

La determinación judicial de la pena

Dr. Mario Salazar Marín

Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín

1. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

Se ha dicho con razón que la individualización de la pena es lo *más importante* del sistema penal por constituir la esencia del *jus puniendi*. Por eso es deplorable —como lo expresa HASSEMER y prohija SANDOVAL HUERTAS— que la dogmática de la determinación judicial de la pena se encuentre tan lejos del grado de precisión que tiene la dogmática de los elementos de la responsabilidad penal¹.

Si la dogmática del delito y la responsabilidad penal lleva casi un siglo de depuración, todo ese esfuerzo puede resultar perdido si en el momento crucial de fijar la pena se imponen incrementos sin explicaciones, lo que no puede admitirse en un Estado que se precie de ser demoliberal, “por muy recónditos, subjetivos, inconscientes e inconfesables que sean los fundamentos del juzgador”, como complementa el mismo SANDOVAL².

Es indudable que la medida de la pena, por orden constitucional, debe estar previamente consagrada en la ley, por lo que todo aquello que implique indeterminación debe ser descubierto para que se pongan o logren soluciones, pues la prohibición de la indeterminación exige que no puede haber pena sin una ley previa que expresamente

¹ EMIRO SANDOVAL HUERTAS, *La pena privativa de la libertad en Colombia y Alemania Federal*, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 29.

² SANDOVAL HUERTAS, *idem*, pág. 28.

la consagre, en razón de las exigencias de "concreción y certeza dimanantes del principio de legalidad" [*nulla poena sine lege certa*]³.

No se trata, empero, de no imponer las penas, sino de que los criterios dosimétricos se manejen con transparencia por razones de seguridad jurídica, propias de un derecho democrático de garantías para el individuo y la sociedad. De manera que la medición de la pena no sea una cuestión de albur o lotería para el reo, en la que entren en juego sentimientos, ideologías, estados de ánimo, conceptos de victimología, influencias de terceros, momento social o histórico, etc., sino el producto de reglas predeterminadas y claras.

2. FUNDAMENTOS, FINES Y LÍMITES DE LA PENA

A) *Postulados generales*. Nuestro planteamiento se orienta, sin acudir a la comparación de tesis ni al fárrago literario, que sacrifican la claridad, a sostener tres postulados, a saber: el fundamento de la pena es el daño ilícito al bien jurídico democráticamente protegido; el fin principal de la pena es la prevención especial, y el límite de la pena la culpabilidad por el hecho. Esta perspectiva supone el siguiente marco teórico, muy brevemente expuesto:

1. *El principio de legalidad*. En un Estado social y democrático no cabe duda que el legislador debe describir previamente las conductas que lesionan, real o potencialmente, los derechos que tutela, y fijar las sanciones que tales comportamientos ilícitos implican. Es el viejo apotegma *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege certa*, que como máxima expresión de conquista democrática comporta claras y anticipadas reglas de juego. Tal es la fórmula para predicar un postulado de tal dimensión y contenido.

2. *La prohibición de la indeterminación*. El principio de legalidad lleva entonces a que tanto el precepto como la sanción deben ser claramente determinados, con el mayor grado de precisión y certeza previas, en aras de la seguridad jurídica, reclamada por la intervención mínima del Estado, con todas sus garantías, en materia de limitación de las libertades individuales. La exigencia de certeza reviste una importancia tal —dice FERNANDO VELÁSQUEZ con razón— que sin ella no es posible la realización efectiva de las otras consecuencias que emanan del principio de legalidad: nos referimos a la prohibición de la analogía *in malam partem*, a la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal y a la prohibición de acudir al derecho consuetudinario⁴. En cuanto a la certeza —expresa también FERNÁNDEZ CARRASQUILLA—, el legislador la proporciona a los asociados por medio de la caracterización unívoca de las figuras criminales y la determinación de la naturaleza y el marco prudencial de la pena, que no ha de ser amplio, precisamente para que

³ COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, p. general, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1987, pág. 645.

⁴ FERNANDO VELÁSQUEZ V., "Principio de determinación del hecho punible", en *Rev. Derecho Penal y Criminología*, Bogotá, Edic. Lib. del Profesional, núms. 27-28, 1985-86, pág. 136.

no se pierda el control legal del ejercicio judicial del poder punitivo. Las leyes penales indeterminadas representan políticamente una inadmisble regresión a la época del antiguo régimen. Esto significa que la severa prohibición de la costumbre, la retroactividad, la analogía y la indeterminación, se refiere únicamente a la creación o ampliación de ámbitos punibles⁵.

La explicación es muy clara: si el Estado, por virtud del Contrato Social reconoce y admite el derecho que tiene el sujeto de participar en sus destinos, lo que implica deberes del súbdito frente a la sociedad; si le promete al hombre perfeccionarlo para que se realice y les sirva a los demás; y si le garantiza, en fin, su libertad individual mientras no viole sus normas (prohibiciones y mandatos), tiene que ser consecuente restringiendo la libertad solo en los casos expresa y claramente previstos, con las garantías que le ha prometido en la Constitución y en las leyes. Es como cabe ser entendido un Estado social (adald de justicia distributiva) y democrático (garante de las libertades individuales y que le exige y permite a todos la participación en los destinos de la Nación). Por eso, el derecho penal es el recurso más drástico —y por tanto el último— que emplea el Estado solo cuando los demás instrumentos de control —que serán tanto más válidos cuanto más real sea su democracia— desfallecen en su función.

Las leyes —recuerda BECCARIA— son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno constituye la soberanía de una nación, y el soberano no es el depositario y administrador legítimo de ellas... La suma de esas mínimas porciones posibles *constituye el derecho de castigar [jus puniendi]*; todo lo demás es abuso, no justicia; es hecho, no derecho⁶.

Como la regla general es que el hombre viva en libertad, se reclama por eso la presencia de un derecho libertario, que implica la protección de esas libertades individuales, limitándola solo a los casos expresa y claramente definidos en las leyes, de donde emerge el principio de certeza o determinación en cuanto a los delitos y las penas, restrictivos de tales libertades. Se comprende así cabalmente la dimensión del derecho de castigar del Estado y se logra distinguir, por esta vía, la legitimidad de la pena.

a) *Determinación del supuesto de hecho*. Ello se refiere a que el comportamiento, activo u omisivo, prohibido o mandado, ha de estar descrito en la ley de manera detallada y precisa, o, como reza el artículo 3º de nuestro Código Penal, "de manera inequívoca". O sea que únicamente las conductas señaladas por el legislador como lesivas, sin justa causa, de derechos tutelados, pueden ser consideradas ilícitas

⁵ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., vol. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1987, págs. 82, 84.

⁶ CÉSARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, estudio preliminar de Nódier Agudelo Betancur, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 4.

desde el punto de vista del derecho penal. Se trata, por supuesto, de actos del sujeto, y no propiamente del sujeto que los ejecuta, por lo que es el derecho penal de acto el preponderante, y no el derecho penal de autor. Ello a pesar de que la exhaustividad en la descripción de la conducta injusta no siempre sea posible absolutamente, pues existen comportamientos que por su propia naturaleza no se logran describir a cabalidad, como los hechos culposos y a veces algunos ilícitos dolosos como la estafa, cuya realización multifacética mediante modalidades diversas hace virtualmente imposible la exacta e inequívoca descripción previa, a pesar de lo cual sí han de precisarse con mucha solvencia sus elementos estructurales. De ahí los casos que imponen una evidente e insoslayable indeterminación, como lo hace notar MADRID CONESA, quien admite la existencia de "elementos de las leyes penales que son, en mayor o menor grado, indeterminados", pero advierte con énfasis que "una ley penal será válida mientras el grado de indeterminación no haya alcanzado un punto tal que desde el punto de vista del Estado de Derecho se haga incontrolable"⁷. Es que para que se dé un derecho penal practicable no se puede ocultar que, por mucha que sea la técnica legislativa, las valoraciones jurídicas y culturales a que tienen que someterse los elementos descriptivos, normativos y subjetivos del tipo no pueden escapar a algunas indeterminaciones, que solo son aceptables por su propia naturaleza. No puede, sin embargo, desmayarse en la tarea de lograr siempre la mayor precisión posible, pues los tipos abiertos, con sus descripciones generales y demasiado amplias, violan los principios rectores de legalidad y tipicidad⁸.

b) Determinación de la consecuencia. Como violado el precepto se impone la sanción (pena o medida), como corolario, también esta ha de disfrutar del principio y garantía de la determinación, postulado que no obstante suele estar influido de los juicios valorativos del legislador y del juez. Pero habrá de procurarse siempre que todas las causas que den lugar a penas se predeterminen con el mayor grado de certeza posible, en homenaje una vez más a la seguridad jurídica.

3. Los principios de lesividad y culpabilidad a) El daño al bien jurídico. Jamás la transgresión meramente literal y aparente de la norma (antijuridicidad formal), o mero acto de desobediencia al precepto, puede dar lugar a una pena legítima. Mientras no haya habido daño real o potencial (en este último caso concreto) al bien jurídicamente protegido, no podrá diseñarse la antijuridicidad material, demostrativa por antonomasia del injusto, verdadero fundamento de la pena. La lesividad o daño al derecho, sin justificación obviamente, es la que funda la pena por ese menoscabo culpable al bien tutelado. Desde luego que la intensidad de ese daño, o sea el grado del injusto, determina la medida de la pena, cuando en ese grado le es jurídico-penalmente imputable.

b) El principio de la culpabilidad. La culpabilidad ha de ser el juicio último y previo a la pena, no importa cuál sea la concepción que se tenga de ella, pues

⁷ FULGENCIO MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Valencia, Ed. Artes Gráficas Soler, 1983, págs. 148, 149.

⁸ VELÁSQUEZ V., ídem, págs. 142 y ss.

mientras que en su versión psicológica implica el nexo psíquico entre el sujeto y el hecho ilícito, en su concepción normativa es el reproche que el sujeto merece por el ilícito. En cualquier caso la culpabilidad por la conducta antijurídica, por comportar el vencimiento de la presunción de inocencia del sujeto, es exigencia básica del derecho para imponer una pena.

La culpabilidad es el reflejo del derecho penal de acto, pues, como expresa JESCHECK, "la pena se vincula al hecho antijurídico, pero lo decisivo para la penalidad es, en primer lugar, el reproche que se hace al autor por la comisión (u omisión) de un hecho delimitado en sus elementos (culpabilidad por el hecho). El sistema del derecho penal de autor vincula la pena, por el contrario, directamente a la peligrosidad del autor, que, a su vez, para justificar la pena, debe ser reconducida a la culpabilidad por la conducción de su vida"⁹.

El principio de la culpabilidad, como condición de la responsabilidad penal —complementa JIMÉNEZ DE ASÚA— es absoluto o casi absoluto. La evolución hacia su total reinado —que aún no ha terminado— ha sido laboriosa¹⁰.

B) Las teorías de la pena 1. El carácter retributivo y su limitación. Bien pudiera afirmarse que si no se parán mientes en la fundamentación, límites y fines de la pena, y se exige en cambio la clara determinación de ella, es probable que la medición punitiva fuese más técnica que filosófica, lo que llevaría a escuchar la objeción de LONDOÑO JIMÉNEZ, en lúcido trabajo sobre la materia, según la cual "en la praxis es muy intenso el carácter retribucionista, tanto en la determinación judicial de la pena como en su ejecución"¹¹.

Pero, lejos de admitir que la pena tenga exclusivamente carácter retributivo, conforme a las ideas kantianas (retribución moral) y hegelianas (retribución jurídica), pienso que la retribución, que lo es cuando la pena se considera *en sí misma* (sin ver sus fines) frente al reo, para quien no es "un bien", así el Estado busque "su bien" para el futuro, según opina LUZÓN PEÑA¹², es el mejor punto de referencia para encontrar la proporcionalidad entre la magnitud del injusto y la medida de la pena, pues ni la prevención especial sirve con solvencia para tal efecto, en tanto esta se desarticula cuando el sujeto no es de fácil resocialización o no la requiere, ni la prevención general —y con ella la protección de bienes jurídicos— que constituye, como decía ROMAGNOSI, la "contro-spinta" a la "spinta" criminal, o sea el contra-impulso al impulso criminal¹³.

⁹ HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, t. 1, p. general, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, pág. 75.

¹⁰ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, 2ª ed., t. IV, p. general, Buenos Aires, Ed. Losada, 1962, pág. 291.

¹¹ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, "La prevención especial en la teoría de la pena", en *Rev. Nuevo Foro Penal*, núm. 24, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pág. 155.

¹² DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, Publicaciones U. Complutense, 1979, pág. 68.

¹³ GIANDOMENICO ROMAGNOSI, *Génesis del derecho penal*, trad. de Carmelo González Cortina, Bogotá, Edit. Temis, 1956, págs. 185, 504, 511 y 515.

Ello no significa que la retribución, mirada como simple castigo y por ende sin un objetivo utilitario, no sea criticable como mera venganza estatal, puesto que no haría más que golpear al delincuente. Sin embargo, como en el mundo de lo social siempre cuenta más lo real que lo teórico, la retribución "reemplaza —como dice REYES ECHANDÍA— la venganza privada ... satisface a la víctima, a los demás afectados y a la sociedad en general"¹⁴. Y aunque tales objetivos constituyen un concepto empírico y vulgar de justicia, por su enorme generalización no se les puede desconocer, por lo que el derecho penal —que tiene que ganarse el prestigio como instrumento político que le sirva al pueblo como expresión del contrato social porque de lo contrario se produciría la regresión a la venganza privada y sanguinaria— no puede negar que castiga, si bien en busca de fines útiles. La expresión idealista de que la pena no retribuye es romántica, pues implicando la pérdida o la limitación de derechos fundamentales, entre ellos la libertad, supone para el reo en su más honda significación personal, un mal.

2. Carácter preventivo (prevención especial). Pero paralela a la retribución está la prevención especial, que sin duda es el mejor fin de la pena, defendido con razón en nuestro país por LONDOÑO JIMÉNEZ, porque busca la reincorporación del delincuente a la comunidad, como expresa ROXIN¹⁵, sin perjuicio del límite de la pena conforme a la medida de la culpabilidad, que se determina a su vez por la dimensión del injusto.

Sin embargo, la prevención especial peca por exceso y por defecto. Lo primero, porque frente a los sujetos que no necesitan la pena resulta perjudicial desde el punto de vista político-criminal, pues la sanción no surte entonces efectos resocializantes sino traumáticos, aunque la idea de la impunidad sea también rechazada por razones de prevención general. Y lo segundo, porque ante los sujetos de difícil o inocua resocialización, la pena no logra su principal fin. O sea que en ninguno de los dos casos resocializa.

En torno a la primera deficiencia se ha propuesto que el juez puede imponer una pena por debajo del mínimo, que aunque contradiga parcialmente el principio de la proporcionalidad, se lograría el objetivo más importante y con ello los fines esenciales de la justicia. La objeción de ir tal fórmula en contra de la prevención general desconoce que no es la benignidad de la pena lo que mortifica a la sociedad sino la sombra perniciosa de la impunidad. Y que es la prevención especial, con su acomodamiento a cada sujeto —para lo cual es precisamente el juzgamiento— el fin fundamental de la pena, pues bajo la égida de la prevención general las penas más prolongadas e injustas podrían "legitimarse" mediante el ejercicio de los poderes más despóticos. La mayoría de los países, entre ellos el nuestro, tienen resuelta esa antinomia otorgando los subrogados cuando el sujeto no necesita purgar la pena (no se trata de dejar el hecho impune, pues hay proceso, frecuentemente detención y condena), o imponiéndola cabalmente en el caso de difícil o arisca

¹⁴ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La punibilidad*, Bogotá, Publicaciones U. Externado de Colombia, 1978, pág. 40.

¹⁵ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, ídem, pág. 154; CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Diego Luzón Peña, Madrid, Edit. Reus, 1976, págs. 31, 32 y 35.

resocialización. En nuestra ley la fórmula de reducir el mínimo no existe, propuesta contenida en el Proyecto Alternativo Alemán, con ROXIN a la cabeza, y acogida en España por MIR PUIG y MUÑOZ CONDE¹⁶. Su no adopción impide en algunos casos, por el límite mínimo de la pena, suspender la ejecución de la sentencia cuando "el juez quiere evitar que el condenado resulta desocializado" al purgarla¹⁷. Colombia podría ensayar esa regla con algunas limitantes, aunque por la crisis del país, dados los altos índices de impunidad y muy lejos todavía de lograr una democracia real, resulta difícil que el legislador, improvidente y mal asesorado, lo haga.

3. Admisión de la teoría de la unión. Siempre y cuando se comprenda que la pena es un fenómeno complejo, puesto que busca varios fines, no es enteramente malo que el criterio retribucionista sea un punto de vista que tenga el juez para medir la pena, pues su fijación matemática no resulta incompatible con los otros fines. Lo que sí es muy perjudicial es que el juez desconozca los fundamentos, límites y fines de la pena, porque precisamente por eso puede equivocarse en cuanto a su medida. En otros términos: la teoría de la unión de los fundamentos, fines y límites de la pena, ha terminado por imponerse, dado que hoy se está de acuerdo en que el Estado no busca retribuir el mal del pasado, aunque en el fondo lo haga por el bien del futuro, constituido por la prevención especial (resocialización, cuando es posible) y la prevención general (amenaza o coacción psicológica dirigida a la comunidad para evitar delitos), cumpliendo de paso su función protectora de bienes jurídicos.

La retribución por sí misma, fundamento y esencia de las teorías absolutas de la pena, sin más pretensión que la realización de la justicia, en sí y por sí, no sirve para nada, como dice MIR PUIG¹⁸, porque castigar por hacerlo, con la exacerbación kantiana y absolutista de ser menester ejecutar hasta el último asesino aun frente al momento culminante de la disolución de la sociedad, no tiene sentido ni finalidad que le sirva a pueblo alguno. Por eso los fines utilitaristas de la pena son los que la justifican y la hacen tolerable como último pero necesario recurso del Estado.

4. Carácter político de la pena. Como la concepción de la pena depende de la concepción que se tenga del derecho penal, tanto aquella como este constituyen la *ultima ratio*. Pero como al mismo tiempo es el Estado quien impone la pena, se supone que con arreglo a su estructura política, la pena depende del Estado, que será válida si es justa y busca fines, pero sobre todo si el Estado tiene "autoridad moral" para imponerla, que depende de si sea o no un Estado social y realmente democrático.

Como la filosofía del derecho tiene carácter ideológico¹⁹, la filosofía de la pena por tanto no dejará de ser compleja por todo lo que ella implica entonces,

¹⁶ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, p. general, 2ª ed., Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1985, págs. 44 y 45.

¹⁷ HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ, ídem, pág. 156; HEINZ ZIPP, "Principios fundamentales de la determinación de la pena", en *Cuadernos de política criminal*, núm. 17, Madrid, Ed. Edersa, 1982, pág. 357.

¹⁸ MIR PUIG, ídem, pág. 37.

¹⁹ GILBERTO TOBÓN SANÍN, *Carácter ideológico de la filosofía del derecho*, Medellín, Lib. Señal Editora, 1984, págs. 35 y ss.

pero lo será menos en la medida en que se comprenda o se admita que la pena corresponde a lo que es el derecho penal, a su vez producto de la sociedad y del Estado.

Por eso el problema de la pena es esencialmente político, porque es el Estado el que determina qué es delito y por consiguiente cuál es el bien jurídico que lo nutre, cuya protección, democrática o no, mide la autoridad moral del derecho penal para imponer la pena. El Estado ha de ser entonces social y democrático a fin de que mediante el logro de adecuadas condiciones de vida de los asociados no someta al sujeto a un conflicto insuperable para observar las reglas del establecimiento.

No sería una manifestación válida del Estado, del derecho penal y por consiguiente de la pena, prohibir robar pan si no le han otorgado antes al sujeto la oportunidad de conseguirlo sin violar sus reglas. Por eso expresa PEÑA CABRERA que la pena que aplique el Estado solamente llega a ser positiva en cuanto entrañe el ejercicio y el respeto a una progresiva democratización del Estado, pues lo importante es la afirmación de un Estado democrático en constante revisión de sus bases, única forma de evitar deslizarse por los caminos fáciles del Estado autoritario²⁰.

“El orden democrático se encuentra, por así decirlo —complementa FERNÁNDEZ CARRASQUILLA—, en incesante plebiscito, se ejerce en todo tiempo y sin patraña de cara a la opinión pública, que no por vulnerable deja de producir su propio sedimento...; un mínimo real de justicia política y social es entonces presupuesto *sine qua non* de la legitimación del derecho”²¹.

No tiene absolutamente nada de subversivo recordar lo más elemental de los derechos del hombre cuando se prescribe en el art. 25 de la Carta de la ONU, e incluso en nuestra legislación a través del art. 11 de la ley 74 de 1968, que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, en especial a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, que por ser lo básico no ha de ser reclamo exclusivo de filósofos, políticos o sociólogos, sino también de los juristas, que tienen que saber por qué la pena es el último recurso que le queda al Estado cuando ha hecho todos los demás esfuerzos que le corresponden.

Es indudable que los países desarrollados, que por eso han alcanzado una democracia real y con ello la posible “autoridad moral” para imponer la pena, pueden predicar estas cosas más fácilmente porque resultan practicables. Pero los países atrasados y subdesarrollados, por tener mayores necesidades, paradójicamente caen más fácil en el autoritarismo²², pues se suelen traer argumentos de buena fe producto de la angustia, del caos que genera la pobreza y con ella la violencia, por lo que se pretende imponer un orden artificial pero profundamente injusto.

Es verdad que en estos pueblos enerva la impunidad que surge de algunos sectores, como la delincuencia de cuello blanco, el narcotráfico, la inmoralidad

²⁰ RAÚL PEÑA CABRERA, “Pena y Estado Capitalista”, *Homenaje a Alfonso Reyes Echandía*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, pág. 310.

²¹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Nuevo Foro Penal*, núm. 39, Bogotá, Edit. Temis, 1988, pág. 60.

²² JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *idem*, pág. 62.

de los administradores de la cosa pública, etc. Pero una clase dirigente honesta, demócrata y responsable podría hacer mucho por el progreso de los países económicamente agobiados, los cuales no deberían agregar a la injusticia del hambre la injusticia de la pena, golpeando al débil. Bien dice MIR, acudiendo a una expresión de ROXIN, que la “huida hacia el derecho penal”, significa a menudo el abandono por parte del Estado de los cometidos político-sociales de positiva configuración que hoy le competen²³.

Entonces la esencia de la sanción radica en que sea justa y busque fines para que sea válida, por lo que no depende tanto de lo jurídico sino del carácter político de lo jurídico. El jurista, pues, debe estar menos a la zaga del político, a fin de que no sea un mero aplicador de normas, sino un crítico permanente de la norma del Estado y un vigilante incansable de su validez material y por consiguiente de su justa aplicación.

La dogmática jurídico-penal no puede ubicarse por eso, dentro y después de la norma positiva, sino que ha de arrancar de los principios que enseñan a ver cuál es la norma válida, para que el positivismo no castre mentalmente al juez. Y aunque en la práctica este con frecuencia está sometido por la norma positiva, la doctrina y la jurisprudencia han de presionar por su reforma cuando desde su origen esté resentida por la injusticia material y coarte por ello la vía hacia una auténtica democracia. Es como la jurisdicción cumple su papel histórico de manifestación de poder del Estado.

3. EL CASO COLOMBIANO

A) La pena básica. La medición de la pena parte del mínimo establecido en la ley, con arreglo entonces a la medida de lo injusto y de la culpabilidad, o sea conforme al principio de la proporcionalidad, que sigue de cerca el fin retributivo. Pero por imperio del fin preventivo especial —en mi opinión el principal porque mira a los requerimientos del sujeto— la pena, junto a la amenaza de imponérsela también a otros, simultáneamente cumple la tarea de prevención general. Pero esta sanción no solo puede reducirse conforme a lo expuesto, sino que los incrementos, a partir de ahí, o del mínimo, han de ser con la visión de la prevención especial. Por supuesto que a través de ellos se lleva a cabo simultáneamente la protección de bienes jurídicos, que es objetivo propio del derecho penal, y con ello la defensa social que también es citada en la doctrina como fundamento y fin de la pena (cfr. C. P., art. 12).

Según nuestro ordenamiento jurídico-penal el juez debe fijar las penas con arreglo a los siguientes derroteros:

El fallador tiene la obligación de partir de la pena básica, que es la que consagra como límite mínimo cada tipo de conducta, por lo que caben dos observaciones:

²³ SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1976, pág. 128.

⚠ **Prohibición de incrementar la pena básica.** Los jueces deben remover su vicio muy arraigado de aumentar caprichosamente la pena básica, unas veces por la "gravedad y modalidades del hecho" y otras por la "personalidad", procediendo luego a hacer los aumentos de los demás factores dosimétricos, entre ellos el de las agravantes, que naturalmente recoge las "modalidades del hecho", cuando no es que constan en el mismo tipo básico de conducta, pues frecuentemente el legislador describe esta con sus modalidades. En cuanto a la personalidad, es criterio que *debe funcionar por separado al final* y como tal nada tiene que ver con la "pena básica".

Este aumento anticipado —que da lugar a una progresión matemática de la pena— es por supuesto caprichoso y sobre todo arbitrario, excediendo peligrosa y antidemocráticamente el llamado "arbitrio judicial", pues el art. 61 del Código Penal, que contempla las pautas para medir la pena, exige que estas se dosifiquen "dentro de los límites señalados en la ley" y conforme a cada criterio de medición.

⚠ **Incongruencia de la ley en el manejo de agravantes y atenuantes genéricas.** El Código Penal nuestro es absolutamente inconsecuente y asistemático en su art. 76, puesto que llega al extremo de autorizar el *máximo* cuando concurren *únicamente* circunstancias de agravación punitiva, pero en cambio no permite reducir el *mínimo* cuando concurren *exclusivamente* de atenuación, por lo que absurdamente son *atenuantes que no atenúan*. Esta norma en tal aspecto está resentida de invalidez material por su contradicción, dada su violación al principio lógico²⁴.

Jamás se debería desconocer que atenuantes como la buena conducta anterior, la influencia de motivos nobles o altruistas en la comisión del delito, su realización en estado de emoción o pasión excusable, las apremiantes circunstancias personales o familiares, la sugestión de una muchedumbre, la disminución o resarcimiento del daño, la presentación voluntaria ante el juez, la indigencia o falta de ilustración y la inferioridad síquica por la edad o por condiciones orgánicas, todas ellas consagradas en la ley nacional (C. P., art. 64), impongan reales disminuciones de la pena. ¿Quién podría negar su mérito para templar el rigor de la pena —incluso por debajo del mínimo— a quien delinque en tan especiales condiciones o circunstancias?

Mientras el juez, pues, aumenta por las agravantes previstas en el mismo Código (art. 66), como el haber obrado por motivos innobles o fútiles, haber dificultado la defensa de la víctima, la preparación ponderada del delito, el abuso de las condiciones de inferioridad de la víctima, la delincuencia asociada, etc., no hace consecuentemente lo propio frente a las atenuantes. Por eso el legislador está en mora, en mi opinión, de permitirle al juez reducir el mínimo con arreglo a ciertos parámetros aritméticos, cuando concurren las citadas atenuantes, lo que sería apenas equitativo, y por qué no, cuando sea menester la imposición de penas por debajo del mínimo si el reo no requiere rehabilitación.

B) Criterios dosimétricos existentes en nuestra ley. Examen crítico 1 Gravedad y modalidades del hecho punible. Respecto de la "gravedad y modalidades del

hecho punible", como criterio de fijación de la pena, a nuestro modo de ver registra notorias deficiencias como texto legal, por lo siguiente:

a) *La gravedad no se mide solo por las modalidades.* La poca o mucha gravedad de un delito no se establece únicamente por las "modalidades", pues también influyen en ella las circunstancias de tiempo y lugar, la condición o calidad de los sujetos (activo y pasivo), los motivos o fines, la comisión asociada de la ilicitud, el aprovechamiento de calamidad pública, sobre bienes expuestos a la confianza común, el número de víctimas, etc. Pero aparte de que pueden indicar lo leve o lo grave, en la ley, por no poder el juez rebajar el mínimo, las modalidades parecen referirse solo a lo grave, que es lo único que mueve la dosificación hacia arriba. De manera que tampoco habría solución, como podría creerse al interpretarse supuestamente esa fórmula legal, separando los conceptos de gravedad y modalidades.

b) *Conveniencia de suprimir la expresión "modalidades"*. Como en el mismo art. 61 se consagran "las circunstancias de atenuación o agravación", como factor de medición aparte, que por supuesto comprende no solo las modalidades sino también los demás indicadores de mayor o menor gravedad de cada hecho punible, nos parece que las "modalidades" de este primer criterio dosificador podrían suprimirse por razones de exactitud y técnica, dejando apenas la gravedad del ilícito como tal.

Y aunque en parte las llamadas "circunstancias" atenuantes y agravantes determinan la gravedad del delito, se diría que la gravedad no tendría autonomía absoluta. Sin embargo debe clarificarse lo siguiente:

1) *Gravedad intrínseca del injusto.* Según el juicio político del legislador, dentro del mínimo de la pena, primero, y entre el mínimo y el máximo, después, se inserta exactamente la gravedad intrínseca del injusto, dejando el segundo espacio al juez, por cierto el más amplio, para que aumente la sanción si en su opinión el caso traspasa el umbral de la gravedad intrínseca y propia de cada conducta. Por ejemplo: el homicidio comporta la gravedad inherente de matar a otro, pero ese hecho puede ser más o menos grave según las circunstancias que lo rodean, o los demás factores indicadores de mayor o menor gravedad.

En este segundo espacio existe una tronera peligrosa por donde puede ingresar la escala axiológica del juez, que escapa al control, dentro del cual cabría cualquier incremento a su talante, convirtiéndose de pronto en arbitrariedad. Este tramo de la pena, por así llamarlo, resulta sumamente incierto y se convierte en albur y por supuesto desarticulado del control de la dogmática, que es la garante de la certeza y seguridad jurídicas²⁵.

No se plantea empero la supresión del "arbitrio judicial", sino su exacta ubicación y correcto manejo. Ejemplo: si a un procesado se le va a condenar por "hurto" (C. P., art. 349), calificado y agravado conforme a los arts. 350-1, 351-6-9-10, 372-1 y 66-2-12, el arbitrio judicial consiste en tomar cada agravante y aumentar por cada una de ellas uno, dos, tres o cuatro meses, por citar alguna cifra, cuya concreción podría hacerla la ley, pero de ninguna manera aumentar caprichosamente

²⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., nota 5, págs. 109, 115.

²⁵ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Edit. Civitas, 1986, págs. 186 y ss.

el mínimo porque al juez le parezca grave la conducta y luego hacer el incremento que en su concepto proceda por cada agravante, pues estas, en un caso así, están midiendo precisamente la gravedad del delito.

2) *Necesidad de conservar la gravedad como criterio para medir la pena.* Importa decir que el criterio dosimétrico de la *gravedad del injusto* es de todas maneras importante, así la gravedad pueda resultar de los parámetros de pena y de las atenuantes y agravantes, pues si bien la culpabilidad tiene su razón de ser en lo injusto de ese hecho, la medida de pena se conecta directamente con la mayor o menor gravedad de la ilicitud.

Y como además los criterios que presiden la medición deben funcionar en una relación armónica y recíproca, es la gravedad del injusto definitivamente uno de ellos y quizá el más trascendente filosófica y jurídicamente, aunque sí debe quedar muy claro que lo que tenga en cuenta un criterio para dosificar la sanción no puede ser computado de nuevo por los demás criterios, so pena de invadir el principio *non bis in idem*.

2) *El "grado de culpabilidad"*. Fue instaurado en nuestra ley como factor dosimétrico en buena parte para tener en cuenta las motivaciones que el sujeto tuvo para la realización del injusto²⁶. Parece, así mismo, que por "grado" de culpabilidad el legislador se refirió a la culpabilidad psicológica y con ello al dolo, culpa y preterintención como tales "grados", o "formas" de culpabilidad como también se les llama, que en nuestra legislación en cada modelo de conducta típica contempla sus propios y consecuentes límites de pena.

Sin terciar ahora en la polémica sobre dónde, dentro de la estructura del delito, deben ubicarse los motivos que impulsen a la realización de las conductas ilícitas, importa no perder de vista que algunos de ellos están consagrados expresamente como "circunstancias atenuantes o agravantes", según se trate de motivos "nobles o altruistas" o "innobles o fútiles", conforme se establece respectivamente en los arts. 64-1 y 66-1 de nuestro Código Penal. Y además existen algunos móviles, como son los ánimos especiales, que no se incluyen en la culpabilidad sino en la tipicidad, v. gr., el ánimo de ilícito aprovechamiento en el hurto.

Por ser el móvil algo fundamental e inherente al comportamiento humano, está bien que el juez, cualquiera sea su concepción sobre el delito y por consiguiente del dolo, la culpa y la culpabilidad, tenga en cuenta los motivos para que valore toda la dimensión de la conducta ilícita en orden a determinar la pena.

Como en cada tipo de conducta el mínimo y el máximo están previstos, según sea conducta dolosa o culposa, o acaso preterintencional, se podría postular a primera vista que el "grado de culpabilidad" no sería imprescindible, según este punto de vista, para medir la pena. Pero la culpabilidad en sí misma considerada es de suyo importante como juicio para el efecto, por ser ella un reflejo de la magnitud del injusto y la pena una consecuencia del daño y su dimensión. Pues mientras que la versión psicológica de la culpabilidad examina el contenido de la voluntad

del sujeto y constituye por ello un índice importante para medir la sanción, teniendo en cuenta el daño al bien jurídico, la versión normativa de la culpabilidad también aprecia el grado del injusto para calcular la intensidad del reproche y proporcionar la pena.

Es menester hacer notar igualmente —en homenaje a una tarea constructiva— que aunque los criterios dosimétricos, al ser imbricados, contemplen eventuales aspectos repetitivos, siempre han de funcionar recíproca y armónicamente, cuyo concurso los hará, por el contrario, indemnes a cualquier funcionalidad precaria.

3) *Las "circunstancias" de atenuación y agravación.* Es de suma importancia sobre este criterio de medición propender a que la ley imponga un límite por agravante y no consagrar unos límites mínimos y máximos demasiado distantes, pues tales correcciones evitarían que el juez llegara tan lejos como quisiera y que la medida de la pena fuera a la postre el producto de su escala de valores y por consiguiente de su criterio. De manera que el legislador también está en mora de imponer esos límites para que se dé la seguridad jurídica que hasta ahora no ha existido en esta materia, evitando así tratamientos dispares mediante la intromisión de juicios políticos o ideológicos diversos. Marcos punitivos tan lejanos como los de la estafa, de uno a diez años (C. P., art. 356), resultan no solo impracticables sino sumamente perjudiciales. Lo primero, porque si el juez debe partir del mínimo, como ocurre en efecto generalmente, no se ven las posibilidades de llegar hasta el guarismo de diez años de prisión, salvo algún caso excepcional, o una desmedida arbitrariedad, que no surgen fácilmente. Y lo segundo, porque la progresión geométrica de las agravantes lleva el término de prescripción de la acción penal a unos guarismos tales, que copan los despachos judiciales de expedientes, en los cuales no queda otro recurso institucional que esperar por años la prescripción, a pesar de estar perdidas hace mucho la oportunidad y la eficiencia, características que ha de tener la acción del Estado frente a los delitos.

De ahí la sugerencia de que se prohíba la posibilidad de que alguna o muchas agravantes hagan superar el límite máximo del marco penal típico, fórmula que ha tenido establecida la legislación española en la regla 6ª del art. 61 del Código Penal, pues así se evita que los máximos se eleven aún más, sin ningún sentido. Un ejemplo: el "hurto calificado" tiene un máximo de ocho años conforme al art. 350 del Código Penal, pero si concurre una sola agravante del art. 351 del mismo Código, "la pena imponible de acuerdo con los artículos anteriores se aumentará de una sexta parte a la mitad", por lo que habría que elevarla hasta doce años. Y si la cuantía es superior a los \$ 100.000.00 "las penas para los delitos descritos en los capítulos anteriores se aumentará de una tercera parte a la mitad", que incrementaría esos doce años a dieciocho, para los fines casi exclusivos de la prescripción, por ese influjo multiplicador en espiral, pues a nadie se le ocurre que un hurto de tal cuantía llegue a merecer una pena de esas. Si el homicidio más grave prescribe en veinte años, por más que consagre treinta años de prisión como máximo, ¿por qué ha de tolerarse que un hurto como estos sea penado con dieciocho?

²⁶ LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Ed. Pequeño Foro, Acta N° 8, Comisión.

La norma que se sugiere es, en nuestra opinión, necesaria. Para el ejemplo dado ese "límite máximo" (de pena) del marco legal típico bien podría ser el del hurto calificado de ocho años, dado que las agravantes en general tienen que tener algún control en su dimensión punitiva, pues esos escalonamientos atraen el absurdo de hacer perder los fines de la acción penal y de la pena.

Tanto las distancias entre las penas mínimas y máximas, como las agravantes (o calificantes) y atenuantes, deben recibir en la ley un tratamiento homogéneo, sin fracasar por exceso o por defecto, pues hay delitos graves con penas muy leves y delitos leves con penas muy graves; como agravantes y atenuantes que no están coherentemente consagradas en torno a los aumentos o disminuciones de pena. Para citar un caso, las calificantes del hurto (art. 350) se consideran más graves que las agravantes (art. 351), pero en lugar de que las primeras subsuman las segundas, o que los incrementos por estas sean razonablemente más pequeños, ambas se suman, según las cuentas que venimos de hacer, en contra de la acumulación jurídica de penas.

También se requiere que la ley diseñe una solución en los casos de acumulación aritmética de penas, que suele presentarse en procesos que concluyen en forma separada con sentencia condenatoria en contra de un mismo sujeto, cuando se trata de delitos conexos que han de investigarse y fallarse conjuntamente, como ordena el Código de Procedimiento Penal, lo que no obstante no constituye nulidad, según la contradictoria consagración legal (decreto 050 de 1987, arts. 14 y 85). Con frecuencia los reclusos tienen dos o más condenas, una en pos de otra, a su cargo, cuya suma matemática las hace tan largas que los fines de la pena desaparecen, e incluso los principios de humanidad. Una fórmula podría ser que en tales casos la pena total no vaya más allá de los treinta años, que como máximo permite la ley colombiana (C. P., art. 44), aunque podría tener una variante para quienes dentro de la penitenciaría siguen delinquirando a través del tiempo.

a) *Conveniencia de suprimir la expresión "circunstancias"*. Se observa que nuestra ley penal incurre en impropiedad al denominar las agravantes y atenuantes "circunstancias", tal vez impulsada en parte por la fuerza inercial del Código Penal de 1936 que consagraba las denominadas "circunstancias de mayor o menor peligrosidad" (ley 95, arts. 36 y 38). Incluso el actual estatuto penal en el capítulo II del título IV (arts. 60 y ss.), lo encabeza con la expresión "circunstancias", pero la verdad es que se refiere a agravantes o atenuantes, algunas de las cuales nada tienen que ver con circunstancias. Esta práctica es frecuente en la parte especial del Código, como se aprecia v. gr. en los arts. 270, 306, 310, 324, 359 y 372.

Por ejemplo, el móvil es generalmente el impulso psicológico del acto, y es por ello algo de la esencia que no debería llamarse "circunstancia", que como tal solo responde a lo accesorio que rodea lo fundamental. El estado de ira, para citar un caso, no tiene absolutamente nada de accesorio o circunstancial, dado su carácter esencial o de inminente contenido del comportamiento, por ser precisamente el móvil y su razón de ser. Asimismo, los motivos nobles o innobles, el estado de emoción o pasión excusable, la falta de ilustración, la inferioridad psíquica surgida de la edad o condiciones orgánicas, la insidia, la participación de otro,

el hacer más nociva la conducta, la posición distinguida del sujeto, la finalidad de cometer otra infracción, etc. (C. P., arts. 64 y 66), no tienen nada que ver con las circunstancias, por lo que es impropia esa denominación. De idéntica manera el secuestro de un pariente no constituye circunstancia de tiempo, modo o lugar (art. 270, ord. 4º, ídem); el fin del proxeneta de llevar la víctima al extranjero es un ánimo especial que no es accesorio (art. 310 ídem); matar por precio o para cometer otro delito tampoco es algo perteneciente a lo circunstancial (art. 324); el abuso de funciones públicas (art. 359); la cuantía en la infracción contra el patrimonio, son de la naturaleza del injusto por su dimensión (art. 372), y, en fin, sería más técnico prescindir de esa expresión que, siendo correcta en unos casos, en otros no lo es.

b) *¿Cómo se deben computar las agravantes?* En primer término han de surtir su influjo las *agravantes específicas para cada delito*, v. gr. las calificantes del hurto previstas en el art. 350 del Código Penal; luego las *específicas para cada capítulo*, como son las previstas en el art. 270 del mismo Código para el "secuestro extorsivo" y el "secuestro simple"; a continuación se tendrán en cuenta las *genéricas para todo un título*, de las cuales son ejemplo las agravantes para todas las infracciones contra el patrimonio económico, consagradas en los arts. 372 y 373 ídem; y, finalmente, las *genéricas para todo el Código Penal*, que son las de los arts. 64 y 66, comunes para todos los delitos. De esta manera se va de lo general a lo particular y de lo amplio a lo específico.

c) *Las agravantes y atenuantes genéricas deben constar en la acusación*. En mi opinión las agravantes generales y aun las atenuantes deben quedar establecidas en el proveído que contiene la acusación, pues si aquellas autorizan aumentos de pena el procesado ha de tener derecho a debatirlas en ejercicio de su defensa, que no puede alienarse ante ningún cargo que implique sanción, so pena de incurrir en la transgresión de garantías constitucionales.

Y aunque en vigencia del Código Penal de 1936 la jurisprudencia nacional tenía aceptado que las circunstancias de mayor y menor peligrosidad descritas en los arts. 36 y 38 de ese estatuto solo serían tenidas en cuenta por el juez en la sentencia, ello obedecía más bien a una norma de carácter positivo, como era el art. 171 del anterior Código de Procedimiento Penal (decreto 409/71), el cual disponía que en la sentencia el juez se pronunciara sobre tales "circunstancias", según reza el numeral 5 de tal disposición. Sin embargo, eso no era incompatible con su deducción en la acusación, pues también allí se establecía contemplar en el fallo las "circunstancias eximentes de responsabilidad y las que agraven o atenúen la sanción", lo que claramente indicaba que en la sentencia el juez obviamente debía explicar los orígenes de la pena, sin que tal cosa contrariara su precisión en la acusación.

Por tal argumentación, más de orden legal exegético que de garantías supralegales para el procesado, no creo que consecuentemente deba sostenerse frente al actual Código de Procedimiento Penal, estatuto que no contiene una disposición como esa, por lo que no existe el fundamento que se esgrimía antes. Por eso debe compartirse una decisión en tal sentido emitida por la Corte Suprema en diciembre 3 de 1980, todavía dentro de la vigencia del anterior Código, con algunos salvamen-

tos de voto²⁷. Con más veras ante el nuevo Código, cuando esas "circunstancias de mayor y menor peligrosidad" las denomina "circunstancias atenuantes y agravantes".

También se aducía que en la ley de procedimiento, específicamente en el art. 483 del decreto 409 de 1971, no se exigía que en la redacción del auto de proceder se hiciera alusión a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad. Por eso en el salvamento de voto descuella este aparte: "Esto afecta... el debido proceso ya que es posible omitir la mención de tales factores de dosificación de la pena para ser finalmente deducidas en la sentencia, cuando ya resulte inadmisibles toda controversia y alegación... Si tanto las circunstancias genéricas de agravación como las específicas inciden en la pena, ¿por qué las unas deben expresarse en el auto de proceder y las otras no? ¿Acaso no tienen una igual significación para el procesado puesto que repercuten en la cantidad de pena que debe purgar?"²⁸.

La afirmación de que "las circunstancias específicas... tienen la característica de modificar la pena imponible" mientras que las circunstancias genéricas "solo constituyen, en cambio, uno de los criterios de que dispone el juez para la dosificación de la pena", que debe examinar este en la sentencia, como expresa la misma corporación en enero 17 de 1984, no resuelve la violación al debido proceso ni el desequilibrio consiguiente entre el Estado y el sujeto, que es la esencia del problema²⁹. La separación que ha hecho la jurisprudencia entre "circunstancias de mayor peligrosidad" y delito, es lo que ha dado pie a afirmar que "los jueces... solo pueden computar circunstancias de mayor peligrosidad cuando no constituyen elementos esenciales o modificadores del delito"³⁰. Afortunadamente esas "circunstancias de mayor peligrosidad" se denominan hoy agravantes, lo que son en verdad, pues aun los motivos innobles o abyectos si bien reflejan personalidad trascienden la conducta misma y se proyectan a través de su propia dimensión injusta.

4. La personalidad del agente. En mi opinión es posible que la personalidad pueda seguirse teniendo en cuenta como criterio para medir la pena, pero con *carácter secundario*, aunque deberá seguir influyendo en el rango de *lo principal* frente a la ejecución o no de la pena.

En cuanto a lo primero, porque tendrá que seguir prevaleciendo el derecho penal de acto, que significa que al sujeto se le sanciona por lo que hace y no por lo que es y que implica el predominio del acto sobre el autor, pues lo que fundamenta la pena es el daño al bien jurídico y no el sujeto por lo que es. No puede perderse de vista, empero, que el autor es el dueño del acto, pues, como expresa agudamente IGNE PETRONE, "si nosotros podemos escoger lo que hacemos,

²⁷ *Gaceta Judicial*, t. CLXIII, núm. 2402, págs. 553 y 554.

²⁸ JAIRÓ LÓPEZ MORALES, *Jurisprudencia penal de la Corte*, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, dic. 3-80, Salvamento de voto de los magistrados Alfonso Reyes Echandía y Gustavo Gómez Velásquez.

²⁹ *Excertas penales*, Bogotá, Ed. Pequeño Foro, mag. ponente, Luis Enrique Aldana Roza, junio 5-84, págs. 80, 81.

³⁰ *Excertas penales*, Bogotá, Ed. Pequeño Foro, mag. ponente, Álvaro Luna Gómez, marzo 12-82.

no depende en cambio de nuestra elección lo que somos y, sin embargo, lo que hacemos depende de lo que somos"³¹.

Tan dramática y expresiva afirmación cabe interpretarla como equilibrada posición intermedia entre el libre albedrío y el determinismo, en el sentido de que el sujeto es relativamente libre para hacer lo que quiera, pero relativamente determinado por el medio que lo rodea, pues no existe una absoluta libertad ni tampoco una fatal determinación. El hombre está influido por el medio, pero siempre hay un aporte de su voluntad cuando daña un bien jurídico sin justificación, que es el sancionado por el derecho penal, por lo que este a pesar de todo se soporta sin duda en el liberoarbitrismo, alma y nervio de la responsabilidad penal.

Luego en la imposición de pena prevalece en efecto el desvalor de acto, la culpabilidad por el hecho y la gravedad del injusto, sobre la personalidad, que por tanto ha de ser criterio dosimétrico de *carácter secundario*. No por otra cosa la mayor corriente europea afirma hoy que la medida de la pena debe ser la medida de la culpabilidad.

La personalidad no puede entenderse exclusivamente como "capacidad" sino también como "incapacidad" para cometer delitos, puesto que entendida apenas en el primero de los sentidos únicamente serviría para medir la pena hacia arriba, mientras que con la doble perspectiva permitiría aumentarla un poco y sobre todo disminuirla según fuere la tendencia del sujeto.

Si a la personalidad no se le mira exclusivamente como "maldad" sino también como "bondad", se puede llegar consecuentemente a la conclusión de que la prevención especial es el fin más importante, posibilitando la reducción del mínimo de la pena o suspendiendo total o parcialmente sus efectos, con arreglo a los criterios de su medición, al tener en cuenta particularmente las atenuantes y la personalidad del delincuente de ocasión sin capacidad para recaer en el delito.

Entonces ha de admitirse, al mismo tiempo, que el sujeto reincidente o tendente al delito, por ser menesteroso de rehabilitación, explicable también por la vía de la prevención especial, puede recibir algún incremento de pena por su personalidad, pero siempre habrá de ser pequeño por tal razón, atendiendo el carácter secundario de tal criterio dosimétrico. Es posible, asimismo, negársele algunos beneficios, como la suspensión condicional de la pena, por ejemplo.

Podría objetarse, empero, que como el hombre inclinado al delito, desviado o peligroso, o como se le quiera llamar, es producto de la sociedad y del Estado, este no estaría legitimado para sancionarlo mayormente por tal razón. Aunque ello sea parcialmente cierto, por lo que el Estado tiene por consiguiente la obligación de trabajar permanentemente para reducir el margen de "desviación" de sus súbditos, no se puede perder de vista que los poderes de control, en la medida del desarrollo de los pueblos, tienen que acudir, parodiando a ROXIN, a esa "amarga necesidad" de imponer la pena, y aun aumentarla algo a quien tenga capacidad para delinquir, pues además existen organizaciones del crimen que hacen del delito un negocio

³¹ MIGUEL FENECH, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Barcelona, Ed. Labor, 1986, pág. 3, carta de Carnelutti a Fenech.

y que por equidad no pueden recibir el tratamiento del delincuente infortunado de ocasión.

Si el derecho penal es un instrumento de control social justo, por delegación del poder popular, tiene que reconocer fenómenos de conflicto del momento para mantener el Estado de derecho y conjurar la regresión a la venganza privada y al caos institucional.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA se ha mostrado siempre contrario a la peligrosidad como fundamento de la responsabilidad penal, sin haberle sido posible negar su existencia, pues admite incluso que en la legítima defensa el hombre de bien tiene derecho de emplear ciertas ventajas frente al hombre peligroso para compensar sin graves riesgos su perversidad, siguiendo de cerca las enseñanzas de MAURACH. Más aún, admite expresamente que la peligrosidad existe, pero no es verdad, como ha dicho, que la personalidad tendente al delito parece haberse "colado" en la ley como criterio dosificador, pues ello ha sido, por el contrario, algo deliberado del legislador³².

Y aunque en principio tiene razón, porque la pena se fundamenta en el consciente y voluntario daño al bien jurídico, la peligrosidad, según advierte REYES ECHANDÍA, como expresión cualificadora de la personalidad y, por lo mismo, a ella referible, desapareció en la ley colombiana como fundamento de responsabilidad, pero "conserva cierta validez" para algunos incrementos de pena y el reconocimiento o no de los subrogados penales³³.

La personalidad entonces es criterio que se ha de tener en cuenta, porque negarla implicaría desconocer todos los efectos de favor aquí citados (atenuantes y subrogados), a cambio de algo que consulta el fin preventivo de la pena.

Puede y debe admitirse que la peligrosidad existe, pero al mismo tiempo ha de considerarse un fenómeno residual que el Estado tiene el deber de ir reduciendo más mediante una mayor democratización. Pero mientras existan hombres peligrosos que delinquen repetida y gravemente, el derecho penal tiene que reconocer ese fenómeno social y manejarlo de alguna manera como disciplina encargada de administrar actos y conflictos humanos. Pues la visión hacia el futuro, siempre loable, de lograr la perfección del hombre, no permite ocultar las zozobras de hoy. Desde luego que el aumento de pena por esta razón siempre será racional y en menor medida y se hará al final, después de los demás cálculos, en el entendimiento de que es criterio que funciona independientemente, a fin de que no sea un factor multiplicador de pena computándolo al principio, según práctica viciosa que ojalá sea erradicada. Y claro: el aumento, de orden secundario, valga insistir, se hace más con la visión de la prevención especial, con miras a la rehabilitación, aunque la política penitenciaria, hay que admitirlo con el desconcierto de siempre, siga siendo mera y romántica literatura, pues los oídos sordos del legislador y del gobierno solo escuchan la retribución, cumplida siempre en horribles establecimientos de desprecio por la dignidad humana, a sabiendas de sus pésimos resultados.

³² JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, 1ª ed., págs. 379, 381 y 382 y 2ª ed., ed. cit., nota 5, pág. 328.

³³ Colección Miguel Zornosa, Bogotá, Ed. Radar, C.S.J., auto feb. 24-83, pág. 451.

Por eso todos los códigos penales consagran este principio dosimétrico de la personalidad, que además cabe tener en cuenta porque, como dice ZAFFARONI, si se toma a la culpabilidad como único criterio para la cuantificación de la pena, se hace referencia en alguna medida y en alguna de sus formas a la culpabilidad del autor, por lo que estima que la personalidad es un correctivo o una complementación, que solo puede funcionar *dentro de ciertos límites* y que equivale a ordenarle al juez que no pierda de vista totalmente la prevención especial, dado que en su opinión las consideraciones de prevención especial son, en la ley penal colombiana, ajenas a la culpabilidad del agente³⁴.

Y aunque se podría objetar que entonces lo del autor contaría para medir la pena, algo contrario a la culpabilidad como límite de la pena y bastión de seguridad jurídica, diría que el sujeto peligroso necesita un programa más amplio de resocialización y repetiría con el talento de ROXIN que el criminal no es, como cree el profano, el hombre fuerte, cuya voluntad de animal de presa hay que quebrantar, sino un hombre normalmente débil, inconstante y minusdotado, con rasgos sicopáticos a menudo, y que intenta compensar por medio de delitos su complejo de inferioridad provocado por su deficiente aptitud para la vida³⁵.

Pero si se objetara de nuevo que ello sería de todas maneras un rasgo de culpabilidad caracterológica y una pena por la conducta de la vida³⁶, diría que es por ello precisamente por lo que se impide la aplicación de los subrogados, que en el fondo significa una sanción mayor en comparación con el beneficiario de tales sustitutos. Estaría empero dispuesto a admitir la censura por razón de este aumento, con todo y lo morigerado que se propone, en honor a la culpabilidad por el hecho como tope de la pena, que sin duda es homenaje a la verdadera medición de pena. Pero la aspiración, no sé si utópica, de que la peligrosidad vaya reduciéndose en la medida del desarrollo de los pueblos y de los hombres, hace que la propuesta de un pequeño incremento por esta vía sea ojalá algo transitorio en la ciencia.

Es porque la medida de la pena por la culpabilidad en el hecho es un baluarte de la seguridad jurídica, pero no podrá ser el único criterio, por lo que algunos autores, entre ellos LUZÓN PEÑA, si bien respetan la exigencia material de precisión legal de la pena, como garantía derivada del principio de legalidad, les preocupa "su automatismo... y las generalizaciones apriorísticas que impiden una individualización concreta de la pena más conveniente para el sujeto". Por eso propugna porque la pena se funde en criterios político-criminales y en principios de proporcionalidad y culpabilidad, pero sin necesidad de límites mínimos, pudiendo disminuir la pena en atención a la prevención especial hasta donde esta entre en contradicción evidente con la prevención general³⁷.

Es que la facultad del Estado de imponer penas [*ius puniendi*] no alcanza a ser explicada por el derecho penal de acto, porque este, mirándolo exclusivamente,

³⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, "Ejemplarización, prevención general y cuantificación penal", *Rev. Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 8, Medellín, Señal Editora, 1983, págs. 50 y 51.

³⁵ CLAUS ROXIN, *idem*, pág. 32.

³⁶ JESCHECK, *idem*, pág. 564.

³⁷ DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena*, ed. cit., pág. 106.

puede conducir, quién lo creyera, a una hipertrofia de la conducta ilícita, anexándole una pena excesiva olvidándose del dueño del acto, que a la luz de la prevención especial resultaría injusta o sobre todo socialmente perjudicial. Mientras que el derecho del acto, pues, mide la pena, el derecho de autor puede moderarla y en todo caso adecuarla al sujeto, algo propio de la tarea dosificadora del juez. Al fin de todo se juzga el acto humano, pero también al hombre, según explica diáfana-mente ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ³⁸.

En todo caso, culpabilidad, prevención individual y prevención general constituyen —según ZIPF— el triángulo mágico de la determinación de la pena³⁹, que ha de reflejar una sanción proporcional pero también útil, pues el castigo sin utilidad sería algo inservible para el sujeto y la sociedad, como la pena por mera utilidad del Estado sería un atropello contra la dignidad del hombre. Una pena retributiva sin utilidad no es justa, como una pena útil sin injusto tampoco.

En fin, el fundamento de la pena es el daño al bien jurídico; su límite la culpabilidad y su fin la prevención.

4. CONCLUSIONES

1ª) El legislador debería acortar las perjudiciales e impracticables distancias entre los mínimos y los máximos.

2ª) Sería deseable que la ley dispusiera la reducción de la pena mínima cuando existan atenuantes genéricas como las descritas en el art. 64 del Código Penal, como permitir esa rebaja en casos especiales para evitar la “desocialización” del reo.

3ª) Es recomendable que el legislador imponga un límite de pena por cada agravante, con el objeto de lograr precisión jurídica y reglas previas bien definidas en pro de la democracia.

4ª) La ley, como complemento, consagraría la prohibición de que la pena supere el máximo establecido en el tipo penal. Mas como en la dosificación frecuentemente concurren varios tipos penales, la ley dirá cuál de los tipos ha de tener en cuenta el juez y por consiguiente cuál será el máximo irrebachable.

5ª) El juez ha de referirse también en la acusación a las agravantes genéricas que concurren, con el objeto de que el procesado ejerza sobre ellas el derecho de defensa como manifestación del debido proceso.

6ª) La pena básica es la mínima establecida en cada tipo penal y el juez tiene la obligación de partir de ella, para luego hacer los demás incrementos con arreglo a los criterios dosimétricos, debidamente explicados con fundamento en pruebas plenas.

7ª) En caso de que la personalidad sea tenida en cuenta para aumentar la pena, ha de ser criterio independiente que funcione al final o de último, a efecto de evitar que su utilización en primer lugar se convierta en una progresión aritmética de pena cuando concurren agravantes y sus respectivas escalas penales.

³⁸ ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ, *La punibilidad y las medidas de seguridad*, Medellín, Publicaciones de la Universidad de Medellín, 1984, págs. 44 y 56.

³⁹ HEINZ ZIPF, en *Cuadernos de política criminal*, núm. 17, ed. cit., pág. 353.

El defensor en el Código Procesal Penal*

Dr. Hernando Londoño Jiménez

Miembro de la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Procedimiento Penal

1. LA MISIÓN DEL DEFENSOR

La figura del defensor en causas penales se remonta muy lejos en la historia de la humanidad. Es que en la conciencia social de todos los tiempos siempre se ha sentido la necesidad de que el hombre acusado de una falta que ha ofendido el orden jurídico de su época, tenga la oportunidad de defenderse de los cargos por interpuesta persona. No siempre dicho título lo tuvieron los abogados, por cuanto no existía dicha institución, por lo cual esa representación la llevaban generalmente prohombres destacados por su elocuencia, expertos en el arte de la oratoria, formados inclusive en academias particulares que enseñaban a quienes tenían predilección por el foro. Así fue en la edad de oro de Grecia y Roma, cuando los consagrados tribunos del pueblo asumían públicamente la defensa de quienes eran acusados de algún hecho delictuoso. Pero ya desde el Antiguo Testamento el defensor irrumpe en las páginas de la historia cuando la casta Susana fue acusada por dos jueces del pueblo de yacer carnalmente con un mancebo, conducta que en aquella época era castigada con la lapidación. Esos dos jueces juraron haber sido testigos del acto libidinoso, lo cual le daba un mayor realce a la acusación. Sin embargo un joven llamado Daniel, convertido más tarde en el profeta bíblico, se apresuró a impedir el castigo prometiendo demostrar la inocencia de la acusada,

* Capítulo de la obra *Derecho procesal penal*, en prensa.