

CONSIDERACIONES SOBRE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY PENAL COLOMBIANA*

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Como sabemos, nuestro Código Penal encabeza el Libro Primero o Parte General, con un título introductorio que los redactores del estatuto han denominado “De las normas rectoras de la ley penal colombiana”; ahora bien, tal enunciación merece algunas precisiones previas a nuestra exposición.

I. NORMA RECTORA Y PRINCIPIO RECTOR

Se hace necesario distinguir entre *norma* y *principio rector*, como lo ha puesto de presente FERNÁNDEZ. Los principios rectores son, en términos generales, “decantaciones que la doctrina elabora a partir del examen inductivo de las distintas instituciones penales, ampliados y consolidados a veces por el derecho penal comparado. Son inferencias generalizantes que los juristas efectúan como culminación de sus análisis, a guisa de conclusiones abstractas, a fin de mostrar los criterios supremos en que descansa la legislación”¹. Significa esto, entonces, que los principios rectores son pautas generales en las cuales descansan las diversas instituciones del derecho penal positivo y que la doctrina propone como guía para la interpretación de las mismas; de ellos ha de auxiliarse el intérprete que quiera abordar sistemáticamente la legislación penal.

Las normas rectoras, en cambio, son principios rectores de la legislación “reconocidos expresamente por la ley y convertidos por esta en derecho positivo”².

El legislador colombiano ha recogido, pues, principios que rigen todas las instituciones penales vertidas no solo en el *derecho penal fundamental* sino en el *complementario*, y que han de extenderse en alguna medida al mal

* Conferencia pronunciada en el Auditorio de la Universidad Autónoma Latinoamericana el 24 de mayo de 1983. El autor es catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Medellín.

¹ JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 339.

² Ídem, pág. 340.

llamado "derecho penal administrativo"; principios que por su redacción se parecen más bien a automandatos que el legislador se ha dado. Pero no solo esto, tales principios han de permitir la *elaboración dogmática* de nuestro derecho penal para colocarlo a la altura de los modernos derechos penales, haciendo a un lado vetustos enfoques clásicos y positivistas, muchos de ellos insostenibles, pero aún alojados en la mentalidad de nuestros jueces e intérpretes.

Estos principios rectores —ahora normas— no son fruto de la actividad espontánea del legislador sino una conquista de muchos años de evolución del derecho penal.

II. ORIGEN DEL TÍTULO PRIMERO DEL CÓDIGO PENAL. COMETIDOS

La idea de consagrar un título preliminar en las codificaciones penales latinoamericanas, se remonta a las discusiones suscitadas a raíz de la elaboración de un Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica, cuyas sesiones se iniciaron en Santiago de Chile en 1963; la propuesta se debe al extinto profesor argentino SEBASTIÁN SOLER y al brasileño HELENO CLAUDIO FRAGOSO. Después de muchas posiciones encontradas y de arduos debates, se acordó no incluirlos³; sin embargo, en la *Declaración de principios* de la comisión redactora del proyecto, se observan diez principios fundamentales que coinciden sustancialmente con nuestras "normas rectoras"⁴.

En el Proyecto JIMÉNEZ DE ASÚA para Venezuela de 1967 se discutió también un Título Preliminar sobre la materia, el cual fue objeto de consideración, y que reporta un antecedente más.

En Colombia, los redactores del A-74, por insinuación de ROMERO SOTO y adición de GAITÁN MAHECHA, basados en los antecedentes mencionados, procedieron a consagrar el título preliminar, el cual, luego de haber pasado por el tamiz de posteriores comisiones, conservó en su redacción el texto original, aunque con algunas pequeñas y a veces importantes variantes⁵.

Pese a lo anterior, debe observarse, ya muchas de estas "normas rectoras" tenían consagración legal entre nosotros, no solo en el campo constitucional sino también en el legal, comoquiera que se encuentran vertidas en las leyes 74 de 1968 (que recogió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, en Nueva York, 1966) y la ley 16 de 1972 (que incorporó a nuestro ordenamiento la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica 1969). Y como si lo anterior fuera poco, ya en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada en 1948 por la ONU, aparecen la gran mayoría de tales "normas rectoras", algunas de las cuales se encontra-

ban también en el anterior Código Penal. De manera que el legislador no ha innovado sustancialmente en esta materia, a no ser al introducir la noción de hecho punible que como dijimos nos abre las puertas a la elaboración dogmática de nuestro derecho penal; el mérito ha sido la sistematización de esta serie de mandatos, mejorando en algunos aspectos la redacción, en otros desmejorándola, o llamando la atención sobre algunos principios desdibujados y olvidados en nuestro medio. La rememoración de estos principios no garantiza, sin embargo, que nuestra legislación penal los respete en su integridad, pues si se observó gran celo, a la hora de redactarlos no se contemplaron cabalmente las consecuencias que de ellos se derivan, como lo demuestra la misma Parte Especial del estatuto. Es más, se da el caso de que los arts. 5° y 10 puedan llegar a pugnar entre sí, pues el último no parece respetar el principio de culpabilidad en la forma tan vehementemente acogida por el primero de ellos.

Ahora bien, si posamos nuestra mirada en las codificaciones o normatividades que conforman el mismo derecho penal complementario, hallamos ejemplos palpables de que la normatividad penal vigente, su andamiaje, no respeta estas "normas rectoras"; basta con leer el Estatuto Penal Aduanero, el Código de Justicia Penal Militar, o el mismo derecho penal contravencional (Código Nacional de Policía), para darse cuenta que los tipos abiertos, indeterminados, se encuentran elegantemente incrustados sin que ello nos preocupe; esto, sin reparar en las tradicionales afrentas que supone la asunción de la legislación especial expedida durante los últimos treinta años de Estado de sitio, cuyo máximo exponente y más refinado representante es el decreto 1923 de 1978 o Estatuto de Seguridad, que prácticamente no respetó ninguno de estos principios hoy sistematizados por el legislador colombiano en el Título I, y que ya eran derecho positivo, por provenir de pactos internacionales suscritos por el Estado colombiano, incorporados al ordenamiento mediante leyes del Congreso.

Tarea inmediata que deben emprender todos los estudiosos de estas materias, es luchar por la reconstrucción de nuestro derecho penal (fundamental y complementario), reformando tipos penales indeterminados que al atentar contra la seguridad jurídica no determinan claramente las conductas punibles ni sus consecuencias jurídicas; evitando acudir a normas en blanco que se complementan, generalmente, mediante resoluciones administrativas las cuales nadie conoce (como el Estatuto Penal Aduanero y algunos tipos de la parte especial del C. P.); haciendo respetar el principio de culpabilidad, eliminando todas las formas de responsabilidad objetiva incrustadas y que muchos de nuestros jueces aplican mecánicamente; emprendiendo la elaboración del mal llamado Derecho Penal Administrativo (disciplinario, fiscal y económico), plagado de disposiciones que no tienen razón de ser en un Estado de derecho. Y para no ir muy lejos, fomentando el debate y concientizando a la opinión pública sobre el peligro que representa para la seguridad jurídica y las garantías ciudadanas, el proyecto de ley que hoy cursa en el Congreso de la Repúbli-

³ FRANCISCO GRISOLIA, *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, t. II, vol. I, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1973, págs. 27 y ss.

⁴ GRISOLIA, ob. cit., t. I, pág. 155.

⁵ Cfr. LUIS CARLOS GIRALDO, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, t. I, Bogotá, Ed. Pequeño Foro, 1981, págs. 101 y ss.

ca, por medio del cual “se establecen unas contravenciones de policía; se crea como medida correctiva el internamiento en centros de capacitación laboral; se fija la competencia; se regula su procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; se dictan disposiciones sobre calificación del sumario, competencia en materia civil, penal y laboral, captura, detención preventiva y excarcelación, y se dictan otras disposiciones”, como se intitula el mencionado proyecto.

Debemos reclamar, reivindicar las mínimas garantías que reportan estas “normas rectoras”, pues de lo contrario el Título I del Código Penal será un catálogo más de buenas intenciones, como hasta ahora ha acontecido con las demás consagraciones legales que han sido vulneradas, a pesar de que obligan a Colombia en el concierto de las naciones.

Ocupémonos brevemente de los principios mencionados, empezando por el principio madre o matriz, el principio de legalidad o principio de intervención legalizada o de reserva.

III. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (C. P., art. 1°)

“*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”.

A) *Referencias al derecho positivo.* Este principio generador, que preside toda la estructura de nuestro derecho penal y del que se derivan las demás normas rectoras, encuentra consagración en los arts. 26 y 28 de la Const. Nal.; 9° de la ley 74 de 1968; 9° de la ley 16 de 1972; 3° del Código de Justicia Penal Militar o ley 141 de 1961. Además, aparecía en el art. 1° del anterior Código Penal, y se encuentra en el art. 11, inc. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de dic. 16 de 1948, suscrita por Colombia.

B) *Justificación.* La gravedad de los medios empleados por el Estado en la represión del delito; la drástica intervención en los derechos elementales del hombre; el carácter de *ultima ratio* que esta intervención tiene, imponen necesariamente “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 los que ostentan o ejercen ese poder punitivo”⁶.

Lo que justifica, entonces, el principio de legalidad, es que se constituya en una herramienta que controla la intervención del Estado, con miras a lograr

⁶ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1975, pág. 79.

el respeto de las garantías fundamentales y la seguridad jurídica; que sirva de freno y de control a la arbitrariedad.

Teniendo clara esta justificación, se entiende por qué se le denomina *principio de legalidad*: establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar y ejecutar sus consecuencias (penas o medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley, expresión de la voluntad general, de conformidad con los postulados liberales que la inspiran; *principio de reserva*, pues desde el punto de vista técnico formal, “equivale a una reserva de la ley por lo que concierne a la materia de los delitos, de las penas, y hoy de las medidas de seguridad... significa que la materia penal debe ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del poder del Estado al que compete según la Constitución la facultad de legislar, es decir el poder legislativo”⁷; *principio de intervención legalizada*, porque toca de lleno con la *intervención* del poder punitivo estatal, la cual controla y limita con miras a lograr los cometidos del Derecho Penal mismo⁸.

C) *Origen y desarrollo.* A grandes rasgos se puede decir que el principio nace con el Estado de derecho, sin que se pueda afirmar que es el producto de un día sino la consecuencia de un largo proceso, del cual se han señalado muchos antecedentes, destacándose algunos textos de ULPIANO incorporados al *Digesto*; y la obra de CICERÓN (106-43 a. J. C.), para quien un comportamiento pasado, que no hubiese sido por sí mismo legalmente delictual y reprochable, no puede merecer ninguna consecuencia jurídica negativa^{8 bis}.

Se señalan, así mismo, precedentes en la *Carta Magna Leonesa* de Alfonso IX en las Cortes de León (1188) y en la *Carta Magna* de Juan sin Tierra de Inglaterra (1215); en la *Petición de Derechos* de los Estados americanos de Filadelfia (1774), Virginia y Maryland (1776); y finalmente en la *Josephina* austriaca de 1787.

Formulado como exigencia por BECCARIA, en su obra, hacia 1764, para contrarrestar la arbitrariedad del régimen absolutista, pues “solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social”⁹.

Pese a estos antecedentes, lo cierto es que el principio tiene su origen en aquel momento histórico “en que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del monarca que lo encarna, a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio”¹⁰, situación a la que se llega con la Revolución Francesa, coronación del

⁷ GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1977, págs. 95 y 96.

⁸ MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 80.

^{8 bis} GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal*, Parte general, Madrid, Edersa, 1982, pág. 28.

⁹ CESARE BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Ed. Aguilar, 1979, pág. 74.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, ob. cit., pág. 82.

pensamiento político y filosófico del siglo XVIII, de la época del Iluminismo; por ello, en el art. 8° de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, se consagró en estos términos: "Nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada". Esta declaración fue recogida por los códigos decimonónicos y hoy rige universalmente, después de que la ONU en su Declaración de 1948 la consagró (art. 11) y de que la URSS la incorporó a su legislación penal después de haberla derrotado en los códigos de 1922 y 1927. No debe olvidarse, sin embargo, el menoscabo que sufrió durante el régimen nazi entre 1933 y 1945, cuando se proclamó la aplicación de la analogía como norma general, dando cabida a todo lo que contraviniese "el sano sentimiento del pueblo alemán"; así mismo, las burlas patrocinadas por el positivismo en Italia al poner en primer plano la peligrosidad del delincuente. Y aunque parezca paradójico, su menoscabo al instalarse el *Juicio de Nüremberg*, con la creación de disposiciones *ex post facto* para juzgar a delincuentes nazis.

D) *Fundamentos*. Se habla de un fundamento jurídico y de uno político.

Políticamente, es el producto del pensamiento liberal de los siglos XVIII y XIX, del espíritu liberal que generó el Estado de derecho. El Estado de derecho se caracteriza por cuatro postulados: el imperio de la ley, la división de poderes, la legalidad de la actuación administrativa y la garantía de los derechos y las libertades fundamentales. Estas notas se reflejan en el principio de legalidad juridicopenal.

Su *fundamento jurídico* se debe a P. A. FEUERBACH —padre del famoso filósofo LUDWIG VON FEUERBACH— hacia 1799, iniciador del método dogmático en Alemania y quien le dio la siguiente formulación latina: "*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimen*" y "*nullum crimen sine poena legali*"; esto es, "no hay pena sin ley, no hay pena sin delito" y "no hay delito sin pena legal", formulación que se ha impuesto y ha llegado hasta nuestros días.

E) *Moderna formulación*. En el actual derecho penal, el principio se ha formulado teniendo en cuenta no solo las *garantías penales* sino las *garantías procesales*.

Desde el punto de vista de las *garantías penales* se ha expresado así: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege scripta, stricta, certa et praevia*; o sea: *no hay delito, no hay pena, no hay medida de seguridad, sin ley escrita* (descarta el derecho consuetudinario), *stricta* (excluye la aplicación analógica de la ley penal), *certa* (no puede haber ninguna indeterminación) y *praevia* (en el sentido de que tiene que ser anterior al hecho que se imputa)¹¹.

Esta desmembración en cuatro niveles la recoge nuestra legislación penal, como se desprende de la lectura de los arts. 1°, 3°, 6° y 7°. Formulado desde el punto de vista de las *garantías procesales*, se concibe así: *Nemo iudex sine*

¹¹ FRITJOF HAFT, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, Verlag C.H. Beck, 1980, pág. 35.

lege y *Nemo damnatur per legale iudicium*; esto es, la ley penal solo puede aplicarse por los órganos y los jueces instituidos legalmente para esa función; y nadie puede ser castigado sino en virtud de juicio legal¹².

Estas garantías se desprenden de los arts. 26 y 28 de la Const. Nal., 1° y 11 del C. P., del Código de Procedimiento Penal y de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972.

También se puede descomponer, analíticamente, a la par de los elementos del delito, definido desde una perspectiva dogmática, tal como lo propone FERNÁNDEZ, de la siguiente manera: *nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine actione, sine iniuria, sine typicus factum, sine culpa; nulla poena sine libertas, nulla mensura sine periculositate*; o sea, no hay delito o hecho punible, no hay pena, no hay medida de seguridad sin acción, sin antijuridicidad, sin tipicidad, sin culpabilidad; no hay pena sin libertad; no hay medida de seguridad sin peligrosidad (arts. 2°, 3°, 4°, 5°, 33, 41 y 12 del C. P. y demás disposiciones citadas)¹³.

IV. PRINCIPIO DEL HECHO (C. P., art. 2°)

"*Hecho punible*. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable".

A) *Descomposición de la norma*. El texto transcrito, nos sitúa ante dos consagraciones: de un lado el *concepto dogmático de delito* o hecho punible (comprensivo tanto de delito como de contravención); del otro, el *principio* universalmente conocido como *del acto o del hecho*. Ocupémonos, brevemente, del concepto dogmático.

El concepto de delito es estratificado, sus categorías integrantes van escalonadas, de tal manera que la posterior presupone la anterior. Tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad están relacionadas lógicamente, de tal modo que cada elemento lleva en sí un grado diverso de enjuiciamiento y de valoración, estructurados uno sobre y a continuación del otro, proporcionando un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, facilitándola y asegurándola contra contradicciones y arbitrariedades¹⁴.

Este concepto legal, pues, nos sitúa ante la imperiosa necesidad de emprender la reestructuración de nuestro derecho penal, partiendo de los postulados de la *Dogmática juridicopenal*, desarrollos fruto del pensamiento alemán, cuyo sendero abrió FEUERBACH (1799) y cuyo método elaboró IHERING (entre 1867 y 1887), pasando por BINDING quien formuló su *Teoría de las normas* (1872); VON LISZT (quien se destacó con su *Programa de Marburgo* —1882— y el

¹² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, pág. 383.

¹³ Ob. cit., págs. 72 y ss.

¹⁴ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1976, pág. 73.

Tratado de derecho penal —primera edición en 1881 cuando contaba 30 años—), BELING (introdujo la categoría de la tipicidad hacia 1906), sistematizadores del *sistema clásico del delito*¹⁵; MERKEL, quien medió entre los dos anteriores; RADBRUCH, MAYER y SAUER, responsables de la introducción del neokantismo en el derecho penal, al comienzo de los años 20 del presente siglo y que dio lugar a la formulación del *esquema neoclásico del delito* (avance notable con respecto al positivismo naturalista de VON LISZT), finalmente sistematizado por MEZGER; WELZEL, crítico denodado del enfoque causalista, quien hacia 1939 inició sus escritos de dogmática juridicopenal, precedido de algunos ensayos filosóficos en los que planteaba un paso del subjetivismo al objetivismo y la sustitución del relativismo valorativo por la afirmación de “verdades eternas” y “estructuras lógico-objetivas”, de donde nacería el *esquema finalista* del delito, que pervive hasta nuestros días, con seguidores como MAURACH y STRATENWERTH, y últimamente sostenido, aunque con variantes por casi todos los dogmáticos alemanes, tales como WESSELS, BOCKELMANN y culminando en JESCHECK¹⁶, con afanes mediadores como los de SCHMIDHÄUSER y posiciones radicalmente causalistas como la de BAUMANN, sin dejar de lado a ROXIN, quien ha abierto la brecha a nuevos desarrollos, especialmente politicocriminales, aunque sin olvidar el sistema mismo.

Estos desarrollos han servido para que los derechos penales de otras latitudes experimentaran también las correspondientes fases dogmáticas, tal como sucede en España, donde SALDAÑA y JIMÉNEZ DE ASÚA introdujeron la dogmática clásica al traducir a VON LISZT; RODRÍGUEZ MUÑOZ, la neoclásica, al traducir a MEZGER; y CEREZO MIR contribuyendo a la difusión del finalismo con la traducción de algunos trabajos de WELZEL; a ellos deben sumarse, entre otros, CUELLO CALÓN, RODRÍGUEZ MOURULLO, RODRÍGUEZ DEVESA, CÓRDOBA RODA, MUÑOZ CONDE, MIR PUIG, etc. En Argentina, se observa el mismo fenómeno, si se estudian las obras de SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, hasta llegar a ZAFFARONI y BACIGALUPO; igual en Chile y en otros países europeos.

En Colombia, es sabido, atravesamos desde hace una veintena de años por la fase dogmática, que apenas empieza, pero que ha sido oxigenada ya con las nuevas tendencias alemanas, aunque con muchas resistencias por parte de la tradición —anclada aún en el positivismo o en enfoques clásicos—, la cual no se ha dado cuenta que la herramienta legal actualmente vigente así lo exige, para poder sacar nuestro derecho penal del ostracismo. A esta nueva etapa de nuestra disciplina han contribuido, entre otros, GAITÁN MAHECHA, REYES, PÉREZ, ROMERO SOTO, ESTRADA y últimamente FERNÁNDEZ y AGUDELO con diversos trabajos.

¹⁵ Denominación proveniente de HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, págs. 274 y ss.

¹⁶ JESCHECK, ob. cit., págs. 272 y ss. SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976, págs. 197 y ss.

Necesitamos, pues, una verdadera dogmática juridicopenal, que, como dice JESCHECK, “partiendo de la ley penal que constituye su fundamento y límite, elabore el contenido conceptual y la estructura de las proposiciones jurídicas; ordene el material jurídico en un sistema en el que también tengan cabida las decisiones de los tribunales y las opiniones de la ciencia e intente hallar nuevos caminos de elaboración conceptual y sistemática”¹⁷.

Necesitamos una dogmática crítica, que como clama GIMBERNAT haga posible, “al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del derecho penal... sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”¹⁸.

Una dogmática así concebida, nos permite la lucha por las garantías fundamentales, tan venidas a menos ante el creciente militarismo; nos sirve de control ante las arremetidas irracionalistas y ante la arbitrariedad estatal; nos permite velar por la seguridad jurídica de los ciudadanos. Y decimos esto, porque entre nosotros empieza a circular la peligrosa tesis de que las elaboraciones dogmáticas no juegan ningún papel; se dice que solo las elaboraciones criminológicas y especialmente una mal entendida “criminología crítica”, son la panacea para todos los males. Nada más equivocado en un país que como el nuestro, por su escaso desarrollo dogmático, propicia una aplicación desordenada del derecho penal, una dogmática que por su incipiente desarrollo, juega a la lotería. Por ello, es bueno recordar las palabras de GIMBERNAT: “cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más caótica y anárquica aplicación de un derecho penal del que —por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico— se desconoce su alcance y su límite”¹⁹.

B) *Principio del acto o del hecho*. También denominado principio de la objetividad material del delito^{19 bis}. Supone que no hay delito sin conducta; al hombre se le juzga por lo que hace (derecho penal de acto) y no por lo que es (derecho penal de autor). Recordemos que ya CARRARA, forjador de un derecho penal de cuño liberal, incluía dentro de su definición de delito esta nota, al decir que el delito resultaba de “un acto externo del hombre”, pues el derecho no se puede ofender con actos internos y la autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones de los hombres y sobre sus deseos. “Los pensamientos no se pueden, sin cometer abuso, tener como delitos, no porque estén ocultos a la mirada del hombre, sino porque el hombre no tiene derecho a pedir cuentas a su semejante por un acto que no le puede acarrear perjuicio”²⁰.

¹⁷ *Tratado*, cit., pág. 58.

¹⁸ ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?” en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1976, pág. 78.

¹⁹ Ídem, pág. 79.

^{19 bis} BETTIOL, ob. cit., pág. 116.

²⁰ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 47.

Los pensamientos no delinquen; si ello fuera así, tendríamos que haber condenado a GOETHE, quien, según cuentan sus biógrafos, se sentía capaz de cometer hasta el crimen más atroz.

1. *Concepto*. Se habla de un derecho penal de acto, cuando se respeta el principio en estudio, el cual supone, dice FERNÁNDEZ, que "las normas punitivas se dirigen a lo que el hombre hace y no a lo que es, vale decir, a su conducta social y no a su modo de ser, su carácter, su temperamento, su personalidad, su pensamiento, su afectividad o sus hábitos de vida"²¹.

El derecho penal, pues, se refiere a actos humanos, a conductas humanas, no se refiere a conductas de animales como se creyó antiguamente; así, hace unos mil años, el arzobispo de París, en uso de su investidura hubiera excomulgado las sanguijuelas del Sena; el derecho penal tampoco se refiere a la interioridad del hombre: "solo los regímenes totalitarios escudriñan en lo «íntimo» del hombre e indagan el más liviano pensamiento. Los regímenes liberales, por el contrario, exigen que el delito se tenga que manifestar en un dato objetivo"²².

2. *El principio de hecho en nuestra legislación penal*. Podemos afirmar que nuestro derecho penal es de acto o de hecho, con trazas de derecho penal de autor. En efecto, el principio de hecho se desprende no solo del art. 2° del C. P. sino del 19, el cual nos dice que el hecho punible solo se puede realizar por acción o por omisión; así mismo, los arts. 4°, 5°, 36 a 39, emplean la palabra *conducta*. Los arts. 1°, 3° del C. P. y 28 de la Const. Nal., hablan de *hecho*; el art. 26 de la Constitución de *acto*.

El art. 61 al señalar los dos primeros criterios para imponer la pena, cuando habla de la "gravedad y modalidades del hecho punible" y del "grado de culpabilidad" nos sitúa también ante un derecho penal de acto. La distinción entre tentativa y acto consumado, atenuando la primera de ellas la pena, es otra manifestación de un derecho penal de acto, por oposición al derecho penal de autor que los equipara.

Igualmente, la eliminación de la reincidencia (a la que el proyecto de ley que cursa en el Congreso da importancia suma); la distinción entre imputables e inimputables, sometidos los unos a penas y los otros a medidas de seguridad (distinción que desconoce el novedoso proyecto ministerial al introducir una desconocida "medida correctiva de internamiento en centros de capacitación laboral", la cual rompe los parámetros del derecho penal de acto); la eliminación de la tentativa inidónea que consagraba el anterior art. 19 del C. P. de 1936, son claras manifestaciones de un derecho penal que recoge el principio del acto o del hecho.

Pero las trazas de derecho penal de autor, no se dejan esperar: en los arts. 61, 64 y 66 del C. P., que traen como parámetros para aplicar y graduar la pena "la personalidad" del agente; los arts. 68 y 72 que hacen

²¹ Ob. cit., pág. 346.

²² BÉTTIOL, ob. cit., pág. 110.

depender la concesión de los subrogados penales de la "personalidad" del agente y de la suposición del juez, quien, con criterio casi que de adivino, ha de determinar cuándo el condenado "no requiere de tratamiento penitenciario", en el primero de los eventos, o que se pueda "*suponer fundadamente su readaptación social*", en el segundo de los casos, o sea en lo que toca a la libertad condicional. Así mismo, cuando se reprimen meros actos preparatorios, como parece que sucede en los arts. 114, 130, 186, 197, 201 y 202, estamos reprochando al hombre no lo que hace sino lo que es. Pero como si lo anterior fuera poco, al examinar el derecho penal complementario, encontramos que el Código de Justicia Penal Militar sigue hablando de *reincidencia* (arts. 34 y 35), de *circunstancias de mayor y de menor peligrosidad* (arts. 36 a 38) y hace depender la concesión de los subrogados penales de la "personalidad" (arts. 68 y ss.), disposiciones que hay que entender, en gran medida, modificadas por el nuevo Código Penal, pues así lo dispone su art. 375.

Nuestro derecho penal, pues, no respeta el derecho penal de acto, como tampoco lo hace el proyecto ministerial, que permite capturar a las personas de "quienes se tenga noticia" que presuntamente han cometido un hecho punible (art. 30); que niega la concesión de los subrogados penales y las rebajas de pena a los sujetos que resulten procesados por los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo (art. 33); en fin, que está presidido por una *filosofía peligrosista* extrema, que juzga a los hombres por lo que son y no por lo que hacen, que permite la arbitrariedad y da pábulo para que se persiga a los ciudadanos por sus opiniones, máxime si se tiene en cuenta esa cláusula abierta que trae el art. 11, de conformidad con la cual el gobierno queda facultado para incluir dentro del procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos de terrorismo, secuestro extorsivo y extorsión, cualquier otro hecho punible: "...y los demás que determine el gobierno...".

V. PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN (C. P., art. 3°)

"Tipicidad. La ley penal definirá el hecho de manera inequívoca".

A) *Descomposición de la norma*. Al igual que la anterior, encontramos en ella, dos consagraciones: de una parte, la *tipicidad* como estrato o elemento de la estructura del delito, la exigencia de que los delitos se acuñen en *tipos* y no en definiciones genéricas, vagas²³; de la otra, el *principio de determinación* lógicamente vinculado a la exigencia de tipicidad.

Ocupémonos, brevemente, de la tipicidad.

Los *tipos* son los dispositivos que utiliza la ley para individualizar conductas humanas, los cuales se encuentran tanto en el derecho penal fundamental

²³ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. II, Buenos Aires, Ed. Tea, 1978, pág. 147.

como en el complementario; tienen carácter predominantemente descriptivo, aunque no prescinden de lo subjetivo, pues describen tanto lo objetivo como lo subjetivo. Si se ha comprobado la existencia de una conducta humana, el paso que se ha de dar es averiguar "si la conducta que se investiga está o no individualizada por alguno de los tipos penales. En caso de estarlo, se llamará *tipicidad* a la característica que por esta circunstancia reviste la conducta y se llamará *típica* a la conducta. Cuando la conducta no sea típica, diremos que hay *atipicidad* de la conducta, o sea, que se trata de una acción *atípica*"²⁴.

La característica o nota de tipicidad es hoy universalmente reconocida, después de que BELING la introdujo en 1906, presentándose como una concreción del principio de legalidad; *nullum crimen sine lege*. Pese a lo anterior, ya CARRARA lo había previsto, cuando decía que el delito era una infracción de la ley: "La idea general del delito es la de una violación (o abandono) de la ley, porque ningún acto del hombre puede reprochársele a este, si una ley no lo prohíbe. Un acto se convierte en delito solo cuando choca con la ley; puede un acto ser dañoso, puede ser malvado y dañoso; pero si la ley no lo prohíbe, no es dado reprocharlo como delito a quien lo ejecuta"²⁵.

B) *Principio de determinación*. Consecuencia del principio de legalidad es la exigencia de una *lege certa* (*nullum crimen sine lege certa*), esto es, se exige que tanto las conductas como las consecuencias jurídicas de ellas derivadas (pena o medida de seguridad), estén claramente determinadas en la ley penal. Por ello, dice el legislador autootorgándose un mandato, que *la ley penal definirá* —lo cierto es que la ley solo describe conductas— *el hecho punible de manera inequívoca*.

1. *Concepto*. El carácter terminante que tienen las consecuencias jurídicas, según nuestra concepción del derecho, hace que su aplicación no pueda dejarse librada al criterio del juez; por ello, dice BAUMANN que "el presupuesto más importante del hecho punible es un tipo dado por la ley, que la conducta del autor debe realizar"²⁶. Este modelo de comportamiento que el legislador erige en tipo penal, debe estar descrito de manera tan clara "que no deje dudas sobre su alcance y contenido; el uso de expresiones anfibológicas y el abuso de ingredientes normativos extrapenales, atentan contra este principio"²⁷.

El principio de determinación, así concebido, concierne tanto al supuesto de hecho como a las consecuencias jurídicas^{27 bis}. La indeterminación de los

tipos viene dada, generalmente, por el uso indiscriminado de *tipos abiertos* o *indeterminados*, que no individualizan totalmente la conducta prohibida o las consecuencias, sino que exigen al juez hacerlo, para lo cual debe acudir a reglas o pautas generales que están fuera del tipo penal. Esta indeterminación de los tipos, atenta contra la seguridad jurídica y pone en peligro las garantías ciudadanas; con razón ha insistido WELZEL en que "el verdadero peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege*, no es de parte de la analogía, sino de las leyes penales indeterminadas"²⁸.

2. *El principio de determinación en nuestra legislación*. Lo normal es encontrarse con tipos que determinan claramente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, como, por ejemplo, el art. 349 que describe la conducta de hurto; sin embargo encontramos tipos penales como los que consagra el art. 111 (menoscabo a la integridad nacional), en el cual no es posible determinar qué se entiende por "menoscabar la integridad territorial" de la República o "someterla en todo o en parte al dominio extranjero", ni, mucho menos, saber qué tipo de "actos" son los que se ajustan a tal descripción típica o qué se quiso decir con eso de "... fraccionar la unidad nacional". Se trata de un tipo penal con un supuesto de hecho claramente indeterminado; otro tanto se puede decir de las consecuencias jurídicas (pena para el caso): ¿Cuál es el criterio para determinar que la pena imponible debe fluctuar entre 20 y 30 años? ¿Los argumentos de tipo ideológico y no precisamente de corte liberal, son los que inspiran esta clase de tipos penales! Indeterminados, a más no poder, son los tipos de los arts. 187 (terrorismo) y 279 (tortura), típico caso de un tipo abierto, tan abierto que, recientemente, en un caso de secuestro que conmovió a la opinión pública, al denunciar los sindicatos presuntas torturas por parte de las fuerzas militares para obtener la confesión, el primer fiscal de la Nación ordenó la apertura de la correspondiente investigación, la cual no fue a ninguna parte, dizque porque los encartados no habían sido torturados aunque sí objeto de "algunos maltratos físicos", con lo cual se olvidó que tal hecho, de conformidad con las leyes 74 de 1968 (art. 7º) y 16 de 1972 (art. 5º), constituye violación de los derechos humanos, pues según tales disposiciones "nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Esos son los peligros de los tipos abiertos, ¡peligros que han llevado a que en nuestro país, los "maltratos físicos" no constituyan tortura!

Son, también, en nuestro concepto, tipos abiertos o indeterminados, los de los arts. 207 (falsificación de moneda) y 276 (constreñimiento ilegal); así mismo, algunos tipos consagradorios de conductas que atentan contra deberes jurídicos como los arts. 149 (prevaricato por acción), 150 (prevaricato por omisión), 152 (abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto), 175 (infidelidad de los deberes profesionales) y el 184 (fraude a resolución judicial, que puede conducir hasta la prisión por deudas), etc.

²⁸ H. WELZEL, *Derecho penal*, cit., pág. 40.

²⁴ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1974, pág. 69.

²⁵ *Programa...*, cit., t. I, § 23.

²⁶ JÜRGEN BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1973, pág. 58.

²⁷ ALFONSO REYES, "Los principios rectores del nuevo Código Penal", en la *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, núm. 1, II semestre de 1979, pág. 30.

^{27 bis} BAUMANN, ob. cit., págs. 59 y ss.

Súmense a ellos los arts. 91 del Código de Justicia Penal Militar (traición a la patria), 109 (espionaje), 139 (desobediencia), etc.

En cuanto a la indeterminación de las consecuencias, encontramos también claros ejemplos: los arts. 23 a 26 del decreto 522 de 1971 (casos de mendicidad teniendo medios de subsistencia, valiéndose de menores, fingiendo enfermedad, etc.), que traían aparejada como consecuencia jurídica la reclusión en colonia agrícola, abolida por el nuevo Código Penal; sin embargo, esto no obstó para que a finales del año 1982, la Personería de Medellín sostuviera, en concepto ampliamente difundido por la prensa local, por "novedoso", que sí se aplicaba tal consecuencia jurídica, tal vez porque se trataba de sumariar algunos mendigos, no dedicados precisamente a obtener cuantiosas fortunas acudiendo a ilícitos procederes, como es hoy de moda. También, se observa el mismo fenómeno con los eventos de los arts. 111, del que ya hablamos, 187 y 356, entre otros, y en el art. 2° del Proyecto ministerial, cuando permite que las medidas correctivas de internamiento en "centro de capacitación laboral" sean remplazadas por los "establecimientos dispuestos al efecto por el Ministerio de Justicia".

Pero encontramos, también, indeterminación en las medidas de seguridad, como recientemente lo ha observado MUÑOZ CONDE, como que todas tienen "un máximo indeterminado" (arts. 94, 95, 96), sin olvidar el esperpento vertido en el inc. 2° del art. 94²⁹; igual sucede con las penas accesorias (arts. 42 y ss.), las que, como se desprende del art. 55, empiezan a correr después del término señalado para la pena privativa de libertad, salvo el caso de condena de ejecución condicional, precedidas de amplia discrecionalidad a efectos de su imposición, como se ve en el art. 52.

La presencia de *tipos en blanco*, entre los que podemos señalar los arts. 273, 274, 140, 146, 203, 202, 229, 235, etc., cuyos supuestos de hecho se incluyen en normas de carácter extrapenal, generalmente resoluciones administrativas que se van modificando constantemente, y de los que abusa el Estatuto Penal Aduanero (arts. 15 a 25), constituyen violaciones del principio de determinación.

Esta indeterminación atenta, naturalmente, contra la seguridad jurídica y da pie para entablar las correspondientes acciones de inexecutable (Const. Nal., art. 214) o proponer las excepciones de inconstitucionalidad (art. 215) a que haya lugar.

VI. PRINCIPIO DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL (C. P., art. 4°)

"*Antijuridicidad*. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley".

²⁹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, "Monismo y dualismo en el derecho penal español y colombiano", en *Derecho penal y criminología* núm. 19, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pág. 28.

A) *Descomposición de la norma*. Consta, igualmente, de dos consagraciones: de un lado, la antijuridicidad como elemento de la estructura del delito; de otro, el principio de la antijuridicidad material o principio del bien jurídico o de la objetividad jurídica del delito como lo denominan otros.

Ocupémonos del primer aspecto. En efecto, se observa un equívoco en la redacción de la norma, pues se ha hecho de las conductas antijurídicas, conductas punibles, o por lo menos eso da a entender el tenor de la misma; debió decirse, más bien, "...para que una conducta típica sea *culpable*...". La expresión "interés jurídico tutelado por la ley", suscita, del mismo modo, algunas dificultades, como ya lo han puesto en evidencia MESA MORALES y GONZÁLEZ ZAPATA^{29 bis}, pero que debe entenderse como "bien jurídico tutelado".

Ahora bien, por antijuridicidad se entiende la característica de contrariedad con el derecho que presenta la conducta; el tema de la antijuridicidad es el saber si la realización de una acción típica está o no amparada por una causal de justificación³⁰. Si la conducta típica no está amparada por una causal de justificación será antijurídica; será, por ende, un *injusto*.

B) *Principio de la antijuridicidad material*. Una conducta solo es antijurídica cuando pone en peligro o lesiona efectivamente el bien jurídico; esto, porque la esencia del delito es el bien jurídico, sin que esto signifique que solo sea lesión de bienes jurídicos, pues también es delito la desobediencia de un mandato, la violación de las normas de convivencia ético-social, o la "violación de un deber de fidelidad" como afirma BETTIOL. Cuando se ha hecho del delito la violación de normas de convivencia ético-social, se ha caído en derechos penales de corte totalitario, *subjetivistas*; contrariamente, poner énfasis en la lesión del bien jurídico, nos lleva a derechos penales de corte liberal, *objetivistas*, como corresponde a todo Estado de derecho.

El concepto de "lesión", no ha de entenderse en un sentido naturalista, como causación de un daño a un determinado objeto de la acción (por ejemplo la muerte de una persona o los daños a la cosa ajena); debe entenderse como "contradicción del valor ideal que debe protegerse por la norma jurídica (lesión del bien jurídico). La lesión del bien jurídico, supone un daño para la comunidad que justifica la caracterización del delito como comportamiento socialmente dañoso"³¹.

La exigencia de la antijuridicidad material trae aparejada la exclusión del juicio de antijuridicidad, de las conductas inocuas y de las conductas insignificantes. El derecho penal está regido por el principio de la adecuación social

^{29 bis} FERNANDO MESA MORALES, y JULIO GONZÁLEZ ZAPATA, "De las normas rectoras de la ley penal", en *Temas de Derecho Penal*, segunda época, núm. 13, Medellín, Edit. Lealón, 1981, pág. 17.

³⁰ ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1978, pág. 59.

³¹ JESCHECK, ob. cit., pág. 316.

de las conductas, de conformidad con el cual, se excluyen de él las acciones socialmente adecuadas³², y que parece cobijar el principio de la insignificancia, el que, según ROXIN, "permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia"³³.

Desde el punto de vista de nuestro derecho positivo, consideramos un logro la no punición del delito imposible, que no solo atenta contra el principio del acto sino contra el principio que se estudia.

Pese a la abierta consagración del principio de la antijuridicidad material, observamos con preocupación algunos tipos básicos de la parte especial que no parecen exigir daño, y que harían inoperante el postulado aquel de que "no hay delito sin daño", como sucede en los arts. 112, 113 y 154, entre otros, en los cuales el daño se constituye en agravante, en los respectivos incisos segundos.

VII. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD (C. P., art. 5°)

"Culpabilidad. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

A) *Descomposición de la norma.* Hay aquí, del mismo modo, dos consagraciones: la culpabilidad como elemento o categoría de la estructura del delito y el principio de culpabilidad.

Como elemento de la estructura del delito, la culpabilidad es el último estrato de este proceso analítico; y ello es así, pues para afirmar la existencia de un delito no basta con que estemos en presencia de un injusto, se hace necesario que ese injusto "le sea jurídico-penalmente reprochable a su autor, o sea, que su autor sea culpable o que la conducta sea reprochable"³⁴. La culpabilidad es un juicio de desvalor que se formula al autor de un hecho prohibido por la ley penal, al autor de un injusto.

Sintéticamente, entonces, para que exista hecho punible se requiere un carácter genérico —la conducta— que debe adaptarse a una de las descripciones de la ley —típica—, no estar amparada por ninguna causal de justificación —antijurídica— y pertenecer a un sujeto a quien le sea reprochable —culpable—^{34 bis}.

B) *Principio de culpabilidad.* Es una derivación del principio de legalidad, de conformidad con el cual no hay pena sin culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), la pena criminal solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede ser reprochado al autor, e implica:

1. No puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad; toda pena supone culpabilidad. Con ello, se excluye la *responsabilidad por el resultado* o responsabilidad objetiva (C. P., art. 5°), de conformidad con la cual se le imputa al agente el hecho "sobre la sola base de la relación de causalidad" como dice ANTOLISEI³⁵.

2. La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, esto es, la *medición de la pena dentro del marco máximo de culpabilidad*. Tal como lo consagra el C. P. en su art. 61 cuando señala como criterio regulador de la pena "el grado de culpabilidad"; ello significa que el autor no responde por un defecto de carácter adquirido (derecho penal de autor) sino por su hacer (derecho penal de acto)³⁶.

C) *El principio de culpabilidad en el Código Penal.* El primer obstáculo que encuentra el principio en nuestra legislación penal, es el derivado de la consagración del principio romano *ignorantia iuris non excusat* en el art. 5° del Código Penal³⁷, violación que solo se puede evitar si se da cabida, por vía interpretativa, a todas las formas de error de tipo-prohibición y no solo a las hipótesis de error que ha consagrado el legislador en los ords. 3 y 4 del art. 40 (error de tipo y error sobre las causales de justificación), que parecen ser las "excepciones legales" de que habla el art. 10. Existen, así mismo, varias hipótesis de *delitos cualificados por el resultado más grave* (arts. 338, 348, 306, 3 y 4), los cuales son formas de responsabilidad objetiva; la violación del principio se podría evitar acudiendo a la preterintención (art. 38) solución que se ha venido abriendo paso en nuestra doctrina.

Hay, también, en el derecho penal complementario y concretamente en el decreto 522 de 1971, contravenciones que parecen hacer responsable al agente por el mero resultado causado, tales como las vertidas en los arts. 53, 55 y 56 y que mediante el proyecto que cursa en el Congreso se quieren someter al nuevo régimen de sanciones que allí se prescriben.

Muchas disposiciones del Código de Justicia Penal Militar siembran también dudas, entre las que se podrían citar el art. 140, que impone pena de prisión de hasta dos años al militar que en presencia de tropas formadas "declare categóricamente" que no obedece orden superior; o los tipos de desobediencia del art. 142 y ss. en los que basta "no presentarse", para incurrir en las penas consagradas en tales disposiciones; los casos de desertión del art. 159 y ss., en los que no interesa el aspecto subjetivo de la conducta para nada, pues lo que se reprime es el hecho de "desertar", como lo confirma el art. 161 el cual atenúa la pena cuando la intención del agente era diferente o porque obró en circunstancias de fuerza mayor o de calamidad doméstica.

La parte especial del Código trae muchas circunstancias agravantes previstas de manera específica, las cuales deben ser conocidas por el agente para

³² WELZEL, ob. cit., pág. 85.

³³ CLAUS ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Ed. Bosch, 1972, pág. 53.

³⁴ ZAFFARONI, ob. cit., pág. 71.

^{34 bis} Ídem.

³⁵ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Uthea, 1960, pág. 283.

³⁶ Cfr. JESCHECK, ob. cit., pág. 562.

³⁷ ZAFFARONI, ob. cit., pág. 525.

que se le puedan deducir, pues de lo contrario se caería en formas de responsabilidad objetiva: arts. 280-2, 270 ords. 1, 4 y 5; 288-2, 306-5; 310-1; 324 ords. 1 y 5; 351 ords. 3 y 7; 370 ord. 4; entre otros.

Verdaderos casos de responsabilidad objetiva son los que se presentan en el derecho penal aduanero, comoquiera que sus preceptos son tipos penales en blanco, como ya lo habíamos anotado, que se complementan con resoluciones expedidas por la Dirección de Aduanas, la Junta de Comercio Exterior y demás entidades gubernamentales, las cuales deben publicarse en el *Boletín de Aduanas*, publicación que nadie conoce y que impide el conocimiento de la ley por parte de los asociados, a quienes se aplica, así se encuentren en una situación de ignorancia absoluta con respecto a las mismas (cfr. arts. 15 a 25 del Estatuto Penal Aduanero).

Para terminar, no debemos olvidar la responsabilidad penal del ebrio, matizada de diversas formas de responsabilidad objetiva, tanto en nuestra doctrina que las ha admitido ciegamente, como en la jurisprudencia.

VIII. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD (C. P., art. 6°)

Favorabilidad. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados”.

A) *Consagraciones en el derecho positivo.* Aparece en los arts. 26-2 de la Constitución, 44 de la ley 153 de 1887, 15, inc. 1° de la ley 74 de 1968.

B) *Concepto.* Se explica este postulado, pues en principio la ley penal rige en el tiempo, salvo disposición en contrario de la misma, desde su promulgación hasta su derogatoria o extinción (*tempus regit actum*).

Si ello es así, “la ley penal no tiene efectos retroactivos, esto es, no puede aplicarse a casos ocurridos antes de su promulgación; ni tiene tampoco efectos ultraactivos, vale decir, no se puede seguir aplicando la ley después de expirada su vigencia”³⁸. Pero la norma general se ve excepcionada cuando entra en juego el principio de favorabilidad, evento en el cual sí puede sufrir efectos retroactivos o ultraactivos.

La prohibición de la retroactividad es una consecuencia del principio de legalidad tal como se ha formulado inicialmente (*nulla poena sine lege praevia*). Debe observarse, finalmente, que la norma cobija también a los inimputables, así se hable de “condenado” con lo cual parecería que en principio quedarán excluidos.

³⁸ LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ, *Lecciones de derecho penal*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 1974, pág. 58.

IX. PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA ANALOGÍA (C. P., art. 7°)

Exclusión de analogía. “Salvo las excepciones legales, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal”.

A) *Consagraciones positivas.* A pesar de que no hay prohibición expresa de carácter constitucional, podría decirse que el principio es emanación del art. 26 de la Carta Fundamental; pero expresamente, aparece en los arts. 9° de la ley 16 de 1972 y 15 de la ley 74 de 1968.

B) *Concepto.* El principio es también consecuencia directa del principio de legalidad, pues como habíamos dicho: *nulla poena sine lege stricta*.

Por *aplicación analógica* ha de entenderse aquel evento en el cual se aplica a un caso no regulado en la ley, pero semejante a los en ella contemplados, una norma extraída de la propia ley (*analogia iuris*); supone verdadera creación del derecho por regular casos no previstos en la ley³⁹.

La analogía puede ser en favor del reo (*in bonam partem*) o en desfavor del reo (*in malam partem*). Obviamente, por mandato mismo del principio de legalidad, la aplicación analógica que prohíbe la ley es la desfavorable, no así la favorable que permite la exclusión o la atenuación de la responsabilidad en beneficio del reo⁴⁰.

Las excepciones legales contempladas en nuestro Código son las del artículo 65, que remite, a efecto de atenuar la pena imponible, a circunstancias análogas a las previstas en el art. 64.

Un ejemplo de aplicación analógica en desfavor del reo, es el que propicia una tendencia doctrinaria y jurisprudencial, en materia de sustracción de fluido eléctrico, y cuyo más nuevo vocero es FERNÁNDEZ. En efecto, se ha sostenido que los casos de sustracción de fluido quedan cobijados dentro del supuesto de hecho del art. 349; lo cual no es posible, ya que la energía no es “cosa mueble”, no es una cosa *corporal* susceptible de apropiación, sino *incorporal*; que ello es así, lo confirman la doctrina y la jurisprudencia españolas, donde fue necesario reformar el Código Penal para poder cobijar tal hipótesis. En Colombia, pese a que la tendencia generalizada es la asimilación, creemos viable la tesis que sostenemos, máxime si hacemos hincapié en un derecho penal de corte netamente liberal, a tono con los modernos desarrollos⁴¹.

Distinta a la *aplicación analógica* es la *interpretación analógica*. Formalmente son lo mismo: aplicar una regulación legal para un caso determinado a otro similar no previsto en dicha regulación; materialmente, sin embargo, difieren, pues la aplicación analógica supone infracción al principio de legalidad (cuando es en desfavor del reo) y rebasar el texto legal. La interpretación, en cambio, respeta el principio de legalidad y no rebasa el “sentido literal posi-

³⁹ GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Madrid, Edit. Civitas, 1978, pág. 112.

⁴⁰ Ídem, pág. 113.

⁴¹ La posición de FERNÁNDEZ, en *Derecho penal fundamental*, cit., pág. 88.

ble⁴². Así, por ejemplo, la "otra utilidad" de que habla el art. 141 del C. P., en el caso del cohecho, no se refiere "solo al dinero contante y sonante o numerario, sino también a todo lo que por ser apetecible puede servir para corromper a los funcionarios públicos"⁴³.

X. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY (C. P., art. 8°)

"*Igualdad ante la ley.* La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella".

A) *Consagraciones positivas.* En la ley 74 de 1968, art. 26, en la ley 16 de 1972 art. 24; así mismo, aparece en la Convención de la ONU de diciembre 16 de 1948, en su art. 7°, que como hemos dicho fue suscrita por nuestro país: "Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

En el art. 2° se dice también:

"Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración sin distinciones de ninguna índole".

B) *Concepto.* El principio es de raigambre liberal, como que data de la Revolución Francesa. Formalmente, es una más de las tantas garantías y libertades formales de los revolucionarios de 1789, que se constituyó en bandera de la burguesía a la hora de tomar el poder.

Es evidente que este principio, materialmente, se ve rebasado por su consagración; si algo se observa en la aplicación de la ley penal, es la desigualdad, la sectorización de la sociedad en clases, que lo son también para el derecho penal.

XI. PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA (C. P., art. 9°)

"*Cosa juzgada.* El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por el juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta".

A) *Consagraciones positivas.* Art. 14 de la ley 74 de 1968 y ley 16 de 1972, art. 8°.

B) *Concepto.* Se trata de un principio de índole sustantivo-procesal. Su carácter "rector" se justifica en la medida en que proclama la seguridad jurídica de los ciudadanos en frente a la acción represiva del Estado, pues la finalidad de la jurisdicción es juzgar la conducta y no la de terminar con un fallo con-

⁴² MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., pág. 153.

⁴³ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 27.

denatorio a toda costa; si ello no fuera así, la persona quedaría sometida de manera indefinida al Estado⁴⁴.

Desde un ángulo procesal, debe anotarse, esta decisión sobre el fondo del hecho debatido, no necesariamente tiene que suponer la presencia de una sentencia, como lo da a entender la norma, pues también los llamados *autos de conclusión* (auto de cesación de procedimiento, sobreseimiento definitivo) ponen fin al trámite procesal.

Al hablar la norma de "...sentencia proferida por el juez colombiano...", debe entenderse que se refiere a la hipótesis del artículo 16, en virtud de la cual si la sentencia se profiere "en el extranjero respecto de los delitos señalados en los artículos 14 y 15-2" no tendrá el valor de cosa juzgada; en las demás hipótesis ha de estarse a lo dispuesto en los incisos 2, 3 del art. 16.

XII. PRINCIPIO DEL CONOCIMIENTO DE LA LEY (C. P., art. 10)

"*Conocimiento de la ley.* La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella. En ningún caso tendrá vigencia la ley antes de su promulgación".

A) *Consagraciones positivas.* Tal como aparece enunciado, el principio es objeto de consagración en el art. 9° del Código Civil y en el art. 56 del Código de Régimen Político y Municipal. El anterior estatuto también lo consagraba, aunque no tan explícitamente, en sus arts. 23 y ss.; consagración que repitió el Código de Justicia Penal Militar en su art. 22, no admitiendo la ignorancia de la ley sino tratándose de faltas militares y siempre que provengan de fuerza mayor.

B) *Concepto.* Sabido es que desde hace más de dos mil años se ha venido manteniendo como sostén de las sociedades civilizadas una presunción *juris et de jure*, que encierra dos aforismos:

1°) A nadie le es permitido ignorar las leyes (*nemini licet ignorare jus*).

2°) Se presume que todo el mundo las conoce; por lo cual, aunque resultare que se ignoraban, le obligan lo mismo que si las hubiese conocido (*nemo jus ignorare consetur; ignorantia legis neminem excusat*). Esta presunción designada por COSTA como "un verdadero escarnio y la más grande tiranía que se haya ejercido jamás en la historia", se ha mantenido hasta nuestros días, "...a sabiendas de que es contraria a la realidad de las cosas; a sabiendas de que es una ficción, a sabiendas de que es una falsedad..."⁴⁵.

Esta ficción jurídica, tan cultivada, ha jugado un papel decisivo en el mantenimiento del derecho, cuya entraña clasista pone de presente PÉREZ: "Ficción muy cómoda para quien dicta o mantiene la norma, pero de deplorables

⁴⁴ En tal sentido MESA MORALES y GONZALEZ ZAPATA, ob. cit., pág. 13.

⁴⁵ JOAQUÍN COSTA, *La ignorancia del derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pág. 13.

efectos en las víctimas de esa amenaza. Es una subversión de la buena fe, un ataque larvado contra los pobres y los ignorantes, una exaltación del poder estatal y una negación práctica de los desajustes sociales⁴⁶.

Esa es la ficción que el legislador ha recogido en esta norma rectora, aunque con "excepciones", que no son otras que los casos de *error*, y no solo los del art. 40, num. 3 y 4, sino otros que hemos de deducir por la vía de la interpretación sistemática, y que hacen que el mencionado principio no tenga relevancia alguna en frente a nuestra legislación.

C) *El error y la ignorancia. Casos de error.* Sicológica y filosóficamente, *error e ignorancia*, son dos conceptos totalmente distintos: La *ignorancia* supone una falta absoluta de todo conocimiento, es un estado negativo. El *error* es un conocimiento deformado, es un estado positivo⁴⁷.

Pese a lo anterior, desde una perspectiva juridicopenal, *error e ignorancia* son lo mismo y así lo ha entendido la doctrina universal; lo cual se explica, porque como dice, entre nosotros, RUIZ: "tales fenómenos producen un efecto común y tienen un origen común. Ambos son un estado intelectual, una posición de nuestra conciencia y de nuestro conocimiento: negativo el uno y positivo el otro"⁴⁸.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta cómo desde el derecho romano se distinguió el *error de hecho*, del *error de derecho*. El primero recae sobre el hecho, sobre los hechos; el segundo, sobre el derecho, sobre la normatividad jurídica. El error de hecho excluía la responsabilidad, no así el de derecho —por eso la vigencia de la presunción *nemini licet ignorare jus*—. Posteriormente se empezó a distinguir entre error de derecho penal y extrapenal, para dar cabida a los casos en los cuales la ignorancia de la ley recaía sobre normas extrapenales; en estos casos se excluía también la responsabilidad.

Finalmente, continuando con este ligero esbozo histórico, surgió en Alemania una tendencia modificadora y fue así como, después de 1920, se empezó a distinguir entre error de tipo-prohibición; esta clasificación se generalizó en la doctrina alemana y finalmente la acogió el Tribunal Supremo Federal mediante su trascendental decisión de marzo 18 de 1952.

D) *Concepto de error.* Juridicopenalmente hablando, el error significa una discordancia entre conciencia y realidad; con ello hay dos posibilidades: que la conciencia exista y falte la realidad, o al contrario⁴⁹.

El *error de tipo*, es el error sobre una circunstancia objetiva del tipo legal: excluye el dolo de la realización típica (dolo de tipo); el autor puede ser castigado por hecho culposo, cuando esté previsto en la ley penal. El caso típico que han citado siempre los autores alemanes, es el del cazador que mató a su

enemigo, quien se encontraba disfrazado de oso, en una zona donde tales bestias abundaban y mientras el autor se dedicaba a la cacería.

El *error de prohibición*, es el error sobre la antijuridicidad del hecho, con pleno conocimiento de la realización del tipo (con pleno dolo de tipo). El autor sabe lo que hace pero supone erróneamente que le está permitido; no conoce la norma jurídica o la interpreta mal; o supone erróneamente que concurre una causal de justificación.

Como ejemplos de error sobre la antijuridicidad, como también se le denomina, podemos proponer los siguientes: El autor consume hojas de coca para mitigar el cansancio, pero supone erróneamente que le está permitido, ya que así se ha acostumbrado en la comunidad indígena en la cual convive; el autor contamina las aguas sin saber que el hecho está consagrado dentro del catálogo de prohibiciones de la ley penal; el autor se defiende de un supuesto ataque de su enemigo, quien realizó un ademán sospechoso⁵⁰, etc.

E) *Excepciones legales.* La doctrina colombiana ha venido entendiendo que las "excepciones" de que habla el art. 10 son los casos de error de tipo (art. 40, ord. 4º) y de error sobre las causales de justificación o error indirecto de prohibición (ord. 3 del art. 40); cuando el error es vencible, se reprocha la conducta a título de culpa si existe el correspondiente tipo culposo.

Con estas "excepciones" se permite la amplia vigencia del principio de conocimiento de la ley, desdibujando de paso el de culpabilidad. Decimos esto, pues con tal proceder se termina en frente a verdaderas formas de responsabilidad objetiva, ya que no quedan contemplados los casos de error de prohibición directo, entre los cuales sobresale la clásica *ignorantia legis* ni tampoco el error sobre circunstancias agravantes y atenuantes.

Ahora bien, la doctrina colombiana actual, con REYES a la cabeza, ha tratado de enmendar el entuerto, sosteniendo como primera medida que el principio del conocimiento de la ley no tiene ninguna relevancia en frente a la legislación penal; y en segundo lugar, que los casos de crasa ignorancia de la ley y lo que él llama "error de valoración" o de interpretación, han de ubicarse como error de tipo en el art. 40-4; con ello, no obstante, no se solucionan todas las dificultades, pues quedan algunas formas de error por ubicar y, además, hay que aceptar el reproche a título de culpa para estos casos, extendiendo al art. 40-3 el inc. 2 del ord. 4º, para terminar desdibujando la distinción de la que se parte⁵¹. Cuestión parecida acontece con FERNÁNDEZ, aunque con la advertencia de que este va mucho más lejos, al terminar encuadrando todas las hipótesis de error, bien dentro del art. 40-3, bien dentro del art. 40-4, preferentemente en este último, como que para él, dada su sistemática, todos los errores son error de tipo^{51 bis}. Esta última solución, así no

⁴⁶ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1981, pág. 72.

⁴⁷ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Buenos Aires, Edit. Suramericana, 1978, pág. 390.

⁴⁸ SERVIO TULIO RUIZ, *Teoría del hecho punible*, Bogotá, Edit. Librería del Profesional, 1980, pág. 38.

⁴⁹ HAFT, ob. cit., pág. 197.

⁵⁰ Cfr. WELZEL, ob. cit., pág. 232.

⁵¹ ALFONSO REYES, *La culpabilidad*, Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1982, pág. 221.

^{51 bis} Ob. cit., págs. 362 y ss. y 453 y 22.

se comparta, tiene la gran ventaja de que salvaguarda el principio de culpabilidad, que es en fin de cuentas lo que importa; así se discrepe de la construcción que se adopta⁵².

Lo que es evidente, es que el principio del conocimiento de la ley, dada la formulación que viene proponiendo la doctrina y que debe prohibirse, en tanto no le otorga relevancia juridicopenal alguna, debe irse descartando del catálogo de las "normas rectoras", para dar cabida al principio de culpabilidad, sin cortapisas de ninguna índole.

El inciso del art. 10 trae también un agregado, conforme al cual "en ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación". Esta consagración, evidentemente muy saludable, tiene como presupuesto el reconocimiento del principio del conocimiento de la ley, el cual secunda y al que sirve de límite; sin embargo, su lugar debió de ser otro, pues no debe fomentarse en materia penal ni en ninguna otra, la cláusula de estilo que se ha venido imponiendo, de conformidad con la cual las leyes rigen desde su sanción o desde su publicación, esto es, antes de ser promulgadas, dos meses después de que lo anterior ha sucedido, como por vía general lo ha consagrado el Código de Régimen Político y Municipal, observando algunas excepciones, que justamente se han vuelto norma general⁵³.

XIII. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL (C. P., art. 11)

"*Juez natural*. Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunales especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con violación de las formas propias de cada juicio".

A) *Referencias al derecho positivo*. El principio es de rango constitucional (Const. Nal., art. 26) y legal: ley 74 de 1968, art. 14, ley 16 de 1972, art. 8° y Código de Procedimiento Penal, art. 1°.

B) *Concepto*. Dos prohibiciones supone esta norma, más de corte procesal que sustantivo. En efecto, en *primer lugar*, se prohíbe instituir jueces o tribunales especiales para juzgar un hecho con posterioridad al mismo, con lo cual no se logra reivindicar la supremacía de la justicia ordinaria, como era el

⁵² Hemos intentado, acudiendo a la herramienta de la interpretación, dar respuesta a las dificultades que esta materia plantea. Al respecto, confróntese nuestro artículo: "El inciso final del art. 40 se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición?", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 19, Bogotá, Edit. Temis, 1983, págs. 295-312.

⁵³ Dice el art. 52 del C. de R. P. y M., que "la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada.

"La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción".

Las excepciones aludidas aparecen en el art. 53, y no creemos que se extiendan a la "ley penal" ante el carácter terminante de esta en su art. 10, lo que de por sí representa una garantía para los destinatarios de la misma.

cometido inicial de los redactores, quienes en el proyecto de 1978 llegaron a incluir un artículo, el 10, del siguiente tenor: "*Justicia penal militar*. Salvo los casos de guerra exterior, no podrá extenderse la competencia de la jurisdicción penal militar a personas que no pertenezcan al ejército nacional", norma repetida por el art. 11 del proyecto final de 1979 y que al parecer desapareció en la revisión final, realizada por el ministro de Defensa de entonces, según lo denunció públicamente un jurista bogotano en una conferencia dictada en esta ciudad, hecho que nos ha situado ante una gran paradoja: mientras que el Código Penal de 1936 fue enviado a la Academia de la Lengua para su revisión, el de 1980 lo fue al Ministerio de Defensa Nacional. ¡Cómo cambian los tiempos!

Lo que la norma ha hecho, entonces, es legitimar el juzgamiento de particulares por parte de la justicia penal militar, siempre y cuando el tribunal "especial" haya sido constituido con anterioridad al juzgamiento, así se lleve de calle lo preceptuado por el art. 170 de la Constitución, cuyo tenor literal ha sido desnaturalizado por tendenciosa jurisprudencia.

En *segundo lugar*, prohíbe la disposición que se violen las garantías procesales o formas propias de cada juicio, que se encuentran consagradas en el art. 26 de la Carta Fundamental, y que el proyecto ministerial que cursa en el Congreso no respeta, al establecer procedimientos "sumarios" y "breves", que impiden un adecuado ejercicio del derecho de defensa, restringiendo la libertad probatoria —por ejemplo, niega la práctica de careos en algunos eventos: art. 20—; y como si esto fuera poco, viola la institución del juez natural, al traspasar el juzgamiento de los delitos que atenten contra el patrimonio económico, tornados en "contravención", a las autoridades administrativas: gobernadores, intendentes, comisarios y al Consejo Distrital de Justicia de Bogotá, a los inspectores de policía y alcaldes —como ya ha venido ocurriendo— (art. 3° del proyecto).

XIV. PRINCIPIO DE LA FUNCIÓN DE LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD (C. P., art. 12)

"*Función de la pena y de las medidas de seguridad*. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

A) *Consagraciones positivas*. El principio responde a obligaciones internacionales asumidas por Colombia; en efecto, en la ley 74 de 1968 (art. 10, párrafo 3°) se dice que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados". Así mismo, la ley 17 de 1972, en su art. 5° párrafo 6° establece que "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados".

B) *La pena*. En la pena se distinguen, tradicionalmente, tres aspectos: su justificación, su sentido y su fin.

La pena se *justifica* por ser un medio imprescindible para mantener las condiciones de vida fundamentales, dentro de la convivencia en sociedad. En cuanto al *sentido y fin*, la polémica ha sido bastante ardua, habiendo originado diversas escuelas o teorías:

Las *teorías absolutas*, atienden solo al sentido de la pena, prescindiendo de la idea de fin; el sentido de la pena es la retribución o la imposición de un mal por el mal cometido (KANT y HEGEL).

Las *teorías relativas*, en cambio, atienden al fin que se persigue con la pena. Se dividen en teorías de prevención general y especial.

Las de *prevención general*, ven el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos para que se aparten de la comisión de delitos (FEUERBACH y SCHMIDHAUSER).

Las de *prevención especial*, ven el fin de la pena en apartar al delincuente de la comisión de futuros delitos, bien mediante la corrección o la educación, o bien mediante su aseguramiento (VON LISZT).

Las *teorías de unión*, plantean una solución de compromiso afirmando que el sentido de la pena es la retribución y su fin la prevención (general o especial) (JESCHECK).

Frente a las anteriores teorías se ha formulado por ROXIN la llamada *teoría unificadora dialéctica*, de conformidad con la cual debe atenderse a cada uno de los estadios en que la pena aparece, para determinar que efectos tiene. En efecto, en el *estadio de la amenaza penal*, la pena tiene como efecto la prevención general; en el *estadio de la aplicación*, su efecto es la retribución; y en el *estadio de la ejecución*, su efecto es la prevención especial⁵⁴.

C) *La medida de seguridad*. Si la pena atiende al grado de culpabilidad, la medida de seguridad atiende a la peligrosidad del delincuente. Por *peligrosidad* se entiende, dice MUÑOZ CONDE, "...la probabilidad de que se produzca un resultado, en este caso la probabilidad de que se cometa en el futuro un delito por parte de determinada persona..."⁵⁵.

La esencia de la medida de seguridad es preventivo-especial; el delincuente es sujeto pasible de la medida, bien para buscar su corrección o su reeducación, bien para apartarlo de la convivencia en comunidad si lo anterior no es posible.

D) *Concepto*. Creemos que la única meta de este principio y tal vez la fundamental, sea la de convertirse en una norma rectora "destinada a permear el sentido de la teoría del delito y a transformar las instituciones patrias en ejecución penal"⁵⁶. Esto, porque el legislador al asignar a la pena y a la medida de seguridad todas las funciones imaginables, no ha definido, en consecuencia, una filosofía de la pena y de la medida de seguridad; esta superposición

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., págs. 34 y ss. CLAUS ROXIN, *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1976, págs. 11 a 39.

⁵⁵ Ídem, pág. 39.

⁵⁶ FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 371.

de teorías está llamada por fuerza a fracasar como lo advierte ROXIN, pues la mera adición de funciones no solo destruye la lógica inmanente a la concepción sino que aumenta el ámbito de aplicación de la pena, que se convierte así en un medio apto para cualquier empleo; esto, es muy grave desde el punto de vista del Estado de derecho⁵⁷. Lo mismo acontece con la superposición de funciones que se atribuye a la medida de seguridad.

Lo evidente, es que la finalidad de la pena en el derecho penal colombiano es netamente retributiva; para la muestra tenemos el proyecto ministerial que cursa en el Congreso. ¿Y qué no decir de las medidas de seguridad, algunas de las cuales son de duración indeterminada, como acontece con la internación para enfermos mentales permanentes? Pero lo más grave no es eso; lo escandaloso es que no existan los tan anunciados centros de tratamiento para los inimputables, pese a que ya llevamos casi cincuenta años regulando medidas de seguridad en nuestras codificaciones.

El éxito de una auténtica ejecución penal, en nuestro medio, radica en una verdadera transformación del sistema penitenciario, siguiendo los postulados señalados más arriba y que obligan a Colombia en el concierto de las naciones. Claro que seguimos improvisando, como acontece con el proyecto ministerial, que al desvertebrar nuestro sistema dualista de penas para imputables y medidas para inimputables peligrosos, introduce una "medida correctiva" de "internamiento en centros de capacitación laboral", sin que se haya pensado, como es lógico, en crear tan pomposos centros. No se han perfilado soluciones para tratar a los inimputables peligrosos, muchos de los cuales andan desnudos por las calles de nuestras principales ciudades sembrando la intranquilidad y la zozobra, atentado contra la vida humana y la integridad de los asociados, para venir a pensar ahora en estas nuevas "medidas de corrección"!!!!

⁵⁷ *Problemas básicos*, cit., pág. 18.