

# EL HURTO DE USO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL\*

Doctor JORGE ENRIQUE VALENCIA M.\*\*

## I. DESCRIPCIÓN TÍPICA

1. *Código Penal, art. 352*: “Si el apoderamiento se cometiere con el único fin de hacer uso de la cosa y se restituyere en término no mayor a veinticuatro horas, la pena respectiva se reducirá a la mitad. Cuando la cosa se restituye con daño o deterioro grave, la respectiva pena solo se reducirá en una tercera parte”.

2. Dentro de los criterios que enseña la escuela de la técnica jurídica la diseción dogmática del tipo penal del hurto de uso presenta las siguientes notas particulares:

a) Es un tipo de *sujeto activo indeterminado*, ya que la conducta típica puede ser ejecutada por cualquier persona.

b) Es un tipo *complementado o subordinado* del hurto simple por describir circunstancias especiales que apenas cualifican la conducta básica y que no puede aplicarse con prescindencia de esta.

c) Es un tipo de *acción* por describir una conducta positiva, esto es, un hacer penalmente relevante.

d) Es un tipo de *resultado* pues no solo requiere la realización del comportamiento punible, sino la producción de un evento.

## II. CONCEPTO

Ha lugar este tipo penal —desconocido en el Código actual— cuando el autor, en ausencia del consentimiento de la víctima, toma la cosa sin propósito de apropiación, desapoderamiento o expropiación definitiva, con el designio de hacer uso momentáneo de sus atribuciones, reintegrándola al patrimonio del derechohabiente una vez fenece la utilización que ella permite alcanzar y que aquel se propuso subjetivamente obtener.

## III. PRECEDENTES Y GENERALIDADES HISTÓRICO-LEGISLATIVAS

1. “El hurto era, en derecho romano, el manejo fraudulento de una cosa contra la voluntad del propietario, con intención de sacar beneficio de la cosa

\* Este trabajo apareció inicialmente en la Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, número 3, II Semestre de 1980, págs. 65 a 77 y se reproduce con las debidas autorizaciones.

\*\* El autor se desempeña como juez tercero superior de la ciudad de Cali; profesor de las Universidades Libre y Santiago de Cali; miembro del Colegio de Abogados Penalistas del Valle del Cauca.

misma, de su uso o de su posesión”<sup>1</sup>. El hurto, de clara progenie latina, fue definido en términos generales por PAULUS como *contractatio fraudulosa rei alienae, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, etiam usus ejus possessionisve*<sup>2</sup>.

2. Es de toda verdad que en la clásica tradición del *antiquus ius romanum*, la figura del hurto de uso solo vino a perfilarse y a ser materia de particular tratamiento punitivo por parte de los jurisconsultos, una vez superado el derecho del primer período pues ni siquiera las previsiones de la *Lex Duodecim Tabularum* se ocuparon de sus manifestaciones típicas incriminantes. La doctrina romana distinguió con una intuición verdaderamente sorprendente entre el *furtum possessionis*, el *furtum ipsius rei* y el *furtum usus*: la voluntad de la víctima podía dirigir contra el autor del latrocinio, excluyentemente, una cualesquiera de tres acciones entendiéndose que estaban reservadas, con eliminación de cualquier otro sujeto, al propietario de la cosa: *actio rei vindicatio*, *actio ad exhibendum* y *actio condictio furti*. No empece a lo anterior el titular del derecho lesionado tenía siempre a su favor la *actio furti*, cuya génesis, naturaleza, objeto y finalidades eran distintas a las enunciadas<sup>3</sup>. Recuerda FERNÁNDEZ DE MOREDA que el derecho romano castigaba expresamente al tintorero y al sastre que vistieran los trajes que sus dueños les habían entregado para que los tiñesen o cosieran. En igual forma alude al romano que había prestado su caballo a un amigo para que llegase a Ariceia, allende el monte Albani, sobre la Vía Apia; pero el amigo se excedió yendo más lejos del lugar pactado, lo que le valió una condena por hurto<sup>4</sup>. El criterio fue recogido en el siguiente precepto: *Qui iumenta sibi commodata longius duxerit alienave re, invito domino, usu fit, furtum facit*<sup>5</sup>.

3. En su estudio clásico sobre la materia, trae a la memoria el antiguo profesor de la Universidad de Madrid, que en el derecho germánico medioeval fue notable el edicto de Rotario, rey de los lombardos, que incriminaba como figura subalterna del hurto, el aprovechamiento del caballo ajeno cuando el culpable no solo limitaba su actividad física a cabalgar sobre los aledaños del lugar sino cuando traspasaba tales límites sin autorización del propietario. El uso del caballo ajeno fue mencionado en la *Lex Salica*, la *Lex Ripuariorum* y la *Lex Burgundorum*<sup>6</sup>.

4. En el mundo medioeval los glosadores, postglosadores y prácticos conservaron los rasgos científicos y legislativos y las notas conceptuales del hurto de uso, al dictar disposiciones especiales que tutelaban el patrimonio del propietario del manejo depredatorio de la cosa, aun cuando esta regresara a su es-

<sup>1</sup> EUGENE PETIT, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1975, pág. 456.

<sup>2</sup> Cfr. L.I. Dig., XLVII, *De furtis*, 2.

<sup>3</sup> Así, PETIT, *opus cit.*, pág. 459.

<sup>4</sup> Cfr. F. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIV, Buenos Aires, 1961, pág. 686.

<sup>5</sup> “Quien condujere más lejos los asnos dados en comodatos o por otra cosa, contra la voluntad del dueño, hace uso de ellos y comete hurto”.

<sup>6</sup> Cfr. F. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *opus cit.*, pág. 687.

fera de dominio por iniciativa del autor. Las reminiscencias de la tradición romanista se palpan sin mayor esfuerzo con los significativos criterios del *furtum magnum* (predominio del aspecto cuantitativo), *tertium furtum* (pena capital a la tercera infracción sucesiva) y *furtum manifestum* y *nec manifestum* (agresiones flagrantes o subrepticias), etc. En este período, tanto el derecho escolástico francés como el italiano, diferenciaban entre el hurto simple y el uso o la posesión fraudulenta de la cosa. Especial referencia merecen las *VII Partidas* que incluyeron entre sus curiosas disposiciones la siguiente modalidad de la figura: “Quien bueyes o bestias ajenas metiere en su era para trillar sin mandado de su dueño, peche por cada cabeza quatro maravedís: e si por aventura bestia o buey muriere, peche lo tan bueno a su dueño u el precio que valiere con la pena sobre dicha: e si no muriere, y alguna lesión y prisiera, peche al dueño otra tal cual fuere, con la pena del doblo; y esta pena haya quien tomare bestia ajena, o buey para corretear alguna cosa sin mandado o contra voluntad de su señor”. [Part. VII, tít. XIV, ley 1ª, vid. III, cap. LIIII]. Y el *Fuero Juzgo* tenía por ladrón al que por tercer día seguía disponiendo de las caballerías [libro VIII, IV, leyes 1ª, 10 y 11].

5. La Constitución Carolina, dictada por el emperador Carlos V en el año 1532, prescribió el evento de quien “abusase de la cosa cuyo uso le fuere dado, al igual de quien consciente y fraudulentamente dispusiera del bien de otro cuya guarda le había sido confiada”.

6. Abundando en referencias de carácter histórico cita FERNÁNDEZ DE MOREDA a ANTON MATTEIS o ANTONIO MATANS II, práctico del siglo XVII, quien describió a manera de ejemplificaciones las siguientes hipótesis de hurto de uso: “Cuando el depositario de la cosa depositada o el acreedor de la cosa que se le empeñó la utilicen y no hubiese permiso para ello. Cuando el comodatario utilice la cosa dada en comodato, de modo distinto a aquel al que se haya obligado por la ley del contrato”<sup>7</sup>.

7. En el siglo XIX el hurto de uso no fue previsto como título o ente penal autónomo ni en el Código Penal francés de 1804, ni en el alemán de 1871, ni en el italiano de 1889 como tampoco en los códigos españoles de 1843, 1850, 1882, 1928, 1932 y 1944. Excepcionalmente aparecen reguladas algunas de sus hipótesis en los códigos penales de Alemania, Bolivia, Malta, Dinamarca y Colombia del siglo pasado.

El Código Penal alemán de la época imperial en su art. 290, contempla un solo evento de hurto con fines de uso, que se configura cuando el prestamista prendario, indebidamente, hace uso de los objetos o bienes recibidos en prenda.

El Código Penal de Bolivia de 1834, que entre otras cosas es copia literal del español, consagra un singular supuesto de la figura en su art. 626, al prever, que “el que fraudulentamente *hiciera uso de su cosa propia* puesta en poder ajeno por vía de prenda o seguridad, sufrirá un arresto de ocho días a dos meses”.

<sup>7</sup> F. BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, *opus cit.*, pág. 687.

El art. 271 del cuerpo penal de Malta de 1854 consagra uno de los más interesantes supuestos del *furtum usus* al redactar, con técnica incomparable, y anticipándose casi un siglo a las previsiones modernas, que “cuando el lucro perseguido por el culpable fuere del solo uso, con ánimo de restituir enseguida la cosa, el delito entrará en la clase de las contravenciones”.

El Código Penal de Dinamarca de 1886 prescribió que “quien de manera ilegítima entrara en la posesión de la propiedad de otros, sin querer atribuírsela ni privar de ella al dueño sino par usarla con fin determinado” se hace acreedor a una pena afflictiva de la libertad y a la multa.

El art. 904 del Código Penal colombiano del siglo pasado (1887) preceptuó: “El que sin fuerza ni violencia, pero sin el consentimiento del dueño de la cosa, se apodera de ella, a sabiendas y maliciosamente no para apropiársela, sino para servirse de ella, si el tiempo por el cual la retuviere no excediese de quince días, pagará una multa de ocho a ochenta pesos y será arrestado por tres a ocho días; pero si excediese el uso de quince días, además de la multa expresada sufrirá arresto por quince días a dos meses. El consentimiento del dueño puede ser manifestado aún después del acto”.

A su vez los arts. 905 y 907, *ejusdem* refieren: “Si para usar la cosa hubiese habido fuerza o violencia se aumentarán en una cuarta parte las penas señaladas en el artículo anterior” y “las personas que no deben ser penadas por robo según el art. 807 (próximos parientes), tampoco lo serán por el uso de la propiedad de su deudo, siempre que concurran circunstancias semejantes a las que allí se especifican”.

8. Modernamente y con algunas variaciones, se acepta el hurto de uso por los códigos italiano de 1930 (art. 626), noruego (art. 393), suizo (art. 62), griego (ley 1957) y español (leyes de 1950 a 1965). En Latinoamérica varios ordenamientos penalizan el hurto de uso, entre otros los de Cuba (art. 529), Méjico (art. 380), Uruguay (art. 342), Honduras (art. 512), Guatemala (art. 401), Costa Rica (art. 288) y finalmente el nuevo Código colombiano (art. 352).

9. Rastreando los antecedentes histórico-legislativos de la figura en nuestra patria hallamos ciertamente cómo en los códigos penales de 1873 y 1890 se describía la conducta de quien sustraña la cosa con el propósito de usarla, evento que el legislador de aquel entonces denominó “robo de uso” (arts. 588, 589 y 590) y “uso de las propiedades ajenas sin el consentimiento del dueño” (arts. 904, 905, 906, 907 *ibidem*). En el Código Penal de 1936, el legislador guardó silencio sobre el particular y si bien definió el hurto simple nada dijo acerca de la tipificación específica del hurto de uso como acertadamente lo hace el nuevo estatuto punitivo. Opine lo que quiera la doctrina nacional, la creación típica de esta dinámica revela la insuficiencia del legislador de 1936 por comprender conductas o comportamientos dirigidos a incriminar la sustracción provisional de la cosa sin intención de desapoderar definitivamente la custodia ajena.

10. Frente a la doctrina, la jurisprudencia y el criterio de los consagrados, de verdad que no fueron extremados ni laboriosos los problemas de exégesis que se suscitaron cuando se trató de punir el proceder de quien tomando la co-

sa con el fin de hacer uso momentáneo de ella, la restituía al derechohabiente después de detentar un poder *de facto* derivado de su utilización. En pugna con la técnica y la dogmática todos a una se identificaron con la feliz y pacífica solución de encuadrar dentro de los límites descriptivos del tipo básico del hurto (art. 397), la conducta atrás materializada. Bajo tal entendimiento de casuística el apoderamiento temporal de la cosa tomada por el autor con el designio de usarla, sometiéndola así fugazmente a su propio poder, quedó enfeudada dentro de la anotada previsión, aun cuando la acción, circunstancias, modalidades del hecho y estados exclusivamente síquicos no guardarán fiel individualidad ni interdependencia, con el verbo rector ni con los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo al cual accedían. El mayor contenido injusto del hurto simple cobijó una conducta, a nuestro juicio atípica, y por lo tanto insusceptible de represión penal. El principio de la legalidad sobre la base dogmática que se deja apuntada, quedó seriamente maltrecho. Siempre tomamos con reservas la validez de la mejor doctrina, y en la disidencia, profesamos el criterio de que el comportamiento *sub examen* que ciertamente creaba una posición excluyente aunque precaria de dominio, pero sin que pudiera hablarse bajo ningún supuesto de una desposesión definitiva, no aparecía tabulado en el Código de la materia. Entendimos cuando menos la atipicidad relativa del hecho y en asonancia con tales postulados, pero fundamentalmente con pie en el elemento subjetivo-finalista, sin hesitaciones lo refrendamos en uno o dos fallos judiciales que muy tempranamente y como era apenas de presumir encontraron su carta de defunción.

11. La casación penal, sentando jurisprudencia, debió enfrentarse, en su momento, al supuesto del hecho consistente en el apoderamiento violento de una nave comercial que hacía el trayecto entre Riohacha y Santa Marta, el día cinco de marzo de mil novecientos sesenta y ocho. Los delincuentes, tras atemorizar a la tripulación la forzaron a mudar su ruta normal, dirigiéndose hacia la Isla de Cuba donde aterrizó el avión. La nave aérea regresó ulteriormente a tierras colombianas sin ninguna novedad. Admite la Corte, para el evento, la existencia de un *robo de uso*, con una interpretación amplísima y poco convincente del *animus lucrandi*. El pasaje más importante de aquella decisión aparece inspirado bajo la siguiente dialéctica:

“Si se negara la posibilidad jurídica del delito de robo de uso con base en que el art. 2º de la ley 4ª de 1943 emplea la expresión *apoderamiento* y por ello el *animus lucrandi*, en esta infracción, quede restringido el propósito de apropiación (*animus rem sibi habendi*), se llegaría, en algunos casos en los que el agente busca el lucro solamente a través del uso, al desamparo de ese interés jurídico de la *posesión* que tutela la norma que reprime el delito de robo.

”Supóngase en efecto, que alguien con el solo propósito de viajar gratuitamente (sin erogación económica alguna), acude a un aeropuerto y sube a una de esas modernas y costosas aeronaves, luego de superar la oposición de quienes custodian mediante procedimientos intimidativos; y aprovechando que conoce la técnica de la navegación aérea consigue emprender el vuelo hacia el lugar a donde quiere trasladarse, y, en efecto, cumple el viaje proyectado.

"Pues bien: ¿Comete robo? ¿O simplemente consumó la contravención de uso de cosas muebles ajenas sin consentimiento de su poseedor legítimo?

"Si se niega la posibilidad jurídica del delito de robo de uso, el caso dado anteriormente tendría que ser reprimido con la pena de multa de cincuenta a quinientos pesos prevista en la contravención de que se ha hecho referencia, lo que lleva, en la práctica, a la desprotección de un importante interés jurídico, el de la *posesión* de los bienes muebles ajenos.

"Y semejante solución habría de corresponder si el apoderamiento que lleve a cabo el delincuente, para ese mismo supuesto viaje, lo cumple en un ferrocarril o en un automóvil, o en un caballo.

"En cambio (y frente a tan inaceptables resultados), si la cosa mueble ajena está en poder de quien la usa en provecho propio (ya sea un automóvil para hacer un viaje sin permiso del dueño), porque la recibió por un título no traslativo de dominio, si hay perjuicio a tercero, se tiene un delito, el de abuso de uso, con represión más severa que la señalada en el art. 67 del decreto 1118 de 1970.

"¿No resulta, al ser negada la posibilidad jurídica del robo de uso, irrita la tutela de la posesión de las cosas muebles, en las hipótesis mencionadas? ¿Acaso una nave aérea o un ferrocarril no representan un apreciable valor económico? ¿Y el daño ocasionado con su uso delictuoso así se tenga el propósito de devolver tales bienes a su poseedor, y en efecto se devuelven, no tiene una elevada cuantía?

"Si de acuerdo con la ley penal colombiana no se diere el delito de robo de uso, en los ejemplos dados y en muchos otros, el delincuente, muchas veces con el uso sin erogación alguna, podría obtener un beneficio mayor que el monto máximo de la multa que debería pagar, conforme a la contravención de que se ocupa el art. 67 del decreto 1118 de 1970, pues, entonces, solamente este precepto sería aplicable.

"En el estado actual de la averiguación se tiene, entonces, el cuerpo del delito de robo, al tenor de los arts. 402 (art. 2º de la ley 4ª de 1943) y 404 (ordinal 1º del Código Penal) pues los procesados se apoderaron, con propósito de aprovechamiento, de una cosa mueble ajena, por medio de intimidación a mano armada"<sup>8</sup>.

12. Explorando la literatura jurisprudencial de los últimos tiempos a nivel de tribunales, topamos con algunas decisiones que siguen el criterio de la Corte, si bien estamos obligados a confesar que ignoramos, al menos en la periferia, la existencia de autos, sentencias, estudios o monografías que avalen la defensa de nuestra tesis. Respetando el *ordo temporum* en que aparecen publicadas y extractando las partes más notables de tales fallos, preludivamos esta parte del estudio con dicha selección, con miras a ofrecer una visión amplia y de conjunto sobre la aplicación, tratamiento y alcances que se le ha dado a la figura.

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, casación de septiembre 18 de 1970. Magistrado ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez.

El Tribunal de Medellín dijo en una primera oportunidad:

"Nuestro Código Penal no contempla la figura del *hurto de uso*, pues el *uso indebido* es cosa distinta como ya se dijo. Y si la ley colombiana no ha creado esa figura, mal puede suponerse existente y entonces se tendrá como consecuencia la de que los llamados *hurtos de uso* no son otra cosa que simples hurtos o robos, según que haya mediado o no fuerza o violencia.

"El *hurto de uso* es una figura que no tiene carta de naturaleza en nuestra legislación como en la casi totalidad de los códigos modernos: los casos designados con ese nombre son considerados como simples hurtos.

"Si hubiera de atenderse la alegación del agente, de que él no tuvo sino la intención de *usar* de la cosa y en modo alguno de apropiársela, y si esta alegación pudiera tener alguna incidencia en el campo jurídico, casi que desaparecerían los hurtos, pues los detentadores de lo ajeno tendrían el cuidado de alegar tal intención y entonces el hurto solo operaría sobre cosas fungibles o que se consumen con el uso. Por eso la legislación italiana, al hablar del hurto de uso, exige, para que se perfile esa figura, que el agente haya hecho un uso momentáneo de la cosa y que la haya restituido inmediatamente después de ese uso"<sup>9</sup>.

El Tribunal Superior de Popayán, en línea con el anterior discurso conceptualizó:

"Mucho se ha discutido en la práctica jurídico-penal sobre si el simple ánimo de aprovechamiento temporal de la cosa, con el propósito de restituirla a posteriori del uso indebido, constituye o no entre nosotros acción imputable de hurto. Empero la última jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 18 de septiembre de 1970 al complementar la doctrina referente al mal llamado delito de piratería aérea; con ponencia del Dr. Humberto Barrera Domínguez, llegó a la conclusión de que en la ley penal colombiana son punibles los reatos de 'hurto de uso' y 'robo de uso' a través de los dispositivos que reprimen el hurto y el robo a secas. Con motivo de lo cual hubo de reiterar pretéritos fallos en los que se predica que en uno y otro delito —hurto y robo—, el dolo específico radica en el fin de lucro o aprovechamiento que se propone alcanzar el agente, lucro que puede consistir en toda ventaja, satisfacción, placer o goce que derive de la cosa que en un momento dado saca o toma de la esfera patrimonial autónoma de la víctima".

Y después de hacer notar cómo la discusión ha girado más que todo alrededor de las acepciones que se les dan a las distintas voces rectoras del delito en las distintas codificaciones, en especial a las relacionadas con los verbos *sustraer*, *apoderarse* y *apropiarse* que ofrecen las más variadas significaciones en los sistemas punitivos de ciertos países, termina sentando el alto tribunal que, de acuerdo con las consideraciones del profesor FRANCISCO BLASCO FERNÁNDEZ DE MOREDA, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, el hurto de uso es sancionable como hurto simple en el Código argentino, porque en este estatuto, al decir de

<sup>9</sup> Sentencia del 13 de febrero de 1956. "Crónica Judicial" núm. 290, págs. 197 y 198. Magistrado ponente: Dr. Juan Rafael Múnera.

RICARDO C. NÚÑEZ, el verbo apoderarse importa el acto material de aprehensión de la cosa, a sabiendas de que no es propia y con el propósito de llevarla ilegítimamente a su exclusivo poder de disponibilidad, con desposesión del dueño, poseedor o tenedor, quien así resulta suplantado en el derecho de gozarla libremente.

A lo cual agrega la Sala que, al igual de lo que acontece en Argentina, en donde no se define como figura autónoma el hurto de uso, sino que se lo sanciona como hurto simple; y al contrario de lo que sucede en Italia, en donde al lado del artículo que castiga el hurto por apoderamiento con sustracción (art. 626), existe sanción separada para el que simplemente incurra en hurto de uso (art. 626), en Colombia tampoco se tiene la tipificación expresa del hurto de uso y cabe enjuiciarlo como violatorio del art. 397 del Código Penal (ley 4<sup>a</sup> de 1943, art. 1<sup>o</sup>), tal y como nítidamente lo dejó aclarado el Dr. CARLOS LOZANO Y LOZANO en el acta núm. 196 del 11 de junio de 1935, cuando en la elaboración del estatuto vigente sostuvo que constituía verdadero hurto aquella acción consistente en tomar un caballo para realizar un viaje, no importa que se hiciera sin ánimo de apropiárselo y que se lo restituyera al dueño después de haberlo usado, porque de todas maneras se había llevado a cabo en ello la sustracción de cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y se había obtenido un provecho ilícito querido por el agente.

De donde bien se puede aplicar a nuestra problemática penal lo que comenta SEBASTIÁN SOLER cuando enfoca el estudio del hurto de uso en la legislación argentina, llegando a concluir que hay hurto en toda ocasión en que abstractamente sea posible afirmar que en determinado momento el dueño de la cosa ha sido privado de ejercer actos materiales de disposición sobre ella, precisamente porque se lo han impedido las acciones de sustracción o apoderamiento llevadas a cabo por el ladrón, sin su consentimiento. Y si tal cosa ocurre en el derecho argentino, en que el art. 162 exige como acción distintiva del hurto el apoderamiento ilegítimo de cosa mueble ajena, qué no decir del Código colombiano, para el que apenas basta la sustracción de ese objeto y en verdad no se exige explícitamente el ánimo de apropiación o "adueñamiento" de la cosa, conforme puede verse a la simple lectura del art. 1<sup>o</sup> de la ley 4<sup>a</sup> de 1943<sup>10</sup>.

#### IV. TIPO OBJETIVO DEL HURTO DE USO

##### A) Bien jurídico tutelado

1. Si se toma el término propiedad en su pura noción civil autonomista y no en su sentido natural o en su perspectiva filosófica inmanente, limitando su acepción *lato sensu*, parece claro que el concepto no incrimine algunas conductas comportamentales que en cambio son desbordadas por el más amplio y receptor de patrimonio. Empero si se prescinde de tan restringida área lexi-

<sup>10</sup> Sentencia de noviembre 13 de 1970. "Revista Judicial", núm. 2, págs. 41 y ss. Magistrado ponente: Dr. Joaquín Mosquera Irurita.

cográfica y se concede a la expresión un alcance jurídico-penal más sensible, como corresponde siempre a las instituciones del *ius puniendi*, no entendemos la razón de la crítica que impugna su comprensión, y que niega que dentro de tal abstracción puedan caber todas las lesiones de carácter patrimonial que afectan las *universitas rerum* del hombre. La polémica suscitada en torno a la conveniencia o inadaptabilidad del cambio de terminología la entendemos como mera discusión convencional, o para ser más exactos, académica, a pesar de las reiteradas censuras y ataques que influyentes autores foráneos ensayan en una u otra dirección. Menos reparos por lo defendible del criterio adviene la tesis esbozada por el maestro español RODRÍGUEZ DEVESA, recordada por FERNÁNDEZ ALBOR, cuando proclama que no es la propiedad "sino una facultad inherente a esta, que puede residir en la persona del propietario o haber sido transferida por este a un tercero"<sup>11</sup>, el interés jurídico lesionado con el agotamiento del injusto. A tal juicio se pliega incondicionalmente el monografista FERNÁNDEZ<sup>12</sup>. Falta ver la opinión de los autores nacionales que ciertamente no dejarán de terciar en la bizantina controversia.

2. Ante el derecho penal en vigor es la propiedad y no el patrimonio el bien jurídico que preserva el título XVI del Código Penal. Con arreglo al nuevo estatuto será el patrimonio y no la propiedad la consideración jurídica a tutelar. Bajo una consideración u otra lo real es que la norma preserva el derecho de quien encontrándose actualmente en relación legítima con la cosa ha sido despojado o privado momentáneamente de su señorío, en virtud de una agresión a su esfera de custodia, lo que no implica una desposesión definitiva toda vez que el desplazamiento patrimonial es apenas transitorio, provisional, cuyos efectos solo cesarán cuando el delincuente satisfaga el uso arbitrario e ilegítimo que le da a la cosa.

Titular del bien jurídico o interés que la ley protege en el rubro no es otro que el propietario, poseedor, tenedor o quien tiene la cosa a cualquier título con derecho a ejercer un poder material o de disposición sobre ella.

Sujeto pasivo de la infracción es el titular del derecho de propiedad o de la relación jurídica que legitima tal condición.

Agente puede ser cualquier personal, con excepción de quien a nombre propio —*nomine proprio*— o a nombre ajeno —*nomine alieno*— ejerce actos y acciones de disponibilidad sobre el objeto.

##### B) Objeto material de la acción

1. La ley protege de la sustracción ilícita las cosas muebles corporales. Un sector minoritario de la doctrina alemana sostiene que el hurto de uso es po-

<sup>11</sup> *Vid.*, entre otros, QUINTANO RIPOLLÉS, *opus cit.*, págs. 2 y ss.; FONTÁN BALESTRA, *Manual de derecho penal*, parte especial, vol. III, págs. 383 y ss. Buenos Aires; RANIERI, *Manual de derecho penal*, t. VI, parte especial, Edit. Temis, págs. 2 y ss.

<sup>12</sup> AGUSTÍN FERNÁNDEZ ALBOR, "Robo y hurto de uso de vehículos de motor", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho* en homenaje al profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, pág. 479.

sible en relación con bienes inmuebles. Tal sería el caso —dicen— de quien sin la venia del propietario de un inmueble desocupado pernocta en él o de quien sin ánimo de apropiarse del terreno siembra en él. En nuestra legislación tales hipótesis no encuadran dentro de los perfiles típicos de la figura, puesto que el tipo básico del art. 499 del nuevo Código Penal abunda en referencias normativas y formas descriptivas de esta estirpe, excluyendo categóricamente a los bienes inmuebles como objeto material del hurto de uso. Por lo demás al exigir la norma el “apoderamiento” del objeto, el núcleo rector está enseñando que este debe ser tomado físicamente, aprehendido, llevado consigo o removido de un lugar a otro, lo que fácticamente no ocurre con los inmuebles<sup>13</sup>.

2. La ley exige además la presencia de un elemento normativo que cualifica la acción antijurídica: la ajenidad. La connotación aparece integrada, como lo sostienen la mayor parte de los doctrinantes, por un elemento negativo —que la cosa no sea propia— y por otro positivo —que la cosa sea ajena—<sup>14</sup>. En ausencia de tan definidos extremos el derecho penal se desentiende de estas conductas pues lo que interesa es el quebrantamiento o la lesión del patrimonio ajeno y excepcionalmente del propio. Aquel y no este constituye la verdadera delincuencia patrimonial. Sobre la *res propria* no puede existir delito como que resulta un contrasentido el que una cosa propia sea al mismo tiempo ajena. El hurto de cosa propia no aparece incriminado en el catálogo de las penas a no ser que se hable en nuestra legislación, de una tentativa imposible (C. P., art. 18). Sobra decir que el autor debe tener conciencia de la ajenidad del objeto, pues si falta tal conocimiento se desvanecerá la crimosidad del acto, o si se quiere, la culpabilidad del mismo, punto sobre el cual y por razones sistemáticas se volverá más adelante.

### C) La acción

1. El hurto de uso presupone como exigencias copulativas el apoderamiento precario de la cosa y su utilización subsiguiente, con el fin de hacer uso momentáneo de ella: en ausencia de tales ingredientes el comportamiento no es punible. Se hace entonces necesario que el autor no solamente rompa con el poder de hecho o de derecho de quien ostenta la titularidad del bien, cualquiera que sea su posición frente al consorcio del *ius civile*, anulando o disminuyendo, *ex iure tempore*, su poder de señorío, sino que es menester la utilización del objeto a la necesidad que se ambicione y que fluye de su propia naturaleza. Forzoso es entender así un desplazamiento del bien hacia una meta volitiva anhelada, y al contrario de lo que ocurre con el *furtum possessionis*, donde la arremetida al derecho de propiedad es total y el disfrute de la cosa irrelevante, el evento teoriza no solo el apoderamiento provisional de la cosa ajena sino el uso

<sup>13</sup> Con excepción tal vez del singular episodio vivido en Bogotá hace unos años con el desplazamiento técnico de un edificio que fue “corrido” de un lugar a otro.

<sup>14</sup> Así, ODERIGO citado por FERNÁNDEZ DE MOREDA, *opus cit.*, pág. 659; QUINTANO RIPOLLÉS, *opus cit.*, t. II, págs. 122 y ss.

doloso de la misma. Hay en las formas comisivas del supuesto típico la implementación de un comportamiento que permite aprehender el objeto sin la intención de desapoderar y la presencia de un elemento espiritual que, teniendo conocimiento de la ajenidad, degrada el adueñamiento y su ulterior incorporación al patrimonio del delincuente. Demás está decir que a este solo le interesa alcanzar un goce precario, un simple propósito de uso o bien la posibilidad de realizar actos lesivos del mismo tenor sin conatos de permanencia ni designios de apropiación. La dirección finalista del dolo, de la acción, si se prefiere el juicio welzeliano, alcanza así privilegiada connotación.

2. Si quien usurpa las cosas —*invito domine*— es privado de su disponibilidad por otro para ejercer actos y acciones inherentes al *ius utendi*, ciertamente que el agente perpetrará un hurto de uso, pero no contra el detentador ilegal sino contra el propietario primario del bien, que aparece así como un ofendido por la acción antijurídica. Similar criterio predica MAGGIORE cuando escribe: “...el hurto cometido por un extraño en perjuicio del ladrón no lesiona el derecho de este, sino del propietario. En efecto, este, por el segundo hurto, ve negado otra vez su derecho (de propiedad y posesión) y comprometida la posibilidad de recuperar sus cosas; por lo cual él y solo él, es el sujeto pasivo del delito...”<sup>15</sup>.

3. Resulta de total intrascendencia penal que sobre las *res nullius*, *res derelictae* o *res communis omnium* se ejerzan acciones de apoderamiento lucrativo, ya que el concepto de *apropiabilidad*, por sustracción o uso, supone la pertenencia previa del objeto a un sujeto distinto en todo caso del autor. Los tratadistas distinguen siempre entre la cosa perdida o abandonada. Si quien halla una u otra la utiliza según su propia naturaleza o la emplea en su provecho personal, ante la imposibilidad de conocerse si el dueño renunció ciertamente a su recuperación o se desprendió definitivamente del dominio, compartimos el concepto acuñado por QUINTANO cuando sostiene que el agente “formalmente cometería hurto (en nuestra hipótesis de uso) pero le exculpa una evidente buena fe al considerar implícitamente abandonadas las cosas”<sup>16</sup>. Así, a juicio de MAGGIORE: “...no comete hurto (para el caso de uso) el que sustrae una cosa ajena creyéndola propia, o abandonada, o sin dueño o suponiendo por error, el consentimiento del propietario o del que la retiene...”<sup>17</sup>.

4. Si el autor, en la racional y subjetiva creencia de que la cosa es propia y le pertenece, la usa de buena fe sin negligencia de su parte, el conocimiento negativo y excluyente que sobre el elemento normativo tiene elimina la culpabilidad de su conducta.

5. En los inicios de la judicatura debimos enfrentarnos a una denuncia criminal por hurto en el caso de un beodo que al salir completamente alcorado de

<sup>15</sup> GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, parte especial, vol. V, Bogotá, Edit. Temis, 1972, pág. 16.

<sup>16</sup> QUINTANO, *opus cit.*, t. II, pág. 237.

<sup>17</sup> MAGGIORE, *opus cit.*, vol. V, pág. 43.

un lugar público, equivocadamente se subió a un vehículo que no era el suyo, prendiéndolo y alcanzando a manejarlo escasas dos cuadras. Al fallarle alguna pieza del automatismo detuvo la marcha y fue encontrado profundamente dormido sobre la caprilla del automotor. En aquella oportunidad nos abstuvimos de decretar su detención precautelando, pues pensamos —y aún hoy persistimos en la idea— de que tal conducta no era constitutiva de un hurto simple y muchísimo menos de un hurto de uso, pues en el ánimo del autor no estaba ni el apoderamiento definitivo del rodante ni el temporal disfrute del mismo. Coincidentalmente encontramos en la obra del penalista español QUINTANO un supuesto de hecho bastante aproximado al reseñado donde la jurisprudencia española absuelve “al ebrio que use en tal estado un vehículo ajeno, sin propósito de lucro”<sup>18</sup>.

6. Si el agente al tomar la cosa tiene la intención de hacerla suya no devolviéndola oportunamente, o de retenerla por tiempo indefinido, o de entregarla en condiciones que afecten su valor intrínseco, despreciándola, resulta evidente que es el dolo finalísticamente dirigido a alcanzar una cualquiera de estas metas, el que predica que en tales caracterizaciones existe hurto simple y no hurto de uso. Quien ejecuta una de estas conductas apoyándose en una finalidad psicológica específica, pretende desapoderar definitivamente del bien o de su valor al propietario, y no el de utilizar la cosa en forma temporal, con intención de restituir.

7. La restitución se entiende cumplida cuando de manera voluntaria el culpable pone nuevamente la cosa a disposición de su titular inmediatamente después del uso. Debe restituirse —enseña MAGGIORE— la misma cosa sustraída, no su equivalente, ya que la ley requiere una restitución propiamente dicha, no un resarcimiento<sup>19</sup>. La restitución, al menos entre nosotros, es elemento esencial para la estructuración del tipo de hurto de uso, como que representa típicamente la manifestación de la ausencia del ánimo de apropiación por parte del autor, quien en esta forma confirma su negativa de hacer suya la cosa *voluntas domini*.

La devolución *sua sponte* o el reintegro de lo sustraído o el ánimo previo de devolución a que alude QUINTANO<sup>20</sup>, es cariz fundamental en el examen del juicio de reproche que se sigue al autor. La restitución de la cosa opera inmediatamente cesa su uso pues si existe retardo voluntario en su devolución, o si el objeto una vez finalizado el empleo al que lo destinó el agente, permanece indefinidamente bajo su custodia, o si este aspira a ejercer pretensos derechos de pertenencia o posesión, o si en suma, actúa animado por designios distintos al del disfrute temporal, llano es presumir que obra con ánimo de desapoderamiento y no con intención de expropiación provisoria.

8. En relación con el tracto prolongado de la cosa en poder del detentador creemos en parte con QUINTANO que “un uso prolongado (de la cosa) es casi se-

guro que desbordaría los cauces lógicos del hurto convirtiéndose en un absurdo *furtum usufructus* que nadie ha osado enunciar, y que a todas luces integraría hurto común, por no requerir su consumación el agotamiento o destrucción del objeto”<sup>21</sup>. Con todo, no pensamos que sea tanto la inmediatez o el aspecto cronológico de la devolución lo que da tinte y colorido a la infracción, sino la dirección volitiva del autor de incorporar la cosa —*invito domine*— a su patrimonio aunque desde luego tendremos que convenir que si el uso excede la naturaleza misma de su aplicación, retardándose inexcusablemente su retorno, o si aquel se comporta en relación a la cosa como lo haría un propietario ninguna incertidumbre cabría acerca de la genuinidad de sus intenciones.

9. En los supuestos de pérdida de la cosa en manos del autor o de la recuperación de la misma antes del reintegro, entendemos que resulta difícil en la praxis ubicar la conducta de quien alega para ambas figuraciones un propósito de devolución el que se ve frustrado por razones fortuitas no imputables directamente a aquel. Lo objetivo de tales situaciones fácticas interesa más al lado probatorio del asunto que a la disquisición científica o académica del mismo.

#### V. MOMENTO SUBJETIVO DEL HURTO DE USO

En la hipótesis penal del *furtum usus* se aprecian nítidamente dos instantes psicológicos: el dolo y el elemento subjetivo del injusto. Deriva el primero de la conciencia que tiene el agente de que la cosa se halla bajo el poder de custodia o señorío de otro y que la toma sin la aquiescencia del propietario, poseedor, tenedor, en una palabra, del derechohabiente. Es necesario que el autor comprenda la criminalidad del acto, y que tenga conocimiento de la relevancia penal de la prohibición. La exigencia subjetiva del injusto, distinto del dolo, se caracteriza por el uso momentáneo o temporal del objeto, lo que lleva ínsita la restitución inmediata o su efectivo reintegro, una vez alcanzada la finalidad usuaria propuesta por el culpable. En similar dirección apunta el tratadista mejicano CÁRDENAS, cuando expresa que “el elemento subjetivo se integra por una doble intención; la de hacer uso momentáneo de la cosa y la de restituirla una vez usada y gozada y otro objetivo, consistente en la restitución inmediata después del uso, restitución que debe ser voluntaria”<sup>22</sup>. O, como quiere SOLER: “...el simple conocimiento de que la cosa es ajena y de que la acción importa una privación de la cosa al propietario de ella, no resultan extremos subjetivos suficientes, porque además de eso, la acción debe apoyarse psicológicamente en un propósito o finalidad específicamente dirigido a la obtención de un lucro”<sup>23</sup>.

Siguiendo *ad pedem litterarum* a QUINTANO RIPOLLÉS, diremos con él, que en la teoría jurídica del delito se acostumbra a situar el ánimo de lucro, cuando la descripción legal así lo exige, entre los elementos subjetivos de la tipicidad o

<sup>18</sup> QUINTANO, *opus cit.*, t. II, pág. 237.

<sup>19</sup> MAGGIORE, *opus cit.*, págs. 71-72.

<sup>20</sup> QUINTANO, *opus cit.*, t. II, pág. 233.

<sup>21</sup> QUINTANO, *opus cit.*, t. II, págs. 233 y 234.

<sup>22</sup> RAÚL F. CÁRDENAS, *Derecho penal mejicano del robo*, México, Edit. Porrúa, 1977, pág. 238.

<sup>23</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, pág. 219.

vertiente personal del injusto<sup>24</sup>. Parece hoy verdad científica apodíctica y como tal irrefutable que los delitos contra la propiedad o el patrimonio —para acostumbrarnos al novel concepto del inminente Código Penal— exigen un ánimo especial o elemento subjetivo de injusto típico, obligadamente enderezado a buscar un provecho o lucro de la cosa, pues si es otro el conato del agente el supuesto se desplazará hacia diversos modelos penales, daño en cosa ajena, *in exemplis*, si la conducta está dirigida a dañar, inutilizar o destruir el bien (C. P., art. 426). Resulta indubitado que en el hurto de uso existe un propósito de lucro aun cuando no se evidencia en el recorrido del *iter* ninguna de las manifestaciones típicas del *animus capiendi*. No se diga para paliar la realidad ontológica de la conducta que el ánimo de lucro traduce necesariamente el apoderamiento o despojo definitivo del objeto sustraído. Tan estrecho criterio deja por fuera multitud de supuestos donde el elemento espiritual o ideológico no cumple con tan señalado papel. Excusado parece decirlo que la idea de lucro, al menos como la entiende la sistemática nacional, y con ella la mayor parte de las legislaciones del orbe, puede proyectarse hacia otros extremos más elevados o excelsos y no obligadamente materiales o corpóreos. La caracterización de aquellos eventos en que el autor obtiene con el uso de la cosa una satisfacción subjetiva de índole moral, científica o espiritual, ciertamente irrelevante a la perspectiva anotada, es patente ejemplo de que la tutela penal alcanza otros intereses que desprovistos de valor económico o venal, tienen para su dueño una particular significación ética, mística, psicológica, afectiva o simplemente estética. Como afirma con sobrada razón SOLER, basta que una cosa tenga carácter de tal y que esté en el patrimonio de alguien para que pueda ser objeto, aun cuando la misma carezca de valor para los demás, incluso para el ladrón<sup>25</sup>. Hay entonces en el quehacer humano de uso un ánimo lucrativo temporal, que atrae hacia sí todo el peso de la morfología típica del supuesto. Y no elimina la imputabilidad de la conducta el que se pretexe por parte del reo que la cosa se reintegró en forma tal que se halla en condiciones de ser nuevamente ocupada, como tampoco cabría alegar que no existió daño económico, disminución patrimonial, o ventaja de igual laya, en el tracto de la ocupación provisional de la cosa.

## VI. ANTIJURIDICIDAD DE LA ACCIÓN

1. El tipo bajo análisis es portador de un juicio de antijuridicidad cuando el sujeto toma abusivamente la cosa ajena para servirse de ella, satisfaciendo un elemento síquico particular, sin que tal comportamiento aparezca amparado por una causal legal o suprallegal de exclusión del injusto.

2. Una de las causales de exclusión de antijuridicidad que impide el juicio de valor acerca de la conducta típica es el estado de necesidad. Quien ante un

<sup>24</sup> QUINTANO, *opus cit.*, t. II, pág. 136.

<sup>25</sup> SEBASTIÁN SOLER, *opus cit.*, pág. 313.

accidente de circulación toma sin la aquiescencia del titular del derecho un automóvil para conducir a una clínica cercana al herido que se está desangrando, no merecerá un juicio de reproche o de desvalor jurídico, a pesar de la ejecución objetiva del tipo prohibitivo. El interés socialmente protegido con el actuar del agente prevalece sobre el bien jurídico afectado.

3. Si quien detenta una cosa poseyendo el juicio necesario para comprender el significado y secuelas de su acción, deja que el autor la tome consintiendo expresa o tácitamente en su desposesión, está renunciando de hecho a la protección que le brinda el ordenamiento jurídico. El consentimiento valida así la conducta que no aparece como antijurídica ni contraria al plano de lo normativo.

4. Bien puede encontrarse el agente ante la presencia de un cúmulo de hechos circunstanciales (relaciones de amistad o parentesco entre consentidor y derechohabiente) que le den la creencia subjetiva de estar autorizado para tomar la cosa bajo la suposición errónea de que el titular del derecho otorgó válidamente su aquiescencia, no siendo veraz ni una ni otra de estas situaciones. En tales eventos el error del autor sobre la realidad del consentimiento excluye el dolo.

5. Los principios aquí explicados rigen en forma similar para los demás casos de justificación o de antijuridicidad (C. P., art. 25).

## VII. AVALÚO DEL USO Y LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LA COSA

1. Conforme a definida posición *de jure condendo* el valor de la tasación pericial de la cosa sustraída puntualiza aspectos cuantitativos (indemnización), sustantivos (naturaleza del daño) y procedimientos (cuantía y competencia), en tratándose de un hurto simple. El planteamiento no puede seguirse frente al *furtum usus*, como que la lesión al no concretarse en la desposesión definitiva del objeto solo admitirá justiprecio a partir del daño que se infiera al patrimonio del agraviado en razón del valor de uso. Si con el empleo temporal del bien este experimenta menoscabos, deterioros o desperfectos, la regulación de la cuantía deberá alcanzar tales perspectivas, pues de lo contrario la entidad del daño no guardaría relación ni con el quebranto patrimonial ni con el perjuicio que recibe el derechohabiente al verse privado de la cosa. Inobjetable es el criterio de QUINTANO cuando afirma que no es “el valor total de la cosa, cuando se acredite un mero propósito de uso, sino el que dicha utilización suponga, según el baremo de responsabilidades cuantitativas del artículo 515”<sup>26</sup> la directriz que debe seguir el juez en tratándose de la fijación del uso lesivo. Y agrega: “el *quid* de la cuestión no está pues, en una tasación de precio del objeto *in toto*, sino de su utilización a modo, diríamos de «hurto de alquiler», que es lo que en definitiva se toma, se aprovecha y se perjudica, y sin cuya constancia el uso abusivo no pasa de constituir un *usus innocui* al margen del derecho”<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> QUINTANO, *opus cit.*, pág. 238.

<sup>27</sup> QUINTANO, *opus cit.*, pág. 238.



2. Una aguda e interesante decisión del Tribunal Superior de Cali, con ponencia del magistrado Saavedra Rojas, recoge en el medio el que parece ser el criterio más acertado para elucidar la compleja cuestión.

“Considera la Sala, que en tratándose de un delito de hurto de uso, no se puede tener en cuenta la totalidad del precio del objeto usado indebidamente, porque se estaría cometiendo grave injusticia. Si la intención del delincuente no fue la de apropiarse en su integridad del bien mueble, mal puede tenerse en cuenta para efectos de la condena considerar el valor total de la cosa, como si en efecto se hubiese apropiado íntegramente de ella, cuando solo la ha usado.

”Aparentemente la cuestión controvertida no tiene importancia, pero ello no es así, porque la cuantía incide en este caso en aspectos sumamente importantes; de un lado decide la competencia y de otro, determina, como en el caso presente, un aumento de la pena por haberse operado el delito sobre un objeto avaluado en más de diez mil pesos.

”¿Podríamos decir que el procesado obtuvo un beneficio en cuantía de sesenta mil pesos? Evidentemente que no, tanto el beneficio del procesado, como el perjuicio de la víctima no puede ser mayor que la suma equivalente al valor del uso del vehículo durante el tiempo que estuvo en poder del procesado, más el valor de los daños ocasionados durante el tiempo que estuvo en posesión de él. No podría decirse que el avalúo del uso ilícito es difícil, porque bien es sabido que hoy en día es frecuente el alquiler de automotores y el valor de dicho alquiler depende del modelo y marca del vehículo y del mayor o menor tiempo que sea utilizado por el que lo alquila. En las condiciones anteriores es sumamente fácil determinar el valor del uso ilícito y de los perjuicios ocasionados a la víctima sin incurrir en injusticias flagrantes”<sup>28</sup>.

#### VIII. PENALIDAD DEL HURTO DE USO

Según las voces del art. 352 del nuevo Código Penal, cuando el apoderamiento se cometiere con el único fin de hacer uso de la cosa y se restituye en término no mayor de veinticuatro horas, la pena —que es la prevista en el art. 349 íbidem para el hurto común o simple— se reducirá a la mitad. Cuando la cosa se restituye con daño o deterioro grave, la respectiva pena se reducirá en una tercera parte.

Como fácilmente se advierte, el legislador colombiano concede un tratamiento privilegiado al tipo subordinado del hurto de uso, reduciendo considerablemente la cantidad política a imponer en los eventos acotados, entendiendo seguramente que esta usurpación a la propiedad, de menor lesividad que el hurto clásico, merece un reproche jurídico-social menos severo. Bueno es apuntar por último que si el agente no reintegra la cosa una vez extinguido el tracto de las veinticuatro horas a que alude el texto, el hurto de uso no se muda en hurto simple. Simplemente no operará la disminución del correctivo y el título penal permanecerá invariable e inmutable.

<sup>28</sup> Sentencia, febrero 18 de 1978, *Justicia*, núms. 395, 396, pág. 305.

## EL PROCESADO EN EL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Doctor FERNANDO CORONADO RAMÍREZ

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

Profesor de Procedimiento Penal en la Universidad de Antioquia.

### 1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Para un mejor entendimiento de lo tratado en estas notas es necesario tener en cuenta lo siguiente: El art. 1º, literales a) y b) de la ley 6ª de 1979 que confirió facultades al gobierno para la expedición del nuevo Código de Procedimiento Penal, impuso la obligación de erigir un sistema procesal mixto, “con marcada acentuación hacia el acusatorio...”, cuya “estructura descansará sobre una función instructora, una función de acusación y una función de juzgamiento...”.

Hasta el acto legislativo núm. 1 de 1979, la investigación y fallo de los delitos correspondía a la rama jurisdiccional del poder público, salvo ligeras excepciones constitucionales y normas dictadas al amparo del art. 121, pero por disposición de esa reforma, arts. 41 y 42, las funciones investigativas y de la acusación pasaron al fiscal general de la Nación.

El fiscal general no pertenece a la rama jurisdiccional, ni administra justicia (acto legislativo núm. 1 de 1979, art. 3º). Es un funcionario administrativo, parte del ministerio público (art. 38, ib.), de origen político: será nombrado por la C. S. de J. de “(...) lista que le envíe el presidente de la República con no menos de cinco nombres pertenecientes a distintos partidos políticos” (art. 43, ib.). El fiscal, por sí o por medio de sus agentes, tiene el monopolio de la acción penal (acto legislativo núm. 1 de 1979, art. 41, ord. 1º y N. C. de P. P., art. 16). Esto quiere decir que la rama jurisdiccional solo se pondrá en movimiento a solicitud de aquel funcionario. Se aplica pues el principio *nemo iudex sine actore*. El fiscal ejerce la acción penal por medio de la resolución acusatoria.

El nuevo Código de Procedimiento Penal fue expedido por el gobierno nacional por medio del decreto 181, de enero 29 de 1981, con fundamento en las facultades que le concedió la citada ley 6ª de 1979.

La primera cuestión que se presenta es la de determinar cómo regula el N. C. de P. P. la situación de una persona a quien se le imputa la comisión de un delito. No es posible una respuesta simple, porque el proceso, que es dinámico, está constituido de secuencias escalonadas en tal forma que la actual se apoya en la anterior y sirve de plataforma a la siguiente y cada etapa se rige por normas que la especifican en cuanto a términos, funcionario que la rige, denomina-