discutidos abiertamente por el intérprete y los críticos de su trabajo. Este es justamente el objetivo y la función de la teoría de la argumentación.

B) La ley penal aplicable

En derecho penal, el análisis de un caso permite responder a las siguientes preguntas: ¿La acción realizada constituye una infracción penal? ¿El autor de dicha acción merece una sanción penal?

El primer paso que se impone consiste en determinar si cabe aplicar la ley penal (en la mayoría de los casos el Código Penal) al caso particular. Se trata, en realidad, de una consecuencia lógica del principio de la legalidad: no hay crimen ni pena sin ley previa (C. P., art. 3º)⁴. El análisis de las dificultades que pueden presentarse supone el examen de todos los elementos fácticos, así como la interpretación de la ley. La aplicación de la ley penal nacional resulta generalmente del lugar donde "el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se producen sus efectos" [donde se produce el resultado] (principio de la

⁴ Equivale al art. 1º del C. P.

territorialidad, C. P., art. 1º, teoría de la ubicuidad, C. P., art. 5º)⁵. En caso de duda, conviene interrogarse sobre la existencia de elementos que pueden vincular el hecho cometido en el extranjero con nuestro país⁶; el titular del bien jurídico atacado es el Estado (principio real o de defensa, C. P., art. 2º, incs. 2º y 3º); el autor del hecho punible es un nacional (principio de la personalidad activa, C. P., art. 2º, inc. 4º); la víctima es un nacional (principio de la personalidad pasiva, C. P., art. 2º, inc. 4º); la infracción atenta contra la humanidad (principio de la competencia por delegación, art. 2º, inc. 5º y disposiciones especiales). En caso de conflicto de leyes penales en el tiempo, se aplicará el principio de la ley la más favorable (retroactividad benigna, C. P., art. 6º)⁷.

C) Análisis de los elementos de la infracción

Una vez que se haya determinado la ley penal aplicable, se procederá al análisis de los elementos de la infracción.

¿Qué acción ha sido realizada y por quién? Primeramente, es de distinguir con precisión los actos relevantes para el derecho penal e identificar las personas que los han efectuado; por ejemplo: Pedro sustrae y se apodera de un televisor de propiedad de Juan. Pablo le ayuda a negociar el aparato hurtado. Es decir que debe estudiarse por separado la situación de cada uno. Así mismo, si varios son los actos realizados, el análisis se hará singularmente en relación con cada uno de esos actos.

El comportamiento del autor puede revestir alguna de las diversas formas descritas en los tipos legales:

Comisión. El autor realiza actos positivos, "hace algo" y viola así una norma prohibitiva; por ejemplo, "no robar" (C. P., art. 185)⁸.

Omisión. El autor "no hace algo que debe hacer" y viola una norma prescriptiva que le obliga a ejecutar un acto ("teoría del acto esperado"); por ejemplo, "prestar socorro", (C. P., art. 126)⁹.

Omisión impropia (comisión por omisión) (C. P., art. 13)¹⁰: El autor omite cumplir un acto exigido por una norma (alimentar a un recién nacido), y viola de esta manera una norma prohibitiva (no matar a una persona).

En este nivel del análisis, se debe excluir todo evento que no sea un comportamiento humano; es decir, todo hecho que el autor no puede dirigir hacia el fin que se había propuesto. Los sucesos naturales (derrumbe, incendio, avalancha, inundación...) como el comportamiento de los animales (el perro que muerde a una persona o destruye una cosa) no interesan al derecho penal, salvo que su realización

pueda ser imputada a una persona (prender fuego a una casa o incitar un perro a atacar un tercero). En este último caso, procede aun preguntarse si dicho suceso habría sido dominado o podría serlo por el causante del hecho. Este no es el caso, primero, cuando la persona, al momento de provocar el suceso perjudicial, estuvo bajo la influencia de una fuerza física irresistible (*vis absoluta*, C. P., art. 20, inc. 6)¹¹, de un sueño profundo o hipnótico, en un estado inconsciente debido al consumo de una droga (alcohol, cocaína) o, segundo, cuando el daño es el resultado de un movimiento reflejo o instintivo (en el que no interviene para nada la conciencia) (la persona dormida, por ejemplo, hace caer de la mesa de noche la vela que había encendido, produciéndose un incendio). De no darse una de estas circunstancias, debe plantearse la significación social de la acción concreta, pues el derecho penal solo reprime las acciones socialmente dañinas. Lo que justifica que se haga inmediatamente referencia a la tipicidad del acto.

Las circunstancias que impiden considerar el evento materialmente vinculado a una persona como una acción no deben hacer olvidar que la intervención penal puede darse en relación con el acto precedente cometido por el agente y vinculado con tal suceso. Si bien la caída de la vela no era en sí controlable por la persona dormida, es de tener presente, de un lado, que la misma persona fue quien la prendió y, de otro lado, que no la apagó por haberse dormido súbitamente, hecho que le era posible controlar y evitar. El daño ocasionado (peligro para las personas, muerte o lesiones) abre la posibilidad de examinar si se le puede imputar el incendio, la muerte o las lesiones a título de culpa.

Una vez hechas estas constataciones, el análisis dependerá de la índole del comportamiento que lo motiva. Según el art. 11 del C. P., "son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley"¹². Los actos de comisión y de omisión, tanto dolosos como culposos, presentan diversas particularidades que, conforme a la doctrina dominante, requieren modelos diferentes de análisis. Trataremos, pues, en primer lugar los delitos dolosos y después los culposos, analizándolos separadamente, según la forma de la acción: comisión, omisión propia y omisión impropia o comisión por omisión.

1. **La infracción de comisión dolosa.** a) **La tipicidad.** Para determinar los actos que son relevantes para el derecho penal es necesario identificar la disposición penal que prevé su represión. ¿El acto realizado por el autor corresponde a la descripción contenida, por ejemplo, en una de las disposiciones legales de la parte especial del C. P. (arts. 106 y ss.)?¹³ Así, en relación con el acto realizado por Pedro, ejemplo citado líneas arriba, es de comprobar si coincide con el enunciado del art. 185 del C. P.: "El que para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra..."¹⁴.

⁵ Cfr. art. 13 del C. P.

⁶ Coincide con el art. 15 del C. P.

⁷ Art. 6º del C. P.

⁸ Art. 349 del C. P.

⁹ Equivale a la "Contravención especial de policía" contenida en el art. 45 del decreto 522 de 1971.

¹⁰ Parecido al art. 21-2 del C. P.

¹¹ El art. 40-1 habla de "fuerza mayor" y el 40-2 de "insuperable coacción ajena".

¹² Arts. 19 y 35 del C. P.

¹³ Art. 323 del C. P. De *lege data* debería decirse 111 y ss., pues a partir de tal disposición comienzan la parte especial.

¹⁴ Art. 349 del C. P.

El acto que no es comprendido por una disposición penal, en virtud del principio de la legalidad, no constituye una infracción.

a.a) *Aspecto objetivo de la tipicidad.* El elemento esencial del aspecto objetivo es el o los verbos que indican la o las acciones incriminadas en el tipo legal.

Además de comprobar si la acción presentada en el caso es la misma descrita en el tipo legal, se debe precisar si existe la misma coincidencia en relación con los otros factores objetivos señalados en el tipo legal: manera de actuar, medios utilizados, objeto de la infracción, peligro o daño provocado, calificación especial del agente (funcionario, cónyuge,...).

En caso de delitos de resultado, debe constatarse si el resultado (daño material, art. 106¹⁵; muerte de la víctima o creación de un peligro concreto, art. 125¹⁶; exponer a peligro de muerte un menor de edad) puede ser imputado objetivamente al agente.

Para efectuar esta verificación, tradicionalmente se ha recurrido a la noción de relación de causalidad. Diversos han sido los criterios invocados: primero, según la teoría de la equivalencia de las condiciones, la acción, de importancia igual a toda otra condición, es causa del resultado si, suprimida hipotéticamente su realización, el resultado no se hubiera producido. La muerte de Juan se considera causada por el hecho de que Pedro le haya disparado a quemarropa, debido a que, suprimido hipotéticamente este hecho, desaparecería el resultado letal.

Segundo, de acuerdo con la teoría de la causalidad natural es de verificar si estadísticamente, en un número significativo de casos, un hecho de tal naturaleza provoca el deceso de la persona atacada mortalmente (ley causal general). Conforme a este esquema, fundado en el modelo de las ciencias naturales, parece "natural" considerar como causa de la muerte el acto de disparar sobre la víctima. Por el contrario, si se ignora la causa del resultado, es decir, si el hecho precedente no es aún reconocido como idóneo para provocar el resultado, la teoría de la equivalencia de las condiciones o de la causalidad natural resulta incapaz de explicar la relación de causalidad. Por ejemplo, ¿es de considerar como causa de los daños ocasionados al feto el hecho de que el médico haya prescrito un medicamento que ingirió la madre durante el embarazo? Dudas surgen igualmente cuando el resultado es efecto de varios sucesos simultáneos. La víctima muere, por ejemplo, apuñalada por tres individuos que actúan al mismo tiempo.

Tercero, según la teoría de la causalidad adecuada es de constatar si, de acuerdo con el curso ordinario de las cosas y con la experiencia de la vida el comportamiento de disparar un arma de fuego contra una persona, es apto, de modo general, para provocar la muerte o si, por el contrario, esta no es sino el efecto de una circunstancia extraordinaria. Se trata, en realidad, de determinar en qué circunstancias el comportamiento del procesado (una de las causas naturales) puede ser considerado como la causa del resultado.

¹⁵ Art. 323 del C. P.

¹⁶ Art. 346 del C. P.

Por último, la teoría de la imputación objetiva propone determinar esta "relación" teniendo en cuenta la naturaleza de las normas jurídicas y su finalidad de proteger los bienes jurídicos. Las denominadas teorías de la causalidad, en la medida que recurren a elementos valorativos de imputación, constituyen criterios útiles para determinar la imputación objetiva del resultado. Es el caso de la teoría de la causalidad adecuada que, de acuerdo con la concepción tradicional de las ciencias naturales, no puede ser considerada como una teoría sobre la causalidad. La idea de la imputación objetiva supone, de un lado, que el agente, mediante su comportamiento, haya creado un peligro desaprobado o que lo haya aumentado y, de otro lado, que el resultado típico y evitable sea la concretización de este peligro. De esta manera, no se admite la imputación objetiva si el resultado es producido mediante una acción dirigida a disminuir el riesgo para el objeto del delito (Pablo lesiona a Pedro al desviar la piedra que Juan había lanzado contra la cabeza de Pedro). Por el contrario, el resultado será imputado objetivamente al agente que aumenta el riesgo de que se produzca tal resultado (conductor de camión que, por no haber conservado la distancia reglamentaria, atropella al ciclista ebrio que se desplazaba peligrosamente). Tampoco es de aceptar la imputación objetiva cuando el resultado procede de un riesgo permitido para el objeto del delito (esposo que induce a su esposa a desplazarse en avión con la esperanza de que se produzca un accidente y fallezca). Por último, es de señalar el caso en que el resultado se produce fuera del ámbito de protección de la norma penal: por ejemplo, el conductor que al momento de salir rápidamente de una playa de estacionamiento provoca un accidente con un segundo vehículo, cuya conductora, señora de edad avanzada, sufre un ataque cardíaco y fallece mientras es trasladada a la asistencia pública. En la perspectiva del análisis de la causalidad se puede afirmar que existe una relación causal entre la muerte y el comportamiento imprudente. Sin embargo, según la tesis de la imputación objetiva, la muerte no puede ser imputada al conductor porque el objeto de la protección violada no es la vida.

En la mayor parte de los casos, sin duda alguna, la comprobación de que el resultado puede ser imputado al autor de la acción no ofrece en general dificultades. El hecho de que el autor haya decapitado con dolo a la víctima o la haya herido, permite que su deceso le sea imputado objetivamente.

Si el autor no logra materializar el resultado querido, nos encontramos ante un caso de tentativa (una forma ampliada de tipo legal).

a.b) *Aspecto subjetivo de la tipicidad.* El elemento fundamental del aspecto subjetivo de la tipicidad está constituido por el dolo con que actúa el agente. Este factor subjetivo no es definido en el nuevo Código Penal¹⁷; pero en diversas ocasiones se le designa estrictamente o se le señala mediante términos que permiten determinar cómo debe comprenderse: por ejemplo, en el art. 11 se mencionan "las acciones u omisiones dolosas..."; al definir la tentativa (art. 16) se hace referencia al delito que el agente "decidió cometer"; al indicar las causas que eximen de responsabilidad

¹⁷ Por el contrario, el art. 36 del C. P. define con toda claridad dicho concepto sin necesidad de la elaboración que propone el autor para el derecho peruano.

penal (art. 20, inc. 1) se señala al que "no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión"; comete parricidio (art. 107) el que obra "a sabiendas"; al definir el delito de lesiones se trata (art. 122) del resultado grave que el agente "no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir". Estos elementos permiten considerar que el dolo supone que el autor haya actuado con conciencia y voluntad.

La conciencia del autor debe comprender los factores que pertenecen al aspecto objetivo del tipo legal. Al momento de actuar debe saber lo que hace (matar, lesionar, contraer matrimonio, falsificar documentos...), el medio que utiliza (veneno, arma, vehículo motorizado, materiales tóxicos...), el estado de la persona o cosa sobre la que recae su ataque (persona viva, estado civil de la víctima, bien mueble ajeno...). La conciencia que tenga el agente depende de la índole de estos elementos. En el caso de elementos descriptivos (matar, cosa, vehículo...) basta que el agente los haya percibido mediante sus sentidos; por el contrario, respecto a los elementos normativos (ajenidad de la cosa, estado civil, matrimonio, obscenidad...), el agente debe proceder a formular una apreciación valorativa: de naturaleza jurídica, en el sentido del conocimiento que puede tener un lego en derecho o de naturaleza moral, social, en el sentido de conocimiento empírico-cultural general (en el art. 45, inc. 2¹⁸, se dice que el juez tendrá en consideración la "cultura" y las "costumbres" del procesado). El hecho de que, según el art. 14, segundo párrafo, la pena solo será atenuada cuando el agente haya actuado bajo la influencia de un error "vencible" sobre la "ilicitud del hecho punible"¹⁹, muestra que la conciencia del carácter antijurídico de la acción no es indispensable para el dolo.

Se ignora o conoce inexactamente uno de los elementos del aspecto objetivo del tipo legal, se debe aplicar el art. 14, párrafo primero²⁰ que prevé el error sobre los hechos (en doctrina se prefiere hablar de *Tatbestandsirrtum*, error sobre el aspecto objetivo del tipo legal). Según esta disposición, si el error es "invencible" desaparece el dolo y, en consecuencia, el agente no es responsable. Invencible significa que el agente, a pesar de haber tomado las precauciones necesarias, no pudo evitarlo. Si omitió tomar dichas precauciones, puede ser responsabilizado a título de culpa cuando la ley lo prevé expresamente (es concordancia con el art. 122¹, segundo párrafo).

La conciencia del agente debe comprender cabalmente todos los elementos que permiten imputarle objetivamente el resultado (en caso de delitos materiales

¹⁸ No existe tan interesante consagración, aunque el art. 66-9 incluye como circunstancia de atenuación punitiva "la falta de ilustración".

¹⁹ No existe esta norma, aunque el art. 30 del C. P. parece consagrar una hipótesis de error de prohibición vencible; no obstante, gran parte de la doctrina deduce esta dase de error del art. 40, inciso final (nosotros lo entendemos como inc. 2 del num. 4, por ende referido solo al error de tipo), postulando el reproche a título de culpa.

²⁰ Art. 40-4 del C. P.

²¹ Art. 39 del C. P.

o de lesión). Es decir, debe tener conciencia de que su acción crea o aumenta el riesgo que se concretizará en el daño del objeto del delito. Este problema ha sido tratado antes como conciencia de la relación de causalidad; pero en realidad se trata de un asunto por dilucidar en relación con la imputación objetiva. Esta conciencia existe, por ejemplo, cuando el agente, con dolo homicida, golpea a la víctima y, creyéndola muerta, la degüella para hacer desaparecer el cadáver; pero, en realidad, es solo en ese momento cuando le causa la muerte. El deceso de la víctima concretiza así uno de los riesgos consubstanciales a la acción homicida. El error es irrelevante por su carácter superfluo. Lo mismo sucede respecto al error *in persona* o *in objeto*, en la medida en que la persona o el objeto sobre el que recae la acción es de índole intercambiable. Da lo mismo, en caso de homicidio simple (art. 106)²², matar a Pedro creyendo que se trata de Juan, o apropiarse de una casa que pertenece a Juana cuando, en realidad, es de propiedad de Lorenza (art. 185²³, hurto). También se da el conocimiento suficiente en caso de *aberratio ictus*; es decir, cuando el agente (por ejemplo, debido al azar o a su impericia, daña un objeto diferente del que decidió dañar, tira sobre Juan y, por mala puntería, lesiona a Pedro que lo acompañaba).

La voluntad existe:

— Cuando el autor desarrolla su actividad con miras a ejecutar directamente el acto previsto en el tipo legal. Es decir, en la mayoría de los casos, cuando hace lo necesario para provocar el resultado que se ha representado. Se habla entonces de *dolo directo*. Ejemplo: Pedro quiere matar a Andrés y dispara sobre él.

— Cuando el agente considera ese resultado como seguro y lo acepta conscientemente como consecuencia necesaria de su acto (*dolo indirecto* o *dolo de segundo grado*). Ejemplo: Andrés, para matar a Lucas, hace explotar el coche en el que este viaja y causa, así mismo, la muerte del chofer. El quiere este último resultado (no deseado) en la medida que sabe que está necesariamente ligado a la realización del primer resultado (directamente querido).

— Cuando el autor considera probable la producción del resultado y, a pesar de esto, decide actuar o continuar la ejecución de su acto (*dolo eventual*). Al no renunciar a su acción o no interrumpirla, se conforma o aprueba el resultado. Ejemplo: un conductor circula muy velozmente sobre una carretera estrecha, por cuyo borde caminan algunos niños. No obstante darse cuenta del riesgo de atropellar a uno de ellos, continúa conduciendo a la misma velocidad para no llegar tarde a una cita. De esta manera, quiere el resultado perjudicial al aceptar la producción del resultado que se representa como probable.

El dolo no es el único elemento del aspecto subjetivo de la tipicidad. Lo son además todos los fenómenos psíquicos relativos al agente y considerados por el legislador al elaborar el tipo legal: como los móviles, tendencias, deseos. En el caso del hurto, por ejemplo, es indispensable que el agente actúe "para obtener provecho" (art. 185)²⁴; en cuanto al asesinato, es necesario, entre otras posibilida-

²² Art. 323 del C. P.

²³ Art. 349 del C. P.

²⁴ De "propósito de obtener provecho" habla el art. 349.

des, que el homicida haya obrado "para facilitar u ocultar otro delito" (art. 108)²⁵; respecto a la rebelión, el agente debe alzarse en armas "para variar la forma de gobierno..." (art. 346)²⁶. Este elemento subjetivo se refiere a algo que va más allá de la consumación del delito y su realización no es indispensable para la consumación; basta que se constate su existencia en el espíritu del agente al momento de la realización del comportamiento delictuoso.

a.c) *Tipo legal ampliado*. Cuando el comportamiento doloso del agente realiza plenamente la acción incriminada en el tipo legal, significa que el delito ha sido consumado. Sin embargo, la realización incompleta de un tipo legal, generalmente por la no realización del resultado típico, es reprimida, en estas condiciones, por la ley penal. Mediante disposiciones de carácter general, se amplía así el tipo legal y se prevé la sanción adecuada. Se trata del proceso de ejecución del delito o de los grados de su realización (*iter criminis*).

El *grado de realización del delito*: El primer grado de realización es de los denominados *actos preparatorios* (por ej., comprar el arma que servirá para cometer un homicidio o el material necesario para falsificar documentos). Estos actos, por no evidenciar de manera clara la voluntad criminal, no son punibles, salvo disposición legal expresa. Por ejemplo, fabricar o introducir en el territorio de la república, o conservar en su poder máquinas, cuños o cualquier otra clase de útiles o instrumentos "destinados a la fabricación de moneda" (art. 257)²⁷; poseer drogas con el propósito de traficar o "comercializar materias primas o insumos destinados a la elaboración" de drogas (art. 296)²⁸; practicar "un acto dirigido a someter la república..." (art. 325)²⁹.

La *tentativa*³⁰ se define como "el comienzo de la ejecución de la infracción". Esta definición supone, primero, una acción dirigida a la realización del delito pensado y, segundo, una imperfección respecto al aspecto objetivo del tipo legal: por ejemplo, la no producción del resultado, la falta de la calidad típica de la víctima (art. 173)³¹; la víctima tiene más de 14 años de edad). El primer aspecto entraña la exclusión de la denominada *tentativa irreal*: por ej., la realización del resultado mediante brujería. El fracaso de la empresa delictiva, propio de la tentativa, puede deberse a la inidoneidad del objeto del delito o del medio utilizado para su ejecución. En este caso se habla de delito imposible, una forma de tentativa. Según el art. 173³², esta tentativa no es punible en caso de "ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiiedad del objeto".

²⁵ Art. 324-2 del C. P.

²⁶ El art. 126 es equivalente, pero no consagra tal elemento.

²⁷ No está consagrado.

²⁸ En sentido parecido el art. 43 de la ley 30 de 1986.

²⁹ Art. 111 del C. P.

³⁰ Cfr. art. 22 del C. P.

³¹ Art. 303 del C. P.

³² La impunidad de la tentativa imposible, en todos los casos, emerge del art. 22 del C. P.

No existen dudas sobre el comienzo de la ejecución del delito si el agente ha realizado parcialmente la acción descrita por el tipo legal (inferir la primera herida con dolo de matar). Este criterio formal-objetivo, aplicado exclusivamente, no es satisfactorio: restringe demasiado la intervención penal. Por el contrario, si se tuviese en cuenta un criterio solo subjetivo, se ampliaría abusivamente esta intervención: se llegaría a reprimir los simples designios criminales. Por esto se prefiere, sin desconocer la conveniencia del criterio subjetivo, limitar su aplicación mediante elementos objetivos: comienza a ejecutar un delito quien ha realizado algo que, según su plan criminal, representa el paso decisivo hacia el resultado buscado y a partir del cual generalmente no se vuelve atrás. El aspecto subjetivo de la tentativa es el mismo que el del delito consumado: el agente actúa con la misma resolución delictuosa.

Los arts. 16 y 18 del C. P.³³ distinguen dos circunstancias por las que no se consuma la infracción. En el art. 16 se considera, de manera clara, que esto sucede por la intervención voluntaria del mismo agente: desiste de continuar o impide la realización del resultado. En el art. 18, por el contrario, se tiene en cuenta, implícitamente, un suceso ajeno a la intención del agente que le impide continuar su acción criminal u obstaculiza la materialización del resultado. Las dos primeras formas tratadas en las dos disposiciones citadas constituyen casos de *tentativa inacabada* (la acción delictuosa queda en sus inicios: *tentativa simple* y *desistimiento*) y los otros dos son formas de *tentativa acabada* (el agente hace todo lo necesario para la consumación: *delito frustrado* y *arrepentimiento activo*). Cuando la consumación no se cumple debido a la intervención voluntaria del agente, este solo será castigado "cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos". Es decir que estas formas de tentativa tampoco son punibles. La atenuación es obligatoria cuando el delito no se consuma contra la voluntad del agente.

Si se sigue la terminología tradicionalmente utilizada, inapropiada por su ambigüedad, se puede decir: en caso de *tentativa simple*, el autor empieza la ejecución de la infracción sin proseguir, por razones ajenas a su voluntad, hasta el final su actividad delictuosa. La hipótesis de *delito frustrado* se realiza cuando el autor prosigue su actividad hasta el final sin lograr, contrariamente a su voluntad, el resultado necesario para la consumación de la infracción (por ej.: el asesino dispara y lesiona a la víctima, pero esta no muere). El autor incurre en *arrepentimiento activo* cuando, después de haber hecho lo necesario para alcanzar el resultado, por propia iniciativa, impide o contribuye a impedir su realización (por ej.: administrar veneno a una persona y, *motu proprio*, darle un antídoto antes de que la poción haga efecto). El agente *desiste* cuando, luego de comenzar la ejecución de la infracción, por propia iniciativa, no continúa con su actividad delictuosa. Comete *delito imposible* cuando intenta realizar un crimen o un delito por un medio o contra un objeto de tal naturaleza que su perpetración es absolutamente imposible (por ej., intentar realizar un aborto dando a una mujer encinta jarabe contra la tos).

³³ Tales descripciones no existen, las diversas hipótesis se desprenden del art. 22 del C. P.

El grado de *participación en la ejecución del delito*:

Seguindo la misma técnica legislativa que con respecto a la tentativa, los tipos legales previstos en primer lugar para reprimir la realización individual del delito han sido ampliados para castigar a quienes cometen junto con el agente el delito o le ayudan a cometerlo. El legislador ha descrito generalmente los actos delictuosos como la obra de una persona. Es autor el que realiza personalmente todos los elementos constitutivos de una infracción. En la práctica sucede a menudo que varias personas, de cerca o de lejos, directa o indirectamente, están implicadas en la comisión de un acto delictuoso. Es entonces indispensable establecer el grado de participación de cada una de ellas. Estos problemas de participación solo se presentan respecto a las infracciones dolosas. De este dominio se excluyen los casos de la denominada *participación necesaria* o *codelinuencia*: por ejemplo, tomar parte en una "conspiración de dos o más personas" para cometer rebelión, sedición o motín (art. 349)³⁴; amotinarse con el fin de evadirse de un establecimiento penitenciario (art. 415)³⁵.

En este orden y de conformidad con el Código Penal, libro primero, título II y capítulo IV³⁶, es de distinguir entre "autoría y participación". Si una sola persona ha consumado o tentado la realización del delito, es un autor individual. Mejor dicho, autor es el que, teniendo el dominio del hecho, realiza la acción típica. No basta, en consecuencia, comprobar que el comportamiento constituye, total o parcialmente, la acción típica (criterio formal-objetivo). Para distinguir los grados de participación resulta necesario tener en cuenta el aspecto subjetivo.

Cuando dos o más individuos, sin realizar necesariamente actos de ejecución, se asocian a la decisión de ejecutar la infracción, con tal intensidad que hacen suya su realización, se admite que son *coautores*. Su participación es principal, en razón del *animus auctoris* con que han actuado. En este sentido debe ser interpretada la fórmula del art. 23: "los que lo cometan³⁷ conjuntamente". Por el contrario, al cómplice cuya voluntad se encuentra subordinada a la del autor principal y que no tiene sino el *animus socii* (de limitarse a ayudar al autor principal en la comisión de la infracción), se lo considera como participante secundario (C. P., art. 25³⁸; prestar auxilio para la realización o prestar asistencia). Se le da la misma calificación al *instigador*: este intencionalmente suscita en otro (el instigado) la conciencia y la voluntad de cometer una infracción (C. P., art. 24: determinar a otro a cometer el hecho punible)³⁹.

Con el fin de reprimir a cada participante según el grado de su responsabilidad o culpabilidad, la ley (C. P., art. 26)⁴⁰ consagra el principio según el cual las cualida-

³⁴ El art. 133 habla de "los que".

³⁵ No existe.

³⁶ Libro I, título III, capítulo III.

³⁷ No existe tal expresión. Cfr. art. 23.

³⁸ Equivale al art. 24 del C. P.

³⁹ Art. 23 del C. P.

⁴⁰ El C. P. distingue entre circunstancias personales y materiales y no existe un tratamiento unificado de las mismas (art. 25).

des o circunstancias personales especiales que solo aumentan, disminuyen o excluyen la pena (por ej., la imputabilidad limitada, la emoción violenta, el móvil del lucro), no afectan más que al coautor, al instigador o al cómplice concernido por dichas calidades o circunstancias.

b) *La antijuricidad*. La constatación de la tipicidad del acto (es decir, su conformidad con uno de los tipos legales) no implica necesariamente su carácter ilícito. Por razones de técnica legislativa, la determinación de este último se reduce — en la práctica — a la comprobación de la existencia de alguna de las *causas de justificación*. Por lo tanto, la presencia de una de estas circunstancias hace que la acción típica sea lícita. La tipicidad, en razón de que supone la violación de una norma prohibitiva o preceptiva, solo constituye un indicio del carácter ilícito del comportamiento ejecutado. Se trata, en buena cuenta, de un problema de justificación. No es suficiente que, objetivamente, se den todos los factores que caracterizan a una circunstancia justificante. Es, igualmente, indispensable que el agente haya obrado sabiendo y queriendo cometer un hecho lícito.

Las circunstancias de justificación se encuentran en todo el ordenamiento jurídico. El Código Penal no las prevé, en consecuencia, de manera exhaustiva. Como "causas que eximen... la responsabilidad", el Código regula, en el art. 20⁴¹: la legítima defensa (inc. 3); el estado de necesidad (inc. 4); actuar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (inc. 8); el consentimiento de la víctima (no siempre suficiente) (inc. 10)⁴². Además de estas circunstancias legales, existen las denominadas "circunstancias justificantes supraliberales", por ejemplo, el consentimiento presunto, caso en que el agente debe actuar en salvaguarda de los intereses de la persona afectada (gestión de negocios sin mandato).

La *legítima defensa* puede ejercerse a título personal o en favor de un tercero. Siempre supone la existencia de una agresión ilegítima (contraria al ordenamiento jurídico), actual o inminente (pues es de impedirlo o repelerlo). El medio empleado debe ser racionalmente necesario de acuerdo con todas las circunstancias personales y materiales del hecho. Para evitar abusos, la ley dispone que el agresor no haya actuado impulsado por la provocación suficiente de quien "hace la defensa". Esta fórmula permitiría pensar que el tercero podría defender al agredido aunque este haya provocado el ataque. Si la defensa personal es un derecho, el defender a otro sería solo un deber. Además, se reconoce que la diferencia de importancia entre el bien que se salva y el que se daña no debe ser excesivamente desproporcionada.

El *estado de necesidad* justificante supone salvar un bien jurídico de mayor valor en detrimento de otro menos importante (dañar el patrimonio para salvar una vida). El peligro que da lugar al estado de necesidad debe ser "actual e insuperable" sin perjudicar un bien ajeno. El autor de este perjuicio, típico, puede haber actuado para conjurar dicho peligro que lo afecta o que amenaza a un tercero. Es

⁴¹ Art. 29 del C. P.

⁴² No está previsto expresamente.

decir, que el peligro tiene que ser inminente o actual. El bien por salvar debe ser, en consideración a todas las circunstancias del caso, prioritario en relación con el bien que debe dañarse. Con este objeto, debe tenerse en cuenta la importancia de los bienes en conflicto y la intensidad del peligro. Por último, es indispensable que el medio empleado para conjurar el peligro sea "adecuado". Este aspecto está estrechamente vinculado al hecho de que la protección del bien en peligro no sea posible de otra manera (que la de dañar un bien jurídico de un tercero inocente).

El inciso 8 del art. 20 del C. P.⁴³ solo constituye una norma de reenvío a otras normas. Esto es evidente en caso del acto ejecutado por "disposición de la ley". El *deber, derecho, cargo u oficio*, en el ejercicio del cual se ejecute el hecho típico, necesita estar previsto en el ordenamiento jurídico. De esta manera, se establecen los límites dentro de los cuales pueden ser ejercidos por ejemplo, la detención practicada por un policía o el uso de su arma de fuego deben basarse en una reglamentación. Un caso específico de cumplimiento de un deber es el de obrar "por orden obligatoria de autoridad competente". Pero esta obediencia no es absoluta: quien debe actuar tiene la facultad de apreciar si la orden es conforme al derecho. Esta apreciación se efectuará determinando si quien ordena actúa "en ejercicio de sus funciones" (art. 20, inc. 9)⁴⁴.

El *consentimiento* de la víctima constituye circunstancia justificante a condición, por un lado, de que sea "válido" y, por otro lado, de que su objeto sea un "bien jurídico de libre disposición". Es válido cuando sea otorgado por una persona capaz de discernimiento y suficientemente informada sobre los riesgos que acarrea la comisión del hecho que debe autorizar. En fin, la persona interesada debe expresar su consentimiento de manera explícita, clara y previa a la realización del acto perjudicial a sus intereses.

c) *La responsabilidad o culpabilidad*. El carácter típico e ilícito del acto (por ejemplo matar a una persona, apropiarse una cosa ajena) no basta para imponer una pena al agente. El agente no puede ser reprimido por todas las consecuencias de su acción ilícita (responsabilidad objetiva, *versari in re illicita*). La constante subjetivización del derecho penal condujo a consagrar el principio de la culpabilidad como fundamento y límite de la punición. Fuertemente criticada la noción de culpabilidad, desde hace un tiempo, se busca ya sea eliminarla, cambiar su contenido o sustituirla por otro criterio. En el nuevo Código Penal, se prefiere hablar de "responsabilidad penal" (art. VII, 20, 45, 46)⁴⁵. Por la manera como, en el desarrollo de los trabajos de reforma, se fue reemplazando el término "culpabilidad" por el de "responsabilidad", no se puede concluir que se trata de una noción radicalmente distinta. Es de comprender más bien que se busca acoger la tesis que preconiza la renovación de las categorías penales teniendo en cuenta criterios de política criminal. El empleo del vocablo "responsabilidad", más neutro que el de "culpabilidad"

y que recuerda —sin significar lo mismo— la "responsabilidad social" de los positivistas italianos, se orienta hacia la atenuación del aspecto ético individual en favor de una apreciación sobre todo social. De este modo, se tendría mejor en cuenta la "corresponsabilidad" de la sociedad respecto a la acción delictuosa del agente. De esta manera, es de entender el texto del art. 45⁴⁶. De manera imprecisa se dice que, al "momento de fundamentar y determinar la pena", el juez deberá tener en cuenta, primero, las "carencias sociales" que hubiere "sufrido" el autor (¿por qué no también los privilegios sociales de que hubiere gozado?); segundo, "su cultura y sus costumbres"; y, por último, "los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen". Fundamentar significa justificar la punición y determinar, escoger el tipo de pena que es de imponer (privativa de libertad, restrictiva de derechos, multa...) o el medio para evitarla (suspensión de la ejecución, reserva del fallo condenatorio). Una vez escogida la pena, se procederá a la individualización de acuerdo con la responsabilidad del agente y con la gravedad del hecho cometido. Con este objeto, el juez tendrá en cuenta, como ya lo establecía el Código derogado, la serie de factores ambivalentes enumerados en el art. 46 (el art. 51 del Código derogado hablaba de culpabilidad y peligro del agente, fórmula que ha sido reemplazada por la de responsabilidad y gravedad del hecho punible)⁴⁷.

c.a) *La ausencia de circunstancias de responsabilidad (no-culpabilidad)*. La constatación de la responsabilidad penal supone la *imputación subjetiva* del hecho punible al agente. Es una condición mínima para considerar que la acción es obra suya. Dicho de otra manera, resulta así posible atribuirle el hecho cometido. De esta manera se confirma que el derecho penal es un derecho concerniente al acto individual y no a un determinado modo de vida, a la persona individual tomada en su contexto social y no a un prototipo imaginado. La imputación subjetiva es admitida cuando se comprueba que no existe una circunstancia excepcional que impide establecer esa relación. Se trata de las circunstancias que, tradicionalmente, han sido consideradas como circunstancias de no culpabilidad. Es el caso del estado de necesidad (art. 20, inc. 5)⁴⁸, que el bien jurídico salvado no es de mayor valor que el dañado. Pero este daño resulta de un peligro que no puede ser "evitado de otro modo" por el agente, y este no está obligado a aceptar o soportar dicho peligro. La disposición citada establece dos restricciones: la primera, el peligro debe concernir a ciertos bienes jurídicos (vida, integridad corporal, libertad) y, la segunda, la intervención en favor de bienes de terceros supone que el agente tenga "estrecha vinculación" con ellos. Lo mismo es de aceptar respecto al hecho de obrar compelido por una fuerza física irresistible (art. 20, inc. 6)⁴⁹ o por miedo insuperable de sufrir un mal igual o mayor al que está obligado de cometer (art. 20, inc. 7)⁵⁰. Estos dos casos constituyen, en realidad, casos especiales de estado

⁴⁶ Sin equivalencia.

⁴⁷ De modo parecido el art. 61.

⁴⁸ Art. 29-5 del C. P.

⁴⁹ Cfr. art. 40, ords. 1 y 2.

⁵⁰ No regulado expresamente.

⁴³ Equivale a los ords. 1 y 3 del art. 29.

⁴⁴ Art. 29-2 del C. P.

⁴⁵ Nuestro C. P. habla tanto de "culpabilidad" como de "responsabilidad", las dos expresiones deben entenderse como sinónimas.

de necesidad [*lato sensu*]. En cuanto a los casos "extremos" en los que el agente sobrepasa los límites de la legítima defensa o del estado de necesidad, es de considerar que no se trata, en buena cuenta, de circunstancias que impiden atribuir el hecho punible al agente. Este incurre en un error de apreciación sobre la necesidad de su acción y obra, en consecuencia, en la falsa creencia de que actúa lícitamente. De modo que se trata de errores de prohibición (evitable o inevitable) que deben ser tratados de acuerdo con el art. 14, párrafo segundo⁵¹. Utilizando la misma técnica defectuosa del Código derogado, el art. 21 del nuevo Código dispone, de manera indiscriminada: "cuando no concurra alguno de los requisitos necesarios para hacer desaparecer totalmente la responsabilidad, el juez podrá disminuir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal⁵²."

c.b) *Condiciones de la responsabilidad penal*. Admitir la responsabilidad del autor significa formular en su contra, teniendo en cuenta su situación social, un juicio negativo sobre la manera como ha actuado. Se trata de una censura, de un reproche. La formulación de este juicio supone las siguientes condiciones:

c.c) *Capacidad penal del agente*. Una persona es penalmente capaz cuando posee tanto la facultad de apreciar el carácter delictuoso de su acto como la de determinarse según esta apreciación. Así, ella está en condiciones de motivar su comportamiento de manera correcta. Se admite que el autor es *inimputable* cuando, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o alteraciones en la percepción, carece de una de esas dos facultades (art. 20, inc. 1)⁵³. Si estas facultades solo han disminuido, el agente es capaz en forma limitada. En la práctica, el juez decide, previo peritaje, si el procesado actuó siendo plena o limitadamente imputable. Sin embargo, por tratarse de una noción normativa, el juez no está obligado a seguir la opinión de los peritos. En la práctica y de acuerdo con la ley, se parte de la presunción de que toda persona es capaz penalmente.

Los *menores de 18 años* (art. 20, inc. 2)⁵⁴ no son incapaces penales. En razón de su personalidad y situación social se encuentran sometidos al derecho penal de menores. Para determinar a qué medidas serán sometidos, se tendrá también en cuenta su capacidad de comprender y de determinarse.

c.d) *Conciencia (potencial o cognoscibilidad) del carácter ilícito del acto*. Según el art. 14, párrafo segundo⁵⁵, la responsabilidad penal no comprende la conciencia del carácter contrario al orden jurídico del acto. Si, omitiendo tomar las precauciones necesarias para evitarlo, actúa creyéndose con derecho de hacerlo como ha procedido, el juez podrá imponerle una pena atenuada (error vencible sobre la naturaleza ilícita del acto). Si el error es invencible, la responsabilidad penal desaparece. En doctrina se prefiere hablar de error de prohibición (del alemán *Verbotsirrtum*); es decir, error sobre el carácter prohibido del acto.

2. *Delito de omisión doloso*. La distinción entre una acción comisiva y otra omisiva, en ciertos casos, puede ser problemática. La omisión tiene un carácter subsidiario. Solo será admitida después de excluir la posibilidad que se trate de una acción comisiva.

En la mayoría de los casos se constata fácilmente si constituye una acción comisiva: el agente dispara sobre la víctima, la apuñala, sustrae una cosa mueble ajena, hace sufrir el acto sexual a una mujer, etc. Igualmente, cuando el autor de un accidente se aleja sin ayudar al peatón atropellado, la omisión de socorro es evidente. Sin embargo, en ciertos casos límites, la diferenciación es difícil: el ciclista que, de noche, conduce una bicicleta sin faro y atropella a una persona, debe ser castigado por haber utilizado un vehículo no reglamentario o por haber omitido instalar un faro en su bicicleta. Así mismo, el fabricante que da a sus obreros materias primas infectadas, será reprimido por haber suministrado sustancias peligrosas para la salud o por haberse abstenido de desinfectarlas. Según la doctrina predominante, es necesario considerar el aspecto decisivo del comportamiento, *in casu* el hecho de conducir una bicicleta no reglamentaria o de proporcionar sustancias tóxicas. Para mejor comprender el problema, se procede a constatar si el resultado ha sido o no causado mediante una acción comisiva objetivamente típica (criterio de la causalidad). En caso de respuesta afirmativa, es de determinar si el autor actuó dolosa o culposamente; pues, en estos casos, solo la acción comisiva es relevante para los efectos de la valoración jurídico-penal. Por último, en caso de comprobarse que esta acción comisiva (dolosa o culposa) es adecuada socialmente, conforme al derecho o no culpable, resta interrogarse si el agente se ha abstenido de realizar una acción comisiva esperada mediante la cual hubiera evitado el resultado. Es decir, la omisión solo puede ser definida con respecto a una determinada acción exigida normativamente.

La omisión es raramente reprimida: el Estado sanciona excepcionalmente la no ejecución de un acto determinado (omisión de prestar socorro, arts. 126 y 127⁵⁶; no cumplir con la obligación de prestar alimentos, art. 149⁵⁷, omisión de comunicar al directorio⁵⁸... la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica, art. 198, inc. 6; omisión de comunicar a la autoridad la comisión de delito, art. 407⁵⁹). El autor será castigado por el solo hecho de no haber realizado lo que el Estado esperaba de él (omisión simple). Sin embargo, la doctrina admite, desde hace tiempo, que casi todas las infracciones concebidas legislativamente como comportamientos de comisión pueden ser realizadas mediante un comportamiento de omisión: por ej., la madre que mata a su hijo privándolo de alimento. Se habla en este caso de omisión impropia o de comisión por omisión (ver. c. 3).

⁵⁶ Ver nota 9.

⁵⁷ Art. 263 del C. P.

⁵⁸ No está previsto.

⁵⁹ Solo para "empleado oficial", según el art. 153 del C. P.

⁵¹ Ver nota 19.

⁵² No existe tal disposición.

⁵³ Art. 31 del C. P.

⁵⁴ Art. 34 del C. P.

⁵⁵ Cfr. nota 19.

a) *La tipicidad*. a.a) *Aspecto objetivo del tipo legal*. El aspecto objetivo de la tipicidad comprende las siguientes condiciones:

— *Existencia de la situación descrita en el tipo legal* (circunstancias particulares de las cuales surge el deber de actuar): por ej., peligro de muerte o de grave e inminente daño para la salud de una persona (arts. 125, 126)⁶⁰, obligación de prestar alimentos establecida por resolución judicial (art. 149)⁶¹.

— *Ausencia de la acción esperada*. Esta constituye el contenido de la obligación implícita de actuar, prevista por la ley penal: por ej., prestar asistencia a la persona en peligro. Cuando el agente, infructuosamente, ha tratado de realizar la acción esperada, la tipicidad de la forma dolosa no se da.

— *Posibilidad concreta de que el agente realice el acto ordenado* por la norma. Se trata de un poder de hecho; es decir, el agente debe tener, en consecuencia, la capacidad física y psicológica para cumplir la obligación de actuar (por ej., poseer los conocimientos necesarios para auxiliar a una persona herida o los medios para llamar un médico para que la socorra).

Las infracciones de omisión simple se contraponen a las infracciones de comisión de pura actividad: en ambos casos el resultado no forma parte del enunciado del hecho legal.

a.b) *Aspecto subjetivo del tipo legal*. El dolo, como en el caso de los delitos de comisión, es el elemento esencial del aspecto subjetivo de la tipicidad. En primer lugar, el agente debe conocer la situación generadora del deber de realizar la acción esperada y sus propias posibilidades de ejecutarla (*conciencia*). Si el autor se equivoca sobre uno de los elementos del tipo legal, se trata de un caso de error sobre un elemento del tipo objetivo (*Tatbestandsirrtum* o, en la terminología tradicional: error de hecho)⁶² (art. 14, párrafo primero). En cuanto a la *voluntad*, indispensable en los delitos de comisión dolosos, no se presenta de la misma manera en caso de acción omisiva. En principio, el agente, al conocer la situación generadora del deber de actuar, puede decidir permanecer inactivo; por ejemplo, quien resulta ileso de un accidente de tránsito, decide alejarse con el fin de evitar un control de policía y, al mismo tiempo, dejar de auxiliar a su compañera herida (art. 408)⁶³. En la mayor parte de los casos, sin embargo, resulta difícil admitir, de parte de quien se abstiene, una toma de decisión tan clara. Debido a que los sucesos no alcanzan un clímax particular, el agente asume paulatinamente su inactividad. Entonces, basta comprobar que tuvo conciencia de la situación y de su posibilidad de actuar (*cuasi dolo*).

a.c.) *Tipo legal ampliado*. — La *tentativa*: el retraso en la realización de la acción esperada es suficiente para la consumación de la infracción. En consecuencia,

⁶⁰ Véanse notas 9 y 16.

⁶¹ Ver nota 57.

⁶² En nuestra opinión el error de tipo puede ser tanto de hecho como de derecho, lo mismo el error de prohibición. En el mismo sentido gran parte de la doctrina.

⁶³ Ver nota 9. El art. 408 del C. P. peruano no tiene equivalencias de *lege data*.

no es posible forma alguna de tentativa; exceptuado el caso del delito imposible. Empero, en el nuevo Código (art. 17) se establece la impunidad de este caso de tentativa⁶⁴.

— La *participación* es, por el contrario, factible: dos o más personas, por ej., incumplen un mandato legal de actuar que los obliga a todos; un pasajero puede instigar al conductor para que no socorra al peatón que viene de atropellar. También es posible participar, mediante una omisión, en una infracción de comisión: el empleado de un comercio "omite" cerrar las puertas con llave, para facilitar la comisión de un robo.

b) *La antijuridicidad*. El análisis no es diferente del que debe practicarse en relación con los delitos de comisión dolosos (ver c.1.b): es de comprobar la ausencia de circunstancias justificantes. Sin embargo, el problema que más frecuentemente se plantea es el estado de necesidad por conflicto de deberes: por ejemplo, quien ha causado un accidente tiene la obligación de socorrer a todas las personas heridas, pero no puede curar más que a una a la vez. Si bien omite momentáneamente asistir a una de las víctimas, sin embargo cumple su obligación si socorre a la más gravemente afectada.

c) *La responsabilidad o culpabilidad*. Además de la constatación de la capacidad penal del autor y de la ausencia de circunstancias de no-culpabilidad, es necesario demostrar que el agente, en el momento en que hubiera debido intervenir, era consciente de su deber de actuar. Si se cree falsamente en derecho de abstenerse, comete un error sobre el mandato legal (error de derecho: *Gebotsirrtum*, en lugar de error de prohibición: *Verbotsirrtum*; en la terminología tradicional: error de derecho)⁶⁵.

3. *Delito de omisión impropia doloso (comisión por omisión)*. Toda infracción por comisión, como lo señalamos anteriormente, puede en principio ser realizada por omisión. Dicho de otra manera, es posible, mediante una omisión, provocar la lesión o la puesta en peligro concreto prevista en el tipo legal. El autor será reprimido en razón del hecho punible realizado y, a diferencia de los casos de simple omisión, no solo por su abstención. Así lo establece el art. 13 del nuevo Código⁶⁶.

Si en los casos de delitos de omisión propia cualquiera puede ser autor, cuando se trata de delitos de omisión impropia (delitos de comisión por omisión) el número de responsables es limitado: no puede ser autor quien no esté obligado a evitar el resultado dañoso (deber de garante). Un tercero, ajeno a la situación de peligro, que no evita el resultado perjudicial, no puede ser considerado responsable de la infracción.

a) *La tipicidad*. a.a) *Aspecto objetivo del tipo*. Igual que en la omisión simple, es indispensable tanto la existencia de la situación generadora del deber de actuar

⁶⁴ Ver nota 32.

⁶⁵ Ver nota 62.

⁶⁶ Ver nota 10.

como la ausencia de la acción esperada y la capacidad concreta de realizarla. Como la omisión impropia constituye una inversión del tipo legal de los delitos de comisión, la determinación de dicha situación debe practicarse teniendo en cuenta su sentido. En los tipos legales de omisión simple, la situación mencionada es descrita en sus elementos fundamentales.

La abstención del agente debe permitir que el resultado (daño o puesta en peligro concreto previsto en el tipo legal) pueda serle imputado objetivamente. Esta circunstancia, denominada tradicionalmente "relación de causalidad", se comprueba planteando la pregunta siguiente: Si el agente hubiera realizado el acto esperado, ¿el resultado perjudicial se hubiera producido? Si la respuesta es negativa, se procederá a verificar si el agente hubiese podido intervenir de esa manera a evitar el resultado. Por esto se habla de causalidad "hipotética" o "potencial"; en buena cuenta, se está fuera de toda causalidad.

Superada esta cuestión, es de ver si el agente estaba en condiciones de intervenir para evitar el resultado. Esto supone la previsión del resultado por parte del autor y también la posibilidad real de evitar el daño o el peligro.

Fuera de estas circunstancias, comunes a las dos formas de omisión, la comisión por omisión requiere un especial deber de evitar el resultado. Solo puede ser autor —según lo que hemos indicado precedentemente— quien está obligado a intervenir. La ley, el contrato y el actuar peligroso precedente han sido tradicionalmente considerados como las fuentes del deber de garante. En doctrina, actualmente, se prefiere hablar de dos formas en que se manifiesta la obligación del garante:

— *Deber de proteger bienes jurídicos* expuestos a peligros indeterminados (por ej., los deberes que establecen las normas que regulan las obligaciones de los padres hacia los hijos, del marido con respecto a su mujer y viceversa, del profesor de natación con respecto a sus alumnos, del médico hacia sus enfermos);

— *deber de vigilar algunas fuentes de peligro* que amenazan bienes jurídicos indeterminados (por ej., la responsabilidad del poseedor de un vehículo, etc.).

El art. 13 del Código Penal se afilia a la primera concepción y, de manera incorrecta, extiende abusivamente la represión: junto al deber jurídico de actuar o del que deriva de la creación de un peligro inminente, considera el "deber moral". Por el contrario, de manera más bien correcta establece el criterio de la equivalencia de significación entre la omisión y el acto de comisión típico: según el acápite 2 del art. 13, la omisión debe corresponder "a la realización del tipo legal mediante un hacer"⁶⁷.

a.b) *Aspecto subjetivo del tipo*. El análisis del dolo, elemento central del aspecto subjetivo del tipo legal, no puede hacerse, debido a las características propias a la omisión, del mismo modo como en relación con las infracciones de comisión.

El agente debe ser *consciente* de la situación de peligro, de su capacidad para actuar y de las circunstancias de las que deriva su deber de garante (en realidad,

este deber determina sobre todo el carácter ilícito de la omisión; es pues en este sentido como debería procederse a su análisis, aplicando las reglas sobre el error de prohibición).

La *voluntad* del autor es más difícil de precisar. En efecto, en la mayoría de los casos, el delincuente no toma la resolución de abstenerse. Por esto, la conciencia del autor y su actitud frente a la situación concreta se convierten en factores decisivos.

El desconocimiento de una de las circunstancias objetivas implica un *error sobre el tipo legal* objetivo (*Tatbestandsirrtum*: error de hecho). Cuando no se pueda deducir del comportamiento del autor la voluntad de abstenerse y de provocar así el resultado, queda por saber si ha actuado culposamente.

a.c) *Tipo legal ampliado*. El resultado (daño o puesta en peligro concreto previsto por tipo legal) forma parte integrante de la omisión impropia; la tentativa es pues posible en todas sus formas. Tentativa acabada y tentativa inacabada se distinguen según criterios análogos a los que son aplicables en caso de infracción de comisión (a.c.). Es necesario tomar en consideración el peligro que debería ser evitado por la realización del acto cometido (acto esperado). La tentativa existe a partir del momento en que el retraso en la ejecución del acto esperado aumenta el peligro (real o supuesto por el autor) de que el resultado se produzca. Se trata de una tentativa acabada cuando el que se abstiene deja pasar la última ocasión de poder intervenir para evitar el resultado y este sin embargo no se produce.

La *participación* también es posible. En caso de coautores, es indispensable que los partícipes tengan el deber de garante.

b) *La antijuridicidad*. Teniendo en cuenta las características particulares de la omisión impropia, se necesita considerar todas las circunstancias de justificación (ver b.).

c) *La responsabilidad o culpabilidad*. Salvo circunstancias excepcionales, el agente es considerado penalmente capaz. Tiene que ser consciente de la obligación de actuar que le impone el orden jurídico, es decir del mandato que nace de su posición de garante. El error sobre la naturaleza o la amplitud de ese deber constituye un error de prohibición (*Gebotsirrtum* (art. 13, párrafo segundo)⁶⁸. En relación con las circunstancias de no culpabilidad, el análisis no tiene nada de especial.

4. *El delito de comisión culposo*. Para examinar si el agente ha actuado por culpa, se debe excluir que haya obrado dolosamente. La culpa solo se reprime cuando la ley lo prevé expresamente (art. 12, párrafo segundo)⁶⁹.

a) *La tipicidad*. Cuando el legislador prevé la represión a título de culpa, supone la ausencia de dolo: el autor no quiere dañar un bien jurídico protegido. El resultado dañoso se produce debido a un comportamiento cuya finalidad no es penalmente relevante (por ej., la madre deja una sustancia tóxica al alcance de sus hijos; estos

⁶⁸ Ver nota anterior.

⁶⁹ Ver art. 39 del C. P.

⁶⁷ No previsto expresamente.

después de haberla absorbido, caen enfermos: la intención de la madre no era provocar una enfermedad a sus hijos).

a.a) *Imputación objetiva (relación de causalidad)*. El resultado dañoso debe ser objetivamente imputable al autor. Para fundamentar esta condición se recurre al criterio de la *causalidad adecuada*: hay relación de causalidad adecuada cuando el acto es idóneo, según el curso ordinario de los hechos, para producir dicho resultado. Dos criterios ayudan a precisar esta noción:

— El criterio de la *probabilidad*, mediante el cual se intenta determinar si la producción del resultado conocido era altamente probable (grado de probabilidad confinando con la certeza);

— el criterio de *riesgo*, según el cual nos preguntamos si el comportamiento del autor ha creado el riesgo de que se produzca el resultado o ha sensiblemente aumentado este riesgo.

a.b) *Formas de culpa*. Según la doctrina, la culpa puede consistir en:

— Actuar sin darse cuenta del resultado —previsto por la ley— de sus actos (muerte: C. P., art. 106; lesión: C. P., art. 121; peligro colectivo: C. P., art. 278)⁷⁰. Se trata aquí de una *culpa inconsciente*.

— Actuar sin tener cuenta del resultado: *culpa consciente*.

a.c) *Deber de prudencia*. La comisión de una infracción culposa implica que el autor haya violado un deber de prudencia. Aunque la ley no lo diga, el deber de prudencia, implícito y fundamental, forma parte del tipo legal. Este deber se basa en el principio general que estatuye el respeto de los bienes jurídicos de los demás. Las *fuentes del deber de prudencia* son de tres clases:

— El tipo legal mismo que prevé la infracción culposa, pues presupone una norma general de prohibición (por ej.: la de matar, art. 106)⁷¹;

— las normas legales complementarias (por ej.: el Código de Tránsito, las normas sobre la construcción de edificios, la fabricación o empleo de explosivos...);

— las circunstancias concretas del caso de especie (por ej.: almacenamiento de sustancias tóxicas, manipulación de explosivos).

El *contenido del deber de prudencia* consiste ya sea en renunciar al comportamiento peligroso (p. ej.: a conducir un coche) o en tomar las medidas necesarias y adaptadas al comportamiento peligroso (por ej.: conducir respetando las reglas de la circulación).

Los *límites del deber de prudencia* están fijados por el riesgo tolerado (por ej.: implícito al hecho de conducir un coche) y por la idea de que podemos esperar (confiar) que los otros se comporten prudentemente [*Vertrauensprinzip*].

a.d) *Capacidad de respetar la prohibición*. La prohibición de atacar los bienes jurídicos del prójimo solo tiene sentido en el caso de que el autor tenga la capacidad

⁷⁰ Arts. 199, 323 y 331 y ss. del C. P.

⁷¹ Cfr. art. 323 del C. P.

de respetarla. La represión de la violación de un deber de prudencia se justifica por la voluntad de evitar se desencadene el proceso que provoca el resultado perjudicial. Esto significa que, de un lado, el resultado debe ser previsible y, de otro lado, que el autor tenga la posibilidad de conocer el desarrollo de los hechos.

a.e) *Previsibilidad del resultado*. La previsibilidad del resultado debe ser determinada de acuerdo con la capacidad personal del autor. Si este no estaba en condiciones de prever el resultado, su comportamiento será atípico. En la doctrina se sostiene también un criterio diferente: la constatación de la tipicidad debería realizarse solo teniendo en cuenta los factores objetivos que han condicionado la violación del deber de prudencia de parte del agente. Su capacidad personal para prever el resultado debería, por el contrario, tenerse en cuenta solo al momento de determinarse la responsabilidad o culpabilidad.

a.f) *Tipo legal ampliado*. La tentativa y la participación no son posibles en la medida que suponen siempre el dolo.

b) *La antijuridicidad*. Todas las circunstancias justificantes deben, en principio, ser tomadas en consideración. Sin embargo, las características propias de la culpa plantean algunos problemas especiales. Cuando se trata, por ejemplo, de una infracción de resultado o lesión, no es necesario tener en cuenta el elemento subjetivo de la circunstancia agravante (intención de proteger el bien jurídico en peligro). Por el contrario, si se trata de una infracción de pura actividad, el agente debe obrar con miras a realizar lo que la causa de justificación autoriza (cf. c.1.b.).

c) *La responsabilidad o culpabilidad*. Se debe siempre constatar la capacidad del autor, así como verificar si este ha actuado o no bajo la influencia de un error de prohibición o de circunstancias que impidan reprocharle el no haberse comportado de manera diferente.

5. *El delito de omisión culposo*. a) *La tipicidad*. El análisis debe hacerse casi de la misma manera que en el caso de las infracciones comisivas dolosas. La diferencia se da en el aspecto subjetivo de la tipicidad. La constatación de que el agente no ha actuado dolosamente deja abierta la posibilidad de que pueda haberlo hecho culposamente.

Destacamos que la culpa tiene entonces un doble carácter subsidiario: primero, en relación con el dolo y, segundo, en el sentido de que no es reprimida sino cuando la ley lo prescribe expresamente.

Considerando que la culpa constituye una imprevisión culpable, es de preguntarse en qué consiste esta imprevisión. Esta existe cuando el agente ignora la posibilidad que él tiene de intervenir o cuando ejecuta imprudentemente el acto ordenado por la norma.

b) *La antijuridicidad*. La constatación del carácter ilícito del acto se hará comprobando la existencia o la ausencia de causas de justificación. Estas son, en principio, las mismas que las tomadas en consideración con respecto a las infracciones dolosas.

c) *La responsabilidad o culpabilidad*. Cfr. *supra*, 4.c.

6. *El delito de omisión impropia culpable*. Como en el caso de la omisión simple, el aspecto esencial concierne la imprevisión culpable. Esta se relaciona, primero, con una falsa apreciación de los fundamentos del deber de actuar; segundo, con un cálculo erróneo respecto a la producción del resultado; y, tercero, con la realización imprudente del acto esperado.

D) Concurso de leyes y de delitos

Al comprobar la tipicidad de un acto, se percibe a veces que mediante su comportamiento el autor materializa diversos tipos legales o varias veces el mismo tipo legal. Sucede, igualmente, que comete diversas acciones que se adecúan al mismo o a distintos tipos legales. Este último caso es designado con el nombre de *concurso real de delitos* [*Zusammentreffen von strafbaren Handlungen*]: el agente comete, separadamente, dos homicidios o un hurto y una violación. El art. 50 del nuevo Código lo define diciendo: "varios hechos punibles que deben considerarse como otros tantos delitos independientes"⁷². Al primer caso se le denomina *concurso ideal* [*Zusammentreffen von Strafbestimmungen*]: mediante una sola acción (materialmente una sola, o varias que constituyen normativamente una unidad) el agente roba, daña el patrimonio y viola el domicilio de una persona. Esto supone que su comportamiento no sea comprendido plenamente por una sola disposición legal. En el art. 48, se regula este concurso: "varias disposiciones son aplicables al mismo hecho"⁷³. En ambos casos se aplicará al autor la disposición que prevea la pena más grave.

Se habla, por último, de *concurso aparente de leyes* [*scheinbare Konkurrenz*] cuando la acción del agente parece cumplir con las exigencias de diversos tipos legales; pero, en realidad, solo una de las disposiciones debe ser aplicada por abarcar todos los aspectos delictivos de la acción (la muerte —homicidio simple— del recién nacido provocada por la madre —infanticidio— art. 110)⁷⁴.

E) Individualización de la pena

La última etapa del análisis consiste en determinar los elementos necesarios para la fijación de la pena. Esta es graduada de acuerdo con la responsabilidad del agente y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 45 y 46⁷⁵.

La individualización de la pena, en debida forma, supone el conocimiento de todos los elementos necesarios. Tratándose de ejercicios realizados con el auxilio de casos esquemáticos, el estudiante se limitará a señalar las circunstancias que puedan influir la individualización de la sanción.

BIBLIOGRAFÍA

ABASTOS, M. G.: "La enseñanza del derecho y el método de «casos»", en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, xxv, n. 1, línea 1961, págs. 3 y ss.

⁷² Parecido al art. 26 del C. P.

⁷³ No está previsto.

⁷⁴ Art. 324-1 del C. P.

⁷⁵ Véanse notas 46 y 47.

DESCHENAUX, H.: *Éléments de méthode juridique à l'intention des étudiants - L'application du droit au fait*, Fribourg, 1975.

HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin/New York, 1983.

JESCHECK, H. H.: "Anleitung zur Bearbeitung strafrechtlicher Fälle", in *Lehrbuch des Strafrechts A. T.*, 10. ed., Berlin, 1969.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: "La metodología docente en el derecho penal y la misión de la Universidad", en *El Criminalista*, t. v, Buenos Aires, 1945, págs. 68 y ss.

KERN, E.: *Guía para el tratamiento de casos en derecho penal*, Buenos Aires, 1962.

MEZGER, E.: "Guía para el tratamiento jurídico-penal de casos prácticos", en *Derecho Penal*, parte general, libro de estudio, Buenos Aires, 1958, pág. 421.

NOLL P. / M. IMPERATORI H. J. / UTZ: *Uebungen im Strafrecht*, 2e éd., Zürich, 1982.

PUECH, M.: *Les grands arrêts de la jurisprudence criminelle*, t. 5, Paris, 1976.

ROUHETTE, M.: *Indications méthodologiques relatives à la lecture d'une décision judiciaire*, polyc., Paris, nov. 1970.

ROY FREYRE, L.: "El método jurídico-penal (Guía para la solución de «casos» prácticos)", en *Derecho penal*, parte especial, t. 1, 2ª ed., Lima, 1986, págs. 499 y ss.

SOYER, J. C.: "Une méthode pour le commentaire d'arrêt", in *Revue de l'étudiant en Droit*, Paris, janvier 1973, págs. 69-73 y 102-109.

TERCIER, P.: *La recherche et la rédaction en droit suisse*, Fribourg, 1991.

TIEDEMANN, K.: *Die Zwischenprüfung im Strafrecht*, München, 1987.

WALDER, H.: "Methodische Fall-Lösung im Strafrecht", in *Revue Pénale Suisse*, 105 (1988), págs. 125-136.

EJECUCIÓN PENAL

¿Menos cárcel y más medidas alternativas?*

La vía italiana a la limitación de la cárcel, reconsiderada sobre la base de la experiencia histórica y comparada

Massimo Pavarini
Università di Bologna

0. El movimiento de reforma en Italia recurre siempre más a menudo a una argumentación que en apariencia es tan incontestable cuanto obvia, y que puede enunciarse así: ciertamente, aquello que permite “abstenerse” de la cárcel, no puede menos que favorecer un empleo más restringido de la misma cárcel; por lo tanto, “las alternativas a la pena privativa de libertad” provocan un empleo cada vez menor de la cárcel.

Pero, si con la prueba de los hechos esta argumentación se revelase falaz, ¿qué hacer entonces? Veamos algunas sugerencias.

1. Históricamente, los movimientos de reforma penitenciaria de las últimas décadas han profesado siempre una fe reduccionista, individualizando en las alternativas legales a la pena privativa de libertad la estrategia adecuada; por esto, el marco de reforma legislativa dentro del cual ellos se han orientado ha estado constituido por el de “substituir” la pena de cárcel con otra penalidad.

O sea, se busca algo “diferente de la cárcel”, pero siempre algo que sea sufrimiento legal; es decir, que sea pena. En otras palabras, el fin reduccionista de la cárcel ha sido entendido como posible de alcanzar mediante una estrategia única de alternatividad a la pena privativa de libertad, incluso fuera de una estrategia alternativa al sistema de justicia penal. Pero hay algo más: pretender cada vez “abs-

* Traducción realizada por IÑAKI RIVERA BEIRAS, revisada por ROBERTO BERGALLI.

tenerse" más de la cárcel no ha sido siempre comprendido como objetivo inconciliable con elecciones políticas y legislativas que concluían por recurrir siempre más al sistema de justicia penal. Esto es igual a decir que: menos cárcel y más justicia penal pueden convivir. "Siempre menos cárcel" se ha depreciado así, progresivamente, en "siempre más alternativas legales a la pena privativa de libertad", quedando por ello fuera de cualquier perspectiva coherente de descriminalización y de despenalización.

La cuestión que debemos proponernos es la siguiente: ¿es posible, y cómo, "abstenerse del empleo" de la cárcel únicamente por medio de las alternativas legales a la pena privativa de libertad?

En este punto conviene ponerse de acuerdo sobre un término de esta relación problemática: ¿qué se entiende por alternativas legales a la cárcel?

Por cuanto histórica y culturalmente —también distantes y diversamente disciplinadas en los ordenamientos positivos— las alternativas legales a la pena privativa de libertad pueden ser reconducidas a algunas estrategias de fondo diferentes y, a menudo, inconciliables entre sí.

En última instancia, me parece que las razones de fondo que pueden convencer de la necesidad de encontrar alternativas a la pena privativa de libertad son fundamentalmente tres.

2. Un primer conjunto de alternativas legales a la pena privativa de libertad está motivado por las necesidades vinculadas con el paradigma clásico de "pena justa".

En una perspectiva atenta a aquello que puede llamarse *economía política del sufrimiento legal*, no todos los delitos "merecen" la privación de la libertad, aunque sea temporalmente limitada. En una concepción estrictamente retributiva no todas las violaciones de la ley penal pueden ser "pagadas" con la libertad.

El complejo y encendido debate cultural de los siglos XVIII y XIX en torno a las penas pecuniarias da fe de cómo el pensamiento jurídico clásico entendiéndose a menudo como "excesivo" —y, por tanto, "injusto"— el sufrimiento de la cárcel. BECCARIA, acerca de este punto, arriesga la utopía por obtener más coherencia: todos los delitos contra la propiedad deberán ser punidos solo pecuniariamente, sin perjudicar jamás el derecho individual a la libertad personal.

De modo diferente, pero en igual medida, el debate decimonónico por la superación de las penas cortas privativas de libertad muestra más una intolerancia respecto a un criterio de justicia retributiva que a otro criterio de "utilidad sancionatoria". El sufrimiento de la cárcel, aunque como el "mínimo de los posibles", puede exceder todo límite impuesto a la debida proporcionalidad con el ilícito cometido.

Solo en segundo término es como ciertas consideraciones aceptables de prevención general pueden resistir a esta crítica: la pena privativa de libertad puede ser —antes todavía que inútil o socialmente nociva— simplemente injusta.

Algo "diferente de la cárcel" se impone por tanto, pero corresponde solo al *Príncipe* afirmarlo: el marco de la alternatividad reposa por eso en el momento de la sanción legislativa y debe prescindir de toda valoración ligada al caso concreto.

3. Es, en cambio, de distinta naturaleza el proponer la cuestión de una pena que sea más "útil" que la pena privativa de libertad. Para invocar esta vía que supone "algo mejor" que la cárcel —y no digo algo "más justo"— existen precisas razones utilitaristas.

La pena privativa de libertad —de algún modo en coincidencia con su afirmación como pena dominante en la primera mitad del siglo pasado— se revela inmediatamente como un fracaso en relación con cualquier criterio de utilidad social: no induce tanto al delincuente que haya violado la ley penal, cuanto al que todavía no lo ha hecho; frecuentemente, más que inútil se revela dañina porque favorece la reincidencia.

Algo "distinto de la cárcel" debe ser, en consecuencia, perseguido para que la pena sea socialmente más útil. Es el movimiento correccionalista, surgido de la cultura positivista, el que particularmente lleva a cabo esta estrategia de alternatividad a fines del siglo pasado y en las primeras décadas del presente; por lo tanto, se afirma que si no es siempre posible emplear un proceso de tratamiento con fines especial-preventivos, en ámbitos carcelarios se puede, en cambio, pensar en "espacios extracarcelarios". El momento de la corrección y de la disciplina se vuelca así desde el "interior" de los muros hacia "afuera" de la cárcel.

Esta estrategia de alternatividad no habría sido jamás posible, ni siquiera imaginable, si el espacio social "afuera" de la cárcel no hubiese sido progresivamente hegemonizado por instancias de disciplina social de tipo formal. En consecuencia, "fuera" de los muros de la cárcel no existe más el "vacío disciplinario". Por lo cual, solo con la imposición del Estado social, esta "salida" de la cárcel hacia lo "social" —de la disciplina intramuros a la disciplina extramuros— es tanto pensable como realizable.

Una pena que tenga contenido disciplinario y se aplique mediante modos de tratamiento "en lo" social por agencias profesionalizadas puede ser más útil a los fines de prevención especial que otra pena que, teniendo siempre contenido disciplinario, se aplique en un ámbito penitenciario. Pero, que quede claro: puede, más no necesariamente debe.

Si el *telos* es la no reincidencia, la elección de la pena más útil estará sujeta a un juicio pronóstico sobre el sujeto; es un juicio sobre el "autor". Si en el caso concreto es más útil punir con la cárcel o con otra cosa "diferente de la cárcel", eso es algo que tendrá que ver con un juicio sobre la peligrosidad; fin preventivo-especial y juicio de peligrosidad son, entonces, categorías jurídicas inseparables.

A quien corresponda decidir entre la cárcel y "algo diferente de la cárcel" —sea el juez que condena, otro juez, u otra autoridad— lo hará "apostando", si está convencido —sobre la base de valoraciones discrecionales— de que vale la pena arriesgar, ahorrando la experiencia de la cárcel, por cualquier otra cosa que, siendo siempre pena, tenga siempre un contenido disciplinario, pero que es quizá más útil y ciertamente menos aflictiva. Mas todo ello con una reserva: que cuando la "prueba" falle se deberá necesariamente recurrir a la pena privativa de la libertad.

Existe, por tanto, una dependencia funcional entre alternativas a la cárcel por necesidad de prevención especial y cárcel; el espacio de realización de algo distinto de la cárcel solo puede construirse porque existe la cárcel. La participación en la actividad especial-preventiva en espacios extramuros está en cualquier modo garantizada por una doble extorsión: bien porque la alternativa a la cárcel es más "elegible" que la cárcel, en el sentido de que es "preferible" porque produce menos sufrimiento, bien porque la espada de Damocles de "acabar" en la cárcel —o sea, donde sufre más— está siempre pendiente como una amenaza. En ausencia de estas dos condiciones, que reafirman la "centralidad" de la cárcel, no hay alternativa a esta por razones de prevención-especial.

4. La elección de poner en práctica algunas alternativas a la cárcel por necesidades de gobierno de la misma institución, es de naturaleza aún diferente.

Las exigencias de gobierno de la cárcel —como de cualquier otra "institución total"— encuentran una adecuada satisfacción en la conocida lógica de "premios y castigos". El orden en las instituciones penitenciarias se garantiza mediante la promesa/amenaza de modular la intensidad del sufrimiento en razón de la conducta del detenido "dentro" de los muros.

Reducir la aflicción —sea acortando el tiempo de pena, sea convirtiendo este o parte de este en modalidades punitivas más ligeras— puede abrir el camino a formas de "sufrir" la pena de cárcel en espacios fuera de los muros.

Llamar a estas modalidades de tratamiento carcelario extramuros "medidas alternativas a la pena privativa de libertad", es absolutamente falso; ellas serán siempre penas carcelarias aun cuando sean sufridas, en parte, fuera de aquellos muros. El espacio de su funcionalidad es, en consecuencia, aquel que ha de insertarse en una lógica "premio" por razones "internas" a la cárcel.

Regularmente, es la misma autoridad administrativa prevista para el gobierno de la cárcel la que decide quién merece el "premio" de reducción del sufrimiento; y, aunque esta tarea sea asumida por otra autoridad, queda claro el hecho —que de ninguna manera puede olvidarse— de que quien juzga "en substancia" la conducta observada en la cárcel, no puede ser otro que quien gobierna la propia institución.

5. Cada uno de los modelos propuestos —aunque por razones diversas de justicia, utilidad y disciplina— individualiza algunas "salidas" legales a la necesidad de la pena privativa de libertad. Cada modelo tiene su estrategia de alternativas a la cárcel.

Es diferente, en cambio, el juicio que se puede expresar sobre la idoneidad de cada una de las estrategias reduccionistas con respecto al fin de abolir la pena privativa o por lo menos de limitarla. Diferente, en suma, es el grado de eficacia de cada una de ellas respecto a la finalidad de emplear cada vez menos la cárcel.

Una vez constatado que todas las estrategias pretenden alcanzar este fin, se trata de examinar críticamente si el objetivo de emplear cada vez menos la cárcel constituye una función "manifiesta", compatible o incompatible, respecto del modelo asumido. En otras palabras, se trata de examinar si otra función "latente"

—como la de conservar la medida privativa de la libertad— no contradice esta voluntad de prescindir de la cárcel.

De un modo abstracto —esto es, absteniéndose de todo juicio concreto de eficiencia—, solo el primer sistema de alternativas en el momento de la sanción legislativa es congruente con la finalidad de emplear cada vez menos la cárcel. Es esta, en efecto, la única estrategia de alternativas que puede estar en condiciones de prescindir completamente de la cárcel misma. Solo en esta hipótesis las alternativas a la pena privativa de libertad son, en absoluto, "algo distinto" de la cárcel.

Y es esta, finalmente, la única estrategia que puede —aunque de manera radical— llevar a la abolición misma de la cárcel.

Más complejo resulta en su lugar el juicio de eficacia de una estrategia reduccionista de la cárcel por razones de utilidad especial-preventiva, respecto al fin de "efectivamente" emplear cada vez menos la cárcel. El solo hecho de que el ordenamiento italiano contemple de manera abstracta algunas medidas alternativas de aplicación discrecional, no da certeza alguna de su capacidad efectiva. Mientras tanto, la ampliación de la gama sancionadora favorece la posibilidad de castigar, "sea como fuere", cuando en ausencia de alternativas entre privación de la libertad y libertad, ciertas consideraciones de oportunidad hubieran sugerido la no punición. En suma, no es posible saber si siguiendo esta estrategia de alternativas, las alternativas a la cárcel serán aplicadas "en lugar de" la cárcel o "junto a" la cárcel. Por tanto, la pregunta es: ¿alternativas a la privación de la libertad o alternativas a la libertad?

Y, finalmente, siguiendo esta estrategia, se crea una circularidad entre cárcel y "algo diferente" de la cárcel que se torna absolutamente funcional a la permanencia de la cárcel misma. Por esta vía no se libera de la necesidad de la cárcel; al contrario: se afirma, de otra manera, su esencialidad.

En consecuencia, de alternativas a la cárcel por necesidades de gobierno de la misma cárcel no merece la pena siquiera hablar; su falta de idoneidad "ontológica" a la limitación de la cárcel está *in re ipsa*.

6. Los modelos propuestos son —no podrían ser de otro modo— simples artificios eurísticos. La realidad histórica de los sistemas penales y penitenciarios contemporáneos se aleja de aquellos por no adherir "coherentemente" a ninguno en particular. En cambio, todo sistema penal y penitenciario es dinámico, aunque sea no obstante en otro sentido, por tendencias opuestas que hacen referencia a los tres modelos en una suerte de estrategia penal y penitenciaria "diferenciada".

Aunque inconciliables en su originaria "visión de las relaciones entre autoridad y ciudadano", razones de justicia, de utilidad especial-preventiva y de gobierno de la cárcel, terminan por "convivir".

7. La elección que se manifiesta en el sistema italiano en favor de medidas alternativas a la pena privativa de libertad tuvo inicio a mediados de los años 1970; posteriormente, en unos diez años se fue radicalizando, ampliando las condiciones legales para recorrer vías alternativas, o bien introduciendo nuevas medidas alternativas.

Cualquier valoración política y científica sobre esta elección y sobre su efectividad, debe tener en cuenta algunas particularidades del sistema de justicia penal en Italia.

Este se presenta como un sistema particularmente severo en las escalas sancionadoras, como reflejo de una codificación autoritaria propia de la década de 1930. Es, por tanto, un sistema legal con penas draconianas, inspirado en una intransigente concepción afflictivo-retributiva de la pena, en el que a la pena judicialmente merecida debe corresponderle una realmente sufrida.

Es cierto que este sistema, en los años de la democracia, ha sido repetidamente denunciado por su naturaleza "fascista", del mismo modo como se ha requerido su rápida reforma. Por razones que aquí no importan, de hecho, nuestro sistema penal no ha sido reformado; las únicas reformas que han madurado conciernen a la única fase ejecutiva de la pena (la reforma penitenciaria) y en época muy próxima a nosotros, a la reforma procesal.

La severidad y rigidez del sistema sancionador está, por tanto, atemperada o mitigada en el plano de la efectividad, tanto de la jurisprudencia —unánimemente orientada hacia los mínimos legislativos de penas, así como a la concesión casi automática tanto de la suspensión condicional como de la liberación condicional de la pena— como del poder político mismo, el cual, siguiendo en esto una constante secular en nuestro ordenamiento político, no ha escatimado en aligerar la presión represiva con reiterados remedios clemenciales de amnistías e indultos.

Debe recordarse que, frente a un sistema legal rígido y severo, nuestro sistema de justicia penal se presenta en la praxis judicial desde comienzos de 1960 como relativamente benigno, pues ha dado lugar a una población penitenciaria limitada si ella se confronta con los porcentajes de privación de libertad de otros países europeos tales como Alemania, Inglaterra y Francia, para no mencionar, obviamente, los de Estados Unidos. A mediados de 1970 la población penitenciaria era apenas superior a las veinte mil unidades, registrando de este modo el punto más bajo en los índices de encarcelamiento desde 1860.

Esta situación de hecho no impidió, a pesar de ello, la determinación de un frente reformador que, a mediados de los años 1960, reprochó justamente el atraso de nuestro sistema de justicia penal. Este fue denunciado por su naturaleza notoriamente clasista, por estar todavía impregnado de concepciones retributivas, por no adecuarse en modo alguno al precepto constitucional que requiere que la pena tienda a la resocialización y por las condiciones generales de nuestra arquitectura penitenciaria. Estas críticas fueron ulteriormente apoyadas por una cierta cultura antiautoritaria de aquellos años y por aquella propiamente más anti-institucional (particularmente fuerte en Italia) que verificará su apogeo en el movimiento de la antisiquiatría.

Queremos decir con esto que hacia 1970 se manifestó en Italia una particular situación que se puede describir como de aparición de un movimiento progresista que por razones complejas no llegó a traducir su propio impulso innovador en una reforma del sistema penal; al mismo tiempo, este movimiento encontró como única y posible válvula de escape la reforma penitenciaria.

El momento de la ejecución penal viene así "cargado" políticamente de muchas instancias que hubieran debido encontrar una satisfacción más idónea en una reforma total del sistema penal, lo cual determinó en algunos aspectos una suerte de rechazo de la fase ejecutiva respecto de la legislativa y la judicial. Ello así, por lo menos, desde un punto de vista ideológico.

El camino emprendido para introducir vías alternativas a la pena privativa de libertad en fase ejecutiva, sobre un modelo por tanto de características alternativas de ejecución carcelaria, termina por atribuir a la ejecución penal una fuerte autonomía, haciendo de hecho con esta un tipo de cuarto grado de la jurisdicción donde el condenado puede ahora, casi siempre, ver reconsiderada su propia situación en función de valoraciones especial-preventivas o, más simplemente, disciplinarias.

8. La instauración de la flexibilidad de la pena en fase de ejecución, ampliada cada vez más —tanto que ya ahora la pena "merecida" por el delito es puramente virtual respecto a la que es realmente sufrida por valoraciones que atañen a la "persona" del condenado— acaba por satisfacer exigencias diversas.

En particular, parece que la estructuración atípicamente bifásica de la pena recibe en Italia una orientación siempre más claramente simbólica en su determinación legislativa y judicial. De esta forma parece permitir, en cambio, que en la fase ejecutiva puedan expresarse consideraciones "substancialistas" u "oportunistas", conectadas tanto con la peligrosidad cuanto con la necesidad administrativa de gobierno de la cárcel misma.

El tema central de la limitación de la cárcel y de la idoneidad del sistema de medidas alternativas en fase ejecutiva que persigue estos fines, debe ser considerado también en el aspecto interno de la situación que se determina, puesto que es cierto que el *input* carcelario ha aumentado al mismo tiempo. Poco importa en esta sede aclarar en qué medida el incremento de los procesos de criminalización sean imputables a razones señaladas de prevención-general "integradora", o bien a la difusión de algunas masivas ilegalidades, o a cualesquiera otras circunstancias. Ciertamente es que siempre más agua termina en el contenedor cárcel, y más cierto aún que este puede vaciarse mediante vías alternativas.

Desde mediados de 1970 los índices de encarcelamiento comenzaron a aumentar constantemente, siendo tan solo "frenados" momentáneamente por amnistías e indultos.

Sobre el plano de la efectividad es fácil, entonces, definir como un fracaso la elección de las alternativas en fase ejecutiva respecto a los fines de limitación de la cárcel, o bien reconocer —en términos científicamente más correctos— cómo es que los porcentajes de encarcelamiento se revelan insensibles también en este caso, en el sentido de ser relativamente autónomos respecto de las disciplinas legales.

Por lo tanto, queda la paradójica circunstancia de un incremento constante en los porcentajes de encarcelamiento en el mismo momento de la introducción de vías alternativas a la pena privativa en fase ejecutiva. Como la tesis no puede nunca ser comprobada empíricamente, de cualquier modo es razonable sospechar

que algunas modalidades de alternativas a la pena privativa de libertad se han mostrado en los hechos como alternativas a la libertad misma, ofreciendo una gama sancionadora más articulada de limitaciones de la libertad, comprendidas entre la libertad y la privación de la libertad.

Otra consideración crítica concierne a la naturaleza misma de las vías alternativas en fase ejecutiva, respecto a aquellas que son propias de las fases legislativa y judicial; con la sola exclusión de las hipótesis de entrega bajo prueba, de cualquier modo "particulares" (porque el condenado es drogodependiente, o bien porque ha sufrido un período de prisión preventiva, o ya porque es posible formular un juicio pronóstico favorable sin observación en una institución) y de la admisión al régimen de semilibertad para penas inferiores a seis meses, todas las medidas alternativas contempladas en nuestro ordenamiento son "penitenciarias", es decir, presuponen el estado de detención y en todo caso una prueba de cárcel. De modo tal que también desde un punto de vista jurídico aquellas medidas deben ser consideradas no tanto como modalidades alternativas a la cárcel cuanto como modalidades alternativas de tratamiento, aunque siempre penitenciario.

Esta observación no es solo nominal; ella también encara la sustancia: la elección practicada en nuestro sistema no es, por tanto, la de ahorrar a algunos la experiencia de la cárcel, sino más bien la de aliviar en parte esta experiencia consintiendo su contracción temporal, o bien su ejecución parcialmente extramuros.

Si esta elección es obviamente bastante poco relevante por lo que concierne a los efectos limitadores de la cárcel es, por el contrario, particularmente significativa para la gobernabilidad misma de la institución carcelaria; permite efectivamente utilizar vías de alternatividad en una lógica premial para finalidades disciplinarias internas de la cárcel. Poder disfrutar de medidas alternativas es, en consecuencia, un "premio", tal como su no disfrute representa un "castigo".

Más aún: permitir que la pena merecida pueda ser después reconsiderada en fase ejecutiva, en cuanto a su duración e intensidad, significa enriquecer la pena misma con una ulterior ductilidad funcional; en este sentido, ella pierde sus características originales de abstracción e igualdad, para volverse siempre más desigual en cuanto particular. En consecuencia, y por necesidad, se desarrolla "hacia lo bajo" un amplio poder decisorio de naturaleza administrativa para gobernar la complejidad del sistema penal y penitenciario, aun cuando el mismo esté bajo control jurisdiccional. Y si esto ciertamente responde a las nuevas exigencias funcionales del sistema penal, la finalidad de "limitar" la cárcel resulta por ello solo eventual y, de cualquier manera, no esencial.

Estas nos parecen las razones principales por las cuales es científicamente erróneo querer tematizar la existencia de una relación causal entre vías alternativas a la pena privativa de libertad en fase ejecutiva y procesos de limitación de la cárcel. Debería argumentarse, de forma diferente, si la cuestión fuera propuesta en términos de legitimación; en este caso, es indudable que la elección de política criminal en favor de medidas alternativas en fase ejecutiva ha estado también justificada por la finalidad de limitación de la cárcel.

9. La tesis anteriormente sostenida no niega que la finalidad de "abstenerse del uso de la cárcel" pueda también realizarse, aunque por razones diversas, mediante la oferta de emplear ciertas alternativas en la fase ejecutiva. La cuestión, por tanto, es la siguiente: ¿qué es lo que ha impedido que este plausible efecto no se cumpla efectivamente?

Este interrogante puede formularse utilizando el siguiente ejemplo: normalmente, sobre diez detenidos y/o condenados que pueden disfrutar de vías alternativas porque reúnen las condiciones legales requeridas, de hecho solo tres las pueden disfrutar; entonces: ¿por qué se da esta relación de tres a diez?

El dato ofrecido corresponde a la realidad, aunque sea por aproximación. Resulta por tanto evidente que no debemos confiar, en consecuencia, en una ulterior reforma legislativa. Ello no podría, efectivamente, alterar de forma sensible los términos de la relación entre cárcel y medidas alternativas en fase ejecutiva. Está claro, por consiguiente, que la responsabilidad de esta situación de fracaso debe ser imputada a otras responsabilidades.

En una apretada síntesis, la hipótesis que nos convence puede ser así resumida: las "salidas" legales de la cárcel "hacia lo social", a través de las vías alternativas, actúan de forma tan improductiva debido a que la primera condición de este proceso osmótico no se ha verificado todavía; es decir, no se han producido las condiciones materiales de realización para que este proceso desde "dentro" hacia "afuera" pueda darse, en el sentido de que la cárcel permanece siendo todavía algo "diferente" y contrapuesto a la sociedad civil.

Más concretamente: el proceso que va desde "dentro" hacia "afuera" puede realizarse plenamente solo y a condición de que las razones por las cuales se castiga con la pena privativa de libertad, y las razones por las cuales se renuncie a ella en favor de modalidades punitivas no custodiales, encuentren terreno de compatibilidad funcional. Y este terreno de intercambio funcional —que podemos definir como delegación disciplinaria— no lo puede ciertamente imponer la ley. Para mayor claridad de la exposición partamos de la situación actual, donde el contenido de esta delegación disciplinaria no ha sido aún explicado y asumido.

¿Qué es lo que ocurre? Es que las razones que habíamos definido como las de "adentro" no se fían de las razones de lo de "afuera". Por tanto, los criterios de selectividad que preceden a la individualización de aquellos sujetos que pueden ser admitidos en los circuitos de alternatividad terminan por construirse:

- a) Por razones premiales internas con finalidades de disciplina carcelaria.
- b) Por razones de indulgencia respecto de los sujetos de quienes se puede confiar de manera real —en ausencia de asumir responsabilidades disciplinarias en el "exterior"— (la antigua pero nunca abandonada categoría de la peligrosidad); no obstante, este es un dato ya evidente y bien estudiado por la sociología que aquellos de quienes se puede confiar son los más "ricos" personalmente en recursos sociales externos (familia, educación, trabajo, etc.).

En el estado actual de la situación podemos afirmar, entonces, cómo es que los criterios de selectividad para gozar de vías alternativas reproducen, cuando no

amplifican, los mismos criterios de selectividad empleados en la definición de la clientela carcelaria, es decir, aquellos que producen marginación social. Los criterios de selectividad podrán ser más o menos rígidos, o bien podrán también ser de signo inverso a los hoy dominantes en función no obstante de condiciones extrañas al sistema penal-penitenciario. Estas son, en cambio, inmediatamente culturales y sociales e, indirectamente, políticas.

Por consiguiente, las razones de esta limitada aplicación de vías alternativas a la cárcel en una perspectiva de restricción de la misma se individualizan, en primer lugar, en las resistencias culturales que la sociedad misma contrapone a este proceso y en los modos y formas a través de los cuales esta resistencia se traduce. Esto ocurre unas veces respecto de la orientación de política penitenciaria de quien está llamado a conceder las medidas alternativas; otras veces, sobre las políticas sociales de los servicios asistenciales que han de manifestarse en la asunción a su cargo de quien es admitido al goce de vías alternativas.

Ciertamente, en esta diferente perspectiva los años transcurridos desde 1975 —año en el que por primera vez fueron introducidas medidas alternativas en fase ejecutiva en nuestro ordenamiento penal-penitenciario hasta hoy— han sido lamentablemente marcados por una “cultura de la emergencia”, de la que aún no nos hemos liberado (primero contra el terrorismo, posteriormente respecto de la criminalidad de signo mafioso y, por último, en relación con la criminalidad difundida en la ciudad y comprometida frecuentemente con la toxicodependencia).

Esta “cultura de la emergencia”, que se construye y legitima como respuesta a un malestar social difuso, de hecho ha llevado a orientar la acción política en un sentido inverso a una disminución del umbral represivo. En una situación así determinada, el espacio de realización de políticas limitadoras de la cárcel está objetivamente restringido.

La condena de ejecución condicional en la jurisprudencia nacional*

Alfonso Cadavid Q.**

El subrogado de la condena de ejecución condicional ha estado íntimamente ligado, en su génesis y evolución, al desarrollo que en sus funciones y forma de ejecución ha sufrido la prisión y, con ella, la pena privativa de la libertad. El especial interés que en medidas como la que nos ocupará han tenido diversas corrientes criminológicas y de política criminal, dentro de un marco en el que se dan unas condiciones sociales impensables, o al menos irrealizables en países como el nuestro, donde el poder reclama e impone unas condiciones de ejercicio violento, ha posibilitado que en Europa Occidental la pena privativa de la libertad vaya cediendo en su papel principalísimo de la ejecución penal, en favor de instituciones como los llamados “días multa”, el trabajo no remunerado en obras de beneficio social y los distintos subrogados penales, por ejemplo.

Frente a tal situación, vemos cómo el Código Penal colombiano prevé como penas principales únicamente la prisión, el arresto y la multa (art. 41); con un régimen amplísimo para las penas accesorias, al parecer no sujetas al principio de legalidad (art. 52, parte final), régimen este en el cual no existe coherencia (así, mientras que el art. 52 dispone que la imposición de pena de prisión “implica las accesorias

* El presente escrito es una reelaboración del trabajo de tesis, en uno de sus apartes, que para optar al título de abogado fue presentado por el autor. El hecho de no exponerlo desde la perspectiva que abre su análisis dentro de un cuerpo más amplio, constituye el motivo para el planteamiento previo de algunas ideas que permitirán comprender la postura teórica que sirve de base a lo que de una u otra forma no será más que un repaso por los distintos pronunciamientos que fundamentalmente ha efectuado nuestro máximo tribunal de justicia en lo penal.

** Profesor auxiliar, área penal, facultad de derecho U. P. B.

de interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal”, la aludida pena accesoria parece adquirir autonomía y carácter principal en algunos artículos tales como el 135, el 136 y el 146, entre otros).

El repaso que hacemos ahora de algunas providencias, pretende señalar o poner de manifiesto cuál ha sido el manejo que del subrogado ya referido ha efectuado la jurisprudencia nacional.

En este punto debe aclararse que la Corte Suprema de Justicia inició sus pronunciamientos en torno al tema objeto de este trabajo tan solo en vigencia del estatuto procesal penal de 1938, pues la regulación previa correspondió a la ley 83 de 1930, que en su art. 22 fijó unos márgenes demasiado estrechos, especialmente en lo relacionado con el *quantum* de la pena que sería suspendida. Dicha disposición se refirió a las “penas de multa, o de arresto y prisión que no excedan de dos meses”, y exigía a continuación una serie amplia de condiciones para proceder al otorgamiento de lo que allí se llamó “suspensión de la ejecución de la pena”.

Este repaso se hará teniendo en cuenta algunos de los diferentes temas tratados por nuestras corporaciones judiciales, básicamente la Corte Suprema de Justicia.

1. EL SUBROGADO NO IMPLICA UNA DECLARACIÓN DE ABSOLUCIÓN DEL SUJETO

Este aspecto, indiscutible, lo señaló la Corte en providencia de 31 de mayo de 1955, con ponencia de RICARDO JORDÁN J¹. No obstante en el mismo fallo, algunos renglones más adelante, sostuvo una postura totalmente discutible, al señalar que

“Ella y la libertad vigilada son *dispositivos transformadores de sanciones en medidas de seguridad* y de ese beneficio gozan quienes merezcan el crédito que la ley les abre, una vez comprobado el delito y en vista de los factores que concurrieron en el mismo y en la persona del responsable”².

De esta manera se asimiló el subrogado a las medidas previstas en los arts. 61 a 74 del C. P. de 1936, reservadas a quienes al cometer el hecho se hallaran en estado de “enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquiera otra sustancia”; o padecieran grave anomalía psíquica (art. 29); o fueran menores de diez y ocho años (art. 30 del mismo estatuto).

Esta postura aparentemente carente de trascendencia, y recogida contemporáneamente por MARTÍNEZ LÓPEZ, vigente el C. P. de 1980³, puede abrir espacio a la doctrina que equipara al delincuente con un incapaz, cuya tutela ha de ser asumida por el Estado, extendiendo aún más el ámbito de custodia que sobre el sujeto, en virtud del otorgamiento del subrogado, ha previsto la ley.

¹ “G. J.”, t. LXXX, pág. 520.

² Ibid. Sin resaltar en el texto.

³ ANTONIO J. MARTÍNEZ LÓPEZ, *Estatutos penales colombianos*, parte general, 1ª ed., Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1986, pág. 159.

Dicha concepción, viable desde la perspectiva de quienes aparentemente sobre una base liberal defienden el intervencionismo de Estado, tiende a legitimar una participación cada vez más activa del aparato estatal en la vida del individuo; lo cual se lleva a cabo de una manera menos sutil y acabada en los países que ZAFFARONI llamaría de “nuestro margen”.

2. NATURALEZA JURÍDICA

Esta cuestión de superlativa importancia, tradicionalmente desatendida por la doctrina, ha merecido algunos pronunciamientos del máximo tribunal de justicia en lo penal.

La respuesta que se dé a esta cuestión dilucidará en gran parte la posibilidad de estructurar coherentemente la sistemática del subrogado que se estudia. Empero, esta situación no ha sido debidamente percibida.

Al respecto, la Corte no ha asumido una postura uniforme. En fallo reiteradamente referenciado por la doctrina, sostuvo:

“la condena condicional es una *gracia especialísima*. Ello quiere decir que este beneficio no puede concederse sino en casos excepcionales como se deduce del mismo texto del artículo 80, que apenas otorga una facultad potestativa al juez para suspender la ejecución de la sentencia cuando se reúnen las exigencias legales que ese mismo artículo determina”⁴.

Esta actitud y los argumentos en los cuales se ha asentado, ha sido fundamental a efectos de reforzar la idea de la necesidad de aplicar al mínimo la institución. Concebirla como una gracia, equiparándola casi a una exención de pena, perdiendo de vista que es en realidad una forma de punición de la conducta delictiva, alternativa a la pena privativa de la libertad (y posiblemente a la multa), fuerza a crear y abogar por la idea que señala que en frente al “enemigo social” debe actuarse con severidad a efectos de disuadir a otros potenciales delincuentes de sus propósitos de delinquir, y mostrarse ante los ciudadanos, ante el Estado, como un ente actuante contra el mal.

Esta actitud fue retomada por la Corte en providencia de marzo 3 de 1961, con ponencia de PRIMITIVO VERGARA:

“La condena condicional es una *gracia especialísima*, no otorgable por tanto a individuos como los procesados, en quienes no se nota otros atributos que la conducta contradictoria y maliciosa observada a través del expediente y su ánimo obstinado de engañar a la justicia... El tribunal encontró, por lo tanto, que los motivos determinantes y la naturaleza y modal-

⁴ “G. J.”, t. LXX, pág. 109. M. P. Ángel M. Vásquez A.

dades del hecho delictuoso se inspiraron en la codicia y el afán de ganancia de los acusados a costa del patrimonio ajeno, lo cual no le dio la convicción de que estos no son peligrosos para la sociedad y que no volverán a delinquir"⁵

El fallo parcialmente transcrito y que viene a reforzar lo enunciado a propósito de la providencia anterior, permite observar la manera como se acude al expediente de la peligrosidad del agente o de su delito, todavía hoy no superado, para negar la concesión del subrogado. Lo anterior, porque difícilmente se encontrará un delito contra el patrimonio económico carente del elemento "codicia"; siendo además el engaño a terceros, afirmando la calidad de propietario, mecanismo no inusual en el delito de estafa y que no parece especialmente desvalorable.

Tradicionalmente la judicatura y el legislador han intentado recortar el alcance de la figura respecto de los delitos especialmente desvalorados en el momento histórico concreto. En 1961 algunos delitos contra el patrimonio económico engrosarían dicho grupo; modernamente, el narcotráfico entre otros.

También se le asignó carácter de gracia en fallo de julio 28 de 19536.

Por completo distinta fue la posición asumida en agosto 19 de 1987, cuando la Corte le otorgó el carácter de derecho a la condena de ejecución condicional. No obstante, esta resultó ser una actitud aislada, vigente el Código de 1980, esta última posibilidad referenciada fue continuamente rebatida. El texto del fallo mencionado dice en sus apartes principales:

"Con esa consideración de que la medida alternativa forma parte de la pena, y que su razón de ser es contribuir a la mejora del infractor (prevención especial) y a la protección de los asociados (prevención general y por tanto de interés público), resulta fácil entender por qué el otorgamiento del subrogado no está sujeto a la mera liberalidad del juzgador y entonces este debe concederlo siempre que la realidad procesal materialice la hipótesis de la norma legal que lo regula. Es igualmente obvio que este cotejo entre el haz probatorio y la ley correspondiente, ha de quedar debidamente motivado en la sentencia,...

En el sentido expuesto (elementos de juicio objetivos que no contradigan los presupuestos normativos) es que puede sostenerse que el sustituto penal es un derecho (no "gracia", "beneficio", ni cualquiera otra expresión sinónima); y porque lo es, su desconocimiento puede ser aducido en sede de casación como agravio a la legalidad"⁷

⁵ "G. J.", t. XCV, pág. 138.

⁶ "G. J.", t. LXXV, pág. 718. M. P. Luis Gutiérrez J.

⁷ "G. J.", t. CLXXXIX, vol. II, págs. 148-149. M. P. Guillermo Duque Ruiz, sin resaltar en el texto.

Este fue tal vez el primer pronunciamiento de la Corte que señaló la necesidad de conferir a la figura el carácter de derecho. Y lo hizo de una manera muy interesante: relacionando los señalados como fines de la pena con la situación personal del sujeto pasivo de la misma; y resaltando la posibilidad de ver cumplidos los fines de prevención ya general, ya especial, con el otorgamiento del subrogado.

Por dicha vía, la amplitud de criterio del juez se ve restringida severamente para analizar las circunstancias que, prácticamente indefinidas, señala el art. 68 del C. P.: la personalidad del agente, la naturaleza y modalidades del hecho.

Esta postura, sin embargo, como se afirmó, tuvo carácter insular frente a una doctrina y una jurisprudencia que casi al unísono han señalado que la expresión *podrá* del artículo últimamente citado confiere al juez una facultad, sin que esté de ninguna forma compelido a adoptar la postura favorable al otorgamiento del subrogado.

Así, prontamente recogió la Corte esta postura para volver a la anterior, al abogar por un manejo lo más limitado posible del subrogado:

"...el que siempre se conceda la condena condicional (sic.) propósito totalmente ajeno al legislador y que lejos de estimular, en épocas tan aciagas como las que se viven, la reducción del delito, repercutiría en un aumento del mismo, por la blanda respuesta del mecanismo punitivo... La situación tal vez sea otra: que la justicia debe dar a entender que mientras ella no obtenga una fehaciente demostración de los requisitos para otorgar la condena condicional, la pena impuesta debe purgarse de manera efectiva"⁸.

Este texto bien puede entenderse como el planteamiento de que solo cabe responder a la delincuencia con represión, haciendo por completo abstracción de la capacidad reproductora de violencia implícita en la respuesta represiva y de la constante demostración de insuficiencia de los mecanismos institucionales tradicionales para resolver el conflicto que plantea el delito. Este fallo ha sido especialmente importante por lo recurrido en la doctrina para abogar por una limitación al máximo de la aplicación del subrogado, el que se ha señalado como factor de impunidad. Para sostener esto se acude al argumento de la falta de adecuados mecanismos con los cuales hacer efectiva la vigilancia sobre el condenado durante el "período de prueba", por lo que la única respuesta eficaz ante el crimen proviene del internamiento en prisión.

Dichas aseveraciones empero, son mendaces. No se ha carecido de mecanismos con los cuales hacer real la vigilancia sobre el condenado; por el contrario, los juzgados han sido renuentes a hacer concreta la vigilancia periódica, por ejemplo, mediante el régimen de visitas del sujeto ante el despacho, efectivamente controlado, por lo dilatado y difícil que les resulta. Y basa acudir a las conclusiones de la

⁸ *Jurisprudencia y doctrina*, t. XVII, núm. 199, julio 1988, Bogotá, Edit. Legis, pág. 556. M. P. Gustavo Gómez V.

criminología contemporánea, no solo en su corriente crítica, para observar cómo la prisión produce más conflictos de los que resuelve (salvo posturas como la del nuevo realismo norteamericano).

La respuesta a este cúmulo de incoherencias, o, tal vez mejor, su explicación, se encuentra en la imposibilidad de prescindir de la violencia en la reacción institucional, no solo por las representaciones que puede generar, sino por su idoneidad en el mantenimiento del actual estado de cosas.

Frente a los argumentos expresados unas líneas atrás, el art. 522 del decreto 2700 de 1991, al conferir al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad competencia para revocar los subrogados penales, implícitamente le encomienda vigilar el cumplimiento de las obligaciones que en virtud de los propios subrogados se imponen.

3. MOMENTO PROCESAL PARA EL OTORGAMIENTO

En lo atinente a este punto, la cuestión se presentó especialmente problemática a partir de la providencia de la Corte de octubre 22 de 1980, cuya ponencia estuvo a cargo de GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ⁹.

Antes de ese momento no se había producido discusión alguna. En junio 26 de 1951, con ponencia de AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, sostuvo la Corte que el momento procesal oportuno para el pronunciamiento sobre la procedencia del otorgamiento de la condena de ejecución condicional era aquel en que se profería la sentencia¹⁰.

En dicha ocasión señaló la corporación que al otorgar el subrogado el proceso termina de una manera especial, lo cual parece discutible: el proceso culmina de manera normal, es decir termina, por el proferimiento de sentencia.

No se ve claro a qué se refería la Corte al hablar de una forma especial de terminación del proceso.

La misma actitud asumió varios años después, referente a la oportunidad al momento de dictar sentencia, en fallo de julio 9 de 1986, cuando señaló que, proferida dicha providencia y denegado por ella el "beneficio", solo quedaba una posibilidad para que el sujeto resultara cobijado por los efectos del mismo: la expedición de una nueva disposición que extendiera el alcance de la figura a quienes antes habían sido excluidos de ella¹¹.

En 1980 se suscitó la discusión en razón de lo dispuesto por el art. 453, 5 del C. de P. P. de 1971, que posibilitaba conceder la libertad provisional "cuando llegada la oportunidad de calificar el mérito del sumario aparezcan que son aplicables conforme a la ley la condena condicional o el perdón judicial". La cuestión no

parecía de difícil solución, siguiendo el criterio del tribunal: el análisis debía distinguir la condena condicional como "subrogado propiamente dicho" y como "factor anticipado que refleja su efecto en la excarcelación".

El problema fue planteado por REYES ECHANDÍA en salvamento de voto, al cuestionar si dictada y en firme la sentencia resultaba (y resulta hoy) posible otorgar el subrogado.

Tradicionalmente se ha dicho que conceder el "beneficio" con posterioridad a la sentencia constituye flagrante atentado a la cosa juzgada; y que la ley se refiere solo a la sentencia, sin mencionar acto procesal distinto. Respecto a lo primero, REYES, defensor de la tesis que confiere al subrogado el carácter de causal de extinción en concreto de la punibilidad, tesis bastante discutible, destacó cómo una serie de medidas concretadas en auto posterior a la sentencia, modifican la misma sin afectar la cosa juzgada, y menciona la libertad condicional y la amnistía impropia.

Respecto a lo segundo, podría señalarse que la ley en ningún caso menciona la sentencia de una manera privativa y excluyente, como momento oportuno para adoptar la decisión a que nos venimos refiriendo.

La limitación procesal al momento de la sentencia y la imposibilidad de adoptar la decisión de manera ulterior, fue atacada por los magistrados que salvaron su voto: REYES, FIORILLO y MARTÍNEZ ZUÑIGA, quien lo aclaró parcialmente actuando como conjuer.

REYES afirmó que:

"Rechazar el otorgamiento de la institución que se comenta cuando se dan sus presupuestos legales con el solo argumento de pretendida extemporaneidad es negar el reconocimiento del bien jurídico de la libertad personal a que tiene derecho el condenado con fundamento en formalismos insustanciales"¹².

Sus razonamientos atacaron también la fórmula planteada por la mayoría, de acudir al art. 311 del C. de P. C., sentencia complementaria, para "suplir renuencias conscientes u olvidos involuntarios"¹³, en lo atinente a la concesión del subrogado, aunque limitándolo al momento de la ejecutoria del fallo.

FIORILLO, a su vez, resaltó lo ajena que al proceso penal resulta dicha providencia¹⁴.

La confusión aumentaba con el art. 6° de la ley 22 de 1980, que introdujo la "suspensión de la ejecución de la pena", figura en realidad no sustancialmente distinta de la condena de ejecución condicional. Esta figura podía concederse en la sentencia o con posterioridad a ella, según previsión de la misma ley.

¹² *Excertas penales*, ed. cit., pág. 91.

¹³ *Ibid.*, pág. 74.

¹⁴ *Ibid.*, págs. 83 y 84.

⁹ *Excertas penales*, Colección Pequeño Foro, Medellín, 1981, pág. 122.

¹⁰ "G. J.", t. LXIX, pág. 794.

¹¹ C. S. de T., *Jurisprudencia penal*, segundo semestre 1986, Medellín, Ed. Jurídica de Colombia, 1987, pág. 203.

LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

Hoy debe tenerse en cuenta que la ley 22 de 1980 se encuentra derogada, por lo que el análisis debe partir de otros elementos.

Mantenemos la pretensión de asignar carácter punitivo a la medida que nos ocupa. Bien sabido es que el momento procesal oportuno para la imposición de penas es la sentencia. No obstante, debe reconocerse que el subrogado actúa de manera subsidiaria respecto de la pena privativa de la libertad, por lo que, en principio al menos, podría pensarse en la viabilidad de la concesión una vez en firme la sentencia que señaló la pena por cumplir y de la cual no se decretó suspensión, si se allegan al juez los elementos de juicio suficientes en torno a la posibilidad de concesión del subrogado.

Empero ello conduciría a sostener que, en firme la sentencia en la cual se reconoció el subrogado, podría revocarse dicha medida, no porque el sujeto incumpla las obligaciones impuestas, sino porque el fallador llega a la convicción de que la medida no debió concederse. Todo ello valiéndose de la misma argumentación en que basó la decisión propuesta previamente.

De momento pareciera que la libertad del procesado y la seguridad jurídica quedan salvaguardadas en mayor medida si se sostiene que la decisión acerca de la procedencia del subrogado debe adoptarse en la sentencia.

Sin embargo, el decreto 2700 de 1991 varía sustancialmente este estado de cosas: aunque la decisión sobre la procedencia del otorgamiento del subrogado continúa en cabeza del juez de instancia, según se desprende de los arts. 75,1 y 520, se ha conferido competencia al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad para revocar o negar los subrogados penales, con lo que se abre espacio al debate sobre estos hechos una vez en firme la sentencia que decretó la responsabilidad del procesado. Ello con una agravante: si la competencia del nuevo funcionario según el art. 522 le permite *revocar o negar* los subrogados, no estaría facultado para conceder la condena de ejecución condicional (si la libertad condicional, conforme a lo dispuesto por el art. 515 del dicho decreto 2700), cuando el condenado que ha comenzado a purgar su pena promueve el debate a través del cual desea demostrar su posibilidad de verse amparado por los más benéficos efectos de la figura prevista en el art. 68 de nuestro C. P.

Esta interpretación, sin embargo, podría matizarse pensando que quien tiene competencia para negar algo, debe tenerla también para concederlo, y que así el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad podría conceder el "beneficio" que no ha otorgado el juez de conocimiento.

4. ELEMENTOS DE JUICIO REQUERIDOS POR EL JUEZ

En torno a este aspecto la postura de la Corte ha sido casi unánime. Desde febrero 9 de 1948, comenzó a proferir afirmaciones del siguiente tenor:

"Lo que pasa es que será difícil separarse de lo resuelto por el juez de la causa, pues por más que estén especificadas las

condiciones de su otorgamiento, ellas están sujetas a su «convicción», vale decir a la prudencia y buen sentido de quien ha estado o ha bebido (sic.) estar en contacto directo con el infractor"¹⁵.

Similar fue la actitud asumida en fallo de julio 28 de 1953:

"...pero en el otorgamiento de esa gracia, la ley atribuye al juzgador una facultad muy amplia, toda vez que, en último término somete a la convicción de este la solución del problema, es decir, como dice el procurador «a algo muy íntimo y subjetivo de él que rara vez podrá desconocer la Corte en el recurso extraordinario de casación»"¹⁶.

Idéntica posición, en fallos de junio 15 de 1972¹⁷ y mayo 6 de 1987¹⁸, asumió la Corte.

Al respecto debe anotarse que la referencia a la convicción de orden subjetivo en el fallador, o a sus amplias facultades para apreciar los elementos de juicio, en lugar de invocar los criterios de la sana crítica, que es principio rector de la apreciación de la prueba (arts. 253 decreto 050/87 y 254 decreto 2700/91), ha permitido un manejo en cierta medida arbitrario del subrogado, sin superar el grado ideológico de conceptos como tratamiento penitenciario y prevención especial como función de la pena.

5. LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL EN SEDE DE CASACIÓN

En íntima relación con lo anterior, la postura adoptada ha allanado el camino para excluir de la vía de la casación la petición de concesión del subrogado.

La discusión emana de la redacción misma del art. 68 del C. P., que señala que "en la sentencia condenatoria de primera, segunda o de única instancia" puede el juez suspender la ejecución de la pena, sin incluir las sentencias proferidas en sede del recurso de casación.

La amplitud de juicio en el juzgador ha sido el argumento principal para señalar que la causal primera de casación no puede invocarse cuando considere el recurrente que procedía otorgar el recurso de casación (dicha causal se refiere a la violación de la ley sustancial).

Esta tesis fue sostenida mediante sentencias de la Corte de abril 7 de 1981, con ponencia de DANTE FIORILLO¹⁹; noviembre 18 de 1984, con ponencia de GUSTAVO

¹⁵ "G. J.", t. LXIII, pág. 870. M. P. Agustín Gómez Prada.

¹⁶ "G. J.", t. LXXV, pág. 718. M. P. Luis Gutiérrez J.

¹⁷ "G. J.", t. CXLII, pág. 362. M. P. Humberto Barrera D.

¹⁸ "G. J.", t. CLXXXIX, vol. 1, pág. 430. M. P. Gustavo Dávila Muñoz.

¹⁹ JAIRO LÓPEZ M., *Jurisprudencia penal de la corte 1981*, Bogotá, Ed. Lex, 1982.

GÓMEZ VELÁSQUEZ²⁰; y el fallo ya mencionado de mayo 6 de 1987, con ponencia del magistrado GUILLERMO DÁVILA MUÑOZ²¹, entre otros.

En fallo de junio 16 de 1989 señaló la Corte los casos en que, según la misma, procede la revisión del caso cuando se discute el asunto materia de este escrito:

“La sala en estos eventos, para introducir una modificación que afecte un pronunciamiento de esta naturaleza tiene que observar la determinación como *injusta, aberrante y desprovista de toda explicación*. Si se dan consideraciones válidas al respecto así no se lleguen a compartir íntegramente, la decisión se debe respetar y mantener”²²

En febrero 9 de 1948 venía estructurándose la sentencia con igual sentido, pero finalmente se sostuvo que la invocación expresa de ciertos aspectos en la demanda de casación —lo que no se hizo en ese caso— podría motivar la revisión de la sentencia²³.

El fallo ya referenciado de agosto de 1987²⁴ sostuvo, por el contrario, la posibilidad de recurrir en casación, en armonía con el carácter de derecho asignado al instituto en dicha providencia.

En este aspecto, la conclusión al repasar la jurisprudencia de la Corte es inquietante. La corporación ha estado a un paso de sostener que la concesión del subrogado raya en lo arbitrario y que, en virtud de ello, la sola existencia de motivación inhibe a la entidad para revisar el fallo impugnado, salvo que de bulto se presente como absurda la decisión.

El fallo que recogió la ponencia del magistrado DUQUE RUIZ, en 1987, abre una vía distinta al señalar que el otorgamiento del subrogado no constituye una mera liberalidad.

6. LOS REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DEL SUBROGADO

Este aparte busca cotejar las exigencias formuladas bajo el imperio de dos estatutos penales de filosofías en principio distintas: peligrosista el de 1936, culpabilista el de 1980, para deducir si existe la posibilidad o no de afirmar que al respecto verdaderamente ha habido una concepción distinta de la figura, como lo demanda el cambio de filosofía mencionado.

²⁰ *Jurisprudencia penal 1984*, Medellín, Ed. Jurídica de Colombia, 1985, pág. 73.

²¹ “G. J.”, t. CLXXXIX, vol. I, pág. 430.

²² *Jurisprudencia penal*, primer semestre 1989, Bogotá, Ed. Jurídica Radar, 1989, pág. 419. Sin resaltar en el texto.

²³ “G. J.”, t. LXIII, pág. 870. M. P. Agustín Gómez P.

²⁴ Cfr. nota 7.

En especial se reseñará inicialmente un extracto del fallo de la Corte Suprema de Justicia de junio 4 de 1959. El mismo se refiere a la posibilidad que abría el art. 27 del C. P. de 1936 de conceder la condena condicional a los condenados a pena de presidio que hubieran actuado en exceso de una causal de justificación; esto debido a que los condenados a presidio no podían ser favorecidos con el subrogado, salvo esta excepción:

“Y el requisito de que se trate de «casos especialmente favorables para el sindicado» a que alude el art. 27 citado, no puede entenderse como cosa distinta al acopio de las condiciones previstas en el artículo 80 del Código Penal, sobre ausencia de antecedentes delictivos en el procesado, buena conducta anterior suya y factores personales, modalidades del hecho y motivos determinantes que lo favorezcan, pues no otras consideraciones son las que permiten al juzgador decidir la ausencia de peligrosidad social en quien haya incurrido en una violación punible, ausencia de peligrosidad social que es lo que justifica y permite la aplicación de los subrogados penales”²⁵.

Supone la corte, en pleno imperio del Código positivista, que el fundamento de los subrogados penales radica en la ausencia de peligrosidad en el agente, acogiendo seguramente el criterio tradicional que imputó el origen de estas instituciones al positivismo italiano.

Una lectura detenida de dicho origen, sin embargo, indicará cómo la institución surgió bajo la influencia de la *probation* estadounidense, medida adoptada por sir MATTHEW DAVENPORT HILL, con antelación a la consolidación de la escuela positivista italiana; y se constatará además, cómo FERRI no fue por completo afecto a dichas medidas.

Ahora bien: las instituciones jurídicas permanecen, pero lo lógico es esperar que su concepción, y así su funcionalidad, varíen según el momento histórico y cultural en que se vive. Posiblemente no hubiera sido de buen recibo apartarse de dicha concepción en 1959, cuando todo el discurso jurídico del país la avalaba. Lo que resulta bastante discutible es la permanencia de dicho discurso en la actualidad.

En general, las distintas manifestaciones jurisprudenciales apuntan a la necesidad de que se cumplan íntegros los requisitos exigidos por la ley.

A) Personalidad del condenado

1. La conducta anterior. Al respecto dijo la Corte en julio 10 de 1951:

“Efectivamente, al folio citado por el tribunal, consta el pasado judicial de Rosendo Vanegas Cabra, quien ha sido sumariado en múltiples ocasiones por distintas clases de delitos.

²⁵ “G. J.”, t. XC, pág. 777. M. P. Humberto Barrera D.

De manera que el pasado judicial de este reo, no admite en manera alguna que se le conceda una gracia tan especial como la suspensión del cumplimiento de la condena, porque de ser ello así se violaría de manera flagrante el ordinal (sic.) b) del artículo 80, que exige para el otorgamiento de aquel beneficio, que la conducta anterior del procesado haya sido *siempre buena* y es apenas elemental que quien tantas veces ha comparecido ante la justicia sindicado de graves faltas penales, no puede pretender ampararse con beneficios legales que solo se otorgan a quienes no ofrezcan peligrosidad y no constituyan elementos dañinos para la sociedad²⁶.

Lo más particular de esta providencia viene dado por no figurar en el pasado judicial del imputado ninguna condena, no obstante haber comparecido en múltiples ocasiones ante los estrados judiciales. Para la Corte resultó así equiparable el hecho de producirse la absolución por no demostrarse la responsabilidad, con el hecho de ser condenado.

Este fallo puso de manifiesto la manera de ejercer el control social institucional sobre personas con la calidad de seleccionados por el sistema penal, no obstante la ausencia de condenas: sobre estos se hizo pesar la presunción de peligrosidad, acogiendo la tipología de sujetos delincuentes, confiriendo a la misma carácter casi natural.

Además hay que anotar cómo, desde el Código de 1936, nuestra jurisprudencia y la praxis judicial toda han asimilado, a la mejor manera peligrosista, la personalidad necesitada de tratamiento penitenciario con la existencia en la hoja de vida del individuo de condenas anteriores, con carácter de indicio necesario, lo que no ha hecho más que corroborar la imputación efectuada sobre la mayoría de nuestros jueces acerca de su despreocupación por lo que es la persona de quien es sometido a proceso. Dicha equiparación, considerada infalible, solo ha perpetuado un discurso violento, destructor de la personalidad, si se tienen en cuenta los efectos que sobre una persona produce el internamiento en una institución total del tipo de la cárcel.

Esto de nuevo lo resaltó la corporación al decidir la suerte de un condenado que diecisiete años antes, en 1948 (el pronunciamiento es de 1965), había sido condenado:

“Arango Villada no puede ser considerado como reincidente, pero sería ilógico y arbitrario que esa condena anterior, por ser una sola y de carácter condicional careciera de significado con respecto a la peligrosidad del reo y sin incidencia alguna en la sanción del nuevo delito cometido”²⁷.

²⁶ “G. J.”, t. LXX, pág. 110. M. P. Ángel Vásquez A.

²⁷ “G. J.”, ts. CXIII y CXIV, pág. 314. M. P. Julio Roncallo.

2. *La declaración de persona ausente.* En este sentido, varias veces ha sostenido la Corte que quien elude someterse voluntariamente a las consecuencias que ha de acarrearle el sometimiento a un proceso penal, no tiene por qué verse cobijado por los efectos de la figura a la que se viene haciendo referencia.

En fallos de marzo 12 de 1982²⁸ y agosto 9 de 1983²⁹, la posición de la Corte no fue uniforme. En el primero se afirmó de manera contundente que “*los reos ausentes no concitan este benigno tratamiento*”. En el segundo la actitud no fue igualmente terminante; empero, tampoco representó un especial avance hacia la solución contraria, puesto que el subrogado se negó debido a que la no comparecencia ante el juzgador fue voluntaria y desconocidos los motivos para ello, estableciéndose así una especie de presunción de mala fe: el desconocimiento de los motivos permite suponerlos especialmente desvalorables.

Al negar la concesión del subrogado en virtud de la no comparecencia a afrontar las consecuencias del proceso, se ha concluido que el condenado, para ser amparado por los efectos de la institución debió de todas maneras presentarse al despacho a probar sus “merecimientos”, lo que parece bastante discutible, al menos asignándole a dicha aseveración el carácter de principio incuestionable.

En lo atinente a este punto, manifestó el Tribunal Superior de Buga en providencia de la que fue ponente el magistrado LUIS F. TOCORA:

“No se le puede oponer, de otra parte, la no comparecencia del procesado ante la justicia para negarle el subrogado. El artículo 68 del Código Penal establece taxativamente unos requisitos para la evaluación de la conducencia de ese beneficio, y no hay lugar extensivamente a exigirle nuevas condiciones. Tampoco puede desconocérsele por la vía de una calificación negativa de la personalidad por la «contumacia» del procesado, pues a nadie escapa el sentimiento de temor y pánico que la acción penal produce en el ciudadano común, y más particularmente en un mozalbate que tentado por la ocasión comete un delito doméstico menor...”

“...es al Estado a quien le corresponde imponer sus penas, y no al ciudadano a quien le corresponde someterse a ellas...”

“No puede en consecuencia oponérsele al procesado su renuencia a comparecer al proceso un gravamen distinto, al que pueda ocasionarle su propia negligencia en el resultado final de él”³⁰.

Esta providencia reviste especial importancia en lo relativo al punto que se menciona en este aparte, por la distinta percepción que del *ius puniendi* envuelve;

²⁸ *Excertas penales*. Colección Pequeño Foro, Medellín, págs. 149 y 150. M. P. Gustavo Gómez.

²⁹ *Excertas penales*, segundo semestre 1983. Colección Pequeño Foro, Medellín, pág. 52. M. P. Alfonso Reyes.

³⁰ *Revista Judicial*. Órgano de publicidad del tribunal superior del distrito judicial de Buga, 1989, núm. 310, págs. 270 y 271.

y desde allí por su comprensión de que la ausencia del sindicado, aun voluntaria o intencional, no debe entenderse siempre como síntoma de una personalidad, que conforme al discurso mayoritario de la jurisprudencia, amerita tratamiento penitenciario.

3. *Condición social del agente.* La intitulación de este acápite, tal vez equívoca, pretende darle sentido al papel que socialmente desempeña el agente en el contexto social y la relevancia de dicho aspecto en la concesión del subrogado.

Para iniciar, cabe recordar que en el régimen del Código Penal no hay delitos que *per se* ameriten la negativa de otorgamiento de la figura. Si determinados delitos requieren de sujeto calificado, sin estar por ello excluidos de la posibilidad de ser cobijados por la institución, resulta un contrasentido negar tal otorgamiento en virtud, precisamente, de la condición que resultó calificar al sujeto, a efectos de hacer típica su conducta.

Tipos penales como los recogidos bajo el título del Código Penal que señala los delitos contra la administración de justicia, por ejemplo, ameritan un juicio de desvalor concretado en la pena que se señala para el evento respectivo. Invocar la calidad de funcionario judicial, requerida en algunas de las figuras como calidad del sujeto activo, para privarlo del otorgamiento del subrogado, implica imponer la privación efectiva de la libertad con criterios de prevención general, colocando a dichos funcionarios como ejemplo de lo que sucedería a quienes sean infieles a sus deberes profesionales (sin aludir obviamente en concreto al tipo vertido en el art. 175 del Código Penal).

En este punto debe señalarse algo que no ha sido muy atendido por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. A la luz del ord. 2 del art. 68 del C. P., no puede afirmarse que la mayor gravedad del resultado típico sea razón para no acceder a la concesión de este sustituto penal. Para ello está la tasación de la pena y la fijación de un límite de esta, superado el cual no puede invocarse su otorgamiento. La naturaleza y modalidades del hecho punible, como criterios limitantes de la concesión de la figura, obran en función de la necesidad de tratamiento penitenciario como criterios indicadores de dicha necesidad. No son ellos en sí mismos los que tienen la entidad suficiente para limitar la operancia de la institución.

Los dos últimos fallos proferidos por la Corte, a los que nos referimos en páginas anteriores, fueron proferidos contra jueces ausentes. Ambos negaron el otorgamiento de la figura, en atención a dichas circunstancias.

Para concluir, es importante traer a comento un fallo de octubre 22 de 1991³¹, mediante el cual la Corte resaltó el carácter de favorabilidad que para el condenado tiene la concesión de la condena de ejecución condicional, lo cual, en consonancia con el art. 31, inc. 2° de la Constitución Política, limita la competencia del superior para reformar en disfavor del condenado este sea apelante único. Esta situación que parece evidente, adquiere así un respaldo jurisprudencial importante, frente a posturas teóricas que pretenden imponer la ejecución de la pena privativa de

la libertad en aras del efecto resocializador que sobre la personalidad del condenado pueda surtir el internamiento en prisión, actitud no carente de respaldo teórico legítimamente, que pierde de vista que la pena siempre trae consigo la restricción de un derecho del sujeto, la cual se hace más intensa cuando con ella se da la privación efectiva de la libertad y no el sometimiento a la vigilancia periódica de las autoridades, pero sin privación total de la libertad. Resulta un absurdo (no carente de defensores) sostener que es conveniente aun para el condenado el internamiento en prisión, por el efecto que ello producirá en su personalidad.

Lo que hasta acá se ha expuesto no ha pretendido ser más que un repaso, con carácter sumario, por la evolución de la jurisprudencia nacional respecto a la institución referenciada. No ha tenido el alcance de una glosa extensa sobre los pronunciamientos del máximo tribunal de justicia en lo penal. La práctica profesional ante los despachos judiciales le ha permitido observar cómo el subrogado es concebido por no pocos funcionarios de manera asistemática y carente de un análisis de fondo en torno a su sentido y su filosofía. Ello, sin embargo, resulta compatible con un ejercicio violento del poder penal estatal que se resiste a renunciar a la cárcel como mecanismo principalísimo del control social, una cárcel que crea más conflictos que los que soluciona, pero que es imprescindible en una realidad social como la nuestra.

Infortunadamente, la doctrina y jurisprudencia nacionales han desatendido la ejecución penal en lo relativo a efectuar un discurso científico y socialmente consciente al respecto; no obstante ser Colombia uno de los países que más lo requiere.

Queda a la práctica judicial determinar si la afirmación de haber superado un derecho penal positivista, peligrosista, ilumina a la misma; o si, por el contrario, todo se limita a una cuestión de rótulos, de manera tal que la personalidad del agente, entendida a la manera autoritaria, sigue siendo el criterio que delimita el ámbito de aplicación de las disposiciones penales. Para evaluar lo que viene siendo la situación actual se trajeron a colación una serie de decisiones al respecto, con el propósito de proponer confrontar lo mencionado con la actuación cotidiana ante las autoridades judiciales.

Antes de concluir, resulta importante hacer referencia, de una manera diferente en cuanto a la estructura con que se viene desarrollando este escrito, a un aspecto al que se hizo ya mención, pero cuyo tratamiento doctrinal es escaso. Esta cuestión atiende a la naturaleza jurídica de la condena de ejecución condicional.

A este respecto escasos son los pronunciamientos explícitos de la doctrina, puesto que los distintos autores simplemente mencionan el carácter que piensan posee la figura, sin detenerse a justificar su dicho. De esa manera, se ha expresado que el subrogado es una forma de indulto; o una gracia. NOVOA MONREAL, por razones prácticas, fundadas en la inexistencia de los patronatos previstos en la ley chilena para vigilar la conducta del condenado durante el período de prueba, señala que la figura termina constituyendo una remisión graciosa de la pena³².

³¹ *Jurisprudencia y doctrina*, t. XX, núm. 240, Bogotá, Edit. Legis, dic. 1991, págs. 1004 y 1005. M. P. Gustavo Gómez V.

³² EDUARDO NOVOA M., *Curso de derecho penal chileno*, libro 1, t. II, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1970.

Excepcionalmente alguien le atribuye carácter de derecho³³.

También hay quienes le asignan naturaleza punitiva, como JESCHECK³⁴, MAURACH³⁵ y SOLER³⁶.

Conferir a la condena de ejecución condicional tratamiento equivalente al indulto, significa pensar que, como este, trae en sí remisión o perdón de la pena. Sin embargo, la figura que nos ocupa representa una forma de ejecución substitutiva de la pena de privación de la libertad impuesta en la sentencia condenatoria; la declaración de responsabilidad subsiste y en virtud de ella se ejecuta una pena, que en principio permitirá el no internamiento del sujeto en prisión. La pena no es suspendida, simplemente es ejecutada de manera distinta de la inicialmente prevista. Cuando se señala que al otorgarse el subrogado, que en el lenguaje corriente no significa otra cosa que sustitución o reemplazo, se está condonando la pena, se está efectuando un análisis parcial de la institución, pues se tiene en cuenta la no ejecución de la medida principal impuesta, pero no las cargas y obligaciones que son inherentes a la concesión de la medida.

Su consideración como derecho parece discutible, habida cuenta de la previsión legal, casi uniforme en los distintos estatutos penales latinoamericanos, que señala que el juez *podrá* proceder al otorgamiento de la figura, si encuentra cumplidos los requisitos previstos en la ley. Ello porque de la manera como está previsto el instituto entre nosotros, y con el perfil asignado por la jurisprudencia, resulta difícil hablar de un derecho que carece de exigibilidad frente a terceros; en este caso frente al juez. Distinta es la situación, por ejemplo en Alemania, donde las penas privativas de la libertad de duración inferior a seis meses no son ejecutadas (§ 47, I del C. P. alemán).

Ello aun con lo interesante de la aislada postura de la Corte, que asignó a la figura este carácter que se menciona y donde se planteó, además, que si existe posibilidad de recurrir la decisión desfavorable al condenado, que será obviamente la que no accede a otorgar el subrogado, ordenando hacer efectiva la privación de la libertad, porque con ello se lesionaría un bien del que es titular el condenado. Esta tesis, que parece correcta desde un punto de vista político-criminal, excede la previsión de una ley que, a efectos de control social, restringe severamente dicho posible alcance.

Más correcto es asignar carácter de pena a la condena de ejecución condicional. Aceptando que caracteriza a la pena el ser la afectación de un bien jurídico del que es titular el sujeto pasivo de ella, impuesta como consecuencia de la comisión de

un hecho punible y cumplidas las formalidades previstas para su imposición, se encontrará que estos elementos pueden predicarse de la figura que nos ocupa. La constatación de esos elementos merece atención, básicamente, en lo referente a ser afectación de un bien jurídico de que es titular el condenado, pues en los otros aspectos la cuestión no envuelve una especial dificultad.

La especial importancia que desde un análisis amplio de los mecanismos de control social presenta el subrogado penal en comento, se evidencia al observar el art. 69 del C. P., que fija una serie de obligaciones que deben imponerse al conceder el instituto. Si se mira bien, todas ellas solo buscan someter al condenado a los mecanismos informales de control social: vincularse al mercado laboral, no consumir bebidas embriagantes, informar cambios de residencia, observar buena conducta y someterse a la vigilancia de las autoridades. Ellas acarrear restricciones a la libertad del sujeto, obviamente de intensidad menor que la reclusión en una institución total (tratamiento especial amerita la obligación de pagar perjuicios, salvo demostración de imposibilidad, como condición para no revocar el subrogado).

Esta apreciación, sin embargo, no es aceptada por quienes sostienen que tales situaciones no limitan de manera alguna un bien del cual es titular el condenado, sino que son simples consecuencias de la concesión del subrogado. No obstante, esta posición limita el estudio, pues prescinde de una visión global acerca del funcionamiento de la institución.

La asignación de carácter punitivo a la figura, fuerza a considerar que su imposición ha de estar sujeta a los principios que rigen la aplicación de las penas, como la proporcionalidad. En otros aspectos, como el respeto a la dignidad humana, resulta un medio más adecuado que el internamiento en prisión, lo que debiera ser un factor decisivo para la opción por el subrogado cuando constituya alternativa viable; amén de adecuarse de manera más clara a los fines de prevención especial.

³³ ALBERTO ARTEAGA S., *Derecho penal venezolano*, parte general, 4ª ed., Caracas, U. C. V., 1986, págs. 421 y 422.

³⁴ H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, parte general, t. II, trad. de S. Mir P. y F. Muñoz C., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, pág. 1153.

³⁵ REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, t. II, trad. de J. Córdoba R., Barcelona, Edit. Ariel, 1962, pág. 509.

³⁶ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, 3ª reimpresión total, Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1956, pág. 476.

PRESENTACIÓN

La Revista Nuevo Foro Penal quiere rendir un pequeño homenaje póstumo a dos de los más importantes penalistas colombianos del presente siglo, doctores FEDERICO ESTRADA VÉLEZ y JESÚS BERNAL PINZÓN. Ellos, entre otros juristas de la misma talla, sentaron las bases de lo que es la moderna doctrina penal colombiana. Por ello hoy, como muestra de agradecimiento, dedicamos este número de nuestra Revista a la memoria de dos de nuestros más representativos penalistas.

DOCUMENTOS

Notas para una teoría de la omisión*

Federico Estrada Vélez

En la base de todo tipo delictuoso se encuentra siempre una conducta humana, regulada normativamente por la ley penal. No se concibe el delito sin un comportamiento humano, que es precisamente sobre el cual recae el juicio de reprobación jurídico-social. Los meros hechos psíquicos no constituyen conducta, en el sentido penal, no porque carezcan de importancia en el ordenamiento penal, ya que sirven siempre como elementos de valoración de una determinada personalidad, sino porque, considerados en sí mismos, es decir, no acompañados por una manifestación externa, o por una posibilidad de actuación, no pueden constituir conducta o comportamiento por virtud de la vieja máxima *cogitationis poenam nemo patitur*.

La conducta puede definirse como el modo de comportarse el individuo en relación al mundo externo que lo circunda. Se dice que cuando este comportamiento es activo, consistente en un movimiento corpóreo, en un *facere*, existe la acción; y que, cuando la conducta consiste en una inercia, en una inactividad, en un *non facere*, existe la omisión. Puede decirse que conducta y acción son términos sinónimos, cuando a la palabra acción se le da un significado genérico que comprenda tanto la acción en sentido estricto (acción positiva, actividad), cuanto la omisión (acción negativa, inactividad).

La acción en estricto sentido, o sea el "hacer positivo" ha sido bastante estudiado no solamente en la doctrina extranjera, sino también en la nacional. No ocurre otro tanto con relación a la conducta pasiva, o sea la omisión. En ninguno de los textos nacionales de derecho penal se encuentra una exposición crítica completa acerca de los innumerables problemas que en la práctica ofrece la omisión. Por lo demás, la importancia de la cuestión es innegable, si se tiene en cuenta

* Publicado originalmente en la *Revista Cátedra Jurídica*, año 1, 1956, Bogotá.

que en la dinámica de los comunes delitos culposos se encuentra casi siempre a su base una acción negativa u omisión.

Dadas la extensión y dificultad del tema, este trabajo se limitará a una exposición crítica, con carácter estrictamente divulgativo, de las más importantes teorías que tratan de explicar la naturaleza de la omisión, y al examen de algunos problemas de particular importancia, tales como el del contenido de voluntad de la conducta, el de las omisiones inconscientes, etc.

El Código Penal colombiano no define el concepto de omisión. Apenas si se limita a decir (art. 11) que "se infringe la ley penal por acción u omisión". Esta disposición, producto de la incertidumbre doctrinaria en que se hallaban los redactores del Código, presenta una aparente ventaja. Consiste ella en que, al dejar la omisión sin definir y sin siquiera marcar un criterio o pauta directriz, se quiso dejar en libertad a la doctrina para acoger la tesis que mejor encuadrara dentro de nuestra realidad político-social y dentro de la estructura del Código. Conceptualmente hablando, podría decirse que esto significa un avance en nuestra legislación. Sin embargo, aunque intrínsecamente la fórmula es bondadosa, es necesario observar que en la práctica forense es absurda y contraproducente. En primer lugar, se debe afirmar que en la doctrina extranjera el tema de la omisión se ha debatido bastante, sin que las diversas tendencias hayan logrado una tesis prevalente. Ni siquiera en países en donde el derecho penal está a la vanguardia los problemas que presenta la omisión han podido resolverse ni por la jurisprudencia ni por la doctrina, y es así como los jueces y magistrados han quedado desorientados sin saber cuál de las múltiples opiniones al respecto deben aplicar en sus fallos. En segundo lugar, y con relación a nuestro medio, es forzoso admitir que en vista de la ausencia de una doctrina elaborada de la omisión, siquiera como tema de estudio o de controversia, el problema se agudiza en forma dramática, porque a lo anterior se agrega la impreparación reinante en los círculos judiciales y la absoluta falta de interés de nuestros juristas para investigar y estudiar tema tan trascendental. Es claro entonces, que en presencia de las anteriores circunstancias, la jurisprudencia o se mueve por los fáciles caminos del empirismo anticientífico, o se debate, en el mejor de los casos, en las garras de una doctrina fluctuante y contradictoria.

Hubiera sido mucho mejor, de mayor utilidad, no que el Código hubiera definido la noción de omisión, sino que hubiera trazado por lo menos un criterio básico, una noción orientadora, sobre la cual la jurisprudencia habría podido elaborar una doctrina más o menos lógica y constante de la conducta omisiva.

Aparte de lo anterior, es necesario observar que la redacción del art. 11 carece de técnica legislativa, porque la primera parte de él debiera estar en el capítulo que trata de la responsabilidad, mientras que la segunda que concretamente se refiere a la conducta debiera estar como artículo separado en el capítulo en donde actualmente está.

Como ya se dijo, el Código colombiano no define la omisión. Por lo tanto, cualquiera de las teorías existentes sobre la materia podría encuadrar perfectamente

dentro del sistema de nuestro derecho positivo, siempre que, por otra parte, se ciña a la relativa orientación jurídico-filosófica de nuestro estatuto.

1. EL CONCEPTO NATURALISTA DE LA OMISIÓN

Arduamente ha disputado la doctrina moderna acerca de si la conducta omisiva es una realidad ontológica, o, si por el contrario, ella consiste solamente en un juicio de valor que no tiene una real existencia en el mundo fenoménico, y que, por consiguiente, no puede concebirse fuera de la norma que impone un deber de obrar, de activarse.

Sostienen los naturalistas que, aunque haya que recurrir a la norma en la elaboración de la teoría de la omisión, esta existe realmente en el mundo natural, como un dato perceptible por los sentidos, como un *quid* con vida propia al igual que la acción positiva. ALBERTO DALL'ORA, uno de los escritores modernos que con más autoridad ha estudiado el problema desde esta posición doctrinaria¹ asevera que "la constatación del *non facere* es observación de un dato de la naturaleza tanto como lo es la constatación de un *facere*. Ni las dos representaciones separadas de una realidad eventualmente contextual postulan el recurso a la norma. Si no existiera alguna ley ni norma alguna, también fuera de la juridicidad el hombre podría establecer lo que el hombre hace o no hace". Por consiguiente, la conducta estrictamente naturalístico, tal como ella se presenta en el mundo de la naturaleza. O sea, que la omisión existe en el mundo fenoménico, como dato natural. Esta comisión puede ser relevante o no para el derecho penal. La esencia de ella, lo que le da el carácter de institución jurídico-penal es la eficacia causal, y la contrariedad a una específica obligación jurídica (antijuridicidad)².

Para esta corriente doctrinaria, la omisión o conducta humana omisiva es ante todo una realidad, un dato que preexiste en el mundo natural a la valoración jurídica y que, por consiguiente, es anterior y está fuera del mundo de los valores y de toda construcción normativa. Si desde el punto de vista naturalista la conducta activa o acción en sentido estricto se concibe como una actividad, como un movimiento corpóreo voluntario destinado a producir un determinado evento, una transformación o modificación del mundo externo al sujeto, la omisión se concibe también naturalísticamente como un *no hacer*, como un *nihil*, una inactividad. Pero esta quietud corpórea, este *nihil facere* es un dato ontológico, una realidad, y "la realidad, antes de ser valorada, es ante todo realidad, y permanece tal un después de la valoración: el dolo y la culpa no solo no excluyen, sino que, al contrario, presuponen lo que con ellos se ha valorado, es decir, la acción"³. Entre los tratadistas que han adherido a esta tesis recordamos a GIUSEPPE MAGGIORE, quien afirma que

¹ ALBERTO DALL'ORA. *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, Milano, Giuffrè, 1950, pág. 13.

² ALBERTO DALL'ORA, ob. cit., pág. 122.

³ LUCIANO PETTOELLO MANTONAVI, *Il concetto ontológico del reato*, 1954, pág. 39.

“ha de considerarse como sofisticada la tesis que declara absurda toda concepción de la omisión no expresada en términos normativos”⁴; CUELLO CALÓN, quien define la omisión como la “inactividad voluntaria cuando la norma penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado”⁵, y a JUAN DEL ROSAL que dice que “la esencia de la omisión radica en ser expresión del mundo natural”⁶, y consiste en la no ejecución de la acción esperada y exigida por el ordenamiento jurídico-penal.

Pero es claro que el simple “no hacer nada” no puede constituir por sí solo una omisión. Para que la omisión tenga importancia jurídico-penal es necesario que posea eficacia causal en relación con el resultado. Es decir, que, como en la acción positiva, es necesario que exista una relación de causalidad entre la omisión y el evento producido. Naturalmente, el no hacer nada no puede generar ni crear algo, ni modificar el mundo externo, y, por consiguiente, el simple no hacer no puede producir el evento. Pero el problema se soluciona cuando se tiene en cuenta que en el mundo natural existe el estado causal, el proceso causal apto para producir el resultado, dentro del cual viene a insertarse la inactividad, la omisión, con eficacia determinante en la producción del evento. O sea que la omisión viene a adquirir la categoría de “condición”, y toda condición, en la serie causal, es suficiente para producir el resultado. En este punto los naturalistas, a pesar de su posición doctrinaria, tienen que echar mano de un recurso normativo. Porque la omisión se inserta eficazmente dentro del proceso causal solamente en virtud de una norma que imponía específicamente el deber de obrar, de activarse —mandato legal de acción—. Entonces, el omitir adquiere valor causal en consideración a una norma jurídica (algunos extienden la norma hasta comprender en ella la norma moral, la que se deriva de la costumbre, etc.) que imponía la obligación de obrar en determinado sentido. Naturalmente, si hay una obligación de obrar, obligación que puede dimanar exclusivamente de la norma, la acción que el sujeto no cumple, que omite, era no solamente esperada, sino también exigida. La no ejecución de la acción esperada y exigida que constituye la omisión se inserta en la cadena del proceso causal como una condición con eficacia suficiente para determinar el resultado (evento).

Esta es, en síntesis, la concepción naturalista de la omisión. Ella consiste, como ya se vio, en una conducta que realmente existe en el mundo natural, y que puede definirse como el *non facere quod debetur*.

2. CRÍTICA A LA CONCEPCIÓN NATURALISTA DE LA OMISIÓN

A pesar de los numerosos adeptos que tiene esta concepción, ella no puede aceptarse en sus planteamientos integrales. Es evidente que en el mundo natural existe el *nihil facere* como una realidad constatable por los sentidos. Pero es también cierto que esta inactividad considerada en sí misma, fuera del mundo deontológico,

no tiene ninguna significación, está desprovista de contenido jurídico-penal. Tan cierto es ello, que la ley no puede tomar en cuenta para signarle consecuencias jurídicas, el simple estado de quietud corporal en que pueda encontrarse un individuo. Este estado de quietud solo adquiere relieve penal por virtud de la paralela existencia de una norma que imponía el cumplimiento de una determinada acción.

Pero hay algo más: no siempre la omisión, en sentido jurídico, consiste en una inactividad, en un estado de inercia corporal. En el clásico ejemplo del niño que se queda jugando mientras debería ir a la escuela se ve mejor la cuestión. Es evidente que el niño omite ir a la escuela, y sin embargo, la omisión aquí no consiste en una inactividad, supuesto que el niño desarrollaba una actividad, ejecutaba movimientos corporales voluntarios. Solamente que por mandato de una norma debía ir a las lecciones en vez de jugar, y por virtud de esta relación normativa tiene existencia la omisión. En el ejemplo propuesto ¿cual es el dato natural, constatable por los sentidos? No precisamente una inactividad. Al contrario lo único que se puede encontrar en el comportamiento del niño es una conducta positiva, un hacer, que consiste precisamente en los movimientos corporales desplegados en el juego. De modo pues, que la tesis de que siempre se encuentra una conducta pasiva en la omisión no siempre es exacta.

Los mismos partidarios de la tesis naturalista acuden a criterios normativos para integrar su concepción. En efecto, cuando afirman que la acción no cumplida debe ser esperada o exigida, no pueden negar que este es un planteamiento estrictamente normativo, porque la acción no puede ser esperada (y exigida) sino en relación con la existencia de una norma que imponga la necesidad de obrar en determinado sentido. Fuera de la norma, de cualquier naturaleza que ella sea, no se puede concebir una conducta esperada.

La omisión no puede tener ninguna eficacia causal, fuera de la disposición legal que le asigne tal capacidad causal, porque, como ya se vio, en las omisiones el proceso o serie causal existe independientemente de la actividad humana, y la actitud del sujeto adquiere el valor de factor causal solo por virtud de la norma que expresa o tácitamente obligue al individuo a interponerse en el proceso causal para impedir el resultado que se habría cumplido independientemente de cualquier actividad del hombre. Con razón afirma VON LISZT⁷ que “solo cuando un deber jurídico obligaba a impedir el resultado, puede equipararse el hecho de no impedirlo al hecho de causarlo. Solo de la omisión contraria al derecho se siguen las circunstancias jurídicas de la acción”. La misma posición doctrinaria se advierte en MANZINI, para quien la esencia del delito omisivo está “en la inobservancia pura y simple de un deber jurídico, independientemente de aquello que sea o no derivado del mismo”⁸. Todavía más claro y enfático es MEZGER, quien dice que “lo que convierte a la omisión en verdadera omisión es la acción esperada que el autor ha

⁴ GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, pág. 351.

⁵ EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. I, 1951, pág. 314.

⁶ JUAN DEL ROSAL, *Derecho penal*, Valladolid, 1954, pág. 385.

⁷ FRANZ VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, vol. II, trad. de Jiménez de Asúa, 1927, pág. 304.

⁸ VICENZO MANZINI, *Tratado de derecho penal*, t. II, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1948, pág. 93.

omitido realizar. Porque no ha realizado esta acción que se esperaba de él es por lo que es punible, en tanto que dicha acción pueda exigírsele. Y como quiera que solo la acción esperada hace sentir la omisión en sentido jurídico, resulta totalmente correcta la idea de que la omisión solo puede ser fundamentada "desde fuera (externa, normativamente) y que, por tanto, no el omitente, sino el que juzga da realmente vida a la omisión"⁹.

Se debe concluir, entonces, que la omisión no se puede concebir como una realidad natural independiente de la norma. Ella consiste sustancialmente en un juicio de valor y por tanto, en sentido jurídico, solo existe normativamente. Sin embargo, no se puede desconocer que en la realidad natural es constatable el comportamiento humano, no como inactividad únicamente, como lo pretenden los naturalistas, sino como actitud, como actividad en unos casos, como inercia en otros. Razón tiene el maestro GRISPIGNI cuando para solucionar este grave problema de si la omisión es o no una realidad objetiva afirma que "lo que existe objetivamente, lo que constituye una realidad constatable en el mundo externo es la conducta ejecutada unas veces con movimiento corpóreo, otras como quietud, como inercia, es decir como inactividad. Al contrario, la calificación de omisión de esta conducta existe solamente en la mente del individuo que juzga. Es verdad que el juicio es un hecho subjetivo, pero en la realidad objetiva debe existir la cosa sobre la cual recae el juicio, la cual, en el caso en examen no es otra cosa que la conducta ejecutada"¹⁰.

De todo lo anterior se deduce que es imposible construir una teoría de la omisión desde el punto de vista naturalista-psicológico, y que los esfuerzos hechos por la doctrina en este sentido han sido inútiles.

3. LA CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA OMISIÓN

La mayoría de la doctrina universal está de acuerdo en que un determinado comportamiento, una conducta determinada asume la calificación de omisiva solo en relación a las exigencias impuestas por una norma de cualquier naturaleza, "porque fuera de la norma (ética, jurídica) que permite juzgar un dado comportamiento, y por consiguiente, calificarlo, la realidad naturalista es ciega"¹¹.

Un primer paso adelante en la construcción de la teoría normativa de la omisión se dio con la tesis del *aliud agere* o *aliud actum*. Esta teoría que aunque ha sido sostenida por eminentes maestros del derecho penal puede considerarse abolida o superada, hace consistir la esencia del delito omisivo en el *obrar diverso*, o en el *diverso acto*. Es decir, que el objeto de la valoración en este caso sería la diversa

⁹ EDMUNDO MEZGER, *Tratado de derecho penal*, trad. de José Arturo Rodríguez de la 2ª ed. alemana, vol. I, 1949, pág. 293.

¹⁰ FILIPPO GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, 1950, pág. 38.

¹¹ GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale*, parte generale, 1955, pág. 196.

actividad desarrollada por el sujeto en el momento en que debió desplegar la acción esperada con base en la norma. Lo que tiene relieve e importancia para el derecho no es la conducta omisiva del sujeto, sino la diversa conducta positiva ejecutada por este. Se ha objetado con sobrada razón a esta teoría que muchas veces en la omisión el sujeto permanece absolutamente inactivo, y entonces faltaría el *aliud agere*, el obrar diverso, término necesario de referencia de esta concepción. El mismo argumento se ha esgrimido contra la antigua y abandonada concepción de la omisión fundada sobre el *nihil facere*.

En la doctrina moderna domina la concepción normativa. Lo mismo en la legislación y en el ámbito jurisprudencial, a pesar de los defectos que tal tesis presenta, y a pesar de que ella no resuelve totalmente los innumerables problemas que presenta la omisión. Sin embargo, debe reconocerse que en el estado actual de los estudios jurídicos es la tesis que más extensa y exactamente aboca los problemas de la conducta omisiva. Es el maestro GRISPIGNI quien ha elaborado sistemáticamente una teoría normativa de la omisión que en ciertos aspectos parece confundirse con el *aliud agere*, pero que en realidad difiere de esta concepción. Esta es la tesis dominante en la doctrina moderna, a pesar de los ataques de los naturalistas.

Sostiene el ilustre maestro que "no es posible llegar a un concepto exacto de la omisión si no se parte del siguiente principio: *la omisión no es un concepto naturalista, sino un concepto exclusivamente normativo, es decir, que no tiene significado ni razón de ser sino en relación con una norma*. En verdad, la omisión —como tal— no tiene una existencia objetiva, es decir, que en la realidad psico-social no existe una conducta que por su naturaleza, objetivamente considerada, constituya una omisión. En la realidad objetiva se verifican inactividades, pero estas, como se dijo, no son siempre omisiones. Quien no hace nada no se puede decir que por esto omite. Y por otra parte, como se dirá adelante, también quien hace alguna cosa puede ser autor de una omisión".

La omisión, entonces, consiste en un juicio de relación, y precisamente en un juicio de contrariedad entre una conducta y una norma que imponía un comportamiento determinado. La norma con base a la cual se esperaba la conducta puede ser no solo jurídica, sino también moral o social, e inclusive puramente técnica, porque "quien quiere conseguir un fin y no cumple lo que según la técnica de aquel ramo de actividad es indicado como necesario, está en omisión". Esta norma puede ser higiénica o meramente económica, y hasta puede ser una norma gramatical o una norma de la lógica, etc. Según el pensamiento de GRISPIGNI, sin "el elemento del deber ser, aunque sea meramente instrumental, es decir de medio a fin, es imposible hablar de omisión". En verdad, continúa diciendo el maestro, quien ha creído que se puede prescindir de la norma definiendo la omisión como una conducta negativa en relación con un determinado hacer, pensando este en relación con un determinado fin (BIELING), no ha considerado que la acción no cumplida solamente puede llamarse omisión cuando resulte, respecto al fin, como *necesario*; y tal necesidad no puede resultar sino de una norma, aunque esta sea solamente lógica o técnica, norma que debe indicar la acción omitida como un medio necesario para llegar al fin"¹².

¹² FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 32.

Concebida la omisión en esta forma totalitariamente normativa no tiene ningún valor la objeción que se ha hecho de que se confunde la esencia de la omisión con el problema de la antijuridicidad. En efecto, si es verdad que en el concepto de omisión va envuelto también el concepto de contrariedad a una norma, esta norma, como ya se vio, puede ser de la más diversa naturaleza. Y de omisión en sentido jurídico se puede hablar solamente como especie de un *genus* infinitamente más vasto, que es la omisión en sentido general. En consecuencia, se puede hablar de una omisión que, aunque no es antijurídica, es contraria a las normas morales, etc. Igualmente se puede hablar de una omisión que es contraria a otros ramos del ordenamiento jurídico, y, sin duda alguna, puede no ser antijurídica en el sentido técnico-penal de la acepción. Por estas razones no es ilógico hablar de una omisión lícita, ya que por vía de excepción las omisiones pueden ser lícitas, sea por virtud de una causa de justificación que concurre a legitimar la no acción, sea porque la omisión es tal en relación con una norma cualquiera, pero no en relación con una norma de derecho.

Resumiendo se puede decir, entonces, que la concepción normativa de la omisión es plenamente legítima y que consiste esencialmente en un *non facere debetur*, es decir, en el no cumplimiento, por parte de un sujeto, de una determinada acción que era de esperarse con base en el mandato de una norma cualquiera.

A pesar de que esta construcción del maestro es esencialmente normativa, él pone en su base un elemento naturalista que consiste en la conducta ejecutada por el agente. Por lo tanto, "es necesario hacer resaltar de un lado que si la omisión es el no cumplimiento de una determinada acción, ella, sin embargo, no implica una ausencia de conducta, y ni aun, ausencia siempre de una acción. Es necesario también advertir que *no hay algún momento en la vida de un sujeto en el cual este no tenga una conducta*. Tal conducta podrá consistir en una actitud pasiva, o de quietud corpórea frente al mundo externo; pero una conducta existe siempre, y por consiguiente debe existir también en el caso de la omisión"¹³.

Aunque la omisión es un concepto normativo, se debe afirmar qué objeto de la valoración jurídica, y consiguientemente del juicio normativo, con los hechos concretos y reales de la vida social. Si la ley toma en consideración la omisión para atribuirle consecuencias jurídicas, se debe concluir que ella consiste en algo concreto, en algo que realmente existe en la vida individual y social. El objeto del juicio no puede ser la omisión porque esta es un no cumplimiento de una acción, es decir, es un hecho negativo, o, más precisamente, es la no existencia de un hecho, y de no existencia se puede hablar únicamente cuando una norma impone el deber de ejecutar una determinada acción.

Si la omisión consiste en un juicio, para encontrar el verdadero objeto de la valoración jurídica, es necesario recordar que el juicio "según la conocida definición de ARISTÓTELES, es un discurso que afirma o niega algo de alguna cosa. Por lo tanto, el juicio tiene dos términos: el sujeto y el predicado. Esto debe ser verdadero

inclusive en el argumento en cuestión. En efecto, la palabra omisión no es más que el predicado sustantivizado, mientras la cosa de la cual se afirma alguna cosa es la conducta tenida. Entonces, en su forma lógica el juicio de omisión se reconstruye así: esta conducta es omisiva. Y ya que se trata de un juicio de relación entre la conducta tenida y la conducta querida por la norma, se explica mejor así: esta conducta, en cuanto no realiza la acción querida por la norma, es omisiva"¹⁴.

En cuanto a la afirmación de ANTOLISEI de que la conducta tenida es irrelevante para el derecho, sostiene GRISPIGNI que yerran quienes esto afirman, porque en realidad lo que se imputa al sujeto es la conducta tenida en cuanto no realiza la acción que se esperaba. La conducta tenida es importante, no por lo que ella es en sí misma, sino porque no es lo que debía ser. La conducta tenida es en sí misma indiferente para el derecho. Pero ella se le puede imputar al sujeto cuando este la ha cumplido en un momento en el cual debía ejecutar una acción diversa. Así, por ejemplo, dormir es una conducta en sí misma indiferente para el derecho. Pero cuando se duerme en momentos en los cuales se debería estar despierto, la conducta cesa de ser indiferente para convertirse en reprochable a la luz del derecho, y por consiguiente, imputable al sujeto como omisión.

Omisión no es otra cosa que una abreviación de "conducta omisiva", y puede consistir en un movimiento del cuerpo, o en un estado de quietud corpórea. Por lo tanto, el concepto de omisión no puede entrar en el de acción, como pretenden algunos tratadistas. La acción consiste siempre, en todos los casos, en un movimiento del cuerpo, en un *facere*, "y no parece un argumento serio sino un chiste de gracia discutible la afirmación de que también quien no hace nada hace alguna cosa. Es vano también sostener que una persona no queda jamás inactiva; mientras no se puede decir que una persona obra cuando permanece inmóvil toda parte de su cuerpo, cuyo movimiento dependa de la voluntad del sujeto"¹⁵.

La omisión consiste siempre en una conducta diversa. Pero no es verdad que ella consista siempre en una acción diversa (*aliud agere*), porque esto ocurre solamente en algunos casos.

Como conclusión a todo lo anterior, GRISPIGNI define la omisión como "la conducta voluntaria, positiva o negativa, de un sujeto, la cual, a juicio de quien la juzga, es diversa de aquella que debía esperarse con base en una norma de cualquier naturaleza"¹⁶.

Por consiguiente, la omisión jurídica no es más que una especie de la omisión en general, caracterizada por el hecho de que la norma con base en la cual se esperaba la acción no cumplida es una norma jurídica.

4. CRÍTICA AL CONCEPTO NORMATIVO DE LA OMISIÓN

La tesis normativa de la omisión elaborada por el maestro GRISPIGNI es interesante en grado sumo. Es la mejor elaboración doctrinaria que sobre el tema se ha hecho.

¹⁴ FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 34.

¹⁵ FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 36.

¹⁶ FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 37.

¹³ FILIPPO GRISPIGNI, ob. cit., pág. 34.

Evidentemente fuera del campo normativo no es posible la construcción de una teoría sobre la conducta omisiva. No obstante, no se puede afirmar que esta construcción haya agotado la materia, ni tampoco que los múltiples problemas que surgen cuando se estudia la omisión hayan quedado todos resueltos.

Justamente se afirma que la omisión es un concepto puramente normativo, es decir un juicio de relación entre una conducta y una norma que ordenaba una acción diversa. Es verdad también que la omisión puede consistir tanto en una acción (actividad), como en una inactividad. A demostrarlo basta la consideración de los casos en los cuales el individuo omite, y no obstante tiene una conducta positiva en el sentido naturalista de la palabra.

Pero, hay que observar que en la elaboración de esta tesis GRISPIONI parte de la base de un error metodológico y doctrinario, cual es el de considerar, como lo ha hecho siempre la doctrina tradicional, que en toda acción humana se encuentra un mínimo contenido de voluntad. Es claro que el término "conducta" se entiende como una actividad o actitud voluntaria del individuo. Al menos así ha sido entendida tradicionalmente la palabra. Pero hay que reconocer que no siempre a la base de todo tipo delictuoso se encuentra una actitud voluntaria, porque en muchos de los modelos legales delictuosos tal "voluntariedad" no se encuentra por parte alguna, como ocurre, por ejemplo, en los casos de omisiones por olvido.

Por otra parte, no parece muy exacta la afirmación de que "no hay algún momento de la vida de un sujeto en el cual este no tenga una conducta". Normalmente el hecho delictuoso está constituido por una conducta externa y objetiva, sobre la cual recae el juicio de valor de la norma. Pero en muchos casos no es posible encontrar esta conducta, por lo menos como actividad consciente. Y en otros muchos casos, la conducta que se exterioriza como inactividad es totalmente involuntaria, absolutamente inconsciente. Es evidente que en el sueño, por ejemplo, que es la ausencia de toda actividad psíquica consciente, que es un estado de inercia psíquica y corpórea no se encuentra ni un sustrato voluntarístico, ni tampoco una conducta entendida como exteriorización de la personalidad psico-biológica del individuo, a menos que se deba recurrir al psicoanálisis para dar a estos estados una significación penal.

Aparece absurdo, además, el decir que la esencia de la omisión consiste en la conducta tenida en lugar de la que era legalmente obligatoria. En estas circunstancias, a la madre que deja de dar leche a su niño, mientras cocina, se le imputaría el hecho de cocinar, y no el de haber faltado a su deber de alimentar a su hijo. "Verdaderamente repugna a la lógica la idea de que, cuando la ley penal toma en consideración una conducta negativa del sujeto, pueda tener importancia la diversa conducta positiva ejecutada: como si fuera esta y no la primera la que en realidad se le pone a cargo"¹⁷. Naturalmente la acción ejecutada por el sujeto mientras omite la que se le mandaba no carece de importancia para el derecho. Pero no se la puede considerar como la conducta o aspecto material u objetivo de la omisión.

¹⁷ ALBERTO DALL'ORA, ob. cit., pág. 83.

Por eso tiene razón MARCELO GALLO¹⁸, cuando dice que "la omisión no consiste en la acción positiva que el sujeto realiza cuando se abstiene de ejecutar la que de él se esperaba; pero de otra parte, no puede decirse que la acción diversa esté privada de todo relieve para el derecho, ya que es preciso establecer que el sujeto no ha cumplido la acción debida, aun pudiendo. Y es claro que esta posibilidad se afirma solamente después de una investigación dirigida a observar las circunstancias en las cuales se ha desarrollado el comportamiento efectivamente tenido".

En las omisiones inconscientes, en la mayoría de los casos, se ve claramente la inexactitud del postulado según el cual siempre existe una conducta humana. En muchos casos sucede que es imposible encontrar el más leve movimiento corpóreo que pueda ser considerado como conducta ejecutada en lugar de la que es esperada. En otros casos se encuentra efectivamente tal movimiento, pero entre los movimientos ejecutados y la omisión de la acción no es posible encontrar ningún vínculo etiológico, y por lo tanto, la conducta tenida no tiene importancia, es indiferente y no puede ser tomada en consideración por el derecho para atribuirle consecuencias jurídicas. Piénsese en el ejemplo de ANTOLISEI, del individuo que debe cumplir la acción de entregar las armas que posee dentro de cierto término. Si el individuo olvidó entregar estas armas, se debe pensar a la infinidad de cosas que hizo durante este tiempo, en sus numerosas conductas, ninguna de las cuales puede ser considerada como causa del olvido, y consiguientemente, ninguna de ellas puede ser considerada por la ley como conducta en la omisión, ni lo pueden ser tampoco todas. En este ejemplo es evidente la imposibilidad de cumplir una investigación sobre todo lo que el individuo ha hecho durante el tiempo en el cual debía entregar o denunciar las armas en su poder.

Solamente cuando la conducta ejecutada tiene plena eficacia causal con respecto a la omisión de la conducta esperada se puede decir que la esencia del comportamiento omisivo reside en la diversa conducta tenida por el sujeto. Pero esto no sucede en todos los casos de omisión. En algunos, como ya se dijo, no existe ninguna otra conducta, existe solamente la omisión, el no cumplimiento de la acción esperada, el cual se puede atribuir a un defecto en la esfera emotiva o afectivo-intelectiva del sujeto. En estos casos, evidentemente no existe una conducta naturalísticamente entendida, y la omisión no puede presentarse como un comportamiento diverso, sino como un acto puramente psíquico que asume relieves penales y eficacia causal gracias al mandato contenido en la norma. En otros casos realmente el sujeto tiene una conducta diversa, es decir, ejecuta alguna actividad o permanece voluntariamente inerte en el momento en el cual debía ejecutar la acción esperada, pero esta actividad o inactividad no está en modo alguno conexas con las causas que produjeron el olvido de ejecutar la acción.

De todo lo que se ha dicho se puede concluir que no es verdad que la ley castiga en todo caso la conducta tenida, sino que la ley castiga el no cumplimiento de

¹⁸ MARCELO GALLO, *La teoria dell' azione finalistica nella piú recente dottrina tedesca*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1950, pág. 29.

la acción debida con base en la norma. La conducta efectiva es la mayoría de las veces indiferente para el derecho, aunque pueda servir de punto de referencia en la investigación de la omisión. Estamos de acuerdo con ANTOLISEI cuando afirma que "la conducta tenida en lugar de la que se esperaba no tiene nada que ver con la omisión: es otra cosa y constituye un puro artificio querer hacer un conjunto de dos entidades diversas"¹⁹. En el mismo sentido toma posiciones RANIERI: "ya que lo que cae bajo la sanción del derecho no es lo que el sujeto puede haber hecho, sino lo que no ha hecho contrariamente a su deber y a su poder, y es solamente esta la conducta merecedora de pena, puede considerarse que no pertenece al concepto de la omisión la referencia a una actividad desarrollada en el tiempo y en el lugar de la que se omitió"²⁰.

Por último, la omisión no puede considerarse como la conducta voluntaria tenida en lugar de la que se esperaba. Consiguientemente, el problema de si la omisión es o no una realidad objetiva permanece sin solución. Efectivamente, si vimos ya que en algunos casos de omisión no es posible encontrar una conducta y que en otros, al contrario, se encuentran mil conductas diversas, y que lo que importa al derecho no es la conducta tenida sino el no cumplimiento de la acción esperada (ordenada), no se puede afirmar que el grave problema de la esencia y naturaleza de la omisión haya sido resuelto.

5. LA OMISIÓN EN LA TEORÍA DE LA ACCIÓN FINALISTA

La teoría de la acción finalista puede ser atribuida a WELZEL, quien por primera vez la anunció, hace unos quince años en Alemania, así en sus postulados esenciales: la premisa metodológica de la cual parte el finalismo es la consideración del comportamiento humano tal como se presenta en la realidad, libre de toda valoración o consideración normativa.

La acción culposa es un tipo de acción completamente autónoma respecto a la dolosa. Lo que hace entrar a ambos bajo el *Oberbegriff* de la acción, es el momento de la finalidad que, mientras en la conducta dolosa constituye factor formante (finalidad actual) —en cuanto se trata de actividad finalista efectiva en la conducta culposa tratándose de actividad finalista posible— no es más que un elemento de relación (finalidad potencial)²¹. Para el autor alemán, la acción dolosa es entonces actividad finalista en acto, mientras que la conducta culposa es causa ciega de un evento que se podría evitar mediante la ejecución o el cumplimiento de una actividad finalista.

La nueva doctrina parte sustancialmente de la consideración de que el fin de la acción coincide con el dolo, y que este, despojado de todo contenido ético,

¹⁹ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale italiano*, parte generale, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1952, pág. 145.

²⁰ SILVIO RANIERI, *Manuale di diritto penale*, Padova, Cedam, vol. I, pág. 200.

²¹ WELZEL, citado por PETTOELLO MANTONAVI en *Il concetto*, etc., pág. 22.

debe ser sustraído a la culpabilidad, para ser incluido en la teoría de la acción y en la de la antijuridicidad, como un elemento subjetivo. Lo que quiere decir que el ilícito no se determina objetivamente solo por el evento reprochable, sino también subjetivamente por la voluntad reprochable. Es natural que en la tentativa de incrustar la culpa y el dolo (formas de culpabilidad en la dogmática tradicional) en la antijuridicidad, la culpabilidad queda sin un claro contenido. Para DOHNA, la culpabilidad sería la determinación de la voluntad contraria al deber; para WEBER y WELZEL no existe culpabilidad cuando el sujeto no haya operado libremente, es decir, cuando no haya tenido libertad para escoger entre el bien y el mal.

La culpabilidad comprende no ya el dolo y la culpa que según esta teoría son elementos de la antijuridicidad, sino la imputabilidad, la ausencia de error inexcusable acerca de la antijuridicidad del hecho, y la falta de coacción sobre la voluntad.

Para los partidarios de esta concepción la acción dolosa y la acción culposa son sustancialmente diversas. Mas aún, en el sentido estricto de la palabra solamente la acción dolosa es acción, porque "el hombre obra solamente cuando logra realizar los fines que se propone, con plena conciencia de ellos y de los medios para realizarlos"²². El problema del dolo eventual, en el cual existe una especie de voluntad indeterminada, indefinida, queda resuelto cuando se piensa que "querer un hecho en forma incondicionada, significa también querer los medios adecuados para actuarlo además de las consecuencias secundarias coligadas con él".

La acción culposa no es acción porque no tiene un contenido final actual, sino potencial. Ella es finalista solo en relación con el evento que se quería ejecutar y no con el producido. En relación con el resultado producido la acción culposa es mera y ciega casualidad. Naturalmente, expuestas las anteriores premisas, la construcción de una teoría unitaria de la acción resulta imposible, porque las dos acciones no solo son diferentes, sino que son antéticas.

Sin embargo, la doctrina que fue planteada en la forma ya expuesta ha evolucionado, y actualmente se admite que la acción culposa también tiene su momento finalista. Para NIESE, por ejemplo, "la acción culposa no se distingue de la dolosa porque le falte la finalidad —entonces no sería una acción— sino porque su finalidad no se dirige a la realización de un modelo legal. En ella voluntad y evento divergen, sea que este último se haya verificado en vez del evento que se quería, sea que se haya verificado además del evento que se quería"²³.

Entonces, los modernos expositores de esta doctrina han llegado a la conclusión de que sí existe una acción culposa con un evidente contenido finalista, el cual consiste precisamente en que ella, mediante la ejecución de una actividad final, no habría producido los resultados que produjo. Así, por ejemplo, es el pensamiento

²² WELZEL, citado por GALLO, ob. cit., pág. 34.

²³ NIESE, citado por PETTOELLO MANTONAVI, ob. cit., pág. 31.

de BETTIOL, quien en Italia acoge la teoría de la acción finalista, que él llama "concepción teleológica con fondo social". "Es verdad —dice BETTIOL— que la acción dolosa en cuanto acción vidente, es por excelencia una acción finalista. pero esto no quita que la acción culposa tenga un elemento finalista, aunque sea diverso del que el agente haya ocasionado. La acción culposa es ciega en relación con el evento producido y que podía ser evitado, pero no con relación al evento que se pretendía producir. La acción del cirujano que ocasiona culposamente la muerte del paciente es pura causalidad en relación con el evento lesivo, pero es acción vidente en relación con el evento que se quería realizar, es decir, en relación con la curación del organismo enfermo. Esto es suficiente para admitir una acción propia y verdadera a la base de los delitos culposos, sin querer contraponer inexorablemente entre ellas la acción culposa y la dolosa. No es con relación a la acción, sino con relación al contenido de la acción que el delito doloso se distingue del delito culposo"²⁴.

La omisión, entonces, en la concepción finalista, consiste en una voluntaria actividad o inactividad que produce un evento nocivo, evento que podía ser evitado mediante la ejecución de una actividad finalista.

6. CRÍTICA A LA ACCIÓN FINALISTA

No debemos detenernos largamente en la crítica a la concepción someramente expuesta, porque uno de los principales errores que le anotamos es la apriorística consideración de que en toda acción humana existe un mínimo contenido de voluntad. Si se parte de esta base, como premisa indestructible, las conclusiones que se saquen por fuerza han de padecer de ese error original.

Por lo demás, afirmar que la acción culposa es aquella que produce un evento que podía ser evitado mediante la ejecución de una actividad finalista, es no decir nada, porque el finalismo en la acción culposa nada tiene que hacer. Lo que importa no es conocer si determinado evento podía o no ser evitado mediante el desarrollo de una actividad final, sino averiguar el cómo y el porqué una acción dirigida a un determinado evento produce otro diverso y erigido en delito por la ley.

Por tanto, creemos que si la teoría de la acción finalista es apta para aplicar la acción dolosa, con relación a la culposa no pueden acogerse sus doctrinas.

7. EL ACTO PSÍQUICO INTERNO COMO ÚNICA FORMA DE CONDUCTA EN ALGUNAS OMISIONES

En la exposición que antecede vimos que una de las mayores dificultades en la elaboración de una teoría unitaria de la acción la constituye el hecho de que en muchas omisiones no es posible encontrar una conducta, si por conducta se entiende

un movimiento o una quietud corpórea, o una extrinsecación material de la actividad psíquica del sujeto. Ya analizamos las razones por las cuales no es posible aceptar la teoría del *aliud agere*, ni tampoco la tesis de GRISPIGNI llamada de la *conducta diversa*, y que es parecida a la anterior, ni menos aún otras concepciones menos claras y precisas, según las cuales la conducta en la omisión estaría constituida por el esfuerzo psíquico cumplido por el sujeto para inhibirse y no ejecutar la acción a la cual estaba obligado.

Repetimos que en muchos casos no se encuentra una conducta propia y verdadera. Por lo tanto, es necesario aclarar la significación precisa del notorio aforismo de validez universal *cogitationis poenam nemo patitur*, el cual debe ser aceptado como un principio fundamental del derecho penal, pero con la aclaración que hace PETROCELLI, con cuya opinión concordamos, de que "por *cogitatio* no puede entenderse un acto interno solamente porque es interno, sino que debe tratarse precisamente de un acto de mera *cogitatio*, desvinculado de toda posibilidad de realización, como en el ejemplo de James, de quien quiere que la mesa resbale sin tener alguna posibilidad de suscitar el movimiento. No puede tratarse de actos de mera *cogitatio* las manifestaciones del sujeto que, si bien internas, constituyen verdaderos actos del querer (*volizioni*)"²⁵.

Solamente con esta opinión se puede explicar aceptablemente el factor constitutivo de la conducta en los delitos propiamente omisivos, en los cuales, como ya se ha visto, el sujeto permanece inactivo frente al evento que está por producirse, y en los cuales la conducta concretamente realizada por el sujeto no tiene ninguna relación de causalidad material con el no cumplimiento de la acción que de él se esperaba. En estos casos la conducta viene a ser constituida no por la acción realmente ejecutada, como quieren los secuaces del *aliud agere*, ni por el esfuerzo psíquico tendiente a inhibir el movimiento del cuerpo cuando este movimiento debía realizarse, sino por el acto psíquico interno, por el hecho interno del querer, o por una manifestación, aunque solo exista internamente, de actividad psíquica que puede consistir o no en un acto voluntario.

De acuerdo con lo anterior, "el acto del querer en la omisión, del cual ahora indicamos el momento en que se produce, constituye toda la conducta (nosotros agregamos al acto del querer una cualquiera manifestación de actividad psíquica) del delito omisivo. Como hemos sostenido otras veces, es inútil buscar en la conducta omisiva un elemento físico en el sentido de algo que se manifiesta en el mundo externo, porque no existe. Todas las discusiones de la doctrina para fijar en algún modo tal elemento se han revelado inconsistentes. El problema debe sufrir un cambio en su planteamiento: lo que se necesita establecer, como elemento esencial del delito, no es un elemento físico, en el sentido que comúnmente se le da a tal expresión (actos externos a la psiquis del sujeto, movimiento del cuerpo, modificación del mundo externo), sino la presencia de una conducta, es decir, de una manifestación de voluntad, cualquiera que sea la forma de ella. Los actos que constituyen esta

²⁴ G. BETTIOL, ob. cit., pág. 188.

²⁵ BIAGGIO PETROCELLI, *La colpevolezza*, Padua, Cedam, 1951, pág. 59.

conducta, aunque son internos, constituyen, sin embargo, una realidad objetivamente valuable, la cual es perennemente objeto de la consideración, del sentimiento y de la razón humana. Si en la conducta omisiva falta el elemento físico (físico en cuanto distinto del elemento psicológico), el fenómeno al que ella se reduce no deja por eso de ser una realidad que está constituida por el acto interno del querer. La reconocida admisibilidad en psicología de actos de querer internos confirma precisamente esta explicación del fenómeno de la omisión y de su eficiencia jurídica²⁶.

A los conceptos de PETROCELLI ya expuestos, agregamos, ya que no estamos de acuerdo con la totalidad del pensamiento del ilustre autor, que aunque en muchos casos de omisiones la conducta está constituida por un acto del querer, en muchos otros no se encuentra ni siquiera este acto interno del querer, y entonces, por fuerza, la conducta estará constituida por un acto psíquico de cualquier naturaleza, que aunque no sea voluntario en el estricto sentido psicológico de la palabra, revela igualmente las características de una determinada personalidad socialmente peligrosa.

8. EL PROBLEMA DE LA VOLUNTAD DE LA OMISIÓN

Los tratadistas han discutido largamente el problema de la voluntad en la conducta. La doctrina dominante sostiene que no puede existir conducta alguna sin un mínimo contenido de voluntad: *ubi actio, ibi voluntas*. Cuando falta la voluntad estamos de frente a movimientos sin contenido espiritual que no constituyen conducta en sentido jurídico-penal, y que el derecho puede tomar en consideración únicamente como valor sintomático de la personalidad del sujeto.

Es conveniente al tratar este punto, exponer algunas opiniones autorizadas de los tratadistas no solo en lo que directamente se refiere a la omisión en sí, sino también en cuanto a un problema fundamental en el derecho penal moderno, cual es el problema de los actos automáticos, ya que en muchos casos de omisiones estas se producen por la concurrencia simultánea de uno de estos actos automáticos que impide la ejecución de la acción obligada.

Para FRANCESCO ALIMENA no existe conducta humana sin voluntad. Según este ilustre escritor: "para que el hombre pueda asumir una determinada conducta es necesario ante todo que en su mente exista la representación anticipada de tal conducta. Con base en tal representación, si el hombre asume tal conducta debe quererla. Es decir, que la representación debe ser seguida de la volición"²⁷. "Acto voluntario —según ALIMENA— es aquel acto guiado por fines conscientes, es decir, el acto que se suscita por la representación de lo que se quiere conseguir"²⁸.

²⁶ PETROCELLI, ob. cit., pág. 53.

²⁷ FRANCESCO ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, Vicenza, 1947, págs. 3, 4.

²⁸ FRANCESCO ALIMENA, ob. cit., pág. 7.

Entre la conducta humana y su autor debe existir siempre un nexo psíquico, el cual no puede establecerse fuera de la esfera de la voluntad. Es, por tanto, la voluntad la que caracteriza y da relieves penales a la acción humana. El concepto de atribuibilidad de la conducta a su autor encuentra precisamente en este presupuesto su justificación y su razón de ser.

Para superar el grave escollo que constituye el problema de las omisiones por olvido, ALIMENA recurre a la tesis normativa de la omisión, y encuentra el nexo psíquico, el sustrato voluntarístico en la voluntariedad de la conducta ejecutada en lugar de la que se debía y podía ejecutar de acuerdo con la norma que la imponía.

En cuanto a los llamados actos automáticos, ALIMENA abandona el concepto psicológico de acto voluntario para tomar en cuenta únicamente "el lado jurídico del problema". Refiriéndose a los actos *instintivos* afirma que no hay duda de que ellos son involuntarios, porque son determinados "no por impulsos externos sino por impulsos internos no advertidos por la conciencia"²⁹. Estos actos pueden ser controlados gracias a un esfuerzo de la voluntad. Tal es el caso del soldado que en la trinchera baja instintivamente cada vez que oye el silbido de un proyectil. Pero si en un determinado momento quiere dar pruebas de valor puede controlar el instinto y no agacharse. Por lo tanto, "el acto instintivo puede transformarse en acto voluntario cuando el agente sabiendo que cumple actos instintivos y representándose la posibilidad de impedirlos, no formula el efectivo propósito de impedirlos, y por consiguiente no obstaculiza la realización de tales movimientos"³⁰.

Las mismas razones valen para considerar voluntarios los *actos habituales*, los cuales son originariamente actos conscientes y voluntarios que por virtud de la costumbre y de su repetición infinita se ejecutan automáticamente, y se separan, por tanto, de la conciencia y de la voluntad. Si se toma cada uno de estos actos en sí, hay que reconocer que son automáticos. Pero el complejo de ellos, de la conducta no es de ejecución automática, porque el individuo sabe y es consciente de estos movimientos que llegan a ser inconscientes pero que en su conjunto son controlables por la voluntad.

Y en cuanto al contenido de voluntad en las omisiones. ALIMENA sitúa este coeficiente psíquico en la voluntariedad de la conducta tenida en lugar de la que se debía ejecutar.

Un poco menos rígida es la tesis de ANTOLISEI. Según este autor, no todos los actos que se desarrollan fuera de la zona lúcida de la conciencia son independientes de la voluntad. Muchos de ellos pueden ser controlados por la energía interior del hombre. Aún los actos reflejos, dentro de ciertos límites, pueden ser controlados por la voluntad. Lo mismo se puede decir de los actos instintivos, y, con mayor razón, de los habituales. Igualmente, en muchos casos las omisiones inconscientes podrían ser evitadas mediante un esfuerzo de la voluntad, y más precisamente, mediante un esfuerzo de la atención. Los actos automáticos deben dividirse en dos

²⁹ FRANCESCO ALIMENA, ob. cit., pág. 9.

³⁰ FRANCESCO ALIMENA, ob. cit., pág. 14.

grupos: a) actos que pueden ser impedidos y controlados por la voluntad; b) actos que se desarrollan fuera de todo posible control voluntario. Siendo los actos del primer grupo debidos a una falta de voluntad o a una defectuosa intervención de la misma que no ha obrado como hubiera sido posible, no pueden considerarse ajenos a la voluntad. En cuanto revelan un estado negativo, una deficiencia de la voluntad, ellos se atribuyen a la voluntad misma, de la cual muestran un aspecto. Los actos del segundo grupo, al contrario, deben ser considerados extraños a la voluntad del sujeto, por cuanto este no ha estado en grado de controlarlos.

Consiguientemente, el nexo psíquico entre la conducta y su autor se encuentra no en un impulso de la voluntad, sino en la *atribuibilidad del hecho al querer (suitá)*, en la forma que quedó establecida. "Esta atribuibilidad no existe en los actos que la conciencia no advirtió y no podía advertir ni siquiera con un esfuerzo de la atención, además de los actos que aún siendo advertidos por la conciencia, están determinados por una fuerza física, fisiológica o psíquica superior al poder de la voluntad"³¹.

Según SILVIO RANIERI, para atribuir una acción (u omisión) a un sujeto, no es necesario que esta acción sea el resultado de una decisión voluntaria, sino que basta que sea manifestación o revelación de una personalidad caracterizada por la capacidad de autodeterminación. Según el ilustre autor es conducta consciente y voluntaria la que depende o de cualquier manera se liga a un proceso psicológico nacido y desarrollado a pesar de la posible inhibición. Consiguientemente, constituye conducta no solo el acto voluntario, sino también el comportamiento que se liga a un acto inicialmente querido, o, por lo menos, a un estado psíquico, mediante el cual este comportamiento podía ser inhibido. Lo anterior quiere decir que "el problema de la voluntad en su conexión con la conducta no puede resolverse refiriendo la voluntad misma en forma directa sea a la acción o bien a la omisión, porque si existen acciones y omisiones culpables y queridas, existen también acciones y omisiones que, a pesar de que son relevantes para el derecho penal, no pueden llamarse en sí ni conscientes ni queridas, o, para superar la dificultad, considerando que en la omisión se tiene la voluntad de la inercia de las facultades intelectivas, o una voluntaria inobservancia de su buen gobierno, porque esto es verdad solamente para algunos casos; o voluntad de la inercia de la propia voluntad, o reposo querido del cuerpo, por la misma razón, sino considerando la conducta en sus conexiones con el impulso consciente del cual deriva, o con el estado psíquico del sujeto al cual se liga"³².

Consecuencia de lo anterior es que se deben considerar fuera de la esfera de aplicación del derecho penal porque no constituyen conducta (acción) en el sentido técnico de la palabra, los siguientes actos humanos:

a) Los movimientos reflejos, en los límites en los cuales no dependen de un impulso psíquico sino fisiológico, ya que el impulso se transmite directamente de un

centro sensitivo a una célula nerviosa, sin que sea posible una intervención de la voluntad. En esta categoría no quedan comprendidos los actos impulsivos, en cuanto ellos se relacionan con una voluntad inicial, inmediatamente antecedente al movimiento impulsivo, ni tampoco los movimientos automáticos (actos habituales), porque en ellos originariamente la conducta es voluntaria, aunque los movimientos considerados en forma independiente hayan llegado a ser inconscientes y automáticos por fuerza de la costumbre; ni los movimientos instintivos, porque estos, dentro de ciertos límites, pueden ser inhibidos;

b) La inercia inconsciente, incontrolable por la voluntad, porque es un estado fisiológico independiente de la voluntad y de la conciencia;

c) Los movimientos ejecutados bajo el influjo de una fuerza externa irresistible y absoluta³³.

A las concepciones expuestas con carácter meramente divulgativo, es conveniente hacer algunas observaciones críticas. Es evidente que los actos instintivos, la gran mayoría de ellos, no son controlables por la voluntad. Si lo fueran, dejarían de ser actos instintivos. Es cierto que mediante un adecuado adiestramiento, mediante un largo y eficaz proceso de educación de la voluntad tendiente a obtener determinados resultados preestablecidos, se puede llegar hasta el control efectivo de algunos actos instintivos. Así se explica el ejemplo del soldado en la trinchera. Pero este proceso educativo que tiene éxito en algunos casos sirve para confirmar la regla general, o sea, que los actos instintivos no están sometidos al control de la voluntad. Se deduce que si el hombre educado y adiestrado de manera especial puede controlar algunos de sus movimientos guiados por el instinto, el hombre normal, el que afronta situaciones diversas y complejas sin preparación alguna, el que obra la mayor parte de las veces frente a estímulos de variada intensidad, imprevistos y repentinos, no podrá jamás someter la actividad subconsciente del instinto al dominio de la voluntad. Además, no se comprende cómo podrían ser controlables estos actos, si sabemos que instintivos son aquellos movimientos determinados por factores hereditarios, innatos, y que en general responden a exigencias de la especie. Solamente con relación a los actos habituales se puede aceptar la existencia de un mínimo contenido de voluntad, porque así como ellos se vuelven automáticos por virtud de la costumbre, mediante un esfuerzo de la voluntad pueden dejar de ser tales, para entrar nuevamente en su dominio.

El problema se agrava cuando se refiere a las omisiones. Ya vimos que la conducta observada por el agente en lugar de la que debía ejecutar es indiferente. Por consiguiente, nada se concluye de la afirmación de que hubo una conducta voluntaria. Obsérvese, además, que el sujeto pudo ejecutar mil conductas diversas en lugar de la que debía cumplir, tal como ocurre, por ejemplo, en el caso del art. 310 del C. de P. P., en el cual el director de la clínica dispone de veinticuatro horas para dar aviso a las autoridades de la entrada de heridos. Si omite esta obligación, ¿cuál de todas las conductas tenidas por el director durante las veinticuatro horas podrá considerarse como conducta de su omisión?

³¹ F. ANTOLISEI, ob. cit., pág. 183.

³² S. RANIERI, ob. cit., pág. 204.

³³ SILVIO RANIERI, ob. cit., vol. I.

En muchos casos, como el de los guardianes que omiten colocar señales de peligro y causan un desastre, o el de los conductores de vehículos durante largas horas, se puede señalar como causa de la omisión, que es importante para el derecho penal, no una deficiencia de la voluntad, sino un agotamiento físico, ya que como dice ALTAVILLA "el profundo cansancio, por una vital necesidad de reintegración, nos hace adormecer, sin que la voluntad pueda hacer nada para impedirlo"³⁴. Es indudable que en la mayoría de los casos el hombre puede auerantar el sueño y permanecer despierto cuando a ello está obligado. Pero, aun sin recurrir a situaciones patológicas o de carácter marcadamente morboso, no es difícil encontrar casos en los cuales, sin precedentes imputables a negligencia o culpa del sujeto, este, aunque sea solo por un instante, podrá ser dominado por la somnolencia, faltar a sus deberes y producir un desastre. Naturalmente, en estos casos que si no constituyen la mayoría se encuentran sin embargo con gran frecuencia en el obrar humano, no es posible decir que a la base de la omisión se encuentra un sustracto voluntarístico, y no obstante, la conducta es imputable al sujeto por dos motivos fundamentales: porque siendo expresión de una personalidad producen graves daños a la sociedad, y porque en ella no concurre ninguna causal que exculpe el ilícito.

Se debe afirmar además, que no siempre que el individuo omite, que no ejecuta una determinada acción en el tiempo y con las modalidades exigidas por la ley, está contemporáneamente ejecutando otra conducta en lugar de la que debía realizar. En muchos casos es cierto que hay que buscar la eficacia causal de la omisión en la conducta que el sujeto ejecuta mientras debía ejecutar otra. Pero en el campo vastísimo de las omisiones se pueden encontrar numerosísimos ejemplos en los cuales el individuo omite, y no obstante no ejecuta otra conducta, sino que permanece inerte, inmóvil. Y hay otros casos en los cuales la inercia no es solamente física sino también psíquica, es decir, que el individuo permanece inerte físicamente, sin tener conciencia de su estado de inactividad, como en el caso del empleado encargado de colocar las señales de peligro en el cruce de la carretera con el ferrocarril. Si olvida colocar estas señales, no puede decirse que la causa de este olvido está radicada en la actividad que desarrolló mientras tanto. En efecto, el empleado hizo el esfuerzo de atención requerido por su trabajo, ejecutó todos los movimientos que exigía el cumplimiento de su deber, pero en el momento decisivo no ejecutó otra conducta, sino que, simplemente por un defecto de sus facultades psíquicas, olvidó colocar la señal. Este caso de frecuentísima ocurrencia en las varias actividades peligrosas de la vida moderna, es de gran importancia para el derecho penal, aunque no sea posible encontrar por parte alguna un mínimo contenido de voluntad.

Tampoco puede afirmarse que en la conducta omisiva se encuentra una falta de esfuerzo en la atención, y en consecuencia, indirectamente, una falta de voluntad, porque "el querer puede permanecer totalmente extraño. En verdad, si debe admitirse que con un acto del querer se puede acrecer la propia atención y la propia diligencia, la inversa no es verdadera, es decir, que toda desatención dependa de

la voluntad, porque puede depender exclusivamente de un defecto en la esfera intelectual o en la emotiva del sujeto"³⁵.

9. CONCLUSIÓN

El concepto estrictamente psicológico de acto voluntario no es apto para satisfacer las necesidades de la ciencia jurídico-penal. En efecto, si por un acto voluntario se entiende comúnmente el que se ejecuta guiado por fines conscientes, si por voluntad se entiende "aquel proceso mediante el cual el hombre decide cuáles estados y cuáles procesos endotímicos deberán guiar su vida y su conducta y después sostiene esta decisión contra toda resistencia que obstaculice su realización"³⁶, es evidente que el concepto psicológico de voluntad no es suficiente para realizar los fines que el derecho persigue, y que este no puede sacrificar la tutela social que se le ha confiado, y que constituye la razón misma de su existencia. Según mi opinión, en la busca del nexo causal entre la conducta y su autor es necesario dejar a un lado el concepto de acto voluntario. No se debe confundir la culpabilidad con el elemento subjetivo de la acción. Este elemento puede encontrarse en la actividad psíquica del sujeto, voluntaria o no (actividad subconsciente), conciliándolo con el fin último del derecho penal que es la defensa social, sin perder de vista la personalidad del agente que se refleja en la acción, que opera en su compleja estructura unitaria, en la totalidad de sus funciones y facultades que se influyen recíprocamente, y considerando además, las circunstancias externas en las cuales el individuo debe operar.

Tiene razón el padre GEMELLI cuando afirma que la voluntad es la expresión de toda la personalidad, y aunque el obrar humano sea presidido por la voluntad, no se puede analizar una acción humana desligada de la personalidad de quien la ejecuta, y que, por lo tanto, es necesario estudiar el profundo abismo del subconsciente, formado por la vida afectiva, por las tendencias, por las inclinaciones, por las disposiciones, sobre las cuales obra la voluntad con acción directiva³⁷. Tiene razón el ilustre psicólogo cuando a pesar de su posición filosófica y religiosa escribe estas claras palabras: "para juzgar si un hombre es responsable de una acción, si esta le debe ser atribuida como propia, debemos determinar cómo al prepararla, al manifestarla, al actuarla, se ha manifestado su personalidad. No podemos, entonces, desde el punto de vista psicológico, en la práctica cotidiana, considerar que un hombre es responsable, y atribuirle una acción como propia, no en cuanto ella es fruto de una decisión voluntaria, porque es difícil determinar el mecanismo de acción de esta decisión, sino en cuanto se manifiesta y se revela como característica de

³⁵ F. GRISPIGNI, ob. cit., t. II, pág. 40.

³⁶ FILIPPO LERSCH, *La struttura del carattere*, Padova, Cedam, 1950, pág. 208.

³⁷ AGOSTINO GEMELLI, *Introducciones alla psicologia*, Milán, 1954, pág. 294.

³⁴ ENRICO ALTAVILLA, *La colpa*, Roma, 1950, pág. 86.

una personalidad en que la voluntad tiene su factor decisivo y discriminativo"³⁸. Igualmente PETROCELLI, otro de los clásicos, afirma que "no hay necesidad, para todas las hipótesis de delito, de una presencia activa del querer en el momento de la infracción"³⁹, y que es errado el criterio que ve la voluntad como un poder activo de impulso o de inhibición.

Si eminentes escritores pertenecientes a la escuela clásica, como los que se han transcrito, emiten estos conceptos, para quienes siguen los criterios positivistas de la función enmendativa y defensiva de la pena y del derecho, el problema se simplifica cuando se tenga el coraje de reconocer que la voluntad no es un elemento esencial en la teoría de la acción, y que este elemento falta en muchas acciones que a pesar de todo son sancionadas por el derecho en defensa de la sociedad.

Las varias tesis enunciadas no sirven para explicar la verdadera esencia de la omisión. No es posible transferir al derecho una noción de acto voluntario exquisitamente psicológica. Ni tampoco se pueden alterar los conceptos elaborados por la psicología para crear una noción de acto voluntario que no corresponde a la realidad.

Es necesario aclarar que sobre la voluntad ejercita su influencia la vida afectiva, como también la vida intelectual (en efecto, puede ser objeto de la voluntad solo lo que es conocido), y que fuera de la voluntad quedan todas las acciones que tienen su origen psíquico en la vida inconsciente o subconsciente, motivo por el cual, en muchos casos la omisión no corresponde a un defecto de la voluntad, sino más bien a una anomalía en la esfera intelectual o afectiva. Es obvio que estos casos en los cuales se equivoca también la tesis de la *causalidad voluntaria antecedente* (antecedente a la conducta omisiva) no pueden quedar al margen del derecho penal. Si la doctrina jurídica en su constante evolución no ha sabido encontrar un vínculo claro y preciso, tal de poder ser establecido en cada caso con precisión y seguridad, para llenar el requisito de la *suitá* de la conducta con relación al agente, no queda más en el estado actual de la ciencia jurídica que reconocer que en muchas acciones humanas no existe la voluntad, y que, consiguientemente, el derecho existe no para castigar a los malos, sino para defender los intereses de la sociedad, y que el acto humano tiene consecuencias jurídico-penales no porque sea inmoral, sino porque es socialmente dañino.

De todo lo anterior se debe concluir que no es necesario que la acción y la omisión sean voluntarias, o que dependan de una decisión voluntaria, para ser consideradas jurídicamente como "conducta", sino que basta que ellas sean la emanación física y psíquica de una personalidad que es extrínseca y revela como socialmente peligrosa con la acción o la omisión, independientemente del juicio puramente ético que pueda emitirse sobre ellas.

Evidentemente, si se quita el elemento voluntario de la teoría de la acción, y este se define como la emanación de una personalidad que se individualiza y caracteriza por cualquier medio psíquico, voluntario o no, se agranda el campo del derecho penal hasta el límite necesario para que pueda desplegar toda su eficacia en el cumplimiento de su fin último.

En esta forma, todas las hipótesis de acciones peligrosas para la sociedad, que se producen sin la intervención visible de la voluntad del sujeto, y en muchos casos contra esa misma voluntad, entran en la esfera sancionatoria del derecho, que puede cumplir así su obra y alcanzar el fin y la razón de su existencia: la defensa social.

³⁸ AGOSTINO GEMELLI, ob. cit., pág. 295.

³⁹ BIAGGIO PETROCELLI, ob. cit., págs. 36-37.

Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad*

Jesús Bernal Pinzón

A) *La imputabilidad*. Noción. 1) La imputabilidad en la estructura del delito. Diversas opiniones. 2) La imputabilidad en el sistema de los clásicos. 3) Libre albedrío y pena retributiva. Crítica. 4) La imputabilidad según la Escuela Positiva. Principio de la defensa social.

B) *La culpabilidad*. Noción. 1) Culpabilidad *psicológica* y culpabilidad *normativa*. 2) Tesis que confunde la culpabilidad con la responsabilidad. Crítica. 3) Breve referencia a la teoría de la *antijuridicidad objetiva* y sus aplicaciones. Crítica.

C) *La responsabilidad penal*. Noción. 1) Diferencias con la imputabilidad y la culpabilidad. 2) La tesis de MAGGIORE. Crítica.

D) *La responsabilidad legal*. Noción. 1) Responsabilidad *legal* y responsabilidad *objetiva*. Diferencias, ejemplos.

E) *Conclusiones*. 1) El art. 11 sí consagró la responsabilidad legal. 2) Examen del elemento psicológico en la acción del inimputable. 3) La imputabilidad en el Código colombiano funciona como capacidad para la pena.

1) Imputabilidad, viene del verbo latino *imputare*, que significa atribuir algo a alguien, hacer cargo de algo a alguien, siempre en el sentido de atribuir un mal. El significado más largo y general de imputabilidad, es el de atribuibilidad.

El acto de imputar, de atribuir, se denomina *imputación*. Se habla de *imputabilidad de la acción o del hecho*, y de *imputabilidad del agente*. Esta diferencia es muy clara en el Código Penal toscano. Disponía este Código en su art. 34 que "las violaciones de la ley penal no son *imputables*,

* Rev. Cátedra Jurídica núm. 1, Bogotá, Ed. Diario Jurídico, 1956.

cuando quien las ha cometido no tenía conciencia de sus propios actos y libertad de elección". Se refiere esta disposición a la atribuibilidad de la acción, del hecho al agente desde el punto de vista moral.

El art. 36 de dicho Código disponía: "Los niños que no han cumplido los doce años *no son imputables*", es decir, que a ellos no se les puede atribuir los efectos criminosos de sus actos. Aquí se toma la imputabilidad, no ya como atribuibilidad, sino como un modo de ser, o un estado del sujeto agente.

CARRARA¹ toma la expresión imputabilidad, en su primer significado o sea, como atribuibilidad del hecho. Para el insigne maestro de Pisa, "imputar significa poner alguna cosa a la cuenta de alguien. La imputabilidad es el juicio que se forma de un hecho futuro previsto como meramente posible, la *imputación* es el juicio de un hecho realizado (*avvenuto*). La primera es la contemplación de una idea, la segunda es el examen de un hecho concreto".

Tomando la imputabilidad como sinónimo de atribuibilidad, los clásicos distinguieron la imputabilidad en *física, moral, política* o *jurídica* y según la naturaleza de la relación a la cual se refería la imputabilidad².

La *imputabilidad física*, se agota en la atribución del resultado al agente como a su causa física; indica en otros términos, una mera relación de casualidad material. La *imputabilidad moral*, expresa la relación de naturaleza psicológica que se extiende entre el autor y el hecho. Significa también imputabilidad desde el punto de vista moral "según los principios del libre albedrío" para decirlo con CARRARA. En el sistema carrariano, esta especie de imputabilidad se designa como "fuerza moral del delito", o como "moralidad de la acción". La *imputabilidad política, legal* o *jurídica*, es aquella que indica la presencia de una norma que contiene la prohibición del hecho mismo.

La doctrina moderna toma la expresión imputabilidad no en el sentido de atribuibilidad, sino en el que se expresa como estado o modo de ser del agente al momento de realizar el delito. Sobre el particular hay unidad de criterio entre los autores. Si la imputabilidad no se puede considerar como atribuibilidad de la acción o del hecho, la palabra, para designar el fenómeno de una situación personal del agente, no corresponde a su significado literal. De ahí que haya sido propuesto por ANTOLISEI³ que se cambie la expresión "imputabilidad" por la de "capacidad mental". Estas son las razones que expone el insigne jurista: "Imputar significa, atribuir y el adjetivo correspondiente (*imputable*) se adopta mejor a los resultados exteriores de la acción, cuando se trata de establecer si pueden o no cargarse al autor de la acción misma. Cuando se habla de *no imputabilidad* de un hombre literalmente se dice que él no puede ser imputado de un hecho, pero esto no corresponde al estado actual de la evolución jurídica, porque también a las personas mentalmente incapaces (inmaduras y enfermas de mente) se atribuyen los hechos

cometidos y en consecuencia se aplican sanciones jurídicas, esto es las medidas de seguridad".

La imputabilidad, la define MANZINI⁴ como "el complejo de condiciones físicas y psíquicas, puestas por la ley para que una persona capaz de derecho penal pueda ser considerada como causa eficiente de la violación de un precepto penal".

Para el código de ZANARDELLI, la imputabilidad representaba también un estado o modo de ser del agente, solo que allí se le concedía un alcance superior al que modernamente se le confiere a la imputabilidad. Así que, el Código italiano consideraba como causas de exclusión de la imputabilidad aquellas que hoy se consideran más técnicamente como causas de exclusión de la antijuricidad (legítima defensa, estado de necesidad, etc.), distinguiéndolas lógicamente de las causas que excluyen la culpabilidad (caso fortuito, fuerza mayor, error esencial).

Para los autores modernos, la imputabilidad es considerada desde diversos ángulos de vista en relación con su función en la estructura del reato. Para algunos autores, con BINDING a la cabeza, la imputabilidad es *capacidad de acción*; para la gran mayoría de los juristas modernos, la imputabilidad, siempre considerada como un estado o modo de ser del agente, es *presupuesto de la culpabilidad*, de manera que la culpabilidad, en sus formas de dolo y culpa solamente se encuentra en las acciones de los imputables. Para algunos, la imputabilidad ya no sería presupuesto solamente de la culpabilidad, sino del reato. Finalmente hay quienes sostienen que la *imputabilidad es la capacidad del sujeto para ser sometido a una pena*. Esta teoría, que a nuestro modesto parecer encuentra muy firmes razones para ser sostenida en el sistema del Código Penal colombiano, como lo veremos adelante, ha sido afirmada recientemente en Italia por juristas de mucha valía (ANTOLISEI, GRISPIGNI, RANIERI, GALLO, etc.) y en Alemania por su creador FEUERBACH y RADBRUCH.

2) En el sistema clásico, imputabilidad es sinónimo de libertad. Según la doctrina del libre albedrío, expone CUELLO CALÓN⁵ para que un individuo sea imputable y responsable de sus acciones, deben concurrir estas dos condiciones: 1° Que al momento del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos; 2° Que goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío, es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presentan ante su espíritu y de determinarse libremente mediante la potencia de su voluntad".

La doctrina del libre albedrío que constituye el pilar sobre el cual se edifica la Escuela Clásica, se remonta a la naturaleza reconocida al derecho de castigar y consecuencialmente al carácter eminentemente retributivo de la pena.

Según GIUSEPPE MAGGIORE⁶, uno de los representantes modernos de las tendencias clásicas en derecho penal, "Todo hombre ha recibido de Dios la libertad, o sea la posibilidad de autodeterminación para el bien o para el mal; y esa libertad cuando se la emplea mal, quebrantando el orden ético y divino, engendra el pecado y el delito".

¹ CARRARA, *Programa del curso di diritto criminale*, vol. I, parte generale, Lucca, 1887, pág. 39.

² CARRARA, *ob. cit.*

³ ANTOLISEI, *Diritto penale*, 1955, pág. 420 nota 1.

⁴ V. MANZINI, *Tratado di diritto penale*, vol. I, 1955, pág. 627.

⁵ E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, vol. I, Madrid, 1943, pág. 314.

⁶ G. MAGGIORE, *Derecho penal*, vol. I, Edit. Temis, 1957, pág. 468.

Para CARRARA⁷ "El derecho de castigar en la autoridad civil emana de la ley eterna del orden aplicada a la humanidad; que es lo mismo que decir que emana de la ley natural. Existe una ley eterna absoluta constituida por el complejo de preceptos directivos de la conducta exterior del hombre: promulgada por Dios a la humanidad mediante la pura razón".

Sobre el tema concreto del libre albedrío expresa el gran maestro: "Yo no me ocupo de dicusiones filosóficas: presupongo aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre, y sobre esta base edificada la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquellas"⁸.

De acuerdo con la doctrina del libre albedrío, para que al hombre se le puedan atribuir como suyos los efectos de sus actos, es indispensable que al momento de la acción haya gozado de la libertad, del poder de elegir entre una y otra cosa, mejor dicho, debe existir la imputabilidad moral. Mas precisamente afirma MAGGIORE⁹ que "sin libertad no hay imputabilidad moral; sin imputabilidad moral, no hay imputabilidad jurídica; y sin imputabilidad jurídica no hay derecho penal".

Sobre la base de la aceptación de la doctrina del libre albedrío es que la pena toma su naturaleza retributiva. "Solamente reconociendo que el hombre puede obrar con libertad —afirma enfáticamente G. BETTIOL¹⁰— se puede dar una justificación a la pena. La pena se la merece el hombre en cuanto ha obrado con libertad". Y así continúa: "Si en derecho penal se quieren mantener firmes las nociones de culpabilidad y pena-castigo, no puede prescindirse de la noción de libertad, entendida como libertad psicológica del sujeto de actuar en un determinado sentido más bien que en otro".

Consecuencia inmediata de la doctrina del libre albedrío y de la pena retributiva es la de que el derecho penal termina en donde termina la imputabilidad moral. Así que, quienes al momento de cometer la acción delictuosa, no gozaban de libertad, de autodeterminación, del poder de elegir, quedan fuera del alcance del precepto penal. Contra ellos no cabe el reproche moral de haber operado contrariamente a como manda el derecho, por lo tanto a ellos no se les puede sancionar con una pena que es retribución por el mal ocasionado libremente. Los menores, los enfermos de la mente y en general quienes sufren de una perturbación que pueda impedir ese proceso libre de autodeterminación, no están obligados a sufrir la disminución de su patrimonio jurídico.

Entre los autores modernos, se ha tratado de la afirmación de la doctrina del libre albedrío, con argumentos de otro orden. Así por ejemplo B. PETROCELLI¹¹ sobre la base de la naturaleza o carácter imperativista del derecho penal sostiene la tesis de la imputabilidad moral o libre albedrío, en la parte de los destinatarios del

precepto, afirmando que "el individuo humano, desprovisto (*sforzito*) de voluntad capaz no es destinatario sino objeto del mandato jurídico; es el mandato jurídico que va dirigido a otro sujeto y a él no dirigido sino aplicado. Este (el incapaz) es considerado no como sujeto "queriente" sino como un hecho cualquiera que el derecho trata de influenciar, en un sentido o en otro, para la tutela de la convivencia social. El loco que debe ser recluido en el manicomio, el enfermo contagioso que debe ser aislado, el menor para intemar en el manicomio judicial, el alcoholizado que debe ser recluido en la casa de cura, y así sucesivamente, son objetos, no destinatarios del precepto jurídico; son el hecho que el derecho valora como necesariamente regulables a los fines de la tutela de los intereses humanos que pueden ser influenciados, no la voluntad que el derecho guía o impulsa a la tutela misma; y menos, por lo tanto, la voluntad de la cual puede partir la violación del derecho".

En esta forma, se pretende afirmar, que las acciones de los incapaces no son antijurídicas. De diverso parecer se muestra MAGGIORE¹². A estos y parecidos argumentos, contesta GRISPIGNI que "cuando el Estado impone: no matar, tal mandato es absoluto, dirigido a todos, porque precisamente la necesidad de garantizar el bien de la vida de los coasociados es una necesidad que no viene a menos si el ofensor es un enfermo de mente".

3) La teoría del libre albedrío y de la imputabilidad moral, es generalmente aceptada por la doctrina, como ajena a la investigación penal. Veamos que dicen los autores. Expone SILVIO RANIERI¹³: "La culpabilidad si bien tiene su fundamento en un acto de la voluntad, es independiente de las cuestiones sobre la libertad del querer. Al derecho penal le es suficiente la constatación de la existencia de una relación de carácter psicológica entre la personalidad del sujeto y el hecho antijurídico, y no tiene necesidad para sus fines, de averiguar si el sujeto ha obrado libremente o si su conducta está sometida como todo hecho natural a las leyes de la causalidad". Por otra parte, hay que considerar que el juicio sobre la culpabilidad es de naturaleza jurídica y no ética, para convencerse de que las cuestiones sobre la libertad del querer son ajenas a esta investigación.

Quienes aún propugnan por la existencia de la doctrina del libre albedrío a los fines del derecho, confunden, como acertadamente afirma ANTOLISEI¹⁴, la culpa moral con la culpa jurídica, sin considerar que entre las dos especies de culpa corre la fundamental diferencia de que en tratándose de culpa moral se exige que el agente conozca el precepto moral, para poder calificar su conducta como contraria, mientras en la culpa jurídica tal exigencia falta, porque la ignorancia de la ley no excusa.

Para MEZGER¹⁵ "la culpabilidad jurídico-penal no es culpabilidad en sentido ético, sino jurídico. Por tal causa es independiente de la controversia en torno a la libertad del querer".

⁷ CARRARA, *Programa...*, vol. II, pág. 64.

⁸ CARRARA, *op. cit.*, pág. 38, nota 2.

⁹ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 492.

¹⁰ G. BETTIOL, *Diritto penale*, Palermo, 1955, pág. 312.

¹¹ B. PETROCELLI, *L'Antigiuridicità*, Padova, 1951, págs. 42 y ss.

¹² MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 42.

¹³ SILVIO RANIERI, *Manuale di diritto*, vol. I, Padova, Cedam, 1952, pág. 248.

¹⁴ ANTOLISEI, *op. cit.*, pág. 231.

¹⁵ E. MEZGER, *Tratado de derecho penal*, vol. II, pág. 89.

En el mismo sentido se pronuncia SEBASTIÁN SOLER¹⁶ afirmando que “toda la cuestión referente al libre albedrío queda descartada, porque no se trata aquí de fundar la responsabilidad moral”. Para este autor, la responsabilidad jurídica no depende de la libertad del querer, sino de “la existencia de relaciones normativas entre los hombres”.

Pero si aún hay quienes consideran que situándose el jurista en el campo puramente católico, es decir, mezclando la cuestión de credo religioso con la cuestión eminentemente científica, no puede menos que reconocer la libertad del querer y elevarla a presupuesto de la culpabilidad y consiguientemente de la responsabilidad penal. Transcribimos a continuación las palabras del padre AGOSTINO GEMELLI¹⁷, quien por sus profundos conocimientos sobre psicología y psiquiatría, es considerado como uno de los científicos de mayores dotes en el viejo continente. En un reciente estudio sobre la materia, ha expresado el padre GEMELLI, lo siguiente:

“La libertad humana significa independencia externa e interna; libertad humana quiere decir ser libres de todo ligamen costrictivo de las leyes de la naturaleza. El admitir que en el hombre hay una autodeterminación voluntaria, *no quiere decir admitir la libertad humana* (subrayo). Autodeterminación voluntaria quiere decir que el hombre posee, él solo, entre todos los seres, la capacidad de tener en sí mismo la causa de su determinación”.

“Pero repito, porque no se ha insistido suficientemente sobre este punto fundamental, al afirmar el carácter de la voluntad como autodeterminación *no se reconoce que la voluntad humana es independiente de las condiciones psíquicas individuales, y de los factores de ella: constitución, carácter, disposiciones hereditarias, son factores que como los factores ambientales influyen sobre las situaciones psíquicas y aun las determina o mejor, las provocan*. La voluntad humana está muy lejos de ser independiente de ellos; por el contrario se puede decir que ella se ejercita y actúa en las situaciones psíquicas determinadas por ellas. Con la psicología *no se podrá decir jamás si existe o no la libertad humana. La prueba para demostrar que el hombre es libre hay necesidad de pedírsela a la filosofía*”. (Subrayo).

Pero ni aun por las consecuencias prácticas que representa la aceptación de la teoría del libre albedrío, es decir, por la aceptación de la naturaleza eminentemente retributiva de la pena, la tesis resiste un análisis profundo. Oigamos los argumentos fundamentales de ALFREDO DE MARSICO¹⁸. Dice este jurista: “Si fuera verdad que la pena significa y no puede significar más que retribución, la pena no podría tener otro término de medida que el reato, o aun, si se quiere la culpa contenida en el hecho que se castiga.

El límite inderogable de la retribución debería estar en el hecho concreto que se castiga, visto en su objetividad o aún en la culpa que él realiza. Si esto fuera así,

entonces, la pena de muerte, que se funda toda sobre la intimidación y que alimenta en el fin de ella la función de la retribución, no podría tener ninguna justificación; la agravación de la pena por la reincidencia, por la habitualidad, por la profesionalidad, fundada sobre la defensa social, representaría una violación del principio por exceso, inicuo aunque sí autorizado, o impuesto por la ley; y, por el contrario, la suspensión de la pena, el perdón judicial, la libertad condicional, fundados sobre la inutilidad de una defensa social efectiva y sobre la enmienda, representarían otras tantas violaciones del principio por defecto o por renuncia, inicuos igualmente”.

Repitamos ahora con VON HIPPEL, que no ya un único fin, la retribución o la prevención, pueden atribuirse a la pena, sino *todos* los fines que, de conformidad con la experiencia, pueden ser alcanzados, *deben* ser fines de la pena.

Finalmente se ha dicho contra la teoría del libre albedrío, que en los casos de semienfermedad, o en los casos de desarrollo incompleto de las facultades mentales, no es propio hablar como lo hicieron los criminalistas clásicos de una libertad disminuida, de una libertad parcial, porque la libertad de elegir, la libre determinación de la voluntad, o existe o no existe, no admitiendo por lo tanto términos medios.

4) La cuestión de la imputabilidad para la Escuela Positiva, se presenta con características esencialmente diversas y con cualidades suyas propias. Sabido es que la diferencia fundamental que separa a las dos escuelas de derecho penal, la clásica y la positiva, atañe esencial y principalmente a la aplicación del método de investigación. Mientras los clásicos se sirvieron del método *deductivo*, de lógica abstracta, tomando como objeto de la investigación el delito como entidad jurídica, los positivistas se sirvieron del método *inductivo* o experimental y tomando como objeto de la investigación del delincuente como sujeto más o menos peligroso, peligrosidad que encuentra su fuente inmediata en la realización del reato y en las circunstancias que lo acompañaron. Sobre esta diferencia se elevaron los principios directores de las dos escuelas. La aplicación del método deductivo llevó a los criminalistas clásicos, y si se quiere por razones eminentemente políticas, a la determinación casi matemática del concepto de acción abstractamente considerada; pues solamente cuando las características de la acción penalmente relevante han sido bien determinadas, entonces el ciudadano puede encontrar seguridad contra el arbitrio de los ejecutores de la ley. El divorcio con la realidad, con los datos de la experiencia jurídica, caracteriza las investigaciones de los juristas clásicos. Oigamos a CARRARA¹⁹. Sobre los modernos, dice el maestro, frecuentemente influye la reverencia a las legislaciones positivas que los gobiernan. Por lo tanto hay necesidad constantemente de andar cautos en la valuación de las doctrinas; y no aceptar como principio científico aquello que no es más que la deducción de una ley positiva viciosa”.

Para los juristas clásicos, el delito es la violación “consciente y voluntaria de la norma penal”. El reato viene a ser “un ente jurídico”. Si el reato es un ente jurídico, la pena es la reacción del ordenamiento jurídico mismo. Negación de una negación en el sistema de HEGEL.

La aplicación por los positivistas del método galileano de observación experimental sobre el hombre delincuente, mostró a los investigadores que el delito como

¹⁶ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, vol. II, 1955, pág. 45.

¹⁷ AGOSTINO GEMELLI, *La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici*, Milano, 1948, págs. 196 a 199.

¹⁸ A. DE MARSICO, en *Revista di Diritto Penitenziario*, 1935, pág. 108.

¹⁹ CARRARA, *Grado della forza fisica del delitto*, Opuscoli I, nota 438.

acto de la voluntad del agente, no se podía considerar como producto de su libre autodeterminación. Se afirmó que el delito siendo la culminación de un complejo proceso psíquico, no era ajeno a las influencias de factores sobre los cuales no tenía ninguna influencia la voluntad. Ese proceso psíquico que desemboca en el delito no estaría fuera de las leyes de causalidad que rigen los fenómenos del mundo físico. De esta manera se llegó fácilmente a lo que se llama el determinismo psíquico.

Los positivistas orientaron sus investigaciones principalmente hacia la etiología del delito. La búsqueda de las causas del delito que fueron ajenas a los clásicos, condujeron primero a LOMBROSO a crear la teoría del criminal nato que ha sido el filón inagotable para los enemigos de esta escuela, convencidos que de LOMBROSO a hoy, la tesis de la Escuela Positiva no han progresado una pulgada.

La aplicación del método experimental al estudio del delincuente, hemos dicho, condujo a la negación del libre albedrío como fundamento de la imputabilidad penal. Este hecho capital en la historia del desarrollo del derecho penal, lo expuso ENRICO FERRI en su famosa tesis de grado que intituló precisamente "La teoría de la imputabilidad y la negación del libre albedrío" tesis escrita y publicada en el año 1878; allí se sostuvo que el derecho penal no podía fundarse sobre bases filosóficas como eran las del libre albedrío y la imputabilidad moral. En los trabajos sucesivos, continuaron las críticas a la Escuela Clásica y se llegó a la teoría de la peligrosidad que es uno de los basamentos de esta nueva corriente. De manera que para la graduación de la pena no importa tanto la gravedad del reato cuanto la personalidad del agente.

Excluida del campo penal, la cuestión de la imputabilidad moral y el libre albedrío, se llegó a la conclusión de que a los fines del derecho bastaba la simple actividad psicofísica del reo para hacerlo acreedor a una sanción penal. Si el reato es ajeno a la libertad del querer, no hay ninguna razón para que el Estado, y por su conducto, la sociedad, permanezcan inactivos frente a acciones delictuosas en las que para los clásicos falta la libertad de querer. Nace entonces el criterio de la defensa social como fundamento del derecho penal. El hombre dice FERRI, es responsable siempre de todo acto que realice, solo porque y en cuanto vive en sociedad²⁰.

Esta responsabilidad fue la que calificó FERRI como responsabilidad social o responsabilidad legal y que será objeto de un detenido examen en otra parte del presente trabajo.

Una cosa hay que tener presente, y es que si bien en sus comienzos la escuela positiva negó rotundamente la teoría del libre albedrío, los modernos representantes de esta escuela, asumen frente a este punto, una actitud menos beligerante o menos exagerada. Bástenos citar las palabras del maestro GRISPIGNI, uno de los representantes más autorizados de esta tendencia. Dice como sigue este autor: "La pena defensiva no excluye en manera alguna la posibilidad de concebir la misma también como retribución moral pero a condición de retribución moral *objetiva*, que nosotros

preferimos llamar *jurídico social*, consistente esta en la constatación de la contrariedad de la conducta a las normas de la moral, y que tiene además por efecto someter al reo a una restricción de su esfera jurídica, conforme a su menor valor social, independientemente del examen de sí —dada la naturaleza de la psiquis al momento del hecho— el agente habría podido reaccionar en forma diversa y especialmente con independencia del examen de sí la formación de la psiquis así como se presenta al momento del hecho, deba ser atribuida a culpa exclusiva del agente mismo en su vida anterior, o si hayan influido causas extrañas a él"²¹.

Frente al problema concreto del libre albedrío, se expresa así, el ilustre maestro: "Indudablemente la Escuela Positiva, en sus orígenes partió de la base de la negación del libre albedrío, afirmando el determinismo. Sin embargo, tal posición inicial no hay ninguna razón para que deba ser mantenida, desde el momento que para negar la legitimidad del sistema clásico y de la retribución moral subjetiva como fin de la pena, no es necesario negar el libre albedrío, sino que basta solamente negar, de una parte, las antinomias que en el campo especulativo presenta tal afirmación, las pruebas numerosas que se aducen contra ella para poner en duda la verdad y consiguientemente la fragilidad de fundamento sobre la cual se exigiría una tan terrible función estatal, como es aquella penal, donde se quiera basar solamente sobre tan discutida y discutible base del libre albedrío; de otra parte basta demostrar —que aunque donde existiera el libre albedrío— la averiguación en el caso particular y en relación con el reo en concreto, y especialmente el grado de tal libertad en cada volición particular, es una tarea tan difícil que resulta imposible para que sea resuelta por la mente humana".

"Afirmando que el libre albedrío es concepto inadecuado para servir de base a la represión penal, y que por lo tanto se debe prescindir de él, no se está en manera alguna obligados a negar la libertad del querer; como también afirmando que la pena debe limitarse a ser retribución moral objetiva o jurídico-social, no se niega en manera alguna la distinción entre personas moralmente imputables y aquellas no imputables, como no se niega la posibilidad de toda retribución moral subjetiva, sino que se afirma que esta no es tarea del juez penal".

Muchos encontrarán extrañas estas palabras en boca de un representante de la Escuela Positiva, pero se olvidan que esta tendencia como todas las corrientes del pensamiento científico evolucionan. Pero para quienes aún no salgan de la extrañeza, contestamos con el mismo GRISPIGNI, quien respondía a sus adversarios que ellos "no podían concebir a un representante de esta tendencia sino en el acto de medir cráneos y analizar crines..."²².

Resumiendo tenemos: que frente a las afirmaciones de la Escuela Positiva, puede darse responsabilidad jurídica frente a los imputables como frente a los inimputables; sin embargo se trata de una responsabilidad diversa, porque mientras la res-

²¹ F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, 1952, pág. 107.

²² F. GRISPIGNI, *op. cit.*, vol. II, prólogo XIII.

²⁰ E. FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, 1933.

reponsabilidad de los imputables consiste en el deber de someterse a una pena, en cambio la responsabilidad de los inimputables consiste en el deber de someterse a una medida de seguridad. Esto exactamente es lo que establece nuestro Código Penal, como lo probaremos adelante.

B) *Concepto de la culpabilidad.* Hemos visto lo relativo a la imputabilidad, veamos ahora aquello que concierne en términos muy generales a la culpabilidad. La culpabilidad, dice FRANCESCO ALIMENA²³, es referibilidad psíquica, pertenencia espiritual, del hecho al agente, es participación psicológica del agente al hecho. La culpabilidad representa el elemento subjetivo del ilícito penal. Para que un determinado comportamiento humano se pueda calificar como culpable, es necesario que el agente se ponga como causa moral del hecho mismo, en otras palabras, es necesario que la acción incriminada, se le pueda atribuir, imputar, como *suya*, como algo que le pertenece psicológicamente. Esta es la culpabilidad.

Desde el punto de vista subjetivo, afirma MUSOTTO²⁴, se atribuye al hombre aquello que él ha querido, como desde el punto de vista objetivo se le atribuye solamente aquello que él ha causado. Se habla comúnmente en materia de culpabilidad de una causalidad psíquica, para diferenciarla de la causalidad física, sin embargo es preferible designar este elemento como culpabilidad o como elemento psicológico del delito. En español, el término "culpable" entre las gentes poco versadas en estas materias adquiere el mismo significado de "responsable", pero no pueden ser términos sinónimos, por lo menos desde el punto de vista del derecho, ya que culpabilidad y responsabilidad no son jamás la misma cosa.

En cuanto culpabilidad, son dos las teorías que se disputan el campo: una la llamada teoría *tradicional o psicológica*, según la cual para haber culpabilidad, basta el simple nexo de naturaleza psicológica entre el agente y el hecho, sin agregar a ese nexo nada más. Probado o establecido ese nexo, queda constatada la culpabilidad. Recientemente ha nacido en Alemania otra teoría, la llamada *concepción normativa* de la culpabilidad. Se ha dicho por sus sostenedores que la culpabilidad implica una *valuación*, un juicio de valor, y no solo una *constatación*. De manera que la culpabilidad no sería el mero nexo psíquico, sino que lleva implícitos conceptos de reprochabilidad, de contrariedad al deber; la culpabilidad no sería el mero nexo psicológico, sino el producto de la valuación de este nexo.

Entre las dos teorías fugazmente enunciadas, corren diferencias abismales ricas en consecuencias prácticas. Los límites del presente escrito no nos permiten hacer un análisis más detenido de esas consecuencias. Para nuestros fines, basta afirmar que aceptando la teoría de la culpabilidad normativa, se presenta mucho más lógica la posición de la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, aunque como veremos, no es exacta en todas sus consecuencias. G. BETTIOL²⁵, uno de los tantos juristas italianos seguidores de la teoría normativa de la culpabilidad afirma: "El

juicio de *reprochabilidad* (en el que se funda la esencia de la culpabilidad) supone la libertad de actuar, pues no es lógicamente posible reprochar a alguien de haber cometido un determinado hecho si era necesitado a cumplirlo".

2) Estamos ahora en capacidad de rechazar la tesis de quienes pretenden confundir la culpabilidad con la responsabilidad o dando por lo menos a los dos términos un valor igual. Resulta impropia como dice PETROCELLI²⁶ la expresión corriente de *responsabilidad* por dolo, por culpa o por delito preterintencional. "El dolo y la culpa son formas de culpabilidad, no de responsabilidad. Responsabilidad, de *respondere*, no puede referirse en particular a este o aquel aspecto del ilícito, sino que indica en sentido propio aquello que está a cargo del agente y deriva de *todo* el ilícito, cuando resultan establecidos los elementos que lo constituyen".

En un reciente estudio realizado por los doctores JORGE E. GUTIÉRREZ ANZOLA y BERNARDO GAITÁN MAHECHA²⁷ y el cual será objeto de un examen más detenido, en otra parte del presente escrito, han pretendido que culpabilidad (dolo y culpa) es igual a responsabilidad. Las palabras de estos dos eminentes juristas son estas:

"Significa lo anterior, en síntesis, que los sujetos inimputables no pueden ser llamados a *responder en juicio*, porque en esta etapa del proceso, probados previamente los elementos objetivos del delito, se resuelve únicamente el problema de la responsabilidad o sea *la existencia del dolo o de la culpa*". (Subrayo).

Que contra los inimputables no puede dictarse jamás auto de enjuiciamiento porque "su infracción no puede ser ni intencional ni culposa según el art. 12 del Código Penal *yetos fenómenos son los que se resuelven en el juicio exclusivamente*" (subrayo). Más adelante ratifican sus afirmaciones así: "afirmando que para la aplicación de las medidas de seguridad, basta con demostrar los elementos objetivos y las circunstancias que requiere el art. 29" sin ponerse a averiguar nada más, porque esto por sí solo excluye la posibilidad de un juicio *para resolver sobre responsabilidad que se refiera al dolo y a la culpa*" (subrayo).

De suerte que como lo sostienen estos dos insignes juristas no cabe diferencia substancial entre culpabilidad y responsabilidad. *Nosotros no no sentimos de adherir* a estas tesis. Ya hemos dicho y ahora lo afirmamos que culpabilidad y responsabilidad no son términos sinónimos, ni por lo consiguiente, se refieren a los mismos aspectos del delito. La culpabilidad es un elemento del delito constituida por el dolo, la culpa y la preterintención, la responsabilidad se refiere a la totalidad de los elementos que entran a componer la economía del ilícito penal.

De otra parte, no creemos que estén en lo cierto estos dos ilustres juristas, cuando afirman que en el juicio se resuelve únicamente lo relativo al elemento psicológico, que ellos llaman responsabilidad. En el juicio, creemos nosotros, además del elemento psicológico (dolo, culpa y preterintención) o sea la culpabilidad, se van a discutir otros problemas no menos esenciales que pueden necesariamente

²³ F. ALIMENA, *La colpa nella teoria generale del reato*, 1947, pág. 153.

²⁴ G. MUSOTTO, *Diritto penale*. P. 6, 1953, pág. 137.

²⁵ G. BETTIOL, *op. cit.*, pág. 309.

²⁶ B. PETROCELLI, *La colpevolezza*, pág. 7.

²⁷ J. E. GUTIÉRREZ A. y BERNARDO GAITÁN, *La responsabilidad frente al Código Penal colombiano*, Rev. Instituto Ciencias Penales, 1954, págs. 57 y ss.

modificar la *responsabilidad* del reo, cuales son la autoría, las circunstancias agravantes y atenuantes, las causas de justificación, etc. Y finalmente, y este es el punto más interesante para nosotros, en el juicio se va a discutir sobre la naturaleza de la sanción que se debe aplicar al reo. Pena o medida de seguridad. Ya trataremos más a fondo este problema.

3) La mayor parte de los modernos autores de derecho penal, sostienen que la imputabilidad funciona como *presupuesto* de la culpabilidad, extrayendo como consecuencia práctica importantísima la de que los sujetos inimputables, no pueden obrar con culpabilidad. A continuación citamos a los más destacados defensores de esta tesis. Dice G. BETTIOL²⁸ "La imputabilidad es un elemento sobre el cual se basa el juicio de culpabilidad (teoría normativa), por cuanto para mover a alguien reproche por el hecho lesivo perpetrado ocurre que este sea capaz de entender y de querer". De la misma opinión se muestra MEZGER²⁹ para quien "la imputabilidad es capacidad de culpabilidad". Por su parte afirma G. MUSSOTTO³⁰ que "para que pueda considerarse realizado culpablemente un hecho antijurídico se requiere, primero que todo, la imputabilidad del sujeto agente. Sin imputabilidad no hay culpabilidad".

De la misma opinión son entre otros S. SOLER³¹, PETROCELLI³², SCARANO³³, PANNAIN³⁴ y otros.

Una especial consideración merecen en este punto algunos autores seguidores irrestrictos de la teoría normativa de la culpabilidad, quienes consideran la imputabilidad no ya como un *presupuesto* sino como un *elemento* encerrando dentro del juicio de culpabilidad también la imputabilidad, viniendo a ser esta un concepto complejo, formado por el dolo y la culpa y también por la imputabilidad como por las circunstancias específicas que han servido de ambiente a la realización del hecho, o sea lo que FRANK llamó "el proceso normal de motivación". Estas tesis son seguidas en la actualidad por la mayor parte de los escritores alemanes, y han sido criticadas justamente por SOLER³⁵ quien afirma con sobra de razón que "si dentro del concepto de culpabilidad se colocan en identidad de rango a pesar de su heterogeneidad evidente, la imputabilidad, el dolo y la culpa, como lo hace la teoría normativa, resulta que no se podrá señalar claramente la diferencia que media entre una causa de exclusión de la imputabilidad y una causa de exclusión de la culpabilidad.

Esto precisamente es lo que sucede con autores como MAGGIORE³⁶ y MANZINI³⁷ quienes incluyen dentro de las causas de exclusión de la imputabilidad el caso fortuito,

²⁸ BETTIOL, *op. cit.*, pág. 313.

²⁹ MEZGER, *op. cit.*, pág. 87.

³⁰ MUSSOTTO, *op. cit.*, pág. 137.

³¹ SOLER, *op. cit.*, pág. 44.

³² PETROCELLI, *op. cit.*, págs. 72 y ss.

³³ L. SCARANO, *Libera volontà e libero arbitrio nel diritto penale*, 1937.

³⁴ R. PANNAIN, *Diritto penale*, 1950, pág. 570.

³⁵ S. SOLER, *op. cit.*, pág. 19.

³⁶ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 508.

³⁷ MANZINI, *op. cit.*, II, págs. 1 y ss.

la fuerza mayor y el error, que son más técnicamente, causas de exclusión de la culpabilidad. Detengámonos a considerar las afirmaciones de MAGGIORE. Dice este autor³⁸ "¿En qué relación está la imputabilidad y la culpabilidad?" Y responde: "Esta (la imputabilidad) es el *supuesto* de aquella. El hombre no puede ser llamado culpable, si antes no es imputable". Esta afirmación categórica, parece que no la profesa este autor con mucha seguridad, ya que a pág. 499 del mismo volumen I, afirma lo que sigue: "Peca, pues, de imprecisión la opinión común a muchos autores de que la imputabilidad *constituye el presupuesto* de la culpabilidad" (subrayo), la contradicción es evidéntísima. Por otra parte, consideramos que hay impropiedad de terminología y por lo tanto de consecuencias, cuando afirma a pág. 452: "¿Qué quiere decir que sin culpabilidad no hay delito? Quiere decir que no existe delito sin que la acción pueda imputarse a un sujeto (*que se convierte en sujeto imputable*) (subrayo). En otras palabras —continúa— para que pueda hablarse de delito es preciso que la simple *imputabilidad se transforme en culpabilidad* (subrayo). Y esto sucede en virtud de un juicio de reprobación".

Nos deja verdaderamente perplejos la afirmación según la cual la imputabilidad se convierta en culpabilidad, y que por lo tanto, mediante esta transformación, se le pueda reprochar al agente por tener una cierta personalidad, por sufrir de ciertas anomalías que como hemos visto constituyen el *estado o modo de ser* del agente, que se llama imputabilidad. Se llega por este camino que escogió MAGGIORE a la tesis de la "culpa de autor" que él mismo condena. Por otra parte afirmamos que la culpabilidad, es algo activo, es conducta que se exterioriza, conducta que es siempre atribuible a la voluntad del agente, y el estado psicofísico que determina la inimputabilidad o la imputabilidad, no es nunca atribuible a la voluntad del sujeto, por lo menos en los casos de sordomudismo, de minoría, y en general de perturbaciones mentales. Pese a que nuestro Código Penal no ofrece suficientes bases para sostener estas tesis, ellas han sido afirmadas por los doctores GUTIÉRREZ y GAITÁN en los apartes antes transcritos. La única base que ofrece el Código Penal colombiano es la del art. 12, ya veremos sin embargo cuáles fueron las causas que originaron la redacción un poco caprichosa de dicho artículo.

En Italia, una buena parte de los autores, con argumentos traídos de las disposiciones del Código vigente, sustentan la tesis según la cual no se puede considerar a la luz de dicho Código la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad.

Para orientar mejor los argumentos de quienes tal cosa afirman, transcribimos para mayor comprensión, las disposiciones del Código Penal italiano que se refieren a la imputabilidad.

Dice el art. 85, que está colocado en el título IV que se denomina *Del reo y de la persona ofendida con el reato*: "Nadie puede ser sancionado por un hecho previsto por la ley como reato, si al momento de cometerlo no era imputable. Es imputable el que tiene la capacidad de entender y de querer". El Código acoge el concepto de imputabilidad, como estado o modo de ser del agente al momento de la

³⁸ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 452.

comisión del ilícito. La interpretación de esta disposición ha dado origen a muchas e interesantes discusiones entre los juristas italianos. Ya hemos visto las tesis sostenidas por BETTIOL, MAGGIORE, MUSSOTTO, PANNAIN, SCARANO, MANZINI, etc.

Otro grupo de juristas, entre los que se cuentan ANTOLISEI³⁹, GRISPIGNI⁴⁰, RANIERI⁴¹, GALLO⁴², PIACENZA⁴³, VACCARO⁴⁴, etc., afirman que no se puede decir que la imputabilidad pueda considerarse como presupuesto de la culpabilidad, pudiendo darse por lo tanto una acción con todas las características del reato aunque sí realizada por un sujeto inimputable.

Los argumentos propuestos por estos autores se pueden sintetizar así: Se ha dicho primeramente, que la colocación sistemática de la imputabilidad en el capítulo que hace relación al *reo*, y no al *reato*, es rica en consecuencias prácticas. Si esto es así, la imputabilidad pertenece a la *teoría del reo* y no a la *teoría del reato*, de suerte que no existirían tan estrechas relaciones entre una y otra, tanto que puede darse reato sin imputabilidad.

En segundo lugar, se ha afirmado interpretando artículos del Código Penal italiano, que la duración de las medidas de seguridad no se puede establecer independientemente de la consideración de la naturaleza del elemento psicológico que acompañó la acción delictuosa. Estos argumentos son traídos directamente de los que disponen los artículos 222 y 224. El art. 222 se refiere a los casos en que el agente cometió el delito, en estado de enfermedad psíquica, intoxicación crónica producida por el alcohol o por sustancias estupefacientes o por sordomudismo, etc., ordenando en estos casos "la reclusión en un manicomio judicial por un tiempo no inferior a dos años, salvo que se trate de contravenciones o delitos culposos".

A su turno, el art. 224 que se refiere a los "menores no imputables", dispone que cuando un menor de 14 años cometa un hecho considerado por la ley como reato, "el juez teniendo especialmente cuenta de la *gravedad del hecho* y de las condiciones morales de la familia" etc., aplicará la sanción correspondiente. Ahora bien, la *gravedad del hecho* a la cual se refiere claramente este artículo, se establece especialmente considerando lo que dispone el art. 133 que en su parte pertinente dice, que la gravedad del hecho se valora "*por la intensidad del dolo y el grado de la culpa*" (ordinal 3°).

Finalmente se ha sostenido que las normas que en el Código Penal italiano (arts. 42, 45, 46 y 47) se refieren al elemento psicológico y a las causas que lo excluyen, deben necesariamente aplicarse también a los sujetos no imputables, ya que como ha sido dicho con mucha autoridad, no es posible aplicar una medida de seguridad a un inimputable, que ha realizado el hecho por caso fortuito o fuerza mayor, o por error esencial de hecho.

³⁹ F. ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, Riv. italiana Dir. Pen., 1940.

⁴⁰ F. GRISPIGNI, *Diritto penale*, vol. II, prólogo.

⁴¹ S. RANIERI, *Diritto penale*, vol. I, pág. 470.

⁴² M. GALLO, *L'errore del non imputabile*, Scuola Positiva, 1949, pág. 34.

⁴³ S. PIACENZA, *L'errore nel reato del non imputabile*, S. Pos., 1948, pág. 446.

⁴⁴ VACCARO, *Il reato del non imputabile*, Scuola Positiva, 1948, pág. 1.

¿Acaso un muchacho de trece años, se pregunta ANTOLISEI⁴⁵, no puede herir a un compañero con intención? ¿Acaso no puede herirlo por imprudencia manejando por ejemplo un revólver cargado? ¿Quién querrá de otra parte, continúa el eximio escritor, sostener que no hay diferencia entre el hecho de un paranoico que mata deliberadamente a su presunto perseguidor, y el del alcoholizado que, guiando su automóvil, determina sin quererlo la muerte de un peatón?

Algunos autores interpretando las disposiciones del Código Penal italiano conforme a sus puntos de vista, hablan de estos casos de un "pseudodolo y de una pseudo culpa", por ejemplo PETROCELLI⁴⁶ para quien además reconociendo capacidad de culpabilidad a los no imputables, se confundirían la visión naturalística con la visión normativa de los dos fenómenos.

Asimismo SOLER⁴⁷ para quien "decir que el inimputable, el incapaz es capaz de dolo, importa una *contradictio in adjecto*"; será capaz de querer de hecho, pero ese querer que da contenido al pretendido dolo, es irrelevante para el derecho. El loco es incapaz de voluntad jurídicamente relevante, aunque la psicología demuestre, científicamente que, determinado acto de él sea voluntario". Esta posición frente a la aceptación de la teoría psicológica de la culpabilidad, difícilmente se puede defender. ¿En qué momento se debe asertar o excluir la presencia del elemento psicológico? Para SOLER⁴⁸ "resulta torpe, después de concluir que el sujeto es imputable averiguar si ha obrado con dolo o con culpa, análisis lícito solo después de verificar las condiciones del sujeto". Para F. ALIMENA⁴⁹, por el contrario, "es del todo erróneo pensar que se pueda valorar el estado mental de un individuo, sin ver primero si existe el nexo psíquico y las formas concretas de este dolo, culpa, etc.". Una cuestión bastante difícil, es querer negar el carácter jurídico o las medidas de seguridad. Veremos ahora cuáles tesis se han creado para salvar el inconveniente.

4) La doctrina ha tomado una vía nueva para justificar la aplicación de las medidas de seguridad sin entrar a examinar el elemento de la culpabilidad. Para estos fines se ha creado, la llamada *antijuridicidad objetiva*, que serviría además para resolver algunos puntos dudosos de la teoría general del reato, como por ejemplo, los casos de la intervención de un inimputable en la comisión del reato, la participación de un reato propio, las causas de justificación aplicadas frente a las acciones de los no imputables y finalmente, lo ya dicho: la aplicación de las medidas de seguridad.

Examinemos brevemente los fundamentos jurídicos de esta nueva creación de la doctrina alemana. Bien se sabe que en la actualidad, son dos las teorías que dominan en cuanto a la estructura del reato: una, la teoría tradicional, que afirma que a componer el reato, no entran sino elementos, el elemento *objetivo* y el elemento

⁴⁵ ANTOLISEI, *op. cit.*, pág. 231.

⁴⁶ PETROCELLI, *La colpevolezza*, pág. 19.

⁴⁷ S. SOLER, *op. cit.*, pág. 18.

⁴⁸ S. SOLER, *op. cit.*, pág. 18.

⁴⁹ F. ALIMENA, *La colpa*, ed. cit. pág. 49.

subjetivo. Es la teoría de las *fuerzas de CARRARA*, la *fuerza física* y la *fuerza psíquica o moral*. De otra parte están quienes aseguran que la estructura del reato, su contenido, está integrado, no ya por dos elementos, sino por tres: el hecho, como suma de los elementos objetivos, la culpabilidad y la antijuridicidad, como contrariedad a la norma. Es la llamada teoría de la tripartición en contraposición a la teoría de la bipartición. En este sistema de la tripartición se coloca lógicamente como elemento autónomo e independiente la *antijuridicidad*; siendo diferente de la antijuridicidad de la culpabilidad, y obrando separadamente, aquella (la antijuridicidad) se resuelve en un *juicio objetivo* que se expresa por la contradicción entre el hecho y la norma objetiva de derecho penal. La distinción entre aquella que es *antijurídico* y aquello que es culpable, tiene su fundamento en el reconocimiento de una doble función del derecho: una función *valutativa* y una función *dispositiva* o *imperativa*. A esta diferente función de las normas, corresponde la clasificación de normas de *valuación* o valoración y normas de *disposición* o de comando. Unas, las de valuación, referibles a todos los coasociados, como base de una valoración objetiva de aquello que es favorable o desfavorable al interés jurídicamente tutelado; y las otras, las normas de comando dirigidas solamente a los destinatarios de la obligación y que constituyen la base para el juicio de culpabilidad. La antijuridicidad entendida objetivamente importaría la contradicción del hecho con las normas de valuación. La antijuridicidad afirma por ejemplo BETTIOL⁵⁰ "se resuelve en un juicio acerca de la lesividad del hecho perpetrado. Ella tiene pues carácter objetivo". Y luego dice: "Si es verdad que aquello que principalmente cuenta en el reato es el de ser este el desconocimiento de un valor, esto quiere decir que también en la norma penal el momento de la valoración (valuación) debe tener una autonomía conceptual y funcional respecto de aquella de comando. Esto quiere decir que la antijuridicidad se manifiesta en un juicio de desaprobación del hecho perpetrado *sin que en línea de principio este juicio sea dependiente de la desaprobación que hace relación al elemento psicológico del reato, es decir la culpabilidad*" (subrayo). Y MEZGER⁵¹ indica: "Se admite la legítima defensa contra el ataque de un inimputable pues la legítima defensa exige, en verdad un ataque antijurídico —y el inimputable puede actuar antijurídicamente según la teoría de la antijuridicidad objetiva— pero no un ataque culpable".

No es objeto del presente trabajo hacer la crítica de esta teoría, que ya ha sido realizada magistralmente por PETROCELLI en el estudio tantas veces citado de la "Colpevolezza".

Parece que entre nosotros la teoría de la antijuridicidad objetiva haya encontrado en los doctores GUTIÉRREZ y GAITÁN sus sostenedores, precisamente en tema de aplicación de las medidas de seguridad a los inimputables. Sostienen estos dos autores, en el escrito citando anteriormente, que para "determinar si es el caso de aplicar la medida de seguridad *basta con probar la existencia del elemento objetivo constitutivo del daño*, etc. (pág. 57) (subrayo). Esto precisamente es lo que afirman

⁵⁰ BETTIOL, *op. cit.*, págs. 201, 203.

⁵¹ MEZGER, *op. cit.*, pág. 89.

los partidarios de la teoría de la antijuridicidad objetiva. Una diferencia hallamos entre los autores extranjeros y los comentaristas de esta parte del Código Penal colombiano y es esta: mientras los autores extranjeros se remontan a cuestiones de teoría general del derecho para concluir con el juicio objetivo de la antijuridicidad, los autores colombianos parten de la consideración de que en el Código Penal colombiano quedó consignada la teoría de la responsabilidad legal, de la cual tienen los citados autores un concepto muy personal, respetabilísimo desde luego, pero inaceptable para nosotros. Contra la tesis de la antijuridicidad objetiva se ha dicho, que admitiendo que el hecho del inimputable sea antijurídico, no se está admitiendo con ello la antijuridicidad objetiva, porque no es cierto que en el caso del incapaz, la conducta venga en consideración solamente por el aspecto objetivo, y no también por el subjetivo.

De otra parte, aun en el caso del hecho del incapaz es necesario acertar la existencia de un nexo de naturaleza psicológica entre el autor y ese hecho. La voluntad aunque inmadura, ha dicho ANTOLISEI⁵² debe haber intervenido de manera que se pueda considerar como propia del agente la conducta que realiza el hecho delictuoso. Esta tesis ha sido sostenida con brillo singular por GRISIGNI, en la monografía intitulada "La responsabilidad jurídica de los llamados inimputables" publicada en la Escuela Positiva en el año de 1920.

C) *La responsabilidad penal*. ROMAGNOSI distinguió con las siguientes palabras, la imputabilidad de la responsabilidad: "Una cosa es la imputabilidad y otra cosa es la responsabilidad. Con la primera se le atribuye a alguien un determinado efecto como causa productiva del mismo. Con la segunda se pretende obligar a alguien a resarcir un daño y a sufrir una pena con motivo de aquel dado efecto. La imputabilidad es cosa de hecho, la responsabilidad es cosa de derecho". La responsabilidad, dicho con palabras más simples, es la obligación de sufrir las consecuencias jurídicas del reato. Por eso hemos dicho en otro lugar, que se responde por *todo* el reato. Para MAGGIORE⁵³ no se puede hacer distinción substancial entre la imputabilidad y la responsabilidad. Nosotros, por razones ya expuestas, preferimos con la gran mayoría de la doctrina hacerla, para distinguir entre causas de exclusión de la imputabilidad y aquellas que excluyen el reato.

D) *La responsabilidad legal*. La doctrina de la responsabilidad legal, creación de la Escuela Positiva, se elevó por primera vez a disposición penal positiva, en el Proyecto Ferri de 1921, que en su art. 18 disponía: "Los autores y partícipes de un delito son siempre legalmente responsables, excepto los casos de justificación del hecho". "La razón jurídica fundamental, dice FERRI⁵⁴, de esta que yo llamé, en el campo teórico responsabilidad 'social' (es decir frente a la sociedad) y en el campo práctico responsabilidad 'legal', cuando se concreta en una norma de ley, como por ejemplo en el art. 18 de nuestro proyecto, se resume en estas palabras mías: El hombre es responsable siempre de todo acto que realice, solo porque y en

⁵² ANTOLISEI, *L'analisi del reato*, ed. cit., pág. 30.

⁵³ MAGGIORE, *op. cit.*, pág. 484.

⁵⁴ E. FERRI, *Principios de derecho criminal*, 1933, pág. 225.

tanto vive en sociedad". El principio de la responsabilidad legal admite, si no una valuación ética o religiosa de la culpa en el sentido tradicional, sí una valuación psicológica y social según las circunstancias reales y personales de cada delito. No se produce, por lo tanto una nivelación jurídica de la materialidad exterior de los actos delictivos, pero sí una *diversidad de tratamiento* (legal, judicial, ejecutivo) que no ofende y antes bien satisface el sentir común. Cuando se afirma, como lo hace la Escuela Positiva, que a la norma general por la cual todo delincuente es siempre responsable del delito cometido, va siempre unida inseparablemente la otra norma general de que "la sanción represiva debe adaptarse a la responsabilidad (fisiopsíquica y social) de cada delincuente en referencia al delito que se le imputa". Basten estas someras explicaciones para dejar sin firmeza objeciones del siguiente tenor: "los positivistas quieren poner a un mismo nivel, el acto del imbecil, del niño, del sano de mente y del adulto, suprimiendo desde el punto de vista teórico lo que realmente se da en la naturaleza". A estos y parecidos argumentos, responde el mismo FERRI⁵⁵ "nosotros, en cambio, queremos que sean tratados diversamente el niño y el sano de mente, y por ello hacemos destacar y en mayor grado, por cierto, las diferencias de sus respectivas personalidades".

En el Proyecto Ferri de 1921, afirma categóricamente GRISPIGNI⁵⁶ la existencia del hecho en sus dos elementos objetivo y subjetivo, era solamente uno de los requisitos para la aplicación de aquellas que el Proyecto llamaba sanciones criminales. Pero eso no era suficiente, porque para aplicar una sanción más bien que otra, era necesario acertar la sanidad o madurez mental, para aplicar algunas sanciones como la reclusión, la multa, etc., mientras era necesario que se tratara de un enfermo de mente peligroso para aplicar la segregación en un manicomio, es decir que la *imputabilidad en el Proyecto Ferri funcionaba como criterio para diferenciar los reos y la naturaleza de la sanción, en el mismo idéntico modo, como hoy proponen los retribucionistas*" (subrayo). Por eso no aceptamos observaciones como esta de SOLER⁵⁷ según la cual "dentro de un código positivista hipotético, existe la diferencia cuidadosamente ocultada (subrayo) entre imputables y no imputables, entre culpables y no culpables, entre penas y medidas de seguridad.

Esto que afirma GRISPIGNI del Proyecto Ferri, es exactamente lo que sucede en el Código Penal colombiano, hecho sobre las bases del citado Proyecto Ferri. En verdad, ¿qué diferencia esencial corre entre el art. 18 del Proyecto y el art. 11 del Código colombiano vigente? Y ¿qué diferencia corre entre el art. 29 del Código colombiano y el art. 33 del Proyecto, que disponía "El delincuente que sin ser alienado se halle en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o por otra substancia venenosa, o en estado de grave anomalía psíquica, será segregado, etc.?" Nos haríamos interminables en las citas de comparación.

⁵⁵ E. FERRI, *Principios de derecho criminal*, pág. 232 en nota.

⁵⁶ F. GRISPIGNI, *op. cit.*, vol. II, prólogo (nota).

⁵⁷ S. SOLER, *op. cit.*, vol. II, pág. 458, nota 7.

Se ha pretendido afirmar que existe una contradicción entre lo dispuesto por el art. 11 y el 12, ya que el art. 11 no habla de un elemento psicológico propio, mientras el 12 sí. De suerte que la responsabilidad legal, se niega precisamente porque el art. 11 no hace mención expresa ninguna sobre el elemento psicológico. Esta tesis ha sido planteada entre nosotros por los doctores GUTIÉRREZ ANZOLA y GAITÁN MAHECHA, en el escrito citado. Los argumentos propuestos por estos dos juristas, son los siguientes:

"Pero se afirma que nuestro Código consagra la llamada responsabilidad legal, y que por virtud de esta *incierta y absurda figura doctrinaria* (subrayo), los sujetos y personas de que habla el art. 29 del Código son responsables porque han infringido la ley. Quienes sostienen que el Código Penal colombiano establece la responsabilidad meramente legal en el art. 11 incurrir en un error funesto, ya que allí únicamente se afirma la *responsabilidad por la infracción penal* (subrayo), y si como hemos visto, solamente puede en derecho penal concebirse la infracción en cuanto concurren todos y cada uno de los elementos señalados en la norma penal en referencia, el género de responsabilidad que en la citada norma se establece es el de la *concepción jurídica* (subrayo), o sea, atribución de la consecuencia punitiva *derivada de la acción dolosa o culposa* (subrayo) (pág. 51). Más adelante se afirma lo siguiente: "la llamada responsabilidad legal es un concepto sin *respaldo jurídico alguno*, y una *entelequia carente de realidad*; mejor dicho no existe. Existe simplemente la *responsabilidad penal* (subrayo)... Quien actúa careciendo de la *capacidad de acción* (subrayo) por vía de dolo o culpa, es apenas un inimputable... etc."

Se afirma asimismo por estos dos eminentes juristas, que un auto de proceder dictado contra un inimputable "es nulo de nulidad absoluta, porque versa sobre materia que *no le corresponde resolver al jurado en conciencia, ni al juez en derecho...*" y porque para colocar al agente en el art. 29 *se requiere previamente la prueba de la anormalidad* (permanente o transitoria) y se sabe entonces de antemano que es inimputable y *por ende no responsable penalmente* (subrayo). En un reciente, denso volumen, el profesor GUTIÉRREZ ANZOLA⁵⁸ ha hecho afirmaciones muy interesantes sobre el tema que nos ocupa, apartándose en ciertos puntos de sus anteriores opiniones y sosteniéndolas resueltamente en otras partes de su obra. Dice como sigue el eximio jurista, refiriéndose al Código Penal: "Afirmaron los autores de esta obra trascendental en su tiempo, que hay un grupo de personas, comprendidas en el art. 29, las cuales no son imputables por ser anormales, y su *responsabilidad* (subrayo) es puramente social o legal como lo expresaron en la exposición de motivos. Dicha *responsabilidad* (subrayo) los hace acreedores a una sanción que es la medida de seguridad la cual tiene como fundamento la defensa social"⁵⁹. En estos apartes, se muestra el autor un poco lejano de sus primitivas afirmaciones que fueron transcritas en otro lugar de este trabajo.

⁵⁸ J. E. GUTIÉRREZ ANZOLA, *Doctrina y práctica del Estado peligroso en Colombia*, Bogotá, Ed. Diario Jurídico, 1956.

⁵⁹ J. E. GUTIÉRREZ ANZOLA, *op. cit.*, pág. 15.

Afirma, sin embargo a página 171 de su obra, el profesor GUTIÉRREZ lo que sigue: "No se escapa a nadie que el decreto 0014 está imbuido de un marcado sentido positivista, mediante la simple responsabilidad *legal* u *objetiva* (subrayo), en donde no entra en juego ese elemento culpabilidad que presupone capacidad de entender y de querer, de determinarse voluntariamente".

"Nuestro estatuto penal modelado en principio de conformidad con tales fundamentos —los positivistas— *limitó* (subrayo) las medidas de seguridad para los sujetos de que habla el art. 29 del C. P., pero *sin sustraerlos de la denominada responsabilidad legal u objetiva*" (subrayo).

Con las anteriores transcripciones consideramos que se pueda apreciar fácilmente el pensamiento de estos dos autores. Nuestra opinión sobre el particular es la que sigue.

Ante todo, creemos firmemente que se hace una confusión lamentable entre lo que se llama *responsabilidad legal* y la llamada *responsabilidad objetiva*. Solamente cuando se haga el deslinde entre estas dos formas o especies de responsabilidad, se tendrán claras las nociones de responsabilidad legal. Hemos afirmado, y ahora lo repetimos, que la responsabilidad legal es una doctrina que se creó, como contraposición a la teoría de la responsabilidad moral.

La responsabilidad *objetiva* se refiere al *hecho*, al *evento* o resultado que viene puesto a cargo de un sujeto *independientemente* del examen sobre el elemento psicológico, en cambio la responsabilidad *legal*, se refiere al *sujeto*. Con la responsabilidad *legal*, se mira propiamente a buscar un elemento psíquico en el hecho aunque sí ha sido realizado por un sujeto imputable.

En otras palabras, con la *responsabilidad objetiva*, se pone a cargo del agente un determinado resultado o evento, teniendo en cuenta *exclusivamente* la relación de causalidad que va entre su acción y ese resultado o evento, *independientemente* como hemos dicho del examen sobre la culpabilidad. Casos de responsabilidad objetiva, se encuentran en nuestro Código, muchos, desgraciadamente. Piénsese por ejemplo en el régimen de las contravenciones tipificado en el art. 13 del C. P. y que a la letra dice: "En las contravenciones *la simple acción u omisión* hace responsable al agente". ¿Qué significa esto? Pues sencilla y llanamente que en tratándose de contravenciones no hay necesidad de hacer ningún examen sobre la culpabilidad del agente, es decir, que aquí nace la responsabilidad por el simple nexo de causalidad. Esta es la responsabilidad objetiva.

En el caso del delito preterintencional, ¿a qué título subjetivo se le atribuye el resultado más grave al agente? No podrá ser a título de dolo, como se ha pretendido afirmar entre nosotros, porque entonces por qué preterintención? Ni a título de culpa, porque contrariamente a lo que se piensa, sí es posible la coexistencia de los dos fenómenos psíquicos (dolo y culpa) en una misma acción, por la muy simple razón de que estamos frente a dos *eventos*, a dos *resultados* diferentes. La culpa no se puede admitir, porque en el homicidio preterintencional, que es el único delito que se puede cometer con este elemento psicológico, no se encuentra ni imprudencia ni negligencia, ni impericia, que como se sabe dan origen a la culpa.

El Código en el art. 385 no habla para nada de culpa. De suerte que conforme a la mejor doctrina, nosotros creemos que en este caso, el resultado muerte en el homicidio preterintencional, se le debe cargar al agente a título de responsabilidad objetiva. En la práctica habrá que probar que la acción que tendía a la lesión fue la causa del resultado más grave; es decir, hay que establecer el nexo de causalidad física.

Responsabilidad *objetiva*, es la que se presenta en relación a los delitos que la doctrina extranjera llama *calificados* o *agravados* por el evento. Medítese por ejemplo el caso del art. 318 que dice: "Si los actos ejecutados obre la víctima *le ocasionaren la muerte o grave daño en su salud*, la pena... etc.", se refiere este art. al caso de la violencia carnal agravada por la muerte de la víctima. ¿A qué título le viene el evento muerte a cargo del agente? A título de dolo, entonces ¿estaríamos en presencia de un homicidio doloso conforme al art. 362; a título de culpa? Y ¿qué clase de culpa? ¿Y por qué culpa? Es clarísimo que aquí estamos frente a un caso de *responsabilidad objetiva*, basta establecer la relación de causalidad entre los actos violentos y la muerte, y eso es suficiente para que la pena sea agravada y el agente responda por lo tanto del resultado más grave.

Reflexiónese, para no hacernos más largos en las citas, en los arts. 206, 258, 263, 396 del Código Penal.

La responsabilidad *legal*, por el contrario, no prescinde de la consideración del elemento psicológico del reato. Aun en el caso de que el reato haya sido cometido por persona inimputable, es preciso averiguar la culpabilidad, porque para nosotros, la culpabilidad no es en el Código Penal colombiano, presupuesto de la imputabilidad, como lo sostienen estos dos ilustres penalistas. Los redactores del Código sí tuvieron una idea muy clara de lo que es la responsabilidad *legal*, bástenos citar estas palabras terminantes del doctor RAFAEL ESCALLÓN⁶⁰ pronunciadas precisamente cuando se discutía el art. 11 del Código que consagró la responsabilidad legal. Dijo en esa ocasión el eximio jurista en relación con una constancia que dejara el doctor CÁRDENAS y contenida en los siguientes términos: "El doctor Cárdenas deja la siguiente constancia: Que en principio y por el curso de la discusión del art. 11 *ha aceptado como base de la imputabilidad penal la responsabilidad legal* (subrayo), y la ha aceptado porque desde la comisión anterior aceptó la responsabilidad social, pero le quedan algunas dudas acerca de la necesidad de *consignar expresamente algún elemento subjetivo*, de manera especial en lo que respecta a los delincuentes normales. El doctor ESCALLÓN manifiesta que de la configuración de la *responsabilidad legal* y de la de cada delito en particular, *surge necesariamente el estudio de los elementos subjetivos* (subrayo) y que por tanto el art. puede considerarse como comprensivo de *toda clase de elementos*. Sin embargo, para despejar toda duda, podría aceptarse una fórmula que dejara absolutamente satisfechos a todos los miembros de la comisión".

⁶⁰ Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal, acta núm. 20, vol. I, págs. 73, 74.

Las dudas del doctor CÁRDENAS quedaron consignadas en el actual art. 12. No queda la menor duda por lo consiguiente que en tratándose de responsabilidad legal, no se excluye en manera alguna el examen sobre el elemento psicológico que acompañó la acción delictuosa. El texto del art. que se discutía, estaba concebido en los siguientes términos: "Todo el que incurra en una infracción prevista por la ley penal es responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código". Esta disposición es esencialmente igual al vigente art. 11, con la sola diferencia de que se cambió la palabra "incurra" por la palabra "cometa", la preposición "por la ley", por la preposición "en la ley" y el verbo ser que estaba en presente (es) se puso en futuro (será). De otra parte, para negar que el Código Penal consagró en el art. 11 la responsabilidad legal, no basta con hacer afirmaciones apriori, sino que es necesario dar razones jurídicas ya que es un asunto de esa naturaleza el que se discute.

No es tampoco cierto ni menos lógico, afirmar que la responsabilidad legal "no excluye a los inimputables" ya que como lo hemos visto, para cobijar a los inimputables fue para lo que se creó la responsabilidad legal, de suerte que no podía dejarlos fuera de su acción. Finalmente ¿cómo se puede afirmar que no es al juez de derecho, ni al juez en conciencia a quien corresponde decidir sobre la imputabilidad o inimputabilidad del agente? Si no es al juez, ¿entonces a quién? Y si no es en el juicio, entonces ¿en cuál fase del proceso?

Ni vale decir que para llamar a juicio a un sujeto hay necesidad de establecer su "responsabilidad penal", como si la responsabilidad legal no fuera también penal. Lo es, por la sencilla razón de que el art. 11 que la consagra hace parte del Código de los delitos y de las penas.

Contra la teoría que ahora criticamos, existen argumentos textuales de la misma ley. Por ejemplo, el art. 63 habla de que "el manicomio criminal se destina para recluir a los alienados que cometen delitos para los cuales se señalan penas de presidio... etc.". El art. 1° de la ley 83 de 1946 "Orgánica de la defensa del niño", utiliza en relación con las acciones delictuosas cometidas por menores, expresiones totalmente inequívocas. El art. 1° habla de la infracción penal como condición para aplicar las medidas consignadas en la misma ley; el art. 12 habla del caso de que un menor "sea sorprendido en flagrante delito"; el art. 21 se refiere a la culpabilidad del menor; el art. 25 se refiere a la "calificación legal del delito cometido por el menor", etc., etc.

Nosotros sostenemos que el Código Penal colombiano acogió la teoría de la responsabilidad legal y que quedó consignada en el art. 11 del Código actualmente en vigencia. Afirmamos asimismo que a nuestro modesto parecer, tal teoría no peca contra ningún principio de orden ético-religioso. Afirmamos también, que en el Código Penal colombiano, la imputabilidad no es presupuesto de la culpabilidad, y que por lo tanto, el juez al graduar la duración de las medidas de seguridad para los inimputables, debe necesariamente tener en cuenta la gravedad del delito cometido, para cuyo juicio tendrá especialmente en cuenta la naturaleza del elemento psicológico (dolo o culpa) que acompañó la acción criminal. Afirmamos, que en el

Código Penal colombiano, la imputabilidad, entendida como modo de ser o estado del agente al momento de cometer el reato, funciona como presupuesto para la pena, en sentido estricto.

Las conclusiones anteriores, encuentran un sólido respaldo en la jurisprudencia constante tanto del Tribunal como de la Corte Suprema de Justicia. Citamos los fallos más recientes:

El H. Tribunal de Bogotá, dijo en reciente sentencia al fallar sobre un asunto penal en el que intervenían unos menores:

"El robo, les es imputable como coautores, a XX y NN, y de él son ambos penalmente responsables porque de acuerdo con lo previsto en el art. 11 de nuestro Código Penal que consagró la responsabilidad legal (subrayo) "todo el que cometa... etc.". La presunta anomalía psíquica de que hubieren podido padecer en el momento de cometer el delito, no hace desaparecer la responsabilidad. Estas anomalías en el caso de existir y de ser graves solo inciden en la aplicación de las sanciones" (subrayo)⁶¹.

Y la H. Corte Suprema ha dicho varias veces: "Todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera que sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el C. P. abrogado desapareció por completo de la nueva ley (subrayo). De consiguiente, la responsabilidad se predica de todo el que infrinja la ley penal. La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues si el sujeto es normal ha de sufrir la condenación a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca más adaptable a su personalidad. Las penas y las medidas de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la peligrosidad del sujeto criminal"⁶².

De suerte que, el principio debe ser el siguiente: La distinción entre capaces e incapaces hace relación al momento último de la relación procesal, de la aplicación de la sanción. A los imputables: penas, a los inimputables: medidas de seguridad.

⁶¹ Justicia, núms. 165 y 166. Enero a diciembre de 1954, pág. 167.

⁶² ORTEGA TORRES, Código Penal, pág. 25.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Prescriptibilidad de las medidas de seguridad

La Constitución de 1991 modificó el régimen del Código Penal en lo referente a la duración indeterminada de las medidas de seguridad. No es posible invocar la no recuperación total del inimputable autor de un injusto, o la ausencia de apoyo familiar (máxime si ha dejado de ser peligroso y está en condiciones de adaptarse a la vida en sociedad), para continuar la ejecución de una medida de seguridad.

Magistrado ponente: Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
(Sala Segunda de revisión integrada además por los Drs.

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ

Bogotá, junio 3 de 1992

Comentario: ALFONSO CADAVID QUINTERO*

Sentencia de junio 3 de 1992

Ref.: Expediente T-103; T-377; T-426
Actores: Luis Francisco Barajas, Luis Jesús Cortés González y Bernardo Gómez Sandoval.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los doctores EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO ha pronunciado

en nombre del pueblo

y
por mandato de la Constitución
la siguiente

SENTENCIA

En los procesos de acción de tutela de Luis Francisco B. contra el Juzgado Primero (1°) Superior de Bucaramanga, Luis Jesús C. G. contra el

Juzgado Once (11) Superior de Santa Fe de Bogotá, y Bernardo G. S. contra el Juzgado Segundo (2°) Superior de Bucaramanga.

Antecedentes

1. Los fallos de tutela radicados bajo los números T-103, T-377 y T-426 fueron seleccionados para revisión por la Corte Constitucional y serán examinados mediante este único acto en razón de la homogeneidad de los hechos y de las pretensiones de los accionantes, todos ellos inimputables condenados por los delitos de homicidio.

2. Los señores Luis Francisco B., Luis Jesús C. G. y Bernardo G. S. han permanecido por el término de veintiséis (26) años y cuatro (4) meses, veintidós (22) años y treinta (30) años, respectivamente, privados de su libertad con medidas de seguridad de internación psiquiátrica en manicomio criminal.

3. En el mes de noviembre de 1991 los suscritos señores B., C. y G. interpusieron, por separado, acciones de tutela contra los juzgados que inicialmente los condenaron a medidas de seguridad de mínimo dos (2) años y de máximo indeterminado. Citan como violados sus derechos a la libertad (C. P., art. 28), a la igualdad (C. P., art. 13), a la dignidad de la persona (C. P., art. 1), a la prescriptibilidad de las medidas de seguridad (C. P., arts. 28 y 29) y a la seguridad jurídica.

4. De la acción de tutela ejercitada por el señor Luis Francisco B. contra el Juzgado Primero (1°) Superior de Bucaramanga, conocido la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, la cual concedió la tutela pedida y ordenó al Juzgado Primero Superior disponer la cesación de la medida de seguridad que cobijaba al señor B.

La Sala Penal del Tribunal Superior basó su decisión en las valoraciones psiquiátricas practicadas al señor Barajas en 1990, según las cuales “se trata de un paciente anciano con el deterioro normal de su avanzada edad y que no presenta sintomatología en la actualidad, no recibiendo por lo tanto ningún tipo de medicación ni presentando problemas de manejo”.

A juicio de la Sala, “el condenado, por virtud del tratamiento a que fue sometido, que prácticamente culminó en el año de mil novecientos sesenta y ocho, en el que le fue suspendida toda medicación, ha adquirido suficiente adaptabilidad al medio social en que ha de desenvolverse”, por lo que resulta evidente la cesación de la medida de seguridad, en contra del anterior concepto del Juzgado Primero Superior de Bucaramanga para el cual “la duración de la medida de seguridad impuesta al enfermo mental permanente depende de su curación (fl. 44) por lo que no amerita ningún pronunciamiento”.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bucaramanga afirmó que condicionar la suspensión o cesación de la medida de seguridad a la recuperación de la salud mental del convicto incurable “equivale a hacerla perpetua e irredimible”, con lo que se configuraría el

desconocimiento del derecho a la libertad, a la igualdad ante la ley, a la prescriptibilidad de las medidas de seguridad, a la seguridad jurídica y a la dignidad humana.

5. El señor Luis Jesús C. G. presentó directamente en el Juzgado Quinto (5°) Penal del circuito de Santa Fe de Bogotá acción de tutela con fundamento en la violación ya mencionada.

En providencia del cinco (5) de diciembre de 1991, el juez quinto (5°) penal del circuito decidió que la solicitud del señor C. G. “no puede ser materia de acción de tutela”, por disponer el afectado de otro medio de defensa judicial y ser el Juzgado Once (11) Superior de Santa Fe de Bogotá, como autoridad judicial de quien depende la causa, la llamada a determinar si existe la supuesta violación de los derechos fundamentales del solicitante.

Impugnada la anterior providencia por el interesado, tanto el Juzgado Quinto (5°) Penal del circuito como el Juzgado Once (11) Superior de Santa Fe de Bogotá se negaron a darle trámite. El primero por considerar que su providencia era un auto de simple trámite en el cual no se resolvía sobre la acción de tutela sino que la petición del señor C. G. “debe interpretarse en sano criterio como una nueva solicitud para la suspensión de la medida de seguridad”. En criterio del segundo, el Juzgado Quinto (5°) Penal del Circuito sí era competente para resolver la impugnación porque en la decisión del cinco (5) de diciembre de 1991 “está resolviendo adversamente pretensiones del interno Cortés González”.

Luego de repetidos envíos y devoluciones de las diligencias de un juzgado a otro, estas fueron finalmente remitidas al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá. El Tribunal, como juzgador de segunda instancia, confirmó la providencia del cinco (5) de diciembre de 1991, al estimar “que las expresiones utilizadas por el Juzgado Quinto (5°) Penal del Circuito en su auto del cinco (5) de diciembre no dejan duda alguna de que consideró improcedente la acción de tutela en la situación jurídica que atraviesa C. G. y

que por lo tanto resolvió negativamente ese *petitum* de tutela aunque la misma funcionaria se haya negado luego a reconocerlo”.

El argumento central de la decisión del Tribunal Superior se basa en la improcedencia de la acción de tutela por existir otros recursos o medios judiciales, siendo evidente que “el procesado Luis Jesús C. G. dispone aún, dentro del proceso que ha motivado su privación de libertad, de la posibilidad de seguir solicitando la suspensión de la medida de seguridad que lo afecta y, en el evento de negativa por parte del Juzgado Once (11) Superior, de interponer los recursos legalmente previstos contra una determinación en ese sentido”.

6. Por su parte, de la acción de tutela interpuesta por el señor Bernardo G. S. contra sentencia del Juzgado Segundo Superior de Bucaramanga del cinco (5) de febrero de 1963, conoció la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga. Mediante sentencia del veintidós (22) de enero de 1992, dicha Sala resolvió *denegar* la solicitud de tutela formulada con el argumento de la existencia de una “amarga paradoja — atribuible a la imprevisión estatal— la de que siendo innecesaria la reclusión por haber desaparecido jurídicamente el motivo que la generara, no se la pueda ordenar judicialmente, por no darse la condición de hecho, suspensiva, impuesta por los facultativos y que los falladores no podrían obviar sino aduciendo argumentos invalidativos”.

En efecto, según el Tribunal, “al repasar el informativo procesal del peticionario se observa que desde el año 72 ha estado suplicando se suspenda el internamiento y que desde el 79 los peritos conceptúan que el tratamiento de su dolencia podría hacerse ambulatoriamente, pero condicionando esta alternativa a que un pariente o alguna institución de beneficencia quiera recibirlo, ya que por sí solo no está en condiciones de poderse valer. En el 82 se advierte que aunque es remota la posibilidad de que pueda causar daño, las convulsiones que padece han deteriorado notoriamente su mente, por lo que amerita de cuidados y atención médica permanente

(C. 4, 26). Otros informes con pronósticos semejantes se condujeron con ocasión de la reiteración del pedimento y solo en el 88 se descrepa de los anteriores. En el 89 sin embargo se torna a la tendencia precedente, repitiendo que se le puede dar de alta a condición de que su familia o alguna entidad se responsabilice de su cuidado, “porque no puede valerse por sí mismo”.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. La dignidad humana, cuya vulneración ponen de presente los reclusos que en esta ocasión han ejercido la acción de tutela, es en verdad *principio fundante* del Estado (C. P., art. 1). Más que derecho en sí mismo, la dignidad es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución.

La dignidad, como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado ni relativizado bajo ninguna circunstancia, lo que a menudo sí acaece con los derechos que deben necesariamente coexistir con otros y admiten variadas restricciones.

La naturaleza de *principio* que ostenta la dignidad humana, impide que su desconocimiento pueda ser alegado de manera principal y única como causa de la acción de tutela. Sin embargo, ella se resiente cada vez que una acción u omisión de una autoridad pública viola o pone en peligro un derecho fundamental. Además del quebrantamiento de un derecho fundamental, el accionante de la tutela puede invocar —como ocurre en el presente caso— el agravio infligido a su dignidad humana, y así el juez podrá apreciar en su fallo tanto la conculcación del derecho como la profanación de la dignidad.

2. En los libelos de tutela se denuncia la situación de desigualdad ante la ley a la que el Código Penal (arts. 94-96) sujeta a los *inimputables*. Para estos, las denominadas medidas de seguridad contemplan un mínimo, pero el máximo queda indeterminado. Tratándose

de los *imputables*, expresión quizá inexacta y que aquí se utiliza solo para contraponerla a la de *inimputables*, la ley al disponer la sanción señala un mínimo y un máximo de la pena.

El artículo 13 de la C. N. establece:

“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometa”.

De la norma transcrita puede inferirse que una hipótesis de desigualdad sería la de deducir consecuencias jurídicas diferentes de situaciones de hecho semejantes, apelando para el efecto a elementos de diferenciación irracionales o arbitrarios.

3. La naturaleza jurídica de las medidas de seguridad, no es tema pacífico en la ciencia penal. Algunos sostienen su carácter de *pena* que debe tener por lo tanto una duración definida, si no desea desvirtuar el principio de legalidad. Otros reconocen en ella una función no sancionatoria sino de protección del enfermo y de la sociedad, pudiendo levantarse o suspenderse cuando aquel no represente peligro para esta.

En materia constitucional, independientemente de su naturaleza, la medida de seguridad que afecta a los *inimputables* limita sus derechos fundamentales en cuanto supone *privación de su libertad*, la cual se encuentra justificada en la ley en cuanto hace a la comisión de un delito pero debe de todas maneras apreciarse desde el punto de vista de la *equidad de trato* frente al régimen punitivo ordinario, lo que conduce a analizar si la misma viola el *principio de igualdad ante la ley*.

4. La nota diferencial de la medida de seguridad, frente a la pena ordinaria, consiste en el “máximo indeterminado”, que aparece la primera. Podría desconocerse la *equidad de trato* y por ende el principio de igualdad si, en la limitación de los derechos fundamentales de los *inimputables*, como consecuencia de la aplicación de la ley penal, no obra un elemento diferenciador relevante que racionalmente justifique la disparidad de la pena ordinaria y de la medida de seguridad en lo que concierne a su duración.

La intención subjetiva presente en el momento de cometer el delito es el elemento que distingue las situaciones en que se ven comprometidos los imputables y que está *ausente* cuando la acción es realizada por los *inimputables*, incapaces de comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con dicha comprensión.

La conducta y el agente conforman para la ley penal un conjunto unitario que, con base en el indicado elemento, es claramente distinguible según se trate del imputable o del inimputable, de modo que las consecuencias jurídicas —pena y medida de seguridad— son diferentes y ello es así pues se originan en presupuestos diversos. La distinción que opera la ley penal, a juicio de la Corte, no es arbitraria, máxime si el legislador al otorgarle mayor peso a la intencionalidad del acto ha buscado conferirle más severidad a la pena. De otra parte, la medida de seguridad —mirada no a partir de su presupuesto sino de su consecuencia— tiene entidad y singularidad propias, explicables por su finalidad rehabilitadora del enfermo.

5. La constitucionalidad de la ley no es óbice para considerar que su aplicación en una situación particular puede resultar, atendidas las especiales circunstancias presentes, inconstitucional, y deba prescindirse de darle aplicación. Ello ocurre cuando los efectos de la ley referidos a una situación singular, producen consecuencias contrarias a la propia Constitución, en un momento inicial o posteriormente.

6. En los tres casos examinados, los reclusos han permanecido privados de su libertad por el término de veintiséis (26) años y cuatro (4) meses Luis Francisco B., veintidós (22) años Luis Jesús C. G. y treinta (30) años Bernardo G. S. En el primer caso el doctor A. S., médico psiquiatra del hospital Julio Manrique de Sibaté, donde se encontraba recluso el señor Luis Francisco B., conceptuó en valoración psiquiátrica realizada el 9 de agosto de 1990 que “se trata de un paciente anciano con el deterioro normal de su avanzada edad y que no presenta sintomatología en la actualidad, no recibiendo por tanto ningún tipo de medicación ni presentando problemas de manejo”, habiendo sido suspendida la medicación desde 1968. En el segundo caso, desde enero de 1982 el médico E. D., director del anexo psiquiátrico de la Penitenciaría Central de Colombia había conceptuado que el comportamiento del señor Luis Jesús C. G. “es tranquilo sin rasgos de peligrosidad, pero totalmente ajeno a lo que acontece a su alrededor” (...) “su permanencia en el anexo no es necesaria, consideramos de mayor beneficio su traslado a una institución psiquiátrica de beneficencia, o si las condiciones le permiten un control médico ambulatorio, bajo la responsabilidad de sus familiares”. Y, en el tercer caso desde 1982 se advirtió por parte de los especialistas D. M. A. y A. R. G., médicos forenses del Instituto de Medicina Legal, que “examinado el señor Bernardo G. S., dictaminamos que por su estado normal y físico, en la actualidad y en el momento, la peligrosidad de que vuelva a causar daño en sociedad, es de remota posibilidad”.

No obstante lo anterior, los diferentes jueces, pese a las solicitudes de levantamiento de las medidas de seguridad, fundadas en los dictámenes médicos atrás referidos, se abstuvieron de darles curso favorable. Indistintamente se alegó por los jueces ora la solo parcial recuperación del enfermo ya la ausencia de apoyo familiar que hacía temer por su integridad personal luego de adquirir la libertad.

Los motivos alegados de suyo carecen de justificación para mantener privados de liber-

tad a las indicadas personas sujetas a las medidas de seguridad. Tratándose de convictos incurables, exigir su completa rehabilitación carece de razonabilidad, debiéndose en justicia supeditar la libertad a la comprobación de la no peligrosidad aunada a la adquisición de un adecuado grado de adaptabilidad social. La ausencia de apoyo familiar, por sí misma, no es criterio suficiente para mantener indefinidamente privado de la libertad al convicto enfermo incurable, que reúne las dos condiciones anteriores, y de ser cierta esa circunstancia el campo de soluciones en un Estado social no puede limitarse de manera tan inhumana. Menos atendible es todavía el planteamiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá —Sala Especial— que no ve vulneración de derecho alguno y fundamenta la denegación de la tutela en la posibilidad que el ordenamiento le brinda al recluso, enfermo incurable, para solicitar periódicamente ante el juez que decretó la medida su levantamiento concurriendo la causal para ello, que es precisamente lo que aquel durante los últimos diez años infructuosamente trató de hacer.

7. En los tres casos examinados, los motivos invocados por los jueces para mantener las medidas de seguridad respectivas, carecen manifiestamente de razonabilidad. En estas condiciones los efectos de la ley, frente a dichas situaciones, deben cesar por contrariar expresas disposiciones constitucionales y erigirse en afrenta a la dignidad humana en una sociedad democrática y justa.

8. Según el art. 28 de la Constitución, en ningún caso podrá haber penas y medidas de seguridad imprescriptibles. Medidas de seguridad que se prolonguen indefinidamente, no obstante que su finalidad se encuentre cumplida, adquieren de hecho la característica de imprescriptibilidad que repudia el ordenamiento constitucional.

9. El ar. 34 de la Constitución prohíbe la pena de prisión perpetua. Supeditar la cesación de una medida de seguridad impuesta a un inimputable incurable a su completa rehabilitación, sabiendo de antemano que ella es

imposible, equivale a que esta haga tránsito a pena perpetua, máxime si se acredita que el convicto no reviste peligrosidad y está en grado de adaptarse adecuadamente a la sociedad. El principio *pro libertate* obliga al juez a escoger la alternativa menos gravosa para el recluso.

10. La prolongación indefinida de las medidas de seguridad —en los presentes casos— vulneró el derecho a la libertad consagrado en el art. 28 de la Constitución Política. Si bien los jueces al negarse a ordenar la cesación de las medidas de seguridad, lo hacían en desarrollo de precisas competencias a ellos atribuidas por el Código Penal, no advirtieron, en las diferentes situaciones, cómo los efectos de la ley contrariaban las mencionadas disposiciones constitucionales, justo a partir del momento en que perdía sustento la razonabilidad de las medidas de seguridad y su reiterada negativa a levantarlas producía una prolongación indefinida e injusta de las mismas.

11. Las violaciones a los derechos fundamentales que en los tres casos amparaban a los reclusos, inimputables, incurables, abandonados sin justificación jurídica y durante varios lustros de su existencia en un anexo penitenciario cuya precariedad es públicamente conocida, evidencian la transformación de una pena o medida de seguridad, en un comienzo lícitamente impuesta, en pena o medida degradante y cruel y, por tanto, inconstitucional (C. P., art. 12). La dignidad humana fue aquí desconocida, olvidándose que toda persona, en razón de su condición humana, exige igual consideración y respeto y debe reconocersele capacidad de autodeterminación y posibilidad de goce de los bienes inapreciables de la existencia. Tratándose de enfermos incurables, la autodeterminación y la posibilidad de gozar de la existencia no les puede ser negada y ellas son las que resulten más adecuadas y ajustadas a su disminuida condición física y mental. Los inimputables, enfermos incurables, pertenecen al grupo de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y el trato que la sociedad y el Estado deben dispensarles

no es el de “igual consideración y respeto” sino el de “especial consideración, respeto y atención” (C. P., art. 47), precisamente por su misma condición y en obediencia a los principios de respeto a la dignidad humana y de solidaridad, sobre los cuales se edifica el estado social de derecho (C. P., art. 1).

12. De acuerdo con lo señalado por el art. 13 de la Constitución Política y reiterado por el art. 47 del mismo estatuto, el Estado debe proteger y atender de manera especial a las personas con debilidad manifiesta por su condición económica, física y mental. Los convictos inimputables sujetos a una injusta y prolongada privación de su libertad, cesado el motivo de la correspondiente medida de seguridad, deben ser objeto de la protección integral por parte del Estado si se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, tal y como ocurre en los tres casos examinados en esta providencia. La situación descrita transforma la obligación genérica del Estado frente a las personas débiles o marginadas, en obligación específica y hace nacer el correlativo derecho a exigir las prestaciones correspondientes por parte de las personas en quienes concurren las circunstancias de debilidad manifiesta. El estado social de derecho (C. P., art. 1) impone la solución señalada ante los casos de manifiesta injusticia material y vulneración de la dignidad humana, cuando ha sido el mismo Estado el primero en eludir sus compromisos.

13. El gobierno, a través de los Ministerios de Justicia y Salud, deberá presentar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia los programas de atención y protección integral de las personas que serán beneficiadas con la cesación de las medidas de seguridad y que, en consecuencia, se reintegrarán a la sociedad en circunstancias de debilidad manifiesta.

14. La acción de tutela era en las circunstancias anotadas el medio idóneo para impedir la protección de los derechos fundamentales cercenados y para restablecer el respeto a la dignidad humana, tanto en lo que con-

ciere a su eficacia como a su efectividad, máxime si se tiene en cuenta que los medios judiciales ordinarios constantemente utilizados por los accionantes se revelaron en la práctica como insuficientes para proteger sus derechos.

15. De acuerdo con lo expuesto se procederá a confirmar la sentencia de tutela proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga del doce (12) de diciembre de 1991 y a revocar la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá —Sala Especial— del treinta (30) de enero de 1992, así como la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga del veintidós (22) de enero de 1992. Como consecuencia de la revocatoria se deberá producir en cada caso la cesación de la correspondiente medida de seguridad, a fin de restablecer a los accionantes en el ejercicio de su derecho a la libertad. En razón de la condición de debilidad manifiesta de las personas mencionadas en esta providencia, y solamente por esta circunstancia, ellas deberán permanecer en el anexo penitenciario hasta el momento en que el Estado —a través de los ministros indicados y del concurso e intervención de los organismos y personas que ellos consideren del caso vincular— asuma la protección integral, lo cual deberá producirse dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la notificación de la sentencia.

Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional,

Resuelve

Primero.—Confirmar la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga del doce (12) de diciembre de 1991.

Segundo.—Revocar la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá —Sala Especial— del treinta (30) de enero de 1992.

Tercero.—Revocar la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judi-

cial de Bucaramanga del veintidós (22) de enero de 1992.

Cuarto.—Reconocer el derecho a cargo del Estado a la atención integral, para la debida protección suya y de la sociedad, en favor de los señores Luis Francisco B., Luis Jesús C. G. y Bernardo G. S., de conformidad con los programas que para el efecto deberán presentarse y los cuales se diseñarán teniendo en cuenta las condiciones económicas, físicas, psíquicas, familiares y de todo orden de las personas nombradas.

Quinto.—Ordenar que la protección integral que se reconoce se canalice a través de los Ministerios de Justicia y Salud. En consecuencia, los titulares de los dos indicados ministerios deberán presentar dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia tanto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Fe de Bogotá y a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, así como a la Corte Constitucional —Sala segunda de revisión— sendos programas de atención integral que se ajusten a lo señalado en el punto quince (15) de los fundamentos jurídicos. En todo caso, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la notificación de esta sentencia, el Estado, a través de dichos ministerios, deberá haber asumido la protección integral de los señores Luis Francisco B., Luis Jesús C. G. y Bernardo G. S., para los efectos claramente indicados en el epígrafe cuarto de la parte resolutive de esta providencia y en los fundamentos jurídicos doce (12), trece (13) y quince (15).

Sexto.—Notificar a los ministros de justicia y salud el contenido de esta providencia a fin de que en el término indicado en la misma se proceda a dar cumplimiento a lo ordenado en ella.

Séptimo.—Ordenar que las decisiones que deben adoptarse en desarrollo de lo previsto en el art. 36 del decreto 2591 de 1991, se conformen a lo dispuesto en esta providencia y en particular a lo señalado en el numeral quince (15) de los fundamentos jurídicos.

Cópiese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

COMENTARIO

La sentencia transcrita presenta no pocos aspectos de especial importancia. Algunos, que podrían ser caracterizados por su orientación a cuestiones de casi exclusivo tratamiento por la dogmática penal, por ejemplo el referente a que los inimputables actúan sin intención, postura muy discutible en la que la Corte se apoyó buscando sustentar una posición válida, no serán objeto de tratamiento en este escrito.

Objeto de tratamiento será la exigencia de respeto a la dignidad humana durante la ejecución de la sanción penal; la prescriptibilidad de las medidas de seguridad y el fundamento asignado a las mismas.

1. La dignidad humana como criterio rector de la ejecución penal

Para quien sea ajeno a la terminología y al discurso propio de lo jurídico, y para la mayoría de los iniciados en estas cuestiones, resultaría motivo de escándalo la decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga dentro del trámite propuesto por B. G. S., según la cual el accionante debía permanecer recluso sin existir necesidad para ello, debido a una imprevisión estatal, en actitud que la Corporación, y valga la redundancia, amargamente califica de "amarga paradoja".

Lo anterior denota la deificación del texto legal dentro de una interpretación asistemática que contrasta con la finalidad que debiera tener el ordenamiento jurídico todo, de posibilitar la convivencia social, sin pasar por encima del respeto debido a cada uno de los ciudadanos, en función de los cuales, de sus derechos y de su mejorarse, dice estar el ordenamiento jurídico. Repugna al más mínimo sentido de equidad y de justicia el que se sacrifique la libertad de una persona ante la posibilidad de encontrar una disposición que expresamente solucione el caso concreto, justificando suspender la privación de un derecho que ya se ha hecho innecesaria; en actitud aparentemente respetuosa del mantenimiento de un edificio teórico que no resulta ser tal desde que se descubre que en la base del mismo existe un catálogo amplio de principios rectores y constitucionales que demandan (y demandaban en este caso), la adopción de una solución diferente.

Es evidente que mediante la imposición de una medida de seguridad se produce la restricción de una serie de derechos de que es titular el sujeto pasivo de la misma. La discusión inacabada en el medio, sobre el carácter de penas o no, que quepa predicar de las medidas imponibles a los inimputables, no puede legitimar el dejar de lado que, cualquiera sea su carácter, existe la mencionada restricción de derechos, que por su carácter sancionatorio ha de estar sometida, entre otros, al principio de legalidad.

Dentro de la perspectiva comentada es saludable y necesaria la adopción de un criterio que no eluda el sustrato común de penas y medidas: su carácter sanciona-

torio; para, a partir de ahí, someterlas a una serie de principios que han de regir la ejecución penal en sus distintas modalidades.

La necesidad de extender a este campo el principio de igualdad ante la ley resulta apremiante en el medio, y la Corte trasega por tal camino, como lo explicita en el fundamento número 3; además de acudir a un criterio totalmente realista en el número 11, al concluir que mantener a los inimputables incurables "abandonados sin justificación jurídica" en establecimientos de precariedad notoria, torna en ilícita la medida que inicialmente contaba con un carácter opuesto.

La apreciación y valoración de la realidad de la ejecución de la sanción es uno de los aspectos más trascendentales de la providencia, en un medio donde la misma ha sido desatendida de manera consuetudinaria. Solo atendiendo a la quiebra de los postulados que según el art. 12 del C. P. inspiran las penas y las medidas de seguridad, podrá construirse una alternativa efectiva al fraude que entre nosotros vienen constituyendo tales enunciados.

2. Imprescriptibilidad de las medidas de seguridad

Este enunciado constituye en punto a medidas imponibles a inimputables, quizá la modificación más importante introducida por la Constitución de 1991. Los distintos casos analizados en la providencia ponen de presente que entre nosotros las medidas habían adquirido un carácter perpetuo, en los eventos en los que se demandaba para su levantamiento la curación de quien padecía una perturbación generadora del estado de inimputabilidad, caracterizada por ser incurable.

Precisamente en estos eventos resultaba de trascendental importancia asentar la necesidad de la medida en la peligrosidad del agente: esta podía considerarse ausente, no obstante el sujeto no hubiese recuperado la normalidad psíquica. Con todo, no parece ser este el fundamento más adecuado, en un Estado democrático, de las sanciones a que se hace alusión, como se señalará en el aparte siguiente.

El que la medida no puede tenerse por imprescriptible conforme a lo dispuesto por el texto constitucional, no significa mucho más que debe fijarse un término máximo de duración de la misma, que permita establecer cuándo no podrá procederse a su ejecución, debido a su no cumplimiento efectivo, a falta de una disposición que expresamente señale el término. Sin ese máximo, como en el régimen del Código Penal, arts. 94 a 96, no habrá plazo en el cual prescriba la misma; razón por la cual el sujeto estará a perpetuidad sometido a que en cualquier momento se le recluya, en función de procurar su "curación, tutela y rehabilitación". Ello ha significado, no solo en Colombia sino también en España, hacer de los inimputables, ciudadanos de segunda categoría respecto de los cuales es inoficioso e innecesario hacer efectiva la garantía de seguridad jurídica. En función de este último aspecto se encuentra la fijación de un término de prescripción para las medidas de seguridad.

La situación, con todo, no ha sido satisfactoriamente superada. El hecho de que las medidas deban tener un carácter prescriptible, no significa que se haya fijado el término en que operará la prescripción; razón por la cual el inimputable podrá permanecer recluso en un establecimiento de características similares a los anexos psiquiátricos de nuestras prisiones, durante veinte o treinta años, tiempo

después del cual podrá por fin considerarse cumplida la medida, y que será a su vez el límite de operancia de la prescripción; o sea, el tiempo en el cual, de no haber comenzado la ejecución de la medida, esta no podrá ser llevada a efecto. Ese límite no deja de ser absolutamente irracional si se atiende a la situación a que quedará sometido el inimputable, que si en un lapso inferior al señalado no ha recuperado su "normalidad mental", seguramente ya no la recuperará; y por el contrario, seguirá sometido a un proceso que paulatinamente ha de aniquilar su individualidad.

A partir de esta problemática resulta de trascendental importancia la propuesta de algunos sectores doctrinales en el sentido de que se fije un máximo de duración a la medida de seguridad, que en ningún caso exceda al que correspondería a la pena que por la comisión de un injusto similar se impondría a un imputable. Esta propuesta halla sustento en el requerimiento de la Corte para que se brinde al inimputable un tratamiento que no resulte más gravoso que el que correspondería a quien se encuentra en condición de comprender la ilicitud de su hecho y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. De esa forma puede introducirse un criterio racional de control a la duración de las medidas de seguridad, el mismo que todavía no existe, por el solo hecho de afirmar que las mismas serán prescriptibles, con todo y lo progresista que resulte ese primer caso.

3. Fundamento de las medidas de seguridad

La Corte Constitucional señala, en apoyo a la que constituye posición doctrinal mayoritaria, que el fundamento de las medidas de seguridad viene dado por la peligrosidad del agente. Como se señaló unas líneas atrás, ello posibilitaría una consecuencia importante cuando estamos en frente de una persona que padece un trastorno incurable: el fin de la medida será establecido por la ausencia de peligrosidad y no por la curación; pues de otra manera a la aplicación de la medida de seguridad se prolongaría indefinidamente.

No obstante, nunca se ha establecido cuál es el mecanismo para determinar la mencionada peligrosidad.

Aunado a ello, en el discurso de quienes han señalado que el fundamento de las medidas en cuestión se asienta en el mencionado criterio, subyace una confusión que no ha sido superada debidamente: la peligrosidad en definitiva la fundamentan en el trastorno del agente. Si lo que se busca es aniquilar ese potencial lesividad, el sujeto será instrumentalizado, cosificado, en aras del posible aseguramiento de la no comisión de un futuro injusto. De esa forma, fácilmente se pasa por encima de los postulados consagrados en el art. 12 del C. P., que a manera de principio rector señala los fines de la medida de seguridad, todos los cuales parecen estar en función del inimputable; y que demandan posibilitar la reinserción de aquel al medio social, cuando su disfunción sea incurable.

La asimilación entre enfermedad mental y peligrosidad se ha vuelto imprescindible, dentro del discurso teórico al que se viene haciendo alusión. No obstante, no es entendible que se repugne la peligrosidad en el ámbito de los imputables a efectos de la imposición de una pena, por su carácter indemostrable; y pacíficamente se acoja respecto a los inimputables, para los cuales parece incuestionable su

existencia. Lo que nunca se ha explicado satisfactoriamente, sin embargo, es de qué manera puede explicarse la peligrosidad del inimputable: pareciera que su fundamento se encontrara en el hecho de la comisión del injusto que motivó la imposición de la medida, lo que parece hacer evidente que por lo menos un hecho similar podrá ser cometido en el futuro (con lo que se presenta palpable la identidad entre enfermedad y peligrosidad).

Con todo, no se ha demostrado que tal nexo de necesidad entre enfermedad y delito exista. De ser así, y recurriendo a las teorías de las subculturas y las contraculturas, todo sujeto que en desafío a los valores dominantes realizara un hecho punible, debería ser pasivo de una pena indeterminada, hasta que de manera irrefutable se estableciera que el individuo se ha resocializado, por la expectativa, aún mayor en este evento, de que un hecho injusto sea realizado nuevamente. La postura mayoritaria no significa otra cosa que abrir la compuerta a la consideración de que el agente estaba determinado a la realización del hecho punible, cuestión que costó años excluir del discurso jurídico en relación con los imputables.

La determinación al hecho por parte del inimputable, es sostenida por el temor que genera lo diferente, en una sociedad que solo se siente segura con el aislamiento de quien se predica que no es encuadrable dentro de las expectativas de comportamiento que llamaremos regular. Por esa razón, se acude a un argumento irracional e indemostrable, ejerciendo un control que adquiere las mismas características, frente a unos sujetos que, inclusive por mandato constitucional, demandan tratamiento preferencial.

Establecer el legítimo fundamento de las medidas de seguridad es tarea a realizar; por lo pronto, urge introducir correctivos al sistema actual. El primero, puede ser graduar la duración de la medida según la gravedad del injusto cometido, sin exceder el tiempo durante el cual se habría prolongado la pena impuesta a un imputable por la realización de un hecho de similares características, en la hipótesis de que dicha pena sea privativa de la libertad; en segundo lugar, pero no por ello menos importante, hacer efectivo el alcance de la segunda parte del art. 12 del C. P., que fija el fin de la medida en función de la mejoría del agente; no de su instrumentalización en función de una seguridad que no se sabe como justificar que será puesta en peligro.

Juzgado Quince Superior de Medellín

Antijuridicidad material en el delito de porte ilegal de armas

El alcance de la seguridad pública como bien jurídicamente tutelado se determina a partir de la capacidad dañina y de la potencia destructora de otros bienes jurídicos básicos de la conducta mediante la cual se lesiona aquel interés.

Esta base objetiva no se presenta cuando el mecanismo del arma que se porta no es apto para realizar disparos.

Medellín, junio 9 de 1992

Juez: Dr. RAMIRO MARÍN VÁSQUEZ

Comentario: JOHN JAIME POSADA O.*

Juzgado Quince Superior

Medellín, junio nueve de mil novecientos noventa y dos.

Vistos:

Después de que el pasado 10 de abril se llevara a cabo la vista pública en este proceso, adelantado por un delito que transgrede la prohibición subyacente en el art. 1° del decreto 3664 de 1986 (porte ilegal de arma de fuego de uso personal), es preciso finiquitarlo con el respectivo fallo en primera instancia, en virtud de la competencia otorgada a estos juzgados por el art. 10 del decreto 2790 de 1990. El juzgado 56 de instrucción criminal radicado en la localidad de Bello, despacho que adelantó la investigación

y vinculó al señor A. G. H. como autor de la susodicha violación —que presuntamente pone en peligro la seguridad pública—, mediante auto interlocutorio de enero 8 de 1991, no solo resolvió la situación jurídica del procesado, decretando como medida de aseguramiento la detención preventiva con derecho a excarcelación, sino que ordenó el seguimiento de la estructura procesal abreviada.

Consideraciones del despacho:

Nos encontramos frente a un caso típico de porte ilegal de arma de fuego de uso personal, doctrinariamente conocido como violación al decreto 3664 de 1986, art. 1°, acción imputada a A. G. H., a quien se le ha decomisado un revólver calibre 32 corto, con nú-

* Profesor de derecho procesal penal Universidad de Antioquia.

mero 85765, sin que haya exhibido documento legitimador al momento de la requisita ni después, delito que en hipótesis atenta contra la seguridad pública.

Se han allegado al proceso el respectivo informe policivo a Fs. 1, suscrito por el mayor J. E. P. A., comandante de la estación de policía de Bello, en donde deja a disposición al retenido A. G. H. y el arma decomisada durante una operación practicada en el barrio El Trapiche. Deja constancia el oficial de que previamente a este hecho habían sido alertados, mediante llamada telefónica de un ciudadano, sobre la presencia de un sujeto que ostentaba fama de atracador en dicho barrio. De ahí el operativo para capturar al sospechoso.

Se recibió indagatoria al sindicado G. H. a Fs. 9, cuatro días después de su captura, en donde manifiesta que al momento de su aprehensión portaba un revólver, arma que minutos antes de detenerla se había encontrado en los alrededores de la cancha de la Primavera del barrio El Trapiche; no justifica su tenencia con documento oficial —salvoconducto— y mucho menos niega o desconoce que portarla es un delito.

Se han obtenido las declaraciones de los agentes de policía: J. R. M. —Fs. 12 f. y v.—, P. P. S. G. —Fs. 12 v. y 13— y R. A. B. D. —Fs. 13 v. y 14—, intervenciones en las cuales: se ratifican acerca del procedimiento —aunque el primero un poco ajeno— y coinciden en aspectos fundamentales, como es en sí el decomiso del arma y la aprehensión del sujeto que la portaba; los dos últimos agentes son más concretos, afirman que el señor G. H. les manifestó que era el dueño de esa arma y que dizque era un celador del sector, para tratar así de justificar su porte, mas no presentó el salvoconducto.

Reposa también en el expediente el estudio de balística practicado al arma decomisada al señor G. H., experticio en el cual se señala lo siguiente: que se trata de un revólver, de los llamados popularmente “lechuzas”, calibre 32 corto, cañón con longitud de 7.5 cms., con funcionamiento mecánico en mal estado

(no posee aguja percutora), “que actualmente es nula por encontrarse el arma no apta para realizar disparos” y presenta impreso el número 85765. Basta solamente mirar los datos antes referenciados para establecer que se trata de un arma de fuego de uso personal y que requiere de permiso para su manipulación (decreto 1663 de 1979, art. 7°).

El art. 1° del decreto 2003 de 1982, que modificó el art. 6° del decreto 1663 de 1979, prescribe en el inciso 1° que “son armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil, la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química”, para advertir después en el inciso 3° que “Estas armas no pierden su carácter por el hecho de que transitoriamente no funcionen por falta o daño en uno o varios de sus elementos”.

Aparenta la última transcripción una respuesta contundente a la inquietud del ministerio público. Los deterioros pasajeros, fácilmente reparables, no afectan el concepto óntico-jurídico de arma, no desnaturalizan el instrumento como tal, pues valorativamente ese aparato, transitoriamente inutilizado, podría representar un peligro posible para la seguridad y tranquilidad públicas. A *contrario sensu*, los daños severos, que pervierten la estructura del ente conocido como “arma de fuego”, que hacen difícilmente recuperable el instrumento en su función —a pesar de una apariencia formal que pueda impresionar—, implican la atipicidad por la imposibilidad de la producción del peligro propio de un arma de fuego.

Pero la distinción entre los daños ligeros y los más o menos radicales, o entre el deterioro expeditamente reparable o el de difícil restauración, puede depender de tantas contingencias que definitivamente el injusto no debe dejarse expuesto a una eventual arbitrariedad judicial. El estatuto penal colombiano se ha sujetado al principio rector —por ende garantizador— de la lesividad o de la antijuridicidad material (art. 4°) —“*nullum crimen sine iniuria*”—, según el cual la conducta típica solo es punible si lesiona o pone en peligro,

sin justa causa, el “interés jurídico tutelado por la ley”. La consagración legal de este principio, por cuanto comporta una concepción material de la antijuridicidad y del injusto, exige una revisión crítica de los denominados delitos de peligro abstracto, es decir, aquellos en los que se presume *iure et de iure* el peligro para el bien jurídico, pues en ellos basta con demostrar la realización del comportamiento típico. De modo que, frente a la materialidad del injusto, los delitos de peligro —como el que se examina— son solo aquellos cuya realización representa una *probabilidad de lesión concreta* para un bien jurídico, esto es, que haya una relación de inmediatez temporal y espacial entre el bien y el riesgo. En suma, el valor consignado en el susodicho principio rector de la lesividad demanda la prueba de que el bien jurídico realmente —no presuntivamente— fue puesto en peligro.

Pero, ¿cuál es el bien jurídico tutelado? La seguridad y tranquilidad públicas obedecen al concepto doctrinario de bienes jurídicos colectivos o institucionales, dado que son un conjunto de factores que están permanentemente implicados en el desenvolvimiento cotidiano de los individuos y de los grupos humanos en que estos se integran. Dentro de la jerarquización de los bienes jurídicos, la seguridad pública se protege para hacer viable el amparo de los intereses vitales que la doctrina denomina bienes jurídicos individuales (o bienes jurídicos que constituyen las bases de existencia del sistema, según feliz expresión del profesor Juan Bustos Ramírez), tales como la vida, la salud individual, la libertad, etc. En principio, fuerza hacer la distinción conceptual, porque no se trata de que el porte ilegal de arma de fuego ponga en peligro inmediato la vida o la salud individual o la libertad personal o el patrimonio económico, sino que tal comportamiento afecte de veras la intersubjetividad o interfiera nocivamente la vida de relación y que, como consecuencia de tal interferencia, se impida el desarrollo real y efectivo de aquellos bienes jurídicos individuales. En otras palabras, los intereses vitales de la vida o la salud de las personas están

mediatizados —mas no olvidados o ignorados— por la preprotección que implica el bien jurídico institucional de la seguridad pública.

De modo que la puesta en peligro —concreto— debe comprobarse en relación con dicha preprotección —seguridad—, mas no directamente en relación con esos bienes básicos. Ahora bien, la seguridad o la tranquilidad públicas han de entenderse a partir de un conjunto de circunstancias *objetivas y concretas*, no del mero sentimiento —así fuese generalizado— del conglomerado humano. Si así no fuese, también constituiría injusto punible el comportamiento de un individuo que exhibe rampantemente un arma de fuego tipo imitación en su barrio, pues dicha actitud genera pánico y zozobra entre los confundidos vecinos. El injusto en este ejemplo se derruye por la atipicidad de la conducta, pero en primerísimo lugar porque lo protegido en el ámbito situacional del tipo es una relación social objetiva y concreta y no el mero sentimiento de la ciudadanía.

Débase demostrar que realmente hubo puesta en peligro de la seguridad común (desvalor de resultado), no mera afectación del sentimiento de seguridad, pues, de otro modo, se estaría sancionando la sola desobediencia a la norma que obliga al ciudadano a proveerse de salvoconducto para poder llevar consigo armas de fuego (desvalor de acto). Se dirá que esta fue la razón legislativa (o de Estado) que inspiró la redacción del decreto 3664 de 1986, pero tal razón legal debe subordinarse al contenido valorativo de los principios rectores —entre ellos el de lesividad—, que como tales no solo tienen aplicación prevalente sino que son autolimitaciones que se ha impuesto el poder penal del Estado. En un Estado socio-liberal y democrático de derecho, el principio del bien jurídico y su correlato de lesividad son límites materiales al *ius puniendi*. De suerte que solo la conjugación del desvalor de acto y el desvalor de resultado (desvalor de injusto) puede connotar la antijuridicidad de un comportamiento determinado.

Algo más, es el bien jurídico la base y esencia a partir del cual se pueden adjudicar acciones a un determinado tipo legal, así como por exclusión se señala cuáles no interesan al derecho penal. Pero recíprocamente la acción típica surge como concreción de la lesión objetiva de las normas de valoración (antijuridicidad). La tipicidad concreta, determina y delimita la antijuridicidad. Esta relación dialéctica entre tipicidad y antijuridicidad dimana de los arts. 2° y 4° del Código Penal, pues la afectación del interés jurídico tutelado por la ley se predica de la conducta típica, no de cualquier conducta. Es por ello que la facilidad de arreglo del arma deteriorada es un supuesto alejado de esa suerte de antijuridicidad típica que contiene el tipo legal, que infla el injusto con una posibilidad de conducta que imagina el juzgador pero que no ha realizado el sujeto activo, pues el comportamiento típico analizado se reduce al llevar consigo un arma de fuego que —por carencia de la aguja percutora—, no podía funcionar como tal durante el despliegue comportamental aludido. El juzgamiento no puede abarcar eventualidades de conducta, el principio rector del derecho penal de acto lo impide (C. N., art. 29 inc. 2° y C. P., arts. 1°, 2°, 3°, 4° y 5°); solo si tales expectativas se traducen en comportamientos se entra en el ámbito del injusto jurídico-penal. Pues bien, si se conjetura que maliciosamente el procesado desprendió el percutor del arma, solo el día en que porte un instrumento de fuego apto para disparar —o cuando lleve consigo también las piezas a punto de incorporarlas a la estructura principal—, si es que se descubre tal actividad, podría endilgársele el injusto en examen.

La vida de relación pacífica propia de la seguridad pública no puede corresponder a conceptos ilimitados, pues, como ya se advirtió, involucraría sentimientos y no realidades (las personas se sienten inseguras por difamaciones o por amenazas verbales, ejempligracia, pero ello nada tiene que ver con la precariedad relacional que generan las armas de fuego). Por ello, la mediatización que se hace de los valores sociales fundamentales (vida,

salud personal, libertad, patrimonio, etc.), en aras de una consideración inmediata del bien jurídico institucional de la seguridad pública, no implica un vaciamiento del bien cuyo contenido solo puede verse en aquellos. En otras palabras, como con talento señala el profesor BUSTOS RAMÍREZ, la protección de los bienes jurídicos institucionales tiene una vinculación ideológica o final con los valores sociales fundamentales —bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema, los denomina el autor—, de tal modo que la tutela de los primeros no es en sí, sino en cuanto están dirigidos a los segundos. “Más aún —agrega el connotado jurista chileno—, una protección en sí de ellos (los institucionales) solo llevaría a una concepción cerrada del sistema, a la consecución de un sistema totalitario (o por lo menos abusivo). Su protección y determinación tienen pues un límite externo a ellos mismos, que implica que no pueden ir más allá del servicio a la protección de los bienes jurídicos que están en la base de existencia del sistema. Solo así se puede mantener un sistema social abierto, que es lo propio de un Estado de derecho democrático” (“Manual de derecho penal”, parte especial, pág. 7).

Si la selección normativa para efectos penales se hizo en relación con las armas de fuego —no en relación con las cortopunzantes, por ejemplo—, es porque aquellas afectan la seguridad pública de una manera singular, afectación que solo puede verse generalmente en su mayor capacidad dañina y en su más elevada potencia destructora de los bienes jurídicos básicos. De ahí la exigencia fundamental de que, de cara a la forma comportamental que realiza el tipo legal —“portar” o llevar consigo—, el injusto solo puede configurarse si el arma tiene aptitud para el tiro, pues si carece de ella no puede generar peligro como arma de fuego sino como apariencia de la misma. Esta apariencia no puede funcionar en el delito contra la seguridad pública, pues es tanto como sancionar el ánimo sin repercusión en el bien jurídico tutelado (derecho penal de ánimo); aunque ciertamente, por ejemplo, una maniobra depredadora con un

arma de fuego inservible o tipo imitación si puede llegar a estructurar la violencia moral o intimidación como componente típico del injusto de hurto calificado (C. P., arts. 349 y 350-1), pues, al fin y al cabo, la intimidación es un fenómeno prioritariamente de efecto sobre la víctima —no tanto en la causa y su autor— y estrictamente subjetivo en relación con la misma, siendo lo más destacado la afectación real de su libertad de actuar, así se logre por medios engañosos.

De esta manera sustenta el despacho la desvertebración del injusto, por ausencia de antijuridicidad material, en los casos de manipulación de armas de fuego fuera de servicio como tales, sin que la solución dependa de la transitoriedad o permanencia del desperfecto, de la facilidad o de la dificultad en la recuperación de la aptitud del instrumento, aspectos estos tan contingentes que no resisten el rigor del análisis dogmático orientado a la aplicación segura, racional y justa del derecho. El juzgado sostiene que en tales casos no se da objetivamente el peligro concreto para el bien jurídico protegido, o, lo que es igual, la probabilidad de la lesión concreta está alejada. Quien ahora provee prefiere hablar de “probabilidad” y no de “posibilidad” de lesión al bien jurídico, pues conceptualmente todo es posible, solo que con la mera posibilidad no se halla especulativamente ni lógicamente ninguna limitación y nos invade entonces la indeterminación. Finalmente, seguridad y tranquilidad públicas, sin dirección a los bienes jurídicos de primer orden, es una mera entelequia o una determinada visión ideologizada, política o moral de la sociedad.

No ha lugar al injusto como delito ni como contravención especial (el art. 21 del decreto

522/71 fue subrogado por el art. 1° del decreto 3664/86). Como solo se configura una infracción administrativa, por violación de la prohibición plasmada en los arts. 5 y 12 del Estatuto de Control y Comercio de Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios (decreto 1663 de 1979), se procederá al decomiso del revólver aludido en este proceso y se ordenará la remisión del mismo al Comando General de las Fuerzas Militares (arts. 48 y 49, *idem*).

Se impone entonces, de acuerdo con las reflexiones precedentes, la absolución del procesado G. H.

Por lo expuesto, el Juzgado Quince Superior de Medellín, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

Falla

Abuélvase al procesado A. G. H., de notas civiles y condiciones personales plasmadas en la introducción de este proveído, a quien la relación de acusación lo vinculó por la hipótesis de porte no autorizado de arma de fuego de defensa personal, según las previsiones del art. 1° del decreto 3664 de 1986, convertido hoy en legislación permanente por el art. 1° del decreto 2266 de 1991.

Se ordena el decomiso del revólver “Lechuzza”, calibre 32 corto e identificado con el número 85765, que se remitirá al comando general de las fuerzas militares. Para su cumplimiento, ofíciase al comando del departamento de policía metropolitana.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

COMENTARIO

Varios son los tópicos de importancia que se hace preciso resaltar en la providencia que hoy comento. El orden en que se presentan los distintos puntos en la exposición no obedece a ningún criterio de selección valorativa.

1. Es innegable que la ola de violencia que ha sufrido el país en los últimos años, ha puesto en boga legislativa la adecuación típica de conductas relacionadas con las armas de fuego. Esta respuesta institucional no ha logrado aminorarla, supuesto que la ley no es el mecanismo más idóneo de solución de dicha problemática, más sí, ha permitido la expansión incontrolada de la ley penal sustantiva, generando la creación de normas caracterizadas por la violación de los principios de determinación (*nullum crimen sine lege certa*); del acto; de culpabilidad¹; sumado ello a que en materia procesal asistimos al derrumbe de la estructura mínima que garantice los derechos del implicado en un proceso penal.

Ante la avalancha legislativa nuestra judicatura ha permanecido aparentemente ajena a la grave situación que estas normas generan en relación con el individuo, convirtiéndose así en meros administradores de leyes, mas no en verdaderos aplicadores de justicia². Pues, de un lado, la Corte Suprema de Justicia se ha movido entre los extremos de la declaratoria de exequibilidad de los más inconstitucionales estatutos de estado de sitio, hasta el tener que empezar a aminorar la carga de la constitucionalidad declarada, recogiendo "a retazos" las normas que violentan la Constitución Nacional; y, de otro lado, pero en la misma perspectiva, se encuentran los jueces, quienes con todo el respeto que merecen, han lesionado gravemente la libertad individual, mediante providencias que recogen en forma inconsulta, tesis de responsabilidad objetiva por el mero porte de armas, sin ahondar en la finalidad; coautoría en el porte de las mismas; eternas discusiones acerca de si el "trabuco", constituye o no un arma de defensa personal, etc.

Se reivindica la providencia y en especial la postura del juez, por la trascendencia que en materia de la aplicación de la ley penal, se le da a los *principios rectores* y la relación que establece entre estos, y una determinada concepción política del Estado. Esta concepción macro del planteamiento dogmático-jurídico-penal, es la línea que permite, en el marco de la aplicación de la ley, establecer parámetros fijos y límites de poder en las relaciones individuo-estado, que plantea el proceso penal: "En un estado socio-liberal y democrático de derecho, el principio del bien jurídico y su correlato de lesividad, son límites materiales al *ius puniendi*. De suerte que solo la conjugación del desvalor del acto y el desvalor de resultado (desvalor de injusto) puede connotar la antijuridicidad de un comportamiento determinado". (Extracto de la providencia).

Debe servir como ejemplo este punto de vista, en el campo de la administración de justicia, para sentar de una vez por todas la significación que tiene el hecho de que el legislador opte por consagrar unos principios que rigen la aplicación de la ley. Tal como se ha afirmado en múltiples ocasiones, el juez no puede optar

¹ Grupo de estudio de la facultad de derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana (FERNANDO VELÁSQUEZ V., redactor), "Consideraciones críticas en torno el estatuto para la defensa de la democracia", en Revista *NFP* núm. 40, págs. 211 y ss.

² ANDRÉS NANCLARES ARANGO, "La jaula de los jueces", Lecturas Dominicales, *El Tiempo*, junio 7 de 1992, págs. 3-4.

entre cumplir o no los mandatos que se consagran en los principios rectores, porque se encuentra inexcusablemente ligado a ellos, y actuar de manera diferente sería atentar contra la ley.

Valga mencionar, para abonar la posición asumida en la providencia, que "...los *principios jurídico-penales* son formulaciones conceptuales generalísimas y abstractas, no reductibles a otros conceptos del derecho penal, de los que deriva o en los que se funda todo conocimiento y toda norma jurídico-penal y de los que, en consecuencia, no puede separarse ninguna práctica (teórica o judicial) del derecho penal positivo"³.

Y, en particular en cuanto al principio de lesividad se refiere, el juicio siempre debe ser muy preciso, ya que como se destaca en la providencia, es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que el legislador ha estimado protegido, mediante su consagración como conducta típica, lo *único* que permite que a través de un proceso penal el Estado se vincule con el individuo en la relación desigual que constituye el proceso penal.

2. Atendiendo a lo señalado por el profesor JUAN BUSTOS RAMÍREZ, en el sentido de que "El bien jurídico en cuanto síntesis concreta de una relación social determinada cumple una función garantizadora (indica qué y por qué se protege, y por ello mismo se castiga) y una función material, da contenido a lo injusto, esto es, a la tipicidad y a la antijuridicidad"⁴, resulta de validez incontrastable el preguntarse siempre cuál es el bien jurídico tutelado. Solo así, puede lograrse un resultado dogmáticamente estructurado y materialmente justo.

Ello constituye otro de los puntos sobresalientes de la providencia y en especial por tratarse de "los denominados delitos de peligro abstracto" o sea "...aquellos en los que se presume *iure et de iure* el peligro para el bien jurídico, pues en ellos basta con demostrar la realización del comportamiento típico". (Extracto de la providencia).

Las precisiones que sobre este tópico se logran son de trascendental importancia, toda vez que el ejecutivo en uso de las facultades que le confieren los estados de excepción, ha recurrido frecuentemente a la consagración de un sinnúmero de conductas como punibles, y todas ellas configuran en su realización delitos de peligro abstracto, v. gr., delito de omisión de informes sobre actividades terroristas, delito de concierto para delinquir, delito de porte de armas de fuego, etc.

Por ello, ha de rescatarse el siguiente aparte: "Débase demostrar que realmente hubo puesta en peligro de la seguridad común (desvalor de resultado), no mera afectación del sentimiento de seguridad, pues de otro modo, se estaría sancionando la sola desobediencia a la norma que obliga al ciudadano a proveerse de salvoconducto para poder llevar consigo armas de fuego". (Extracto de la providencia).

³ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, vol. II, Bogotá, Edit. Temis, 2^a ed., 1989, pág. 7.

⁴ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 57.

3. El otro aspecto que quiero resaltar, es la realización dogmática de la providencia. En efecto, proveyéndose el juez de todas las herramientas que un trabajo sistematizado de la estructura del delito brinda, logra superar los obstáculos que el legislador se ha obstinado en consagrar, y vela así por la aplicación justa de la ley penal.

Ello es lo que permite en el presente caso, superar la tesis de la señora agente del ministerio público, relativa a la temporalidad o significación del daño en el arma decomisada, para penetrar en un campo más seguro, dejando de lado toda incertidumbre, al recurrir a la determinación de los conceptos dogmáticos, elaborados como desvalor de acto y de resultado.

Cuando la dogmática ha dejado de ser mera "teleraña jurídica", para vertirla de contenido valorativo, es probable que el juez al apropiarse de ella, encuentre que tiene en sus manos los elementos necesarios para un cabal desarrollo de su misión: Garante de libertad y de justicia. Este mérito debe nuevamente tenerse en cuenta en la providencia comentada.

La invitación que se formula desde este comentario tiende a que "sigamos el ejemplo", de continuar gallardamente la misión que otros ya han emprendido desde la judicatura y cada uno en su campo, comprenda que un trabajo serio como el que se comenta, constituye un eslabón de gran significación en la misión que en conjunto tenemos: Rescatar al hombre, siempre al hombre.

Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. XLIII, fascículo III, Ministerio de Justicia de España. Septiembre a diciembre de 1990.

Esta publicación del Ministerio de Justicia de España se divide en tomos, cuya periodicidad es anual; estos a su vez se dividen en fascículos de circulación cuatrimestral. Esta reseña tiene por objeto informar sobre los contenidos del fascículo final del tomo correspondiente a 1990.

La calidad de esta obra, sin lugar a vacilaciones, es excelente. Representa una útil guía para juristas y estudiantes de derecho en asuntos doctrinales, bibliográficos y jurisprudenciales, no solo por la actualidad y profundidad con que ellos son tratados, sino también porque recoge tesis esbozadas fuera de las fronteras de la madre patria. La publicación objeto de disquisiciones se puede agrupar en tres grandes secciones, a saber: sección doctrinal, sección bibliográfica y sección jurisprudencial.

En cuanto a la sección doctrinal, se encuentran varios artículos que cabría destacar, sin menospreciar la calidad de los demás:

El artículo escrito por los doctores MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDÓ, titulado "Los derechos de autor y conexos. Su protección penal: cuestiones

generales y naturaleza patrimonial, personal o mixta del bien jurídico protegido", en el cual se hace un riguroso análisis de la regulación positiva, comparando la anterior con la vigente, que sobre la materia ha determinado el legislador español imprimiéndole un enfoque a la cuestión desde un plano del derecho penal, en cuanto a este le corresponde dar una "protección especial" pero concurrente con otras áreas del ordenamiento jurídico a los derechos de autor y sus conexos.

"Consideraciones en torno a la protección penal del *know-how* por JOSÉ R. SERRANO-PIEDRACASAS, es un artículo que analiza una institución jurídica tan reciente como el *Know-how*, por lo cual resulta doblemente interesante su lectura. Se le da una ubicación y definición a la citada institución, deslindándola del llamado "secreto industrial", y asemejándola con mayor precisión al denominado "secreto empresarial"; estudia su protección penal dentro de la concepción del derecho penal como mecanismo de control social enmarcable en su categoría de *ultima ratio*, a pesar de la gran importancia que este bien jurídico posee dentro del nuevo marco de relaciones económicas en el orden mundial.

Respeto de las modernas teorías en materia de dolo, la revista incluye dos artículos de gran interés: uno de ellos escrito por el profesor WINFRIED

HASSEMER, en el cual estudia los elementos característicos del dolo y su manifestación fenomenológica, discurriendo por las diferentes teorías al respecto, y proponiendo que el proceso investigativo para comprobar la existencia o no del dolo en un caso concreto, se haga con apoyo en unos elementos externos que él denomina "indicadores", que se deducen de lo que se llama "ratio penalidad del dolo". Por su parte, el profesor STRUENSEE escribe en su artículo sobre el "Dolo de causar y causalidad putativa", tendiente a desvirtuar por su peligrosidad la teoría subjetiva de la tentativa, por medio de la causalidad como elemento determinante tanto del tipo objetivo como del subjetivo, y de la extrema importancia de la relación causal.

Por su parte, la sección bibliográfica incluye unas reseñas de libros de actualidad dentro de los cuales están: *Derecho penal del trabajo*, de ANTONIO BAYLOS y JUAN TERRADILLOS (libro sobre el cual ya hemos elaborado una reseña —ver *Nuevo Foro Penal*, núm. 52); *El delito de tortura*, de JOSÉ LUIS CUESTA, y *¿Tiene defensa la cárcel?*, de THOMAS MATHIESEN. Además se incluye un informe sobre el curso de verano de la Universidad Hispanoamericana Santa María de la Rábida, que versó sobre la despenalización de la droga.

Por último, en la sección jurisprudencial cabe destacar un artículo, que propia y directamente no es desarrollo de la sabiduría jurisprudencial, en el cual se hace un brillante análisis del papel que la fiscalía debe jugar en la investigación y persecución de los delitos contra el medio ambiente. Su trascendencia es suma, puesto que la Constitución Nacional les ha dado una gran importancia a los derechos ecológicos, ubicables dentro de los denominados "derechos de la tercera generación", lo cual se debe traducir en un futuro, ojalá no muy lejano, en un viraje total en la política penal que sobre la materia existe; más aún, teniendo en cuenta que cada día se tiene mayor conciencia sobre las muy nocivas consecuencias que traería no acudir a unas medidas de política

criminal serias y eficaces en el mediano y largo plazo, sobre el futuro de toda la humanidad.

En conclusión, la revista *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales del Ministerio de Justicia español* es un valioso aporte para todas las personas, que de una u otra forma nos vemos involucradas en tan trascendentes tópicos para el "armónico equilibrio social".

DIEGO ALBERTO PARRA OCHOA
Medellín, marzo de 1992.

YESID RAMÍREZ BASTIDAS: *Escritos penales*, Editora del Huila Ltda. Neiva, 1991, 232 páginas.

El magistrado del Tribunal de Neiva, YESID RAMÍREZ BASTIDAS, en su esfuerzo por profundizar en el estudio de la dogmática jurídico-penal, ha esbozado sus planteamientos sobre diversos temas, los que ha recopilado en su obra *Escritos penales*, la que se divide en siete capítulos, de los cuales es importante destacar la discusión que establece sobre la problemática en torno al "legítimo ejercicio de un derecho y la autojusticia", en la que concluye que el límite entre el ejercicio legítimo de un derecho y el ejercicio arbitrario de las propias razones, está dado por el ejercicio de ese derecho dentro de fronteras permitidas por la ley o la costumbre y por la posibilidad cierta de acudir con eficacia a la autoridad para la prevalencia del derecho pretendido.

Continuando con la exposición de temas, el Dr. YESID RAMÍREZ se refiere al problema del "Consumidor como detentador de droga", en donde plantea la situación que se presenta cuando un consumidor adicto a la droga es detenido con una cantidad de sustancias alucinógenas superior a la que establece el art. 51 de la ley 30 de 1986, concordado con el art. 2° del mismo texto legal.

Al respecto afirma el autor que la cantidad incautada, siempre y cuando no sea excesivamente superior a la considerada como de uso personal, no puede ser el factor decisivo para elevar el reproche correspondiente, sino que

debe tenerse en cuenta el ánimo, la intención que impulsaba al portador, so pena de arrasar con el principio rector de la culpabilidad y dar cabida a la desviación de responsabilidad penal meramente por el factor objetivo.

También se violentaría el principio de la legalidad y del debido proceso, puesto que la norma sustancial penal ha categorizado este comportamiento como simple contravención, siendo su conocimiento de las autoridades administrativas, al establecer un procedimiento muy diferente del estipulado en el Código de Procedimiento Penal; al equivocar de esta manera el tratamiento procesal a simples consumidores de droga, colocándolos como delinquentes, se les niega la posibilidad de obtener los beneficios de libertad provisional y condena de ejecución condicional, haciéndoles padecer un tratamiento carcelario.

Encontramos también, dentro de los temas analizados en esta obra, uno de gran importancia en el ámbito de la "política criminal moderna", en el cual el autor plantea varias posiciones para ilustrar sus ideas. Así, pues, nos habla sobre las tendencias de la criminología encaminadas a la descriminalización y despenalización de las conductas, al igual que de la desprisonalización, que sustenta el no acudir a la cárcel como un instrumento para resolver los conflictos.

Otras tesis más extremistas en sus planteamientos, como el abolicionismo, sustentan la posición de que el sistema penal se debe sustituir totalmente por la conciliación, el arreglo, el diálogo, la justicia comunitaria, etc.

Pero no podemos pensar que la abolición del sistema penal, tal como ahora lo padecemos, podría eliminar totalmente la criminalización, pues sería tanto como desconocer que esta es el producto de conflictos entre grupos con intereses antagónicos. Y, muy por el contrario, la abolición del sistema penal generaría el aumento de las vías de hecho, que ya son demasiado frecuentes en nuestro medio.

Por esto las tesis abolicionistas se rechazan para América Latina, en cuanto esta propuesta debilitaría la posibilidad de que el Estado, mediante una intervención jurídico-penal, pue-

da disminuir los niveles de violencia institucional y social, mientras que la abolición actual del sistema penal favorecería la generalización y bastante expandida de las penas sin proceso y las ejecuciones arbitrarias, que se enmarcan en la cotidianidad de estos países.

Al final de las exposiciones el autor nos trae a colación el tema sobre "El Estatuto de Estupefacientes", "La acción civil en el proceso penal", la génesis de "La violencia en Colombia", y "El error en la teoría del delito"; enunciados estos que ya evidencian la importancia y actualidad de los temas tratados en este libro, el cual recomendamos para su lectura y estudio.

ARACELY TAMAYO RESTREPO
octubre de 1991.

MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ: *La abolición del sistema penal. Inconvenientes en Latinoamérica*, Bogotá, Edit. Temis, 1990, 125 págs.

Esta obra constituye sin lugar a dudas un importante aporte al abolicionismo, como una de las corrientes más radicales de la criminología crítica. El autor hace una brillante exposición en donde, finalmente, trata de dilucidar si la propuesta de abolición del sistema penal sostenida por la corriente abolicionista es válida actualmente para los países subdesarrollados de América Latina.

La obra se divide en tres capítulos específicos y uno general, que denomina: "Introducción", y en el cual el autor plantea algunos interrogantes que responderá en el transcurso de la exposición. En primer lugar, se pregunta: ¿Cómo es posible que a fines de este siglo se haya consolidado una corriente criminológica que propone la abolición del sistema penal, por lo que los hombres han luchado tanto? Pero finalmente llega a la conclusión de que infortunadamente el derecho penal está lleno de formalismos que proclaman libertad y justicia, pero que en su nombre se cometen crímenes y arbitrariedades atroces. Conforme a esta perspectiva, el expositor plantea que

el objeto de denuncia principal de la criminología contemporánea debe seguir siendo el derecho penal, pero también las injusticias que él encubre.

Es por esto por lo que la obra constituye una fuerte crítica al abolicionismo, sin que ello implique una renuncia a la crítica del mismo sistema penal actual.

Seguidamente plantea que aunque los autores sostienen varias posiciones dentro del abolicionismo, es preferible hablar de este indistintamente, en razón de que a pesar de que los diferentes tratadistas formulan de manera diferente sus propuestos, para todos ellos la abolición del sistema penal actual es el objetivo final y más importante. Y, finalmente, concluye este capítulo haciendo un bosquejo del contenido desarrollado durante el trascurso de la exposición, y plantea una crítica importante a la corriente abolicionista al afirmar que a pesar de que siempre ha atacado el sistema penal (se refiere a los abolicionistas) porque es el que refleja en última instancia los intereses del Estado; en su concepto es imposible analizar el sistema penal, y menos aún abolirlo, prescindiendo de una teoría política y económica, en donde se plantee un cambio estructural del derecho y en general de las instituciones socioeconómicas. Y este es el principal error en que incurre la corriente abolicionista.

En el capítulo primero, titulado "Fundamentos del abolicionismo", empieza por definir a este como "una corriente de la criminología moderna que propone la abolición no solo de la cárcel, sino de la totalidad del sistema de la justicia penal". Además, este último constituye su objeto de estudio.

Advierte el autor en el análisis desarrollado a través de la exposición, que la conceptualización del abolicionismo como una corriente de la criminología moderna, su clasificación y ubicación no ha sido pacífica, pues hay quienes la consideran como una teoría, un paradigma, y aun como un movimiento sociopolítico.

Seguidamente hace un breve resumen del nacimiento y desarrollo del abolicionismo co-

mo movimiento social y académico a través de la historia. Para finalmente concluir haciendo un análisis de la fundamentación ideológica del abolicionismo y su relación con los movimientos anarquistas, marxistas, liberales y cristianos.

En el capítulo segundo desarrolla básicamente las tesis sostenidas por la corriente abolicionista, planteando inicialmente que el concepto de delito existe no por naturaleza, sino por definición, es decir, un comportamiento es delictivo solo en la medida que lo quiere el sistema; este es el que se autoatribuye la facultad de calificar una conducta como delictiva o no.

Igualmente desarrolla los conceptos de gravedad, peligrosidad, pena y culpa; y resisten el mismo análisis como definiciones que el Estado utiliza y acomoda a su conveniencia.

En fin, en este capítulo desarrolla con precisión y claridad los principales planteamientos que sostiene la corriente abolicionista.

Y, para concluir, en el capítulo tercero presenta "Las alternativas al sistema penal propuestas por los abolicionistas". Al respecto vale la pena transcribir lo que a mi juicio es una conclusión afortunada del contenido de este: "Los abolicionistas proponen no solo abolir la pena de prisión, la cárcel, como principal respuesta del actual sistema penal a lo que escoge como criminalidad. Sino la totalidad del sistema, a saber, los conceptos por él contruidos, las estructuras de poder con que opera y el derecho penal que lo legitima. Como alternativa proponen utilizar otros conceptos para identificar las situaciones problema y las personas implicadas, otras instancias o estructuras para tratarlas y respuestas diferentes para víctimas y autores; todo dentro de un sistema de arreglo de conflictos que sería comunitario en su conformación y funcionamiento, orientado hacia la víctima y civil compensatorio" (ob. cit., pág. 67).

Como se puede observar, esta obra del doctor MAURICIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ constituye un estudio serio, detallado y profundo sobre el abolicionismo, sus planteamientos y críticas. Además de que se perfila como uno de los

escritos de mayor precisión y claridad sobre el tema. Sobra entonces recomendar su lectura y análisis como pilar de formación en el entendimiento de la criminología contemporánea.

ARACELY TAMAYO RESTREPO
Medellín, junio de 1992.

ALEJANDRO COLANZI ZEBALLOS: *Reflexiones criminológicas y penales*, Santa Cruz (Bolivia), Universidad Autónoma "Gabriel René Moreno" y "Fundación Siglo XXI", 1991, 159 págs.

La presente obra del boliviano COLANZI es un esfuerzo de acercamiento, al menos en forma teórica, al encuentro de una verdadera criminología que consulte la realidad latinoamericana; mejor aún, y según su propia conceptualización: una criminología de *Abya Yala* ("Tierra en plena madurez", nombre que en lengua cuna le diera a nuestro continente un nacional Aimará).

El libro está compuesto por una recopilación de ensayos que el autor realizó entre 1987 y 1989, y que fueron presentados como ponencias en diversos congresos y seminarios de derecho penal y criminología llevados a cabo en diferentes universidades de Venezuela, Colombia y Bolivia.

Desde la introducción a la obra se evidencia la búsqueda de un realismo latinoamericano en el derecho penal y la criminología. En pos de tal objetivo la obra presenta nueve ensayos; en el primero de ellos "A manera de reflexiones criminológicas", COLANZI propone no solo criticar lo que hasta ahora se ha construido en materia de criminología en Latinoamérica, sino además hacer una criminología contestataria, esto es a través del uso alternativo del derecho.

En el segundo ensayo, titulado "La criminología clínica: ¿elemento del cambio o del control social?" se considera la criminología clínica, no sin antes definirla y caracterizarla, como una farsa en el capitalismo desarrollado.

El capítulo "Consideraciones del proceso penal" es una confrontación entre norma procesal penal y Constitución Política del Estado, que permite colegir que hay normas del procedimiento penal que son abiertamente contrarias a esta. Aunque el ordenamiento procesal penal que se toma como ejemplo es el boliviano, para nosotros cobra importancia esta confrontación en virtud del fortalecimiento del sistema inquisitivo que maneja el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano.

El ensayo siguiente es denominado "Actuaciones de la policía judicial y el respeto a los derechos humanos"; aquí el autor parece alentar la esperanza de que la protección de los derechos humanos no se haga por medio de la ley sino a través del cambio de la situación socioeconómica y política del continente.

El primer esbozo del proyecto de COLANZI aparece en "Desideologizar para ideologizar: en pos de una criminología latinoamericana". Se introduce aquí el concepto de que no se puede acudir a teorías imperialistas ni eurocentristas para construir una criminología latinoamericana. Se demuestra además que a través del derecho penal no se puede homogeneizar —léase regir por un mismo ordenamiento jurídico— a una sociedad que es económicamente heterogénea y yuxtapuesta.

En "Delito imposible y doctrina de la seguridad nacional" se hace un recorrido histórico-doctrinario de las dos figuras en mención, para permitir asegurar que "Doctrina de la seguridad nacional y delito imposible son una misma cosa y el segundo es instrumento de la primera, pues ambos atentan contra la seguridad nacional: único y supremo bien jurídico tutelado".

Tenemos en el siguiente ensayo "Lo indígena: un análisis penal y criminológico", un tema de señalada importancia no solo para Bolivia (país con mayoría indígena) sino también para el resto de "amigos de infortunio". Así, COLANZI indica que el Código Penal boliviano es de fuerte concepción autoritaria y se dirige a castigar a quienes no entren en el proceso de homogenización a que acuden los

BIBLIOGRAFÍA

gobiernos para encontrar una sociedad única de mercado y de consumo. En tal orden de ideas, COLANZI propone una de estas vías: a) que los grupos indígenas no sean regidos por leyes ajenas a su cultura; y b) la solución que da ZAFFARONI, esto es, exención por error de conocimiento y comprensión (ausencia de culpabilidad que genera inexistencia de delito). Para COLANZI lo importante es aceptar la diversidad para así poder rescatarla.

El autor presenta en el ensayo final su proyecto para *Abya Yala*, no sin antes hacer algunas precisiones acerca de la diferencia entre la liberación y la liberalización, colocando su proyecto como de liberación y no de liberalización, habida cuenta de que hay que partir del desmonte de lo que se tiene para formular la criminología de *Abya Yala*.

Los postulados básicos del proyecto de COLANZI pueden enunciarse así:

- a. Quebrantamiento del Estado-Nación liberal, para fortalecer las naciones existentes en los países latinoamericanos como contrapunto a una sociedad única.
- b. Implementar la democracia participativa.
- c. Abolir la pena privativa de la libertad

y sustituirla por la figura de la compensación; esto se explica en la medida que la compensación significa el hundimiento del proyecto de masificación del mercado único, además porque el equilibrio perdido por causa del delito no es resuelto por tal pena sino que más bien lo agudiza.

Empero COLANZI se ve obligado a reconocer que nada de lo anterior es viable sin el concurso de la movilización social, pues el cambio se genera esencialmente en la sociedad civil. Sin embargo no se requiere que sea toda la sociedad civil la que se movilice, sino solo aquella parte que busque su liberación de las condiciones materiales adversas en las que vive.

Como conclusión al trabajo de COLANZI, *Nuevo Foro Penal* mira con agrado que se esté ampliando en los países latinoamericanos el debate acerca de un derecho penal y una criminología para la liberación, pues el penalista latinoamericano no puede ignorar su realidad, so pena de participar en el genocidio.

LUIS FERNANDO HENAO JARAMILLO
Medellín, julio de 1992.

Juristisches Seminar
der Universität
Göttingen