

NORMAS RECTORAS DE LA LEY PENAL COLOMBIANA

Doctor JULIO SALGADO VÁSQUEZ

El título primero de la parte general del Código Penal de 1980 se denomina "De las normas rectoras de la ley penal colombiana", y está integrado por doce artículos consagratorios de los principios que deben tener en cuenta los juzgadores para la recta aplicación del estatuto punitivo.

Sus autores, a manera de entusiastas panegiristas que ensalzan tan magna obra, han dado en la flor de pregonar que se trata de un aporte original de la ciencia colombiana, que iniciará una nueva era en las investigaciones jurídicas.

Para demostrar que tal planteamiento carece en absoluto de seriedad, se procede a examinar, muy sintéticamente, la ingenua creencia de tan extraordinarios jurisconsultos:

1. LEGALIDAD DEL DELITO

Art. 1º.—Legalidad. "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella".

El principio de la legalidad de los delitos no es propiamente descubrimiento de los legisladores de 1980, ya que tiene muy claros antecedentes.

El Código Penal de 1890, adoptado por la ley 19 de 1890, acuñó el principio de legalidad del delito, por cuanto afirmó que "es delito la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en pena" (art. 1º), de donde se infiere que la acción punible debe estar descrita por la ley. Reiteró el principio de que es la violación de la ley al expresar en su art. 2º que "en toda violación de la ley se supone voluntad y malicia, mientras no se pruebe lo contrario".

El Código Penal de 1938, que fue aprobado por la ley 95 de 1936, se inicia disponiendo que "nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella" (art. 1º).

El art. 28 de la Constitución Política de Colombia dispone desde 1886 que "aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente". Como el destinatario de las normas constitucionales es el Congreso para que por medio de las leyes sean de-

sarrolladas, el art. 52 de la Carta ordenó que "las disposiciones del presente título (se refiere al III del cual forma parte el art. 28 antes transcrito) se incorporarán en el Código Civil como título preliminar, y no podrán ser alteradas sino por acto reformativo de la Constitución".

En cumplimiento del texto constitucional mencionado, el legislador ordinario expidió dos ordenaciones:

"Con arreglo al art. 52 de la Constitución de la República, declárase incorporado en el Código Civil el título III (arts. 19 a 52) de la misma Constitución" (art. 4º de la ley 57 de 1887). Hay que aclarar que de conformidad con la última codificación constitucional, que es la de 1968, los artículos del título III corresponden a los números 16 a 52.

"El título III de la Constitución sobre «derechos y garantías sociales» tiene también fuerza legal, y dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil".

Naturalmente que los constituyentes colombianos tampoco inventaron el principio de legalidad del delito, por cuanto se limitaron a repetir el art. 7º de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, aprobada entre el 17 y el 26 de agosto de 1789 por la Asamblea Nacional de Francia: "Ningún hombre puede ser acusado, arrestado ni detenido sino en los casos determinados en la ley y con las formalidades en ella prescritas. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o prendido en virtud de la ley, debe obedecer al instante, haciéndose culpable por causa de resistencia".

O sea, que el principio de legalidad del delito no fue inventado por quienes redactaron el Código Penal colombiano de 1980.

2. DEFINICIÓN DEL DELITO

Art. 2º.—Hecho punible. "Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable".

Como el delito es producto de la voluntad humana, para ser preciso, debió definirse como acto y no como hecho. Todo suceso o acontecimiento que ocurre pertenece a lo fáctico. En tal sentido el delito es un hecho, igual que un terremoto, la caída de un árbol o el nacimiento de una persona. Pero como el delito tiene que ser el resultado de acciones dolosas o culposas, dentro del género "hecho" tiene que ser clasificado como la especie denominada "acto", que siempre está referida a la voluntad humana. En consecuencia, debió bautizarse este artículo diciendo "acto punible", aun cuando tal nombre también sería incorrecto.

Para que una acción humana sea delictuosa se requiere que se reúnan cuatro ingredientes, como son la *tipicidad*, la *antijuridicidad*, la *culpabilidad* y la *punibilidad*. Al faltar cualquiera de ellos, desaparece el delito. Restringir la noción del delito a la punibilidad, como parece hacerlo el art. 2º del Código Pe-

nal, es error técnico. Se trataría de un tropo retórico, como sería la sinécdoque empleada, por cuanto se denomina delito únicamente lo que es punible: se define delito el todo por uno de los elementos.

El art. 2º aplica la teoría que predica que la pena no forma parte del delito, por ser simple consecuencia. Pero lo cierto es que conducta que no esté vinculada a una pena carece de toda significación dentro del mundo de lo real. La punibilidad es la manifestación tangible de la lucha contra los delincuentes, quienes no se preocupan por cosa distinta de la pena que golpea derechos tan importantes como la libertad, el patrimonio económico o la integridad moral. Eliminar la punibilidad del marco del delito no es más que auténtica manifestación de las "abstruserías germánicas" de que hablaba FERRI.

Pero, sea que el art. 2º exista o que desaparezca, los jueces continuarán administrando justicia, tal como lo hicieron hasta el 29 de enero de 1981, fecha en que comenzó a regir tan inútil ordenamiento.

3. LA TIPICIDAD

Art. 3º.—Tipicidad. "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca".

La lectura de este texto enseña que no suministró definición alguna sobre la tipicidad, por cuanto se remite a que lo haga la ley penal. Esta pseudo definición se podría aplicar a cualesquiera de las materias de que trata el Código Penal, sin que sirviera para aportar ninguna luz. Por ejemplo, un texto legal que dijera: "La ley penal definirá los casos de aplicación de la ley penal en el espacio de manera inequívoca", o las causales de justificación del hecho, o las de inculpabilidad, nada estaría definiendo.

Por otra parte, el art. 3º parece tener un alcance que sus redactores no se imaginaron, porque ese texto autoriza al administrador de justicia a no aplicar la ley penal cuando, según su criterio, no contiene una definición, de manera inequívoca, del delito de que se acusa al procesado.

Los autores señalan como elementos de cada figura delictiva: los descriptivos (que se refieren al aspecto objetivo o externo); los normativos (atinentes a los juicios de valoración que hace el juez), y los subjetivos (que apuntan hacia la siquis del agente).

SILVIO RANIERI, en su *Manual de derecho penal*, expresa:

"De lo dicho se infiere que el tipo, modelo o figura legales es el punto desde el cual el jurista debe partir para la construcción de la teoría general del delito.

"Tipo (modelo o figura) legal es el conjunto de los elementos que, según la descripción contenida en los preceptos de las normas penales, componen los hechos humanos que están prohibidos u ordenados con la amenaza de una pena"¹.

Sea que se acepte o se discrepe del criterio de RANIERI, este autor suministra una definición sobre la tipicidad. Pero el Código Penal colombiano, so pretexto de definir la tipicidad lo que hace es expresar que los tipos penales deben ser definidos de manera inequívoca por la ley penal.

En cambio, el art. 310 del Código de Procedimiento Penal (decreto-ley 409 de 1971) define el cuerpo del delito diciendo que "los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal, constituyen el cuerpo del delito", que es una verdadera definición del tipo, modelo o figura legal.

Y el Código de Procedimiento Penal aprobado por la ley 94 de 1938, en su art. 272, disponía que "los elementos constitutivos del delito señalados en la respectiva disposición penal, serán la base de comprobación del cuerpo del delito", en cuya definición quedaban incluidos también los elementos subjetivos.

De manera que los redactores del Código Penal de 1980 no definieron la tipicidad, que les pudiera servir de guía a los administradores de justicia, como sí lo hicieron los códigos penales procesales de 1938 y 1971.

4. LA ANTIJURIDICIDAD

Art. 4º.—Antijuridicidad. "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley".

Se trata de una desafortunada definición porque predica que una conducta típica es punible cuando tiene el resultado de lesionar o poner en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley. Y lo es, en primer lugar, porque excluye la culpabilidad para sancionar la conducta típica. Y, en cuanto al resultado, lo limita a los meros intereses jurídicos, sin mencionar los bienes jurídicos.

Tradicionalmente se ha entendido que el bien jurídico tutelado es el derecho al cual se refiere expresamente la norma, en tanto que los intereses jurídicos son los que, sin estar contenidos en el marco del texto legal, son consecuencia de los bienes amparados.

En todo caso, la antijuridicidad consiste, según el art. 4º, en la ofensa o puesta en peligro de un derecho. No parece indispensable agregar que el derecho esté tutelado por la ley, porque para que exista cualquier derecho se requiere que una ley lo haya creado o lo garantice en favor de determinada persona natural o jurídica. Si no hay ley, no hay derecho.

El art. 1494 del Código Civil dispone que "las obligaciones nacen... a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos", y el 2341 del mismo estatuto manda que "el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido".

Esto conduciría a la consecuencia de que por antijuridicidad debe entenderse, según los términos del art. 4º del Código Penal, el objeto jurídico y ma-

¹ Tomo 1, Bogotá, Edit. Temis, 1975, pág. 163.

terial, lo mismo que el daño público y privado que la doctrina considera como elementos generales de los ilícitos. Pero como el resultado tiene como causa al sujeto activo, cuya actividad recae sobre el sujeto pasivo, sería forzoso no desvertebrar el delito, a fin de dar una noción unitaria del mismo, con inclusión de todos sus elementos. Esto quiere decir que así como los redactores del Código consideraron necesario dar definiciones de algunos de los elementos del delito, no se ve la razón para omitir definiciones de todos los elementos de la infracción.

Muchos expositores estiman que la antijuridicidad hay que tenerla en cuenta, dentro de la teoría general del delito, por el aspecto negativo, en el sentido de que, para que exista el delito, se requiere que estén ausentes las causales que excluyen la antijuridicidad de la conducta. Pero tratar de dar definiciones de la antijuridicidad o de las demás materias necesarias para que el Estado pueda aplicar penas es tarea que carece de relevancia.

5. LA CULPABILIDAD

Art. 5°.—Culpabilidad. “Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

Las formas de la culpabilidad, según el art. 35, son el dolo, la culpa o la preterintención.

Los redactores del Código Penal de 1980 coinciden en sostener que el art. 5° es el eje alrededor del cual gravita el nuevo estatuto punitivo, por cuanto implica un giro de 180 grados en relación con el de 1938. En efecto, según ellos, en 1980 se consagra el sistema culpabilista en oposición al peligrosista que campea en el de 1938.

La realidad es muy otra de la que vienen propalando. Es innegable que los redactores del Código de 1938 afirmaron que habían redactado un Código basado en la defensa social, cuyo pilar básico era la responsabilidad legal, como quedó plasmado en su art. 11: “Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código”. Esto es, que no era indispensable entrar a averiguar elementos subjetivos de ninguna índole, por cuanto que la realización del delito era un síntoma evidente que ponía de manifiesto la peligrosidad del autor. Prácticamente era la consagración de la responsabilidad objetiva, que los romanos habían sintetizado en la frase “quien rompe paga”, sin preocuparse de la siquis del presunto infractor..

Contradiciendo el criterio defensorista, o peligrosista, inserto en el art. 11, el Código de 1938, a renglón seguido, dispuso en su art. 12: “Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas”. Esto quiere decir que para poder condenar al autor de una conducta punible, el juez tenía que averiguar si el autor había procedido con intención o con culpa, porque los ilícitos eran intencionales o culposos.

Pero se argumenta que el Código de 1938 no era culpabilista porque sus arts. 36 a 40 hablan de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, por cuya razón es un estatuto de estirpe peligrosista. Lo cual está refutado por su art. 36 en cuanto dispone: “Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente”. En efecto, declarada la responsabilidad con fundamento en el dolo o la culpa, la pena se señalará, calculándola entre el mínimo y el máximo señalado por la norma que describe la conducta punible, teniendo en cuenta varios criterios, uno de los cuales es el concerniente a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad. Por ahora que el Código de 1938 es culpabilista debido a que la responsabilidad la declara, según su art. 12, teniendo en cuenta los elementos síquicos de la intención o de la culpa, en lo cual coincide con el de 1980: “Art. 35.—*Formas (de la culpabilidad).* “Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”.

No resultaría ocioso hacer constar que los arts. 5° y 35 son contradictorios: el 5° determina que para que un hecho sea punible debe realizarse con culpabilidad; pero el 35 sostiene que los hechos punibles deben realizarse con culpabilidad, o sea, que el hecho es punible aun cuando no esté asociado a la culpabilidad. Si no hay culpabilidad, el hecho punible queda impune, pero continúa siendo hecho punible. Se trata de una mala redacción, ya que el art. 35 debió decir: “Para que un hecho sea punible debe ser realizado con dolo, culpa o preterintención”. Aun cuando una mejor redacción de este artículo podría ser la que dijera: “Las formas de la culpabilidad son el dolo, la culpa o la preterintención”.

Consecuencia de lo expuesto sería la afirmación de que los códigos penales de 1938 y 1980 son culpabilistas. En cuanto al nombre de circunstancias de mayor o menor peligrosidad, no pasa de ser una ingenua postura de carácter positivista, sin repercusiones en el ámbito penal colombiano. Tan es así, que las mismas circunstancias (con muy leves variaciones) que el Código de 1938 denomina “de mayor o menor peligrosidad”, pasaron íntegramente al de 1980 con los nombres de “atenuación punitiva” (art. 64) y de “agravación punitiva” (art. 66).

Encasillar el Código de 1938 dentro de la concepción positivista no es más que un idolo de foro de que hablara FRANCIS BACON. Es uno de los mitos que se han creado sobre la legislación penal colombiana.

6. LA FAVORABILIDAD

Art. 6°.—Favorabilidad. “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para los que estén condenados”.

¡Era necesario que los redactores del Código de 1980 incluyeran el principio de favorabilidad entre las normas rectoras de la ley penal colombiana, para

que los jueces supieran de su existencia! ¡Pusieron un pica en Flandes cuando inventaron este principio!

Pero ocurre que el tal principio lo vienen aplicando los administradores de justicia, por lo menos desde 1886, sin que se haya incluido en el articulado de los códigos penales.

El inciso 2º del art. 16 de la Constitución ordena que “en materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

La ley 153 de 1887 desarrolló el principio constitucional de la favorabilidad mediante dos textos mucho más claros y comprensivos que el artículo que se comenta:

Art. 44.—“En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito.

”Esta regla favorece a los reos condenados que estén sufriendo su condena”.

Art. 45.—“La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones:

”La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto o rehabilitación.

”Si la nueva ley minorra de un modo fijo la pena que antes era también fija, se declarará la correspondiente rebaja de pena.

”Si la nueva ley reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado.

”Si la nueva ley disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la ley antigua.

”Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna”.

Sin que se hubiera tenido con innovación digna de perpetuar en bronce y mármoles, el tan denostado Código de 1938 consagró el principio de favorabilidad, por medio de su art. 3º: “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Y el Código de Procedimiento Penal de 1971 también lo incluyó entre sus determinaciones: “En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable” (art. 6º).

Pero todas estas disposiciones resultan superfluas, porque existiendo la consagración del principio de favorabilidad como canon de la Constitución desde 1886, y habiendo la ley 153 de 1887 reglamentado y desarrollado tal materia en forma técnica, precisamente para ser aplicada a la totalidad de la legislación, no alcanza a verse su utilidad en cuanto a sus repeticiones en los códigos Penal y de Procedimiento Penal. Las leyes deben dictarse para reglamentar materias que están fuera del marco del derecho, siendo inútiles las que se limitan a repetir total o parcialmente leyes anteriores, tal como ocurre con el principio de favorabilidad que el art. 6º del Código Penal de 1980 vuelve a repetir.

7. EXCLUSIÓN DE ANALOGÍA

Art. 7º.—*Exclusión de analogía.* “Salvo las excepciones legales, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal”.

La administración de justicia en el ramo penal diverge sustancialmente del civil. Los jueces civiles tienen la obligación de dictar providencias de mérito, sin que puedan recurrir a pretexto alguno, relacionado con presuntas lagunas del orden jurídico, conforme a los siguientes textos de la ley 153 de 1887:

Art. 8º.—“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

Art. 48.—“Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia”. Esta conducta es la que describe el art. 150 del Código Penal de 1980 como el prevaricato por omisión: “El empleado oficial que omite, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

En cambio, el juez penal está vinculado a los arts. 26 y 28 de la Constitución. El 26 dispone que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute”, y el 28 ordena que “aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado *ex post facto*, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente”. Lo cual significa que la jurisdicción penal no puede echar mano de la analogía para sancionar una conducta que no figura en la ley penal como punible. No se requiere prohibir el empleo de la analogía al juez penal porque el principio de la legalidad del delito le está imponiendo la obligación de proceder en presencia de un texto expreso que describa una determinada conducta como sancionable. Si el juez considera que un comportamiento no puede ser encuadrado dentro de ninguno de los tipos penales que el Código describe en su libro segundo, pero que alguno de los elementos de tales tipos se dan en la conducta, no podría amalgamar dos o más de las figuras penales para crear *ad hoc* un tipo jurisprudencial. Y no podría hacerlo porque se convertiría en legislador, con violación, entre otras normas, de los arts. 26 y 28 de la Carta. En tal caso, el juez estaría en presencia de una conducta que no se adecua a ninguna de las hipótesis penales contempladas por el libro segundo del estatuto represor.

Según el Código de Procedimiento Penal no estarían probados todos los elementos del cuerpo del delito; según los juristas de la nueva ola, que siguen los dictados de la ciencia alemana, se trataría de un caso de inadecuación típica. Y el juez tendría que absolver, en lugar de convertirse en legislador, tal como se le exige al juez civil.

El único caso de analogía que trae el Código de 1980 es el relativo a la creación judicial de circunstancias de atenuación punitiva:

Art. 65.—*Analogía*. “Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo precedente, deberá tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas”. Pero esta norma no autoriza la creación de delitos por parte del juez, que es lo que se denomina *analogía in malam parte*. Toda la doctrina concuerda en sostener que la *analogía in bonam parte* le es permitida al juez penal porque con ella, en lugar de perjudicar al procesado, lo favorece.

En consecuencia, no se requiere la existencia del art. 7° del Código Penal para que el juez no se eche por el atajo de la arbitrariedad, al crear figuras penales por la vía de la analogía.

8. IGUALDAD ANTE LA LEY

Art. 8.—*Igualdad ante la ley*. “La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella”.

La aplicación igualitaria de la ley penal a todos los procesados es postulado inadmisibles, precisamente por las grandes diferencias que hay entre las personas. El sistema de la indeterminación relativa de las penas consulta la realidad de que no es la igualdad, sino la desigualdad, la que campea en el género humano. El art. 61 del Código Penal establece varios criterios para fijar la pena, teniendo en cuenta la desigualdad existente entre los procesados: “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 atenuación o agravación y la personalidad del agente”.

La recta administración de justicia lo que reclama es una aplicación desigual de la ley penal, a efecto de que haya un tratamiento igualitario, en el sentido de que hay que amoldarla a la personalidad del agente.

La Constitución otorga a los nacionales y extranjeros que vivan en el territorio colombiano exactamente las mismas garantías, teniendo en cuenta que a los extranjeros se les recortan algunas, por demandarlo así la defensa nacional. En materia penal, en determinados casos, al extranjero condenado se le expulsa del país una vez que haya cumplido la pena principal. La pena de multa se impone teniendo en cuenta “la situación económica del condenado, el estipendio diario derivado de su trabajo, las obligaciones civiles a su cargo anteriores al delito y las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar” (inciso 2 del art. 46 del Código Penal).

Lo expuesto significa que la ley penal, para ser justa, debe ser aplicada en forma desigual, en consideración a la personalidad del condenado, las circunstancias de agravación y atenuación y su capacidad económica. Por lo tanto, las diferencias a que se refiere el art. 8° son las que sirven para predicar que la ley penal no se aplica en forma igual a todos los procesados.

Este art. 8° sobre la igualdad ante la ley penal sería en Colombia un anacronismo, porque existiendo un régimen jurídico de aspecto democrático, dentro del cual todos los ciudadanos tienen las mismas oportunidades (por lo menos en teoría) para gozar de todos los derechos y garantías establecidos por

la Constitución, carece de explicación fulminar un mandato en contra de clases inexistentes, tales como las que existían en Francia hasta finalizar el siglo XVIII: la aristocracia, el clero y el Estado llano. El art. 6° de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* estableció que la ley “debe ser la misma para todos, sea que proteja o que castigue” ya que existían fueros y privilegios en favor de la nobleza y el clero que implicaban situaciones de que no gozaban los miembros del Estado llano.

De manera que en Colombia carece en absoluto de significado negarles privilegios a clases inexistentes.

Teniendo en cuenta el contenido doctrinario del art. 61, la norma rectora referente a la “igualdad ante la ley”, debió redactarse precisamente para asegurar la aplicación desigual de la ley. Si fuera necesario un precepto sobre tal materia debió redactarse así: “La ley penal se aplicará a las personas teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 41 a 92 de este Código”. Naturalmente que una norma redactada en tales términos estaría demostrando su inutilidad.

9. COSA JUZGADA

Art. 9.—*Cosa juzgada*. “El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por el juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta”.

El principio de cosa juzgada no juega ningún papel dentro del derecho penal sustantivo, por ser norma eminentemente procesal, como se demuestra con la lectura del art. 115 del Código de Procedimiento Penal de 1971:

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

”Esta norma se aplicará igualmente en el caso de sobreseimiento definitivo y de la providencia especial del artículo 163, excepto cuando esta se funde en querrela ilegítima”.

Que la teoría de la cosa juzgada funcione en relación con los procesos, es la razón por la cual el artículo que se refiera a ella debe estar colocado en el Código procesal. Su inclusión entre las normas rectoras que deben tener en cuenta los jueces al aplicar el Código Penal, constituye una falta de técnica jurídica.

10. CONOCIMIENTO DE LA LEY

Art. 10.—*Conocimiento de la ley*. “La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella. En ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación”.

Tampoco se trata de un descubrimiento o invención de los redactores del Código Penal de 1980, ya que en relación con el conocimiento de la ley existían las siguientes normas:

Código Civil: "Artículo 9. La ignorancia de las leyes no sirve de excusa". Debe recordarse que esta ordenación rige desde el 26 de agosto de 1873, según lo expresa el art. 1º de la ley 57 de 1887: "Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los Códigos siguientes: El Civil de la Nación, sancionado el 26 de agosto de 1873".

Ley 4ª de 1913 (Código de Régimen Político y Municipal): "Artículo 56. No podrá alegarse ignorancia de la ley para excusarse de cumplirla, después de que esté en observancia, según los artículos anteriores".

En cuanto a la promulgación de las leyes, en Colombia existen las siguientes ordenaciones:

El art. 18 del Acto Legislativo número 1 de 1968 dispone que "aprobado un proyecto de ley por ambas cámaras pasará al gobierno, y si este no lo objetare, dispondrá que se promulgue como ley".

En caso de que el gobierno no cumpliera el deber de sancionar y promulgar las leyes, lo hará el presidente del Congreso (art. 89 de la Constitución).

El ordinal 2º del art. 120 de la Carta le impone al presidente de la República la obligación de promulgar las leyes sancionadas.

El Código de Régimen Político y Municipal dedica sus arts. 52 a 62 a la materia relativa a la "promulgación y observancia de las leyes".

El art. 52 dispone: "La ley no obliga sino en virtud de su promulgación, y su observancia principia dos meses después de promulgada.

"La promulgación consiste en insertar la ley en el periódico oficial, y se entiende consumada en la fecha del número en que termine la inserción", pero el art. 53 siguiente establece la excepción de que "cuando la ley fije el día en que deba principiar a regir, o autplice al gobierno para fijarlo, en cuyo caso principiará a regir la ley el día señalado". Naturalmente que ese día no puede ser anterior al de la promulgación.

Si ya la Constitución y el Código de Régimen Político y Municipal han reglamentado íntegramente la materia relativa a la promulgación de las leyes, carece de utilidad el art. 10 del Código Penal de 1980, en cuanto dispone que "en ningún caso tendrá vigencia la ley penal antes de su promulgación", por cuanto ya el art. 52 del Código de Régimen Político y Municipal había adoptado esa regla, refiriéndose a la totalidad de las leyes.

Sin embargo de no formar parte del Código Penal de 1938 un artículo semejante al 10 del Código de 1980, los jueces colombianos no desconocieron el precepto de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y la ordenación de que ley que no ha sido promulgada no obliga.

Por lo tanto, la norma rectora sobre conocimiento de la ley no es más que una pifia.

11. JUEZ NATURAL

Art. 11.—*Juez natural*. "Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con violación de las formas propias de cada juicio".

Este artículo amalgama dos materias: la relacionada con el llamado juez natural, y la relativa a las formas propias de cada juicio.

Juez natural. Según el texto del art. 11, se entendería por juez natural el juez o tribunal que hubieren sido instituidos con anterioridad a la comisión del delito; y por juez o tribunal especiales los que hubieren sido creados con posterioridad a la ejecución del acto punible.

La ley 153 de 1887 contiene dos normas referentes a este asunto:

Art. 40.—"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Art. 43.—"La ley preexistente prefiere a la *ex post facto* en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicaran con arreglo al artículo 40".

Los dos textos legales transcritos fueron modificados por el art. 6º del Código de Procedimiento Penal de 1971: "*Principio de favorabilidad*. En todas las materias relacionadas con el procedimiento penal y con las personas vinculadas al proceso, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, pero la que fije la jurisdicción y competencia o determine la concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir".

La modificación consiste en que la ley que debe ser previa es la que describe las conductas punibles, pero la que fija la jurisdicción y competencia, lo mismo que la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplica desde el momento en que entra a regir, esto es, que los procesos iniciados bajo el imperio de las leyes anteriores serán sometidos a la nueva ley procesal. Y esto porque el art. 26 de la Constitución lo que demanda es que la ley que describe el acto punible sea preexistente a la comisión del delito, de donde se deduce que la que atribuye la competencia y jurisdicción a jueces y corporaciones judiciales, como la que señala las formas del proceso, pueden ser posteriores al momento de la comisión del delito. El acusado no tiene derecho para reclamarle al Estado porque no adopte las reglamentaciones concernientes a la creación de nuevos cargos de funcionarios judiciales ni a la suspensión de los que existían. La garantía constitucional radica únicamente en que el juzgamiento se hará teniendo en cuenta la ley preexistente que eleva a delito una conducta. No es que la ley procesal tenga efecto retroactivo, por cuanto el trámite del proceso y el juzgamiento se están llevando a cabo en el tiempo en que dicha ley comenzó a regir. El delito pertenece al pasado, pero el proceso es actual, aun cuando una parte del mismo haya sido tramitado conforme a la ley anterior.

Quienes redactaron la norma referente al llamado *juez natural* parece que lo hicieron para evitar que el presidente de la República y sus ministros le arre-

bataran a la jurisdicción penal ordinaria el conocimiento de los delitos cometidos por los particulares, para atribuírselo a la justicia penal militar. Se trata de una postura ingenua porque las cortes marciales o tribunales militares no han sido creados con posterioridad a la comisión de los delitos que el Estatuto de Seguridad (decreto 1923 de 1978) les encomendó, pues tales organismos los instituyó el art. 170 de la Constitución de 1886. Claro que las cortes y tribunales marciales fueron creados con el exclusivo fin de que conozcan “de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio”, según lo dispone el citado art. 170, pero los presidentes de la República han venido violándolo constantemente, por cuanto le atribuyen a la justicia penal militar competencia para conocer de delitos comunes cometidos por particulares, desbordando el texto constitucional.

Formas propias de cada juicio. Si el art. 26 de la Carta dispone que el juzgamiento debe hacerse “observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”, y si este ordenamiento tiene fuerza de ley (arts. 4° de la ley 57 de 1887 y 7° de la ley 153 de 1887), la reiteración que hace el art. 11 del Código Penal de 1980 carece de toda importancia.

12. FUNCIÓN DE LA PENA Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Art. 11.—Función de la pena y de las medidas de seguridad. “La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación”.

Si el Código de 1980 es exclusivamente culpabilista, ya que “nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”, resulta incomprensible no excluir del derecho penal a los inimputables. En efecto, si comete delito únicamente el imputable que ha actuado con culpabilidad, el Código Penal no puede referirse a los inimputables. Sin embargo, “los inimputables que realicen un hecho punible, serán sometidos a las medidas de seguridad establecidas en este Código” (art. 33).

La mejor demostración de que el Código Penal de 1980 participa de la doctrina de la defensa social, radica precisamente en que se aplica también a los inimputables.

La parrafada que el art. 12 dedica a las funciones de la pena contiene conceptos contradictorios, porque si la pena es resocializadora no puede ser retributiva, ya que la retribución consiste en inferirle al delincuente un mal equivalente al que causó con el delito. Es venganza de la sociedad contra el delincuente. La resocialización tiende a que el delincuente se readapte a la vida social. El odio de la retaliación social es dique que impide la resocialización. DORADO MONTERO lanzó la teoría de que la pena protegía al condenado. No se sabe a quién se refirieron los redactores del Código de 1980, si a la sociedad o a los delincuentes.

Al juez no le corresponde la aplicación de la pena impuesta, sino a funcionarios administrativos, que son quienes deben desarrollar las actividades

conducentes a lograr de la aplicación de la pena los mejores resultados, tanto para la sociedad como para los condenados. Sería materia del derecho penitenciario, y no propiamente del derecho penal, lo relativo a los fines de la pena.

13. CONCLUSIÓN

El somero análisis que se deja expuesto, es suficiente para concluir que perdieron su tiempo los redactores del Código Penal de 1980, al incluir en dicho estatuto el título sobre las normas rectoras de la ley penal colombiana.

Bogotá, 14 de octubre de 1981.