

DOCTRINA

CRITERIOS PARA FIJAR LA PENA

Doctor LUIS CARLOS PÉREZ

1. CUÁLES SON LOS CRITERIOS GENERALES PARA LA DOSIMETRÍA PENAL

Los arts. 61 a 63, que forman parte del grupo de normas en el cual se encuentra la reducción de pena cuando el hecho se comete en estado de ira e intenso dolor, causado por comportamiento ajeno grave e injusto, señalan los criterios generales que han de seguirse para fijarla. Pero los arts. 60 y 62 se salen del máximo y el mínimo establecido "en la respectiva disposición", mientras que los demás ordenan la cuantía precisamente dentro del marco precisado en la norma. Tampoco los criterios de que trata esta sección pueden confundirse con las *circunstancias*, según la crítica hecha al comienzo del capítulo VII, que debe tenerse en cuenta en este lugar.

Los criterios generales para el fin indicado son de tres clases:

1) Los enumerados en el inc. 1° del art. 61, o sea, la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de agravación y atenuación y la personalidad del agente.

2) Los relacionados en el inc. 2° del citado artículo, es decir, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, en la tentativa; la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda, en la complicidad y el número de hechos punibles, en el concurso.

3) La calidad de empleados oficiales que tengan los ofendidos o afectados por la infracción, sumada al hecho de haber sufrido el quebranto por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, criterio que obliga a aumentar la pena hasta en una tercera parte, salvo si esa calidad es elemento del hecho punible o circunstancia del mismo.

El art. 63 está vinculado estrechamente al anterior, sustancialmente es una parte de él, porque define qué personas son "empleados oficiales".

2. ORIGEN Y PROYECCIONES DEL INC. 1° DEL ART. 61

En la redacción del proyecto de 1974, ROMERO SOTO, como ponente, pidió se conservara íntegramente el art. 36 del estatuto de 1936, completado con otras circunstancias, y lo hizo explicando que "si se revisa el contenido de las

disposiciones y se compara con el de otros proyectos y legislaciones modernas, encontramos que nuestros legisladores fueron especialmente afortunados en su reducción y estructuración de fondo" (acta núm. 59, sesión del 16 de junio de 1973). Sin embargo, ALFONSO REYES y GUTIÉRREZ ANZOLA propusieron eliminar "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad", remplazándolas por "circunstancias que agravan o atenúan la pena", ya que el término peligrosidad pugna con el sistema culpabilista acordado. ROMERO aceptó la enmienda así:

"La denominación *peligrosidad*, por ser de la esencia de la escuela positiva, puede no ser suficientemente aceptada por quienes no profesan sus ideas. Es cierto que aún existen escuelas que defienden la teoría según la cual, en algunas personas existe una inclinación biológico-sicológica al crimen, como acontece con la llamada nueva escuela de la defensa social franco-belga, a cuya cabeza se encuentra FILIPPO GRAMMATICA, pero aun así, como desde el principio nos comprometimos en la medida de lo posible en no adoptar posiciones extremas de escuelas y teorías, resulta acertada la observación.

"Además, existen también variadas posiciones doctrinarias sobre el fenómeno que agrava o atenúa las circunstancias: para algunos es la responsabilidad, para otros la culpabilidad, para otros la punibilidad, de tal suerte que cuando se dice, como se propone, que las circunstancias agravan o atenúan la pena, se está sorteando en forma práctica el problema, pues en verdad la pena es una consecuencia de todos los elementos que integran el delito, y así se toma una posición netamente objetiva".

La norma aprobada entonces fue esta: "Dentro de los límites señalados por la ley, se aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias que agravan o atenúan la pena, y la personalidad del agente".

3. CORRECCIONES FINALES DEL ART. 61

La norma pasó en el proyecto de 1974 con dos referencias defectuosas: la primera, al "delincuente" y la segunda al "hecho delictuoso". Y eran defectuosas porque los criterios dosimétricos de la sanción no se quedan únicamente para el autor de un delito sino que rigen también para las contravenciones, de modo que era forzoso emplear la expresión "hecho punible", que comprende los dos grupos de infracciones. Además, *el hecho delictuoso* también aludía solo al delito, excluyendo los otros quebrantos de índole penal. Doble referencia defectuosa que pasaba por alto la aplicación extensiva del Código, de que trataba otra norma proyectada, el art. 375 de la ley vigente. Seguramente estas consideraciones se hicieron para el proyecto de 1978, pues en él ya no se habló de delincuente, aunque quedó "el hecho delictuoso", con lo que se corrigió a medias el error.

Todavía, en la revisión definitiva de 1979, la norma proyectada siguió con "el hecho delictuoso". No hay datos que permitan afirmar en qué momento

posterior, antes de convertirse en ley, se cambió el término por el que figura en la primera parte del art. 61: "hecho punible". Esta última corrección, como la de 1978, fue adecuada al nuevo sistema.

Quedaba todavía lo relativo a "los motivos determinantes", que en 1979 fueron tachados por ESTRADA VÉLEZ como *perturbadores* de la teoría general del delito, tal como había sido adoptada (acta num. 8, sesión del 28 de marzo de 1979). También GUTIÉRREZ ANZOLA se pronunció en contra de la expresión y en favor de "grado de culpabilidad", como sustitutivo, según expuso ESTRADA, pero entendiéndolo que ese grado de culpabilidad "se refiere al análisis que debe hacer el juez sobre las motivaciones del acto".

GIRALDO MARÍN se opuso al cambio de "motivos determinantes" por "grado de culpabilidad", así: "En primer lugar, no veo cuál es el elemento perturbador dentro de la teoría general del delito, si aquí los motivos determinantes apenas señalan una de las pautas que deben tenerse en cuenta para graduar la pena. En segundo lugar, *el grado de culpabilidad* ya lo utilizó el legislador cuando fijó una pena para los delitos dolosos, otra para los culposos y una tercera para los ultraintencionales. Fuera de que la culpabilidad es un elemento o carácter del hecho punible, según lo prescrito en los principios rectores... Por último, no veo claro cómo se suprimen *los motivos determinantes* y se cambia por la expresión *el grado de culpabilidad*, pero se ordena hacer constar en el acta que esta locución se refiere al análisis que debe hacer el juez sobre los motivos del acto".

Con todo, GIRALDO aceptó la fórmula "en forma provisional", y así fue aprobado el texto definitivo, como primer inciso del art. 61, pero con esta razón común a los redactores intervinientes: "Se deja constancia con relación a la locución *grado de culpabilidad* en el sentido de que se refiere a las motivaciones del acto". Constancia que se examina más adelante, al tratar ese criterio especial.

4. CRITERIOS PARA AGRAVAR LA PENA EN LOS SISTEMAS NACIONALES

Después de las sucesivas modificaciones, el texto quedó así:

Art. 61. Criterios para fijar la penal.—*Dentro de los límites señalados por la ley, el juez aplicará la pena según la gravedad y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de agravación o atenuación y la personalidad del agente.*

Además de los criterios señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo; en la complicidad, la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda; y en el concurso, el número de hechos punibles.

Acogiendo una vieja sistematización establecida en varios países europeos, especialmente la española, el Código de 1837 introdujo "las circunstancias que

agravan o disminuyen la malicia o culpa", en los arts. 119 y siguientes; desde entonces, y durante la vigencia del estatuto de 1890, se reprodujo la enumeración con muy pocas variantes. De modo que la comparación con el sistema actual puede hacerse a partir del primer Código para la Nueva Granada, incluyendo todos los expedidos después, hasta el de 1936. El de 1890 dispuso, en su art. 117, que se tuvieran "por circunstancias agravantes, además de las que exprese la ley en sus casos respectivos, las siguientes", en transcripción literal:

1) El mayor perjuicio, alarma, riesgo, desorden o escándalo que cause el delito; 2) la mayor necesidad que tenga la sociedad de escarmientos, por la mayor frecuencia de los delitos; 3) la mayor malicia, premeditación y sangre fría que haya en la acción; la mayor osadía, imprudencia, crueldad, violencia o artificio; o el mayor número de medios empleados para ejecutarla; 4) la mayor ilustración y dignidad del delincuente, y sus mayores obligaciones para la sociedad, o con las personas contra quienes delinquire; 5) el mayor número de personas que concurran a la perpetración del delito; 6) el uso de armas en la ejecución de aquellos delitos para cuya consumación no se emplean ordinariamente; y el cometer el delito en sedición, tumulto o conmoción popular, o en incendio, naufragio u otra calamidad o conflicto; 7) la mayor publicidad o respetabilidad del sitio del delito, y la mayor solemnidad del acto en que se cometa; 8) la mayor superioridad o influencia del reo con respecto a otro a quien dé órdenes, consejos o instrucciones para delinquir, o le seduzca, instigue, solicite o provoque para ello; 9) el cometerse el delito en estado de embriaguez voluntaria.

Además, los nums. 10 y 11 agravaban la pena en las infracciones contra las personas.

El num. 10 contenía una agravante especial para los delitos contra las personas así: la tierna edad, el sexo femenino, la dignidad, la debilidad, la indefensión, el desamparo o conflicto de la persona ofendida. Y el num. 11 concluía la enumeración con la mala conducta observada por el reo, antes de cometer el delito y durante el arresto, detención o prisión que haya sufrido, cuando se le seguía el proceso.

5. CRITERIOS PARA AMINORAR LA PENA EN LOS SISTEMAS NACIONALES

El mismo estatuto de 1890, en el art. 118, dispuso estas circunstancias de atenuación, "además de las que la ley declare en los casos respectivos", siguiendo la descripción tradicional, iniciada en el de 1837:

1) la corta edad o decrepitud del delincuente, o su falta de ilustración; 2) la indigencia, el amor, la amistad, la gratitud, la provocación o exaltación del momento, el acometimiento pronto e impensado de una pasión, que hayan influido en el delito; 3) el haberse cometido este por amenazas o seducción, aunque no sean aquellas que basten para disculparlo; 4) el ser el primer delito, y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente; 5) el presentarse voluntariamente a las autoridades después del delito, y confesarlo con sinceridad en el juicio, no estando convencido el reo por otras pruebas;

6) la embriaguez, siempre que se pruebe y aparezca claramente que provino de fuerza o violencia hecha al reo, o de alguna otra circunstancia pura y exclusivamente ocasional.

El art. 119 estableció la analogía, tanto para las agravantes como para las atenuantes: "Además de las circunstancias agravantes y atenuantes especificadas en los dos artículos precedentes, se tendrán como agravantes, o como atenuantes, las demás que aparezcan plenamente probadas, o tengan perfecta semejanza o analogía con las literalmente expresadas. Si se tratase de imponer la pena de multa, se tendrá como agravante especial la riqueza del reo, y como atenuante su pobreza, con el fin de proporcionar en lo posible la pena a la fortuna del reo".

La analogía fue eliminada en el estatuto de 1936, dejándola solo para introducir atenuantes distintas de las expresamente enumeradas en él.

No fueron, pues, tan innovadoras las circunstancias que introdujo el sistema de 1936, pues casi todas las que se hicieron figurar venían de muy lejos y habían sido materia de numerosísimas aplicaciones judiciales, a lo largo de un siglo. Ocurrió, sí, que, en lugar de llamárseles agravantes o atenuantes del hecho, se les denominó como quería el positivismo ferriano: circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

6. PRIMER CRITERIO PARA GRADUAR LA PENA: LA GRAVEDAD DEL HECHO PUNIBLE

Es el primero de los criterios indicados en el art. 61 para que, dentro de los límites que establece la ley, el juez gradúe la pena. La gravedad y modalidades del hecho punible estaban consignadas ya en varios de los numerales del art. 119 del estatuto de 1837. Los redactores del de 1936, sometidos poco menos que literalmente a las normas diseñadas por ENRICO FERRI en su proyecto de 1921 para el reino de Italia, apenas cambiaron el nombre pero no la naturaleza de esos motivos de agravación. En la "gravedad y modalidades del hecho delictuoso", vieron con FERRI "el punto de partida en la evaluación de la peligrosidad criminal", aunque la práctica normativa resultara menos ortodoxa, ya que la peligrosidad no quedó en definitiva como medida de la sanción sino simplemente como una circunstancia para dosificarla.

Estimó el positivismo y lo expresó con FERRI que "en la justicia penal, lo mismo que en la vida social, el delito posee toda la elocuencia del hecho consumado, y constituye la revelación concreta de una personalidad peligrosa. Por tanto, el delito no solo es en el momento judicial la condición primaria en orden al procesamiento, y por eso mismo, a la punibilidad, sino que también es en el momento legislativo la primera condición de responsabilidad penal".

La gravedad del hecho no se mide hoy con el "peligrosómetro" que trató de aplicarse sin éxito mientras rigió el estatuto de 1936. La gravedad es concepto referido a la acción y al resultado, mejor, a la conducta, y de ninguna manera al infractor en cualquiera de las etapas de su vida, o en la vida entera.

Ahora bien, la gravedad hay que apreciarla cuantitativa y cualitativamente. Desde el punto de vista de la *cantidad*, el hecho se sanciona según la importancia del bien jurídico afectado. No es lo mismo robar una paca de algodón en tiempo de cosecha que apropiarse las telas elaboradas y llevadas al almacén. No es igual adulterar la marca en un novillo que en el lote de exportación. Como tampoco es igual una lesión que incapacita por cinco días a la que incapacita por veinte.

Desde el punto de vista de la *calidad* del hecho dañoso las situaciones son más extremas. El homicida suprime la vida de una persona, pero puede lograrlo violando especiales deberes de hijo o cónyuge, para ocultar otra infracción. El ladrón puede despojar a alguien de sus bienes mediante violencia, como en ciertos hurtos agravados, o con prácticas habilidosas, como en la estafa, o aprovechando una calamidad pública, una desgracia familiar o la oscuridad y desamparo nocturnos.

7. SEGUNDO CRITERIO PARA GRADUAR LA PENA: LAS MODALIDADES DEL HECHO PUNIBLE

En la vieja legislación, las modalidades del hecho se tomaron en cuenta conjuntamente con la gravedad del mismo hecho. La sola gravedad, dijo la jurisprudencia, no es suficiente para elevar la sanción cuando las modalidades que lo acompañan no hacen aconsejable el aumento. (Cas. febrero 18 de 1958, "G. J.", t. LXXXVII, pág. 218). Tal vez frente al criterio de peligrosidad pudo ser fundada esta opinión. Hoy no. La gravedad, quedó dicho, se refiere a la entidad física más grande, al volumen, a las proporciones mayores del hecho, como se evidencia en el diverso tratamiento que debe darse al que ha hurtado un millón de pesos que al que se apodera de diez, y al que ha incapacitado con la lesión corporal durante cinco días que al autor de una incapacidad de veinte días.

En cambio, las modalidades del hecho versan sobre la forma como se ha realizado o intentado realizarse. Es una manera particular de llevar a cabo una obra o empresa, el modo como se condujo una persona en determinada situación. El que mata atormentando lentamente a su víctima usa una modalidad cruel, no equiparable siquiera a la del que dispara de una vez toda la carga de su revólver. El que recibe la máquina con que se gana el sustento una costurera y se la apropió, merece mayor sanción que quien la sustrae de una casa de empeños. El que destruye una sementera con sustancias químicas difiere de quien la daña paseándose por ella en su caballo. El secuestro mediante vehículos automotores o de aviación entraña mejores cálculos operativos que la privación de la libertad de un transeúnte por otro. El asalto a una vivienda por un malhechor no es igual al que llevan a cabo varios sujetos. La misma muerte ocasionada con arma de fuego no puede igualarse a la que se realiza despedazando el cuerpo con el machete o el garrote.

En otros términos: la gravedad se refiere preferentemente al bien jurídico objeto de tutela, mientras que las modalidades ejecutivas se refieren a la forma como se materializa el ataque a ese bien.

8. TERCER CRITERIO PARA MEDIR LA PENA: EL GRADO DE CULPABILIDAD

Quedó planteado que el cambio de *motivos determinantes* por *grado de culpabilidad* se debió al escrúpulo de emplear una expresión característica del positivismo y a su remplazo por otra más adecuada al nuevo sistema. Y se aclaró, además, cómo los revisores de los proyectos de 1979 dejaron constancia expresa de que al hablar del "grado de culpabilidad" aludían a "los motivos del acto". Con lo cual quedó en limpio la proscripción de los *determinantes* que había sustentado aquella tendencia, entendidos como las causas o motivos que arrastran a la infracción.

Los motivos del acto no son, pues, los "motivos determinantes" del positivismo. En la culpabilidad normativa, el juicio de reproche recae no solo sobre el acto voluntario, sino también sobre la formación de la voluntad propiamente dicha. En otros términos, ese reproche recae sobre "el proceso síquico precedente" que impulsó a obrar al sujeto; base del juicio, según DÍAZ PALOS, que es simplemente complementaria de la anterior pero que en manera alguna puede convertirse en fundamento único del mismo.

Los motivos del acto tienen influencia en la calidad y cantidad de la pena. Mejor, el grado de culpabilidad se mide a través de esos motivos como agravantes o atenuantes. El altruismo de una acción contrasta con las inspiraciones perversas. Pero donde la motivación de la conducta alcanza toda su eficacia es en el aspecto negativo de la culpabilidad, como sucede en la coacción insuperable y en el error sobre la existencia de una justificante o sobre el tipo represor (art. 40).

Hay situaciones en que es forzoso reconocer una mayor intensidad del dolo y a veces una mayor extensión. SILVELA lo puntualizó, como recuerda RAÚL GOLDSTEIN: "También los motivos gradúan la culpabilidad. Más culpable es la muerte del padre; más culpable es el homicidio que las lesiones. De ordinario, una vez afirmada la culpabilidad, concurren circunstancias que la agravan o atenúan, según los móviles del agente".

9. CRÍTICA DE LOS "MOTIVOS DETERMINANTES"

Debe reiterarse que la motivación de la conducta se tiene en cuenta una vez afirmada la culpabilidad, y no como esencia o parte integrante de este elemento. Tuvieron razón los redactores cuando suprimieron ese criterio dosimétrico, que remitía a la ortodoxia positivista. Y, aunque no era necesaria la atestación sobre la equivalencia entre "los motivos del acto" y "el grado de culpabilidad", tampoco fue inconveniente dejarla.

Los motivos determinantes son para FERRI nada menos que la tónica moral y jurídica de todo acto humano: "La acción material, por ejemplo, la limosna cuantiosa que se da a una muchacha mendicante, puede ser un acto de caridad noble y reservado o constituir una ostentación pública y vanidosa, o inclusive un principio de corrupción. El homicidio voluntario puede ser un hecho co-

metido por aberración política o en legítima defensa. Otro tanto puede decirse de todos los actos humanos, ya que, como indicó ROMAGNOSI, existe una conexión invariable entre la energía de los motivos y las deliberaciones de la voluntad”.

Determinar es crear, hacer nacer la resolución, ser fuente de la acción. De donde se deduce que el motivo que determina es como una fuerza ciega sojuzgadora del hombre, o al menos inhibitoria de sus fuerzas volitivas personales, de modo que queda prisionero de las contingencias y, en último grado, víctima inevitable de la necesidad.

En todo acto existe una causa que le da cierto sentido. Pero esa causa no tiene siempre capacidad determinante. Negar la voluntad es negar al hombre. Así como afirmar las “potencias volitivas” en la amplitud metafísica, sin tener en cuenta las solicitudes y los influjos del mundo, es dar un salto en el vacío.

10. CUARTO Y QUINTO CRITERIOS GENERALES PARA GRADUAR LA PENA

El art. 61 enumera otros dos criterios dosimétricos, que podrían ser el cuarto y el quinto dentro de esta exposición. El cuarto son “las circunstancias de agravación o atenuación” y el quinto, “la personalidad del agente”. Pero aquellas circunstancias son las mencionadas en los arts. 64, 65 y 66, con la nota conjunta de que se ocupa el art. 67. No hay que estudiarlas, por consiguiente, en este lugar sino en el que les corresponde. Para eso, la exposición se abrirá en dos capítulos distintos del presente, con lo que se garantiza el orden lógico y jurídico, y no se interrumpe el tratamiento del citado art. 61.

La personalidad del agente de un hecho punible, como la personalidad de cualquiera a quien no necesita indagar la justicia represora, es una síntesis de condiciones internas y externas, cuyo contenido y extensión son materia de grandes incertidumbres. Es con criterio aproximativo como debe afrontarse su estudio, pues nadie tiene la suficiente capacidad científica para comprenderla, y menos aún para seguirla en sus desenvolvimientos a través de los actos.

En particular, las personalidades delictógenas tienen sus manifestaciones específicas, sin que ello conduzca al determinismo de quienes hablan de una tendencia al delito, germinal o adquirida. La alevosía o la crueldad, por ejemplo, son manifestaciones de un modo de ser o de estar, y por eso se relacionan íntimamente con la personalidad del agente. La ley pudo atreverse a reducir los criterios a uno solo: la personalidad, pues a esta convergen tanto los motivos como las modalidades ejecutivas, la gravedad del hecho y las variantes de la culpabilidad. Sin embargo no lo hizo así, sino que incluyó la personalidad entre otras condiciones de la acción, con lo que mezcló el modo de ser del sujeto con las contingencias de su conducta, operación deplorable porque induce al mantenimiento del positivismo en su empeño de castigar el delito en el sujeto y no al sujeto en el acto delictivo.

A fin de evitar mayores confusiones sobre este punto, en detrimento de los preceptos constitucionales y de las normas rectoras del estatuto represor vigente, que disponen condenar por el *hecho* y no al autor, lo cual lleva a desa-

tender el juicio sobre la personalidad exigido en el art. 61, es necesario un examen de esta, a fin de esclarecer si debe tenerse en cuenta o si, por el contrario, es criterio en pugna con el sistema en vigor.

11. LA PERSONALIDAD EN LAS VARIEDADES INTERNACIONALES

La personalidad como síntesis de condiciones internas del sujeto y externas a él debe comenzar a estudiarse teniendo en cuenta lo que ha venido llamándose, con enjuiciamientos poco menos que relativos, el sello de la nacionalidad. Pero esta es también la primera de las aventuras, llena de peligros y desaciertos, pues lo que en un tiempo se denominó “carácter nacional”, no lo es por entero ya que en él se reflejan factores disímiles, por ejemplo, los modos de existencia en las distintas regiones, la densidad de las poblaciones, su dispersión territorial, sus usos y demás fuentes del comportamiento.

De allí que hayan surgido tantas teorías sobre la personalidad, sin que haya acuerdos generales para entenderla y precisarla. El carácter nacional, dijo GORDON W. ALLPORT, si bien es un concepto peligroso, contiene algo de verdad. Son indudables ciertos matices que podrían llevar a análisis más amplio, pero sobre este soporte empírico no es posible efectuar comparaciones válidas. Siempre quedan enfrentadas las opiniones y es muy difícil sacar un justo medio o tener en cuenta denominadores comunes.

En publicaciones de circulación mundial y en congresos de científicos de muchos países ha tratado de obtenerse un conjunto de datos útiles para algunas comunidades, pero la realidad lo ha impedido. En un texto conocido sobre las *Teorías de la personalidad*, HENRY P. DAVID y HELMUT VON BRACKEN descubren, a través de numerosos autores, como ELLENBERGER, las notables variaciones conceptuales según la tierra a que pertenecen. La opinión predominante en Norteamérica, dice el últimamente citado, es la de una flexibilidad casi ilimitada de la personalidad humana, moldeada por la historia vital y las influencias sociales. Se destacan “las reacciones frente a las tensiones” y las “relaciones interpersonales”.

En Suiza existe una tendencia más pronunciada en la relativa constancia de la estructura básica del carácter y, en defecto de un desarrollo mayor de la sociología, se da más importancia a la genética, la caracterología y la siquiatria constitucional. Otro tanto afirma WOLFF, quien contrasta la preferencia norteamericana por el término *personalidad* con la europea de *carácter* y *caracterología*. Concluye que los norteamericanos están atraídos por las implicaciones de la “máscara” (persona) y los europeos por algo mucho más profundo.

Si tales perplejidades sobrevienen con algo que ha sido objeto de numerosas contribuciones científicas, las dificultades se multiplican cuando ha de enfrentarse la raíz psicológica de la personalidad. De allí el que para el derecho represor habría de elaborarse un concepto viable, todavía inmaduro, y de allí el otro error: cuando el Código menciona la *personalidad* alude necesariamente a la de los sujetos inclinados al delito, o a la mala vida, lo cual es infundado porque la ley no se refiere a estos sino que exige la indagación de su personalidad completa, y el influjo de la misma en las concepciones y modalidades punibles, objetivo muy lejos de la convicción científica y que ni siquiera se avecina con la certeza judicial.

12. LA PERSONALIDAD EN LA SOCIOLOGÍA Y LA SICOLOGÍA

Tanto desde el punto de vista psicológico como desde el sociológico, la personalidad se concibe, no como una suma de elementos, sino como un sistema total de referencias. Lo mismo en la psicología de la conducta de PIERON Y BINET, como en la de las *formas vitales* de SPRANGER; en el psicoanálisis de FREUD, como en el personalismo de GUILLERMO STERN; en la psicología individual de ADLER, como en la psicotécnica de MUNSTERBERG. Pero la unidad de la persona debe completarse con la del medio y con las inevitables variaciones frente a este elemento.

No otro es el fondo de todos los conceptos contemporáneos sobre la personalidad. Así, HORNELL HART la define como la "organización dinámica de ideas, actitudes y hábitos que está montada sobre el cimiento de los mecanismos psicofísicos, biológicamente heredados, de un organismo, y sobre las pautas culturales, socialmente transmitidas, y que comprende todas las adaptaciones de los motivos, deseos y propósitos de este individuo a las exigencias y potencialidades de sus medios social y subsocial.

"La personalidad comprende: a) el foco de la conciencia; b) el arca pre-consciente de la experiencia sensoriomotora y de los recuerdos, ideas, deseos, actitudes y propósitos no reprimidos; c) lo inconsciente, incluyendo los recuerdos, ideas, deseos y aptitudes reprimidos; d) las formas de conducta susceptibles tanto de observación como de influjo por parte de los otros".

Otros la definen como: 1) la organización integrada por todas las características cognoscitivas, afectivas, volitivas y físicas de un individuo tal como se manifiesta a diferencia de otros; 2) caracterización o patrón general de la conducta total de un individuo; 3) el carácter campal o forma del patrón de conducta del individuo; 4) aquellas características de un individuo que más importan para determinar sus ajustes sociales; 5) cualidades afectivas y físicas de un individuo, tal como impresionan o atraen sintéticamente a los otros". De estas cinco acepciones interesan, desde el punto de vista predominantemente psicológico, la primera; y desde el punto de vista social, la segunda y la tercera.

La personalidad, como el mundo y como todo lo que existe en la universalidad de las cosas y de los conceptos, no es estática, aunque algunas instituciones como la familia, la educación, la economía, el alcoholismo, puedan describirse con exactitud en un momento dado, lo cual da una apariencia de estabilidad sin cambios. Mas, con todo, "no captamos la eficacia dinámica que, frente al infractor, corresponde a estos innumerables factores. Tal eficacia dinámica es en último término la única que legítimamente puede tener interés criminológico, pues lo que atrae la atención no es la existencia potencial de una determinada situación, sino el *influjo actual* que ha ejercido un determinado medio y que por esto ha llegado a ser causal para el delito perpetrado".

13. PERSONALIDAD COMO "CAPACIDAD CRIMINAL"

Lo que debiera estudiarse tratando de entender el criterio dosimétrico principal del art. 61 es la resultante de todos los aportes nacionales, sociales,

de ubicación geográfica y económica, de educación y trabajo, junto con la valoración que el sujeto haga de su propia vida y de las relaciones con los demás. Cuando se dice que el concepto de personalidad se restringe al de una categoría de sujetos capaces de delinquir, de un lado, se introduce una tendencia abolida por completo del sistema vigente, como es la de peligrosidad, y de otro, se expone una idea que en el texto legal no tiene ese sentido exclusivista. El artículo habla de "personalidad del agente", y en ninguna parte de "capacidad para cometer hechos punibles".

Esta interpretación es la de SERVIO TULIO RUIZ: "En el estudio de la culpabilidad, como elemento del delito, conviene relacionar los artículos que la sustentan con el 61 del nuevo Código, en donde se establecen los criterios para aplicar la pena, o mejor, para fijarla, los cuales, sin lugar a dudas, se refieren a la capacidad criminal del agente, pues dicha disposición habla que tales criterios son la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación y agravación y la personalidad del agente".

Sin embargo, RUIZ no quiere ir tan lejos, y con sobrada razón, pues en el camino se encuentra con la tesis alemana de la *culpa de autor*, que expresamente rechaza. El juicio de reproche debe partir del hecho realizado y no de las características físicas y el estado psicológico del agente. "Esta doctrina ha sido vivamente combatida en Italia por ANTOLISEI y PETROCELLI, principalmente, los cuales sostienen que una vez reconocido al Estado el poder de castigar al hombre por solo ser moralmente perverso, no hay motivo alguno para excluir que pueda castigarle, porque, por ejemplo, profese determinadas ideas políticas o religiosas".

Si se admite que la personalidad relacionada en el art. 61 es la "capacidad para delinquir", se corre el riesgo de llegar a un extremo indeseado, que es precisamente el enunciado: la culpa del autor. Y esto no lo ordena la norma, sino tener en cuenta, para aumentar o disminuir la pena, la personalidad del agente, conocida a través de sus calidades y atributos, de sus gustos y expresiones. Es así como se habla de una personalidad amable u odiosa, anómala o normal, abierta o interiorizada, generosa o mezquina, sensible o dura, digna o envilecida, noble o perversa, irascible o controlada, rústica o cultivada, idealista o pragmática, cobarde o batalladora, en existir de opulencia o de pobreza, sufrida o afortunada, sobresaliente o víctima de las negaciones sociales.

Otros códigos sí hablan de personalidades delictógenas, y el jurista está obligado a verificar el por qué de sus tendencias antihumanas y antijurídicas, y su eficacia en el hecho punible. Pero el colombiano no se vincula a este concepto sino al más general, pues, debe repetirse, se trata de medir la pena, y esta medida comprende el difícilísimo examen de las condiciones del agente y el desenvolvimiento regular o anómalo de ese estado en el mundo que le corresponde afrontar.

14. EXCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONALIDAD PARA GRADUAR LA PENA

La objeción de fondo contra la referencia a la personalidad del sujeto para graduar la pena, viene de JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, quien sostiene

que al tener en cuenta la personalidad ya no se sanciona el acto, sino lo que el hombre es o lo que lleva en sí, apreciación contraria al sistema y, por eso mismo, con vicios de inconstitucionalidad. Sobre la sanción, no al acto sino al carácter del agente, observa:

“Todavía quedan ciertos sabores dudosos cuando se menciona la personalidad del agente como criterio dosimétrico de la pena. Si la pena está dirigida, constitucional y legalmente, a castigar el acto, y la pena depende de la importancia del bien jurídico atacado con ese acto y de la culpabilidad del autor con respecto a él, nada tiene que ver la personalidad del agente. ¿Quién dijo que un homicidio realizado por una buena persona, es menos grave que el homicidio realizado por una mala persona? Los dos hechos son igualmente graves. No veo por qué a la mala persona le aumentan la pena, a no ser que solamente se mencione el homicidio, sino a la vez por el homicidio y por ser mala persona. Entonces ya, en esta última parte, no se está sancionando el acto sino el carácter, el hábito u otras cosas similares”.

Respecto de lo inconstitucional de toda norma que disponga sancionar o agravar la pena considerando la persona (*personalidad*) y no solamente el acto, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA sostiene que ello pugna con dos garantías de la Carta Política. Esta habla del *acto que se imputa* en el art. 26 y del *hecho* en el art. 28: “Al hablar únicamente la Constitución de *acto* y de *hecho* está implícitamente prohibiendo las sanciones penales, para cosas distintas de la actuación humana; no las permite, pues, ni para el carácter, ni para esas otras cosas que enunciamos”.

15. EL JUICIO SOBRE LA PERSONALIDAD ES SIEMPRE AVENTURADO

Cualquiera fuere el concepto de personalidad en el campo represor: el restringido de que es la capacidad para delinquir, o el genérico, de que significa el complejo total de referencias a la vida del sujeto, un enjuiciamiento de esa vida para efectos represivos o respecto de los valores en que se traduce es, sobre incierto, antijurídico. Incierto, porque ni la sociología ni la psicología han aportado nociones estables sobre la estructura de la persona y menos sobre sus tendencias, movimientos y determinaciones. Antijurídico, porque toda pena, sea la principal que se menciona después de cada precepto, o la que se agrega a esta según el art. 61, si se aplica a la persona, es decir, al ser en su íntima fusión de condiciones germinales, atributos, calidades y formas de existencia, no afecta solo al acto realizado sino a una entidad no definida en la máxima normatividad colombiana.

La jurisprudencia ya se ha hecho cargo de las dificultades para el juicio de la personalidad. En auto del 10 de marzo de 1981, con ponencia de REYES ECHANDÍA, dijo la Corte:

“En cuanto a la personalidad del procesado, lo ideal sería poder realizar sobre ella una exploración científica con el auxilio de técnicas psicológicas —entrevistas, *tests* proyectivos— y la intervención de personal especializado;

desafortunadamente, en nuestro medio no existe la infraestructura humana e instrumental que haga posible tan necesaria investigación. Entonces, el juez ha de acudir a los antecedentes que le brinda el proceso, a las informaciones de personas que hayan conocido al sujeto y al directo contacto con este; de esas precarias fuentes ha de valerse para tomar la decisión más justa.

“Recuérdese que ella está asentada sobre un diagnóstico de lo que ha ocurrido y sobre un pronóstico de lo que probablemente ocurrirá; si aquel es ciertamente complejo, este reviste caracteres de mayor incerteza, dadas las condiciones en que ha de emitirse; lo que solo demuestra que los mandatos legales, divorciados de la realidad social sobre la cual han de asentarse, no pueden cumplir cabalmente la función para la cual fueron creados”.

16. EL CRITERIO DE PERSONALIDAD FRENTE A LAS NORMAS RECTORAS

Por el aspecto normativo tiene razón FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Pero el rechazo del criterio de personalidad para medir la pena, que proviene de los arts. 26 y 28 de la Constitución, encuentra otro punto de apoyo: el de las normas rectoras, así: la del art. 1° en virtud del cual “nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto por la ley penal”. El Código no menciona, como podría concebirlo, el concepto de persona en ninguna de sus dimensiones, ni por su inclinación al delito ni por el complejo de sus atributos.

El art. 3°, relativo a la tipicidad, vuelve punible al hecho, no al autor de ese hecho. Más aún, toda la teoría de la tipicidad se basa en la delimitación del acto, mejor, en el acto en sí, excluyendo la personalidad, a menos que expresamente se exija considerar factores subjetivos y sociales propios del agente.

Las normas rectoras, como tantas veces se ha explicado en este estudio, prevalecen sobre las demás de las partes general y especial. Tienen suficiencia y altura jerárquicas sobre esas restantes disposiciones. Gobiernan, rigen, y sirven para entender la significación especial de las reglas represivas. No pueden interpretarse sino partiendo de estas prevenciones cardinales. Si algún precepto va contra lo dispuesto en ellas es este, el que resulta vencido en la recíproca confrontación. Los arts. 1° y 3° se refieren al hecho, o sea al acto humano punible, luego no hay que recurrir a criterios distintos para medir la sanción. La personalidad de que trata el art. 61 está por fuera del sistema.

El juicio sobre la personalidad para efectos penológicos pugna con los arts. 26 y 28 de la Constitución, como lo plantea FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Siendo esto así, en los casos concretos puede recurrirse a la excepción de inconstitucionalidad prevista en el art. 216 del mismo ordenamiento supremo.

Cuestión distinta es el juicio sobre la personalidad exigido en los arts. 68, num. 2°, 72 y 99, pues esos casos no son impositivos de pena, ni la gradúan, sino lo contrario, suspenden su ejecución o mejoran el tratamiento asegurativo. No se violan las normas citadas, pero la apreciación del juez no puede quedar circunscrita a la capacidad o incapacidad para delinquir, sino a todos los factores constitutivos de esa personalidad.

17. LA "PERSONALIDAD" TAMPOCO ES "PELIGROSIDAD"

La idea de que la personalidad equivale o es igual a la capacidad para delinquir, y, por eso mismo, al concepto de los estados peligrosos, es acogida también por la Corte Suprema. En auto del 17 de febrero de 1981 lo expresa sin desfiguraciones ni rodeos:

"En cuanto a la alegación de que no puede invocarse la peligrosidad por haber desaparecido del nuevo Código Penal, hay que decir que eso no es cierto. En verdad, el Código Penal de 1980 ha fundado la pena primordialmente en la culpabilidad, siguiendo el principio universal *tot culpa, tot-pena*, dando con ello un vuelco a la orientación penal sustantiva que en el anterior Código se asentaba no principalmente en la cantidad de daño causado sino en la capacidad de causarlo y que en el nuevo se rige por la cantidad y la forma como intención y voluntad, es decir, la libertad de conocer y decidirse, hay en cada acto.

"Pero eso no quiere decir que se haya perdido de vista la personalidad del delincuente. Varias de las disposiciones del nuevo estatuto de las penas hacen expresa mención de ella, entre otras la referente a la libertad condicional (C. P., art. 72) y quien dice "*personalidad*" dice *capacidad de delinquir y, por tanto, peligrosidad*.

"La actividad humana, en particular la delictuosa, se ha dicho es expresión de la personalidad. Una distinción entre delito y personalidad es ilegítima. En el momento de la infracción, existe una ecuación perfecta entre el uno y la otra.

"Así, pues, no es desacertado mencionar en la vigencia del nuevo Código la capacidad de delinquir para efectos de la medición de la pena y de otras consecuencias del acto delictuoso. En las circunstancias de agravación punitiva que menciona el artículo 66 varias se relacionan directamente con la peligrosidad, tales como los motivos del acto (numeral primero), la insensibilidad moral del delincuente (numeral segundo), la conducta que indica una mayor perversidad (numeral décimotercero).

"Lo que pasa es que ya no se sanciona solo por la capacidad de delinquir como ocurría antes cuando se castigaban el delito imposible y la reincidencia sino que ahora toda pena debe tener como fundamento un hecho penalmente ilícito y como medida principal la libertad de obrar en que el delincuente estuvo en el momento del acto y la conciencia y voluntad de su conducta".

Frente a estos apartes de la jurisprudencia es indispensable volver a las razones antes expuestas, pero principalmente a esta: el estudio de la personalidad jamás dará su medida justa, ni sus orientaciones, tendencias y apetitos, mucho menos en el despacho de los jueces, atestados de procesos y sin colaboradores en el terreno de la sicología. Y, aunque se llegara cerca de un diagnóstico más o menos acertado, las conclusiones sobre la personalidad jamás pueden reducirse a su aspecto peligroso o su capacidad delictiva.

Personalidad no es peligrosidad; primero, porque aquella es, en último término, la vida entera del sujeto, y segundo, porque, aun reconociendo la equivalencia o la igualdad de conceptos, la peligrosidad no puede reconocerse en el

régimen vigente, ni siquiera para graduar la pena, porque pugna con las normas rectoras antes invocadas.

18. CRITERIOS DOSIMÉTRICOS EN LA TENTATIVA, LA COMPLICIDAD Y EL CONCURSO

El segundo párrafo del art. 61 contiene criterios especiales para fijar la sanción en las infracciones tentadas, en la codelincuencia y en el concurso de varios hechos punibles, siempre dentro del mínimo y el máximo señalados en la respectiva disposición. Pero estos criterios especiales no excluyen los relacionados en el párrafo primero, sino que deben tenerse en cuenta, *además* de ellos.

En la tentativa debe fijarse una pena superior al mínimo, si la actividad del agente estuvo muy cerca de la realización, y debe acordarse el mínimo o una pena ligeramente más grave, si la realización estaba muy lejana. No es lo mismo haber abierto la puerta de la vivienda escogida para el saqueo, que haber penetrado ya en el interior. Ni tiene igual significado un solo disparo sobre la víctima que atacarla con todos los de la dotación del arma. Tampoco hay equivalencia entre el simple apartamiento del dinero dentro de la oficina por parte del funcionario peculador, que habérselo llevado ya en el bolsillo o colocado en su papelería.

La *contribución* de los cómplices es siempre para el acto o los actos de realización. La *ayuda* es posterior a estos momentos, conforme la distinción del art. 24. La pena se agrava según la mayor o menor eficacia de la contribución o ayuda. Se contribuye de distinta manera, desde aquella altamente significativa, que colinda con la coautoría, hasta un grado menor, sin el cual el hecho aje no puede llevarse a cabo. Vigilar la empresa punible desde una esquina, o desde habitaciones cercanas, es de menor entidad delictiva que hacerlo dentro de un automóvil con el motor en marcha, listo para emprender la carrera. Llamar al teléfono para cerciorarse de que los dueños de la casa han salido, es también menos que abrir la puerta para que otro ingrese a consumir el hurto.

Otro tanto ocurre en el concurso de que tratan los arts. 26 a 28. Quien ha realizado tres o más hechos no puede equipararse al que solo es culpable de dos. La razón para graduar más severamente la pena, no requiere explicaciones de otra clase.

19. AGRAVACIÓN ESPECIAL POR HECHOS CONTRA EMPLEADOS OFICIALES

El art. 62 no figuró en el proyecto de 1974. Su texto fue agregado en el de 1978 y se conservó en la redacción final de 1979, aunque en esta oportunidad ORTEGA RAMÍREZ lo objetara por incluir entre los empleados oficiales a los miembros de las corporaciones públicas. "No estoy de acuerdo, dijo, porque con este principio tan general los miembros de las corporaciones públicas no podrán, por ejemplo, intervenir en política, ya que esta intervención constituye un delito para el funcionario o empleado público, de conformidad con el art.

197 del mismo proyecto final. Por consiguiente, los miembros de las corporaciones públicas no deben asimilarse a empleados oficiales.

Art. 62. Agravación por delito cometido contra empleado oficial.—*Cuando el hecho fuere cometido contra empleado oficial por razón del ejercicio de sus funciones o de su cargo, la pena se aumentará hasta en una tercera parte, salvo que tal calidad dada haya sido prevista como elemento o circunstancia de hecho punible.*

Art. 63. Empleados oficiales.—*Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público.*

ESTRADA VÉLEZ y GUTIÉRREZ ANZOLA sostuvieron el texto. Según el primero, “es benéfico que los miembros de las corporaciones públicas se equiparen a empleados oficiales. Perfectamente, estos miembros pueden cometer delitos de peculado, abuso de autoridad, prevaricato. Ahora bien, casos habrá de excepción, los cuales se establecerán taxativamente en la parte especial”. Para el segundo, el artículo es conveniente, “porque con ello esclarecemos, para los efectos penales, todas las posibles actuaciones de los empleados oficiales, así sean funcionarios o empleados públicos, miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas, porque hasta ahora reina un caos al respecto, con diversa jurisprudencia y hasta se presentan casos de total impunidad”.

El aumento de pena de que trata el art. 62, no es dentro del mínimo y el máximo establecidos en la respectiva disposición, sino que puede exceder ese máximo, si debe fijarse la tercera parte en forma completa.

20. LA DEFINICIÓN DE EMPLEADO OFICIAL PARA EFECTOS PENALES

La definición del art. 63 pone término a una serie de confusiones, a partir del Código de Régimen Político y Municipal y las sucesivas enmiendas, como las de los decretos 1793 de 1940 y 2350 de 1944. Pueden no coincidir los conceptos con los de las disposiciones administrativas, pero en el campo represor ya es inconfundible la fisonomía del empleado oficial, no solo en cuanto a la graduación de la pena, sino por ser susceptible de convertirse en agente calificado de ciertas infracciones, verbigracia, el cohecho, el prevaricato y el peculado.

Es innecesario hablar aquí de las diferencias entre empleados públicos propiamente dichos y trabajadores oficiales; entre quienes ejercen funciones permanentes en las oficinas del Estado y quienes prestan servicio en empresas en que este tiene parte; entre quienes tienen un cargo en propiedad y los interinos; entre quienes devengan una asignación permanente y los que cobran ocasionalmente un servicio; entre los empleos de forzosa aceptación y los que dejan en libertad al nombrado para desempeñarlo.

En derecho administrativo puede parecer absurdo que los miembros de las corporaciones públicas (Congreso, Asambleas, Consejos municipales), sean empleados oficiales. No así para el derecho penal, cualquiera que sea el objetivo de tan importante simplificación. El Código sigue la orientación ecuménica en esta materia, y lo extraño es que antes no se hubiera adoptado una definición amplia y comprensiva. Son, pues, empleados oficiales, todas las personas vinculadas a la administración en cualquiera de sus dependencias y jerarquías, para desempeñar cualquier labor intelectual o manual, llámense funcionarios en propiedad o auxiliares ocasionales, con cualquier título o denominación, estén o no dentro de las carreras establecidas, pertenezcan a un escalafón o se encuentren fuera de él.

Se requiere, sí, que estas personas auxiliares de la administración desempeñen una función pública, como los jurados de conciencia y los árbitros, los gestores de algún asunto ante gobiernos extranjeros, sin cargo o título diplomático (art. 113), verbigracia; o bien, que estuvieren encargadas de prestar un servicio público, como el de las juntas de acción comunal.

La salvedad del art. 62, “salvo que tal calidad (la de empleado oficial) haya sido prevista como elemento o circunstancia del hecho punible”, se explica fácilmente con ANTONIO VICENTE ARENAS: “Si la calidad de empleado oficial ha sido prevista como elemento o circunstancia del hecho punible, es improcedente la circunstancia de agravación. Por ejemplo, cuando se ejerza violencia *contra empleado oficial* para obligarlo a ejecutar u omitir un acto propio de su cargo (art. 164). Aquí la calidad de empleado oficial es *elemento* del hecho punible. O cuando por razón de sus funciones se priva de la libertad injustamente a un empleado oficial. Aquí la calidad aludida es *circunstancia agravante* del delito de secuestro (art. 270)”.

21. VARIEDAD Y COMPENETRACIÓN DE LOS CRITERIOS DOSIMÉTRICOS Y LA VALIDEZ DE LOS HECHOS EN QUE SE APOYAN

Si los criterios enunciados antes conducen a modificar la sanción en un caso dado, agravándola o atenuándola, deben responder a hechos procesales debidamente probados; mejor, plenamente probados, tanto como los elementos del delito o de la contravención. Estos criterios y los mejor particularizados en los arts. 64 y 66, no pueden ser deducciones obtenibles de datos sueltos o equívocos, sino que han de estar sustentados suficientemente, tanto como la responsabilidad misma. Ellos sirven a esta consecuencia de la conducta y se convierten en parte de la misma.

No basta, por consiguiente, enumerar los criterios que se estiman formados, ni las circunstancias presentes en la obra realizada por el infractor, sino que es indispensable un examen particularizado de cada uno de ellos y decidir de qué clase son y en qué cuantía contribuyen a la imposición penológica. No todos los criterios del art. 61, ni las circunstancias de los arts. 64 y 66, además de las favorables que se aplican analógicamente, según el art. 65, tienen igual

valor, por lo cual es erróneo decretar el aumento en proporciones determinadas previamente.

Por otra parte, y si ha de seguir el juicio sobre la personalidad, que, según lo expuesto antes, carece de seriedad científica y está fuera del sistema jurídico colombiano, los esfuerzos que se hagan en ese sentido deben tener en cuenta que ciertas valoraciones respecto de determinada conducta, pueden carecer de significado en el acto de otro. Su estimación no es uniforme y yerran quienes asimilan, verbigracia, los hurtos crónicos con el realizado para satisfacer necesidades primordiales.

Fuera de esto, los criterios de atenuación o agravación deben confrontarse en su conjunto y nunca por aparte. Todos ellos, como los distintos matices de una personalidad, pertenecen a esta, cargan de bondad o repulsión un comportamiento y sirven para descubrir cómo existe el desajuste colectivo, psicológico o moral. En algunos casos, los hechos configuradores del criterio dosimétrico son estables, en otros cambian. Tres o más agravantes, perfectamente establecidas, pueden revelar menos que una sola. Hay que informarse sobre el complejo de peculiaridades concurrentes al acto. Un hombre de rectitud ejemplar puede alterarse hasta el punto de ejecutar un acto que él mismo se reprueba media hora después, sin que el efecto, claro está, llegue al trastorno mental transitorio.

Lo dicho articula mejor esta consideración: la punibilidad no es aspecto secundario dentro del sistema represor ni dentro del derecho encargado de encarecer sus principios. Es una consecuencia del hecho punible, pero consecuencia tan grave como el hecho punible mismo. Todos los estudios sobre tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad e imputabilidad se desenvuelven dentro de sus ámbitos propios, pero, en conjunto, se abren a la punibilidad. Sin embargo, se descuida el análisis de esta parte, dejándola casi por entero a la casuística judicial, como si no fuera digna de las más grandes preocupaciones doctrinarias. Tres meses de aumento en la sanción son a veces definitivos para el condenado. La multa básica de un millón de pesos puede soportarse, mas no el aumento hasta en otros tantos. La eficacia del derecho penal, se mide y comprueba en la cuantía de la condena, tanto como en los elementos que condujeron a decretarla.

BIBLIOGRAFÍA

MINISTERIO DE JUSTICIA, *Anteproyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia, 1974, pág. 375; la misma materia (circunstancias de agravación y atenuación) puede verse en ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, págs. 496 y ss.; LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN, *Actas del nuevo Código Penal colombiano*, vol. I, Bogotá, 1980, págs. 8 y ss.; ENRICO FERRI, *Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, S. A., 1933, págs. 287 a 294; RAÚL GOLDSTEIN, *La culpabilidad normativa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, págs. 55 y ss.; FERNANDO DÍAZ PALOS, *Culpabilidad jurídico-penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1954, págs. 42 y ss.; HENRY P. DAVID y HELMUT VON BRACKEN, *Teorías de la personalidad*, Buenos

Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires (Eudeba), especialmente el cap. I, escrito por GORDON W. ALLPORT, págs. 4 y ss.; RALPH LINTON, *Cultura y personalidad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1945, págs. 107 y ss.; WERNER WOLFF, *Introducción a la psicología*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, págs. 295 y ss.; HENRY PRATT FAIRCHILD, *Diccionario de Psicología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pág. 218; EDMUND MEZGER, *Criminología*, Madrid, Edit. Revista de Derecho Privado, 1942, pág. 250; HOWARD C. WARREN, *Diccionario de psicología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pág. 264; SERVIO TULLIO RUIZ, "La estructura del delito", *Rev. Nuevo Foro Penal*, Medellín, enero, febrero y marzo de 1981, núm. 9, págs. 56 y 57; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "La noción del delito en el Código Penal de 1980", *Nuevo Foro Penal*, núm. cit., págs. 14 y 15; MINISTERIO DE JUSTICIA, *Extractos de jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia*, Sala Penal, Bogotá, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia, 1977, págs. 37 y 38; L. C. PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, págs. 583 y ss.