

PROBLEMAS DE INTERPRETACION  
JURIDICA EJEMPLIFICADOS  
(ESTATUTO DE SEGURIDAD VS. CODIGO PENAL)

Dr. Laureano Contreras Vergara

A Ana Cecilia Cartagena Hernández +

"Un objetivo generalmente admitido puede ser puesto en tela de juicio en circunstancias en que nos preguntamos si vale la pena perseguirlo y, por tanto, cuál es su valor".

Henry Batiffol

EL HECHO

"De acuerdo con informe suscrito el 25 de febrero del corriente año por dos agentes de la policía adscritos a la estación de... y con la denuncia formulada en la misma fecha por el señor..., este último, el día mencionado, en las horas de la madrugada, fue víctima de un atraco perpetrado dentro de un bus de servicio público por cuatro individuos que lo despojaron de un reloj y de los zapatos".

Consideraciones del Juzgado Municipal que conociera del anterior hecho:

"En criterio de este Despacho cuando tres o más personas armadas realizan alguna o algunas de las conductas descritas en el artículo tercero del Estatuto de Seguridad, se hacen acreedoras a la sanción allí establecida, independientemente de que se compruebe que estaban agrupados en forma permanente, porque entonces concurriría la asociación para delinquir. Si cuatro o cinco individuos armados se apoderan de las pertenencias que determinado individuo

lleva consigo, y luego se disuelven, no queda duda que se ha tipificado la conducta descrita en el art. 3º del Estatuto de Seguridad; pero si a través de la investigación se comprueba que era una organización de carácter permanente, concurriría el delito de asociación para delinquir".

Consideraciones del señor Comandante de la Cuarta Brigada:

"De acuerdo con el criterio del señor Comandante de la Cuarta Brigada, las formas delictivas a que se refiere el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978, comúnmente conocido con el nombre de Estatuto de Seguridad, solamente son de conocimiento de la Justicia Penal Militar, a términos de la disposición novena del mismo, cuando se ejecuten en concurso con el delito de asociación para delinquir. Considera además, el señor Comandante, que todos los delitos a que se refiere dicho decreto sólo son de competencia de la jurisdicción especial mencionada en cuanto digan referencia a acciones ejecutadas por parte de grupos subversivos, que en ningún momento se puede aceptar que la Justicia Penal Militar tenga que conocer de delitos comunes por parte de particulares" (Relato del Tribunal Disciplinario, ut infra).

Decisión del Tribunal Disciplinario (Providencia del 21 de mayo de 1979, aprobada según acta N° 26 del 18 de mayo de 1979):

"Le asiste, ciertamente, la razón a la señora Juez: Cuando el artículo 3º (Se refiere al Decreto 1923 de 1978, anotamos) dice que los que integren bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas... (y) mediante amenazas se apoderen de semovientes, valores o de cualquier cosa mueble ajena u obliguen a sus propietarios, poseedores o administradores a entregarlos... incurrirán en presidio de 10 a 15 años", es claro de por sí que está configurando como delitos, esas formas del actuar humano de ese modo concreto especificado. Más claramente: **que haya o no delito de asociación para delinquir, cuando tres o más personas, armadas, mediante amenazas se apoderen de bienes muebles ajenos incurrirán en el delito establecido en el mencionado artículo 3º, y su conocimiento corresponde a la Jurisdicción Penal Militar, conforme al mandato que se contiene en la norma 9ª del mismo estatuto, ya antes citada. Ahora bien: sin que sea preciso abundar en otros razonamientos, como está demostrado que en el robo de que fue víctima el señor... participaron cuatro personas armadas, ello significa que el conocimiento de ese delito corresponde a la Justicia Castrense".**

PREGUNTAS

1ª Como en el caso del ejemplo intervinieron cuatro personas armadas puede decirse, de acuerdo con la providencia, que es suficiente la existencia de cuatro personas armadas para que se integren las bandas, cuadrillas o grupos de las que habla el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978?

2º Cuando el concurso de personas en el delito, o el sujeto activo plural de la infracción es institución del Derecho Penal General, el Tribunal Disciplinario enseña:

A. Que el Decreto 1923 de 1978 se plenifica en sí mismo y es un estatuto ajeno a la Teoría General del Delito?

B. Debe ser armonizado para su mejor comprensión con el Código Penal posibilitando la aplicación de estas normas, la introducción de los conceptos definidos en el libro primero?

3º Cuando al caso del ejemplo (sustracción de un reloj y un par de zapatos) el artículo 3º del Decreto 1923 de 1978 le asigna una sanción mínima de 10 años de presidio, y el artículo 404 del Código Penal sanción mínima de 5 años:

A. Es justo que por la sustracción del reloj y el par de zapatos el sindicado deba padecer, como se desprende de la providencia del Tribunal Disciplinario, una reclusión mínima de 10 años?

B. Es mero formalismo legal la providencia y, en consecuencia, la función jurisdiccional es de técnica o ensamblaje?

C. Es afán valorativo y creador, —la providencia—, como enseñanza a los jueces de la labor a realizarse por la rama jurisdiccional?

## INTRODUCCION

Empecemos diciendo, con Max Ascoli, "que el problema de la interpretación es un tema fronterizo entre la dogmática y la filosofía del derecho" (1), para ir precisando objetivos. De tiempo atrás se ha afirmado, anota Diemer, en el extremismo característico de la dogmática: "Una dogmática surge cuando se absolutiza una teoría especial" (2). Mas, en el campo del derecho, este peligrosismo no es tal. Veamos por qué: la dogmática jurídica, como creación que es del positivismo, centra su objetivo en las normas. Y está bien que así proceda porque inicia la presentación de distinta faz del derecho —el abandono del derecho natural— siendo menester para ello, como enseña HARTMAN, "partir del plano de lo dado" (3), mirar hacia las normas por constituir éstas el primer objeto de aprehensión (la partida del plano de lo dado, que es la base de la nueva ontología,

1. Ascoli, Max. Citado por Fernando Gómez Mejía. *La Interpretación del Derecho*. Ed. Ananké, Bogotá, 1979, Pág. 125.

2. Diemer. "Para una fundamentación de un concepto general de ciencia", en *La filosofía científica actual de Alemania*. Simposio de Lógica y Filosofía de la Ciencia. Ed. Tecnos, Madrid, 1969. Págs. 61 y Sgtes.

3. Hartmann, Nicolai. *La nueva ontología*. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, 1974. Págs. 100-105.

deshace "la trama especulativo-metafísica de su antigua ontología" (4). Es necesaria la partida de lo real al inicio de la conceptualización. Por ello, con bastante razón, anota HUSSERL: "...no se pueden encontrar derechos fundamentales para la validez del concepto, para su realidad o irrealidad y, como consecuencia ulterior, para su aplicación al pretendido caso individual, mas que considerando lo que las percepciones o recuerdos reales nos proporcionen" (5).

En términos dogmáticos es la ley la única fuente del derecho, o más claramente, es la fuente preeminente del derecho. Es el ordenamiento jurídico su objeto de conocimiento. Pero el ordenamiento jurídico se transforma, es variable y contingente en el espacio y el tiempo. Así lo enseña la filosofía en palabras de DILTHEY, desde tiempo atrás: "De las relaciones de la filosofía con los distintos dominios de la vida humana se desprende el derecho de fundamentar y sistematizar no sólo el saber y las ciencias, sino también elaborar esos mismos dominios en disciplinas especiales, como son la filosofía del derecho, la filosofía del arte. Es indiscutible que cada una de estas teorías tiene que ser extraída de las condiciones históricas y sociales que componen el dominio del arte o la religión, del derecho o del Estado" (6). No es dogma, entonces, un derecho universalmente necesario y válido. Y entendiendo la dogmática, en términos ortodoxos, como "sometimiento riguroso del jurista a lo establecido como derecho positivo e imposibilidad de introducir variaciones o correcciones en la esfera de la aplicación judicial" (7), vino también a corregir el dogma de un derecho racional universalmente necesario y válido. Introdujo, por el sometimiento del jurista al ordenamiento escrito, el arma que dejara sin piso la concepción del derecho natural. Extraemos la razón de DILTHEY: al emerger las teorías de las condiciones históricas y sociales dan pie a las multiplicidad de ordenamientos jurídicos, por cuanto puede el derecho mostrarse en normatividades variables (8). En palabras más sencillas

4. *Ibidem*. Pág. 105.

5. Husserl, Edmund. *La filosofía como ciencia estricta*. Ed. Nova, Buenos Aires, 1972. Pág. 29. Subrayamos.

6. Dilthey, Wilhelm. *La esencia de la filosofía*. Ed. Losada, Buenos Aires, 1956, Pág. 184. Subrayamos.

7. Hernández Gil, Antonio. *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*. Ed. Civitas, Madrid 1976. Pág. 90.

8. Vivimos en un mundo constituido por la temporalidad. Ante una cosa cualquiera necesitamos su inserción en la historia, sin ella no la entenderíamos. Tenemos conciencia de estar en un tiempo determinado, destinado a pasar como los demás, a ser superado por otro. De allí, que la esencia de la filosofía sólo puede descubrirse en la realidad histórica de la que efectivamente ha sido, y la historia sólo es comprensible desde la vida en que se está. La filosofía analiza, pero no crea nada, sólo puede mostrar lo que existe. Es decir, renueva en forma más verdadera y radical la exigencia positivista de atenerse a las cosas, de no sustituirla por construcciones. La filosofía es la ciencia de lo real; de todo lo real, sin mutilaciones. (En estas ideas, repetidas en la obra citada de DILTHEY, ha de dejarse en claro sus objeciones a la filosofía de Comte —padre del positivismo francés— por cuanto esta es parcial, no ha tomado la realidad íntegra, tal cual es).

llas: la dogmática vino a decir que el dogma del derecho universal cedía a la pluralidad de ordenamientos jurídicos, a decir que lo anteriormente considerado como dogma ya no lo era.

No es entonces, como venimos de afirmar, el dogma un postulado incommovible. La dogmática en su tarea de conceptualización ha propendido a elaborar categorías lógicas expresivas de formalizaciones. Recibidos como dogmas los conceptos abstractos, circulan independiente de su génesis. Siempre con pretensión de verdad, en terrenos movedizos, se apuntalan los conceptos. Se inicia la especulación animando verdad. Y en su tarea el jurista sacrifica, incluso, los dogmas recibidos. La dogmática, que empieza siendo una exigencia de la concepción positivista proyectada sobre las normas, termina por rebasarlas<sup>(9)</sup>. No es entonces la dogmática mera técnica jurídica, no se reduce la labor del jurista a cuestiones de ajuste o ensamblaje. "La dogmática vino a superar las simples explicaciones exegéticas de los textos, al mismo tiempo que significaba someterse a los textos frente a la especulación filosófica"<sup>(10)</sup>. Vino la ciencia, y con ella la inducción, y con esta la analogía y la actividad discursiva deductiva. Con mayor sencillez: fueron elaborados criterios lógicos (abstracción para elaborar los conceptos y el silogismo) como soportes de la dogmática. Pero así como la dogmática superó el dogma, también desbordó la lógica formal, pues no siendo el análisis de las proposiciones jurídicas reductible a la lógica de los enunciados ni a la de las normas, obligó a la introducción de criterios sociológicos y valorativos<sup>(11)</sup>. Así entendida la dogmática, aparece como la más cercana solución al problema planteado, desde años atrás, por el doctor ANTONIO HERNANDEZ GIL, como vocero del estructuralismo jurídico: el problema de la especificidad del Derecho y de la autonomía de un conocimiento científico recayente exclusivamente sobre el Derecho en cuanto tal y con criterios obtenidos de él mismo.

Queremos, con este tema, hacer un esfuerzo dogmático: mostrar, como al interpretar las normas de derecho se hace menester especular con pretensión de verdad para comprenderlas acertadamente. Mostrar como la labor del juez es rica y creadora. Insistir en estas palabras de FERNANDO GOMEZ MEJIA: "La calificación

9. Abandonando las normas, y valiéndose de nuevas conceptualizaciones, la dogmática ha introducido postulados que en ningún momento constituyen metas. A manera de ejemplo citamos la institución del estado de necesidad que es un producto de la dogmática moderna. "El derecho canónico fraguó una doctrina completa del "raptor fame cogenti". El Derecho moderno ignoró la cuestión que la realidad se encargó de plantear con toda crudeza, obligando en casos forzar el tecnicismo legal, como aconteció ruidosamente en Francia. (Díaz Palos, Fernando, *Estado de necesidad*. Ed. Bosch, Barcelona, 1971, Págs. 83 y 90.

10. Hernández Gil. *Ob. cit.* Pág. 139.

11. *Ibidem.* Págs. 88-95, 142-143.

de la labor del juez como tarea mecánica de aplicación de la ley no resiste hoy el análisis. Según la frase de Portalis, principal redactor del Código Civil francés, aquella concepción, procedente de Montesquieu, llama al juez a juzgar como si los legisladores fuesen dioses y los jueces no llegasen siquiera a la categoría de hombres"<sup>(12)</sup>. Si alcanzáramos a soslayar siquiera la actitud creadora de los funcionarios judiciales, a dejar en claro que nuestra tarea no es mecánica, que la interpretación de las normas es función tan importante como su concepción, es más, que es labor más importante que su creación; pensaríamos en el logro de nuestro propósito con este trabajo.

### EL ASUNTO JUDICIAL

Vemos, luego de reparar en las normas anteriores, que este caso plantea un problema de interpretación: comprender el contenido material e interno de las proposiciones jurídicas enunciadas, a efectos de saber cuál de ellas debe aplicar el Juez. Son ilustrativas, en este ánimo, las siguientes observaciones de ENGISCH: "Sólo el jurista que procura alcanzar el verdadero sentido y la comprensión recta de las proposiciones jurídicas puede presentar a la ciencia del derecho como ciencia del espíritu, ya que sentido y comprensión son, según la concepción moderna, el criterio decisivo de las ciencias del espíritu"<sup>(13)</sup>. De modo que la labor del Juez en ningún momento constituye, por depurada que sea, una inquietud de técnica o ensamblaje jurídico: a ella le es incita una pretensión epistemológica.

En este asunto, y con el objetivo anteriormente reseñado, consideramos necesario partir desde el análisis riguroso del concepto de interpretación. Labor dispendiosa, que al alejarnos del Derecho Penal, nos obliga a remitir —a quienes estén interesados— a las Investigaciones Lógicas de HUSSERL<sup>(14)</sup>, sin que ello sea obstáculo para anotar, con GARCIA MAYNEZ<sup>(15)</sup>, en el propósito de la interpretación jurídica: desentrañar el significado de formas de expresión de normas de derecho. Y decir, que las reglas tendientes a determinar el sentido adecuado de las expresiones jurídicas se han dividido por los autores en dos grupos: el primero —de interpretación literal— tiene por objeto desentrañar el sentido lingüístico del texto que se interpreta; en tanto que el segundo busca otro distinto y más hondo, no expresado por las palabras de la ley. Busca —al decir de KALINOWSKY— el sentido no formulado *expressis verbis*, para valernos

12. Gómez Mejía, Fernando. *Ob. cit.* Pág. 73.

13. Engisch, Karl. *Introducción al Pensamiento Jurídico*. Ed. Guadarrama, Madrid, 1967, Págs. 97-98.

14. Husserl, Edmundo. *Investigaciones Lógicas*. T. II. Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1959. Págs. 31 y Sgtes.

15. García Maynez, Eduardo. *Lógica del Raciocinio Jurídico*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México, 1964. Pág. 19.

de una imagen, el sentido más profundo y oculto, latente bajo la superficie de aquella significación<sup>(16)</sup>.

### I. EXPOSICION CONCEPTUAL A PARTIR DE LA INTERPRETACION GRAMATICAL (ARGUMENTACION LOGICA)

Primordialmente constituye nuestro interés, en el Art. 3º del Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, las siguientes palabras del texto: bandas, cuadrillas o grupos armados. Estas palabras integran el molde verbal de un concepto, pero éste —a diferencia de aquellas— tiene un contenido significativo. Las palabras fungen como signos y, como tales, tienen siempre un aspecto físico<sup>(17)</sup>. A ellas, como signos verbales, corresponden conceptos que, “en su carácter de elementos lógicos del pensamiento judicial, no participan ya de la naturaleza sensible de la expresión”<sup>(18)</sup>. Más claramente: el concepto en cuanto se refiere a un objeto, difiere de las palabras en cuanto signos, pues tiene significado. Las palabras son signos sensibles que permiten captar el concepto, pero este tiene su contenido propio, distinto de aquellas. Se trata, entonces, de conocer el concepto, de saber el significado de las palabras reseñadas (bandas, cuadrillas, grupos) en cuanto se refieren a un objeto. Y más aún: de saber si la situación objetiva descrita por el Art. 3º del Decreto plenifica el objeto descrito, pues el concepto, en cuanto enuncia un objeto, difiere de él. Husserl es claro en este aspecto, y de él tomamos el siguiente ejemplo y su correspondiente explicación: “Consideremos, por ejemplo, proposiciones enunciativas de la forma S es P. Regularmente se considera que el objeto del enunciado es el objeto que hace de sujeto, o sea aquel “de quien” se enuncia lo que se enuncia. Pero hay también otra concepción posible, que concibe toda la situación objetiva correspondiente al enunciado como el análogo del objeto nombrado en el nombre y distingue esa situación objetiva y la significación de la proposición enunciativa”<sup>(19)</sup>. Puede verse como el concepto difiere de la definición, y ello es claro cuando pensamos en las notas características de los conceptos, ausentes en las definiciones, y que son —siguiendo a Wundt— dos: determinación del contenido y conexión con otros conceptos<sup>(20)</sup>. Obsérvese, desde ya, como para entender a un concepto se le remite a otros. Y podemos,

16. “Interpretaciones jurídicas y lógica de las proposiciones normativas”, en *Lógica y Análisis*. México. T 2: 132, Abril/59.

17. Husserl, Edmundo. *Investigaciones Lógicas*. Traducción castellana de Manuel G. Morente y José Gaos. T II. Ed. Revista de Occidente. Madrid, 1929. Pág. 39.

18. García Maynez, Eduardo. *Lógica del Concepto Jurídico*. Pág. 14.

19. Husserl, Edmundo. *Investigaciones Lógicas*. Traducción y edición últimamente citadas. T II. Pág. 54.

20. García Maynez, Eduardo. *Lógica del Concepto Jurídico*. Ed. Fondo de Cultura Económica. México 1959. Pág. 29.

por estas notas válidas para todos los conceptos, comprender a GARCIA MAYNEZ: “Los conceptos jurídicos, precisamente por hallarse engarzados en un plexo sistemático, sólo pueden ser debidamente interpretados y definidos en función de los demás que forman parte del sistema”<sup>(21)</sup>. Es menester decir, también, que los conceptos jurídicos precisan no sólo de las características referidas por Wundt (determinación y conexión con otros conceptos), sino además de un fundamento normativo y una referencia axiológica<sup>(22)</sup>. Mas, como todo se dirá en su ocasión, ocupémosnos de las primeras caracterizaciones.

1. BANDAS. (Del gót bandwo) indica una porción de gente armada<sup>(23)</sup>. A lo largo de la historia las bandas se han asimilado a las asociaciones de malhechores que asolaban, en el siglo XIX, a Francia y Austria. Fueron famosas, anota CARAVANTES<sup>(24)</sup>, la banda de Gaspar de Besse o Mandrin (bandidos, salteadores de caminos dedicados al saqueo de los viajeros y labradores de las granjas), la de Renaud, Ochard y Delaporte que infestaba las puertas de París, los bosques de Clage y la selva de Senars; la de Poulain, en 1826, compuesta de obreros y personas que carecían de trabajo en París; la de Colies (a. Monrose), en donde había jerarquía y cayó en manos de las autoridades el 27 de octubre de 1826; la asociación de bandidos de Viena (subrayamos), que fue condenada pocos días después del 30 de agosto de 1840, luego de 6 años de su conformación; la de Chatelvin (condenada el 19 de mayo de 1836); la de los 55 (el 16 de febrero de 1840); la de Hug (el 15 de junio de 1841); la de Chivot (el 26 de noviembre de 1841); la de Dagory (el 15 de junio de 1842), etc. Es importantísimo anotar que estas bandas o asociaciones, con acción en la ciudad, en el campo, las tiendas o posadas, se constituyeron por el deseo inmoderado de riquezas, por las ambiciones desmedidas de sus integrantes. Igualmente, que eran fuertes las sanciones para estos bandoleros: pena de muerte, trabajos forzados por toda la vida, largas reclusiones.

Más atrás en el tiempo, y hasta donde tenemos noticias, la bula de Sixto V comprendió las bandas o las sociedades de bandoleros que asolaban al Estado romano, constituidas para atentar contra las personas y la propiedad, siempre que se hubieren reunido “con mal fin y con armas”. Luego con este vocablo se designó a las agrupaciones armadas con fines de venganzas, como también aque-

21. *Ibíd.* Pág. 85.

22. *Ibíd.* Pág. 86.

23. *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. 19 ed. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1970.

24. Caravantes. *Causas Célebres*. T IV. Imprenta de Gaspar y Roig. Madrid, 1860. Pág. 269 y Sgtes.

llas que pretendían cometer saqueos u otros hechos análogos. La denominación de banda que aparece en el Código francés de 1810, artículos 265 y siguientes, la de cuadrilla del Código español de 1822, artículo 538, la de asociación de malhechores del Código sardo de 1859, artículos 426 y siguientes, remontan sus orígenes a las antiguas conventícolas romanas, cuyo vocablo fue extendido por los italianos para designar agrupaciones armadas con fines de venganzas, con ánimos de saqueos, depredaciones, etc. (25).

En América el Dr. José Manuel Núñez (26), desde su magistratura en los Tribunales de Córdoba (Argentina), asimila las bandas a las asociaciones delictivas (desarrolla el Código argentino), considerándola como agravante del robo (la asociación ilícita también puede ser delito per se) debido a la alarma social y el temor que provoca la actuación criminal de individuos asociados para delinquir. Las antiguas mafias argentinas, como derivaciones que eran de las sicilianas, constituyen el clásico ejemplo de las asociaciones. Ello porque suponen una relativa estabilidad, cierta permanencia, que son precisamente los factores constitutivos de la eventualidad del peligro (27). También SOLER y FONTAN BALESTRA asimilan las bandas a las asociaciones ilícitas, requiriendo, éstas, de permanencia (28). Sin embargo, explica FONTAN BALESTRA siguiendo a VON LISZT, que la inclusión de la acepción "banda" en los Códigos obedeció al poco desarrollo de Derecho Penal: "La previsión de la banda, el complot y la cuadrilla como formas específicas de participación sometidas a principios distintos, respondió a la tendencia del siglo XIX de contribuir a la simplificación y claridad de los conceptos, cuando la teoría de la participación criminal no había alcanzado aún su madurez. Hoy esta técnica legiferante no resulta conveniente" (29). (Posteriormente trataremos esta inquietud que plantea el distinguido jurista argentino).

En nuestra doctrina el Dr. PEDRO PACHECO OSORIO igualmente asimila las bandas a las asociaciones, precisando éstas la idea de estabilidad del conjunto, un cierto grado de indeterminación en los delitos cometidos (Si el acuerdo es accidental para cometer uno o varios delitos determinados no se configura la asociación para

25. Enciclopedia Jurídica Italiana. Vol. 1, 4a. parte. Pág. 1116.

26. Enciclopedia Jurídica Omeba. T 1. Buenos Aires, 1954. Págs. 849-853.

27. Cfr. Tesis de la Cámara en lo Criminal y Correccional (Arg.), en Cam. Crim. Corr. Cáp. Fed. "fallos", t. 2. Pág. 70; "La Ley", t. 14. Pág. 432; Cam. Apel. Rosario, "La Ley", t. 29. Pág. 233, especialmente.

28. Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. T IV. Ed. Tipográfica Argentina, 1953. Págs. 283 y Ss. Fontan Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*. T II, 2a. ed. Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970. Págs. 448 y Ss.

29. Fontan, Balestra. *Ob. cit.* Pág. 449.

delinquir. Responden los miembros como autores de los delitos principales que cometan. También, si el propósito es llevar a cabo planes delictivos concretos y luego disolverse, no podrá imputarse a sus integrantes el título de asociación para delinquir (30). La Corte Suprema de Justicia, a su turno, indistintamente emplea los vocablos bandas y asociaciones, exigiéndoles para su configuración estabilidad o permanencia y, distinguiéndolas —siguiendo a CARRARA— de la pluralidad de personas que integran el sujeto activo de un delito (societas sceleris) (31).

De modo que las bandas y asociaciones pueden ser tomadas como una misma expresión y requieren, para su existencia, de estabilidad o permanencia, al igual que de indeterminación en los delitos a cometer (se configuran para cometer un número plural de delitos). Debe el Juez, por ello, averiguar no sólo la permanencia de la banda o asociación, sino también las actividades u ocupaciones de sus integrantes, los delitos por éstos cometidos. Hoy en día, salvo excepcionales casos, las bandas no permanecen, como en el pasado, fuera de la ciudad. Las cadenas delictivas pueden hallarse por la similitud de trabajos que desempeñan sus miembros, por los lugares comúnmente frecuentados (restaurantes, bares, fincas, etc.), por las comunicaciones telefónicas entre sí. Nada de extraño tiene, en consecuencia, que se predique permanencia para contemplar la existencia de una banda, cuando sus integrantes se encuentren, por ejemplo, en distintas ciudades o países. Los adelantos en los medios de comunicación permiten decir que no es menester, como antes, que los integrantes de una banda forzosamente cohabiten, o frecuentemente se vean entre sí, o se conozcan personalmente, siempre y cuando se demuestre que se comunican. Es frecuente, por ejemplo, que los mafiosos se ocupen en distintos ramos, cometiendo infracciones heterogéneas, como sería el caso de los contrabandistas, de los negociantes en oro o esmeraldas, de los traficantes de marihuana o cocaína. Estos delincuentes, por sus viajes constantes al exterior, por conocer muchas veces otros idiomas, se despliegan en campos afines pudiéndose, así, saber de la permanencia de la banda, de los delitos por ella cometidos.

2. CUADRILLAS. Así se entiende, en términos no judicativos, a la reunión de personas para el desempeño de algunos oficios o para ciertos fines. Y se designó con este nombre, en el pasado, a los grupos armados de la Santa Hermandad constituidos con el propósito de perseguir a los malhechores en despoblado. Con alguna naturalidad se usa esta expresión en España para designar

30. Pacheco Osorio, Pedro. *Derecho Penal Especial*. T I, 4a. ed., Ed. Temis. Bogotá, 1978. Págs. 356-359.

31. G. J. Tomo LXXXIII. Pág. 1055-1056; Tomo LXXXIII, Pág. 1055-1056; Tomo LXXVII, Pág. 895-1954.

a pluralidad de delincuentes, pues es la idea que nos formamos al acudir a un diccionario no jurídico y ver como en él se hace referencia a las cuadrillas, como circunstancias generalmente agravante de un delito, cuando se da en ellas un número superior al de tres malhechores armados. Y se le atribuye, a la expresión, la idea de conjunto permanente al estarse por la presunción de concurrencia o presencia (presunción juris tantum, admite prueba en contrario) en la comisión del delito —robo dice la legislación española—, de responsabilidad para el malhechor que habitualmente anda en la cuadrilla (a éste le corresponde demostrar que al ocurrir el delito él no conformaba la cuadrilla) <sup>(32)</sup>. Esta presunción es para nosotros la mejor muestra de permanencia como requisito para la constitución de la cuadrilla. Viene entonces, inexplicablemente, a diferir la cuadrilla de la banda o asociación por el número de miembros que la integran: la primera cobija a más de tres personas armadas, y "la existencia de tres, con armas o sin ellas, no integrará la cuadrilla, aunque si la asociación de malhechores" <sup>(33)</sup>.

Para nosotros, como dijéramos, la cuadrilla al igual que la asociación o banda precisa de permanencia, de estabilidad. Mas, la cuadrilla —si quiere diferenciarse de la asociación o banda, si desea presentarla el legislador como grupo asociativo diferente— no requiere de indeterminación en los delitos a ejecutarse, sino que las posibles conductas delictivas son concretas (la asociación o banda se ha constituido para ejecutar cualquier delito), pues parece claro que el Código colombiano y la legislación española, de donde creemos que se ha tomado el texto, hablan de cuadrillas como elemento agravante en los delitos contra la propiedad. No existe razón, pensamos, para que se exija un número superior al de tres personas como requisito necesario de las cuadrillas. Y creemos, repitiendo, en la integración de las cuadrillas con la misma pluralidad de delincuentes que conforman las bandas o asociaciones (tres o más <sup>(34)</sup>), con la diferencia ya anotada: determinación de los delitos a ejecutar (robos). Sólo en este caso, si el grupo asociativo se integró para robar, se podría hablar de la cuadrilla como elemento agravante del tipo (piense, por ejemplo, en los aportes de la teoría de la participación criminal como soluciones a este caso). En eventos distintos, cuando son varios los delitos a cometer, la cuadrilla, la banda y la asociación, plenifican el mismo concepto <sup>(35)</sup>.

32. Diccionario de la Academia Española ya citado.

33. Puig Peña, Federico. *Derecho Penal*. T II, Parte General, . II; 5a. ed., Ed. Nauta. Barcelona, 1959, Pág. 169. T. IV, Parte Especial, V. II, 5a. ed., Ed. Nauta, Barcelona, 1959. Pág. 198.

34. Los legisladores argentinos suprimieron de sus códigos la expresión "cuadrilla". Pueden verse las obras citadas de Soler y Fontan Balestra.

35. Desde el siglo pasado Caravantes asimila, en ocasiones, la cuadrilla a la asociación para delinquir, cuando habla, por ejemplo, de la cuadrilla formada por la familia Nothan. *Ob. cit.*

3. GRUPOS. El concepto de grupo hace distintas presentaciones si se tiene en cuenta el objeto al que se refiera, incidiendo necesariamente en la ley a aplicarse. Siguiendo al Dr. LINARES QUINTANA encontramos dos agrupaciones de gran importancia:

A. Grupos de Presión \*. Son asociativos y ejecen sobre el Estado un poder de hecho. Puede verse, como ejemplo, una reciente caricatura de Velezefe, publicada en el diario "El Colombiano" bajo el nombre "ni más ni menos", en donde un ciudadano al leer la prensa "jubilación a los 20 años y a cualquier edad propone el Ministro Arellano", se pregunta: "Un chiste pastuso?". De esta manera, y por todos los medios, los industriales presionaron al Ministro para que se abstuviera de presentar el proyecto, logrando su objetivo. Entonces, los grupos de presión se constituyen cuando existen un interés que satisfacer. Y, en la satisfacción de sus intereses usan su poder colectivo como presión al Estado <sup>(36)</sup>, y al operar sobre el trasfondo sociológico del Estado constituyen factores reales y efectivos de poder que rige en la Sociedad. Ejemplos de ellos son las entidades empresariales, los sindicatos y todos aquellos agrupamientos de intereses particulares, que unas veces por su poderío económico, o por su infiltración en los partidos políticos y las autoridades públicas, o sencillamente por su fuerte cohesión social, presionan al Estado para la consecución de sus intereses. Con MEYNAUD creemos posible hablar, también de los grupos simples de interés, cuando un conjunto de individuos —sin intereses egoístas— formulan reivindicaciones, exteriorizan pretensiones o toman posiciones frente a actitudes del Estado que afectan a la comunidad. Todo ello en el marco de la ley, empleando los medios por ella concedidos, y en desarrollo de la Democracia <sup>(37)</sup>.

Los grupos de presión —es bueno acudir a DUVERGER <sup>(38)</sup>, no por ejercerla sobre el Estado, crean anormalidad formal, ni pretenden asumir responsabilidad política (suplantar el poder político del Estado), y si en ocasiones difieren sus intereses particulares de los

\* Diferentes de los llamados grupos comunitarios (La Familia, La Nación).

36. C.F.R. Linares Quintana, Segundo. *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. T 7, Buenos Aires, 1953-1960. Págs. 674 y Ss. Y, sobre todo en esta exposición, "Los Grupos de Presión", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1959. Págs. 403-407.

37. Meynaud, J. *Introducción a la Ciencia Política*. París, 1959, Págs. 412 y Ss.

38. C.F.R. Duverger, Maurice. *Introducción a la Política*. Ed. Ariel, Barcelona. 5a. ed., 1978. Págs. 149-154. "Los grupos de presión no participan directamente en la conquista del poder y en su ejercicio, sino que actúan sobre el poder pero permaneciendo al margen de él y realizando una "presión" sobre el mismo. Los grupos de presión tratan de influir en los hombres que están en el poder, pero sin intentar situar en el mismo a sus hombres (al menos oficialmente, porque ciertos grupos poderosos en realidad tienen fideicomisos en las asambleas y en los gobiernos; aunque bien es verdad que de manera secreta o discreta)".

del Estado, no actúan en forma clandestina ni al margen de la ley penal. Muchas veces, y ello cuando se trata de reivindicaciones laborales, sólo hacen posible el restablecimiento del equilibrio que las necesidades socio-económicas demandan. La permanencia de estos grupos depende de la consecución de los intereses propuestos. Para nosotros estos grupos no encajan dentro del Decreto 1923 de 1978. La existencia de ellos, con las tareas que les son inherentes y están llamados a realizar, no constituye ningún delito.

**B. Grupos de Tensión o Fuerza.** Al igual que los anteriores son asociativos y procuran la satisfacción de intereses. Pero, a diferencia de algunos grupos de presión que ostentan poder económico, estos frente al poder político del Estado, despliegan poder social<sup>(39)</sup>. Y para la consecución de sus intereses no vacilan, si es menester, en ubicarse al margen de la ley penal, ni tampoco en desarticular el orden público. Estos grupos, que nos recuerdan las bandas armadas de que habla MANZINI<sup>(40)</sup> ("compañía de personas que disponen de armas, organizada en una forma idónea cualquiera, para una acción común presente o futura, bajo el comando de uno o más jefes") se hayan regidos por el Estatuto de Seguridad.

Hemos tratado hasta el momento de precisar los conceptos bandas, cuadrillas, grupos, acudiendo, unas veces al desarrollo histórico de estas palabras, otras, a su uso en ciencia penal o política. Sin embargo, los conceptos que corresponden a las palabras mencionadas todavía no se plenifican: siguiendo a Wundt (ut supra) vemos como las caracterizaciones más importantes de los conceptos de cuadrilla, bandas y grupos en cuanto aluden a un número plural de personas, obliga referir, por lo menos, a las actuaciones delictivas de personas que sin encuadrarse en aquellos conceptos, por hacer relación a personas asociadas para delinquir, permiten su mejor comprensión. Es el espinoso caso (BETTIOL, RANIERI, PEDRAZZI) llamado por los prácticos medievales *societas sceleris*, y que denominado generalmente participación criminal, es conocido también en nuestra doctrina como concurso de personas en el delito (ANTONIO VICENTE ARENAS, FEDERICO ESTRADA VELEZ). Se trata de un concurso o asociación de personas que puede ser necesario (duelo, bigamia, etc.), eventual o contingente (Homicidio, robo, falsedad, la gran mayoría de los delitos que pueden realizarse por un solo sujeto o por varios individuos asociados).

Nosotros queremos destacar, siguiendo a SOLER ("Los principios de la participación se refieren a la eventual intervención de

39. Véase a C.S. Fayt. "Los Grupos de Intereses y su Técnica con Relación al Poder". En *Jurisprudencia Argentina* del 3 de agosto de 1959. Pág. 1.

40. Manzini, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal*. T 7, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1950. Pág. 359.

varias personas en un mismo hecho"),<sup>(41)</sup> que cuando es plural el sujeto activo en un concurso eventual, el fenómeno de la participación delictiva (concurso de personas en el delito) se adecúa perfectamente al cuadro asociativo, diferenciando de las bandas, cuadrillas o grupos. Piénsese, por ejemplo, en el robo a un banco, joyería o supermercado, en donde se precisa de una operación conjunta para la acción delictiva, en donde los delincuentes se dividen el trabajo. De modo que si un número plural de personas se aprestan en conjunto al robo de un ciudadano, banco, almacén o granero, ellas caen bajo el tipo (robo) en modalidad de delito asociativo bajo el cargo de autores ("La actividad del autor cae dentro de la órbita de incriminación de la norma principal")<sup>(42)</sup>. Se ha afirmado, por eso, que "Si las distintas acciones de los partícipes no pueden ser valoradas aisladamente, en cuanto no son más que una operación única; si dichas acciones no pertenecen sólo a aquellos que inmediatamente las ha realizado, sino a todos y cada uno de ellos, debe deducirse que no sólo quien ejecuta la acción que parece principal—sino todo *socius sceleris*— es autor del delito. La responsabilidad de los diversos participantes encuentra su justificación precisamente en el hecho de que todos son autores de él, por pertenecer a cada uno de ellos la operación conjunta que ha dado origen al delito mismo"<sup>(43)</sup>. De gran importancia resultan las enseñanzas, que en este caso de división del trabajo, nos aporta la Sociología. Así, por ejemplo, FRIEDLANDER<sup>(44)</sup> afirma que la división del trabajo puede considerarse como un proceso de ayuda para encontrar los propios objetivos; Pierre Naville<sup>(45)</sup> insiste en que este proceso trata de incrementar la habilidad de las personas, economizar tiempo y obtener rapidez en los actos, haciendo afirmación de gran interés para pensar en la autoría en caso de delitos cometidos por varias personas: "La división del trabajo no es ya la fórmula de una simple separación entre operaciones. Más que una división se trata de una distribución de funciones"; PIERRE ROLLE<sup>(46)</sup>, por su parte, corrobora a Naville al distanciar la separación de operaciones, pues entiende que la intervención de personas procura obtener un resultado común: "La participación se refiere a la existencia potencial o efectiva de una totalidad integrada". Con esto, nosotros queremos anotar,

41. Soler, Sebastian. *Derecho Penal Argentino*. Ed. Ley, Buenos Aires, 194, Pág. 265.

42. Bettiol, Giuseppe. *Derecho Penal*. Parte General. Ed. Temis. Bogotá, 1965. Pág. 495.

43. Pueden verse notas mimeografiadas editadas por la U. de A. bajo el siguiente rótulo: "Capítulo IV. El Concurso de Personas en el Delito", Pág. 8, que reproducen el Capítulo IV de la obra de Antolisei: *Manual de Derecho Penal*.

44. Friedlander, W.A. *Dinámica del Trabajo Social*. Ed. Pax. México, 1975, Págs. 188 y 194.

45. Naville, Pierre. *Tratado de Sociología del Trabajo*. Fondo de Cultura Económica, México, T 1, 1971, Pág. 372.

46. Rolle, Pierre. *Introducción a la Sociología del Trabajo*. Ed. Planeta, Barcelona, 1974. Pág. 175.

que no importa tanto la participación material en el delito, sino, que si todas las personas se propusieron obtener un resultado, y lo consiguieron efectivamente, debe mirarse en el fenómeno asociativo, en los fines que procura la división del trabajo. Porque, en el caso del ejemplo, se trata de un concurso eventual de personas, hallándose la solución en la institución de la participación criminal, y no en la configuración de bandas, cuadrillas o grupos, al estar ausentes los requisitos que integran estos conceptos. Idéntica solución damos al caso que venimos cuestionando: se debe estar atento en demostrar la presencia de los requisitos que integran los conceptos tratados. Si éstos se dan, se aplicaría el Estatuto de Seguridad. En caso distinto, se estaría frente al robo ejecutado con pluralidad de sujeto activo. CARRARA es muy claro en este aspecto y nos enruta con palabras que ojalá siempre tengamos presente: "Los acusadores olvidan con frecuencia este criterio, pues cuando ven un cierto número de personas accidentalmente reunidas para cometer algún delito, corren veloces a darles, sin más ni más, el título de asociación de malhechores" (47).

La solución que venimos de dar, en cuanto alude a la aplicación del Decreto, aún no es del todo correcta: no basta la existencia de una banda, cuadrilla o grupo armado, sino, que para ubicarse dentro del artículo 3º del Decreto, es menester: 1. Que invadan o asalten poblaciones, predios, haciendas, carreteras o vías públicas causando muertes, incendios o daños en los bienes. 2. Por medio de violencia a las personas o a las cosas cometan otros delitos contra la seguridad e integridad colectivas. 3. Mediante amenazas se apoderan de semovientes, valores o de cualquier cosa mueble ajena u obliguen a sus propietarios, poseedores o administradores a entregarlos. 4. Establezcan contribuciones con el pretexto de garantizar, respetar o defender la vida o los derechos de las personas. De estos comportamientos, los descritos en los numerales 1, 2 y 4 dan razón de grupos organizados y permanentes —sobre todo el numeral 4.— que ponen en peligro a la comunidad. (No se trata de delincuentes que atentan contra un individuo, sino de malhechores que sumen en zozobra a una región. Y es por lo que estos comportamientos están muy lejos del caso que venimos estudiando). Finalmente, el comportamiento descrito en el numeral 3, en donde los delincuentes no muestran quizá la misma permanencia y organización de los numerales anteriores, y en donde se admite también la ofensa a valores o cosa mueble ajena, da margen a pensar en una norma distinta a la del artículo 404 del Código Penal: "Los que integren bandas, cuadrillas o grupos armados de tres o más personas que mediante amenazas se apoderen de semovientes, valores o de cualquier cosa mueble ajena, u obliguen a sus propietarios, poseedores o administradores a entregarlos, incurrirán en presidio de diez a quince años". Es esta la esencia del problema. Deroga esta norma

47. Carrara, Francisco. Citado en la G.J. Tomo LXXXVI. 1957. Pág. 590.

el artículo 404? A nosotros nos parece que no, pues sólo a esta concepción se llega si concibiéramos una norma (comportamiento descrito en el numeral 3) completamente independiente de las acciones enunciadas en los numerales 1, 2 y 4; pareciéndonos que para entender la norma posibilitada como derogante de otro precepto sustantivo (40), se requiere que ella se relacione con los restantes numerales, máxime cuando éstos se presentan en un mismo artículo. Pensar lo contrario sería asumir una peligrosa posición que atenta contra una sana interpretación literal. Entonces, la interpretación literal obliga a relacionar los numerales enunciados, forzando a mirar en una situación de peligro colectivo, a entender que los apoderamientos de semovientes, valores o cualquier cosa mueble ajena, sólo los cobija el Decreto cuando son el producto de la actividad de malhechores que invadan o asalten poblaciones, que cometan delitos contra la seguridad colectiva, que establezcan contribuciones con el pretexto de garantizar la vida o los derechos de las personas.

La anterior interpretación, por ser literal, aún no planifica el verdadero sentido que gravita en el artículo 3º del Decreto. No lo plenifica, porque tiene por objeto desentrañar el sentido lingüístico de la norma, y es menester, por lo menos, establecer la significación objetiva del precepto. Buscar, como dijera los franceses de épocas pasadas, el espíritu de la norma (48). Es, esta búsqueda un sentido objetivamente válido, tema del siguiente comentario.

## II. INTERPRETACION SISTEMATICA Y TELEOLOGICA

Sólo en cuanto puede ser entendida como punto de partida para hallar el significado de la norma, tiene valor la interpretación literal (49). No es esta una idea nueva. La gran intuición de los romanos los condujo a tomar posiciones, que hoy en día, el más estudioso se sorprende. Así, por ejemplo, Paulo en el Digesto (I, 3. 28) afirma que obra en fraude de la ley quien salva sus palabras pero elude su sentido (in fraudem vero, qui salvus verbis, sententiam ejus circumvenit), y Celso opina que resulta incivil juzgar o dictaminar considerando una pequeña parte de la ley, sin haberla examinado en su totalidad. Los anteriores juristas romanos, se colige, no están conformes con una interpretación literal de la ley, sino que remiten a la búsqueda de su sentido, al estudio de otras disposiciones normativas que posibilitan su mejor comprensión. Piensa bien, por ello, FERNANDO GOMEZ MEJIA cuando dejando a un lado la estimación de un método único y correcto para interpretar a la ley, concibe al método literal "como un primer eslabón, necesario y a veces suficiente, dentro de un procedimiento de métodos múltiples para

48. Bonnacase, Julian. *Introducción al Estudio del Derecho*. Bogotá, Edicolda, 1973. Págs. 181-193.

49. *Ibidem*. Pág. 181-193.

la interpretación del derecho" (50). Nosotros queremos ser claros al afirmar, con GARCIA MAYNEZ, que la interpretación literal es sólo un punto de partida (51) que conduce a "tener en cuenta la vinculación interna de la disposición, el lugar en que se encuentra y su relación con las otras disposiciones" (52) (es esta la interpretación lógico-sistemática), porque las normas "no existen aisladas, sino como parte de un sistema", y su sentido no puede depender exclusivamente de la expresión de cada precepto, porque en la mayoría de los casos obedece a la conexión lógico-sistemática del que se pretende aplicar con otros del mismo ordenamiento y, sobre todo, con los de la institución correspondiente (53). Ello es claro, pues "el orden jurídico está llamado a cumplir un conjunto de finalidades al que han de contribuir en forma armónica todas las disposiciones que lo integran" (54). Con razón ha podido decir ROSS que la creencia en una interpretación literal es una ilusión (55).

En nuestro caso, es lo primero descartar la interpretación del comportamiento descrito en el numeral 3º sin atender a los numerales 1º, 2º y 4º, como también descartar la interpretación del artículo 3º del Decreto sin considerar las demás normaciones. Debe mirarse en las restantes disposiciones del Decreto. Y en esta tarea se tiene, por ejemplo, como el artículo 1º contempla el delito de Secuestro (hasta 30 años de presidio), el 2º, por su parte, habla de "derrocar el Gobierno Nacional o suspender el régimen Constitucional", el 4º de "perturbaciones del orden público", el 8º habla también de perturbación del orden público, el artículo 13º establece la censura de prensa mientras subsista la perturbación del orden público: en fin, "se usan expresiones que no tienen ninguna connotación jurídica tales como propaganda subversiva, escritos o dibujos ultraiantes o subversivos" (56), conduciendo, a nuestro modo de ver, a definir y sancionar delitos que atentan contra la seguridad del Estado, contra su existencia, contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado. De modo que en el caso que venimos estudiando aunque se emplean armas e intervienen más de tres personas para ejecutar el delito, éste no agobia a la comunidad genéricamente considerada, no crea una situación de zozobra colectiva, no hace peligrar las instituciones ni la seguridad del Estado, siendo

50. Gómez Mejía, Fernando. Ob. cit. Pág. 134.

51. García Maynez, Eduardo. Ob. cit. Pág. 23.

52. Engisch, Karl. Ob. cit. Pág. 104.

53. García Maynez, Eduardo. Lógica del Raciocinio Jurídico. Pág. 24.

54. Engisch. Ob. cit. Pág. 153.

55. Gómez Mejía, Fernando. Ob. cit. Pág. 135.

56. Hoyos Duque, Ricardo. Nuevo Foro Penal. No. 2. Pág. 76.

éstas las razones para que consideremos que no se ha violado el Estatuto de Seguridad.

De otro lado, y siguiendo principios ya conocidos en la época de los romanos (*cesante rations legis, cessa lex ipsa*), debe interesar más la finalidad y razón de la ley, que su sentido literal (57). Debe buscarse la finalidad de la ley, mirarse la génesis histórica que la produjo, observarse en los motivos de su expedición, en los procesos de creación legislativa (estamos frente a la interpretación teleológica). En este aspecto el Señor Presidente de la República y sus Ministros explican en el mismo Estatuto las consideraciones motivantes de su expedición: "Periódicamente se han venido reiterando y agudizando las causas de perturbación del orden público, que crean un estado de inseguridad general y degeneran en homicidios, secuestros, sedición, motín o asonada, o en prácticas terroristas dirigidas a producir EFECTOS POLITICOS ENCAMINADOS A DESVIRTUAR EL REGIMEN REPUBLICANO VIGENTE o en la apología del delito, actos que atentan contra los derechos ciudadanos reconocidos por la Constitución y por las leyes y que son esenciales para el funcionamiento y preservación del orden público" (subrayamos). Es la anterior explicación de motivos, para nosotros, la mejor prueba que el Decreto se expidió atendiendo temores políticos del ejecutivo: sería desvirtuado el régimen republicano vigente. Entonces, los delitos cometidos por bandas, cuadrillas o grupos, encajan en el Estatuto cuando son verdaderos núcleos asociativos de tensión o fuerza (*ut supra*). En el caso de estudio vemos que los asaltantes en ningún momento pretenden asumir responsabilidad política, tampoco atentar contra la seguridad del Estado. Es más, no crean situaciones de zozobra colectiva, sólo atentan contra el patrimonio individual, debiendo quedar a cargo de los Jueces Naturales. (Se ha transgredido el Título XVI del libro segundo del Código Penal).

Podrían ser las anteriores razones los fundamentos de la solución definitiva del caso. Pero GUSTAVO RADBRUCH y ENGISCH nos obligan a meditar. Anota el primero, en su Filosofía del Derecho traducida por José Medina Echavarría, Pág. 148, que la voluntad del legislador es expresión de la necesidad a priori de una interpretación sistemática (ya se hizo) y sin contradicciones de la totalidad del orden jurídico, afirmando que "el intérprete puede entender la ley mejor de lo que la entendieron sus creadores, y la ley puede ser mucho más inteligente que su autor, es más, tiene que ser más inteligente que su autor". Y dice el segundo, "que el derecho es sólo una parte de la cultura total, y, por consiguiente, en caso de duda, la disposición legal debe ser interpretada de manera que corresponda dentro de lo posible a las exigencias de nuestra vida so-

57. Engisch. Ob. cit. Pág. 111.

cial y al desarrollo de nuestra cultura en su totalidad<sup>(58)</sup>. Estas dos anotaciones nos dan margen para el siguiente esbozo:

### III. LA DIRECTRIZ DE LA EQUIDAD

En el Capítulo X, libro V, de su *Ética a Nicómaco*, se ocupa ARISTOTELES de la equidad. Para él es la manera concreta de hacerse justicia, es el acomodamiento a las circunstancias peculiares de cada caso, es la corrección del concepto legal o abstracto de justicia ("Lo equitativo es justo, y aún es mejor que cierta especie de lo justo, no mejor que lo justo en absoluto, sino mejor que el error resultante de los términos absolutos empleados por la ley"). La inevitable generalidad de las normas legales, por su misma caracterización abstracta, conduce en ocasiones a una tipicidad irregular. Porque las normas expedidas por los órganos de creación jurídica son reglas genéricas o abstractas, su misión consiste en regular casos concretos de la experiencia genérica, y esa misión sólo encuentra su término cuando se aplica a situaciones particulares. El legislador no lo ignora, pero al formular los preceptos legales no puede conocer todas las características de esas situaciones en que las normas formulada por él, para lo que tuvo en cuenta no se adapta a la naturaleza de otras que no pudo considerar. ARISTOTELES comprendió admirablemente que la solución perfecta de cada negocio es un ideal que no puede ser realizado de manera absoluta, al menos por los órganos legislativos, pues su tarea consiste en formular normas que por su misma índole no atienden ni están en condiciones de atender a todas las características de los casos singulares. Pero lo que la norma genérica no alcanza, puede en cambio obtenerse a través de la equidad, que ARISTOTELES define como justicia del caso concreto.

La obra que el legislador inicia en su propia órbita debe alcanzar su término y perfeccionamiento en el trabajo del Juez, que es tarea correctiva de las deficiencias a que da origen la generalidad de la ley, o adaptadora de sus preceptos a los casos particulares. Por ello escribe ARISTOTELES que "ir al Juez es ir a la justicia, pues el Juez ideal es, por decirlo así, la justicia animada". Bien lo entiende el Tribunal Superior de Medellín, en ponencia del H. M. Juan Fernández Carrasquilla (octubre 21 de 1977), al confirmar providencia del H. M. Fernando Coronado Ramírez, cuando se desempeñara como Juez Superior de Medellín: "En la actividad de administrar justicia son las teorías las que deben ser puestas al servicio de la justicia y no ésta al servicio de aquéllas. Si la justicia material ha de prevalecer sobre el tecnicismo, entonces al intérprete no le es dable, con meras construcciones hermenéuticas, agravar la penalidad de un hecho que de suyo está ya bastante gravemente reprimido. La justicia de la pena estriba en su necesidad y ésta depende de que

58. Engisch. *Ob. cit.* Pág. 105.

sea proporcional al mal del delito. Una sanción exagerada no es necesaria ni por lo tanto justa. Y el Juez que es encarnación de la justicia material más que del formalismo legal, por más que esté limitado por el marco objetivo de la ley, no puede pretermitir la justicia so pretexto de interpretar técnicamente una disposición en desmedro de la debida proporción entre delito y pena... Si así no fuera entonces la labor del Juez sería meramente silogística y mecánica, no valorativa y creadora, como hoy se admite sin discusión que es"<sup>(59)</sup>. Reparando entonces en la sanción asignada por el Decreto al caso de estudio, nos parece inequitativa la aplicación del artículo 3º, nos parece excesivo aplicar un mínimo de diez años de presidio para los cuatro delincuentes que armados de cuchillos se apoderaron del salario, del reloj y otras prendas de un ciudadano<sup>(60)</sup>.

### IV. LA INEVITABLE CONCLUSION ESTIMATIVA

La ley creada por el legislador persigue siempre un fin. Trata, aunque no se diga expresamente, de realizar valores. La conciencia que de los valores a realizar por la ley tenga el juzgador es el medio que le permite la mejor comprensión de las instituciones. Podríamos decir, por ello, que la labor del Juez demanda un esfuerzo de abstracción: descubrir y tener presente en cada caso concreto los valores a realizar por las normas. "El Juez, anota ALF ROSS, no está motivado exclusivamente por las normas jurídicas; lo está también por fines sociales y por la captación teórica de las conexiones sociales relevantes para el logro de aquellos fines"<sup>(61)</sup>.

Al lado del mundo fenoménico existe uno valorativo dándole sentido. Y es preciso que los ingredientes estimativos se plasmen en la decisión del Juez, que en cada uno de sus actos se realicen los valores abstractos de las normas. "Los valores, enseña MAX SCHELLER, son fines a priori de nuestro obrar, en sí mismo son algo que idealmente debe ser, que espera ser realizado por el obrar humano"<sup>(62)</sup>.

Por el mismo nombre dado al Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, "Estatuto de Seguridad", se colige fácilmente que es la seguridad el valor a realizar. Pero, como norma que es, no es el único. Existen otros que en ningún momento pueden ser desconocidos. Digamos, por ejemplo, la justicia, la libertad, la solidaridad, la cul-

59. Puede verse el Número 2 de esta misma Revista. Pág. 82.

60. En esta exposición hemos seguido, también, a García Maynez. *Lógica del Raciocinio Jurídico*. Págs. 88 a 94.

61. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1963. Pág. 20.

62. Scheller. Citado por Hirschberger, ohanes. *Breve Historia de Filosofía*. Ed. Herder, Barcelona, 1971. Pág. 303.

tura, etc. Con estos cuatro valores ubiquémosnos en nuestro cargo de Juez a entender el Decreto. Se me ocurre, como funcionario de la rama jurisdiccional, dependiente del Ministerio de Justicia, que se debe ante todo realizar el valor justicia, que es esta tarea nuestra labor preeminente, que "servir a ella sola, como escribe HEINRICH TRIEPEL, es nuestro deber, servirla fielmente es nuestra promesa" (63). Labor difícil porque el funcionario judicial debe ser muy cauteloso en esta crisis de instituciones, en esta vehemente necesidad de independencia, pues él, en palabras de PERELMAN, "no está al servicio del poder que lo ha nombrado sino al servicio de la justicia" (64). Labor difícil porque el Derecho viene a vertirse también en la justicia ("La justicia es el fin que el Derecho debe perseguir". Aginsky de Iribarne. **Justicia y Derecho**. F. de Derecho, Montevideo, 1965. Pág. 125), "valor social de mayor excelencia", en reflexiones del Dr. José Castán Tobeñas.

Surge de lo anterior la necesidad de precisar el contenido del valor justicia para disponernos a su búsqueda en el Decreto. "La esencia de la justicia consiste en "un cierto grado de igualdad y correlación de trato entre los hombres, de proporción armónica que han de guardar éstos en sus mutuas relaciones y como parte del compuesto social. La justicia, afirma el profesor Castán Tobeñas siguiendo el pensamiento de RECASENS SICHES ("el problema capital sobre la justicia no radica en la teoría de ella, sino en la medida de estimación que ella postula. Y ese criterio de medida, trasciende a la idea de justicia como armonía o como igualdad proporcional"), es entendida casi siempre como una armonía, como una igualdad proporcional, como una medida armónica de cambio y de distribución" (65). Conforme a estas anotaciones nosotros creemos en la justicia del Decreto cuando en él por lo menos se dan, en armonía, en igualdad, los valores con los que hemos ejemplificado (libertad, solidaridad, cultura). Es, pensemos, el contenido estimativo de la justicia, nuestra preocupación al interpretar el Estatuto de Seguridad. "La justicia exige, escribe RECASENS SICHES, que la realización de los valores sociales que caen dentro del ámbito de lo jurídico, guarde la armónica proporción que requiere el rango objetivo de la estimativa (la estructura jerárquica de las esencias axiológicas). O dicho en otra forma: una relación jurídica, supone una situación participante de una multitud de sentidos o conexiones estimativas,

63. Triepel, Heinrich. **Derecho Público y Político**. Civitas, 1974. Madrid, Pág. 78.

64. Perelman. **L'idée de justice dans ses rapports avec la Morale, le Droit et la Philosophie**. Institut International de Philosophie Politique. 3 Press Universitaires de France. Pág. 131.

65. En "La justicia y su contenido a la luz de las concepciones clásicas y modernas", comentada por José María Nin de Cardona. *Revista de Derecho Español y Americano*. Servicio de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid, 1967. Pág. 247 del número 17.

que tienen que ver con el Derecho. En los elementos de una vinculación social encarnan (positiva o negativamente) valores varios: la justicia exige que el Derecho norme esa situación de tal manera que entre las concreciones de valores encarnadas en cada sujeto se dé la proporcionalidad que existe objetivamente entre esos valores" (66). De modo que la seguridad no puede atentar contra la solidaridad. Que la ley, el Decreto 1923 más exactamente, debe esforzarse para obtener el acuerdo de la mayoría (67); Las Constituciones modernas así lo imponen: "una ley debe contar con el asentimiento, más o menos voluntario, del conjunto de la población para que su observancia sea espontánea, la más de las veces condición sine qua non de su éxito, entendiéndose que la espontaneidad basada en el temor a las sanciones no puede representar sino una parte de la actitud global" (68). Cuando se obra en vista de un objetivo próximo, si no inmediato: conjurar un peligro que apremia, un desorden evidente, una necesidad manifiesta, sigue en pie —continúa NIN DE CARDONA— la preocupación de los fines ulteriores. Por eso creemos que la seguridad no debe lesionar otros valores. Porque se ha dicho en Ciencia Política que "el descontento creado por las injusticias es uno de los elementos fundamentales que preparan el campo a las revoluciones, que elemento común a toda corriente revolucionaria es el convencimiento de que la sociedad está fundamentada en bases injustas y que es posible esperar el advenimiento de la justicia" (69).

No debe la seguridad lesionar a la libertad. Se debe ser cauteloso al aplicarse el Decreto, porque muchas veces "las soluciones que a primera vista pueden parecer más expeditas y eficaces, anota el Dr. ALFONSO LOPEZ MICHELSEN, frecuentemente entrañan la supresión de las libertades individuales". Porque "la seguridad no debe buscarse, continúa en discurso pronunciado el 24 de noviembre de 1976 en la reunión anual de la Asociación Colombiana de Oficiales en Retiro (Acore), sacrificando las libertades individuales" (70). Porque se debe realizar la seguridad para disponer de libertad, para

66. Recasens Siches y Del Vecchio. **Filosofía del Derecho**. T 1. Ed. Hispanoamericana. México, 1946. Pág. 676.

67. En la experiencia del Nacional Socialismo, en Alemania, se acudió al principio de "el sano sentimiento del pueblo" para saber cuáles y de qué magnitud eran las consecuencias de las medidas tomadas por el régimen del país en época oscura para las libertades. Puede verse al doctor Jesús Bernal Pinzón en "Jurisprudencia y Doctrina". T VIII, No. 85. Enero de 1979. Pág. 30.

68. José Nin de Cardona, al comentar la "Filosofía del Derecho" de Henri Batiffol. Ed. Universitaria. Buenos Aires, 1965, 150 pp.

69. Grompone, Antonio. **Filosofía de las Revoluciones Sociales**. Montevideo, 1962. Pág. 25.

70. López Michelsen, Alfonso. **El Gobierno del Mandato Claro**. T V. Ed. Sría. de Información de la Presidencia de la República. 1977. Bogotá. En el discurso aludido reitera la necesidad de preservar el Derecho.

que pueda el hombre sustraerse al agobio del peligro y de las preocupaciones. Sólo así, dejamos muy en claro, la seguridad que por sí sola se presenta como puro orden formal, cobra plenitud de sentido y se llena del más alto contenido valioso <sup>(71)</sup>.

No debe la seguridad cerrar los ojos a la cultura, a la Ciencia Penal cuando el Derecho Penitenciario viene insistiendo en que el aumento de las penas no es la solución a la delincuencia. Se realizaría el valor cultura cuando el juzgador es consciente de la proporcionalidad que debe reinar entre delito y pena, del desacreditado mecanismo del aumento de penas como medio eficaz para la disminución de la delincuencia y, bajo esta mira decide entre las normas a aplicarse. Cómo olvidar la atinada observación de BECCARIA —planteada mucho antes de la Revolución Francesa— según la cual en la lucha contra el delito, no importan tanto la severidad como la certeza en la aplicación de la pena? Cómo olvidar las enseñanzas WELZEL, de SOLER, del Dr. JESUS BERNAL PINZON, cuando insisten en la claridad del tipo, en su precisión <sup>(72)</sup>. Es claro, nos preguntamos, el tipo definido en el artículo 3º del Decreto o, por el contrario, da margen a interpretaciones equívocas? Sobre este aspecto no queremos extendernos. Valgan concisas las palabras de los doctores JOSE MARIA VELASCO GUERRERO y GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ: "El artículo 3º del cuestionado Decreto, lejos de dar seguridad a los juzgamientos y fijar orientaciones exactas a los Jueces, les desconcierta. No se sabe si este dispositivo reemplazó al artículo 208 del Código Penal (Decreto 2525 de 1963, 3º), caso en el cual cabría preguntarse qué pasó con la forma del auxilio, y entidades afines, a que se refiere el inciso 3º del mencionado artículo. Pero en este Código la asociación para delinquir, pese a sus críticas tenía perfiles aceptables. Ahora los plurales allí usados (grupos, cuadrillas, poblaciones, predios, haciendas, etc.), la hacen más ineficaz porque exige la realización de acciones más numerosas e insabidas, fuera de que lejos de establecer hipótesis alternativas las volvió acumulativas, con los mismos anotados vicios. Es así como ya hay que integrar no una banda sino bandas y hay que invadir y asaltar

---

71. A fé que sobre este aspecto vale la pena leer a Luis Recasens Siches. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. 3a. ed., Ed. Porrúa, México, 1956. Págs. 547, 548.

72. Sebastián Soler, escribe sobre el particular, que "la sola existencia de la ley previa no basta; esta ley debe reunir ciertos caracteres: debe ser CONCRETAMENTE DEFINIDORA de una acción, debe trazar una figura cerrada en sí misma, por medio de la cual se conozca no solamente cuál es la conducta comprendida, sino también cuál es la NO COMPRENDIDA". (S. Soler, "la formulación actual del principio nullum crimen" en Fé en el Derecho, Buenos Aires, 1956. Citado por Bernal Pinzón, ut infra). "Por ello es que la Constitución de la República Federal Alemana, posiblemente después de la dolorosa experiencia del Nacional Socialismo, expresa mente ha prohibido en su artículo 103 la formulación de "leyes penales IMPRECISAS, cuya imprecisión típica sea de tal forma indeterminada, que pueda dar lugar a dudas intolerables sobre lo que sea o no prohibido". Jesús Bernal Pinzón, en "Jurisprudencia y Doctrina". T VIII, No. 85, enero de 1979. Págs. 30 y 31.

no un lugar sino poblaciones, haciendas, carreteras o vías públicas (no las privadas y vecinales) y además causar incendios, muertes (las lesiones quedan impunes) o daños a los bienes y establecer, por ejemplo, contribuciones forzosas, en las cuales, sin mucha fatiga mental, podrían quedar cobijadas la vigilancia privada que algunos imponen con ciertas intimidaciones, amenazas o temores implícitos" <sup>(73)</sup>. Y es, por estar conscientes de esta situación, por lo que al introducirse elementos valorativos como pautas ineludibles de la interpretación jurídica, se desmantelan las inciertas bases en que se apoya el artículo 3º del Decreto y, por lo mismo, no puede primar sobre una disposición que hace parte de un conjunto normativo permanente, que acuerda sistemáticamente a él.

---

73. José María Velasco Guerrero y Gustavo Gómez Velásquez, en "Jurisprudencia y Doctrina". Número y edición citados. Pág. 46.