

Para demostrar cómo me represento un reconocimiento científico de hechos en un país que no posee una larga tradición criminológica adecuada a su realidad, me permitiré dar algunos ejemplos. Sin una profunda preparación criminológica o sociológica se cree que no es posible encontrar respuestas a los siguientes interrogantes: ¿cuánto dura verdaderamente, como término medio, la prisión preventiva?, ¿qué tiempo tarda concretamente en subsanciarse un proceso penal particular?, ¿cuán grave es propiamente el delito que da pie a semejantes privaciones de libertad?, ¿cómo se realiza la asistencia a los familiares de un detenido?, ¿cómo se prepara a éste para la libertad y se lo ayuda para la reinserción?, ¿qué nivel de formación poseen los empleados penitenciarios de grado inferior?, ¿cuál es la relación proporcional entre las plazas institucionales y los internos (en América Latina hay muchos institutos en que la superpoblación se manifiesta en una relación de tres internos por cada plaza)?, ¿cómo se presenta la delincuencia infantil que en pocos años ha visto aumentada sus cifras en forma alarmante?, ¿quién asiste a esos niños?

Todas estas cuestiones, empero, y otras muchas más, pueden ser comprendidas y respondidas mediante sencillas encuestas, a través de entrevistas con expertos, análisis de expedientes y métodos similares, todo lo cual permite, a su vez, ordenar la discusión político-criminal.

¿Porqué escribo precisamente a una revista colombiana enseguida de la aparición de su primer número? Pues, no porque yo considere a la administración de justicia colombiana especialmente peor que otras latinoamericanas. En absoluto, no es ese el fundamento de mi interpelación. Por el contrario, me siento movida por otras razones. Colombia pertenece a los pocos países en América Latina en los cuales es posible una abierta y libre discusión de problemas sociales y justamente Nódier Agudelo Betancur ha erigido una discusión de semejantes características como la máxima directriz de su revista. Por lo tanto, yo opino que NUEVO FORO PENAL tiene una especial misión que cumplir en América Latina como lo es exactamente la de discutir abiertamente sobre sus realidades y, con eso, provocar una transformación del conocimiento tanto sobre la administración práctica de justicia como con respecto a la ciencia pura, todo lo cual conducirá indudablemente a un mejoramiento de aquellas realidades.

Una buena política criminal que coloque al hombre en el punto medio de sus reflexiones debería ser el objetivo de todos aquellos que se ocupan de la dogmática penal, del Derecho procesal, de la Criminología y de la Ejecución penal. Mas, asimismo, todos ellos deberían colocar en el propio centro de sus meditaciones la cuestión en torno a las prioridades científicas.

Colombia debería dar gracias a la libertad de opinión interna que posee, la cual suministra una oportunidad para desarrollar aquellos argumentos de los que en otros países latinoamericanos no se puede siquiera hablar. ¡Este es mi deseo para NUEVO FORO PENAL y sus lectores!

LA REFORMA PENAL SUS ERRORES Y ACIERTOS

DR. PEDRO PACHECO OSORIO

I. **TRAICION A LA PATRIA.** Siguiendo el derrotero de los comentaristas del Código Penal colombiano, comenzaré mis glosas sobre el proyecto elaborado por la Comisión redactora del nuevo estatuto de las penas, con el estudio de la parte especial; entre otras razones, porque con ella me encuentro bastante familiarizado, por haber sido durante varios años profesor de la materia y haber publicado hasta ahora cuatro tomos de una obra sobre el asunto. Empezaré, pues, por el análisis de los dos primeros artículos del Libro Segundo.

Dice el art. 116 del Código en vigencia: "El que con el propósito de menoscabar la integridad territorial de la república, de someterla en todo o en parte al dominio extranjero, de afectar su naturaleza de Estado soberano o de fraccionar la unidad nacional, lleve a cabo actos que tiendan directamente a estos fines, incurrirá en presidio de veinte a veinticuatro años".

* Como una contribución al debate sobre la Reforma del Código Penal, publicamos algunos comentarios del Dr. PEDRO PACHECO OSORIO, a algunos artículos de la Parte Especial. Ellos ya aparecieron en algunas entregas del diario El Siglo. Empero, como la Revista ha pretendido mantener la atención de los lectores alrededor de la Reforma del Código Penal, pensamos que estos comentarios mucho pueden contribuir a la discusión. Esta es la razón de su publicación.

Expresan los proyectados preceptos de la reforma: "Artículo 132. El que menoscabe la integridad de Colombia, la someta en todo o en parte al dominio extranjero o afecte su naturaleza de Estado soberano, incurrirá en prisión de veinte a treinta años".

"Artículo 133. El que intervenga en acto de hostilidad, guerra o conflicto armado contra Colombia o se ponga al servicio del enemigo exterior, incurrirá en prisión de diez a veinte años".

¿Hay o no alguna diferencia notable entre lo consignado por el Código y lo que pretenden imponer los reformadores, en cuanto a la naturaleza de los delitos allí descritos? Cualquiera persona, ligeramente iniciada en las disciplinas del derecho penal, descubre al rompe que sí existe una discrepancia esencial. Porque mientras el precepto en vigor traza una infracción de **peligro**, que **se consuma** al realizar el agente uno de los actos incriminados, sin necesidad de que obtenga la realización de su designio; las normas que esperan el espaldarazo del congreso, sobre todo la primera de ellas, contemplan infracciones de **daño efectivo**, cuya **consumación** concuerda con el hecho de obtener el delincuente el propósito que inspira su conducta. Lo propio puede decirse, en otras palabras más al alcance de los absolutamente profanos en estas cuestiones: conforme al Código, basta que el justiciable realice actos directamente encaminados a menoscabar la integridad de la república, por ejemplo, para que la infracción penal se perfeccione, aunque el cercenamiento no llegue a producirse; en cambio, de conformidad con el proyecto, es imprescindible que dicho resultado se obtenga por el delincuente, para que pueda hablarse de delito consumado. Fuera de este supuesto, se estará sólo en presencia de una **tentativa punible**.

¿Cuál de estos dos sistemas —el acogido por nuestro legislador de 1936 y rechazado por la Comisión de 1976, o el prohiado por ésta, prevalece en las mejores legislaciones penales del mundo contemporáneo? No se requiere mayor esfuerzo investigativo, para llegar a la nítida conclusión que la casi unanimidad de ellas han preferido y adoptado el primero de tales sistemas.

Así puede verificarse en las de Francia (art. 77), Austria (parágrafo 58), Alemania (parágrafo 87), Portugal (art. 142), España (art. 120), Argentina (art. 215), Costa Rica (art. 333), Cuba (arts. 128 a 130), Chile (art. 111), República Dominicana (arts. 76, 77 y 84), Ecuador (art. 118), Guatemala (art. 122), Honduras (arts. 117 y 118), México (art. 123), Nicaragua (art. 126), Panamá (arts. 98 y 99), Paraguay (art. 137), Perú (art. 298) y Uruguay (art. 132).

Ahora bien, ¿la adopción de este sistema emana del capricho de los legisladores a que acabo de aludir, a pesar de haberles tocado actuar en las más disímiles circunstancias de tiempo, lugar y modo? ¡En manera alguna! Ella obedece, al contrario, al respeto que han profesado por principios inmanentes que se relacionan con la importancia extraordinaria del bien jurídico tutelado por las respectivas disposiciones y por la naturaleza sui generis de los delitos contra la patria, generalmente agrupados como traición a la misma.

En efecto, el bien jurídico más trascendental para un Estado independiente y soberano, como el nuestro, se contrae a mantener intacta su inte-

ridad territorial, totalmente libre de cualquier dominio extranjero, y a preservar su soberanía y su unidad nacional. Cualquiera entidad delictuosa que atente a tales derechos debe, por su excepcional gravedad, ser excepcionalmente reprimida.

Por otra parte, el estudio de la historia internacional y la dilatada experiencia de las guerras entre naciones enseñan que cuando una potencia logra dominar total o parcialmente el territorio de otra, o afectar su soberanía o fraccionar su unidad nacional, en la totalidad o en la porción de territorio sujeta al vencedor surge una ley nueva que, por obvias razones, garantiza la impunidad de los hechos delictivos de quienes hicieron posible su imperio. De ahí la forzosa necesidad de sancionarlos como delitos autónomos consumados, pues si se espera a que los actos ejecutivos satisfagan los designios del delincuente, el castigo de tales atentados resultará no sólo ilusorio, sino también imposible.

No pongo en duda la sabiduría de los autores del proyecto. ¿Por qué, entonces, no pusieron en práctica las elementales enseñanzas anteriores? ¡Ah!, porque se trata es de reformar, y en este orden de ideas no tiene ninguna gracia seguir las sendas ya transitadas por otros legisladores, aunque sea superlativo el grado de su eminencia.

II. TRAICION A LA PATRIA. Ya se vio, al transcribir el art. 133 del proyecto de nuevo Código Penal, que el **sujeto activo** de la infracción allí prevista y que se hace consistir en la intervención "en acto de hostilidad, guerra o conflicto armado contra Colombia" o en ponerse "al servicio del enemigo exterior", se designa con la expresión "El que". El referido cuerpo de proyectadas disposiciones emplea la misma frase, para indicar quiénes pueden ser **agentes** de otras figuras que contempla como traiciones a la patria el actual Código punitivo. Este, en cambio, para referirse al mismo sujeto, usa la locución "El colombiano, aunque haya perdido la calidad de nacional, o el extranjero que deba obediencia a la nación a causa de su empleo o función pública". ¿Hay diferencia entre el uno y el otro sistema? Por supuesto que sí. Pues, según el primero, dichas infracciones pueden ser cometidas por **cualquiera** —hombre o mujer, un empleado público o un particular, un nacional o un **extranjero**, etc.—, en virtud del principio hermenéutico conforme al cual donde la ley no distingue al intérprete no le es dable distinguir. De acuerdo con el segundo, el responsable sólo puede ser un **colombiano**, aunque haya dejado de serlo, o un extranjero que responda a las exigencias de los preceptos incriminadores.

¿Cuál de estos dos métodos ha prevalecido en la legislación universal? Claro que el segundo, y no empeco a que comprendo que las abundantes citas de la legislación comparada someten al piadoso lector a la tortura de enfrentarse a una prosa desgarrada y cansina y que algún espíritu malévolamente puede imaginarse que con ellas trate de hacer un petulante despliegue de erudición barata; reincidiré en hacerlas, a fin de destacar que mis discrepancias con los autores de la reforma no se fundan en argumentos de mi propia cosecha, sino en las enseñanzas de los grandes criminalistas de todos los tiempos y

latitudes, que elaboraron códigos penales admirados por la humanidad como fuentes de sabiduría y como veneros de los más respetables estatutos contemporáneos.

Entre los códigos que exigen que el agente de las infracciones en referencia sea un nacional, pueden mencionarse los siguientes: español (arts. 120 y ss.), alemán (parágrafos 88 y 90), portugués (art. 141), francés (art. 75), italiano (art. 242), argentino (art. 214), costarricense (art. 333), cubano (arts. 130 y 131), chileno (arts. 106 y 107), ecuatoriano (arts. 119 y 120), haitiano (art. 57), mexicano (art. 123), nicaragüense (arts. 126 y 128), panameño (art. 99), paraguayo (art. 137), salvadoreño (arts. 95 y 96) y los colombianos anteriores del de 1936, conforme puede verse en los de 1837 (arts. 210 y ss), de 1873 (arts. 156 y ss.) y de 1890 (art. 150). Los tres últimos, y algunos de los foráneos antes recordados, se refieren también al extranjero en relación con el cual se reúnan ciertas condiciones, como lo hace el argentino, de donde parece provenir nuestra fórmula.

¿A qué se debe esta casi unanimidad legislativa en materia tan notable? ¿A mero capricho de legisladores que actuaron en circunstancias, tiempos y países tan disímiles? ¿A puras coincidencias inexplicables? ¡No!, de ninguna manera. La adopción de tal sistema obedece al acatamiento de incommovibles postulados de política criminal, de justicia rudimentaria y de simple sentido común. Al súbdito de una nación que se encuentre en guerra contra Colombia no se le puede colocar frente a este inhumano dilema —sin incurrir en diabólico adefesio—: o se abstiene de esgrimir las armas o prestar otros servicios bélicos en favor de su país, y será condenado como traidor a su patria; o las empuña o presta los otros servicios, y será punible como reo de un delito contra Colombia. De ahí que me parezca desde todo punto de vista inaceptable el método acogido por los redactores de la propuesta reforma penal.

Refiriéndome al Código vigente, considero que hizo bien al equiparar a colombiano al extranjero “que deba obediencia a la nación, a causa de su empleo o función pública”, pues éste tiene para con nuestra patria deberes de fidelidad y lealtad cuyo quebrantamiento debe ser rigurosamente sancionado. Pero estimo que no fue feliz al identificar al colombiano actual, para los fines represivos, con el que haya perdido su anterior nacionalidad. Sobre todo si adquirió ésta por adopción, es indudable que al perderla readquiere la original, que le impone el cumplimiento de los referidos deberes para con la última.

El gazapo de los reformadores se pone todavía más de bulto si se observa que conservaron el nombre de “Delitos de traición a la patria”, al denominar el capítulo correspondiente. Porque ¿cómo se explica que pueda traicionar a la patria colombiana quien jamás ha adquirido con ella obligaciones de fidelidad y lealtad? ¿Por qué, entonces, los redactores del proyecto incurrieron en tamaños dislates? Esto es algo que no se sabe y que probablemente se ignorará *per secula seculorum*; por el secreto en que adelantaron

sus labores y porque en el tímido y escuálido informe que bautizaron con el pomposo nombre de “Exposición de motivos” no se dice una palabra al respecto.

III. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO. Al iniciar el estudio del capítulo así denominado en el proyecto de Código Penal a que me vengo refiriendo en estos comentarios, echo de menos la figura delictuosa descrita así por el art. 128 del estatuto vigente, al referirse a la traición a la patria: “El colombiano o extranjero que cometa cualquiera de los delitos previstos en el capítulo anterior, contra un Estado aliado de Colombia en guerra o conflicto armado contra un enemigo común, incurrirá en las dos terceras partes de las penas respectivas”.

¿A qué obedeció la supresión de la norma trascrita? He aquí otra de las muchas incógnitas que pululan en la reforma penal. Es oportuno, sin embargo, preguntarse: ¿la disposición suprimida era inconveniente o siquiera superflua? La sola intuición jurídica responde negativamente esta pregunta. Porque es inconcuso que los actos de hostilidad contra el Estado que interviene en la guerra o conflicto bélico en alianza con Colombia, pueden llevarlo, por lo menos, a romper los vínculos de amistad y mutua ayuda que lo ligan a nuestra Nación y hasta tornarle su enemigo con las consecuencias a que haya lugar. El fenómeno delictivo contemplado por el precepto en referencia entraña, pues, en cierta forma, una indirecta traición contra la patria.

GROIZARD glosaba así el art. 141 del Código español de 1870: “En las concordancias de los 137 y 138 hemos tenido ocasión de ver el rigor con que han castigado los Códigos de otras Naciones los actos de traición cometidos contra una potencia aliada estando en guerra contra un enemigo común. El principio en este punto dominante en la legislación de Europa, es que deben ser igualmente reprimidos los atentados contra las tropas nacionales que contra los ejércitos aliados”. Y añade un poco adelante: “La entrega de una plaza de una Potencia aliada puede ser tan funesta a España como la posesión de un punto de su territorio; la seducción de la tropa lo mismo puede influir en el éxito de la campaña perteneciendo los seducidos a los ejércitos nacionales que a los que con ellos pelean contra un común enemigo. La causa de los aliados y la causa de la Patria, una vez abierta la campaña, es una misma, y las traiciones contra ellos traiciones contra la Patria son, y, como tales, deberían ser castigadas con igual rigor” (El Código Penal de 1870... , segunda edición, t. III, págs. 94 y 95).

El delito en cuestión es también sancionado por numerosos códigos de Iberoamérica, según puede verse en los que siguen: argentino (art. 218), costarricense (art. 341), chileno (art. 110), ecuatoriano (art. 122), hondureño (art. 121), nicaragüense (art. 130) y panameño (art. 105).

Si la figura descrita y sancionada por el art. 128 del Código no apareció en éste por generación espontánea y su incriminación se justifica plenamente, la reforma no debe abolirla sin darle a la opinión pública y particularmente a los entendidos una explicación, satisfactoria al menos en apariencia.

A propósito de nación extraña, léase lo que expresa así el art. 132 del Código: "El que por menosprecio o vilipendio destruya, despedace o ultraje en público la bandera, el escudo o cualquier otro emblema nacional de un Estado extranjero, quedará sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión...". El art. 145 del proyecto enmienda la plana de esta guisa: "El que ultraje públicamente la bandera, himno o escudo de Estado extranjero con el cual tenga Colombia relaciones, incurrirá en arresto de un mes a un año".

En estas correcciones hay, conforme a mi modesto entender, un acierto y una pifia. Consiste el primero en aliviar la norma de la sobrecarga de exigencias inútiles que la agobian, al emplearse en la reforma solamente al verbo **ultrajar**, que lleva implícito el móvil de menosprecio o vilipendio y que comprende las acciones de destruir y despedazar, y se contrae la segunda, al predicado que se le asigna con estas palabras al Estado extranjero: "...con el cual tenga Colombia relaciones". Examínese un poco más detenidamente este último aspecto.

¿A qué clase de relaciones se refiere la proyectada norma sustitutiva? Esta, inexplicablemente, no lo dice. Puede estimarse, empero, que alude a las relaciones diplomáticas o de amistad. Mas ¿así es esto necesario, para que sea procedente la punición del hecho acriminado? Estimo que no. Porque si lo que trata de evitar el magisterio penal es que se suscite una guerra o un conflicto armado contra Colombia, a raíz de la conducta del agente, salta a los ojos que el referido predicado es contraproducente. Porque es más probable que se produzca el resultado bélico cuando la ofendida sea una nación que no tenga ninguna índole de consideraciones para con la nuestra, que cuando se trate de un Estado amigo de Colombia. Esto es tan intuitivo, que no requiere explicación alguna.

IV. DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL ESTADO. Destacóse en uno de los comentarios anteriores (II), cómo una legislación penal prudente y previsoramente debe reprimir como delito consumado los actos directa y unívocamente dirigidos a perpetrar un real atentado contra la existencia y la seguridad exterior de la Nación. Los buenos legisladores llegan bastante más lejos sobre el particular, según se verá enseguida.

Es un lugar común en la literatura jurídicopenal la afirmación de que los **actos preparatorios** de un delito cualquiera, son inmunes, por lo regular, a las garras de los códigos represivos. Consecuencia obligada de ello es que el fenómeno conocido con el nombre de **conspiración**, ha de quedar, como regla general, también impune; por cuanto él está constituido precisamente por los referidos actos preparatorios. Sin embargo, cuando se trata de proteger la existencia y la seguridad exterior del Estado, suele hacerse al respecto también una excepción, para penar la **conjura** como delito autónomo, con fundamento en la extraordinaria importancia del bien jurídico amparado por las respectivas normas punitivas, y por la naturaleza especial de las infracciones que tratan de cometer los complicados en la aventura delictuosa. A este últi-

mo criterio responden las previsiones de los arts. 124 del Código y 138 del proyecto.

Quedó igualmente establecido que éste no considera los actos directamente encaminados a perpetrar traiciones a la patria como delitos especialmente incriminados. Sin embargo, su art. 141 es del siguiente tenor: "El que realice actos hostiles que tiendan a provocar la ruptura de relaciones de Colombia con otro Estado, incurrirá en prisión de seis meses a dos años". ¡Cómo resalta que los reformadores, en virtud de su querencia por las sanas disciplinas jurídicopenales, de que son autorizados pontífices, quisieron edificar una entidad delictuosa integrada por actos **no consumativos** de las infracciones que se comentan! Sólo que, sin duda por la precipitación con que actuaron, lo hicieron en términos lamentables, como es fácil demostrarlo.

En efecto, partiendo de la base deleznable de que los enunciados por ellos en el texto transcrito son actos de ejecución, habría que preguntar: ¿qué explicación plausible, o siquiera aceptable, puede formularse para justificar que se prescindiera de los actos ejecutivos del delito de máxima gravedad —la traición a la patria— y se tengan en cuenta, para sancionarlos como delito autónomo los que se refieren a infracciones mucho más leves que las que atentan a la seguridad del Estado? ¿No hay en esto una incoherencia que clama al cielo? Naturalmente que sí, por lo cual el artículo en cita viene a constituir un nuevo factor de perturbación en la reforma de marras.

Ahora bien, es otro lugar común en la semántica jurídicopenal el aserto de que los actos ejecutivos de una infracción cualquiera son los dirigidos en forma unívoca y directa a perpetrarla. Así lo proclaman los propios autores de la reforma cuando, al definir la **tentativa** —que se integra por actos de esta naturaleza— dice: "El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación", etc. También es una trivialidad la observación de que los actos preparatorios son, como diría Perogrullo, los que equívoca e indirectamente se ordenan a la consumación del delito. Resulta, pues, a ojos vista, que entre los unos y los otros existe una diferencia, pero que tienen un común denominador: el **fin delictuoso**.

La anotada diferencia tiene gran repercusión en orden a señalar los límites entre el hecho punible y el impune. Los primeros son siempre acreedores a castigo, ya como **tentativa**, ora como delito autónomo consumado, cuando la ley especialmente los acrimina como tales; los segundos, por el contrario, suelen no estar al alcance de los códigos represivos, a menos que constituyan una **conspiración** específicamente sancionada como delito perfecto.

Los redactores de la reforma echaron sin duda en olvido las anotadas nociones de derecho penal, tal vez por ser muy elementales y sabidas hasta de los principiantes en el estudio de la materia, o quizá porque la prisa que les urgía no les permitió detenerse un instante, para hacer la necesaria distinción entre **actos ejecutivos y preparatorios**. Digo anterior, porque el art. 141 del proyecto está redactado en estos términos: "El que realice actos hostiles que tiendan a provocar la ruptura de las relaciones de Colombia con otro Estado, incurrirá en prisión de seis meses a dos años". El empleo de la locu-

ción nebulosa "que tiendan", dejan la previsión en una atmósfera vaga, imprecisable, en una especie de tierra de nadie. Esta fórmula indecisa coloca al intérprete ante la dificultad insoluble de saber si lo que sanciona son actos **ejecutivos** o **simplemente preparatorios**, pues el verbo *tender* —sinónimo de dirigir, encaminar, ordenar— es común a aquellos y a éstos, conforme a la observación hecha arriba, pero no expresa si los actos en cuestión deben conducir o no **directamente** a la consumación del delito.

V. DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL. La **rebelión** es, sin la menor duda, uno de los delitos más generalizados en los códigos penales de todo el orbe, por cuanto su incriminación ampara la existencia y libre funcionamiento de los poderes del Estado cuya estructura —sobre todo en lo que respecta a la acción delictiva— ofrece la mayor uniformidad en el derecho positivo, aunque sean disímiles en su redacción las diversas fórmulas empleadas para enunciarla, pues todas ellas concuerdan en que debe realizarse un movimiento solidario por personas armadas y capaces, por su número y por la calidad y cantidad de armas y fuerzas de que pueden disponer, de oponerse a las fuerzas legitimistas.

Así, en el estatuto penal vigente en España (art. 214), para constituir el núcleo de la mentada acción delictuosa, se usa el verbo **alzarse**, que se prohija en otras o se reemplaza por el sustantivo **alzamiento**, que expresa su acción y efecto, y significan, en la acepción que viene al caso, **sublevarse** o **sublevación**, que, a su vez, expresan la idea de pronunciarse en sedición o motín. Esto lo hacen los de Bolivia (art. 175), Guatemala (art. 148), Salvador (art. 126) y Venezuela (art. 144). Algunas de estas legislaciones agregan las exigencias, un poco superfluas, de que el alzamiento se efectúe públicamente y en abierta hostilidad contra el gobierno o los demás poderes legítimamente constituidos. Otras requieren que los responsables **se alcen en armas** o **a mano armada**, según puede verse en las de Italia (art. 248), Argentina (art. 226), Costa Rica (art. 354), Chile (art. 121), México (art. 133), Nicaragua (art. 148), Perú (art. 302), Uruguay (art. 141) y la nuestra de 1890 (art. 169). Existen también las que requieren que los culpables actúen con **violencia**, como lo hacen las húngara (art. 127), alemana (parágrafo 81), cubana (art. 147) y hondureña (art. 160). No faltan las leyes punitivas que contraen la acción de que se habla a un atentado que tenga por objeto los fines típicos de la rebelión o la excitación de gran parte de los ciudadanos a empuñar las armas, para lograrlos conforme se expresa en los códigos francés (art. 87), belga (art. 81), dominicana (art. 87), haitiana (art. 64) y panameña (art. 112). Finalmente, el primer Código Colombiano (1837) disponía en su art. 232 al definir el delito: "Es rebelión el levantamiento o insurrección de una porción más o menos numerosa de súbditos de la República, que se alzan contra el gobierno supremo constitucional de la Nación, negándole la obediencia debida, o procurando substraerse de ella, o haciéndole la guerra con las armas". Su sucesor de 1873 le siguió de cerca los pasos (art. 180).

¿De dónde emana esta impresionante uniformidad legislativa respecto de la materia en estudio? De un principio incommovible, sencillamente, de

política criminal, que recomienda que el rigor del magisterio punitivo guarde estrecha proporción entre el mayor o menor amparo en que se encuentra el bien jurídico que busca tutelarse y los medios ofensivos puestos en práctica por el delincuente para vulnerarlo. De ahí que cuando el primero ofrezca suma seguridad al derecho protegido, se exija también máxima eficacia a los segundos, a fin de tenerlos como idóneos para la consumación de la infracción penal correspondiente.

Aplicando estas ideas a la cuestión en examen se tiene: los Estados, sobre todo los modernos, cuentan con una serie de recursos, para la defensa de sus gobiernos y la integridad y subsistencia del régimen constitucional que han tenido a bien darse, máxime en lo que se refiere a la formación, funcionamiento y renovación de los poderes públicos u órganos de la soberanía; como son las fuerzas armadas de tierra, agua y aire, las leyes preexistentes, las cárceles, los campos de concentración, etc. Por tanto, para poner en serio peligro los derechos resguardados por esa inmensa maquinaria defensiva y ofensiva, es menester que quienes atenten a ellos cuenten también con recursos semejantes, con los cuales puedan hacer seria resistencia a las fuerzas gubernamentales. De lo cual se sigue que si un grupo de frenéticos se pronuncian contra tales bienes jurídicos, sin perspectiva alguna de salir adelante en sus propósitos, no podrán ser acusados de rebelión, sino, a lo más, de una modesta asonada.

Correspondió, pues, a los redactores de la reforma que comento el privilegio insólito de trazar, al describir este delito, una rebelión salida de su propio magín, en estos términos: "El que realice acto que tienda a derrocar al gobierno nacional o suprimir, suspender o cambiar, en todo o en parte, el origen, formación o renovación constitucional o legal de alguna de las ramas del poder público constituidas conforme a la ley, incurrirá en prisión de uno a seis años". Aquí se agrupan tres inusitadas peculiaridades, como se verá enseguida.

Obsérvese, en primer lugar, que agente de la rebelión puede ser una **sola persona**, en atención a que en el texto se habla de "El que". En esto hay una desmesurada dosis de pesimismo, si se mira la cuestión desde el punto de vista de la legitimidad, o de optimismo, si se contempla desde el extremo contrario. Porque resulta bastante cuesta arriba que un solo sujeto —así se trate del Cid Campeador revivido— sea capaz de realizar la hazaña en que se concreta el delito.

En segundo término, conviene reparar en que basta que el culpable "realice acto" —así en singular—, para que la rebelión se perfeccione. Con lo cual se descarta la necesidad de llevar a cabo el complejo conjunto de acciones —generalmente audaces, temerarias y hasta heroicas— idóneas para poner siquiera en peligro la estabilidad de un régimen constitucional.

Por último, basta que el acto "tienda" a conseguir el fin propuesto, sin que sea menester que el responsable lo busque **directa** o **indirectamente**, esto es, mediante actos **ejecutivos** o **preparatorios**. Otra vez los autores de la

reforma quieren dejar en el limbo una acción delictiva de tanta envergadura como la típica de la rebelión.

El siguiente ejemplo me parece muy ilustrativo sobre el particular: un enemigo del gobierno logra entrar hasta el despacho del Presidente de la República y aprovecha para exigirle que entregue su cargo al intruso. No hay duda de que este pobre diablo realizó un acto tendiente a derrocar al gobierno y que, a la luz del proyecto, debe responder por el grave delito de rebelión. El absurdo no puede ser más elocuente.

VI. DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL. Adviértase, volviendo a la rebelión, cómo el art. 139 del Código enuncia con estas palabras su acción delictuosa: "Los que promuevan, encabecen o dirijan un alzamiento en armas...".

El verbo **promover**, escogido como núcleo de la referida acción, quiere decir, según el **Diccionario de la lengua española**, "iniciar o adelantar una cosa, procurando su logro". Según esto, no es necesario que el **alzamiento en armas** llegue a producirse, para que el **promotor** responda como agente de **rebelión consumada**. La promoción es, pues, más que la simple conspiración, pero se completa antes de que estalle el alzamiento en armas.

Refiriéndose a esta modalidad de la rebelión, dice Maggiore: "Como el delito se consuma al 'promover la insurrección', esto es, simplemente con prepararla, sin que se realice, la ley considera la insurrección como 'armada', aun cuando las armas (no llevadas por ninguno) estén depositadas en algún sitio". Y agrega un poco después: "El delito queda **perfecto** con el hecho mismo de la preparación (el 'promover'), hecha abstracción de la verificación del resultado" (**Derecho Penal**, vol. III, pág. 91).

¿En que se inspira el evidente rigorismo de la expresada fórmula legal? A las razones ya expuestas (I) de que cuando el bien jurídico que trata de ampararse con una incriminación es de extraordinaria importancia, como ocurre en el presente caso; y, sobre todo, cuando la entidad delictiva es de tal naturaleza que si se tolera que el autor obtenga su propósito, se torna imposible el castigo del culpable —en virtud de que éste impone una ley nueva que le garantiza la impunidad—, resulta imprescindible reprimir especialmente —como delito autónomo consumado— hechos que ni siquiera pueden calificarse de **ejecutivos**.

En efecto, la **rebelión** va siempre encaminada a derrocar el gobierno nacional o a cambiar o suspender el régimen constitucional vigente en sus fundamentos esenciales. Ella va dirigida, en último término, a hacer nugatorio o destruir el orden jurídico mediante el cual es posible sancionarla. La ley no puede esperar, para reprimir el delito, la consumación del propósito de los rebeldes, porque al cumplirse este evento ella misma habría dejado de existir o sería impotente para la represión. "La ley —como enseña Soler— no puede establecer consecuencias normativas que vayan más allá de su propia validez" (**Derecho Penal**, t. V., pág. 73).

VII. DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL. La **sedición** ha solido instituirse en la legislación universal como una figura delictiva

subsidiaria de la rebelión o muy semejante a este fenómeno jurídico. Realmente, la **acción típica** de ésta se conserva de ordinario para aquella, de suerte que el criterio diferencial entre ambas infracciones radica en que para la primera se requiere que los delincuentes persigan la realización de uno de los fines previstos en el art. 139 de nuestro Código: mientras que, para la segunda, basta que busquen "impedir el cumplimiento de alguna sentencia, ley, decreto o providencia obligatoria", o "deponer a alguno de los funcionarios o empleados públicos", o "arrancarles alguna medida o concesión", o, en general, "impedir en cualquier forma el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente", según se dice en el art. 142 *ibidem*.

Parece que los autores de la reforma quisieron seguir la misma orientación cuando, refiriéndose al **sujeto activo** de esta última infracción, estamparon en el art. 150 de su proyecto: "El que sin dejar de reconocer la legalidad de las ramas del poder público...". Pero es notoria la impropiedad de sus términos. Porque respecto de los rebeldes jamás predicaron (art. 149) la circunstancia de desconocer "la legalidad" de los órganos institucionales. Esta, realmente, es un producto del ordenamiento jurídico, contra el cual se pronuncian los insurrectos, sin entrar en disquisiciones acerca de si tiene o no soportes en el derecho vigente. El desconocimiento de la **autoridad**, en cambio, es una cuestión de hecho, que bien puede presentarse, a pesar de fundarse ella en una legalidad que se desacata.

Estas, sin embargo, son cuestiones de poca monta si se las confronta con los términos mediante los cuales describen así el delito de **asonada**: "Los que en forma tumultuaria exigieren de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto de sus funciones..." (art. 155 del proyecto).

Esta entidad delictuosa, conocida también con los nombres de **tumulto**, **motín** y **desorden público**, que es de origen indudablemente hispánico, ha sido trasladada a pocas legislaciones penales, entre las cuales pueden mencionarse: la boliviana (art. 198), la nicaragüense (art. 160), la paraguaya (art. 151), y los nuestros de 1837 (art. 254), 1873 (art. 198) y 1890 (art. 219). En todas ellas, conviene advertirlo, la figura se hace consistir en una reunión tumultuaria, inspirada, entre otros fines, a turbar "gravemente el orden público para causar injuria u otro mal a alguna persona" (art. 247 del Código vigente en España). De ahí que algunos legisladores, procediendo con mejor técnica que el español, hayan denominado el **género** donde aparece la especie del delito en cuestión, no sólo "contra la seguridad interior del Estado", sino que han tenido también en cuenta, al lado de aquel bien jurídico, "el orden público", como lo hacen los de Bolivia, Nicaragua y Paraguay, o lo llaman así exclusivamente: "Delitos contra el orden político del Estado" (Uruguay). Entre nosotros ha sido tradicional incluir esta infracción entre las que atentan a "la tranquilidad y el orden público" (Códigos de 1873 y 1890) o "contra la paz y el orden interior" (1873).

Un resonante caso de la historia reciente de Colombia proyecta mucha luz sobre el punto doctrinario en cuestión. Se trata del golpe de cuartel asesinado por el general Gustavo Rojas Pinilla. Durante la promoción del movi-

miento, las autoridades que pudieron debelarlo en ciernes, dejaron que se continuara gestando hasta llegar a su próximo estallido. Cuando el titular de presidencia de la república quiso hacer abortar la insurrección, era ya tarde, y sus autores coronaron sus designios con el éxito. A nadie, desde luego, se le ocurrió la majadería de pedirles a los rebeldes triunfantes que se aplicaran las sanciones previstas por el C. P. para su delito.

Si el proyectado artículo de la reforma llega a aprobarse, ya no será posible sofocar una rebelión mientras se está **promoviendo**. Porque este fenómeno no está contemplado por la fórmula propuesta y porque, según ésta, el delito sólo comienza a ser punible cuando se realiza el acto "que tienda" a uno de los fines específicos de los rebeldes. Esto importa la existencia de una infracción en parte de **resultado**, en cuanto es menester la realización del acto de marras, y en parte de **peligro**, por el aspecto de que no requiere la finalidad perseguida, para que ella se acepte como **consumada**.

¿Qué criterio legislativo siguieron al respecto los autores de la reforma? Ninguno, al menos conocido por mí. Porque no acogieron el del Código colombiano en vigor, consistente en reprimir los **actos preparatorios** que se concretan en la promoción del alzamiento, ni adoptaron el de los códigos españoles y sus congéneres, que hacen consistir dicha acción en alzarse o en el alzamiento en armas, que caracterizan **actos ejecutivos**.

En efecto, la híbrida locución legal "acto que tienda", no tiene un significado propio en el lenguaje gramatical ordinario ni en el jurídico, y su alcance no es fácil precisarlo; porque ella no dice si el acto debe ir **directa** o **indirectamente** encaminado a producir el fin perseguido por el justiciable. La solución habrá que dejarla siempre al arbitrio del magistrado, con lo cual se consagra legalmente el despotismo judicial.

En aras de todas las inconsecuencias que hasta el presente se han visto y las que se anotarán en adelante, anota la Comisión redactora en la "Exposición de motivos": "Ante la complejidad de la vida moderna y los variados medios que se utilizan para las luchas políticas, no se quiso circunscribir los delitos de rebelión y sedición al alzamiento de armas (sic), pues existen formas tanto más efectivas que ésta para buscar los fines que en esas formas se prohíben (Arts. 149 y 150)". ¡Como si los gobiernos de ahora fueran más impotentes que los de antaño, que se sostenían sobre unos cuantos chopos en manos de inexpertos en el arte de la guerra!

VIII. PECULADO. El Código Penal vigente y el art. 3º del decreto extraordinario 1858 de 1951, al describir las figuras principales de este delito, dicen que él puede recaer sobre caudales u otros bienes u objetos, sin especificar a quiénes han de pertenecer. En cambio, los redactores de la reforma precisan que ellos deben ser "de la administración pública o de los particulares" (artículos 156 y 157).

¿Entraña esta innovación un acierto? La respuesta es discutible. Porque si los preceptos legales deben ser sobrios y precisos, de manera que en ellos no aparezcan un concepto, una palabra, ni siquiera un signo ortográfico innecesarios, resulta obvio que la referida enmienda adolece de redundancia;

pues bien han podido guardar silencio acerca de los propietarios de tales cosas, sin que se desnaturalizara el alcance de la disposición, en virtud del trajinado principio de hermenéutica, según el cual, donde la ley no distingue a nadie le es dado distinguir. Sin embargo, como algunos criminalistas sostienen que el peculado sólo puede cometerse en bienes **públicos**, según lo hace Carrara (**Programa...**, parágrafo 3364), el superfluo agregado puede explicarse como un medio para desvanecer el error del inmortal maestro de Pisa. Por este aspecto, pues, puede pasarse sin censura el referido pleonismo.

Pero sucede que cuando el legislador incurre en este pecado, debe repetirlo siempre que se presenten situaciones similares, so pena de colocar al intérprete frente a problemas insolubles, por echar en olvido el sabio aforismo romano contenido en estas palabras: "Donde hay la misma razón debe haber la misma disposición". Y ello es precisamente lo que no se hace en la **reforma**: después de decir y reiterar en los citados artículos que los bienes materia del delito deben ser "de la administración pública o de los particulares", en los artículos 159 y 160 guarda silencio absoluto sobre tales especificaciones, al expresar: "El empleado oficial que dé a los **bienes que administra...**", "El empleado oficial que por culpa dé lugar a que se extravíen o pierdan los **bienes que custodia o administra...**". Aquí cabe preguntar: ¿los bienes a que se refieren estas dos normas han de ser de la administración pública o de los particulares? No, porque habiendo sido incluida esta exigencia en forma expresa en los artículos 156 y 157, debe entenderse excluida de los otros; porque también enseñaron los romanos, hablando de la ley: "La inclusión de una cosa implica la exclusión de la contraria". He aquí un enredo formado por agregarle un aditamento a un diáfano concepto legal.

Los autores del proyecto reformativo se dedicaron muy seriamente a edificar la teoría del peculado sobre la base, doctrinariamente impecable, de un abuso de función cometido por persona investida de carácter oficial, para apropiarse o usar indebidamente los bienes entregados a su manejo. Así lo expresaron en el artículo 156: "El empleado oficial que en provecho suyo o de un tercero, se apropie, o permita que otro lo haga, de bienes de la administración pública o de los particulares, cuya recaudación, custodia, administración o disponibilidad jurídica le haya sido confiada en razón de sus funciones...", incurrirá en las penas que enseguida enumera. El artículo 157 reproduce virtualmente lo anterior, pero contrae la acción delictiva al uso indebido de dichos bienes. Los artículos 158, 159 y 160 describen otras modalidades de peculado, cuyo autor ha de ser necesariamente un "empleado oficial".

Los reformadores, sin embargo, hicieron de un plumazo tabla rasa de todo lo que antecede al consignar en el artículo 161: "Quedará sujeto a las disposiciones previstas en los artículos anteriores, el particular que recaude o custodie bienes con destino a la administración pública". Porque es inconcuso que, en virtud de este precepto, para cometer peculado ya no es menester que el sujeto activo sea empleado oficial, que las cosas que se apropia o usa indebidamente le hayan sido confiadas para su recaudación, custodia, admi-

nistración o disponibilidad jurídica, ni que esto se haya hecho en razón de sus funciones. Resultan, en una palabra, totalmente inútiles los presupuestos en que se fundó la doctrina legal de este delito. Porque salta a los ojos que habría sido preferible prescindir de todas las mencionadas disposiciones, para reemplazarlas por una sola que dijera más o menos: "El que recaude o custodie bienes con destino a la administración pública, que se los apropie o use indebidamente", quedará sujeto a las penas respectivas.

Y no se diga que el artículo 161 sólo se aplica cuando se trata de un particular, y no de un empleado oficial, porque ello equivaldría a consagrar en favor de éste un privilegio, invirtiendo diametralmente los términos del artículo 20 de la Carta, cuando estatuye: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación, o por omisión en el ejercicio de sus funciones".

Otra cosa: quedó arriba establecido cómo los propugnadores de la reforma, con indiscutible acierto, aunque de manera excesiva, destacaron que el objeto del peculado no son únicamente los "bienes de la administración pública", sino también los "de los particulares". En este orden de ideas, el patrimonio de las empresas de economía mixta debe estar al amparo de las disposiciones que reprimen tal delito, como ocurre actualmente. Pero el proyecto, contradiciéndose a sí mismo, sólo hace extensiva la tutela penal a las entidades en que "el aporte oficial represente más del cincuenta por ciento del capital pagado" (artículo 163). ¿Cómo se explica esta claudicación doctrinaria en materia tan importante?

El Código destina una sabia disposición, la contenida en el artículo 155, a hacer extensivas las penas del peculado a quienes "por cualquier concepto se hallen encargados de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia". Estos servicios, dentro de un Estado de solvencia económica, deben prestarse como elementales funciones suyas, y así lo preceptúan entre nosotros los artículos 41 y 19, respectivamente, de la C. N. De esto se sigue que el patrimonio de las fundaciones, hospitales, orfanatos, colegios, etc., establecidos y sustentados, sin fin de lucro, por personas magnánimas y caritativas con su propio peculio y el de quienes quieran ayudarlas, para suplir las deficiencias estatales en dichas materias, debe tener el amparo del magisterio penal con que lo protege dicha norma. En el proyecto de marras, sin embargo, ésta se suprime de un tajo, sin explicación alguna.

IX. CONCUSION. El artículo 156 del Código Penal describe el delito de concusión diciendo que lo comete "El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad".

Los miembros de la Comisión redactora del proyecto de Código Penal propusieron reemplazar la norma transcrita por una que tiene las siguientes características: a) la acción delictiva concuerda casi íntegramente con la an-

terior; b) el sujeto activo deber ser un "empleado oficial o auxiliar de la justicia", y c) su inciso segundo es de este tenor: "Cuando no hubiere constreñimiento ni inducción sino solicitud, la pena se disminuirá de una tercera parte a la mitad". No hay, pues, comentario que hacer a la materia de que trata el literal a).

¿Tiene importancia la enmienda que indica qué nuevas personas pueden ser agentes del delito? Claro que sí. Siempre he considerado que la expresión "funcionario o empleado público", que se usa en el precepto transcrito y en otros varios, es impropia, confusa o imprecisa. En efecto, según el art. 59 del Código de Régimen Político y Municipal, la denominación "empleados públicos" cubija a "todos los individuos que desempeñan destinos creados o reconocidos por las leyes" y a "los que desempeñan destinos creados por ordenanzas, acuerdos y decretos válidos". El nombre, pues, es genérico y comprende a los magistrados, "que son los empleados que ejercen jurisdicción o autoridad"; a "los simples funcionarios públicos, que son los empleados que no ejercen jurisdicción o autoridad, pero que tienen funciones que no pueden ejercitar sino en calidad de empleados"; y a "los meros oficiales públicos, que son los empleados que ejercen funciones que cualquiera puede desempeñar, aun sin tener la calidad de empleado". Por lo cual me parece acertado que en el proyecto se sustituya la frase legal por la de empleado oficial, comprensiva de todos los servidores de la administración pública que pueden incurrir en concusión.

Lo que sí me parece un error en materia grave es el pretender subrogar "el encargado de un servicio público" por "auxiliar de la justicia", y voy a explicarme.

Los Estados contemporáneos tienen la marcada tendencia a la descentralización, que permite desplazar el desempeño de **servicios públicos**, típicamente estatales, hacia personas particulares, que los prestan como representantes de la administración pública. Figuran entre éstos los administradores de empresas de energía eléctrica o acueducto, los concesionarios de correos, teléfonos, telégrafos, etc., quienes en razón de sus actividades están en condiciones de expoliar dinero a sus conciudadanos. Al señalarlos, pues, la ley como posibles concusionarios, no hizo otra cosa que ponerse a tono con las exigencias de la época, al respecto.

Al tratar de restringir la aptitud para incurrir en concusión a los **auxiliares de la justicia**, fuera de los empleados oficiales, el criterio de la reforma resulta a todas luces regresivo y denuncia una ignorancia supina o una integral amnesia sobre la naturaleza del delito, que tanto en el Código como en el proyecto figura como atentatorio a la **administración pública**, y no a la **administración de justicia**.

Con todo, lo que sí implica una pifia garrafal es la invención de los reformadores de erigir en **circunstancia atenuante** lo dispuesto en el inciso segundo. Porque si los verbos definitorios de la noción delictiva son **constreñir** e **inducir**, basta que se integre la acción expresada por uno de ellos, para que se complete el concepto del delito. Y esto acontece sin necesidad de que el

servidor público solicite o pida, pues basta que se limite a hacer simples sugerencias. Sobre el particular enseña Carrara, al distinguir entre **concusión** y **cohecho**: "No siempre el oficial se dirige a cara descubierta contra el particular diciéndole: dame cien o te pongo en la cárcel; o bien: dame cien o te dicto una sentencia condenatoria. Estas maneras son demasiado groseras y, por lo mismo, son precisamente las más raras. El empleado venal no pide, sino que hace comprender que recibiría, no amenaza, sino que hace nacer el temor de su poder. Entonces el particular (tenga o no justa razón de temer) comprende y teme, y ofrece el dinero" (Programa, parágrafo 2575). En el mismo sentido puede verse a Maggiore, **Derecho Penal**, vol. III, pág. 195, y Soler, **Derecho penal argentino**, t. V, pág. 176.

Este criterio diferencial entre la concusión y el cohecho es exactísimo porque los verbos definidores de la acción de este último delito son los de **recibir** y **aceptar**, y si el servidor público toma la iniciativa, y **pide** o **exige**, explícita o implícitamente, ya no se ha limitado a recibir o aceptar: ha hecho algo más, ha cometido una acción más descarada, torpe y repugnante y, por lo mismo, reveladora de mayor peligrosidad. Su delito, por lo tanto, es más grave que el cohecho pasivo simple. Es una **concusión**, reprimida con mayor rigor que aquel.

Esto desde el punto de vista del empleado. Miradas las cosas desde el ángulo del particular, la solución debe ser la misma. Porque si fue aquel quien solicitó la dádiva o la promesa remuneratoria por el acto de función, no hay duda de que el interpelado procede por miedo a la potestad pública, ya que esa petición lleva implícita la amenaza de actuar en sentido contrario si no se accede a lo que se demanda. Más aún, aunque el servidor oficial no diga expresamente que lo que pide es por el acto de función, siempre hay el miedo a la potestad pública porque es claro que no se trata de un empleado cualquiera, sino precisamente del que tiene a su cargo el asunto cuya decisión interesa al particular. ¿Qué persona medianamente avisada no comprende al romper que si el juez que está encargado de fallar su causa le pide dinero es con la intención de hacerle ver que puede perjudicarlo si no lo complace, aunque tal no fuera, en verdad, el abscondito propósito del solicitante?

Por fortuna, el exabrupto que se propone como minorante de la concusión jamás podrá aplicarse, por la razón potísima de que no hay solicitud de dádiva o promesa, en la cuestión que se examina que no entrañe constreñimiento.

X. **COHECHO**. Con bastante acierto se distingue en el proyecto de nuevo Código Penal entre los delitos de **concusión** y **cohecho**. El primero se considera más grave que el segundo y se le conmina, por tanto, con una pena más severa, por cuanto él ataca dos bienes jurídicos diversos: la **administración pública** —que es ofendida por el hecho del servidor público que la prostituye y desacredita— y la propiedad privada de la víctima del concusionario; mientras que la otra infracción es sólo lesiva del interés inicialmente mencionado. Sus redactores siguen al respecto, en líneas generales, la estructura del Código italiano vigente, algunas de cuyas disposiciones calcan, aunque desafortuna-

damente no todas en forma completa. Este y otros deslices determinaron en la reforma dislates de variada envergadura.

Lo primero digno de anotar es un pequeño error de técnica legislativa. En la ley italiana (art. 318) lo mismo que en la nuestra (art. 160) la reglamentación del delito —llamado también **corrupción** y **soborno**— se comienza por describir y sancionar, como es obvio, la **figura básica**, para contemplar luego una calificada (artículos 319 y 161). En el proyecto se procede, inexplicadamente, a la inversa (artículos 166 y 167).

A causa de que el cohecho ataca exclusivamente la administración pública, el delito se **consume** con el **pacto corrupto**, esto es, con el vitando convenio entre el empleado que acepta corromperse y su corruptor. De ahí que en el citado Código peninsular y en el nuestro los hechos posteriores a la consumación sean indiferentes, tanto para el soborno simple como para el agravado. En el proyecto se erige en relación con éste, no aplicable a aquél, la siguiente calificante: "La prisión será de tres a diez años si el agente realizare la conducta convenida".

No obstante lo anterior, teniendo en cuenta el legislador italiano que el aspecto más respetable y trascendental de la administración pública es el que tiene a su cargo impartir justicia, en el inciso segundo de su artículo 319 dispuso: "Se aumentará la pena, si del hecho se derivare: ...2) el favor o el perjuicio de alguna de las partes en proceso civil, penal o administrativo". Por la misma razón, el nuestro de 1936 consagró esta circunstancia calificadora del soborno agravado: "Si el responsable fuere un Juez o Magistrado del orden judicial o administrativo, la prisión será de dos a diez años". ¿Cómo se entiende que unos aspirantes a legisladores que se mostraron tan quisquillosos con las ofensas a la administración de justicia al tratar de la concusión, olviden por completo ahora este bien jurídico frente al cohecho? ¿No hay en esto una inconsecuencia inexplicable e incomprensible?

Cuando el servidor oficial falta a los deberes de su cargo, aunque a ello no lo determine la existencia de un pacto corrupto, entre los ciudadanos honestos a cuyo conocimiento llega lo ocurrido surgen dudas acerca de la rectitud y probidad de la administración pública, con el consiguiente descrédito para ese bien jurídico. De aquí que el legislador italiano de 1930 sancionara como delito autónomo el hecho del funcionario público "que recibiere dicho dinero o utilidad por haber obrado contra los deberes de su cargo o por haber omitido o retardado un acto de su cargo" (inciso tercero del artículo 319).

Los gestores de la reforma colombiana, tal vez con el designio de prohiar esta norma, estamparon en el artículo 169 de su proyecto: "En la pena prevista en el artículo 167, incurrirá el empleado oficial que sin promesa de acuerdo anterior, reciba dinero u otra utilidad por conducta legal ya cumplida u omitida". ¿De manera que da igual que lo que se recibe, se entregue por haber cumplido el agente con absoluta fidelidad sus deberes o por haberlos traicionado? Frecuentemente a los servidores oficiales que se destacan en el cumplimiento de sus obligaciones se les hace objeto de premios y ho-

nores. Si el proyectado precepto en referencia llega a convertirse en ley de la república, en lo sucesivo tales distinciones irán seguidas de "prisión de seis meses a cuatro años, multa de quinientos a cincuenta mil pesos, e interdicción de derechos y funciones por un término de dos a ocho años".

Casi siempre en el soborno actúan dos delincuentes: el cohechador, que corrompe al encargado de la función o el servicio público, y el cohechado, que se deja corromper. De aquí se sigue que, por lo regular, ambos agentes sufren una misma sanción, como lo dispone así el art. 321 de la legislación italiana: "Las penas establecidas en los artículos 318 (primera parte), 319 y 320, se aplicarán también a quien dé o prometa dinero u otra utilidad a un funcionario público o a un encargado de algún servicio público". Nuestro artículo 164 establece una escala penal intermedia entre la fijada para el cohecho simple y la correspondiente al agravado, para reprimir tal hecho.

En el proyecto de marras se incurre en una burda aberración científica al disponer: "Artículo 170. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a empleado oficial o auxiliar de la justicia en los casos previstos en este capítulo, incurrirá en arresto de uno a doce meses y multa de quinientos a cincuenta mil pesos. No se aplicará pena alguna al particular si confiesa y coopera a demostrar la aceptación del empleado oficial o auxiliar de la justicia". ¡Habrás visto despropósito! ¿Cómo es esto de que al autor de un delito tan grave como el cohecho activo se le amenaza con una pena insignificante? Y, sobre todo, ¿cómo puede sostenerse en buena lógica jurídica que al responsable de una infracción penal se le exonera de castigo si confiesa haberlo perpetrado y coopera a demostrar que su codelincuente es también culpable? Como no puede admitirse que caballeros tan respetables como los propugnadores de la reforma se propongan fomentar la corrupción de los servidores de la administración, cobijando con la impunidad a quienes la practiquen, es menester aceptar que ellos fueron víctimas de confusión invencible que no les permitió distinguir entre la víctima de la concusión —que da o promete lo que indebidamente se le exige— y el peligroso criminal que pervierte a los representantes del Estado y socava las bases morales en que descansa la administración pública. ¡Dios libre a Colombia de un Código Penal que contenga tamaño disparate!

XI. CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS. Con verdadera curiosidad procedí a estudiar el capítulo del proyecto de nuevo Código Penal que trata de los delitos materia de este comentario. Porque todos los estatutos represivos que los contemplan —al menos los que he tenido oportunidad de conocer— les dedican un solo artículo o a lo sumo dos, a su reglamentación y castigo, mientras que los autores de la reforma les consagran una nutrida constelación de disposiciones. Pensé que éstos estarían provistos de una imaginación prodigiosa que les permitiera multiplicar las infracciones penales como los panes y los peces evangélicos.

Realmente, en las mencionadas leyes punitivas existe una norma que traza y reprime la figura delictuosa comúnmente conocida con el nombre de "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas". Median-

te ella no se sanciona la corrupción efectiva de los encargados de las funciones públicas, como en el cohecho pasivo; ni el abuso que de ellas se haga para obtener un ilícito provecho, como en la concusión; ni el perjuicio o peligro de perjuicio que se cause a la administración pública, como en el peculado. Aquí se castiga el simple hecho de que una misma persona intervenga en un contrato u operación como representante a la vez de la administración pública y de sus propios intereses privados, aunque ésta se beneficie con ello. Lo dicho puede verificarse en los códigos francés (artículo 175), español (artículo 401), italiano (artículo 324), argentino (artículo 265), boliviano (artículo 371), cubano (artículo 430), dominicano (artículo 176), ecuatoriano (artículo 241), haitiano (artículo 136), hondureño (artículo 401), uruguayo (artículo 161), nicaragüense (artículo 280) y peruano (artículo 345). Tal delito corresponde al contemplado por el artículo 173 del proyecto en referencia y por el artículo 167 de nuestro Código en vigor.

También persigue sancionar el proyecto, en su artículo 172, al "empleado oficial que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de un contrato, o licitación, o en la liquidación de bienes públicos, se concierte con cualquier interesado o usa maniobra o artificio para defraudar al Estado". Esta proyectada norma equivale a nuestro artículo 162.

¿Qué sucede, entonces, con las demás entidades punibles ideadas por los reformadores? Que sobran, simplemente, como intentaré demostrarlo, aunque muy a la ligera, y son un factor de perturbación para la recta administración de justicia.

En efecto, el artículo 171 busca castigar al "empleado oficial que en ejercicio de sus funciones, intervenga en la aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de incompatibilidad", y "al agente cuando intervenga en la aprobación o celebración de un contrato con el cónyuge o pariente dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil de quien lo designó o intervino en su designación, o con un consocio de éste en sociedad distinta de la anónima". Pero ocurre que desconozco el referido régimen legal y, en caso de existir, su violación entraña peculado al apropiarse o usar indebidamente el responsable bienes del erario.

Mediante el artículo 174 se intenta reprimir al "empleado oficial que en ejercicio de sus funciones celebre o apruebe contrato sin el requisito legal de la licitación, o sin la determinación del objeto, cuantía y plazo para la ejecución, o haga anticipos sin constitución previa de garantía", y al "empleado oficial que en ejercicio de sus funciones y sin causa legítima, apruebe o celebre contrato adicional u omita la declaración de caducidad cuando se presenten las razones legales para ello". Pero acontece que los hechos aquí previstos implican peculado y, el último, prevaricato por omisión.

Por medio del artículo 175 se procura penar al "empleado oficial que en ejercicio de sus funciones y con ocasión de la celebración de un contrato de enajenación o arrendamiento de bienes, se pacte en perjuicio de la admi-

nistración pública, precio o canon diversos de los que permita la ley". Pero acaece que la conducta descrita integra peculado.

El artículo 176 tiende a punir al "empleado oficial que en ejercicio de sus funciones, adquiriera elemento innecesario, obsoleto, inservible, inadecuado o suntuario" y al "empleado oficial que en ejercicio de sus funciones contrate para la administración pública obra o servicios innecesarios, inadecuados o suntuarios". Pero sobreviene que el agente de tales actos incurre en clarísimo peculado.

Esta profusión de entidades delictuosas pertenecientes a una misma familia y que no figuran en la legislación universal —en la conocida por mí desde luego—, produce a primera vista la grata sensación de que los autores del tantas veces mencionado proyecto, hicieron un esfuerzo plausible por combatir la inmoralidad en la administración pública; sobre todo en lo relativo a contratos y licitaciones, en donde los representantes de ella suelen claudicar a menudo. Más aún, yo creo en la forma más honesta que tan loable propósito fue el que les puso a funcionar su inventiva. Por desgracia, si logran convertirse en ley de la república las normas propuestas, sólo conseguirán patrocinar la corruptela que a todos los colombianos nos preocupa; porque como éstas crean delitos sancionados con penas disímiles, sus responsables invocarán siempre la aplicación de la norma favorable, conforme a lo establecido por el artículo 26 de la Carta.

XII. PREVARICATO. El prevaricato o prevaricación —delito del funcionario público, diferente del que cometen los procuradores y consejeros de los litigantes, que se encuentra en los códigos de tipo italiano— es de clara stirpe española, y se caracterizaba por la concurrencia de dos elementos subjetivos: intelectual el uno y afectivo el otro. Al respecto se lee en las **Partidas**: "E primeramente dezimos del judgador, que si judga tuerto á sabiendas, por desamor que haya a aquel contra quien da el juyzio, ó por amor que haya con el otro contendor..." (ley XXIV, tít. XXII, partida III). Este sistema fue prohibido por el Código hispano de 1822 (artículo 451), pero fue corregido en el de 1870, donde se responsabiliza de la infracción a "El Juez que, a sabiendas, dictare sentencia injusta contra el reo..." (artículos 361 y ss.). El elemento de afección fue suprimido, sin duda, porque probarlo era punto menos que imposible, y tampoco figura en el vigente (artículos 351 y ss.).

El primitivo criterio español se conserva todavía en algunas legislaciones en vigencia, según puede verse en las de Bolivia (artículo 344), Brasil (artículo 319), Ecuador (artículo 252) y Guatemala (artículo 222).

Sin embargo, la gran mayoría de los códigos actuales de Iberoamérica siguen el sistema de la ley punitiva que rige en España, al prescindir del presupuesto relativo al amor o desamor del justiciable hacia las partes, y exigir sólo el factor a **sabiendas**, que enuncian con esta frase adverbial o con expresiones de igual contenido gramatical y jurídico: dictar sentencia, resolución, providencia, etc., **contra ley expresa**, o **expresamente injusta**, etc. Por que **ley expresa** es la que explícitamente ordena, prohíbe o autoriza alguna cosa, de manera que quien la infringe no puede menos que tener conciencia

de su quebrantamiento. Sobre este particular pueden confrontarse los estatutos represivos de Argentina (artículo 269), Cuba (artículo 293), Chile (artículos 223 y 224), Guatemala (artículos 240 y ss.), Honduras (artículos 350 y ss.), México (artículo 226), Salvador (artículos 278 y ss.), Costa Rica (artículo 388), Paraguay (artículo 183) y Perú (artículo 354).

En Colombia había sido tradicional la adopción de la primigenia fórmula española, que figuró en los códigos de 1837 (artículo 497), 1873 (artículo 373), 1890 (artículo 485) y 1936 (artículo 168). Este último fue modificado, por mi iniciativa, con el argumento de que aunque nuestro país no es estéril para el prevaricato, hasta 1963 no se tenía noticia de un solo auto de proceder con fundamento en él; porque para probar la existencia del cuerpo del delito era necesario asomarse casi a la inteligencia y el corazón del inculpado, a fin de saber si procedió a sabiendas y por simpatía o animadversión hacia alguno de los interesados en el proceso. Quienes intervinieron en la redacción del texto subrogatorio eliminaron el segundo elemento subjetivo, pero fueron respetuosos del primero.

Esta larga y fastidiosa enumeración tiene una clara finalidad concreta: demostrar que la lenta pero firme tendencia legislativa en esta materia ha ido suprimiendo de entre los presupuestos del prevaricato el interés o el afecto o desafecto que inspire la conducta del delincuente, pero admitiendo siempre —sin una sola excepción— que éste debe proceder con conocimiento de que viola la ley que debe aplicar. ¿A qué obedece este sistemático proceder de los legisladores? ¿A puro capricho suyo? En manera alguna. El tiene fundamento en razones potísimas, como es fácil demostrarlo.

Nótese, en primer lugar, que el servidor público que decide una cuestión en determinado sentido, por simpatía o animadversión, creyendo erróneamente que su proceder se ajusta al derecho, no revela tanta peligrosidad ni produce tanta alarma social, como las que denuncia y ocasiona la conducta de quien conscientemente atropella la ley que debe y juró cumplir, aunque no concurren aquellos móviles. El primer infractor exhibe un apasionamiento que puede ser romántico, mientras que el otro pone de manifiesto su maldad y su índole ante la injusticia. Parece inconcuso que los dos no deben estar sujetos a igual tratamiento punitivo.

Por lo demás, la prueba del afecto o desafecto es por excelencia diabólica. A menos que el justiciable confiese haber procedido a virtud de uno de tales motivos determinantes, tendrá el juez que afrontar la imposibilidad de acreditar la existencia de uno de los extremos del delito. En cambio, el factor "a sabiendas" puede establecer mediante recursos objetivos: la claridad de la ley violada, el hecho de haberla citado quien invoca su aplicación o quien debe aplicarla, la existencia de las pruebas demostrativas del derecho, etc. Por ello soy partidario de usar, en vez de la locución "a sabiendas" —que es un poco imprecisa y etérea—, una fórmula como la empleada por el Código argentino cuando expresa que incurre en el delito "el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas" (artículo 269).

Estos sabios antecedentes no se tuvieron en cuenta al elaborar el proyecto de reforma penal, o más bien, sí se reparó en ellos, pero para contraponerlos, pues se expresa en el artículo 180: "El empleado oficial que por simpatía o animadversión a cualquiera persona profiera concepto, resolución o providencia contrarios a la ley, u omite, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos a diez años".

De lo anterior es preciso concluir que entre todos los penalistas del mundo, a los únicos a quienes se le ha ocurrido invertir diametralmente los elementos subjetivos del prevaricato, es a los redactores del proyecto de nuevo Código Penal colombiano. ¿Con qué objeto? ¿Con el fin de poner de bulto la ignorancia de aquellos eminentes legistas? O ¿con el designio de proteger la impunidad de los prevaricadores? Antes de responder esta pregunta anoto —con alarma— que en los artículos 180 y 181 no aparecen como posibles agentes de las infracciones allí previstas "el que transitoriamente desempeñe funciones públicas" —que figura en el Código en vigencia— ni el manoseado "auxiliar de la justicia", que tan a menudo se menciona en el proyecto. De suerte que si éste llega a aprobarse, los jurados de conciencia, conjuces de los tribunales, peritos, árbitros, etc., podrán prevaricar a sus anchas, sin el temor de que caiga sobre ellos el rigor de la ley penal.

XIII. USURPACION Y ABUSO DE FUNCIONES PUBLICAS. Me parece acertado el intento de los autores del proyectado nuevo Código Penal de prever en el capítulo correspondiente al título de este comentario, las diversas figuras delictivas que en él deben agruparse: usurpación y extralimitación de funciones públicas (artículos 196 y 197), usurpación de cargo público (artículo 198) y prolongación de funciones (artículo 199), aunque no veo qué tiene que hacer allí la infracción contemplada por el artículo 200, no obstante que tiene antecedentes respetables.

Pero es preciso reconocer algunos yerros importantes de que adolece esta parte del proyecto, empezando por el nombre que se le asigna, pues hablar en ella de "abuso de funciones públicas" equivale a decir que esta materia no quedó íntegramente reglamentada en el capítulo anterior, sino que entre éste y aquél forman una mezcla incomprensible. Por otra parte, si se considera que el artículo 199 contempla la "usurpación de cargo público", ha debido tenerse en cuenta en la denominación genérica. Más aún, adelante se verá que esta proyectada norma no prevé sino la "simulación de investidura".

Conviene recordar, con el fin de precisar conceptos, que existen varios sistemas disímiles acerca de la forma de legislar sobre esta materia, que sólo se encuentra regulada en algunos códigos modernos.

Así, el español y los que siguen su método, colocan la **usurpación de funciones** y la **simulación de títulos** entre las **falsedades**, y distinguen estas figuras de la **prolongación de funciones públicas** y la **usurpación de atribuciones**, que colocan entre los "delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos".

En el derecho italiano no se ha seguido a este respecto una misma orientación. En el Código de 1889 se contemplaron en el capítulo llamado "Usurpación de funciones públicas" la de funciones propiamente dichas (artículo 185) y la de títulos (artículo 186), ambas como "delitos contra la administración pública". En el de 1930 sólo la primera de estas infracciones ha conservado su lugar (artículo 347), pues la segunda, que consiste en llevar abusivamente en público divisas o signos distintivos de alguna función o cargo públicos, etc., pasó a formar parte del título de los delitos contra la fe pública (artículo 498).

Un tercer sistema —que parece ser el que quisieron prohiar los reformadores— es el adoptado por el Código argentino, que equipara la **usurpación de funciones** y la de **cargo públicos** y las reprime "con prisión de un mes a un año o inhabilitación especial por doble tiempo", cuando expresa (artículo 246): "El que **asumiere o ejerciere** funciones públicas, sin título o nombramiento expedido por autoridad competente". Y prevé, como entidad delictiva mucho más leve, que sanciona "con multa de cincuenta a mil pesos", la **simulación** del carácter de empleado público, de la cual hace responsable a "el que públicamente llevare insignias o distintivos de un cargo que no ejerciere", etc. (artículo 247).

El artículo 198 del proyecto en referencia dice: "El que se limite a simular investidura o cargo públicos, incurrirá en arresto de tres meses a un año". Pocas veces se han visto tantos errores en tan pocas palabras.

En verdad, ¿qué es eso de que "se limite"? En buena técnica legislativa, siempre que se describe un delito autónomo —como el que se pretende trazar en la propuesta norma— se enuncian únicamente: el sujeto activo, la acción delictiva, el sujeto pasivo y la pena. Sólo cuando se trata de erigir en agravante o atenuante alguna circunstancia, se usan frases que la hagan depender de la figura básica. Entonces, ¿por qué hablar aquí del "que se limite"? ¿No es este un factor de desconcierto para el intérprete?

La locución "simular investidura" no corresponde a lo que quiere decirse, esto es, "usurpar investidura". Porque el primero de los dos verbos que figuran en infinitivo, según el **Diccionario de la lengua española**: "Representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es", y parece claro que lo que se busca reprimir no es el hecho de que una persona finja haber sido nombrada para un cargo y haberse posesionado de él, que no causa mayor perjuicio a la administración pública. Lo que se persigue castigar es el apoderarse arbitrariamente de la investidura, y por ello ha debido emplearse el término **usurpar**, que, en la acepción que viene al caso, expresa lo siguiente, conforme a la misma obra: "Arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usar de ellos como si fueran propios". Esto, naturalmente, sin que el responsable alcance a ejercer funciones públicas.

He aquí otra idea que entraña un desatino: "El que se limite a **simular... cargo público...**". Porque si el cargo público es una entidad inmateria, sin figura corpórea, ¿cómo es posible que pueda simulársele? Yo creo que lo que se propusieron manifestar los autores del desafortunado proyecto de

artículo, fue el concepto de usurpar el cargo, lo que sí puede ocurrir y debe ser punible.

Refiriéndose a la anotada diferencia del Código argentino, afirma Soler: "La infracción puede revestir dos formas: la asunción y el ejercicio de funciones públicas. En ambos casos, sin embargo, este hecho no debe ser confundido con el ostentar o aceptar la mera designación, el nombre de la función, sino en usurpar la función misma, ya sea ocupando materialmente el lugar que corresponde con la intención de ejercer el cargo como si fuera el titular, ya ejecutando un acto determinado propio de la función que resulta así usurpada sólo parcialmente" (*Derecho penal argentino*, t. V., págs. 143 y 144).

XIV. DELITOS CONTRA LOS EMPLEADOS OFICIALES. La generalidad de los códigos penales dedican numerosas normas a proteger a los servidores públicos contra las infracciones que se cometen a causa o en razón de sus funciones. El italiano vigente, por ejemplo, dedica diez artículos —casi todos con varios incisos— a describir y castigar los siguientes delitos perpetrados contra funcionarios o empleados públicos y quienes tienen a su cargo algún servicio público: Violencia o amenaza contra un funcionario público; resistencia a un funcionario público; violencia o amenaza contra una corporación política, administrativa o judicial; interrupción de un cargo o servicio público o de necesidad pública; desacato a un funcionario público; desacato a una corporación política, administrativa o judicial; desacato a un juez en audiencia; desacato a un empleado público y desacato a la autoridad mediante daño de carteles oficiales.

El estatuto que rige en Colombia es muy parco a este respecto, pues se limita a reprimir la violencia contra un funcionario público o el encargado de un servicio público, y la violencia contra las corporaciones públicas, y a contemplar una agravante genérica para los demás delitos cometidos contra funcionarios públicos por razón o causa del ejercicio de sus funciones.

El proyecto que se viene comentando es avaro sobre el particular, pues no se conforma, como el anterior, con prescindir de sancionar la resistencia y el desacato contra funcionarios públicos y corporaciones de la misma índole; la interrupción de un cargo o servicio público o de necesidad pública; el desacato a un juez en audiencia, como delito autónomo; el desacato a un empleado público; y el desacato a la autoridad mediante daño de carteles públicos, sino que llega mucho más lejos: le niega la protección punitiva a quien, sin ser empleado oficial, desempeña transitoria o permanentemente funciones públicas o esté encargado de un servicio público, y suprime la agravante genérica consagrada para todos los perpetrados contra funcionarios públicos por razón o a causa del ejercicio de sus funciones. La cicatería de los autores de la reforma en esta materia llegó hasta prescribir la frase "De los" en la denominación del capítulo, que figura en los demás.

La obra de los reformistas pretende dejar en desamparo a importantes servidores de la administración pública, como son las personas privadas encargadas de ejercer de manera transitoria funciones públicas, entre las cuales

pueden enumerarse: los abogados que tienen a su cargo adelantar, en representación de funcionarios de manejo, ejecuciones por jurisdicción coactiva; los capitanes de barco, en cuanto están investidos de poderes disciplinarios; quienes aprehendan a un reo sorprendido *in flagranti* o a un malhechor cuya captura ha sido públicamente requerida por la autoridad competente, etc. También quedan fuera de la tutela penal quienes, sin ser empleados oficiales, ejerzan en forma permanente funciones públicas, entre los cuales pueden citarse las personas que por medio de contrato recaudan el producto de una renta nacional, departamental o municipal o de otra entidad pública; los expendedores de licores oficiales, etc.

Quedan igualmente destituidos de la protección punitiva los encargados de servicios públicos, que son, según Maggiore, "las personas que prestan alguna actividad perteneciente al Estado o a otra entidad pública", esto es, alguna "prestación de carácter económico-social, asumida de manera voluntaria y monopolizadora por el Estado o por otra entidad pública, y ejercida directamente o por medio de concesionarios privados" (*Derecho penal*, vol. III, pág. 154). Entre dichas personas pueden citarse las encargadas por la administración pública de construir obras suyas, las que administran una empresa de energía eléctrica o de acueducto, los concesionarios de correos, teléfonos, telégrafos, etc.

En el artículo 201 del proyecto vuelve a equipararse, como si fueran hechos de igual gravedad, el ejecutado conforme a la ley y el que la quebranta, cuando se expresa: "El que ejerza violencia contra un empleado oficial o auxiliar de la justicia, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de uno a siete años".

Los redactores del propuesto estatuto tuvieron el plausible propósito de crear un nuevo delito, integrado por un fraude contra la víctima, pero al tratar de expresar su idea en el inciso segundo del artículo que acaba de transcribirse, lo hicieron en forma deplorable, así: "En igual pena incurrirá el que para los fines señalados en el inciso anterior, simule autoridad, falsa orden de la misma o emplee cualquier otra maniobra engañosa". Porque yo nunca he podido entender que pueda engañarse a alguien simulando una orden falsa de la autoridad. Yo considero que lo que se simula es una orden verdadera, presentando la espuria como si no lo fuera.

XV. FALSAS IMPUTACIONES HECHAS ANTE LAS AUTORIDADES. Es de la esencia de estos delitos, en la legislación universal, que las imputaciones de que aquí se trata sean falsas, esto es, que sean objetiva y subjetivamente contrarias a la realidad, y así se desprende del nombre asignado por los autores del proyecto de nuevo Código Penal al capítulo a que ahora voy a referirme. Porque falso es, según la clásica definición de Paulo, "lo que no es verdad, pero se presenta como verdad". Esto concuerda con el primer significado que el *Diccionario de la lengua española* da a dicho término, así: "Engañoso, fingido, simulado, falto de ley, de realidad o veracidad". Lo cual en-

traña, pues, que quien hace la respectiva imputación ha de tener conciencia de que con ella inmuta la verdad.

Sin embargo, los buenos códigos penales, pecando un poco de redundantes, incluyen este factor psicológico al describir las diversas figuras delictuosas. El que rige en Italia, por ejemplo, al trazar la **calumnia**, que corresponde a la **denuncia falsa** del derecho colombiano, habla de inculpar "de una infracción a alguno, sabiendo que es inocente" (artículo 368); lo cual repite de manera innecesaria al fijar los límites de la **autocalumnia** (artículo 369). Al dibujar el delito contemplado en el artículo 367 dice, refiriéndose al agente: "...afirma falsamente que se ha realizado una infracción...", y al comentar la norma dice Maggiore que "La **imputabilidad** es por dolo (genérico): conciencia y voluntad de denunciar un delito que no se ha efectuado..." (**Derecho penal**, vol. III, pág. 328).

El estatuto español sanciona como simulador de delito a quien "simulare a sabiendas ser responsable o víctima de un delito..." (artículo 338), y como autores de acusación y denuncia falsa a "los que imputaren falsamente a alguna persona hechos", etc. (artículo 325). Y al examinar este precepto, afirma Cuello Calón, refiriéndose al dolo: "Conciencia de que los hechos denunciados son falsos, el denunciador ha de obrar de mala fe, ha de saber que acusa a un inocente" (**Derecho penal**, t. II, pág. 282).

En relación con la denuncia falsa, exigen que el agente proceda a sabiendas de que la imputación es falsa, las legislaciones del Brasil (artículos 339 y 340), Costa Rica (artículo 394), Cuba (artículo 272), Panamá (artículo 1853, Perú (artículo 330) y Uruguay (artículo 179). Otras, como las de Bolivia (artículo 326), Chile (artículo 330) y Salvador (artículo 259) usan palabras o locuciones de las cuales se desprende con entera claridad que el denunciante debe proceder a conciencia de que hace una imputación falsa.

Nuestro Código en vigor exige la concurrencia del elemento a **sabiendas**, tanto para la simulación de infracción penal como para la denuncia falsa (artículos 187 y 188) y si, a diferencia del español, no lo hace respecto de la autoacusación falsa, es porque quien se declara responsable de una infracción que no ha cometido, no puede menos que tener conocimiento de que su confesión es falsa.

Los autores del proyecto en referencia suprimen el elemento a **sabiendas** de todas las figuras que aparecen en el capítulo que se examina, y ni siquiera expresan que la denuncia sea falsa. ¿Por qué? ¿Porque figurando esta palabra en la denominación del capítulo consideraron superfluo reproducirla en los artículos? Claro que no. Puesto que si en el Código actual se dice y reitera que el justiciable debe proceder a **sabiendas**, la no inclusión de este presupuesto de los delitos en las nuevas descripciones punitivas revela el diáfano propósito de eliminarlo. Por desgracia, a nadie le ha sido posible conocer las actas de la comisión reformadora.

Y no se piense que la innovación es cosa de poco monto. Al contrario, ella determinará que muchos delitos se queden impunes, pues quien crea firmemente que se ha cometido una infracción penal y que el responsable de

ella es determinado sujeto, no se atreverá a denunciar la una ni al otro, si no posee las pruebas demostrativas de la veracidad de su denuncia, por temor a que sea él quien vaya a parar a la cárcel.

Considero un acierto de los redactores del proyecto distinguir, para los efectos de la pena, entre la imputación hecha bajo juramento y la formulada sin este requisito. Pero me parece inexplicable el intento de abolir el art. 189 del Código en vigencia, que dispone: "Las sanciones de que tratan los artículos anteriores se rebajarán a la mitad, si la severación o simulación falsas se refieren sólo a contravenciones". ¿No hay acaso una importante diferencia entre el hecho de simular, denunciar o atribuirse un delito que el de hacer lo propio respecto de una simple contravención? Sigue siendo una lástima que los colombianos y, sobre todo, los que se dedican al estudio, enseñanza y aplicación de las normas de la ley represiva, no hayamos tenido la oportunidad de saber por qué los sabios propugnadores de la reforma penal tratan de hacer innovaciones que nadie entiende.