

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD JURIDICOPENAL

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.*

I. Introducción

Parece paradójico, pero el tema que he elegido para contribuir en este, tan merecido homenaje que la *Revista Nuevo Foro Penal* rinde a los mártires del Palacio de Justicia, salvajemente asesinados como en la época de la más cruda inquisición, es el atingente al principio de legalidad juridicopenal, tan venido a menos no solo entre nosotros sino en el mundo contemporáneo. Justamente, en ello radica la razón de mi contribución: en un mundo que ha dado rienda suelta a la arbitrariedad y al irracionalismo, el mejor homenaje que los penalistas colombianos podemos brindar a los inmolados es revivir los postulados por los cuales ellos tanto lucharon y por los que derramaron su sangre.

El fatídico 6 de noviembre nos muestra, una vez más, que no basta con la proclamación de una legalidad formal al estilo de los revolucionarios de 1789, sino que se hace imprescindible el logro de una legalidad real o material que haga posible una sociedad más justa e igualitaria. Las meras consagraciones formales no son suficientes para controlar los brotes desenfrenados en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, ni mucho menos para impedir acciones suicidas que, a nombre de la injusticia y la desigualdad social reinante en una sociedad hundida en la miseria, se han venido realizando.

Aquellos trágicos hechos constituyen, a no dudarlo, el más aleve atentado que contra el derecho de gentes, los derechos humanos y los principios capilares de la sociedad civilizada, se haya propiciado entre nosotros en las últimas décadas.

Lo inconcebible es que cuando más se necesitaba el diálogo, propiciado con anterioridad hasta el cansancio, el discurso oficial en boga se tornó repentinamente en el lenguaje de las ametralladoras y en la acción demoledora de las llamas que lo consumieron todo inclementemente.

II. Concepto

Como en su tarea de persecución penal de los hechos punibles el Estado acude a los medios más enérgicos de que dispone el ordenamiento jurídico para tal cometi-

* Profesor de Derecho Penal General en la Universidad de Medellín. Coordinador de la *Revista Nuevo Foro Penal*.

do, interviniendo de manera drástica en los derechos más elementales del hombre, se hace indispensable la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo del Estado y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de quienes ostentan o ejercen ese poder punitivo¹. Ese postulado es precisamente el de legalidad, que se constituye en una herramienta que controla la intervención del Estado, posibilitando el respeto de las garantías fundamentales y de la seguridad jurídica; sirviendo de freno y control a la arbitrariedad.

Semejante postulado no nació de forma repentina, como podría pensarse, sino que todas las vicisitudes del acontecer histórico lo fueron puliendo y dándole de manera gradual el contenido y la forma como lo hemos recibido actualmente. Son innumerables las batallas que ha tenido que librar el hombre para llegar a establecer este principio cardinal, que se ha convertido en patrimonio común de la humanidad, empeñada hoy en su conquista material, más allá de las innumerables consagraciones formales de que ha sido objeto en los ordenamientos jurídicos y en los tratados internacionales. Con razón ha dicho SOLER que cuando los preceptos jurídicos están “directamente conectados con atributos o bienes fundamentales de la persona humana, esa experiencia histórica es casi siempre una acumulación de sufrimientos”².

Al postulado en estudio se le denomina como *de legalidad*, pues establece que la intervención punitiva del Estado, tanto al configurar los hechos punibles como al determinar y ejecutar las consecuencias jurídicas (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley que es expresión de la voluntad general, de conformidad con las directrices de la filosofía liberal que lo inspiran. Se le conoce también como *de reserva*, por cuanto desde el punto de vista técnico formal equivale a una reserva de la ley en materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad. El legislador tiene, en otras palabras, “un verdadero monopolio en la creación de la materia criminal”³.

Finalmente, se entiende como *de intervención legalizada*, pues toca de lleno con la intervención del poder punitivo estatal, el cual limita y controla con miras a lograr los cometidos del derecho penal mismo⁴.

III. Evolución Histórica

Presupuesto fundamental para abordar el principio *nulla poena sine lege*, desde la perspectiva histórica, es la evolución del derecho escrito⁵.

¹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*. Barcelona, Edit. Bosch, 1975, pág. 79.

² SEBASTIÁN SOLER, “La formulación actual del principio «no hay delito sin ley»”, en *Fe en el Derecho*, Buenos Aires, Edit. Tea, 1956, pág. 278.

³ ROGER MERLE y ANDRÉ VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, Paris, Cuyas, 1981, pág. 218. También: GIUSEPPE BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Padova, CEDAM, 1980, pág. 67; ANTONIO CRISTIANI, *Istituzioni di diritto e procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1983, pág. 31.

⁴ MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 80.

⁵ Así VOLKER KREY, *Keine Strafe ohne Gesetz*. Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1983, pág. 1. La evolución del postulado en HANS LUDWIG SCHREIBER, *Gesetz und richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, Metzner, 1976, págs. 18 y ss.; LUIS C. CABRAL, *Ubicación histórica del principio ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’*, Buenos Aires, Librería Jurídica, 1958, págs. 17 y ss.; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, “Legalidad (Principio de (derecho penal))”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona, Edit. Seix, 1971, pág. 882.

En efecto, si nos remitimos al Código de Hammurabi (año 1700 a. C.), encontraremos en su epílogo sorprendentes consagraciones, muy próximas a la actual concepción del derecho, según las cuales se asegura "la protección de los ciudadanos a partir de un derecho escrito y accesible a todos". Con ello aparece el derecho cumpliendo una innegable función protectora de la seguridad jurídica, punto de vista que, que por lo demás, tiene valor a través de los tiempos⁶.

Ya en el derecho romano, parece evidente que el principio de legalidad tuvo una historia vaga y accidentada, nublada por la ambigüedad de expresiones esporádicas, prevaleciendo en algunos períodos del derecho penal romano⁷. Así se deduce de las estipulaciones contenidas en las *Doce Tablas* (siglo V a. C.), en el *Digesto* incorporado al *Corpus iuris* de JUSTINIANO (años 527-565 d. C.) e, incluso, en algunos textos de CICERÓN (106-43 a. C.)⁸.

Muchos siglos después, encontramos otras manifestaciones del mismo, y concretamente en la Edad Media: la Carta Magna leonesa de Alfonso IX en las Cortes de León (1188), y la Carta Magna inglesa (1215) que, se afirma, es la matriz de las libertades individuales proclamadas después en el mundo civilizado⁹. Igualmente en la *Constitutio Criminalis Carolina* o *Die Peinliche Gerichtsordnung* del Kaiser Romano V de 1532, con la cual llegó a su punto más alto la recepción del Derecho Romano, se encuentran consagraciones de nuestro postulado, provenientes del cometido manifiesto de combatir la acentuada inseguridad jurídica y la arbitrariedad de la administración de justicia penal, así como la de la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad judicial¹⁰.

Posteriormente, en la época de la Ilustración, encontramos dos ideas constantes en toda la evolución del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, hasta este momento histórico: la exigencia de una ley escrita y la protección a través de ella de los ciudadanos frente a la arbitrariedad estatal; estas dos directrices aparecían en el Código de Hammurabi, en las Doce Tablas y en la *Constitutio Criminalis Carolina*. Pero es solo en este momento histórico en el cual es posible la configuración del axioma de legalidad, al punto que se puede afirmar: el postulado de reserva es fruto del pensamiento del Iluminismo. Como representantes de esta época debemos mencionar, a más de VOLTAIRE (1694-1778), a MONTESQUIEU (1689-1755) y a BECCARIA (1738-1794), quienes sostuvieron la idea de la codificación, la presentación de la ley como garantía de la libertad ciudadana y como protección contra la arbitrariedad judicial y estatal; y, en particular, en el derecho penal, la idea de que no debe imperar más el poder desbordado del juez, sino la ley.

⁶ KREY, ob. cit., pág. 5.

⁷ JEROME HALL, "El principio de legalidad", en *Revista La Ley*, núm. 54, abril-junio, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1949, pág. 810. En contra, sin embargo, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, 4ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1964, pág. 383.

⁸ KREY, ob. cit., pág. 8; SCHREIBER, ob. cit., pág. 18; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., pág. 882.

⁹ JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 385 y RODRÍGUEZ MOURULLO, pág. 883.

¹⁰ Seguimos la edición de GUSTAV RADBRUCH-ARTHUR KAUFMANN, *Die Peinliche Gerichtsordnung Karls Von 1532*. Stuttgart, Philipp Reclam, Universal Bibliothek, 1975. Véase también KREY, ob. cit., pág. 10.

Estos dos últimos pensadores son en realidad "los padres espirituales" del axioma de legalidad jurídicopenal¹¹.

Fruto de las ideas iluministas, aunque dentro de lo que suele denominarse el "absolutismo de la Ilustración", son la Codificación General para los Estados de Prusia (*Das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*) de 1794 y la *Josephina Austriaca* de 1787. En esta última, en realidad el Código Penal Austriaco del Kaiser Francisco José II, se dijo en la parte I, § 1, que no toda acción contraria a la ley se consideraba un delito criminal y que solo eran delitos aquellas acciones antijurídicas consagradas en la ley como tales, o que pudieran llegar a serlo de conformidad con ella.

También la Codificación General mencionada hizo consagraciones similares del postulado en el §9, parte II, título 20¹².

Pero fue solo con la Revolución Francesa como los postulados de la Ilustración encontraron su efectiva consagración, tornando en realidad legal las reivindicaciones ya propuestas por BECCARIA y MONTESQUIEU en torno al *predominio de la ley en el derecho penal*, como se desprende de los arts. 7, 8 y 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*) de 1789¹³. En igual sentido se pronunciarían luego la Constitución francesa de 1791 en sus arts. 8 y 10, la Constitución de 1793 en su art. 14 y el Código napoleónico de 1810, en su art. 4º, aún vigente.

Es, en realidad, este el momento histórico en el cual se logra estabilizar el principio *nulla poena sine lege*, marcado por la transición del feudalismo al capitalismo, y por la instauración del Estado de derecho liberal; el pueblo pasa de ser un instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del monarca que lo encarna, a controlar ese poder, exigiendo garantías para llevarlo a cabo¹⁴. Al extenderse el hábito revolucionario por Europa y el Nuevo Mundo, empieza a generalizarse en las constituciones y en los códigos penales decimonónicos.

Con las transformaciones acaecidas en Francia, coincidieron las sucedidas en Norteamérica, que llevaron a la primera revolución triunfante, aun antes de la francesa de 1789. Fue así como los vientos del pensamiento ilustrado y la reacción contra el absolutismo, aunados al pensamiento de JOHN LOCKE, permitieron el reconocimiento del postulado de reserva en la Petición de Derechos de los Estados Americanos de Filadelfia (1774), Virginia y Maryland (1776), Massachusetts (1780); en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787 y, finalmente, en la Constitución de 1791.

Dentro de este breve recorrido histórico, debemos hacer hincapié en FEUERBACH, quien, en Alemania, hacia 1801, le dio la formulación latina al postulado tal como la conocemos hoy, mencionando a su vez cuatro subprincipios, trasunto

¹¹ KREY, pág. 13.

¹² SCHREIBER, ob. cit., págs. 76 y ss. 86 y ss.; KREY, ob. cit., págs. 7 y 16.

¹³ SCHREIBER, ob. cit., págs. 67 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 387. El desarrollo histórico en Francia en MERLE-VITU, ob. cit., pág. 215.

¹⁴ MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 82.

de otras tantas prohibiciones emanadas del mismo: prohibición de acudir a la analogía, prohibición del derecho consuetudinario, prohibición de la retroactividad y prohibición de la indeterminación.

En verdad, fueron dos los factores que permitieron a FEUERBACH (1775-1833) acuñar el postulado de legalidad: de un lado la filosofía del Iluminismo, y del otro la filosofía liberal, trasunto de aquella. Políticamente, el axioma de legalidad se presenta como el postulado llamado a proteger a los ciudadanos frente al arbitrio judicial, mientras que en el plano científico pudo el fundador del derecho penal alemán realizar una teoría jurídicopenal: la Teoría de la Coacción Psicológica. Tales planteamientos dieron por resultado en el Código Penal bávaro de 1813, redactado por FEUERBACH, se incluyera el axioma de legalidad de manera expresa en el § 1 del mismo¹⁵.

Luego los códigos federales de Bayern (1818), Württemberg (1819), etc., así como la Constitución prusiana de 1850, el Código Penal de 1851 y el de 1871 (Código Imperial), lo consagrarán ampliamente, estos dos últimos en sus respectivos párrafos segundos. Hasta llegar al art. 116 de la Constitución de Weimar de 1919.

Ya en el siglo XX, justamente cuando se presumía que el desarrollo científico y técnico y el progreso en todos los órdenes posibilitarían la armónica convivencia entre los pueblos, se produce el más desenfrenado desbordamiento del poder estatal, en medio de un clima de guerra generalizado, sembrando la destrucción a lo largo y ancho del planeta, arrasando con el postulado en examen.

Con el triunfo del fascismo en Italia (1924-1943) y del nazismo en Alemania (1933-1945), movimientos políticos nacidos tras la derrota de aquellos dos países en la Primera Guerra Mundial y erigidos como reacción contra la humillación nacional¹⁶, la década de los años treinta señala uno de los más agudos contrastes para el principio de reserva, llegándose a afirmarse en Alemania que tal postulado era un rezago del anticuado pensamiento individualista de la Ilustración que debía erradicarse a toda costa, tal como efectivamente se hizo reformando las disposiciones legales, no así en Italia donde las violaciones se ocultaron tras la careta de la consagración legal¹⁷.

Pese a lo anterior, sin embargo, los primeros ataques que recibió el apotegma *nulla poena sine lege*, provinieron del pensamiento positivista inspirador de la Escuela Positiva del Derecho Penal, en el marco del Estado liberal intervencionista, al postular que las acciones humanas no contaban como tales, sino la peligrosidad del reo¹⁸. Pero también al amparo de las concepciones totalitarias, esta vez dentro de los moldes propios del Estado socialista emanado de la Revolución leninista de 1917, se llegaría a proscribir el postulado de legalidad de los códigos penales rusos de 1922 y 1927, los cuales, al igual que la reforma alemana de 1933, le permitían al juez hacer uso de la analogía libremente, desvinculado de la ley¹⁹.

¹⁵ SCHREIBER, ob. cit., pág. 118.

¹⁶ JEAN TOUCHARD, *Historia de las ideas políticas*, trad. de J. Pradera, Madrid, Edit. Tecnos, 1983, pág. 609.

¹⁷ SCHREIBER, ob. cit., pág. 191.

¹⁸ Cfr. JOSÉ RAMÓN CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, edición dirigida por Juan Córdoba Roda. Barcelona, Ed. Ariel, 1972, págs. 24 a 27.

¹⁹ RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., pág. 884.

Tras la estruendosa caída del régimen nazi con el hundimiento del Tercer Reich, al que había precedido la caída del régimen de Mussolini, irrumpe nuevamente en la posguerra el postulado de legalidad. En efecto, en Alemania aparece incluido en la Proclamación (*Die Proklamation*) núm. 3 de octubre 20 de 1945 formulada por el Consejo de Control (*Der Kontrollrats*), en su art. 2º, párrafos 1 a 3, creado a instancias de las tropas aliadas. Luego, mediante ley 11 del mismo organismo de 30 de enero de 1946, se restableció nuevamente la vigencia del derogado § 2 del Código Penal, y la Ley Fundamental de 1949 lo vertió en su art. 103.

Al mismo tiempo las Naciones Unidas en su proclamación de 10 de diciembre de 1948 o Declaración Universal de los Derechos Humanos, hizo expreso reconocimiento del apotegma *nulla poena*; incluso la URSS, lo consagró en su codificación penal de 1960, después de haberlo incluido en el art. 6º de los Principios Fundamentales de Derecho Penal de 1958²⁰.

Pero, paradójicamente, mientras el sentimiento de *mea culpa* obligaba a formular múltiples y reiteradas consagraciones en medio de la Europa sumida en ruinas, a los delincuentes nacionalsocialistas se les juzgaba por el Tribunal de Nürnberg, mediante la aplicación de normas *ex post facto*, con lo cual se patrocinó una de las mayores burlas al tan socorrido postulado.

Asimismo, la historia contemporánea es pródiga en transgresiones al postulado *nulla poena*, como lo enseñan las amargas experiencias vividas en diversos puntos del globo terrestre, donde los golpes de *facto* y el desbordamiento del poder estatal, llegándose hasta el terrorismo de Estado, han hecho tabla rasa con el axioma del cual nos hemos venido ocupando, pese a lo cual nuevamente las Naciones Unidas, al votar el Pacto de Nueva York de 1966, volvieron a hacer profesión de fe garantista y protectora de los derechos humanos incluyéndolo en tal convenio internacional. Argentina y Chile, así como las demás dictaduras del cono sur, son un buen ejemplo de que los hechos rebasan al derecho, que no basta solo con declaraciones formales si unidas a ellas no van las transformaciones efectivas de la realidad circundante.

También Vietnam, Camboya, Checoslovaquia, etc., son otros ejemplos, que permiten afirmar que vivimos en un mundo en el que la tortura, el desaparecimiento forzado de personas, el terrorismo en todos los órdenes, las filosofías represivas, se han enseñoreado convirtiéndose en acaeceres cotidianos. ¡Qué poco ha evolucionado realmente el postulado de legalidad y con él el derecho penal, desde cuando BECCARIA en 1764 proclamó el postulado de legalidad como exigencia capital!

Con BUSTOS RAMÍREZ debe concluirse que "el Estado de Derecho no está constituido solo por declaraciones, sino que es la conformación de una realidad política social concreta"²¹.

En lo relacionado al derecho penal colombiano, el postulado *nulla poena* se remonta también a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, traducida

²⁰ Véase Apéndice en B. V. ZDRAVOSMÍLOV y otros, *Derecho penal soviético*, trad. de Nina Mora y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1970, pág. 552.

²¹ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, "Estado de Derecho y Justicia Criminal en Chile", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 6, Medellín, Ed. Acosta, 1980, pág. 12.

entre nosotros por ANTONIO NARIÑO (1794), convirtiéndose en el ideario político que posibilitó la gesta emancipadora librada contra la tiranía española. Al expedirse las constituciones de Cundinamarca (1811), Tunja (1811), Antioquia (1812) y la Constitución de 1821, que fue nuestra primera Ley Fundamental después de la liberación, el principio de legalidad se consagró repetidamente. Así, por ejemplo, en la Constitución arriba citada se estipuló en sus arts. 158, 166 y 167. Con posterioridad la Constitución del Estado de Nueva Granada de 1832 lo vertió en su art. 191; a su turno el Código Penal de 1837, que fue también nuestro primer cuerpo legal punitivo, lo trajo en sus arts. 4º y 5º, repetidos luego por el Código Penal de Antioquia de 1867, en sus arts. 5º y 6º.

De la misma manera, lo encontramos en la Constitución para la Confederación Granadina de 1858, en su art. 56-1, y en la Constitución para los Estados Unidos de Colombia de 1863 en su art. 15-4²². Luego el Código Penal de 1890 lo incluyó en sus arts. 12 y 16, y el de 1936 lo hizo igualmente en su art. 1º. Las consagraciones actuales serán objeto de examen más adelante.

IV. Fundamentos del principio de legalidad

Actualmente suele darse al principio de intervención legalizada una doble fundamentación: de una parte, desde el *punto de vista político* como manifestación de la idea de libertad y del Estado de derecho, de donde se deriva la exigencia de una ley formal y de la seguridad jurídica, y, de otra, una fundamentación *juridicopenal*, manifestación de la esencia o función social de la norma penal²³.

1. *Fundamento político*. Desde esta perspectiva, el axioma de legalidad es fruto del pensamiento de la Ilustración, del pensamiento liberal forjador del Estado de derecho; por ello responde al principio político de la separación de poderes²⁴, erigido como postulado garantizador de la vigencia del contrato social (teoría contractuálista). Según esto, solamente el legislador que actúa en representación directa de la comunidad organizada, en representación de la voluntad general de los ciudadanos, puede determinar las limitaciones de la libertad individual, puede prohibir conductas al definir el delito e imponer restricciones a los derechos individuales, mediante la determinación de las penas (supremacía del legislador).

Se parte así, de un lado, de la separación de poderes, y del otro, de la supremacía del legislador²⁵, lo cual permite concebir originariamente el principio de legalidad juridicopenal como una manifestación de la idea de Estado de derecho, que se

²² La evolución en el orden constitucional se puede confrontar en MANUEL A. POMBO, y JOSÉ JOAQUÍN GUERRA, *Constituciones de Colombia*, 4 tomos, Bogotá, Biblioteca Popular de Cultura, 1951.

²³ LUIS ARROYO ZAPATERO, "Principio de legalidad", ob. cit., pág. 12.

²⁴ MERLE-VITU, ob. cit., pág. 217.

²⁵ Nuestra Constitución Política establece que "La Nación colombiana se constituye en forma de República unitaria" (C. N., art. 1º) y que "La soberanía reside esencial y exclusivamente en la Nación, y de ella emanan los poderes públicos, que se ejercerán en los términos que esta Constitución establece" (art. 2º). Igualmente, dice: "Son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la jurisdiccional. El Congreso, el gobierno y los jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado" (art. 55).

concreta en la exigencia fundamental de la reserva absoluta de la materia penal para el poder legislativo, con exclusión de los demás poderes públicos.

No cabe duda, pues, que el postulado en examen significó en su momento una lucha por la libertad y el derecho, lo cual entrañaba, a su vez, la máxima garantía política para los derechos individuales y que el origen y sentido de la misma fueran fundamentalmente políticos; en tanto, a través de la certeza jurídica propia del Estado de Derecho, se trató de conseguir la seguridad jurídica de los ciudadanos.

2. *Fundamento jurídico*. Desde el punto de vista juridicopenal, su fundamento se lo dio P. J. A. FEUERBACH, como ya indicamos, quien hacia 1801 lo expresó en el siguiente brocardo latino: *nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine, nullum crimen sine poena legali*²⁶. Esta formulación, como dijimos, estaba asentada en la teoría de la pena como coacción psicológica, esto es, en la prevención general como función básica de la pena; pues solo una amenaza penal establecida por la ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendentes a su comisión; únicamente la previa conminación legal de la pena para una conducta es capaz de actuar en prevención general de la comisión de delitos²⁷.

Para expresarlo con otros términos, la ley penal debía preceder a la acción delictiva para poder cumplir su función preventiva, inhibidora del impulso delictivo; con ello se extraía una consecuencia fundamental de semejante argumentación: la prohibición de otorgar a la ley penal efectos retroactivos (principio de la prohibición de la retroactividad) y la exigencia de que las prohibiciones penales se consagren de manera clara y precisa (lo cual denominamos hoy como principio de determinación del hecho punible, o principio de certeza o de taxatividad).

Los dos fundamentos anteriores, sin embargo, no se pueden concebir de manera aislada o separada, pues se encuentran íntimamente conectados entre sí, lo cual permite entender de manera coherente todas y cada una de las consecuencias del principio de legalidad, que se traducen en diversos subprincipios, de los cuales no nos ocuparemos aquí.

V. Formulación actual

La fundamentación jurídica que le diera FEUERBACH al apotegma de legalidad, se ha visto complementada en la medida que el derecho penal ha ido evolucionando y la lucha por las garantías ciudadanas ha tomado nuevos rumbos. Hoy el postulado cobija no solo las garantías penales, procesales, sino también las penitenciarias²⁸; se extiende no solo a los delitos y a las contravenciones penales, sino a las penas y a las medidas de seguridad.

²⁶ PAUL JOHANN ANSELM VON FEUERBACH, *Lehrbuch des Gemeinen in deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, pág. 20. Sobre los fundamentos del principio, de manera amplia, FULGENCIO MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, Valencia, Universidad de Valencia, 1983, págs. 8 y ss.

²⁷ FEUERBACH, *idem*, págs. 36 y ss.

²⁸ En la doctrina española se suele hablar de cuatro garantías: criminal, penal, procesal y ejecutiva. Véase JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 403 y a JOSÉ MARÍA ORDEIG FOS, "Principios Penales: legalidad, jurisdicción, predeterminación, irretroactividad", en *Revista de Derecho Judicial*, año XIII, núm. 50, abril-junio de 1972, pág. 73.

En torno a estas últimas consecuencias jurídicas, nacidas de una concepción defensiva de la sociedad, propia del Estado liberal intervencionista, muy cara a la concepción positivista, debe destacarse cómo se han venido fundamentando desde su aparición, en la supuesta "peligrosidad del agente", basamento completamente indemostrable que pugna abiertamente con un derecho penal humanitario, concebido desde el punto de vista del Estado de derecho social y democrático.

Lo anterior, obviamente impide una extensión cabal del principio de legalidad, entronizando concepciones totalitarias que han cosificado al hombre dejándolo librado, por obra de su carácter indeterminado, a los abusos del leviatán estatal. Es pretender conciliar un postulado que vela por la racionalidad del derecho, por la certeza y la seguridad jurídica, con una institución completamente irracional, apoyada en fundamentos indemostrables.

En el Estado actual, que busca la real operancia de los derechos humanos y por ende la construcción de un derecho penal verdaderamente garantista, las medidas de seguridad no pueden concebirse como antaño. Solo cabe una disyuntiva: o se adaptan a las exigencias de la legalidad, eliminando las medidas predelictuales y las postdelictuales aplicables a los imputables y restringiéndolas solo a los inimputables guiadas por el principio de la necesidad del tratamiento, o se renuncia totalmente a ellas.

En otros términos: si queremos construir un derecho penal garantista, verdaderamente liberal, tenemos que eliminar instituciones hondamente vinculadas con filosofías antiliberales, de corte totalitario. ¡La disyuntiva es política!

¡Asombra, en verdad, que los cultores del derecho penal hayan puesto sus mayores empeños en combatir la culpabilidad como fundamento de la pena, llegando a interesantes conclusiones, para luego, con la mayor tranquilidad del mundo, decirnos que ven muy normal y hasta lógico que las medidas de seguridad se fundamenten en la peligrosidad de la persona! ¡Asombra que en nombre de la filosofía liberal se legitimen filosofías represivas y oscurantistas como las que presiden las medidas de seguridad así concebidas!

Así las cosas podríamos formular, como sigue, el postulado de reserva, de intervención legalizada, o de legalidad.

A. LAS GARANTÍAS PENALES

Diremos: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia*, lo cual significa que NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL, NO HAY PENA, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN LEY ESCRITA, ESTRICTA, CIERTA Y PREVIA. Con este brocardo aludimos al conjunto de garantías que rigen en materia del derecho penal sustantivo o material, así:

1. *No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley escrita*. Ello significa que está prohibido en el derecho penal acudir al derecho consuetudinario para crear delitos o contravenciones penales, penas o medidas de seguridad. La costumbre no es fuente directa, mediata, formal del derecho penal; la única fuente directa, inmediata, formal del derecho penal es el proceso legislativo, producto del cual es la ley.

2. *No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley estricta*. Está también prohibido en el derecho penal acudir a la analogía, sea para fundamentar un delito, una contravención, la pena o una medida de seguridad. El juzgador o el intérprete no pueden llenar los vacíos acudiendo a normas semejantes; la única excepción a esta prohibición es el evento de la favorabilidad, cuando el vacío o laguna legal se llena mediante el procedimiento analógico para favorecer la situación del reo (*analogia in bonam partem*).

3. *No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad, sin ley cierta*. Consecuencia directa del postulado de legalidad es la exigencia de certeza o de determinación, conforme a la cual tanto las conductas punibles como las consecuencias jurídicas derivadas de ellas, deben estar consagradas en forma clara, precisa y determinada en la ley penal, para que no haya dudas sobre su alcance y contenido. Al legislador, a la hora de redactar los diversos extremos de la norma penal, desde el punto de vista de su estructura lógica, le está prohibida la indeterminación de los mismos.

Este mandato de certeza o de determinación es de honda trascendencia en tratándose de las medidas de seguridad, por cuanto la doctrina solo se ha preocupado por legitimar el peligrosismo penal en este campo, demandando medidas indeterminadas, las cuales se imponen mediante el sistema de la sentencia indeterminada; hoy la imposición de la medida debe tener un límite preciso de duración, sin sujetarla a términos mínimos, ordenando su cesación cuando se constate la improcedencia de su aplicación. Esto en tratándose de medidas aplicables a inimputables, pues consideramos ilegítimos desde el punto de vista del Estado de derecho, y por ende violatorios del principio de legalidad, otros tipos de medidas, tal como ya lo hemos planteado.

4. *No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley previa*. Como la ley rige para el futuro, no puede aplicarse a hechos perpetrados con anterioridad a su entrada en vigor; está, en otros términos, prohibido aplicar retroactivamente la ley penal, a no ser que se trate de la aplicación más favorable de la misma o en beneficio del reo.

Las anteriores cuatro consecuencias implican una sujeción del poder estatal a la *lex scripta*, para impedir una justicia arbitraria; asimismo se limita el máximo permitido de la pena en caso de incurrir en una clara violación de la ley escrita²⁹, y se evita la imposición de medidas de seguridad indeterminadas que desborden los marcos de racionalidad del derecho penal. Como correlato de lo anterior se observan también *principios* como *el del acto* o *del hecho*, *el de culpabilidad* (situado a veces por encima del postulado de legalidad), *del bien jurídico* y *de igualdad ante la ley*.

²⁹ Así CLAUS ROXIN, "La culpabilidad como criterio limitativo de la pena", en *Revista de Ciencias Penales*, núm. 1; Santiago de Chile, 1973, pág. 19; *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Ediciones Universidad, 1981, págs. 105 y ss.

Sobre las garantías penales consúltese: KREY, ob. cit., págs. 35 y ss.; FRITJOF HAFT, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., München, C. H. Beck, 1984, pág. 16; HANS JOACHIM RUDOLPHI-HORN-SAMSON, *Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Frankfurt, 1984, Vorb. 1., págs. 1 y ss.; BERND SCHÜNE-MANN, *Nulla poena sine lege?*, Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1978, pág. 3; ALBIN ESER, *Strafrecht*, I, 3ª ed., München, C. H. Beck, 1980, págs. 105 y ss.

B. LAS GARANTÍAS PROCESALES

Con el doble brocardo *nemo iudex sine lege, nemo damnatur nisi per legale iudicium*, aludimos al conjunto de garantías que rigen en materia del derecho procesal, instrumental o adjetivo. De conformidad con ellos tenemos, entonces: LA LEY PENAL SOLO PUEDE APLICARSE POR LOS ÓRGANOS INSTITUÍDOS POR LA LEY PARA ESA FUNCIÓN Y, NADIE PUEDE SER CASTIGADO SINO EN VIRTUD DE UN JUICIO LEGAL.

Estas garantías se concretan en dos postulados básicos: de un lado el *principio del debido proceso legal*, comprensivo de todos los principios que inspiran el moderno derecho procesal penal, cobijados por la denominación usual de "legalidad del proceso"; y, del otro, el *principio del juez natural* o principio del juez legal, en realidad englobado dentro del primero, consagratorio de la garantía jurisdiccional por excelencia, extensiva tanto al procedimiento para la aplicación de las penas y las medidas de seguridad, como a su ejecución³⁰.

C. LAS GARANTÍAS PENITENCIARIAS

Con el apotegma *nulla poena sine regime legale, nulla poena sine humanitae, nulla poena sine resocializatione, nulla mensura sine humanitae*, se quiere expresar el conjunto de garantías que deben rodear toda la fase de la ejecución penal, sea que se trate de penas o de medidas de seguridad. De acuerdo con eso entonces: NO HAY PENA SIN ADECUADO TRATAMIENTO PENITENCIARIO, NO HAY PENA SIN TRATAMIENTO HUMANITARIO, NO HAY PENA SIN RESOCIALIZACIÓN, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN TRATAMIENTO HUMANITARIO. Así las cosas:

1. *No hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario*. Al aplicarse la pena esta debe estar rodeada de las máximas garantías, con miras a que el reo esté asistido en todo momento por el Estado, que no puede dejarlo librado a su suerte, propiciando su despersonalización. Es el llamado *principio del tratamiento penitenciario*.

2. *No hay pena sin tratamiento humanitario*. Al aplicarse la pena, no debe olvidarse la calidad de ser humano que en todo momento ostenta el reo, el cual, dentro de la limitación y restricción de los bienes jurídicos que por su condición de penado le viene impuesta, debe ser tratado atendiendo a su dignidad de persona que disfruta de unos derechos inalienables e irrenunciables. Es el *principio de humanidad de la pena*.

3. *No hay pena sin resocialización*. Todo el tratamiento debe estar encaminado a la rehabilitación del condenado, a su reincorporación a la sociedad. Por ello se habla del *principio de la resocialización*³¹.

4. *No hay medida de seguridad sin tratamiento humanitario*. Así la medida de seguridad imponible al inimputable, persiga determinados fines (por ejemplo, en nuestro caso, la curación, tutela y rehabilitación del reo), su aplicación no puede estar desligada, en ninguna circunstancia, de la calidad de ser humano del sometido

³⁰ La formulación en JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pág. 383.

³¹ ANTONIO BERISTAIN, *Medidas en derecho penal contemporáneo*, Madrid, Edit. Reus, 1974, págs. 83 y ss.

a ella. A la persona deben concedérsele todas las prerrogativas que su calidad de ser humano impone. Las medidas de seguridad deben estar regidas por el *principio de humanidad de la medida de seguridad*.

La tendencia generalizada, sin éxito, de fundamentar las medidas de seguridad en la "peligrosidad del agente" (¡el concepto más irracional que esgrime el actual derecho penal, que no puede ser verdaderamente liberal mientras no renuncie a ese rezago autoritario!) y a su turno en el principio de legalidad, y que se traduce en el aforismo *nulla mensura sine periculositate*³², ha desembocado en el absurdo: quiere conciliar la filosofía del actual Estado de derecho social y democrático, con la del Estado social intervencionista; el liberalismo en el plano penal con el autoritarismo; quiere reivindicar la legalidad juridicopenal, pero termina haciéndolo a espaldas del principio de humanidad³³. Esta "conciliación" de lo inconciliable se observa también en la dogmática juridicopenal que, siguiendo las directrices alemanas se escuda en el *principio de proporcionalidad*, en realidad un nuevo rótulo para acuñar la peligrosidad criminal como fundamento de las medidas de seguridad³⁴.

Como se puede observar, la formulación que proponemos recoge el principio de legalidad de la medida de seguridad aplicable a los inimputables, única legítima desde la perspectiva del Estado de derecho, después que CARL STOOSS introdujera el sistema dualista en el anteproyecto de Código Penal suizo de 1893³⁵.

La importancia del principio *nulla poena* ha llegado a tal grado, que incluso se ha pretendido derivar de él la concepción dogmática del delito, entendida como acción típica, antijurídica y culpable, creyendo ver en cada una de sus notas componentes una consecuencia de este postulado, tal como lo ha pretendido el legislador colombiano y lo empieza a plantear nuestra joven dogmática juridicopenal³⁶.

VI. El principio en nuestro derecho penal

El apotegma *nulla poena sine lege* es, entre nosotros, de rango constitucional, como que aparece vertido en los arts. 23, 26 a 28 de la Constitución Nacional. Asimismo encuentra su expresión legal en las leyes 74 de 1968, art. 15, y en la 16 de 1972, art. 9º, ambas contentivas de pactos internacionales suscritos por el Estado colombiano, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico.

En el Código Penal vigente aparece en el art. 1º, a la cabeza del título I, consagratorio de las normas rectoras de la ley penal colombiana, o conjunto de postulados que presiden todo el andamiaje de nuestro derecho penal (fundamental y comple-

³² Idem, pág. 86. Para BERISTAIN "el principio de peligrosidad (*nulla mensura sine periculositate*) puede garantizar que las medidas postdelictuales no violen los derechos elementales del ciudadano, de modo semejante a como el principio de culpabilidad lo hace respecto a las penas" (pág. 88).

³³ En Colombia, FEDERICO ESTRADA, *Derecho penal*, parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1986), ufanándose de una pretendida concepción liberal del derecho penal termina, para sorpresa, situándose en el más absoluto pensamiento totalitario, positivista, en este campo. Cfr. págs. 240, 245, 266 y ss.

³⁴ Es esta la posición dominante. Por todos: HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, trad. de Santiago Mir y Francisco Muñoz, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, págs. 34 y 1116.

³⁵ Sobre las características del sistema dualista, véase a AGUSTÍN JORGE BARREIRO, *Medidas de seguridad en el derecho penal español*, Madrid, Ed. Civitas, 1976, pág. 132.

³⁶ Así JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 72.

mentario), en los siguientes términos: “*Legalidad*. Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella”. Otras consagraciones son las que hace el Código Penal Militar, elevado a la categoría de ley por la ley 141 de 1961, en su art. 3º, y en el decreto 409 de 1971 o Código de Procedimiento Penal, en sus arts. 1º y 3º.

El postulado de legalidad, pues, es el postulado básico del derecho penal colombiano, del que dimanar al mismo tiempo todas las normas rectoras, lo cual confirma que “es de un valor superior, ya que se impone no solamente al juez y a la administración de justicia sino al legislador mismo”³⁷. A continuación nos proponemos mostrar cómo aparecen desarrolladas en nuestro ordenamiento positivo, las garantías penales, procesales y penitenciarias.

A. LAS GARANTÍAS PENALES

1. *Prohibición de acudir al derecho consuetudinario*. El art. 1º del C. P., dice que “Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal...” (NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN SIN LEY ESCRITA), “...ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella” (NO HAY PENA SIN LEY ESCRITA, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN LEY ESCRITA). O sea, no se pueden fundamentar los delitos, las contravenciones penales, las penas y las medidas de seguridad en el derecho consuetudinario.

2. *Prohibición de la analogía*. Se deriva del mismo art. 1º, cuando dice que para condenar a una persona por un hecho punible este debe estar “...expresamente previsto...” en la ley penal (NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL SIN LEY ESCRITA). A su turno, existe prohibición general de acudir a la analogía, salvo las excepciones legales expresamente consagradas, según el art. 7º del C. P.: “...queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal”. De aquí se desprende, consecuentemente, la prohibición de acudir a normas semejantes para crear por la vía de la asimilación nuevos delitos, nuevas contravenciones penales, penas o medidas de seguridad, que la ley no haya contemplado, dejando una “laguna legal” o un “vacío legal”.

3. *Prohibición de la indeterminación*. Emanar del mismo art. 1º, cuando exige que el hecho esté “...expresamente previsto como punible en la ley penal...” (NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL SIN LEY CIERTA O DETERMINADA), “...ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella” (NO HAY PENA, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN LEY CIERTA O DETERMINADA). Esta consagración es complementada por el art. 3º del C. P. que ha establecido, de manera por demás notoria, el principio de determinación del hecho punible, que cobija no solo los delitos y las contravenciones penales, sino también las penas y las medidas de seguridad: “*Tipicidad*. La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca”.

4. *Prohibición de la retroactividad*. Se consigna, igualmente, en el art. 1º del C. P., cuando expresa que “Nadie podrá ser condenado por un hecho que no

esté expresamente previsto como punible por la ley vigente al tiempo en que se cometió...” (NO HAY DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL SIN LEY PENAL PREVIA), ni sometido a pena o medida de seguridad “...que no se encuentren establecidas en ella” (en la ley previa, anotamos), por ley “...vigente al tiempo...” (NO HAY PENA, NO HAY MEDIDA DE SEGURIDAD SIN LEY PREVIA QUE LA ESTABLEZCA). Esta prohibición se ve complementada por la excepción que ha estipulado el art. 6º del C. P. en tratándose de delito o contravención penal, pena o medida de seguridad más favorable: “la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. En igual sentido la ley 153 de 1887, arts. 40 a 45.

Las anteriores cuatro consecuencias del principio de legalidad, de intervención legalizada o de reserva, se encuentran complementadas con los siguientes principios que, o son consecuencia de él, o están en alguna manera vinculados con él:

Principio del acto o del hecho. El derecho penal solo se puede dirigir a actos, hechos, acciones u omisiones humanas, no al modo de ser, al carácter, a las tendencias, afectos de la persona, como se desprende entre otros de las consagraciones que hacen los arts. 2º, 3º, 5º, 35 a 39 del C. P. y 26 de la Constitución.

Principio del bien jurídico. Las conductas tipificadas en la ley solo tienen relevancia juridicopenal, si entrañan dañosidad social, peligro real o potencial para los bienes jurídicos protegidos, haciendo realidad el postulado liberal que nos legó la Revolución Francesa, máxima expresión de la filosofía iluminista, según el cual “no hay delito sin daño”, vertido en el art. 4º del C. P., pues para que una conducta típica sea antijurídica, se requiere que “...lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley”; y, en el art. 16 de la Carta: “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Principio de culpabilidad. Toda pena supone culpabilidad, o, mejor, no hay pena sin culpabilidad del agente; a su turno, la pena debe graduarse atendiendo al grado de culpabilidad, quedando proscrita la responsabilidad objetiva. Este postulado está consagrado en los arts. 5º, 35 y 61-1, así: “Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva” (art. 5º) y, para que el hecho sea punible “debe realizarse con dolo, culpa o preterintención”; asimismo: la pena se impondrá atendiendo al “...grado de culpabilidad” y a la “gravedad del hecho” (arts. 35 y 61-1).

Principio de igualdad ante la ley. Se trata, en realidad, de una ficción según la cual todos los ciudadanos están sometidos en igualdad de condiciones a la ley penal; como dice el art. 8º del C. P.: “La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella”.

De lo dicho hasta aquí se desprende, indudablemente, que el legislador colombiano ha consagrado en toda su extensión el apotegma *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia*, referida a las garantías penales, que también son de rango constitucional (Const. Nal., arts. 26 y 28).

³⁷ MERLE-VITU, ob. cit., pág. 218.

B. LAS GARANTÍAS PROCESALES

Las encontramos reguladas así:

1. *El debido proceso legal*. Se consagra en el art. 11 del C. P., cuando dice: "Nadie podrá ser juzgado... ni con la violación de las formas propias de cada juicio" (NADIE PUEDE SER CASTIGADO POR UN DELITO O CONTRAVENCIÓN PENAL, NI CONDENADO A PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD SINO EN VIRTUD DE UN JUICIO LEGAL). Este es el llamado principio del debido proceso legal o *legalidad del proceso*, que compendia todas las garantías procesales.

2. *El juez natural*. El art. 11 del C. P. ha establecido que "Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal especiales constituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible" (LA LEY PENAL SOLO PUEDE SER APLICADA POR ÓRGANOS Y JUECES INSTITUIDOS LEGALMENTE PARA TAL FUNCIÓN), lo cual, referido a la pena y a la medida de seguridad, se traduce en el *principio de judicialidad*, pues ambas consecuencias jurídicas solo pueden ser impuestas por funcionarios adscritos a la rama jurisdiccional del poder público y en ningún caso por funcionarios administrativos, o por el legislador.

Como vemos se consagra en toda su extensión la máxima *nemo iudex sine lege, nemo damnetur nisi per legale iudicium*, que es de rango constitucional: arts. 26 y 27 de la Constitución.

C. LAS GARANTÍAS PENITENCIARIAS

Se encuentran consagradas básicamente en el art. 12 del C. P. y en las leyes 74 de 1968 (art. 10) y 16 de 1972 (art. 5º), referidas tanto a las penas como a las medidas de seguridad, en virtud de lo estipulado en el art. 1º del C. P.

En cuanto a *las penas*, se ha dicho cumplen "función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora"; aunque tal vez hubiera sido más lógico que la ley hablase de los "fines de la pena, a manera de meros postulados dirigidos al intérprete y encaminados a presidir la ejecución penal en su conjunto. De allí se desprenden los *principios de resocialización, del tratamiento penitenciario y de la humanidad de la pena*.

En lo atinente a *las medidas de seguridad*, el art. 12 ha dicho que persiguen "fines de curación, tutela y rehabilitación", haciendo énfasis en la prevención especial y por ende en la resocialización del inimputable condenado a medidas de seguridad, pues, como ya advertimos, no existen en nuestro ordenamiento medidas de seguridad predelictuales ni tampoco postdelictuales imponibles a imputables. De la susodicha consagración legal se desprenden los *principios de humanidad de la medida de seguridad, del tratamiento penitenciario y de la resocialización*, aunque circunscritos a los especiales fines que el legislador ha plasmado para las medidas.

En cuanto al *principio de peligrosidad o de proporcionalidad*, a diferencia de otras legislaciones que lo consagran expresamente, la nuestra no lo menciona como fundamento de la medida de seguridad, por lo cual no se puede derivar del principio de legalidad la máxima *nulla mensura sine periculositate*, amén de que sostener en el actual derecho penal la máxima "no hay medida de seguridad sin peligrosidad", es dejar toda una categoría de sujetos penales (los inimputables) librada a la más absoluta irracionalidad y arbitrariedad por parte del Estado. Quiéran-

se o no, el derecho penal con el cual hemos venido trabajando se enfrenta a la más insólita paradoja: ¡quiere ser un derecho racional, pero parte de supuestos metafísicos irracionales!

D. OTRAS CONSAGRACIONES DEL POSTULADO DE LEGALIDAD

Las garantías penales, procesales y penitenciarias, tal como las acabamos de exponer son también emanación de otras consagraciones del principio de legalidad:

Así, en el Código de Procedimiento Penal (decr. 409 de 1971), se consagra la legalidad del proceso de manera amplia; en efecto, en el art. 1º se dice: "*Legalidad del proceso*. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; y en el art. 3º: "*Garantía de ciertos derechos individuales*. Nadie podrá ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en las leyes". Esta última norma es reproducción del art. 23 de la Constitución, que a su turno desarrolla todos estos derechos y garantías en el título III.

En el art. 3º del Código Penal Militar, se dice: "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por la ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella".

Para complementar los anteriores textos positivos, también encontramos en el art. 15, párr. 1 de la ley 74 de 1968, la siguiente declaración:

"Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el derecho nacional e internacional". De manera similar dice la ley 16 de 1972 en su art. 9º:

"Nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos, según el derecho aplicable".

E. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si algo se puede comprobar en un Estado de derecho meramente convencional como el colombiano, es la declinación del postulado de legalidad empuja las diversas y reiteradas consagraciones formales del mismo. Para la real efectividad del postulado *nulla poena*, se requiere, entre nosotros, de hondas transformaciones en la sociedad, para cuyo logro es de imperiosa necesidad avanzar hacia un Estado de derecho social y democrático que asegure los derechos sociales del individuo y realice la justicia colectiva.

Entre nosotros, lo mismo que en muchas organizaciones estatales actuales, se observa la transgresión del postulado *nulla poena* en diversos ámbitos:

1. *Declinación del principio en materia legislativa*. La misma se concreta en atentados de diverso orden:

a) Atentados contra el monopolio del legislador para la creación de las incriminaciones penales, fundamentalmente en dos planos: la práctica creciente de las

delegaciones de poder en provecho del ejecutivo, y la creciente administrativización de nuestro derecho penal, tornando los delitos menores en contravenciones administrativas o penales, según el caso, de conocimiento de las autoridades administrativas (funcionarios administrativos, policía), como se constata con el decreto 522 de 1971 arts. 12 y ss.; la ley 2ª de 1984, que llegó hasta atribuir el conocimiento de los delitos a órganos administrativos; y de manera más reciente, la ley 30 de 1986, en su art. 68 y ss.

b) La redacción imprecisa de los textos represivos (violación al principio de determinación), dando cabida a fórmulas demasiado vagas y generales, ambivalentes y equívocas, como sucede en diversos tipos de la parte especial del C. P. (por ejemplo en los arts. 111, 187, entre otros). Ya en un pasado muy reciente el llamado "Estatuto de Seguridad", en buena hora declarado parcialmente inexecutable, había consagrado penas de arresto hasta por un año aplicables a personas que realizaran conductas como las de "ocupar transitoriamente lugares públicos, o abiertos al público, u oficinas de entidades públicas o privadas, con el fin de presionar una decisión de las autoridades legítimas, o de distribuir en ellas propaganda subversiva o de fijar en tales lugares escritos o dibujos ultrajantes o subversivos o de exhortar a la ciudadanía a la rebelión" (art. 7º); o a quienes "impriman, almacenen, porten, distribuyan o transporten propaganda subversiva" (art. 7f). Esto para no citar sino un par de ejemplos que nos permitan ver hasta qué extremos se ha llegado en nuestro país en materia de indeterminación.

c) Desmoronamiento de la legalidad procesal. Son frecuentes las violaciones al debido proceso y a la institución del juez legal o natural. Baste pensar que es ya cotidiana la adscripción de competencias a la justicia penal militar para juzgar a civiles en épocas de estado de sitio contra expresa prohibición de la Carta (art. 170); que se han generalizado los procedimientos breves y sumarios para juzgar cierto tipo de delincuencia a espaldas de los postulados que inspiran el proceso penal (cfr. decr. 522 de 1971, leyes 2ª de 1984 y 30 de 1986, etc.); y, mediante las delegaciones de poder al legislativo, sustrayendo a los ciudadanos de su juez natural y afianzando una verdadera "jurisdicción penal administrativa".

2. *Declinación del principio en materia judicial.* En este ámbito es frecuente observar cómo en nuestros países se va desmoronando el postulado *nulla poena*, así:

a) Mediante el reconocimiento de amplias libertades al juez en la aplicación de las incriminaciones penales, lo cual se constata básicamente con la recurrencia a la analogía, prohibida en diversas legislaciones, y a la imposición de penas y medidas de seguridad con base en la peligrosidad criminal, tal como lo hemos explicado ya.

b) Mediante las prerrogativas reconocidas al juez y a la Administración en la aplicación de las penas. Ello se advierte, por ejemplo, en el expediente de la sentencia indeterminada —muy común en regímenes de corte totalitario— y del cual tenemos en Colombia un peligroso vestigio en materia de medidas de seguridad, fruto de la herencia positivista del C. P. de 1936, que consagraba tales medidas también para los imputables, las que eran de carácter indeterminado tratándose de inimputables.

c) Incertidumbre en la aplicación judicial de las reglas del procedimiento. Son frecuentes las transgresiones judiciales en la aplicación de las normas que rigen el ritual procesal, en buena medida establecidas como mecanismo para asegurar el respeto de los derechos y las garantías del procesado. Para no citar sino unos pocos ejemplos, baste mencionar las violaciones cometidas contra el ejercicio del derecho de defensa: investigaciones que se surten sin la presencia de apoderado idóneo, diligencias probatorias (careos, indagatorias, testimonios) sin la presencia del juez competente, etc. Contra los principios que inspiran el régimen de pruebas: no contradicción, no publicidad, aducción inidónea de las mismas, etc., así como diversas restricciones legales que ya empiezan a utilizarse: la prohibición de careos en los casos del art. 24 de la ley 2ª de 1984, etc. Asimismo es frecuente la denegación de recursos contra las decisiones judiciales acudiendo a interpretaciones amañadas y facilistas de la ley procesal.

Este tipo de mecanismos suscita, a no dudarlo, incertidumbre sobre el carácter de las formalidades legales y sobre el valor de los procedimientos que deben cumplirse, afortunadamente no muy pronunciados entre nosotros gracias a los reconocimientos formales que se hacen de las garantías procesales, pero sí muy acentuados en países donde los regímenes autoritarios se han impuesto³⁸.

VII. Conclusión

La crisis que hoy padece nuestro Estado de derecho convencional, preocupado sólo por establecer limitantes de carácter formal a la actividad punitiva del Estado, nos lleva a plantear como exigencia capital la transformación de la sociedad colombiana, no abandonándonos al autoritarismo sino dando amplia cabida a los clamores de una colectividad urgida de una organización estatal que posibilite la vigencia real de los derechos humanos.

Indudablemente, por lo menos en el momento histórico actual, tenemos que avanzar hacia una sociedad pluralista que permita la participación de todos los ciudadanos en la toma de las decisiones fundamentales y que asegure la autorrealización de los asociados como seres humanos investidos de la dignidad de persona. Guía y norte de los que luchamos por una sociedad mejor, es el respeto de las garantías ciudadanas materialmente entendidas, a lo que estamos obligados ante el concierto de las naciones.

Es dentro de esta perspectiva que tenemos que velar por el afianzamiento de nuestro derecho penal, evitando desembocar en un derecho represivo de corte autoritario, que cercene de tajo la legalidad jurídico-penal, como acaba de suceder con el hecho que hoy es motivo de reflexión y que tanta incidencia ha tenido y seguirá ejerciendo en la vida colombiana.

Medellín, abril 10 de 1986.

³⁸ Un panorama de la declinación del principio de legalidad en Francia y en Europa, en MERLE-VITU, ob. cit., págs. 226 a 233.