

ANOTACIONES CRÍTICAS AL FUNDAMENTO Y NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA EN COLOMBIA

Por JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ*

INTRODUCCIÓN

Esta elaboración hace parte de un trabajo más amplio sobre la legítima defensa, que comprende su fundamento, naturaleza, ubicación en el control social, funciones, papel que cumple como instrumento de selección social y propuestas alternativas. Nos corresponde tratar ahora los dos primeros aspectos.

El cuestionamiento reciente al derecho penal, en especial proveniente de la criminología crítica, ha puesto en discusión variadas concepciones que parecían incommovibles. Habría que preguntarse si los criterios sostenidos desde hace tiempo como teoría general de la legítima defensa no estarán sujetos a esta confrontación (orientación que compartimos), o si por el contrario en esta materia ya está dicho todo, como pretenden argüir los que entienden el derecho penal como una amalgama de teorías, independientes de la orientación politicosocial asumida, defensores del *statu quo* institucional.

I. De la legítima defensa

La doctrina es bastante extensa cuando se refiere al fundamento y naturaleza de la legítima defensa, por eso solo mencionaremos las teorías que consideramos más importantes, sintetizándolas.

1. TEORÍAS QUE NO CONDUCE A LA LICITUD DE LA DEFENSA¹

1.1 Pertenecen a este grupo las hipótesis de quienes consideran la legítima defensa como causal de inimputabilidad o de inculpabilidad, por perturbación del ánimo, miedo, temor, instinto de conservación y demás causas semejantes. Estas

* Catedrático de la Corporación Universitaria de la Costa (CUC). Barranquilla.

¹ Entre otros, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Edit. Bosch, 1978, pág. 18; ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, Parte general, 10ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pág. 221, siguiendo a Soler; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, 4ª ed., vol. 1, Buenos Aires, Edit. Tea, 1978, pág. 338.

posiciones han sido criticadas por ser demasiado restringidas, pues solo beneficiarían a los inimputables, y demasiado extensivas porque quedarían exceptuados de la sanción tales sujetos, por el único hecho de ser inimputables. No corresponde esta visión a nuestra regulación legal y a los dictados de la doctrina actual; resultado semejante se obtiene si se considera la legítima defensa como causal de inculpabilidad. La doctrina es unánime al rechazar tal concepción.

1.2 Otra opinión se fundamenta en la retribución, equilibrando el mal del agresor (la agresión) con el del agredido (defensa); no se impone pena a este último porque no habría razón retributiva al imponerse otro mal. Además de llevar la discusión erróneamente hasta la pena, esta teoría debe criticarse principalmente porque considera la retribución sustento exclusivo de la pena. Los modernos doctrinantes retribucionistas, basándose en el grado de culpabilidad, la esgrimen como límite para la intervención estatal en la vida de los ciudadanos, pero ni siquiera entienden la pena como retribución únicamente (partidarios de la necesidad de la pena). También estas argumentaciones están siendo refutadas al considerarse la pena como una medida que sirve para remover los obstáculos en la participación libre y crítica del individuo². Agréguese a lo anterior que si la retribución mira al pasado, el agresor no podría anticipar su reacción ante la agresión, por ejemplo inminente; tampoco explicaría por qué no se exime de pena al agresor³. Si estamos pensando en una teoría de la legítima defensa dentro de un sistema democrático amplio, de nada nos sirve el fundamento retributivo.

2. TEORÍAS QUE CONDUCEN A LA LICITUD DE LA DEFENSA⁴

2.1 *La falta de protección estatal.*—Esta primera tesis presenta diferentes matices, según los cuales la defensa del particular es justa cuando la sociedad no puede, le es imposible, acudir en su auxilio⁵.

Tal vez la teoría más extendida sea la de la defensa subsidiaria, según la cual el derecho a castigar que tiene la autoridad social emana de la ley natural, la ley eterna del orden que debe ser completada por la sanción impuesta a quien la infringe. Pero la autoridad solo podrá actuar “cuando haya habido agresión contra el derecho, y cuando, por consiguiente, en el momento de la violación se habría empleado

² CLAUD ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Madrid, Edit. Tecnos, 1976, pág. 48; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, Parte general, Barcelona Edic. Ariel, 1984, pág. 41.

³ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, pág. 134; SOLER, ob. cit., pág. 338; LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 25.

⁴ REYES ECHANDÍA, *Derecho penal*, ed. cit., pág. 221. Causas de justificación, no solamente de licitud.

⁵ ENRICO PESSINA, *Elementos del derecho penal*, 3ª ed., trad. de W. González del Castillo, Madrid, Edit. Reus, 1919, pág. 384; EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, vol. 1, t. 1, 16ª ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1971, pág. 356; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. IV, Buenos Aires, Edit. Losada, 1961, pág. 74. Denomina a esta teoría como “carácter subsidiario de la defensa propia o ajena”, para distinguirla de la defensa pública subsidiaria en Carrara.

legítimamente la defensa privada, si hubiese sido materialmente posible”. Cuando la defensa pública no es eficaz y la privada pueda serlo, recobra esta su lugar para defender sus derechos, cesando así el derecho que le asiste a la sociedad para castigarla⁶.

Podemos resumir las observaciones a este grupo de teorías, así:

a) *Fundamento en el derecho natural.* Explican la criminalidad como una cualidad ontológica de comportamientos e individuos, precedente a la reacción social y a su definición; los intereses y valores regulados por el derecho penal aparecen como socialmente homogéneos. En síntesis, se postula la ideología de la defensa social, encubridora de la realidad.

Sin embargo, la criminología liberal contemporánea, por intermedio del *labeling* y de la teoría conflictual, se encargó de demostrar lo contrario⁷. Además de fundamentar los bienes jurídicos defendibles en el derecho natural, preconstituidos, inmanentes a la ley natural, descarta la dinámica social en su regulación; y el momento concreto de las relaciones sociales queda reemplazado por la indefinición naturalística.

b) *Defensa privada cuando al Estado le es imposible defender, o no puede acudir, es ineficaz, en la defensa de los derechos de los particulares*⁸. Todas estas manifestaciones imponen al particular una prioritaria sujeción a los medios defensivos del Estado antes que a los suyos, permitiendo muchas veces la consumación de la agresión, destrucción o desmedro del bien jurídico, por estar esperando la obligante defensa pública. Pensemos, por ejemplo, que siendo posible la defensa pública no exista seguridad en su eficacia dadas las circunstancias concretas en que los hechos se desenvuelven, porque sea posible a su vez la consumación de la agresión o no tenga la entidad suficiente para impedir la o suspenderla. También podría ocurrir que siendo eficaz la defensa en abstracto, los encargados de materializarla no lo quieran hacer. O que pudiendo ser eficaz la defensa estatal, la privada lo sea tanto o más que aquella.

No debemos someter la eficacia estatal al riesgo de la comprobación, dada la exigencia o prontitud de la defensa. V. gr.: Al ciudadano que, amenazado de muerte por un agresor que le coloca un revólver en la cabeza, y sabiendo que en el mismo vehículo viajan agentes de policía, supongamos la “Fuerza Delta”, ¿sería sensato exigirle que les pida ayuda, así sea un experto en artes marciales

⁶ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. 1, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 201-2; RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO, *Las causas que excluyen la incriminación*, México, Talleres Limón, pág. 283. De conformidad con la anterior teoría, Jiménez de Asúa (ob. cit., págs. 57 y 65) dice que Carrara considera que cuando la defensa privada es eficaz, por ese solo hecho recobra su derecho y lo pierde la defensa pública, sin importar la eficacia o no de esa defensa pública. Interpretación del Maestro italiano que no compartimos.

⁷ ALESSANDRO BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Ed. Siglo XXI, 1986, págs. 120-121.

⁸ FERNANDO DÍAZ PALOS, *La legítima defensa*, Barcelona, Edit. Bosch, 1971, pág. 27; LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 33; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 76. Estos autores se oponen a esta exigencia.

que con hábil movimiento puede desarmar a su oponente? Este caso nos lleva a afirmar que la acertada respuesta a la problemática se encuentra en la selección de los medios defensivos adecuados. Lo primordial es la necesidad de la defensa del bien jurídico para proceder a seleccionar los medios más idóneos, sea que provengan del Estado o del particular⁹. Además, esta teoría no serviría para explicar la defensa ante la autoridad, descartándola en el caso del delincuente político frente a los órganos del Estado.

2.2 Fundamentación evidente.—Esta segunda posición da por descontada cualquier complejidad en la fundamentación; la defensa, dirán algunos, será justa porque es natural (derecho natural).

Otra posición afirma que la ley así lo dice, sin averiguar cuál fue el fundamento de su decir; con lo cual nada se avanza afirmando lo no demostrado. Se llegaría así al inmanentismo de los bienes jurídicos en la ley, ocultando los procesos de reacción social y de definición, una nueva expresión de la defensa social, o destacando aquellos sin encontrar la explicación economicopolítica de su pronunciamiento. Agréguese la consideración de que la legítima defensa es concreción del instinto de conservación¹⁰, tesis rechazada porque restringe la defensa a los bienes jurídicos vida e integridad personal, que aun en ellos es insuficiente, pues corresponde a los albores del instituto mas no a su actual desarrollo, sobre el cual pesa un gran influjo de las concepciones naturalistas. Tal teorización serviría más para ubicar la legítima defensa como causal de inculpabilidad que de justificación¹¹.

Si algo demuestran las argumentaciones evidentes es que el fundamento de la legítima defensa no es tan simple como parece.

2.3 Fundamentación común de la justificante. Similitud con el estado de necesidad.—La teoría de la colisión de intereses jurídicos (preponderancia) ha sido confrontada¹², principalmente, al considerar que “por uno de los lados, el del agresor, el bien deja de estar jurídicamente protegido”¹³. Esta teoría no debe confundirse con aquella rebatida por CARRARA: “el derecho de matar al agresor injusto tiene por fundamento el hecho que este, al agredir y amenazar de muerte en forma inmediata a un inocente, pierde el derecho al respeto de la propia vida y que en esa forma merece la muerte”; el jurista de Pisa simplemente la tildó de strafalaria: “Yo no digo: maté justamente porque el individuo a quien maté merecía la muerte, sino que digo: maté justamente porque tenía derecho a salvarme de una muerte injusta e inminente que no la podía evitar de otra manera”¹⁴.

⁹ LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 39; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 482.

¹⁰ NÓDIER AGUDELO BETANCUR, *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 49: “La legítima defensa es el instinto de conservación en acción”.

¹¹ LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 42-3.

¹² REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, ob. cit., pág. 135; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 56. Se muestra de acuerdo con la preponderancia en la colisión de derechos.

¹³ LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 89; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 481.

¹⁴ CARRARA, ob. cit., pág. 205.

Hay quienes son partidarios de una fundamentación común a todas las causales de justificación¹⁵, punto de vista que no compartimos, pues así la legítima defensa haga parte del género causales de justificación, no podemos olvidar su especificidad. Por ello creemos que la ausencia de ponderación de intereses está en su fundamento y rechazamos definirla como especie del estado de necesidad¹⁶. Así se le resta autonomía, pasando a segundo plano la agresión que le posibilita, diferenciada conceptualmente del peligro y extrayendo consecuencias diversas para el ordenamiento jurídico y social.

Existen otras posiciones que consideran la legítima defensa como ejercicio de un derecho o de un deber, dándole uno de estos fundamentos, y que no armonizan con las definiciones legales ni doctrinales actuales, pues llevarían a confundirla con otras justificantes claramente delimitadas en sus fundamentos y requisitos. En sus consecuencias serían demasiado restrictivas. En el caso del ejercicio de un deber, la ley otorga el beneficio de la causal siempre y cuando se cumpla con la obligación exigida, dispuesta por ella; si se actuase en forma diferente de lo exigido, la misma ley impondrá su imperio coactivo y sancionará al infractor por lo administrativo o por lo penal, al no cumplir con la obligación impuesta por el deber: por ejemplo, al juez se le permite ordenar la privación de la libertad de una persona, mediante orden de captura, cuando aquella cometió un delito; pero, si no lo hace, no está dentro de su potestad eludir el deber sin que recaigan sobre él las sanciones del caso. Por el contrario, el uso facultativo permite a la persona escoger lo que mejor le plazca; si determinase no ejercer la legítima defensa, dejar que su bien jurídico sea agredido sin oponer ninguna defensa, la ley no la puede obligar a que la ejerza, so pena de ningún castigo o imposición.

Similar resultado produciría tratarla como ejercicio de un derecho, sometiendo-la a la regulación que cada uno de los derechos imponga, rodeándola de excesivos y disímiles requisitos que limitarían su ejercicio.

2.4 Argumento positivista.—Según tal tesis la licitud se explica por la calidad de los motivos que impulsan a quien actúa carente de peligrosidad. Se valoran como justos, por ende exentos de pena, los comportamientos guiados por el fin de la defensa social, acto de justicia social. Por este camino se llega más rápido a la inculpabilidad, con las críticas referenciadas¹⁷. Adicionémosle que la acción justificada no descarta otros motivos concomitantes a la defensa, como el odio, la venganza, y que el instituto no excluye de sus confines a los peligros.

Por último, hay quienes presentan los anteriores razonamientos como presupuesto o complemento de otras fundamentaciones, por lo cual las críticas aquí formuladas siguen siendo válidas.

¹⁵ REYES ECHANDÍA, *Parte general*, op. cit., pág. 222; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 56.

Se oponen: JULIO FIORETTI, *Sobre la legítima defensa*, Madrid, Edit. Reus, 1926, págs. 94-5; REINHART MAURACH, *Tratado de derecho penal*, trad. de Juan Córdoba Roda, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, § 25, III.

¹⁶ REYES ECHANDÍA, *La antijuridicidad*, ed. cit., pág. 129.

¹⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, ob. cit., pág. 288; REYES ECHANDÍA: *La antijuridicidad*, ed. cit., pág. 139.

2.5 *La fundamentación prevalente.*—Quienes asientan la legítima defensa en la necesidad de defensa del bien jurídico, se constituyen en antecedentes de la teoría prevalente. Aunque ya se vislumbraba una teoría más diáfana, no se establecía la diferencia con las demás causales de justificación, ni se aclaraba por qué surgía de la agresión antijurídica.

Otros se expresaron diciendo que el derecho no necesita ceder al injusto, sin explicar tampoco el doble fundamento, pues solo destacaban la defensa del ordenamiento jurídico; el análisis era unilateral¹⁸.

Finalmente, se llegó a la posición predominante en la doctrina actual: “El fundamento de la eximente es, efectivamente, doble: tiene un lado individual consistente en la necesidad de la defensa al bien jurídico particular y un lado supraindividual: la necesidad de defensa del ordenamiento jurídico”¹⁹.

2.6 *Observaciones a la teoría prevalente. Nuestro criterio.*—Al doble fundamento de la teoría prevalente nos permitimos hacerle algunas observaciones. En una sociedad democrática participativa, la intervención estatal en materia penal (mínimo de intervención) solo es necesaria para proteger bienes jurídicos, pues, de no ser así, la arbitrariedad campearía; a los particulares (coasociados) les interesa una intervención que sirva para garantizar la conservación de sus reales bienes jurídicos. Estos, como síntesis normativa de una relación social determinada y dialéctica, deberán ser seleccionados por el ordenamiento jurídico. Se intenta conformar un sistema crítico participativo, extendido a las bases de la sociedad, en constante revisión, reflejando el verdadero quehacer social²⁰; norma prohibitiva y regla permisiva, conformantes del ordenamiento jurídico, se aúnan, cumpliendo cada cual su función de acuerdo con su propia naturaleza, para la protección y defensa a los bienes jurídicos. Por ello es por lo que la legítima defensa, regla permisiva, recoge en su fundamento finalidades que coinciden: la del ordenamiento jurídico al proteger y defender sus bienes jurídicos, y la de los particulares al proteger y defender sus bienes jurídicos injustamente agredidos. Pero, donde se ahondan las diferencias con la posición prevalente es en la exclusión de los bienes jurídicos colectivos, lo que nos parece inexplicable, porque tanto los bienes jurídicos individuales como los colectivos son bienes jurídicos particulares, ¿Por qué excluirlos? Pensar así es negar a la legítima defensa como instrumento valioso para la conformación del sistema crítico de bienes jurídicos, cuyo pilar fundamental lo constituyen los bienes jurídicos colectivos. Consideramos que, en principio al menos, no es el fundamento el recurso adecuado para excluir *a priori* los bienes jurídicos colectivos de la legítima defensa. En el fondo, lo que los autores progresistas del derecho penal

¹⁸ LUZÓN PEÑA, ob. cit., págs. 47 y ss.

¹⁹ LUZÓN PEÑA, ob. cit., pág. 79. En igual sentido BUSTOS RAMÍREZ (ob. cit., págs. 232-6): “Solo es posible respecto de personas individualmente consideradas por tanto no es posible respecto del Estado en cuanto ente político o respecto de bienes de colectividades o comunidades (pueblo, nación, etc.)”. También FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 481.

²⁰ BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 80.

intentan es evitar la defensa de bienes jurídicos como el Estado, el ordenamiento jurídico, la seguridad pública, el pueblo, la nación, etc., tan caros a la democracia; pero el problema radica en que no solo ellos son bienes jurídicos colectivos o de comunidades. Se puede lograr una mejor selección de bienes jurídicos defendibles, colocando como primordiales esos criterios de participación democrática, de convivencia entre los particulares, cerrándoles el paso a aquellos y abriéndoselo a los bienes jurídicos colectivos necesarios para la transformación social.

La fundamentación predominante es contradictoria. Dice que el lado supraindividual es la defensa del orden jurídico, insistimos, regulador de bienes jurídicos individuales y colectivos, mientras que el lado individual consiste en la defensa del bien jurídico particular. Cabría entonces preguntar: ¿Dónde quedan los bienes jurídicos colectivos particulares, sobre los cuales Estado y particular confluyen en su defensa? Este lado no puede ser solamente individual; se expresa aquí un individualismo extremo, a tono con el momento histórico en que la legítima defensa surge, pero no a los nuevos requerimientos del derecho penal, al sistema participativo propuesto. Precisamente, una de las principales recomendaciones de la criminología crítica está dirigida a darles preponderancia a los bienes jurídicos de las clases subalternas. Esto es lo fundamental, sean individuales o colectivos, si no recortamos las perspectivas²¹. Pensar en forma contraria nos llevaría a perder homogeneidad en el discurso, pues en un campo (el criminológico) se aspira a lo que en otro (en el derecho penal) se niega. Además, si solamente nos quedáramos en los límites de la legislación actual, también los partidarios de la teoría prevalente serían restringidos. Ella consagra la protección a bienes jurídicos colectivos, aunque muy pocos e insuficientemente. ¿Cómo poder negar su defensa legítima? Piénsese en la salud colectiva; dentro del patrimonio, la tierra y tantos otros bienes de comunidades o colectividades.

Resulta todavía más inexplicable observar cómo muchos de los autores que descartan en la fundamentación a los bienes jurídicos colectivos, terminan hablando de la legítima defensa colectiva, entendiéndola como la defensa ejercida por sujetos plurales, extendiendo el instituto individual hacia aquellos, quitándole con ello sustento teorico-práctico a la legítima defensa colectiva al dejar por fuera lo primordial: los bienes jurídicos colectivos.

Opinamos que la doble fundamentación de la legítima defensa se concreta en la confluencia de finalidades queridas por el ordenamiento jurídico y por los particulares, dado que ambos persiguen similares finalidades: el ordenamiento jurídico proteger y defender bienes jurídicos de los particulares, y estos, proteger y defender de las agresiones injustas sus bienes jurídicos, sean estos individuales o colectivos.

²¹ ALESSANDRO BARATTA (ob. cit., pág. 215): “Un primer perfil concierne al ensanchamiento y reforzamiento de la tutela penal en campo de interés esencial para la vida de los individuos y de la comunidad: La salud, la seguridad en el trabajo, la integridad ecológica”... “Se trata al mismo tiempo, de asegurar una mayor representación procesal en favor de los intereses colectivos”.

II. Naturaleza de la legítima defensa

Las fundamentaciones tratadas anteriormente le asignan diversa naturaleza a la legítima defensa; así como nos manifestamos en desacuerdo con aquellas consideraciones, también lo hacemos con sus implicaciones. Intentaremos en este acápite definir la naturaleza de la institución conforme a la fundamentación de la que fuimos partidarios, no sin antes referirnos a algunas teorías necesarias para el logro de nuestro cometido.

I. LA TEORÍA KELSENIANA

Si partiéramos de la teoría pura del derecho, nuestro tema de estudio, la legítima defensa, quedaría adscrito a la norma jurídica, único objeto de conocimiento jurídico. Esta, como norma primaria, provocará o tratará de provocar el estado social deseado: "Sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada"²². Su meta es encauzar los comportamientos hacia una conducta determinada, amenazándolos con un mal en caso de realizar la conducta contraria²³. Anteriormente se había utilizado la expresión *inducir*, mientras que en otra traducción proveniente del alemán se utilizará la expresión *motivar*^{24*}. La amenaza del mal encauza, induce, motiva los comportamientos. Impónese el deber jurídico, la conducta que es la condición de la sanción se encuentra prohibida²⁵. La norma se enunciará como juicio hipotético, no como imperativo.

Descártase todo intento de utilizar la teoría de Kelsen en nuestro trabajo, porque se adscribe a la norma jurídica, a la proposición jurídica que coloca como condición una determinada conducta, contraria al estado social deseado y como consecuencia una sanción. En él lo esencial de la norma es la sanción; solo así cobra existencia, explicando la motivación en el acto coactivo. En la regla permisiva otra es la razón para la motivación, carente de amenaza coaccionadora (sanción), guiada por la valoración positiva, no contraria al estado social deseado sino, antes bien, expresión y querer de ese estado.

Con razón se ha dicho que esta teoría trae en sí un doble monismo, pues solo reconoce dentro del orden jurídico la actividad del Estado desconociendo la de los ciudadanos, y solo reconoce en este orden jurídico las normas de sanción²⁶.

²² HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Moisés Nilve, Buenos Aires, Edit. Eudeba, 1960, pág. 72.

²³ KELSEN, ob. cit., págs. 71-2.

²⁴ HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. de Jorge Tejerina, Buenos Aires, Edit. Losada, 1941, pág. 56.

* No es que KELSEN utilice expresiones distintas, sino que sus traductores emplearon términos diferentes.

²⁵ KELSEN, ob. cit., nota 22, pág. 76.

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, ob. cit., pág. 13; ARMIN KAUFMANN, *Teoría de las normas*, Buenos Aires, Edic. Depalma, 1977, pág. 169.

2. LA TEORÍA DE ANTOLISEI

2.1 *La norma*.—Para este autor la característica general de la norma es la imperatividad, su obligatoriedad. El derecho penal constituye un conjunto de imperativos, de preceptos dirigidos a los súbditos cuya función esencial es regular la conducta de estos prohibiendo o prescribiendo; los imperativos crean el deber de comportarse en determinada forma²⁷. La norma cumple una función valorativa, califica contrarias a los fines del Estado ciertas conductas descritas en el precepto de la norma: "El legislador, efectivamente, prohíbe ciertas acciones u omisiones en cuanto las reputa dañosas o peligrosas para la comunidad social"²⁸. Las prohibiciones están establecidas normalmente no en forma explícita, sino implícita; la norma no dice "no matar", sino "el que mate tendrá tal sanción": "La situación de hecho descrita en la norma se llama comúnmente tipo legal"²⁹. La amenaza de un mal caracterizará la sanción, la pena. Se sustenta en la *teoría de la coacción psicológica* (FEUERBACH) y en la de la *contospinta* (ROMAGNOSI).

Obsérvese que para ANTOLISEI el derecho penal es un conjunto de normas, enunciadas en forma de imperativos, mientras que para KELSEN también el derecho penal será un conjunto de normas, pero enunciadas como juicios hipotéticos³⁰.

La motivación también se sustenta en la coacción como en aquel; la norma cumple una función valorativa, prohíbe implícitamente las conductas atentatorias contra los fines del Estado, bajo la amenaza de la coacción.

2.2 *Las clases de normas*.—Según el autor cuyo pensamiento analizamos, se podrían clasificar así: "Las normas propiamente dichas, esto es, dotadas de precepto y sanción se denominan normas incriminadoras en cuanto determinan el contenido de un delito, es decir, indican los extremos de una conducta prohibida por la ley y fijan su correspondiente sanción. Al lado de las tales normas existen otras que no contienen ni precepto, ni sanción, estando destinadas a limitar el alcance de otras o disciplinar su aplicabilidad. Las normas de esta clase se denominan generalmente normas integradoras o de segundo grado. Aunque no son autónomas poseen carácter imperativo del mismo modo que todas las normas jurídicas"³¹.

Las normas integradoras se encuentran en la parte general del Código, y pueden ser: directivas, declarativas o explicativas, interpretativas, de actuación, extensivas o limitativas, de reenvío, de conflicto.

La teoría de ANTOLISEI permite al menos vislumbrar una categoría, la de las normas integradoras, sobre la cual se pueden tratar las causales de justificación,

²⁷ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, Parte general, trad. de Juan del Rosal, Buenos Aires, Edit. Uteha, 1960, págs. 37-41.

²⁸ ANTOLISEI, ob. cit., págs. 38-9.

²⁹ Ídem.

³⁰ En este monismo la teoría de los imperativos coincide con la *Teoría pura del derecho* (KAUFMANN, ob. cit., pág. 348).

³¹ ANTOLISEI, ob. cit., pág. 40.

camino vedado por KELSEN. Podría ubicarse este planteamiento dentro de la teoría monista de la norma, en cuanto el derecho solo está compuesto por normas de carácter imperativo y las normas integradoras no tienen autonomía, son también imperativos dependientes de las normas incriminadoras.

3. LA ELABORACIÓN DE FERNÁNDEZ CARRASQUILLA

Este autor sigue la orientación de KELSEN y ANTOLISEI, o al menos se apoya en ellos, cuando se refiere a la fundamentación de las normas. Expresa que las normas primarias —terminología *kelseniana*— se dividen en incriminadoras y reguladoras o integradoras —clasificación de ANTOLISEI—. Estas últimas son casi todas las de la parte general, “cuyo contenido es puramente indicativo del sentido y el alcance de las normas incriminadoras”³². Deducimos que de estas hacen parte las causales de justificación. Agrega el maestro FERNÁNDEZ que no se trata de que un comportamiento ilícito deje de ser tal, de borrar la ilicitud del hecho, sino de recortar o derogar el alcance de la prohibición. Las cláusulas limitativas de la parte general restringen el alcance de todas y cada una de las prohibiciones de la parte especial, sin necesidad de estarlo repitiendo expresamente en los tipos prohibitivos; la conducta parece encajar en la prohibición, pero realmente está excluida de ella por un tipo de justificación, lo que ha conducido equivocadamente a pensar que primero recae sobre la conducta un juicio de antijuridicidad (indicio de antijuridicidad derivado de la tipicidad), destruido posteriormente por la ocurrencia del tipo permisivo. Debe entenderse que cada tipo de la parte especial prohíbe la conducta en él descrita, solo a condición de que el hecho realizado no se encuadre en un tipo de justificación; si la antijuridicidad pertenece al tipo objetivo de prohibición, las causales de justificación, en cuanto aspecto negativo suyo, lo excluyen, pues que el hecho no concuerda con la prohibición del tipo sino con la permisión de otro. En síntesis, la causal de justificación recorta por vía general el ámbito de la proyección típica, integra en realidad cada figura delictiva, la delimita negativamente³³.

³² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., pág. 61. En igual forma en la 2ª edición, vol. 1, págs. 67-69.

³³ *Ibidem* págs. 391, 475, 477. Esta delimitación negativa, en la 2ª edición de la obra la reduce el autor al plano puramente técnico pero no es partidario, como pudo haberse entendido en su primera edición, de que las causales de justificación se entiendan como características o elementos negativos del tipo, sino que estando antes del tipo, la conducta justificada no llega a ser típica: el hecho no es típicamente antijurídico (tipo de injusto), sino típicamente legítimo, tipo de justificación (págs. 321-324). Claro está que si es típica justificada en el plano puramente técnico será atípica de la prohibición, pero no porque la función de la regla permisiva sea recortar, limitar las normas prohibitivas, como cree ANTOLISEI, sino regular directamente de la relación social lo permitido, nivel anterior al de la prohibición que sella totalmente su autonomía ante las normas. Con palabras del propio FERNÁNDEZ: “La justificación de consiguiente no niega el tipo ni lo exceptúa: está antes de él y lo imposibilita, lo priva de fundamento” (pág. 321); precisamente por ello la concepción del autor repele la de ANTOLISEI y viceversa.

Muy a pesar de la simpatía que nos merece la teoría referenciada, nos permitimos hacerle algunas observaciones. Su fundamentación en KELSEN, que se basa en la norma como acto coactivo colocando como fundamental la coacción, la sanción, y desconociendo totalmente las reglas permisivas. No se podría partir de aquí para diseñar por ejemplo una teoría de la legítima defensa, regla permisiva. Pero también su apoyo en ANTOLISEI, que si bien, a diferencia de KELSEN, ofrece la categoría de las normas reguladoras, lo hace quitándoles autonomía, haciéndolas depender totalmente de las normas incriminadoras, colocándoles como única función “limitar, restringir, recortar, derogar” aquellas funciones de mera técnica.

No nos parece adecuado acudir como salida a las limitaciones de las anteriores teorías, al remedio de fundirlas. Las críticas recibidas por cada una no desaparecen al mezclarse, se aumentan y, en muchos casos, como el aspecto tratado anteriormente, se tornan excluyentes. Tampoco creemos que la caracterización de ANTOLISEI para las causales de justificación, como simples causas objetivas de exclusión del delito, le sirva para mucho a quien no solo es partidario de esto, sino que además las causales de justificación excluyen tipicidad, contrario a lo que piensa la teoría de la tipicidad indiciaria, exclusión de delito mas no de tipo. Nos parece más congruente con las tesis sostenidas por el maestro una fundamentación en BINDING y no en los autores referidos.

Obsérvese que no se hace ninguna referencia a la incidencia valorativa en el proceso de selección normativo-permisivo para definir cuáles conductas están prohibidas y cuáles no, a qué obedece esa selección de valoraciones, por qué incluidas o excluidas del ordenamiento jurídico. En síntesis, la vía que abre la crítica del derecho penal en el proceso de definición normativo-permisivo, en el autor, no incide en el nivel autónomo permisivo en favor de extensos sectores de la sociedad que exigen una mejor regulación y defensa de los bienes jurídicos, todo eso se arregla convirtiendo esta relación en una mera técnica de la legislación penal, perdiendo de vista los reales fenómenos sociales que encubren estas irrefutables definiciones doctrinales.

Cuanto hemos dicho no desconoce uno de los principales logros de esta teoría: las causales de justificación vuelven atípica la conducta —posición inicial de BINDING—, solo que previamente habrá que resolver los interrogantes planteados para hallar una mejor utilidad social a esta diversidad conceptual.

4. BINDING, KAUFMANN

4.1 *La norma.*—La teoría de las normas de BINDING no es exclusivamente para el derecho penal, aunque en esta rama del derecho encuentre aplicación, lo que no puede poner en duda su positivismo³⁴. Este autor denomina normas a las “órdenes obligatorias con contenido jurídico”, son proposiciones jurídicas obligatorias bajo la forma de *prohibición* o *mandato*, sin referencia alguna a las conse-

³⁴ KAUFMANN, ob. cit., pág. 372.

cuencias jurídicas, que fundamentan *deberes* eminentemente personales³⁵. De esta definición se colige la diferencia fundamental con KELSEN, señalada por WELZEL. “El deber que haya de surgir de la coacción es una contradicción, la coacción coacciona pero no obliga”. KAUFMANN agrega que KELSEN remite la validez de la norma a algo que está después de ella: la sanción³⁶.

4.1.1 *El juicio de valor que antecede a la norma.* A la norma la antecede un juicio de valor, calificado como presupuesto conceptual y único motivo; es un juicio acerca de la inadmisibilidad o admisibilidad jurídica de determinadas acciones u omisiones. En este aspecto también BINDING difiere de KELSEN, para quien la fundamentación normativa está en que haya sido sancionada y no en la remisión al juicio de valor³⁷. KAUFMANN, refiriéndose a esta valoración, establecerá tres órdenes posibles: la primera valoración es siempre positiva, es la situación jurídicamente aceptada, la que crea los bienes jurídicos. Como segundo orden de valoración colocará los del acontecer, es decir, los que afectan la situación jurídica valorada positivamente, que serán valorados negativamente, y los que impiden o compensan esa perturbación a la situación jurídica aceptada, es decir, valoradas positivamente. En el tercero ubicará como objeto del juicio del valor la obra humana, el valor o desvalor del acto. Solo este último orden entra en consideración como objeto posible de la norma, de la prohibición, o del mandato³⁸. Siéntanse así las bases para la identificación entre objeto de valoración y objeto de la norma, la acción final.

4.1.2 *El deber que impone la norma, la motivación.* La norma en abstracto impone deberes en forma intemporal y la concreción de esa norma impone un deber individualmente considerado, a los sujetos obligados por ella. “El capaz de acción tiene el deber, ya sea de realizar un acto concreto, deber de acción, ya sea de omitirlo, deber de omitir”³⁹; el primero emana del mandato, el segundo de la prohibición. Contraría ese deber quien no cumple el mandato o realiza la acción prohibida, el delincuente no actúa en contra de la ley penal, sino conforme a su primera parte.

El valor está impuesto como meta, como deber: tender al valor, evitar el desvalor. El conocimiento de la prohibición o del mandato puede *motivar* a la persona a no actuar en esa forma o a actuar según el deber específico. La prohibición en cuanto motivo no se concreta en la acción prohibida, sino antes de ella, en la influencia que ejerce sobre la persona obligada en el momento de su actuación, en la toma de decisiones. La sola *posibilidad* de ser motivado, aunque realmente no lo sea, es suficiente. Ese será el objetivo de la norma, *motivar*, y esto se alcanza cuando el agente cumple el deber. Profundízase así la diferencia con KELSEN, para

³⁵ Ídem, págs. 50 a 64.

³⁶ Ídem, pág. 70.

³⁷ Ídem, págs. 110-111.

³⁸ Ídem, págs. 90, 93, 147.

³⁹ Ídem, pág. 213.

quien el deber está impuesto coactivamente: “Presupuesto al deber es la libre decisión voluntaria del hombre que lo constituye en sujeto responsable”⁴⁰.

4.2 *Las proposiciones jurídicas.*—BINDING, a diferencia de los imperativistas y kelsenianos, que conciben todas las proposiciones jurídicas como normas, entendió que estas no eran las únicas proposiciones jurídicas. También los juicios de valor de diferente grado, no solo los que comparten el mismo objeto de la norma, pueden constituir proposiciones jurídicas, ya que en ellos se encuentra el juicio de valor de lo que debe ser asegurado o producido: *el bien jurídico*.

“El fundamento de todos los juicios de valor y con ello también el fundamento de la norma es, en última instancia, aquel conjunto de juicios de valor que constituyen «la situación jurídicamente aprobada», el «orden social». Y agregará: las proposiciones jurídicas permisivas son todo un compendio de normas: son «contra-normas». Así se demuestra una vez más que el pensamiento de BINDING es correcto en sus rasgos fundamentales. Ni las normas son las únicas proposiciones jurídicas, ni todas las proposiciones jurídicas son normas”⁴¹. Existen valoraciones positivas previas a la norma, es decir, proposiciones jurídicas independientes en su génesis de la norma; más aún, que le dan fundamento a la norma.

4.3 *Norma y proposiciones permisivas.*—“Todas las normas se presentan como normas con excepciones (supresiones, autorizaciones y deberes jurídicos) de realizar determinada acción”⁴². Esta relación norma-excepción no siempre ha sido vista de la misma manera por BINDING. Inicialmente consideró que la excepción “selecciona un grupo de acciones del concepto de acción de la norma”, reduciendo su ámbito de validez, al transformarla de una norma incondicionada: ¡No debes matar!, en una condicionada: ¡No debes matar, a menos que se den tales o cuales circunstancias que te autoricen o te obliguen a matar!⁴³. Complementa lo anterior diciendo: “todas las causales existentes para hacer desaparecer la antijuridicidad vuelven imposible el juicio que afirma que estamos en este caso frente a un tipo penal objetivo de delito”. Refiriéndose al homicidio dirá: “no está ni permitido ni no permitido, está regularmente prohibido, es decir, en la medida que caiga bajo la norma; tan pronto como cae bajo la excepción no lo está”⁴⁴. Con razón estos criterios se han ubicado en la teoría de los elementos negativos del tipo penal, las causales de justificación no solo eliminan la antijuridicidad del comportamiento, sino también la tipicidad. El propio BINDING la rechazó, calificándola como “uno de los monstruos dogmáticos más extraños”. KAUFMANN, partiendo de un análisis a la limitación negativa de las normas, que abarca la materia de prohibición —ob-

⁴⁰ Ídem, pág. 215.

⁴¹ Según KAUFMANN (ob. cit., págs. 361-363), “El ordenamiento jurídico no se compone solo de normas sino también de preceptos permisivos (‘autorizaciones’)”. También HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal*, versión de José Cerezo Mir, Barcelona, Edic. Ariel, 1964, pág. 47.

⁴² BINDING citado por KAUFMANN, ob. cit., pág. 319.

⁴³ Ídem.

⁴⁴ Ídem, pág. 30.

jeto de la acción—, dolo y sujetos de la prohibición, concluye que ello no es posible en forma satisfactoria, inclinándose a la posición de BINDING para completar las normas mediante proposiciones permisivas, la tipificación de lo ilícito mediante causales de justificación⁴⁵. El mismo autor confronta la transformación de norma condicionada en incondicionada: “toda acción o bien está prohibida o no lo está. Una acción bajo determinados presupuestos es precisamente una acción diferente de aquella en la cual faltan estos presupuestos”⁴⁶.

Posteriormente BINDING cambió de argumentación: la excepción “vuelve inseguro” el ámbito de validez de la norma. “Al lado del matar prohibido aparece el permitido. A partir de este momento, el matar «en sí» no está ni permitido ni prohibido sino que regularmente, es decir, en la media que cae bajo la norma, está prohibido, tan pronto como se halla bajo la excepción no lo está”⁴⁷. Obsérvese que la cita anterior carece de la primera parte, en la que hacía referencia a la exclusión del tipo subjetivo, concepción inicial de BINDING*.

KAUFMANN avala esta segunda posición de BINDING. No se trata de limitar negativamente la norma, sino de complementarla mediante proposiciones jurídicas permisivas, de *tipificar lo ilícito* mediante causales de justificación. Siguiendo a WELZEL, concluye que las causales de justificación se enfrentan al tipo penal en el campo de lo ilícito y no son elementos negativos de aquel. Para WELZEL, la comprobación de la tipicidad selecciona las conductas relevantes para el derecho penal. Tienen que ser necesariamente jurídicas o antijurídicas, pero como el tipo es la descripción de la materia de prohibición, su realización es “indicio de antijuridicidad”⁴⁸.

Si la prohibición se entiende como norma abstracta y la permisión como regla abstracta, pueden superponerse, “no se rozan”: “El homicidio es descrito por la ley recurriendo a características diferentes de la acción de defensa del § 53 del C. P.”⁴⁹. En el acto concreto, individual, de matar, pueden presentarse simultáneamente las características del homicidio (prohibición) como de la defensa (permisión). Esa contradicción es aparente en lo abstracto; se contradicen al aplicar el ordenamiento jurídico a la conducta concreta. Si en ella existe el deber de omisión, el acto es prohibido, si no existe es permitido; la permisión se opone a la concreción del deber. “Su interferencia impide que la norma general (abstracta) se convierta en deber jurídico concreto para el autor”⁵⁰.

⁴⁵ KAUFMANN, ob. cit., pág. 331.

⁴⁶ Ídem, pág. 124.

⁴⁷ BINDING citado por KAUFMANN, ob. cit., pág. 320.

* En Colombia distinguidos doctrinantes cuestionan a BINDING, prestándole sus propios argumentos iniciales, la teoría de los elementos negativos del tipo penal, sin clarificar por qué acuden a su fundamentación inicial.

⁴⁸ WELZEL, ob. cit., pág. 50.

⁴⁹ KAUFMANN, ob. cit., pág. 93.

⁵⁰ WELZEL, ob. cit., pág. 47.

“Con respecto a la existencia, el juicio valorativo que subyace en la norma tiene prioridad lógica (no temporal) frente a la justificación. Solo cuando está dada «en sí» la antijuridicidad (el desvalor de la acción), es decir, está «indicado» por la «tipicidad» puede intervenir el juicio de justificación; en caso contrario carece de objeto. Fuera del ámbito de las prohibiciones está «permitido» toda defensa, sin que importe su necesidad. Solo un acto de defensa que satisfaga las características de la materia de prohibición es objeto de justificación. De aquí se sigue que la falta de justificación no puede ser presupuesto de la tipicidad. En cambio con respecto al efecto se añade la primacía del juicio de justificación, la valoración «justificada» vuelve ineficaz el juicio de valor que subyace, por ejemplo, a la norma sobre el homicidio, en lo que respecta a sus efectos en el caso concreto; no se lleva a cabo entonces ninguna atribución de desvalor. El juicio de justificación tiene precedencia en tanto «juicio de colisión», «en la necesidad se expresa un juicio de valor»; en su «no existencia» una confirmación del carácter de desvalor. Tales atributos valorativos no pueden ser elementos del tipo penal. Son más bien atributos de un acto adecuado al tipo de la excepción y de la prohibición”⁵¹. La proposición permisiva (abstracta) al concretarse se convierte en permisión.

4.4 *Observaciones críticas.*—* Establecer como inicial nivel de valoración la situación jurídica aceptada, el orden social, implica diferenciar el mundo del ser: los intereses sociales heterogéneos y contrapuestos, la expresión actual de nuestro ordenamiento jurídico, las limitaciones de la motivación en las reglas jurídicas, del deber ser: de lo que aspiramos a conformar. No hacer esta distinción convierte la teoría en puro manejo ideológico.

* El esquema de la tipicidad indiciaria, esto es completar la norma con la permisión y trasladar al campo de lo ilícito la confrontación antijuridicidad-causales de justificación, como aspecto negativo suyo, parte de una premisa: el objeto de la permisión es derivado de la prohibición. Nos parece que siguiendo los niveles valorativos anotados, se puede llegar a otra conclusión.

* El dejar abierta la posibilidad de ampliar las cargas de la tipicidad a otras ramas del derecho, como por ejemplo la procesal, se hace cada vez más peligroso.

* No contesta interrogantes obvios: ¿cómo se explica que una conducta esté prohibida y permitida a la vez, o que primero se prohíba y luego se permita? ¿Cómo se explica la doble adecuación al tipo-justificación, si contienen valoraciones diferentes y excluyentes? ¿Cómo incide la valoración del objeto en la selección de conductas prohibidas? ¿Será que se trata de valoraciones neutras en lo político y social descritas por el tipo?

5. NUESTRO CRITERIO

5.1 Somos partidarios de una teoría dualista de las proposiciones jurídicas, que les conceda autonomía a las reglas permisivas y que permita diferenciarlas claramente de las normas, sin negar su relación.

⁵¹ KAUFMANN, ob. cit., pág. 341.

5.2 *Regla jurídica y valor.*—Los juicios de valor anteceden tanto a la norma como a la permisión, presupuesto conceptual y único motivo de las reglas jurídicas. La primera valoración es siempre positiva, el conjunto de valores que integran el orden social, donde se crean los bienes jurídicos. En el deber ser, los intereses heterogéneos y algunos contradictorios, solo pueden establecer una situación social aceptada, basada en el conflicto, en la abierta participación democrática. El ordenamiento jurídico correspondiente a este tipo de sociedad tendrá que regular bienes jurídicos acordes con el carácter conflictual de la estructura que le dio origen, sometido a constante revisión y crítica. La motivación sobre la cual funcionan estas reglas jurídicas, se cimenta en la realización de los coasociados al intervenir en los destinos de una sociedad que admite la participación amplia y el derecho a ser diferente, es decir, que construye su propio orden económico, político, social y jurídico. De la valoración positiva conforme a la situación social aceptada surgirá la permisión y el mandato, y de la negativa, contraria a esa situación, surgirá la prohibición, como desvalor de ciertos comportamientos. La responsabilidad penal exigida a quienes se entregan todos los medios de participación y crítica, culminará en la imposición de medidas, ajenas a la privación de libertad, que contribuyan a superar los obstáculos por los que pasa el individuo en su vida participativa. Todo ello en la perspectiva de eliminar el derecho penal y sus consecuencias.

El problema se torna más complejo cuando en el ser⁵², en el mundo del derecho tal como es, en nuestras sociedades de democracia restringida, el poder de definición selecciona conductas prohibidas o permitidas, diseña bienes jurídicos, estableciendo como situación jurídica aceptada la proveniente de valoraciones hegemónicas, de intereses económico sociales hegemónicos, prevalentes, o expresión ideológica de valores diferentes de los propios. Los intereses jurídicos de mayor importancia para la colectividad quedan en el enunciado sin normas que los protejan, o protegidos insuficientemente. Son las actividades al alcance de los grupos subordinados las que con mayor frecuencia están descritas en los tipos penales. En la selección excluyente de conductas estarán aquellas que no se describen porque afectan intereses de clase hegemónicas, o que se describen en forma tal que resulta imposible aplicarlas⁵³. Las valoraciones positiva (permisión) y negativa (prohibición), emanadas de la situación social, en la que determinados intereses sociales se hegemonizan, expresarán la sustentación de sistemas democrático-restringidos o antidemocráticos, de defensa del sistema predominante, negatorio del conjunto de valoraciones sociales distinto de los hegemónicos, o, cuando más, regulados insuficientemente, es decir, la valoración impregnada de lo político-ideológico. El deber que así surge, la motivación que guía la regla jurídica, tiene su sustento

⁵² EMILIO GARCÍA MÉNDEZ: "La crítica del derecho, a mi juicio, debe trabajar en el plano del ser del derecho, tratando de descubrir sus funciones reales en un contexto determinado", en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. VIII, núms. 27-28, Bogotá, Librería del Profesional, 1985-86, pág. 373.

⁵³ EMIRÓ SANDOVAL HUERTAS, "El sistema penal colombiano desde la perspectiva de la Criminología Crítica", en *Criminología Crítica*, I Seminario, Medellín, Universidad de Medellín, 1984, págs. 141 y ss.

en la real situación material, y la libertad de actuar se reduce a su máximo, a respetar valores ajenos bajo la amenaza del castigo. Solo la incidencia en el control social de la política criminal en favor de las clases subalternas por la consecución de una democracia participativa, amplia, podrá otorgarle dinámica a la relación regla jurídica-progreso social, es decir, por el logro del deber ser.

Lo que inmediatamente nos preguntamos es: si así como la criminalización-descriminalización de las normas penales (prohibiciones), hacia el mínimo de derecho penal, favoreciendo a las clases subalternas en la tutela de sus reales bienes jurídicos, hace parte de una política criminal en el esquema crítico, ¿no podrá acontecer algo similar con las reglas permisivas, que puedan cumplir un papel especial y dinámico correspondiente a su autonomía, no dependiente de las prohibiciones; un mejor uso de la regla permisiva, facultativa, hacia la defensa de reales bienes jurídicos de las clases subalternas, fundamentalmente colectivos?

5.3 *Norma y permisión.*—Hasta nuestros días, los sistemas o técnicas de relación entre ambas han contribuido a ocultar la verdadera significación de sus definiciones y aplicaciones. Podría pensarse en conservar los sistemas utilizados, el de la tipicidad indiciaria por ejemplo, y darle un vuelco en la práctica. Ello es posible y se está realizando. Nosotros preferimos cuestionarlo y plantear otra alternativa, sin olvidar que cualquiera de estas iniciativas quedaría inservible, de no hacer parte de una política más general de transformación social.

Es indudable que tanto la norma como la permisión se ocupan de la acción humana, pero en el mundo del derecho ello no basta. No es la misma acción, jurídicamente hablando, la que se considera indiferente o relevante para el derecho penal, la prohibida de la permitida. Es el poder de definición el que agrega, conforme a ese orden social, económico y político, ciertos aditamentos, característicos al objeto común, diferenciando mediante procesos de selección las conductas prohibidas de las permitidas, especialmente por la valoración que establece para cada una de ellas. La valoración positiva que contiene la permisión y la negativa que contiene la prohibición, posibilitan establecer mecanismos distintos de relación y autonomía entre ambas. No es el objeto de la permisión la conducta prohibida, es la conducta permitida, deseada, valorada positivamente por el ordenamiento jurídico.

La permisión surge y se aplica sin acudir a la norma, estableciendo prioridad en su observancia, por lo menos permitiendo examinar en forma simultánea, cuál de ellas subsume la conducta. Siempre que esté presente una causal de justificación, no evidente, se privilegiará probar su improcedencia, desvirtuándola con pruebas suficientes que así lo ameriten, como requisito previo para poder decidir sobre las implicaciones normativas que afecten la libertad del ciudadano, interpretando la presunción de inocencia. Si fuere evidente, ante clara conducta atípica, ni siquiera deberá abrirse investigación.

Nos parece posible ampliar la cobertura de las causales de justificación, en particular de la legítima defensa, hacia sectores excluidos de sus beneficios, revitalizar su estructura aplicándola a las situaciones de mayor significado social que, aunque no se acostumbre tratarlas como tales, sino como actuaciones transgresoras

del derecho penal, ameritan ser protegidas por él; considerarle valoración positiva no dependiente de la norma, sino directamente de la situación social dada, de las diferentes colectividades en que se practica, en la relación social de los reales bienes jurídicos —Constitución Nacional, ordenamiento jurídico, significación social—. A una lenta transformación de los tipos penales, social-progresiva, bien puede antecederle una dinámica en la utilización de las justificantes. Así los flancos para la mejor regulación a los bienes jurídicos serán dos, se amplían los niveles de defensa, no solo la criminalización-descriminalización en los tipos penales, sino también el mejor uso de la permisión, cuestionando la limitada y amañada valoración positiva en ella contenida, pero haciendo posible ampliar su utilidad social.

6. NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Caracterizamos la legítima defensa, causal de justificación, regla jurídica permisiva-facultativa. El ordenamiento jurídico valora positivamente la acción descrita, la espera, pero no la impone como obligación. Podrán los coasociados hacer uso de esta facultad, sin que medie la obligación, la coacción, el deber. Cosa distinta acontece en la norma, con el deber de omitir la acción prohibida y el deber de realizar la acción querida, o, en la misma permisión, con el ejercicio del deber. Sin embargo, esta facultad coloca el valor como motivo: La defensa del bien jurídico. Pero si alguien se abstiene de hacer el uso facultativo no se le puede exigir ningún deber. La conducta así descrita es relevante para el derecho penal, por sí misma, no por el tipo penal, querida y valorada positivamente por la sociedad.

Así entendida la caracterización de la justificante, no puede quedar duda de las diferencias con las teorías expuestas, cuyo punto de partida consiste en considerarle: aspecto negativo del tipo penal, o, como también se dice, complemento mediante el cual se diseña la prohibición, o de exclusión de la antijuridicidad conservando la tipicidad.

III. Algunas reflexiones sobre la legítima defensa en Colombia

Quizás lo expuesto en los acápites anteriores ha podido producir la imagen de que solo se trata de una especulación puramente teórica, otra más, sin ninguna aplicación a nuestra realidad sociopolítica; es el riesgo que se corre cuando se intenta matizar a las teorías predominantes, en el caso de la legítima defensa, intentando a la vez resaltar el sentido práctico de tales concepciones. Solo que el problema es de niveles: pronunciándonos sobre el primero nos será posible insinuar algunas consideraciones sobre el segundo, el nivel aplicativo.

Hasta el momento la aplicación de la legítima defensa se ha quedado en las relaciones individuales exclusivamente, en homicidios y lesiones primordialmente, bien jurídico de la vida e integridad personal, entendidos de manera individual, secuela de la fundamentación individualista que excluye los bienes jurídicos colectivos; además, porque la naturaleza del instituto se ha orientado a defender los bienes

jurídicos en forma limitada, dependiente de la norma, del poder de definición y de lo que por costumbre y desdén indica el poder de aplicación, sin pasar a una concepción crítica en la revisión y mejor regulación de los bienes jurídicos. Así, muchísimas situaciones sociopolíticas, en vez de ser protegidas por el derecho penal han pasado a ser excluidas de las permisiones, duramente reprimidas; muy por el contrario, nos parece que los intentos realizados por lograr una mejor regulación y defensa de los bienes jurídicos colectivos, hacen parte de una incipiente pero cada vez más desarrollada tendencia a transformar las reglas internas de la democracia, en una democracia participativa que debe ser protegida por el derecho penal. Ejemplo de las situaciones sociopolíticas a las que nos estamos refiriendo abundarían en Colombia. Piénsese en el bien jurídico de la *vida*, pero no ya como la supresión de la existencia de una persona aislada, sino como la agresión actual o inminente-permanente hacia masivos sectores de la sociedad, ya sea política. “Durante 1986, cada día fue retenido y desaparecido un dirigente popular, sindical o militante de izquierda. Los asesinatos políticos llegaron a la cifra de 3.500 en cuatro años”⁵⁴; o hacia otros sectores sociales (cuyas cifras se nos escapan); el *Paro Cívico* de Barrancabermeja (mayo 5) es un claro exponente de estas formas de legítima defensa colectiva. Lo mismo podemos decir del movimiento de Chibolo (Magdalena) de 23 de mayo de 1987.

Pensemos en otro bien jurídico colectivo, el de la *salud colectiva*, que lleva insito el de la prestación de ciertos servicios públicos por el Estado (Const. Nal., arts. 32, 182), tales los de acueducto, alcantarillado, recolección de basuras, etc., pero que aquel no presta a la mayoría de los sectores desfavorecidos, vulnerando permanentemente los citados bienes jurídicos y consecuentemente el de la vida; nos sirve de ejemplo, entre tantos otros, la ciudad de Barranquilla, considerada en Latinoamérica como la ciudad donde mayor número de niños mueren por gastroenteritis, acerca de lo cual el epidemiólogo CHRISTOPHER DRASBECK, de la Organización Panamericana de la Salud, refiriéndose a las causas de la mortalidad infantil reseñada, ha puesto de manifiesto que, en una ciudad de 1 millón de habitantes, 400 mil carecen de agua⁵⁵. Agregamos que el agua que se consume en los barrios pobres de aquella ciudad es transportada en carrotaques o extraída de pozos que no observan los mínimos requisitos de salubridad, con los resultados conocidos. ¿Podrá quedar alguna duda de la legítima defensa a estos bienes jurídicos colectivos cuando los pobladores de barrios y municipios del Atlántico se lanzan al paro cívico? El caso más reciente es el de Malambo (4 de mayo), donde se bloquearon vías y hubo enfrentamientos con la fuerza pública, con resultado de varios heridos; no existe ninguna diferencia con lo que acontece en el resto del país: Tunja, Barranca,

⁵⁴ ARMANDO NOVOA, “Dos propuestas democráticas”, en *Revista Debate*, núm. 6, febrero - marzo, 1987, pág. 29.

⁵⁵ CHRISTOPHER DRASBECK, citado por JOSÉ GRANADOS, “Barranquilla la de mayor mortalidad por gastro”, en el periódico *El Heraldo*, mayo 6 de 1987.

Valle, Chocó y pare de contar. "90.000 niños menores de cinco años mueren anualmente por insalubridad"⁵⁶.

En otras ocasiones la exigencia de la prestación del servicio público, como el de alumbrado, se realiza por otros medios. En Barranquilla, por ejemplo, en los barrios populares que carecen en su mayoría de este servicio, los "PERICOS" son la forma de obtenerlo, una vez que todos los mecanismos tradicionales se han agotado: solicitudes respetuosas, favores políticos, etc. En "Las Malvinas", y tantos otros barrios, mediante conexiones "fraudulentas" que en ocasiones han dejado sin vida (electrocutados) a quienes las realizan, se logra obtener el bien jurídico colectivo, conculcado por el propio Estado. No es otra la situación en el resto del país. Destaquemos, por lo reciente e importante, el paro de los taxistas en Barranquilla —marzo 4/87—, donde más de 2.000 carros bloquearon el centro de la ciudad exigiendo lo que ya antes habían pedido mediante "solicitudes" de gabinete a las autoridades encargadas: regulación de un salario equitativo a los choferes; protección del gremio ante competencias extrañas de carros no afiliados y particulares; cubrimiento de la responsabilidad civil en accidentes de tránsito por la empresa a la que están afiliados; participación en la propiedad de tales empresas y en los dividendos, de los propietarios de vehículos; cese a las batidas.

Contrario a lo que piensan algunos editorialistas y articulistas de nuestros diarios⁵⁷, estas manifestaciones sociopolíticas, entre ellas los *paros*, no son negativos de la democracia, sino su expresión y sustento, el bregar por constituir una mejor regulación y defensa a los bienes jurídicos colectivos, dentro de una democracia participativa, no restringida. ¿Podría pensarse que mientras las lesiones personales ocasionadas por la fuerza pública a los manifestantes son permitidas por el derecho penal como cumplimiento de orden de autoridad o ejercicio del deber, las que causan aquellos a la fuerza pública sí constituyen delitos? ¿Podrá pensarse que los "PERICOS" no son más que *hurtos*? ¿Que las manifestaciones de los taxistas atentan contra el orden público al bloquear las vías, y que además son infractores a las normas de tránsito, ante lo cual la autoridad debe imponer drásticas sanciones y no faltará quien proponga nuevas y más intimidatorias regulaciones?

A nuestra manera de ver, todas estas situaciones enunciadas son apenas una muestra de las distintas formas como se expresa la legítima defensa de los bienes jurídicos colectivos en Colombia, amparados por el numeral 4 del artículo 29 del Código Penal colombiano. Antes que delitos, están permitidos por la causal de justificación de la legítima defensa, regla permisiva facultativa. En posteriores oportunidades nos ocuparemos en detalle de estas situaciones. Hoy, lo que aquí se intenta es insinuar el amplísimo campo de acción de la defensa legítima de bienes jurídicos colectivos.

⁵⁶ GONZALO JIMENEZ, "Política económica de Barco", en *Revista Debate*, núm. 6, febrero-marzo 1987, pág. 18.

⁵⁷ ABDÓN ESPINOSA VALDERRAMA, "Espuma de los acontecimientos: Del paro a la democracia local", en el periódico *El Tiempo*, abril 30 de 1987; CARLOS LLERAS RESTREPO, "El Estado no debe actuar bajo presión de paros", en *El Heraldo*, abril 27 de 1987.

LA ABOLICIÓN DEL JURADO DE CONCIENCIA: UNA MEDIDA EJEMPLARMENTE INHUMANA

Por GUILLERMO CRUZ*

"Vivimos en una época de confusión y bajeza espiritual, en la cual nos enfrentamos a esta crisis total de la raza, la más profunda de todos los tiempos". (E. SÁBATO).

"Vivimos en un sistema organizado para borrar los rostros, desintegrarnos las almas, vaciarnos la memoria". (E. GALEANO).

Doctor LONDOÑO JIMÉNEZ, doctor EDUARDO MONTEALEGRE, señores magistrados, compañeros juzgadores y del ministerio público, colegas de profesión, estudiantes y demás personas que colman este refugio espiritual:

Muchas gracias por su generosidad. Uno no encuentra, a lo largo de la vida, muchas ocasiones para sentirse feliz. Para mí esta oportunidad constituye una de esas esquivas ocasiones. Ojalá su recuerdo me acompañe en el incierto y no halagador tramo de la vida que me queda por transitar.

No creo faltar a la sinceridad si digo que quizás a ningún otro lugar hubiera viajado con tanto contento. Porque ustedes, pueblo musical y poético, son vecinos permanentes de mi sensibilidad, de suyo tan extrema. Por eso, por ser ustedes quienes son, me voy a atrever a hablar de una manera que puede parecer extraña, insólita, si tenemos en cuenta que la materia de examen de este evento, es una reforma al procedimiento penal colombiano.

Si se me permite la expresión, no voy a hablar de puro Derecho, sino de Derecho puro, queriendo significar con esto algo así como el abordaje del *hombre* entendido como una *totalidad*. Si esta es una manera rara de sentir y pensar, les pido desde ahora me dispensen, mas repito que no creo encontrar mucha apatía en estas almas especiales a quienes pretendo llegar.

Pero es que precisamente se nos amenaza con la abolición del jurado de conciencia, "una medida ejemplarmente *inhumana*", como he titulado estas dolidas páginas.

Esa abolición, guardando las proporciones, marcha fundamentalmente en el mismo sentido de la cadena perpetua y de la pena de muerte, propuestas nada menos que por dos organismos cúspides de la aplicación de la ley (excúsenme que no diga, de la administración de justicia). En manera alguna estas tres propuestas constituyen un avance, sino todo lo contrario, un tremendo y delirante salto hacia atrás, chorreante de sangre y de dolor.

* Magistrado auxiliar de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Palabras pronunciadas en la ciudad de Pasto el 12 de junio de 1986, con ocasión del Seminario sobre la Reforma al Código de Procedimiento Penal, organizado por ASONAL y la Universidad de Nariño.

Debo advertir, desde ya, mi hondo respeto por los autores del proyecto de Código, a la mayoría de los cuales tengo el honor de conocer (es un regalo para mí tener hoy la presencia física del doctor LONDOÑO JIMÉNEZ; su presencia espiritual me ha acompañado durante muchos años), y en particular hacia uno de ellos me mueve el más vivo aprecio y la más grande admiración. Pero creo que la crítica es beneficiosa. La crítica entendida no como mera "oposición", como simple ataque a las razones del otro, sin que se proponga nada nuevo y constructivo, como —recuerda E. ZULETA— pretender combatir la propiedad con el hurto, o la religión con la blasfemia. Mas no; cuando se la formula honradamente, la crítica enriquece. No hay nada más nocivo y estéril que la aprobación total, ciega, las más de las veces hipócrita. Es sabido que las cosas nuevas, la creación verdadera solo nace de la crisis. De ahí que las relaciones intelectuales, como también las de la amistad y del amor (todas ellas son, en última instancia, relaciones de conocimiento), deban ser, por definición, conflictuales, combativas (desde ya me adelanto para decir que el debate que se lleva en la audiencia con jurado de conciencia es paradigma de un tal arribo al conocimiento). Además, es una manera de refrendar la libertad del otro, idea expresada con insuperable claridad y belleza por MARGARITA YOURCENAR —octogenaria y bella, como todas las octogenarias—; en estas sociedades ser mujer y llegar a esa edad es ya una proeza—: "renuncio a hacer de tí un objeto, así sea el objeto amado".

Por eso reuniones como esta tienen que dar inapreciables frutos.

Toda la discusión se centra, pues, en si estos hechos especiales (como el homicidio y los llamados delitos políticos) deben ser juzgados con la ley, o si, por el contrario, es la conciencia la que ha de cumplir esa función. Naturalmente, vengo a sostener que no es un deber sino una obligación dejar de lado la ley.

Juzgar con la conciencia quiere decir juzgar al hombre en su integridad intelectual y afectiva, como ser social que es. Además, parto de esta premisa: en su mayoría, por no decir que en su totalidad, las personas que llegan a ser reos de esta clase de delitos pertenecen a la clase marginada; y la locura, como el delito, les pisa los talones —y casi siempre los alcanza— desde su mismo nacimiento, desde su misma concepción. Es una delincuencia que el sistema crea, supone y exige. Y no es en modo alguno casual que la inmensa mayoría de procesados pertenezca a la clase marginada. Parece ser que solo sean delincuentes los de la clase "subalterna", según expresión de FRANCO BASSAGLIA, quien añade que todo hace ver que las "formas de delincuencia irrecuperable fueran atribuido de una sola clase". El delincuente "poderoso" no tiene problemas de recuperación, de reinserción, pues su misma clase le tiene reservado un espacio privado para ello, y su honorabilidad permanece intacta. El Estado no considera su acto como "peligroso", sino como un dato histórico-social, y el acto "del otro" como un hecho *natural* (se es pobre como se es canceroso, negro, o mujer; por eso alguien decía que el paradigma del ser despreciado, excluido, es una mujer negra), pues este procesado no tiene historia, la suya no es sino la apésta lista de sus privaciones, violencias, incomprensiones y desamores.

Así, a tenor con toda la ciencia actual, es deber admitir que no existe "naturaleza criminal" sino juegos de poder, y que la persona delinque en proporción al abuso que de ella se haga: no pueden, y no deben, aceptar el destino que esta sociedad les ha trazado.

El crimen, entonces, debe ubicarse no en el ser singular aislado, sino en la sociedad, en las relaciones de nosotros con los otros y con las cosas. Hace tiempo que, afortunadamente, se superó el criterio positivista de la "etiología" criminal de tipo individual. Ya HANS WELZEL, y lo cito por su innegable actualidad, al hablar de las estructuras lógico-objetivas como substrato de las normas jurídicas, afirmaba la estructura ontológica de la acción. Y la moderna teoría del delito intenta obtener el *conocimiento* del mínimo de presupuestos bajo los cuales una persona pueda ser responsabilizada de un determinado hecho, y destaca cómo solo en parte ese conocimiento viene del derecho penal, pues lo esencial proviene de otras ciencias. Así, hoy la doctrina coincide en que no existe problema dogmático que no exija conocimientos de otras ciencias.

Los problemas penales no pueden tratarse como si fueran únicamente jurídicos. Hay que hacer una valoración social del delito, no una valoración restringida, como hasta ahora ha sido la función de la dogmática penal. Hace ya buen tiempo VON LISZT dijo que "hay que ir más allá del derecho vigente, es decir del derecho positivo, de la ley". Pero parece que hoy, y la abolición del jurado de conciencia es una muestra, hay un afán de retomar la "visión ética" del delito, olvidando que *este expresa* "un conflicto social".

Ahora recuerden —y no es de modo alguno gratuito— que la integración del derecho penal con las ciencias sociales (es decir con la criminología y la política criminal) fue rota precisamente en 1930, fecha fatídica e imborrable. Tomó así fuerza la dogmática penal, alegando ¡oh irrespeto a la ciencia! su "independencia científica".

¿Qué se puede esperar del que solo conoce la estructura formal de la norma? EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, uno de los penalistas vivos más notables del mundo, dice que "El Derecho no se puede separar de las ciencias sociales, pero hoy existe un autismo esquizofrénico del conocimiento jurídico. Entre más esquizofrénico, mejor juez para el sistema, y de verdad que es infame permanecer en la ilusión de una *mitología científica*, con desconocimiento de una realidad plétórica de amenazas".

No podemos, pues, correr el oprobioso riesgo de convertirnos en funcionarios de la repetición, en modelo de la rutina jurídica, en funcionarios "lisiados", "hipertrofiados", por especializarnos en una sola dirección del conocimiento y de la acción, pues impediremos la creación de un hombre total, ya aforado por GOETHE en el *Fausto*. Debemos tener un compromiso permanente con la emancipación y realización de todos los hombres, y nuestro primer deber espiritual es requerir nuestra época y servirla honradamente. De este modo el jurista adquiere una nueva dignidad científica, en la medida en que se convierta en un hombre de ciencia social.

Ley que generaliza donde hay contradicciones y diferencias, y que nos impide juzgar desde ese punto de vista.

Y ahora se pretende "triplicar" la aplicación de la ley a estos casos, colocando en esa acción a tres jueces superiores. La impertinencia e ineficacia de ese escan-

daloso proyecto habla por sí misma. Si en la actualidad es casi una proeza realizar audiencia, con ese proyecto va a resultar físicamente imposible cumplir con ese cometido, y, así, el Código tendría efectos frontalmente contrarios a los que, se dice, lo inspiran.

SIGMUND FREUD dijo alguna vez que les debía más a los poetas que a toda la psiquiatría. MARX y LENIN se expresaron de manera análoga, refiriéndose el primero a BALZAC y el segundo a TOLSTOI. Menciono estos nombres porque remiten a las rupturas epistemológicas más decisivas de la época moderna: el psicoanálisis y las ciencias sociales. Los que ejercemos el derecho —y concretamente el derecho penal— tenemos aún mayor razón para reconocer esa deuda. Además, es bien sabido que el arte siempre ha precedido a la ciencia, al conocimiento. No creo pecar de exagerado si digo que seguramente nuestra mayor falta es haber abandonado esa mirada humana cuando juzgamos —¡oh osadía humana!— las acciones de nuestros semejantes.

Solo buceando en las profundidades del alma humana podemos tener la esperanza —no más que la esperanza— de ser *justos* (y nada de lo que sea injusto puede ser jurídico); solo por esa ruta llegaremos al terrible drama del hombre. Los que se han atrevido a tan enorme empresa no han podido seguir siendo los mismos. Belleza y verdad: he aquí la inescindible dualidad que nos veda la ley. Sin duda a este *conocimiento* se refirió un artista alemán al expresar que “Quien contempla la Verdad con sus ojos (los ojos de la ley son ojos sin mirada) se ha sometido a la muerte”. Y atravesando el mismo sendero, NIETZSCHE dijo que “Lo que califica a un pensador es simplemente esto: cuánta verdad es capaz de soportar”.

Únicamente las almas más puras y lúcidas han tenido y tendrán ese privilegio de conocer el Amor y la Belleza. Desde luego que ese conocimiento (la manifestación más alta del ser humano) ha sido irremediablemente castigado con el desprecio, la segregación, la locura y la muerte. Repasen ustedes la historia y comprobarán la legitimidad de esta aseveración: desde Empédocles (incluso más allá: desde Prometeo) hasta nuestros nunca bien amados poetas malditos. Ante la crueldad y la falta de ternura y sensibilidad humanas —tan definidoras de estas sociedades— uno no puede menos que saltar hecho pedazos.

Ya podrán, pues, ver ustedes por qué he abierto estas páginas con una cita de artistas, y cómo las cerraré con otras del mismo manantial.

Debe entonces colegirse que, aplicando la ley en estos casos especialísimos es imposible *conocer*, aproximarse a la verdad, en definitiva hacer *justicia*, si es que también aquí no estoy empleando una triste metáfora. Acudir a la *conciencia* no significa, entonces, acudir a la *ignorancia*, sino todo lo contrario: hacer posible el examen *total* del hecho concreto cometido por un hombre también concreto.

La audiencia con jurado de conciencia es, al menos en nuestro devastado país, la única oportunidad de enrutarnos hacia la búsqueda de la verdad: no la verdad del juez, del Estado, sino la verdad del hombre, ese que actuó. Solo allí se da la real oportunidad de ver “la otra cara” de las cosas. Es una operación de *contra-poder*, donde se cuestiona la “verdad del juez”, quien, *serenamente* pretende haberla conquistado. Para juzgar no se puede estar “sereno”, hay que implicarse (y el

juez de derecho no lo hace, porque el derecho positivo se lo impide), luchar, combatir, para aspirar a *conocer*.

Fue NIETZSCHE, una vez más, quien acabó con el mito occidental de que hay que estar alejado del objeto de conocimiento, indiferente a él, incluso cariñoso y paternalista. No: no hay *unilateralidad* en el conocimiento, pues este no puede surgir, repito, sino de una operación de *contra-poder*. Parafraseando a Nietzsche, MICHEL FOUCAULT anota que “en el conocimiento no hay nada que se parezca a la felicidad o al amor, hay más bien odio, hostilidad; no hay unificación, sino sistema precario de poder”.

Con el jurado de conciencia si se cumple ese presupuesto: incluso “se pelea” con el juez, se le habla a “otro juez”, anotándosele las fallas que ha tenido el juez de derecho, el “especialista”. Aquí sí hay franqueza y honestidad. Si algo conocemos de la mente humana, tenemos que aceptar que no pocas veces los delitos que nos corresponde juzgar, así sea inconscientemente, nos cuestionan. El delincuente “nos bota a la cara” nuestras taras, nuestras debilidades. Nos recuerda, por el mecanismo de la proyección, lo que somos y lo que no somos —y en un noventa por ciento no somos—. Aparece entonces la reacción lógica de hostilidad. Si no es así, uno no se explica los desengaños, las tristezas, las alegrías de las partes que intervienen en el proceso, según haya logrado la victoria o sufrido la derrota.

Nuestras leyes son demasiado severas en esta clase de delitos. Y precisamente la institución del jurado nació para atemperar esa dureza. Ante este panorama terrible, no podemos correr el riesgo de equivocarnos. Un solo instante de prisión nos debe espantar.

Y ahora, insisto, se nos propone la cadena perpetua y la pena de muerte. LEÓN TOLSTOI, en 1916, muy poco antes de morir, más lúcido y puro que nunca, se vio desgarrado ante la inusitada cantidad de ejecuciones. Con nostalgia recordaba cómo apenas tres años atrás su patria se enorgullecía ante el resto de Europa de haber acabado con la pena de muerte y de considerar a cada criminal como un hombre “digno de compasión”. No aguantó más y escribió unas páginas (con el propósito de hacerlas conocer de todo el mundo) en las que señalaba que habían sido ahorcados 12 hombres “pertenecientes a una masa cuyo trabajo nos hace vivir; esa masa que hemos depravado y continuamos depravando por todos los medios a nuestro alcance... víctimas pertenecientes a la clase mejor del pueblo ruso, muertos y humillados por aquellos mismos que les infligen tales iniquidades”. Estas bellas palabras las pueden leer en la revista *Tribuna Penal*, que con todo derecho dirige el doctor LONDOÑO JIMÉNEZ.

Y otro gran pensador y artista, THOMAS MANN, decía sobre la pena de muerte: “sea cualquiera el criterio que se adopte en la pena de muerte, es algo innegablemente asqueroso, bárbaro y deshonroso, que agota y destruye cualquier argumento que se pueda dar en su favor, desde cualquier ángulo abstracto, cultural o filosófico. Jamás he asistido a una tal ceremonia, atávica, en que incluso se ora... consideraría la contemplación, así como la impresión recogida, como una mancha en mi vida, totalmente imborrable”.

Pero todo eso y mucho más —nos lo muestra nuestra historia judicial muy reciente— se hace en nombre de Dios, del Derecho, de las instituciones (¿puede haber alguna institución por encima del hombre?), de la Razón. SANTO TOMÁS —recuerdo a ZULETA— decía que para que la dicha de los bienaventurados fuera más completa, en la otra vida Dios les permitiría observar las penas de los condenados en el infierno. Y añade que, ciertamente, el Santo no se contentaba con una dicha cualquiera.

Entonces, así creamos en Dios, no quitemos el jurado de conciencia.

Ahora bien: es incuestionable que, al atacar la ley, el delincuente no hace cosa distinta de atacar el privilegio. La mayor parte de las veces no tiene otra alternativa. Pues el progreso y el bienestar son la otra e inseparable cara de su miseria. Además, se suma a ello el pernicioso ejemplo que diaria y descaradamente le da el Estado, ejemplo que es fuente de miseria y rebelión. Ya en 1842 una revista francesa clamaba porque la clase alta “respetara las leyes que ellos mismos habían hecho y que consideraban ‘buenas’ sino para ‘los de abajo’”, y les preguntaba que si acaso no temían “porque el pobre, quien se roba un pedazo de pan a través de los barrotes de una panadería, llegue a indignarse tanto un día para demoler a piedra la Bolsa, antro salvaje donde se roban impunemente los tesoros del Estado y las fortunas de las familias”.

Y JIMÉNEZ DE ASÚA decía que la justicia transida de piedad es más justicia.

Y BEETHOVEN, a través de toda su vida, dijo: “No conozco otro signo de superioridad que la bondad”.

Finalmente, ROMAIN ROLLAND, un apóstol de la humanidad sentenció: “Yo no llamo héroes a los que han triunfado por el pensamiento o por la fuerza; solo llamo héroes a los que fueron grandes por el corazón”.

Esta concepción, pienso, debe presidir e impulsar, orgullosamente, todos los actos de nuestra vida.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LOS INIMPUTABLES EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Por MIGUEL YACAMÁN*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Se trata de determinar si en el sumario que se le instruye a un inimputable —C. P., arts. 31 y 33— (que es la persona que al realizar la conducta típica y antijurídica no estaba en condiciones de comprender la antijuridicidad de su acción u omisión, o de autorregularse conforme con dicha comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental transitorio con o sin secuelas, o fenómenos socioculturales) se le debe aplicar o no *cese de procedimiento* (C. de P. P., arts. 34 y 188), y, en la misma providencia, disponer la aplicación de medidas de seguridad (no se aplican medidas de seguridad cuando se trata de una inimputabilidad que proviene exclusivamente de trastorno mental transitorio sin secuelas —C. P., art. 33, inc. 2°—); o si, por el contrario, es forzoso culminarlo con resolución de acusación (C. de P. P., arts. 34 y 469) y juzgarlo en audiencia pública e imponerle medidas de seguridad en la sentencia condenatoria, exceptuando el caso previsto en el inciso 2° del art. 33 citado.

Por desgracia, la cuestión planteada no fue resuelta en forma clara y precisa por la Comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal, que al parecer decidió dejar a la jurisprudencia y a la doctrina su definición. No estamos de acuerdo con este procedimiento que, por lo demás, se podría aplicar a todos los problemas jurídicos. Quien debe resolver la cuestión directamente es el juez, y a él se le deben ofrecer claros y expresos instrumentos legales indispensables para facilitar su decisión. La jurisprudencia es tarea a largo plazo y de esmerada elaboración para que se la invoque como inmediata solución del punto por dilucidar.

II. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Durante la vigencia del C. de P. P. derogado, nuestro máximo tribunal de justicia sostenía que los inimputables debían ser llamados a juicio mediante auto de proceder (art. 481 del C. de P. P. derogado; hoy, resolución de acusación —art. 470 del C. de P. P. vigente—, que contiene los mismos presupuestos probatorios de aquel), ser juzgados en audiencia pública sin intervención del jurado (art. 34

* Profesor de la Universidad de Cartagena.