

PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Dr. Fernando Velásquez V.
Profesor de la Facultad de
Derecho de la Universidad
Pontificia Bolivariana de
Medellín.

El Código Penal de 1980 ha elevado una serie de principios medulares a la categoría de **Normas rectoras de la Ley Penal Colombiana**, a las que ha dedicado un título preliminar erigido a manera de columna vertebral para la construcción de un derecho penal liberal en nuestro medio. A continuación nos proponemos hacer un estudio sistemático de los diversos postulados contenidos en él, no sin antes diferenciar los conceptos de "norma rectora" y "principio rector" y rastrear el origen de tal catálogo de axiomas.

I. NORMA RECTORA Y PRINCIPIO RECTOR. Lo primero que debemos dejar sentado es que la denominación de "normas rectoras" otorgada a las disposiciones contenidas en el Título I del CP no parece del todo acertada, si se tiene en cuenta que la estructura lógica de toda norma consta de un supuesto de hecho o precepto y de una consecuencia jurídica o sanción (1).

Sin embargo, existen también normas jurídicas que no expresan propiamente un precepto o una prohibición y sirven únicamente para complementar o completar normas preceptivas o prohibitivas (2); son las llamadas **normas incompletas** (3). Este, justamente, es el caso de las "Normas Rectoras de la Ley Penal Colombiana".

Pero debemos distinguir las expresiones NORMA y PRINCIPIO RECTOR. Por **principios** inspiradores de una determinada disciplina, entendemos ciertos enunciados que se admiten como condición o base de validez de las demás afirmaciones que constituyen ese ámbito del saber y que, desde un punto de vista lógico, equivalen a las verdades fundantes de un sistema de conocimientos admitidos como tales por ser evidentes, por haber sido comprobados (4). Por ello, cuando hablamos de los **principios rectores de la ley penal colombiana**, aludimos a "las inferencias generalizantes que los juristas efectúan como culminación de sus análisis, a guisa de conclusiones abstractas, a fin de mostrar los criterios supremos en que descansa la legislación" (5). Las **Normas rectoras**, en cambio, son principios reconocidos expresamente por la ley y convertidos por ésta en derecho penal positivo (6); se trata, en otros términos, de principios elevados al rango de normas jurídicas, que no sólo sirven como fundamento o razón de ser de la ley, sino que son la misma ley.

De lo anterior, se infiere que tales normas rectoras tienen fuerza vinculante tanto para el juez como para el intérprete y que, al mismo tiempo, priman sobre las prescripciones ordinarias dado que son reproducción o desarrollo directo de tratados internacionales suscritos por el Estado y de claras y precisas disposiciones de rango constitucional.

II. ORIGEN DEL TITULO I DEL CODIGO PENAL. Los postulados vertidos en el título preliminar no son producto de un día, sino fruto de muchos años de evolución del derecho represivo y de las instituciones jurídicopenales son, como diría algún autor, la suma de un largo proceso de historia humana y de reflexión (7).

El catálogo de axiomas objeto de examen tiene unos antecedentes remotos o generales y otros próximos o particulares. Del primer orden son: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) concreción de la filosofía del iluminismo, traducida entre nosotros por ANTONIO NARIÑO (1794) e incorporada a las constituciones provinciales a partir de 1811; la Declaración de los Derechos del Hombre de la ONU (1948); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Como nota común a tales compilaciones aparece la consagración del principio de legalidad como directriz del sistema punitivo, y como fuente de la cual emanan diversos postulados.

Como antecedentes del segundo orden debemos señalar la Declaración de principios del Proyecto de Código Penal tipo Latinoamericano, elaborado a partir de 1963 (8); el Anteproyecto de Código Penal Colombiano en su Título I (1974); el Proyecto de 1976, Título I; el Proyecto de 1978, Título I; y, el Proyecto Final de 1970, Título I, expedido con base en el A-74 y el P-78.

Debe advertirse, sin embargo, que muchos de esos axiomas ya eran normas incorporadas a nuestro orden jurídico tanto en el ámbito constitucional como legal: El de legalidad (Arts. 23, 26 y 28 CN); el del bien jurídico (Art. 16 CN); el del debido proceso legal y del juez natural (Arts. 26 y 28 CN); el de favorabilidad (Art. 26 CN); el de culpabilidad (Art. 20 CN), entre otros. Y aparecían en las leyes 74/68 (que incorporó al ordenamiento jurídico el Pacto de New York de 1966) y 16/72 (que tradujo en derecho positivo la convención de San José de Costa Rica de 1969), e incluso en el derogado Código de Procedimiento Penal, aunque de manera incompleta y asistemática, modificado luego por el D. 50/87 contenido de todo un catálogo de principios que confluyen de una u de otra manera en la legalidad del proceso como postulado generatriz.

III. ESTUDIO DE LOS POSTULADOS ELEVADOS A LA CATEGORIA DE NORMAS RECTORAS. Las normas que rigen la ley penal colombiana, y no sólo al derecho penal fundamental sino también al complementario, a la ley procesal penal y a las normatividades consagratorias de la ejecución penal, extensivas incluso a las materias penales de que tratan otras leyes o normas (Arts. 375 y 376 CP), son las siguientes.

A. Principio de legalidad.

1. **Consagraciones positivas.** Aparece en el Art. 1 del CP: "**Legalidad.** Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". Además, lo consignan los Arts. 23, 26 a 28 CN; 15 de la ley 74/68, 9 ley 16/72, 3 de la ley 141/61 (Código Penal Militar), y 1º del D. 50/87.

2. **Concepto.** Para cumplir con la tarea de persecución penal de los hechos punibles el Estado acude a los medios más severos de que dispone el ordenamiento jurídico, interviniendo de manera drástica en los más elementales derechos del hombre (9). Por ello es indispensable la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo del Estado y confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que detentan o ejercen ese **ius puniendi** (10).

Ese postulado es precisamente el de legalidad, así rotulado pues establece que la intervención punitiva del Estado tanto al configurar los hechos punibles como al determinar y ejecutar sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), debe regirse por el imperio de la ley que es expresión de la voluntad general, de conformidad con las directrices de la filosofía liberal que lo inspiran.

Se le denomina también **de reserva**, dado que desde el punto de vista técnico formal equivale a una reserva de la ley en la materia de los hechos punibles, las penas y las medidas de seguridad; y sólo el poder legislativo está autorizado para restringir los más elementales derechos humanos. Se trata, como se ha dicho, de un "verdadero monopolio del legislador en la creación de la materia criminal" (11).

Y, finalmente, se le conoce también como de **intervención legalizada** pues toca de lleno con la intervención del poder punitivo estatal, el cual limita y controla con miras a lograr los cometidos del derecho penal mismo (12).

3. Evolución histórica. Una reseña, así sea breve, del postulado **nulla poena sine lege** implica partir como presupuesto de la evolución del derecho escrito.

Ya, muy remotamente, en el Código de Hammurabi (1700 A.C.), se planteaba la necesidad de un derecho escrito que protegiera a los ciudadanos y fuese accesible a todos, con lo cual el derecho estaba encaminado a la consecución de la seguridad jurídica (13); en la antigua Roma, tuvo este postulado una historia vaga y accidentada, nublada por la ambigüedad de expresiones esporádicas, lo cual no impidió que prevaleciera durante distintos y prolongados lapsos del derecho penal romano (14), aunque de manera reducida o circunscrito a algunas de las garantías que hoy comporta.

En la Carta Magna Leonesa de Alfonso IX en las cortes de León (1188) se ha querido ver un antecedente del axioma de legalidad, en virtud de que consagró el juicio legal por los pares; el derecho al domicilio o santidad de la casa; la responsabilidad de los jueces en la aplicación y administración de justicia, etc. (15).

Otro precedente que suele señalarse, es el Art. 38 de la Carta Magna Inglesa (1215) según el cual: "Ningún hombre será detenido, preso o desposeído, o proscrito, muerto en forma alguna; ni podrá ser condenado, ni podrá ser sometido a prisión, si no es por el juicio de sus iguales o por las leyes del país". Esta consagración ha sido considerada, con razón, como la matriz de las libertades individuales proclamadas después en todo el mundo civilizado (16).

Con la Constitutio Criminalis Carolina (1532), que ciertamente no consagró de manera expresa el postulado en examen, se le jalonó de manera definitiva dado que possibilitó la protección de los ciudadanos enfrente el arbitrio judicial y propendió por la seguridad jurídica (17).

Ubicados ya en la época de la ilustración, encontramos la configuración del axioma en examen que es, en verdad, fruto del pensamiento del iluminismo; los pensadores de ésta época (VOLTAIRE,

MONTESQUIEU, BECCARIA), sostuvieron la idea de la codificación, la presentación de la ley como garantía de la libertad humana y, en el campo del Derecho Penal, el imperio de la ley como freno al poder desbordado del juez.

Con estos planteamientos de los "padres espirituales" del principio de legalidad, se quiso poner freno al arbitrio judicial (18), y se hicieron efectivas las dos ideas que hasta entonces habían posibilitado la génesis del axioma "nullum crimen, nulla poena sine lege": la ley escrita y la protección de los ciudadanos enfrente a la arbitrariedad estatal.

Como fruto de lo que se denominó el "despotismo ilustrado" en la Josefina Austríaca (1787) o Código Penal Austríaco de José II, se consagró de manera expresa el postulado en su parte I § 1 lo mismo que en la Codificación General para los Estados Prusianos (1794), en el § 9, II Parte, título 20, fruto tardío del gobierno de Federico II de Prusia.

Pero, sin ningún género de duda, es en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre (1789), cuando encuentran cabal reconocimiento en los Arts. 7, 8 y 9 de la misma, de donde pasa a la Constitución Francesa de 1791 (Arts. 8 y 10), a la de 1793 (Art. 14) y, finalmente, al Código Penal Napoleónico de 1810 (Art. 4º) de donde fue tomado por los códigos penales del siglo XIX, amén de las innumerables consagraciones constitucionales (19).

También en la Petición de Derechos de los Estados Americanos se le consagró aún antes que en la Revolución de 1789, concreción de las cuales son las enmiendas V y VI de 1791 a la Constitución de aquel año.

Amén de los anteriores precedentes debe mencionarse a P.J.A. FEUERBACH, quien elaboró el Código Penal Bávaro (1813) considerado el primer código verdaderamente liberal después de las consagraciones francesas en la Alemania del siglo XIX, en cuyo Art. 1º se estipuló nuestro axioma ampliamente. Fue, justamente, el padre de la ciencia penal alemana quien le dió su formulación latina tal como se la conoce hoy, concretada en cuatro prohibiciones: del derecho consuetudinario, de la indeterminación, de la analogía, y de la aplicación retroactiva de la ley (20). De éste texto legal pasó a otros códigos federales alemanes, a los § 2 de los Códigos de Prusia (1851) e imperial (1871) de donde lo tomaría la Constitución de Weimer en su Art. 116 (1919).

Fue, sin embargo, en Alemania, con los nefastos precedentes del Positivismo Italiano y el consiguiente ascenso del Fascismo, así como de la Revolución Rusa, donde el totalitarismo propició el más rudo golpe que jamás se le haya propinado al postulado nulla poena en

toda su historia, al ser eliminado del § 2 del CP de 1935 consagrando la analogía y "el sano sentir del pueblo alemán" como criterios directrices en materia punitiva (21).

Se dió así cabida a la arbitrariedad desenfadada y se tiraron por la borda todas las garantías fundamentales, consideradas fruto del "anticuado" pensamiento individualista (22).

En la postguerra se le reimplantó en el Art. 103 de la Ley Fundamental de la RFA (1941) e incluso la URSS, que lo había proscrito de sus Códigos Penales (1922 y 1927), lo reincorporó en su codificación de 1960.

Paradójicamente, mientras estas nuevas consagraciones se llevaban a cabo y los pactos internacionales hacían eco de los principios fundamentales, entre ellos el de legalidad, al instalarse el Tribunal de Núrnberg, se aplicaron normas **ex post facto** para juzgar a los delincuentes nacional-socialistas.

En lo atinente a Colombia, lo encontramos ya en nuestras primeras constituciones (Cundinamarca y Tunja en 1811; Antioquia en 1812; en la de 1821 Arts. 166, 167 y 158; en la de la Nueva Granada de 1832, Art. 191); en nuestro primer Código Penal (expedido en 1837 en sus Arts. 4 y 5); en el Código Penal de Antioquia (que data de 1867 en sus Arts. 5 y 6); en la Constitución de Rionegro (de 1863 en su Art. 15-4); en el Código Penal de 1890 (en sus Arts. 12 y 16) y, finalmente, en el Art. 1º del CP de 1936.

Hoy, pese a las innumerables consagraciones formales del axioma de legalidad, la verdad es que se sigue transgrediendo a lo largo y ancho del orbe y estamos muy lejos de alcanzar su verdadera consagración material.

Creemos que la historia contemporánea de nuestro país y de Latinoamérica justifica la anterior afirmación.

IV Fundamentos. Se suele dar al principio de intervención legalizada una doble fundamentación: desde un **punto de vista político**, se afirma que es fruto del pensamiento liberal forjador del Estado de Derecho, por lo cual responde al principio de la separación de poderes (23), erigido como postulado garantizador de la vigencia del contrato social (teoría contractualista). Según esto, sólo el legislador puede determinar las limitaciones de la libertad individual, puede prohibir conductas al definir el delito e imponer restricciones a los derechos individuales, mediante la determinación de las penas (supremacía del legislador).

Como es apenas obvio, el fundamento político del axioma de legalidad debe entenderse de manera dinámica y no estática en la medida en que el Estado Liberal ha sufrido diversas transformaciones

hasta desembocar, finalmente, en el Estado Social y Democrático de Derecho, lo cual ha incidido notablemente en la manera de concebir el postulado del cual nos ocupamos.

Desde el **punto de vista jurídico**, según se postula, su fundamentación juridicopenal se la dió P.J.A. FEUERBACH quien, hacia 1801, lo expresó en la siguiente sentencia latina: NULLA POENA SINE LEGE, NULLA POENA SINE CRIMINE, NULLUM CRIMEN SINE POENA LEGALI. Esta formulación, que ha hecho carrera, estaba vinculada a la teoría de la pena como coacción psicológica, esto es, como prevención general, según la cual la ley penal debe preceder a la acción delictiva para poder cumplir su función preventiva, inhibitoria del impulso delictivo.

Ambos fundamentos se encuentran íntimamente conectados entre sí, lo cual permite entender de manera coherente todas y cada una de las consecuencias del principio de legalidad.

V. Formulación actual. La formulación que le diera FEUERBACH a nuestro postulado se ha visto complementada en la medida que la ciencia jurídico-penal ha ido evolucionando y la lucha por los derechos individuales, las garantías ciudadanas, ha tomado nuevos rumbos. Hoy el postulado se concibe atendiendo a las garantías penales, procesales y de ejecución penal. Incluso, se ha extendido a las medidas de seguridad que en otros ordenamientos jurídicos se imponen no sólo a quienes no han realizado hechos punibles a quienes ya los han cometido, sean o no imputables (pre-delictuales en el primer caso, postdelictuales en el segundo), con base en una supuesta e indemostrada "peligrosidad" del agente.

El siguiente **cuadro** muestra lo que hemos querido manifestar al aludir a la concepción vigente, con las variantes que le introducimos.

PRINCIPIO NULLA POENA SINE LEGE

GARANTIAS PENALES	GARANTIAS PROCESALES	GARANTIAS DE EJECUCION PENAL
⚓	⚓	⚓
Nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege ecripta, stricta, certa et praevia. No hay delito o contravención penal. No hay medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa.	Nemo iudex sine lege, nemo damnetur nisi per legale iudicium. La ley penal solo puede aplicarse por los órganos instituidos por la ley para esa función. Nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.	Nulla poena sine regimine legale, nulla poena sine humanitae, nulla poena sine resocializatione, nulla mensura sine humanitae. No hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario, no hay pena sin tratamiento humanitario, no hay pena sin resocialización. No hay medida de seguridad sin tratamiento humanitario

Gráfico Nº 1

a. **LAS GARANTIAS PENALES.** Con la sentencia latina que hemos transcrito en la figura anterior, aludimos a las garantías que rigen en materia de derecho sustantivo o material, así:

1) No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley escrita. Ello significa que está prohibido en el Derecho Penal acudir al derecho consuetudinario para crear hechos punibles,, penas y medidas de seguridad; la costumbre no tiene eficacia de fuente constitutiva de figuras penales o de sanciones de indole criminal, ni mucho menos para imponer o aplicar las mismas.

2) No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley estricta. Ello es consecuencia de la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal; el intérprete no puede llenar los vacíos de la ley acudiendo a una norma semejante o similar, so pretexto de que donde hay la misma razón debe regir la misma disposición. En conclusión: no se pueden crear figuras penales ni consecuencias jurídicas por vía analógica, así sea para agravar o imponer las que ya ha contemplado la ley; excepcionalmente, sin embargo, se admite la analogía favorable al reo.

3) No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley cierta. Consecuencia del axioma en estudio es la exigencia de **certeza, determinación, o taxatividad, de conformidad con la cual tanto las conductas punibles como las consecuencias jurídicas derivadas de ellas, deben estar consagradas de manera clara, precisa, y determinada en la ley penal para que no haya dudas sobre su contenido y alcances. Hoy, dadas las exigencias del derecho penal, incluso las medidas de seguridad deben quedar cobijadas por esta consecuencia del principio de legalidad.**

4) No hay delito o contravención penal, no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley previa. Como la ley penal rige para el futuro, no se puede aplicar a hechos perpetrados con anterioridad a su entrada en vigencia. Excepcionalmente, cuando la ley anterior es más favorable, impera la aplicación retroactiva de la ley, bien en materia de figuras jurídicas o de sanciones penales (24).

El cuadro siguiente muestra la estructura de las garantías penales.

PRINCIPIO NULLA POENA SINE LEGE

SCRIPTA	STRICTA	CERTA	PRAEIVIA
⚓	⚓	⚓	⚓
Prohibición de acudir a la costumbre.	Prohibición de acudir a la analogía salvo favorabilidad	Prohibición de indeterminación	Prohibición de la retroactividad, salvo favorabilidad.

Gráfico Nº 2

Como correlato de los anteriores postulados, se observan principios como el de la culpabilidad (situado a veces por encima del de legalidad), el del bien jurídico, el del acto, y el de igualdad ante la ley.

b. GARANTIAS PROCESALES. Con la sentencia latina que hemos transcrito en el gráfico Nº 1, aludimos al conjunto de garantías que inspiran el derecho procesal, instrumental o adjetivo. De conformidad con ello, la ley penal sólo puede ser aplicada por los jueces y los órganos instituidos legalmente para esa función y, para poder castigar a una persona es necesario que haya sido oída y vencida en juicio legal. El siguiente cuadro muestra como se estructuran las garantías procesales.

PRINCIPIO NULLA POENA SINE LEGE

NEMO IUDEX SINE LEGE



La Ley penal sólo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función.

NEMO DAMNETUR NISI PER
LEGALE IUDICIUM



Nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio legal.

Gráfico Nº 3

Para concretar estas garantías en dos postulados básicos se dice que, de un lado, debe observarse el Principio del Debido Proceso legal (comprensivo de todos los principios que inspiran el Derecho Procesal Penal) o legalidad del proceso y, del otro, el del juez natural o Juez legal, en realidad englobado dentro del primero, consagratorio de la garantía jurisdiccional por excelencia.

c. GARANTIAS DE EJECUCION PENAL. Con el aforismo que señalamos en el gráfico Nº 1, queremos expresar el conjunto de garantías que deben rodear toda la fase de ejecución penal, sea que se trate de penas o medidas de seguridad.

1) No hay pena sin adecuado tratamiento penitenciario. La ejecución de la pena debe rodearse de las máximas garantías con miras a que el reo esté asistido en todo momento por el Estado, el cual no puede dejarlo librado a su suerte propiciando su despersonalización. De aquí se deriva el principio del tratamiento penitenciario.

2) No hay pena sin tratamiento humanitario. La ejecución de la pena debe atender a la calidad de ser humano que recae sobre el reo quien, dentro de la limitación y restricción de los bienes jurídicos que por su condición de penado le vienen impuestas, debe ser tratado acorde a su dignidad de persona que disfruta de unos derechos inalienables e irrenunciables. De aquí emana el llamado principio de humanidad.

3) No hay pena sin resocialización. Todo el tratamiento penitenciario debe estar encaminado a la rehabilitación del condenado, a su reincorporación a la sociedad. Se habla por ello del principio de resocialización.

4) No hay medida de seguridad sin tratamiento humanitario. Así la medida de seguridad persiga unos determinados fines: la curación (cuando ella es posible), la tutela y la rehabilitación de la persona, su aplicación no puede estar desligada en ninguna circunstancia de la calidad de ser humano del sometido a ella. Impera, pues, el principio de humanidad de la medida de seguridad. Al lado de este postulado, en realidad como emanaciones de él, deben incluirse los principios del tratamiento terapéutico y de resocialización. El siguiente cuadro nos muestra cómo se conciben las garantías de ejecución penal.

PRINCIPIO NULLA POENA SINE LEGE

Nulla poena sine
regime legale



No hay pena sin tra-
tamiento penitencia-
rio.

Nulla Poena sine
humanitae.



No hay pena sin
tratamiento huma-
nitario.

Nulla poena sine
resocializatione.



No hay pena sin
resocialización

Nulla mensura si-
ne humanitae.



No hay medida de
seguridad sin tra-
tamiento humani-
tario.

PENAS

MEDIDAS DE SE-
GURIDAD

Gráfico Nº 4

6. **El Principio en nuestro Derecho Penal.** Como ya lo dijimos, el postulado de reserva es de rango constitucional y legal; es, al mismo tiempo, el principio generatriz, el principio del cual dimanar las demás normas rectoras casi en su totalidad. De él cabe decir que es "de un valor superior, puesto que se impone no solamente al juez y a la administración sino al legislador mismo" (25). Las diversas garantías aparecen consagradas así:

a. GARANTIAS PENALES.

1) Prohibición de acudir al Derecho Consuetudinario. En el Art. 1º del CP se dice: "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente **previsto como punible en la ley penal**" (No hay delito o contravención penal sin ley escrita), "ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren **establecidas en ella**" (no hay pena, medida de seguridad sin ley escrita).

2) Prohibición de la analogía. Se deriva del mismo Art. cuando dice que para poder condenar a una persona por un hecho punible éste debe estar **"...expresamente previsto..."** en la ley penal (no hay delito o contravención penal sin ley estricta); así mismo en el Art. 7º CP: **"Queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal"**.

3) Prohibición de la indeterminación. Emanada del mismo Art. 1º, cuando exige que el hecho esté **"expresamente previsto como punible en la ley penal"** (no hay delito o contravención penal sin ley cierta o determinada), **"...ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella"** (no hay pena, no hay medida de seguridad sin ley cierta o determinada). A su turno el Art. 3 CP dice: **"la ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca"**.

4) Prohibición de la retroactividad. Consignada, igualmente, en el Art. 1 CP cuando establece que el hecho debe estar previsto como punible **"...por la ley vigente al tiempo en que se cometió..."** (no hay delito o contravención penal sin la ley previa); ni sometido a pena o medida de seguridad **"...que no se encuentren establecidas en ella (en la ley previa, anotamos), por la ley "vigente al tiempo..."** (no hay pena o medida de seguridad sin ley previa que la establezca).

Esta prohibición se ve complementada por el Art. 6 CP en tratándose de delito, contravención penal, pena o medida de seguridad: **"la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"** y, de los Arts. 40 a 45 de la ley 153/87.

Al lado de estas prohibiciones encontramos diversos postulados que, bien son consecuencia del de legalidad, o están vinculados con él en alguna medida.

5) El Principio del acto o del hecho. El derecho penal sólo se dirige a actos, hechos, acciones u omisiones humanas, no al modo de ser, al carácter, a las tendencias, afectos de la persona, como se desprende de los Arts. 2, 3, 5, 35 a 39 CP, 2ª CN.

6) El Principio de lesividad o del bien jurídico. Las conductas tipificadas en la ley sólo tienen relevancia jurídico-penal si conllevan dañosidad social, amenaza real o potencial para los bienes jurídicos protegidos. Así se ha consagrado en el Art. 4 CP: **"Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, en interés jurídico tutelado por la ley"**; y, en el Art. 16 CN: **"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"**.

7) **El Principio de culpabilidad.** Toda pena supone culpabilidad, o no hay pena sin culpabilidad, consagrado en los Arts. 5, 35 y 61-1 del CP: "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva"; y, para que el hecho sea punible "debe realizarse con dolo, culpa o preterintención"; así mismo, la pena se impondrá atendiendo al "grado de culpabilidad" y a "la gravedad del hecho punible". Este axioma es también de rango constitucional, como se desprende del Art. 20 CN: "Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes".

8) **El Principio de igualdad ante la ley.** O ficción según la cual todos los ciudadanos están sometidos a la ley en igualdad de condiciones, como reza el Art. 8 CP: "la ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella".

Los anteriores principios son desarrollo de las consagraciones constitucionales (Arts. 26 y 28 CN).

b. **GARANTIAS PROCESALES.** Las encontramos reguladas así (26):

1) **El debido proceso legal.** Se consagra en el Art. 11 CP: "**Nadie podrá ser juzgado... ni con la violación de las formas propias de cada juicio**" (nadie puede ser castigado por un delito o contravención penal, ni condenado a pena o medida de seguridad sino en virtud de juicio legal). Es este el llamado Principio del debido proceso legal.

2) **El Juez Natural.** El Art. 11 ha establecido: "**Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunales especiales constituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible**" (la ley penal sólo puede ser aplicada por órganos y jueces instituidos legalmente para tal función); ello, traducido a la pena y a la medida de seguridad, se convierte en el principio de judicialidad de la pena y de la medida de seguridad, dado que ambas consecuencias jurídicas sólo pueden imponerse por un funcionario de la rama jurisdiccional.

Las garantías en estudio están también vertidas en el Art. 26 CN: "**Nadie podrá ser juzgado sino... ante tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio**".

c. **GARANTIAS DE EJECUCION PENAL.** Están consignadas en el Art. 12 CP y en las leyes 74/68 Art. 10, y 16 /72 Art. 5º, referidas tanto a las penas como a las medidas de seguridad, en virtud de lo establecido en el Art. 1º del CP.

En cuanto a las penas, se ha dicho que cumplen "...función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora", aunque tal vez hubiese sido más lógico que se hablase de los **fines** de la pena, pues

al asignarle determinadas funciones a tal consecuencia jurídica se confunde el **medio** con el **fin**. De ahí se desprenden los principios de resocialización, tratamiento penitenciario, y humanidad de la pena.

En lo atinente a las medidas de seguridad, el Art. 12 ha dicho que persiguen "fines de curación, tutela y rehabilitación" haciendo énfasis en la prevención especial, disposición complementada con las que hemos mencionado más arriba y de las cuales se desprende el principio de humanidad de la medida de seguridad e incluso los de tratamiento terapéutico y resocialización.

En cuanto al principio de peligrosidad o proporcionalidad (*nulla mensura sine periculositate*), a diferencia de otras legislaciones la nuestra no la regula de manera expresa aunque algún sector doctrinario pretende deducirlo del texto legal.

d. OTRAS CONSAGRACIONES. Las garantías señaladas son también emanación de las regulaciones mencionadas más arriba: Arts. 23, 26, 28 CN, 3 CPM, 15 párr. 1 ley 74/68 y 9 ley 16 de 1972; 1, 2, 5 y 13 del D. 50/87. b. 25 34 82 art 1 - 285

7. **La reserva legal en materia penal.** Pareciera que entre nosotros la reserva legal no fuera de carácter relativo puesto que es al órgano legislativo al que corresponde "interpretar, reformar y derogar las leyes preexistentes" (Art. 76 ord. 2 CN), y "expedir códigos en todas las ramas de la legislación y reformar sus disposiciones" (*idem*).

Sin embargo, dado que dicha facultad puede ser delegada en el Ejecutivo (Art. 76 ord. 12 CN), pues el Congreso está autorizado para "revestir **pro tempore**, al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, cuando la necesidad lo exija o las conveniencias públicas lo aconsejen", la reserva de la ley en materia penal termina siendo relativa; con ello, el Ejecutivo puede legislar por vía delegada, ciñéndose a las pautas trazadas por el legislativo, expidiendo decretos con fuerza de ley, como ha sucedido con el código penal vigente (expedido mediante D. 100/80 en uso de las facultades conferidas por la ley 5/79) y el reciente código de procedimiento penal (ó D. 50/87 el cual fue puesto en vigencia acorde con las facultades consignadas en la ley 52/84).

A este carácter relativo de la reserva parece oponerse el Art. 1 CP cuando habla del "hecho expresamente previsto como punible por LA LEY PENAL", si tenemos en cuenta que "ley penal" en sentido formal es la expedida por el Congreso.

Sin embargo, pese a la existencia de una **reserva delegada**, son frecuentes las transgresiones al postulado de legalidad entre nosotros: Así el D. Ley 410/71 (Código de Comercio) expedido en uso de las facultades de la ley 16/68, creó sanciones (Art. 16) y nuevas figuras

penales (Art. 1993 y ss.) sin que mediara la autorización legal; los derogados decretos 1853/85 y 56/86 fueron puestos en vigencia con fundamento en la ley 52/84 que no daba al Ejecutivo facultades para ello. Igual cosa sucede con la legislación penal expedida en uso de las facultades del Art. 122 CN, que no autoriza a legislar en materia penal a no ser que el Ejecutivo desconozca el postulado de reserva: D. 2920/82 (Arts. 18 a 20), y D.R. 3227/82 en realidad modificatorio del anterior y no "reglamentario" como lo ordena el Art. 120-2 CN-, con lo cual se arrasa también el postulado *nulla poena sine lege*.

A lo anterior súmense las transgresiones que se observan en las épocas de Estado de Sitio (lo que no deja de ser pleonástico pues tal institución de ser transitoria se ha tornado permanente), mediante la expedición de decretos como el derogado 1923/78 (Estatuto de Seguridad) y los recientes Ds. 180, 181 y 474/88 (Estatuto para la Defensa de la Democracia).

8. **Conclusión.** La efectiva vigencia del principio *nulla poena sine lege* entre nosotros, supone hondas transformaciones en la sociedad colombiana, avanzando hacia un Estado de Derecho Social y Democrático. Si algo caracteriza la época actual, es la declinación del postulado en diversos ámbitos: en materia legislativa, a través de los frecuentes atentados contra el monopolio del legislador para la creación de las incriminaciones penales como acabamos de precisar, ante la práctica de delegaciones de poder en provecho del Ejecutivo y la que podríamos denominar, no muy propiamente, como creciente "administrativización" del derecho penal convirtiendo los hechos punibles (delitos y contravenciones penales) en faltas de conocimiento de las autoridades administrativas, o tornando las contravenciones penales en faltas administrativas regidas por los postulados del derecho administrativo (Cfr. D. 522/71 Art. 12 y ss., ley 2/84, ley 30/86 Art. 68 y ss.). Así mismo, es notable la imprecisa redacción de los textos represivos, dando cabida a fórmulas vagas y generales (indeterminación) como sucede en los Arts. 111, 187 CP; D. 180/88, etc.

En el ámbito procesal se observa el desmoronamiento de la legalidad procesal, dadas las frecuentes transgresiones que sufre el postulado del juez natural y el debido proceso legal: piénsese, por ejemplo, en las facultades que se le daban a las Fuerzas Militares para juzgar a los civiles; en la entronización de procedimientos "breves y sumarios" para conocer de ciertos tipos de delincuencias (ley 2/84, ley 30/86, D. 522/71, D. 50/87, y el nefasto D. 180/88 consagrador de un procedimiento que desdibuja completamente las fases del proceso, refundiendo las indagaciones preliminares con el sumario y cercenando la etapa del juicio); etc.

En materia judicial, es frecuente no sólo que se reconozcan amplias libertades al juez en la aplicación de las incriminaciones penales acudiendo a veces a la analogía prohibida, sino la imposición de penas y medidas de seguridad con base en la peligrosidad, llegando en el segundo caso hasta la sentencia indeterminada.

Igualmente, son de usanza las amplias prerrogativas en cuanto a la aplicación judicial de las reglas del procedimiento con lo cual se rebasan en la praxis los postulados inspiradores del proceso penal, e incluso en teoría (Cfr. Arts. 1 a 17 del D. 50/87).

B. Principio del Acto.

1. **Deslinde.** El Art. 2 CP intitulado "hecho punible", dice: "Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica, y culpable". Dicho texto nos sitúa ante dos consagraciones distintas: de un lado, el **concepto dogmático del hecho punible** del cual no nos ocuparemos aquí, entendido como conducta típica, antijurídica y culpable; del otro, el **principio universalmente conocido como del acto, del hecho o de la objetividad material del hecho punible**, que abordamos enseguida.

2. **Consagraciones positivas.** Se desprende del Art. 26-1 CN: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa"; del Art. 2 CP: "Para que una conducta sea punible"; del Art. 19 CP: "Acción y omisión. El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión". Igualmente, de los Arts. 9 ley 16/72 y 15 ley 74/68 según los cuales el hecho punible supone "actos u omisiones" realizados por seres humanos. En fin, de diversas disposiciones que requieren la presencia de una "conducta humana" (Arts. 4, 5, 36 a 39), o de "un hecho" (Arts. 1 y 3 CP, 28 CN).

3. **Concepto.** Según este postulado para que pueda afirmarse la configuración de un delito (hecho punible), tiene que verificarse la existencia de una conducta humana activa u omisiva, en otras palabras: NO HAY DELITO SIN CONDUCTA HUMANA. El delito no es un hecho interno de la sique del sujeto, es un acaecimiento en el mundo de la naturaleza que se refiere al comportamiento del hombre, "es un **quid** que debe ser susceptible de percepción sensorial" (27). Que el hecho punible se traduzca en una **exterioridad** es una de las primeras conquistas logradas por el hombre, lo cual ha permitido que la pena sólo pueda ser impuesta a alguien por algo hecho por él realmente y no por algo pensado, deseado o propuesto (28). Ya ULPIANO decía: **cogitationis poenam nemo patitur** (que nadie tenga pena por sus pensamientos).

Del mismo modo, comporta otra consecuencia: no se puede caracterizar el delito como un modo de ser de la persona; a ésta se la castiga por lo que hace (acciones u omisiones), no por lo que es. En otros términos, el derecho penal es de acto, las normas penales se dirigen

a la conducta social del hombre, no es un derecho penal de autor (29), para el cual lo fundamental es la peligrosidad del autor a quien se juzga no por lo que hace sino por lo que es, siendo lo decisivo el reproche que se le hace por haberse convertido en una personalidad criminal.

El derecho penal de autor permite que a los hombres se les juzgue por su modo de ser, su temperamento, su pensamiento, su afectividad, sus hábitos de vida, etc. (30). Una tentativa encaminada a la construcción de un derecho semejante fue la que hicieron DAHM y SCHAFFSTEIN en Alemania.

El derecho penal moderno es de acto, se funda en la acción. Un hecho para ser punible tiene que manifestarse en el mundo objetivo; por ello, todos los delitos constituyen un **tipo de acción** pues la acción es la única manera como el hombre puede modificar el mundo externo. Con razón, se postula que "es profundamente repugnante al sentido moderno del Derecho y violatorio del principio de justicia, el intento de someter a sanciones de naturaleza penal a una categoría de hombres, nada más que por alguna cualidad personal" (31).

No puede ser de otra manera, si se parte de los postulados propios del derecho penal liberal, del Estado Social y Democrático de Derecho, dado que sólo los regímenes totalitarios escudriñan en lo "íntimo" del hombre e indagan, con el fin de su examen, hasta el más liviano pensamiento (32).

4. **Manifestaciones del derecho penal de acto.** De la asunción del Principio del acto, y por ende de un derecho penal del hecho, se extraen las siguientes consecuencias por oposición a un derecho penal de autor:

a. Se vincula la pena a la realización de un hecho antijurídico, siendo lo decisivo el reproche que se hace al autor por la comisión de un hecho delimitado en sus elementos (culpabilidad por el hecho); se conforma así la dupla: derecho penal de acto-culpabilidad por el acto.

En un derecho penal de autor, por el contrario, la pena se vincula a la peligrosidad del agente y el reproche se le hace al autor por haberse convertido en una personalidad criminal (culpabilidad por la conducción de vida).

b. Un coherente derecho penal de acto, ligado tanto al principio de culpabilidad por el acto como al del bien jurídico, asegura la imposición de la pena atendiendo al GRADO DE INJUSTO y al GRADO DE CULPABILIDAD.

- c. Distingue el hecho tentado del consumado, y la tentativa sólo es punible cuando hay una lesión consumada del bien jurídico. En cambio, un derecho penal de autor, equipara tentativa y consumación, pues el "sentimiento delictivo" es el mismo.
- d. No tiene en cuenta la reincidencia para agravar la pena, mientras que el de autor la agrava cuando hay reincidencia.
- e. No agrava la pena al autor habitual o al de comisión profesional, en cambio sí lo hace el de autor.
- f. Tampoco suspende la ejecución de la pena por un determinado período de tiempo, dando cabida a los sustitutos penales (condena de ejecución condicional y libertad condicional); en cambio, un derecho de autor consagra tales instituciones.
- g. Finalmente, debe erradicar la aplicación de las medidas de seguridad basadas en la peligrosidad que, recordando a algún autor, son un verdadero error científico y un monstruo político (33); y, como es apenas obvio, las penas. Tal fundamento de las sanciones penales es propio de un derecho penal de autor.

5. **El Principio en nuestro Derecho Penal.** Es predominantemente de acto con trazas de derecho penal de autor; en efecto, la pena se vincula a la realización de un hecho antijurídico, siendo lo decisivo el reproche de culpabilidad por el hecho (Arts. 2, 41 y 35 CP), atendiendo al grado de injusto (Art. 61-1 *idem*), y al grado de culpabilidad (Art. 61-1 *idem*).

Igualmente, atenúa la pena en materia de tentativa (Art. 22 CP); no tiene en cuenta la reincidencia (Art. 5 CP), y no agrava la pena para el autor habitual o profesional como norma general.

Sin embargo, hay trazas de derecho penal de autor: se gradúa la pena atendiendo, como correctivo de los dos criterios mesuradores (el grado de injusto y el grado de culpabilidad), a la "personalidad del agente" (Arts. 61, 64 y 66 CP); existen subrogados penales (Arts. 68 y 72 *idem*); se consagran circunstancias de "atenuación punitiva" (que no atenúan nada porque se han venido interpretando como circunstancias de "mínima punición", cuando debieran atenuar por debajo del mínimo legal) que atienden al autor (Art. 64-1, 2 y 9 *idem*., y de agravación Art. 66-1, 2, 3, 11 y 13 *idem*).

Así mismo, existen medidas de seguridad para inimputables que se imponen, según algún sector de la doctrina, atendiendo a la peligrosidad criminal" (Arts. 94 y ss. *idem*); se reprimen actos preparatorios y meras resoluciones manifestadas, olvidando que el hecho punible requiere un "comienzo de ejecución" (Art. 22 CP), como sucede en diversos eventos de la Parte Especial del CP (Arts. 114, 130, 186,

187, 197, 201, 202), al paso que los antecedentes penales del agente se siguen teniendo en cuenta en algunos casos (por ejemplo en el Art. 373 CP).

También se observan algunas transgresiones en el derecho penal contravencional (Arts. 23 a 26, 55, 56, 63, 64 D. 522/71 que penalizan al autor y no al acto). En el derecho penal militar se consagra la reincidencia (Art. 34), se habla de circunstancias de "menor o de mayor peligrosidad" (Arts. 36 a 38 CPM), y existen medidas de seguridad para inimputables y menores de 18 años (Arts. 28 y 61 idem); se consagran los subrogados penales (Arts. 68 y 71 idem.) y la represión de meros actos preparatorios y resoluciones manifestadas (Arts. 129, 131, 135 y ss., 219 entre otros). Agréguese, además, que se acude a veces a presunciones legales de responsabilidad como sucedía con el derogado Art. 233 CPP de 1971, y como acontece ahora con el D. 1631/87 (Art. 2º), expedido en uso de las atribuciones del Estado de Sitio, que atentan también contra el principio de culpabilidad.

Finalmente, un viraje hacia el derecho penal de autor se presenta en el D. 180/88 (o Estatuto para la Defensa de la Democracia) que en diversas disposiciones trae, como "innovación del moderno derecho penal", tipos de autor: Arts. 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 21, entre otros.

C. Principio de Determinación.

Deslinde. Dice el Art. 3 CP: "**Tipicidad.** La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca". Semejante consagración nos obliga a hacer un distinguo pues, de un lado, incluye la **tipicidad** como elemento de la estructura del concepto dogmático de hecho punible y, del otro el **principio** conocido como **de taxatividad, de certeza o de determinación**. Aquí nos ocuparemos de éste último.

2. **Consagraciones positivas.** La regulación del Art. 3º es consecuencia del Art. 1º CP; en el ámbito constitucional, expresamente, se ha estipulado la determinación de la pena en el Art. 28: "Nadie podrá ser penado ex post facto... y **determinándose la pena correspondiente**". Art 3 CP

Así mismo, se puede afirmar que el postulado es emanación de los Arts. 26 CN, 9 de la ley 16 de 1972 y 15 Ley 74/68, consagratorios del principio de legalidad.

3. **Concepto.** Una de las exigencias que emana del principio de legalidad es la de certeza; por eso decíamos al estudiarlo que no hay delito, contravención penal, pena y medida de seguridad sin ley cierta. Por ello, entonces, a la hora de redactar los tipos penales el legislador debe usar un lenguaje claro y preciso, asequible al nivel cultural medio de los ciudadanos, para lo cual debe valerse preferentemente de los llamados **elementos descriptivos** (estados o proceso

del mundo real, corporal, o anímico que cualquiera está en capacidad de conocer sin mayor esfuerzo, por ejemplo: "matarse", "daño", "lesiones" etc. de los Arts. 323, 370, 331 del CP), descartando los normativos (aquellos que sólo pueden determinarse mediante la valoración jurídica o extrajurídica de la situación de hecho, como "ajena", "comerciante", "acreedor", etc. de los Arts. 349, 362 y 364 idem), que por requerir una valoración del juzgador o el intérprete, conllevan un notable margen de indeterminación y subjetivismo (34). Como es apenas obvio, también la consagración de elementos descriptivos de manera vaga o imprecisa puede generar indeterminación.

El supuesto de hecho de la norma, pues, no puede ser redactado en términos ambiguos, equívocos, gaseosos; dicho en otras palabras: no puede tener contornos borrosos, equívocos que permitan, no sin sacrificar la seguridad jurídica, incluir cualquier clase de comportamientos.

En lo atinente a la consecuencia jurídica, debe también el legislador determinar clara y precisamente la misma estableciendo la clase, el grado, y la duración, de tal manera que el juzgador tenga a su alcance unos marcos precisos que le permitan moverse con toda certeza, sin atentar contra la seguridad jurídica. Esta exigencia se hace más imprescindible en materia de medidas de seguridad que, no se olvide, también están cobijadas por los postulados inspiradores del Estado de Derecho.

Debe observarse, sin embargo, que la exigencia de una técnica legislativa precisa no puede llevarse hasta el absurdo, puesto que el codificador legisla por vía de disposiciones generales y manipula categorías lingüísticas, so pena de que tal función se torne imposible (35).

Pero también la necesidad política y jurídica de la taxatividad de las normas penales, es una consecuencia del postulado del acto, pues como se ha dicho: "el delito no es una conducta, no es una acción en general, sino una acción determinada. Tan acentuada es esta exigencia de determinación que las figuras delictivas suelen no consistir, sin más ni más, en un verbo; generalmente, el verbo mismo va limitado por numerosos complementos" (36).

La exigencia de certeza reviste una importancia tal, que sin ella no es posible la realización efectiva de las otras consecuencias que emanan del principio de legalidad: la prohibición de la analogía, la prohibición de la retroactividad y la prohibición del derecho consuetudinario (37). Su observancia, es el verdadero termómetro que nos permite determinar hasta donde alcanza el respeto al Estado de Derecho, de las libertades ciudadanas y, por ende, de la seguridad jurídica (38).

4. Eventos que comportan la transgresión del principio. Como hipótesis que pueden comportar menoscabo del postulado en examen, podemos señalar los siguientes:

a. **Indeterminación del supuesto de hecho.** Puede suceder, a su turno, que la ausencia de taxatividad se presente en dos situaciones distintas :

1) Cuando no existe tipo penal que delimite claramente la prohibición o el mandato. Este evento se presenta, básicamente, en los llamados TIPOS ABIERTOS, o tipos que no contienen todos los elementos del tipo, y que no individualizan la conducta mandada o prohibida, atentando así contra la seguridad jurídica; o, como se ha precisado "aquellos preceptos penales en los que falta una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal" (39). Buenos ejemplos son los siguientes:

El Art. 1º inc. d) de la ley 988 de 29 de noviembre de 1961 de Cuba: "Serán sancionados con la pena de muerte, mientras por parte del imperialismo norteamericano persista la amenaza de agresión desde el exterior o la promoción de actividades contrarrevolucionarias en el país: ...d) los que se infiltren en el territorio nacional, provenientes del extranjero, con el propósito de realizar sabotajes o cualquier otra actividad contrarrevolucionaria" (40).

El Art. 10 de la Constitución de los consejos de Baviera: "Todo atentado contra los principios revolucionarios será castigado".

O una hipotética ley que dijese: "El que infrinja las disposiciones de la ley penal colombiana será castigado con pena de prisión de 10 años.

Un buen ejemplo, tomado de nuestro ordenamiento jurídico es el Art. 1º del derogado D. 0434/56, según el cual: "Quien tome parte en actividades políticas de índole comunista, incurrirá en presidio de uno a cinco años o en relegación a colonia agrícola penal por igual término".

Este tipo de disposiciones terminan constituyéndose en verdaderas cláusulas generales, violatorias también del principio de igualdad de tratamiento de todos los ciudadanos ante la ley, una de cuyas especies son las "cláusulas de equivalencia" utilizadas por las codificaciones penales al regular los delitos culposos y de omisión.

También en las **normas en blanco**, es decir aquellas en las cuales está determinada la sanción, pero el precepto no aparece formulado más que como una prohibición genérica que deberá ser definido por una ley presente o futura, por un reglamento, e incluso por una orden de la autoridad (41), puede presentarse indeterminación por el aspecto que estamos examinando. Realmente, las dificultades no radican tanto en el uso de éste dispositivo sino en el hecho de que la remisión legislativa sea inexistente, o si se hace es de muy difícil precisión, o controvertida.

2) Cuando el tipo penal emplea en exceso elementos normativos. En este evento se piensa, inicialmente, que se trata de una verdadera disposición legal sobre la conducta punible, pero una vez examinada se verifica que se ha dejado librada al juez la determinación del hecho punible. Por ejemplo: "El que conduzca un vehículo a excesiva velocidad, con imprudencia, con lentitud o parsimonia será sancionado con una pena de hasta dos años de arresto". Semejante disposición está plagada de elementos normativos: "imprudencia", "parsimonia", "lentitud", "excesiva velocidad".

b. **Indeterminación de las consecuencias jurídicas.** También la falta de certeza se puede presentar en materia de sanciones penales, atendiendo:

1) A la duración de la consecuencia jurídica. Si el legislador no señala el **límite** temporal que debe cobijar la imposición de la sanción, estamos en presencia de la primera hipótesis de indeterminación. Así, por ejemplo, si se dijese: "La mujer que se causare aborto o permitiere que otro se lo cause, será sancionada con pena de prisión". Aquí no se indica a cuanto asciende la pena y se estaría transgrediendo el postulado.

2) A la clase de consecuencia jurídica. Cuando no se determina la clase de sanción imponible se cae en la transgresión de la exigencia en examen. Así sucedería si en el ejemplo mencionado en la hipótesis anterior se dijese: "la mujer que se causare el aborto o permitiere que otro se lo cause incurrirá en sanción de dos a seis años". Allí no se está indicando si es privativa de libertad o no, si es pena o medida de seguridad, etc., con lo cual habría una indeterminación de la clase de consecuencia.

3) A la ausencia absoluta de consecuencia. Si no se señala ninguna consecuencia jurídica imponible a quien ha incumplido el mandato o violado la prohibición se atenta también contra el postulado en examen, lo mismo si se deja librada al juzgador para que este la determine a su **amaño y capricho**.

↓
La primera hipótesis es de muy rara ocurrencia y puede presentarse en épocas de tránsito de legislación por olvido del legislador; la segunda, en cambio, es propia de regímenes autoritarios en esta materia penal, como si se dijese: "La mujer que cause su aborto o permitiere que otro se lo cause será sometida a la consecuencia jurídica que el juez determine"; o, sencillamente, "...será acreedora a una sanción".

4) **El principio es nuestro derecho penal.** Lo normal es encontrar tipos legales determinados lo mismo que las consecuencias jurídicas imponibles, como producto de lo establecido en el Art. 3º: "La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca",

y de la consagración de los hechos punibles "expresamente" en la ley, así como de la necesidad de que las penas y las medidas de seguridad sean las "establecidas en ella".

El Art. 3 CP contiene, en realidad, un mandato dirigido al legislador y no al juez (42); lo criticable de la disposición es que diga "definirá" y no "describirá", cuando es bien sabido que el legislador sólo describe conductas humanas.

Con la expresión "de manera inequívoca", se alude a la necesidad de regular de manera clara y precisa el tipo penal, así como las consecuencias jurídicas; como se ha afirmado, se trata de una exigencia dirigida a "los autores de la norma, Congreso o Gobierno, que expiden mandamientos oscuros, ambiguos, demasiado generales y peligrosamente abiertos a conductas relacionadas en otros cuerpos legales" (43).

La prohibición de la indeterminación de las consecuencias no se deduce expresamente del texto pero se infiere, máxime que está consignada en los Arts. 1 CP y 28 CN, trátase de penas o de medidas de seguridad.

En torno a estas últimas consecuencias parece evidente que tienen que someterse al mandato de certeza, ante la regulación expresa del Art. 1º que, como vimos, establece la legalidad de las medidas de seguridad, con lo cual las disposiciones que establecen medidas de seguridad indeterminadas serían inaplicables (Art. 215 CN) o inconstitucionales (Art. 214 CN) (44).

Pero no todas las normas de nuestro derecho penal positivo se ajustan a esta prohibición emanada del postulado de legalidad. Ejemplos de indeterminación del supuesto de hecho son los Arts. 111, 187, 279, 150, 152, 175 y 184 CP, entre otros, así como los Arts. 1 y 7 del D. 180/88; lo mismo cabría predicar del otrora tan criticado D. 1923/78 en su Art. 7º. Existe, además, una cláusula de equiparación en los delitos de omisión (Art. 21-2 idem) y en los hechos culposos (Art. 37 CP); otro mecanismo encubierto de indeterminación son las normas en blanco (Arts. 140, 146, 203, 229, 230, 235, 273, 274 CP).

También en el CPM encontramos buenos ejemplos de fórmulas vagas, imprecisas, que acuden a expresiones anfibológicas (Arts. 91, 92, 93, 96, 101, 105, 139 y 219). 118, 121, 123, 152, 170 entre otras

Como ejemplos de indeterminación de las consecuencias jurídicas, tenemos los Arts. 23 a 26 del D. 522/71 que, al entrar a regir el CP de 1980, se quedaron sin sanción; los Arts. 94 a 96 CP consagradorios de medidas de seguridad indeterminadas; el Art. 52 CP según el cual las penas accesorias se imponen discrecionalmente por el juez

y "de hecho" mientras dure la pena privativa de libertad (Art. 55 idem), que viola los Arts. 3 CP y 28 CN. De la misma manera, según el Art. 45-2 las penas privativas de libertad "podrán cumplirse en colonias agrícolas o similares", lo cual constituye una evidente falta de certeza.

También el sistema de penas vertido en el CP es relativamente indeterminado, sobre todo si se tiene en cuenta que los máximos punitivos son a veces muy elevados (Arts. 111, 187, 324, etc.) y los mínimos bajos, con lo cual se consagran escalas punitivas poco igualitarias.

D. Principio de Lesividad.

1. **Deslinde.** Del Art. 4º del CP cuyo texto reza de la siguiente manera: "**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 desprenden, igualmente, dos consagraciones distintas: de un lado, la **antijuridicidad o antijuridicidad** como elemento de la estructura del hecho punible y, del otro, el **principio de lesividad, del bien jurídico o de la objetividad jurídica del delito.** Aquí nos ocupamos de éste último.

2. **Consagraciones positivas.** Está expresamente previsto en los Arts. 16 CN y 4 CP y se desprende del ordenamiento jurídico penal en su conjunto, que al señalar las diversas conductas punibles las clasifica atendiendo a los bienes jurídicos que quiere tutelar.

3. **Concepto.** El principio de lesividad o del bien jurídico o de objetividad jurídica del delito (45), se puede sintetizar en el tradicional aforismo liberal "no hay delito sin daño" que actualmente comporta la no existencia de hecho punible sin una amenaza real o potencial para el bien jurídico tutelado. Esta concepción, según se ha dicho, surge como antagónica a la teoría tradicional que consideraba la infracción como un ataque contra los derechos subjetivos de la persona, basada en la teoría del contrato social (46).

Se trata, en realidad, de otro límite al poder punitivo del Estado, de otra barrera al ius puniendi, dado que no se pueden imponer penas o medidas de seguridad, no se pueden establecer delitos ni contravenciones penales, que no tengan como fundamento la existencia de un bien jurídico protegido. Por ello, deben discriminalizarse todo tipo de hechos que no amenacen o lesionen efectivamente el interés jurídico tutelado por la ley penal (47).

Este postulado es consecuencia de que el Estado no puede intervenir para defender concepciones éticas o políticas, o una determinada organización de las actividades sociales, a no ser que estén amenazados los fundamentos del Estado de Derecho mismo. Por ello, la función del

Derecho Penal es tutelar los bienes o intereses humanos, que por su importancia, el legislador ha erigido en bienes jurídicos, merecedores de especial protección. Los bienes jurídicos se suelen clasificar en individuales y colectivos, entendiendo por tal concepto aquellos presupuestos que el hombre necesita para su autorrealización en la convivencia social.

Pero el delito no sólo lesiona bienes jurídicos, pues también supone un atentado contra los valores ético-sociales que predominan en una comunidad dada, en un momento determinado (desvalor de acción) aunque, sin lugar a dudas, el lugar de prioridad o de protección lo tiene el bien jurídico (desvalor de resultado), conformando ambos el injusto penal (48).

Ahora bien, cuando hablamos de la "lesión" de bienes jurídicos debemos precisar que no nos referimos al concepto naturalista de causación de un daño a determinado objeto de la acción, sino a un concepto de carácter valorativo como contradicción con los intereses que la norma jurídico-penal protege o la posibilidad de que ello se presente (amenaza, o como dice la ley recordando las épocas del peligrosismo desgraciadamente tampoco desterradas de la doctrina: "ponga en peligro").

En el actual derecho penal el bien jurídico se suele entender en dos sentidos distintos: a. Político criminal. Como todo aquello que merece ser protegido por el Derecho Penal (de lege ferenda); y, b. Dogmático, como el objeto efectivamente tutelado por las normas vulneradas en concreto o, como dice nuestra ley penal, es el "interés jurídico tutelado" por la ley (de lege data). Ambos conceptos están íntimamente conectados como quiera que el derecho positivo está inspirado en determinados ideales político-criminales; por ello, según se ha precisado, "el concepto político-criminal de bien jurídico tenderá a tener un contenido muy cercano al del concepto dogmático para quien sustente la misma concepción político-criminal que inspira el derecho penal vigente, y al contrario" (49).

4. **Funciones del Bien Jurídico en el actual Derecho Penal.** Dada la íntima vinculación entre el bien jurídico y el principio de lesividad, es importante precisar que funciones cumple aquel para poder entender mejor los alcances de éste.

Hoy, la teoría del bien jurídico ha alcanzado un inusitado desarrollo entendiendo este concepto no desde un punto de vista formal, como era tradicional, sino materialmente desde una perspectiva social (50). Por eso se dice que es fundamental para la dogmática jurídico-penal tornándose en el concepto central de la misma, que es criterio orientador para la teoría de la interpretación de la ley penal y que, finalmente, es una exigencia para el legislador y para el juez señalándole las pautas de su actividad (51).

a. **Función sistematizadora.** Tanto el CP como las leyes penales especiales, al consagrar los diversos hechos punibles, los van describiendo y clasificando atendiendo a un determinado bien jurídico, cumpliendo éste una innegable función de sistematización del derecho penal vigente y constituyéndose en el concepto central de la dogmática penal. Por ejemplo, en la Parte Especial de nuestro CP hallamos el homicidio regulado en el título dedicado a los delitos contra la vida y la integridad personal; el delito de falsedad aparece en el título correspondiente a los delitos contra la fé pública, etc., que son los diversos "intereses jurídicos" que el legislador quiere tutelar.

b. **Función de orientación para la interpretación de la ley penal.** Cuando se logra precisar cual es el bien jurídico protegido con la regulación de un determinado delito, la **interpretación finalista o teleológica** nos permite excluir del tipo penal las conductas que no lesionen o amenacen el interés jurídico tutelado por la ley, o siendo típicas, la exclusión de la antijuricidad por ser sólo contrarias al ordenamiento en apariencia. Esto significa que tanto las conductas **inocuas** (la falsificación de un billete para jugar una broma a un amigo coleccionista), como las **socialmente adecuadas** (la herida que practica el cirujano para mejorar la salud del paciente), excluyen en su orden la antijuricidad, y la tipicidad, por no haber lesión del bien jurídico. Igual sucede con las conductas que comportan una lesión insignificante para el bien jurídico (el hurto de una caja de cerillas mediante violencia) que, acorde al llamado **principio de la insignificancia**, no llegan a ser antijurídicas; con razón se dice que la función del Derecho Penal en el ámbito de protección de los bienes jurídicos no puede alcanzar nimiedades, pues ello significa desnaturalizar los cometidos por él perseguidos.

c. **Función de delimitación.** Tanto para el legislador como para el juez. Para el primero porque demarca su órbita de intervención, permitiéndole actuar sólo cuando sea imprescindible para proteger los bienes vitales para la convivencia en comunidad (ello explica por qué se eleva a rango de delito el homicidio y no el adulterio), por ejemplo. Para el juez, puesto que debe tener el bien jurídico como baremo para medir la pena dentro de los marcos señalados en la ley. De ahí que ésta se imponga atendiendo al GRADO DE INJUSTO: a un injusto más grave (por ejemplo una conducta típica y antijurídica de homicidio agravado) corresponde una pena más elevada que a un injusto menos grave (una conducta típica y antijurídica de apoderarse de quinientos pesos).

5. **El Principio en nuestro Derecho Penal.** El postulado es de rango constitucional como ya tuvimos oportunidad de señalarlo, pues en el Art. 16 CN se dice que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares".

Con ello, se establece que el ordenamiento jurídico-penal tiene como uno de sus cometidos la protección de los bienes jurídicos, lo cual reitera el Art. 4 CP al consagrar el postulado ampliamente cuando exige la lesión o puesta "en peligro" del interés jurídico que la ley penal en cada caso concreto tutela. Esta última consagración está íntimamente vinculada con el Art. 61-1 que recoge los criterios para imponer la pena: "la gravedad y modalidades del hecho punible... las circunstancias de atenuación y de agravación", lo que se traduce en la graduación de la pena atendiendo a la magnitud del injusto, al grado de injusto, cumpliendo así el concepto, las funciones indicadas.

El postulado se desprende de todo el ordenamiento jurídico-penal, posibilitando la interpretación teleológica de la norma, delimitando la órbita del juez y del legislador, sirviendo como pilar para la construcción de la dogmática penal.

Pese a lo anterior, parece que en algunos eventos se hubiera olvidado esta exigencia (Arts. 112-1, 113-1 y 154-1 CP, ~~93-CPM~~), siendo particularmente preocupante el caso del Estatuto Nacional de Estupefacientes (Ley 30/86) en el cual no se ha precisado el "interés jurídico" tutelado debiendo acudir, peligrosamente, a las leyes aprobatorias de tratados sobre drogas suscritos por el Estado Colombiano.

E. Principio de Culpabilidad.

1. **Deslinde.** Tal como se desprende del Art. 5 CP "**Culpabilidad**. Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva". De aquí se infieren dos consagraciones distintas al igual que con las anteriores normas rectoras: de un lado la **culpabilidad** como elemento del concepto dogmático del hecho punible y, del otro, el **principio de culpabilidad** (nulla poena sine culpa) del cual nos ocupamos enseguida.

2. **Consagraciones positivas.** Expresamente está regulado en los Arts. 5, 35, 61-1 del CP, ~~20-CN~~, y se deduce de las leyes 74/68 (Art. 10-1) y 16/72 (Art. 11-1), consagradorias del principio de humanidad, del cual se suele derivar nuestro postulado por algún sector doctrinario. *55 56 54*

3. **Concepto.** Se ha considerado por algunos que éste principio es derivación del de legalidad, mientras que otros piensan que es independiente de él y emana del denominado **Principio de Estado de Derecho**, o del principio de humanidad (52); incluso, se afirma que el principio de legalidad es derivación del de culpabilidad (53).

El principio **nulla poena sine culpa** significa que no hay pena sin culpabilidad, la pena criminal sólo debe fundarse en la seguridad de que el hecho puede ser reprochado al autor, e implica básicamente

dos cosas: a. No puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad, toda pena supone culpabilidad; con ello se excluye la RESPONSABILIDAD POR EL MERO RESULTADO, o RESPONSABILIDAD OBJETIVA. b. La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad y debe imponerse atendiendo al GRADO DE CULPABILIDAD.

El autor, pues, no responde por un defecto de carácter adquirido (derecho penal de autor), sino por su hacer (derecho penal de acto) (54). Se trata de un derecho penal de culpabilidad por el hecho y no por la conducción de vida, de un derecho penal voluntarista.

4. **Eventos que comportan transgresión del Principio.** De conformidad con lo anterior, no son propios de un derecho penal de culpabilidad los siguientes fenómenos:

a. La fundamentación o agravación de la pena por el mero resultado. Una constante en el derecho penal primitivo era la vigencia de la responsabilidad objetiva por el mero resultado, acorde con la cual se imputa el hecho al agente sobre la base de la sola relación de causalidad, sin que interese para nada si lo realiza con dolo o culpa, o no; es ligar la pena con la mera objetividad del daño merced a una vinculación fatal o ciega, o más claro: es castigar al sujeto por lo que ocurre y no por lo que hace.

Una de las formas de responsabilidad objetiva que todavía subsiste en los códigos penales actuales son los llamados delitos cualificados por el resultado o también denominados delitos cualificados por el resultado más grave, según los cuales se imputa al agente el resultado más grave que sobreviene al primero, a título de dolo o culpa, así el autor no haya querido ni previsto ni podido prever que se realizaría el segundo resultado. Ejemplo: el resultado de lesiones y el resultado de aborto sobreviniente al primero

b. **El versari in re illicita.** Se trata de una forma atenuada de responsabilidad objetiva de conformidad con la cual el reo debe responder de todas las consecuencias de su acto, aún las no queridas, siempre y cuando provengan de un obrar ilícito. Ejemplo: el que conduce y sólo tiene como finalidad chocar otro vehículo produciéndose una explosión no prevista, muriendo un peatón que cruzaba desprevenidamente la calle, debería responder a título de dolo no sólo de los daños causados sino de la muerte causada (55).

Esta institución significó una notable atemperación de la responsabilidad objetiva que cargaba al agente todas las consecuencias de su acto, así el obrar no fuere ilícito (56).

c. La exclusión de los casos de error de tipo. **Error** es la no concordancia entre conciencia y realidad, bien porque existe conciencia y falta la realidad, o al contrario. Ejemplo: si disparo

sobre un hombre (conciencia) que en realidad es un espantapájaros en el huerto (falta la realidad), actúo en error; lo mismo, si disparo sobre lo que creo es un espantapájaros (falta conciencia) y se trata de un hombre (realidad), hay error (57). Cuando este error recae sobre los elementos del aspecto objetivo del tipo (que sería mejor denominar **objetivado** pues está compuesto por elementos descriptivos y normativos), de homicidio por ejemplo (acción, nexos de causalidad, resultado, sujeto pasivo, etc), se denomina error de tipo. Ejemplo: el cazador de osos dispara sobre lo que cree es un oso, en realidad un hombre disfrazado de tal. Por mandato de este postulado debe reconocerse tal error, que excluye el tipo penal y por ende la tipicidad dolosa.

d. La exclusión de los casos de error de prohibición. Una de las exigencias del Principio en examen es la de que el agente tiene que obrar con conciencia de la antijuricidad de su conducta, o al menos con posibilidad de tenerla, para que pueda ser sancionado con una pena. Si no hay potencial conciencia de la antijuricidad estamos frente a un error de prohibición, que debe reconocerse como causal excluyente de la culpabilidad. Ejemplo: una persona se defiende creyéndose atacada por un supuesto agresor (defensa putativa). También por mandato de este postulado deben reconocerse los errores sobre la culpabilidad (58), e incluso sobre la punibilidad.

e. Imponer pena a un inimputable. A las personas que no pueden comprender la ilicitud de su acto y/o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por padecer trastorno mental o inmadurez psicológica, no se les puede imponer penas aplicables sólo a imputables.

f. Imponer medidas de seguridad a un imputable. En un estricto sistema regido por el derecho de culpabilidad por el acto, a los imputables sólo puede imponérseles penas y no medidas de seguridad con fundamento en una indemostrada peligrosidad.

g. Excluir el principio de proporcionalidad de las penas. Este postulado es una conquista de la Epoca de la Ilustración y supone que la pena a aplicar al autor debe ser proporcionada al hecho cometido: culpabilidad por el hecho. Por ello dijimos más arriba que la pena debe imponerse atendiendo al grado de culpabilidad.

h. Imponer pena a quien ha obrado en situación de inculpabilidad distinta a la inimputabilidad o al error. No reconocer una causal de inculpabilidad distinta a las mencionadas (por ejemplo un estado de necesidad exculpante), comporta también un desconocimiento del postulado en estudio.

i. Imponer responsabilidad penal por el hecho de otro. En el derecho primitivo era frecuente imponer penas a terceros inocentes, por venganzas o por el fenómeno de la **faida**, o por la transmisión hereditaria de las culpas (59).

j. Extender formas de responsabilidad penal a grupos sociales en conjunto o afirmar la posibilidad de imponer penas a personas no individuales. Se trata en verdad de dos eventos diferentes, aunque íntimamente ligados; ya desde el derecho romano se ha afirmado que las personas jurídicas no delinquen (**societas delinquere non potest**), por lo cual un derecho culpabilista no puede sancionar una persona jurídica ni mucho menos, olvidando el carácter personal de la pena (la pena no puede trascender la persona del delincuente) hacerlo con grupos sociales.

5. **Estado actual de la polémica en torno a la culpabilidad.** Así no se pueda confundir la culpabilidad como categoría sistemática con el principio mismo, y dada la íntima relación que entre una y otro existe, es pertinente bosquejar la discusión vigente en torno a dicho tópico.

Así no se discutan las consecuencias del principio de culpabilidad, en el derecho penal de hoy se debate intensamente en torno al concepto de culpabilidad mismo, lo cual no es nuevo pues desde que el hombre filósofo se han planteado estos problemas, tanto por los que creen en el determinismo del actuar humano como por los que profesan el indeterminismo.

Sin embargo, parece haber acuerdo en que el concepto de culpabilidad con el cual ha venido trabajando el derecho penal presupone la libertad de decisión del hombre (60), el libre albedrío y, por ende, una concepción indeterminista del actuar humano. Se trata, a no dudarlo, de un fundamento filosófico completamente indemostrado, no susceptible de verificación en el estado actual de la ciencia, por lo cual es a todas luces evidente que una "ciencia" del Derecho Penal así construida atravesase una crisis de proporciones como sucede ahora,

Pese a lo anterior, el concepto de culpabilidad ha cumplido en la práctica una doble función: de un lado ha servido para darle una justificación al fin de retribución de la pena, traduciéndose en una desventaja para el acusado; del otro, ha limitado la pena: "pone una barrera a la facultad de intervención estatal, en cuanto la medida de la culpabilidad señala el límite superior de la pena" (61). O sea, por este aspecto el concepto de culpabilidad ha cumplido una función garantista; ha permitido erradicar la responsabilidad objetiva y ha prestado su concurso al fortalecimiento del Estado Liberal, posibilitando la seguridad jurídica.

Tres alternativas quedan enfrente a la crisis del concepto de culpabilidad.

a. Mantenerlo como hasta ahora sin darnos cuenta de lo que sucede a nuestro alrededor y, entonces, profesar un verdadero dogma de fé (62), pues como se ha precisado: "la fundamentación culpabilista, al situar el libre albedrío en el centro de gravedad del derecho penal, ha construido este sobre una ficción indemostrable, ha cerrado la posibilidad al diálogo con las ciencias naturales y ha hecho depender al derecho penal, en definitiva, de la creencia de una verdad de fe: como en religión: el derecho penal culpabilista solo es accesible a los que tienen la 'suerte' de creer en lo que no se vé (la libertad de la persona)" (63).

b. Prescindir de él porque "ha dejado de constituir una categoría fundamental del derecho penal" (64), y debe ser reemplazado por otro concepto distinto como "la necesidad de la pena" (65), o "buscando otros principios que sustenten el comportamiento desviado" (66); o, finalmente, planteando un "concepto material de culpabilidad que se compadezca con la realidad sociopolítica del estado contemporáneo y con la ciencia actual" (67).

c. Mantenerlo como categoría fundamental del Derecho Penal, pues lo que está en crisis no es la culpabilidad sino la manera de entenderla, por lo cual "debe buscarse una nueva forma de abordarla, pues no existe aún un único concepto de culpabilidad" (68), esta tesis es mediadora y se compadece con una tendencia doctrinaria según la cual la culpabilidad no se puede entender como fundamento o justificación de la pena sino como límite de la misma, aunque se la denomina "responsabilidad" (69).

A no dudarlo, esta tercera vía es la correcta pues no podemos permanecer ajenos a los desarrollos de la ciencia, desligando el Derecho Penal de la realidad circundante, aislados en una "torre de marfil" como lo quiere la primera posición; tampoco la posición abolicionista soluciona nada pues nos lleva a otra "profesión de fe" (el determinismo). El concepto de culpabilidad sigue siendo un pilar del actual derecho penal y debe presumirse la existencia de la culpabilidad en cuanto favorezca al reo (70).

6. **El Principio en nuestro Derecho Penal.** El postulado ha sido consagrado de manera categórica en el ordenamiento punitivo, constituyéndose en una limitante al ius puniendi del Estado como se refleja en las siguientes consagraciones:

a. Impera el principio de personalidad de la pena. Se dice que "la pena no puede trascender la persona del delincuente" (Art. 5 párr. 3 Ley 16/72); como criterio para imponer la pena, en realidad

un correctivo de las dos pautas legales ya mencionadas, se tiene en cuenta "la personalidad del agente" (Art. 61-1), excluyendo cualquier consideración peligrosista.

b. Rige el principio de la exclusión de la responsabilidad por el mero resultado. Ello significa que la responsabilidad es por el hecho: "queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva" (Art. 5 CP).

c. Opera el principio del dolo, la culpa y la preterintención. Así: "Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención" (Art. 35 CP); y, "la conducta preterintencional o culposa sólo es punible en los casos expresamente determinados en la ley" (Art. 39 CP).

d. Se ha regulado el principio de reprochabilidad. Así: "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad" (Art. 5º); la pena se impone atendiendo al "grado de culpabilidad" (Art. 61-1).

e. Se asume un concepto de culpabilidad indeterminista. Es imputable el que puede comprender la ilicitud de su acto y determinarse de acuerdo con esa comprensión (Art. 31 CP).

Pero se observan algunas transgresiones del axioma:

a. El Art. 10 CP establece que "la ignorancia de la ley no sirve de excusa", lo cual no deja de ser un desconocimiento frontal de la prohibición de deducir formas de responsabilidad objetiva, aunque notablemente atemperado por la introducción de diversas excepciones como ya se señaló. En consonancia con lo anterior no se han contemplado los errores sobre la culpabilidad y sobre la punibilidad.

b. Existen diversas hipótesis delictivas aparentemente constitutivas de delitos calificados por el resultado y que podrían conducir a formas de responsabilidad objetiva (cfr. Arts. 112, 113, 114, 154, 232, 238, 290, 291, 338, 348, 360, 306 incs. 3 y 4 en armonía con los Arts. 298 a 305, y el 310-2 en concordancia con los Arts. 308 y 309 CP). Pero debe negarse su trascendencia dado el carácter perentorio del Art. 5º, en cuanto proscribiera toda forma de responsabilidad objetiva.

Se ha consagrado la preterintención como forma del hecho punible, figura que es muy discutida en la doctrina que ha visto en ella una forma más de responsabilidad objetiva (Arts. 38, 39 y 325 CP), aunque está concebida como una mezcla de dolo y culpa. Sin embargo sólo se consagró un caso en la Parte Especial, olvidando que otros eventos también podrían corresponderse con tal figura (Arts. 189, 190, 191,

193, 194, 195, 197, 200, 203, 204, 205, 206, 247, 268, 343 CP seguidos del resultado muerte), lo cual puede desembocar en formas de responsabilidad objetiva en la práctica jurídica.

c. En el derecho penal complementario existen algunos casos en los cuales se hace responsable al agente por el mero resultado: Arts. 53, 55 y 56 D. 522/71; 140, 142, 159 y 161 CPM; y, para terminar, el D. 1631/87 ya citado consagra una forma de responsabilidad objetiva. *cit 1631/87 CP cit 1631/87*

d. Hay circunstancias de agravación específica que pueden llevar a formas de responsabilidad por el mero resultado (Arts. 280-1, 2 y 4, 306-5, 351-3 y 7, del CP), cuando se olvida que para poderlas deducir sólo pueden imputarse a título de dolo y, excepcionalmente, de culpa.

e. Los marcos legales de punición que, como ya se dijo, son a veces exagerados impiden una adecuada tasación punitiva atendiendo al grado de culpabilidad (Ejemplos: Arts. 187, 111 y ss. CP). Esto para mencionar sólo la legislación ordinaria, pues la extraordinaria pareciera tener siempre como cometido la regulación de amplios marcos punitivos.

f. La consagración de normas penales en blanco en el Estatuto Aduanero, que se complementan mediante resoluciones administrativas las cuales no llegan al conocimiento de los ciudadanos, puede generar diversas formas de responsabilidad por el mero resultado.

g. Se regula la institución de la actio liberae in causa (Art. 32 CP) que presume la imputabilidad de quien al momento del hecho era inimputable.

F. Principio de la Prohibición de Retroactividad. 29. CN.

1. **Consagraciones positivas.** Aparece expresamente en los siguientes estatutos legales: Arts. 26-2 CN, 1 y 6 CP; 40, 43 y 44 ley 153/87; 15 ley 74/68; 9 ley 16/72; 1 y 5 CPP; 6 CPM.

2. **Concepto.** La irretroactividad de la ley penal se funda en el hecho de que éste se dicta para el futuro, obra en el tiempo en el cual nace, cobra vida y se extingue; por tanto no cobija los hechos anteriores a su promulgación. En otros términos, la ley rige desde el tiempo de su promulgación hasta su derogatoria o extinción, a no ser que haya disposición en contrario (*tempus regit actum*) (71).

Se trata de una garantía más para el ciudadano, en la medida en que se le prohíbe al legislador la creación de un derecho penal retroactivo y al juez su aplicación. El Funcionario judicial sólo puede

aplicar un tipo penal si el hecho punible existía al momento de la comisión del acto, de lo contrario no (72); a tal efecto debe observarse al interpretar la ley el principio de que "lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse" (*favorabilia amplianda sunt, odiosa restringenda*) (73). Esta prohibición es una consecuencia del principio de legalidad, como ya lo formulamos (74).

3. **El Principio en nuestro Derecho Penal.** El CP ha consagrado el postulado en examen por vía de excepción de la retroactividad más favorable sin hacer distinciones entre leyes sustantivas y adjetivas o procesales. Lo mismo debe decirse del Art. 26-2 CN que emplea la locución "en materia criminal". Consagraciones similares existen en las disposiciones ya mencionadas más arriba.

Sin embargo, se suele hacer en esta materia un distingo entre leyes sustantivas y procesales, que no compartimos. En cuanto a la ley sustantiva, se afirma que la norma general es la ausencia de efectos retroactivos, esto es no puede aplicarse a hechos ocurridos antes de su promulgación, ni tampoco tiene efectos ultraactivos, no se puede aplicar una vez expirada su vigencia (75), salvo la favorabilidad que es la excepción.

Tratándose de la ley procesal se suele, a su turno, hacer otra distinción atendiendo a si se trate de normas que fijan jurisdicción, competencia, ritualidades o formalismos del proceso, que deben aplicarse desde el momento mismo en que entran a regir sin que se pueda invocar la favorabilidad, y normas que regulan otros aspectos procesales, las cuales deben aplicarse también desde el momento mismo de su vigencia, salvo que establezcan situaciones desfavorables, caso en el cual se aplicará las más favorables.

Esta distinción la infieren algunos doctrinantes de los Arts. 40, 43, 44 y 45 de la ley 153/87, 1 y 5 del D. 50/87, éste último consagradorio del postulado de la ley procesal preexistente. Sin embargo, dado que la norma constitucional (Art. 26 CN) no hace distinción alguna como ya indicamos y el principio de favorabilidad en esta materia no tiene restricciones de ninguna índole, tal separación se torna inoficiosa; máxime si se tiene en cuenta un argumento de dudosa factura, según el cual "se presume" que las nuevas normas en materia de jurisdicción y competencia, o atinentes a la sustanciación y ritualidad del proceso "no hacen ni más gravosa ni más ventajosa la situación de las partes sometidas a una diferente competencia o a una diferente ritualidad" (76).

Ahora bien, el Art. 6 CP no comporta ninguna innovación pues, inclusive, ya la ley 153/87 extiende el postulado de favorabilidad incluso a los que estén "condenados", con lo cual quedan incluidos tanto los condenados a penas (imputables) como los condenados a

medidas de seguridad (inimputables). Esto significa, además, que también tratándose de medidas de seguridad se puede aplicar retroactivamente la ley más favorable (77).

G. Principio de Exclusión de la Analogía.

1. **Consagraciones positivas.** A pesar de no existir prohibición expresa en el campo constitucional, es evidente que el postulado es emanación del Art. 26 CN, en armonía con el 28 idem; a su turno, el Art. 1 CP exige que el hecho punible esté previsto de manera expresa y que la pena y la medida de seguridad se encuentren "establecidas" en ella. El Art. 7º a su turno consagra: "**Exclusión de la analogía**, salvo las excepciones legales, queda proscrita toda forma de aplicación analógica de la ley penal". También los Arts. 9 ley 16/72 y 15 ley 74/68, estipulan dicho postulado.

2. **Concepto.** Este postulado es consecuencia del apotegma de legalidad, pues como habíamos dicho no hay pena sin ley estricta: **nulla poena sine lege stricta (78)**. Por ello, es incompatible con el principio de reserva la creación de hechos punibles (delitos, contravenciones penales), penas y medidas de seguridad por vía analógica (79).

Normalmente, las leyes contemplan la regulación de todos los casos que ha de decidir el juzgador, sin embargo no siempre es así, pues a veces se presentan eventos en los cuales el juez no puede acudir a la interpretación pues la ley a aplicar no existe, hay un "vacío legal", una "laguna legal" que el funcionario debe llenar. En el Derecho Penal, sin embargo, a diferencia de otros sectores del ordenamiento jurídico, no le está permitido al juez llenar los vacíos de la ley, acudiendo a normas semejantes, pues la seguridad jurídica caería en entredicho y las garantías ciudadanas se verían notablemente comprometidas.

En estas condiciones, **la analogía** en el derecho penal comportaría la decisión de un caso penal no contenido en la ley, argumentando el espíritu latente en ésta, con base en la semejanza del caso planteado con otro que la ley ha definido o enunciado en su texto y, en los casos extremos, acudiendo a los fundamentos del orden jurídico, tomado en su conjunto (80). En otros términos, es aplicar la ley penal a un caso para el cual no ha sido dada, pero que es semejante a aquel o aquellos que efectivamente estaba destinada a regir (81).

Distinta a la analogía es la **interpretación analógica**, o fenómeno sistemático encaminado a conocer la voluntad de la ley (82); es, como su nombre lo indica, una forma de interpretación y ya sabemos que interpretar la ley es desentrañar el sentido, el alcance y contenido del texto legal (83).

Distinta de las anteriores figuras es la **interpretación extensiva**, evento en el cual el caso en examen cabe dentro de la hipótesis abstracta prevista por el legislador en la norma, aunque de su tenor literal parezca deducirse lo contrario; existe una laguna aparente que se llena dando a las palabras de la ley un significado más amplio del que aparentemente encierran; en la analogía, en cambio, la laguna es real (84).

La prohibición de la analogía es, sin embargo, relativa en el Derecho Penal dado que la doctrina generalizada acostumbra distinguir entre **analogía in bonam partem** y **analogía in malam partem**, permitiéndose la primera en favor del reo (85). Sin embargo, se piensa también que debe proscribirse toda forma de analogía acudiendo a un argumento que aunque un poco exagerado, lleva algo de razón: "por donde entra la **analogía in bonam partem** penetra también la **in malam partem**" (86).

6. **El Principio en nuestro Derecho Penal.** De manera terminante el Código Penal en el Art. 6º ha "proscrito" toda forma de aplicación analógica de la ley penal, con lo cual ha zanjado las aparentes discusiones que pudieran presentarse en esta materia, alcanzando dicha proscripción a la analogía favorable, pues las "excepciones" aluden a la interpretación analógica, la expresión "aplicación analógica", es comprensiva tanto de la analogía como de la interpretación, permitiendo la ley esta última (87).

Las excepciones a que alude la ley son numerosas: el Art. 65 permite aplicar cualquiera otra circunstancia "análoga" a las del Art. 64; el Art. 142 habla de "otra utilidad"; el 189 alude a sustancias infecciosas o "similares"; el 194 castiga a quien "por cualquier otro medio" cause pánico; así también los Arts. 200, 202, 225, 315, 350-4, 351-5, 21-1 CP, y 37-10, 92-2, 96, 98, 240 CPM, son pues, numerosos los eventos de interpretación analógica. Ahora bien, ante la prohibición expresa del Art. 7º, no se puede extender al derecho penal la estipulación del Art. 8º ley 153/87 que establece la permisión general de la analogía.

En la práctica judicial y doctrinaria es frecuente acudir a la analogía en desfavor del reo: la sustracción de cosas inmateriales y de bienes como la energía eléctrica se asimila a sustracción de "cosa mueble ajena" (Art. 349) (88); tratándose de la agravante del homicidio por parentesco, este se suele extender a personas con las que no se tiene tal vínculo jurídicamente, lo mismo con respecto a la persona con la cual se hace vida marital sin matrimonio (Art. 324-1 CP).

En cuanto a la prohibición de la analogía favorable creemos que no procede, pues se trata de una norma de garantía a la que no puede darse un alcance regresivo y odioso (89); ello contrariaría el estado de derecho liberal.

Ahora bien, no cabe duda que la prohibición se refiere tanto al supuesto de hecho (delito o contravención penal), como a las consecuencias jurídicas: penas o medidas de seguridad, sobre todo tratándose de estas que "son parte del derecho penal" (90). Así mismo, también rige en materia procesal penal, puesto que el Art. 7º habla de "ley penal" y la procesal también lo es (91).

H. Principio de la Igualdad ante la Ley Penal.

1. **Consagraciones positivas.** Aparece regulado en los Arts. 26 de la ley 74/68 y 24 ley 16/72. Así mismo, es emanación del Art. 22 CN, según el cual "no habrá esclavos en Colombia", y del Art. 16 idem.

En el CP en el Art. 8º: "**Igualdad ante la ley.** La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella" que, a su turno, es repetido por el Art. 13: "La ley penal colombiana se aplicará a toda persona que la infrinja en el territorio nacional".

2. **Concepto.** Este postulado pende de otro más general cual es el de la igualdad jurídica en general, que a su turno comporta dos consecuencias fundamentales: de un lado, las normas jurídicas no deben establecer desigualdades pues en materia de derechos fundamentales todos los individuos de la especie humana gozan de las mismas oportunidades y derechos; de otro lado, comporta una igualdad procesal, según la cual todos los ciudadanos deben ser tratados y juzgados indistintamente, según lo determinado por las normas jurídicas.

Este principio aparece con el Estado de Derecho o Estado Constitucional, como una verdadera cobertura formal que quería ocultar las manifiestas desigualdades que propiciaba el ascenso al poder de una nueva clase (la burguesía), y el sometimiento de otra clase mayoritaria (el proletariado).

Semejante formalismo igualitario "ignora las injusticias económico-sociales, la defectuosa distribución de las grandes propiedades agrícolas, el abuso del derecho de propiedad o de los derechos reales con explotación del trabajo ajeno, la deficiente distribución de la renta nacional... Coexiste con la supervivencia de privilegios en favor de ciertos estratos sociales, con el difícil acceso a la instrucción y a la cultura de los que carecen de recursos económicos" (92). Un formalismo que permite discriminaciones arbitrarias motivadas por prejuicios de clase, de raza, de credo religioso y político.

Hoy, semejante ficción es indemostrable, y se impone a la luz del Estado de Derecho Social y Democrático, una igualdad sustancial (93).

Trasunto de esta igualdad es la igualdad en lo jurídicopenal que, desde el punto de vista sustantivo, comporta un tratamiento similar para todos los ciudadanos, sin distinciones de raza, sexo, edad, credo político o religioso a la hora de aplicar la ley penal; no puede hacerse distinciones entre los diversos sujetos penales, puesto que todos están sometidos a penas o medidas de seguridad cuando realizan delitos o contravenciones penales.

Desde el punto de vista procesal penal o adjetivo, implica que todos los ciudadanos tienen las mismas oportunidades procesales, pues las normas adjetivas rigen sin distingos de ninguna especie, de donde se derivan tres consecuencias:

- a. En el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa (**audiatur ex altera parte**).
- b. Los procedimientos privilegiados atendiendo a la raza, fortuna o al nacimiento de las personas, no son aceptables.
- c. No cabe aplicar procedimientos más desfavorables a unas personas que a otras por hechos similares, ni tampoco cabe hacer discriminaciones a raíz de la vigencia de estados de excepción (94).

Tampoco es hoy sostenible, en cuanto a lo formal, el principio de igualdad jurídicopenal que como se ha sostenido comporta igualdad social, igualdad ante la ley (igualdad formal), ausencia de discriminaciones de todo orden y, finalmente, igualdad sustancial (95).

3. El Principio en nuestro Derecho Penal. Como norma general se puede afirmar que sólo rige una igualdad formal echándose de menos una concepción material de este postulado. Este tratamiento formal sufre algunas excepciones:

- a. A los menores de 12 años no se les somete al derecho penal (Art. 5º del D. 1818/64).
- b. Se contemplan casos de inmunidad diplomática derivados del derecho internacional, y las causas penales contra clérigos sufren un tratamiento especial (Art. 19 de la ley 20 de 1974).
- c. Existen fueros y la llamada inmunidad parlamentaria que comportan algunos distingos y privilegios procesales (Art. 107 CN).
- d. Además, un caso de prerrogativas desde el punto de vista procesal, antitécnicamente denominado "inmunidad" es el que establece el D. 2241/86, Arts. 126 1 127, al estipular en materia electoral ciertos privilegios procesales para los votantes, miembros de comisiones escrutadoras, claveros y secretarios, durante el día de las elecciones, antes y después de ellas, según el caso.

e. Se han entronizado los procedimientos breves y sumarios, que se aplican a personas que incurren en específicas formas de delincuencia, en desmedro del procedimiento ordinario aplicable al común de los ciudadanos (Cfr. ley 2/84, D. 50/87, D. 180/88, ley 30/86, entre otros).

f. Finalmente, se observan notables discriminaciones entre las partes involucradas en el proceso penal como se ha puesto de presente (96).

En síntesis, pues, es tarea del Derecho Penal colombiano emprender la construcción de una igualdad material ante la ley penal que marche a tono con los tiempos y con la realidad sociopolítica que vivimos, propiciando las condiciones para la vigencia de un estado social y democrático de derecho. Entre nosotros la ley penal es desigualitaria y clasista y protege los intereses individuales en desmedro de los colectivos.

1. Principio de la Cosa Juzgada. *aet in*

1. **Consagraciones positivas.** Aparece en los Arts. 14.7 ley 74/68, 8.4 ley 16/72 CP, en una de sus manifestaciones: "**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, aún cuando a éste se le de una denominación distinta". Y, también en el Art. 17 del D. 50/87.

2. **Concepto.** También se lo ha denominado como Principio de la irrefragabilidad de la cosa juzgada penal, pues el juicio emitido sobre la litis es inmutable, intocable, definitivo y no puede ser modificado por el juez, una vez que la decisión de fondo se encuentra en firme. Si no fuera así "la incertidumbre reinaría en la vida jurídica y la función judicial resultaría menguada gravemente y sus fines no podrían lograrse" (97).

Este postulado es una limitación más que ha impuesto la soberanía a los poderes del Estado, y que en su tiempo significó una preciosa conquista para la seguridad individual. Se trata, a no dudarlo, de un principio de índole procesal que comporta para el juez penal la obligación de dictar la sentencia, encontrándose obligado a no proferir nuevo fallo o decisión de fondo, una vez que ha conocido del asunto mediante sentencia o decisión anterior, por lo cual se dice que la cosa juzgada penal tiene efecto negativo, pues impide al juez decidir de nuevo (98).

Del postulado en comento se desprende una regla muy importante: en **non bis in idem**, de conformidad con la cual no se puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Para que haya identidad de

hecho es necesario que coincidan la persona, el objeto, y la causa de persecución penal. Esta es la derivación más importante del postulado de la irrefragabilidad.

Empece lo anterior, las codificaciones suelen consagrar diversas excepciones a la cosa juzgada, lo cual demuestra el carácter relativo del mismo postulado. En efecto:

- a. Existe el llamado **juicio de revisión** de la sentencia proferida, tendiente a examinar nuevos elementos de prueba o desechar medios probatorios ilegalmente aducidos, o a subsanar errores judiciales, de los cuales se puede inferir la absolución del procesado.
- b. A las **sentencias de jueces extranjeros** se las suele exonerar de los mismos efectos en los casos de la ficción de extraterritorialidad, cuando se refieren a hechos punibles cometidos a bordo de nave o aeronave del Estado, o en el mar territorial según el caso y, aún en alta mar, siempre y cuando hayan sido juzgados por tribunales extranjeros, entre otros:

Estas y otras excepciones demuestran que la cosa juzgada es un mito llamado a desaparecer, en aras del aseguramiento de la certeza jurídica y del logro de las funciones asignadas al órgano judicial.

3. **El Principio en nuestro Derecho Penal.** Es tal la trascendencia que el legislador ha querido darle a este apotegma, que lo ha consagrado no sólo en el estatuto sustantivo sino en el procesal, aunque lo ha regulado confundiendo la causa con el efecto, el principio del non bis in idem con la cosa juzgada misma de la cual es una emanación (99).

Como efecto de la cosa juzgada en nuestro derecho la sentencia o providencia de fondo tiene caracteres de **definitividad e inmutabilidad**, y para que se configure es necesario que se presenten los siguientes requisitos básicos: debe existir sentencia o providencia de fondo que decida el proceso poniéndole fin, siempre y cuando no se excluya por decisión legal el efecto de la sentencia; y, la providencia no debe ser susceptible de impugnación por vía de recurso alguno, o este ha sido decidido, o no se ha interpuesto a tiempo (debe, pues, estar ejecutoriada).

Las dos codificaciones (procesal y sustantiva) hablan de un "mismo hecho", precisando los requisitos así:

Debe existir una providencia, no sólo la sentencia sino el auto de cesación de procedimiento (Arts. 34 y 503 D. 50/87); debe estar ejecutoriada, esto es, que no proceda contra ella ningún recurso, ni el grado jurisdiccional de consulta; y, por último, que la providencia

se haya emitido en un proceso que no excluya por mandato legal este efecto de la sentencia, como sucede en los casos de querrela ilegítima (Art. 77 CPP).

Ahora bien, teniendo en cuenta que es uno de los efectos del postulado en examen el que ha regulado nuestra ley, veamos como ha sido estipulado el mismo:

La identidad de hecho tiene en la ley penal las mismas tres posibilidades ya señaladas: Se exige **identidad de persona**: "...el procesado, condenado o absuelto..."; **identidad de objeto**: "... el mismo hecho..." y "...así se le dé una denominación distinta"; y, para concluir, identidad de causa de persecución: "... no será sometido a nuevo proceso..." y "no será sometido a nuevo juzgamiento" (Cfr. Arts. 9 CP y 17 CPP).

Ahora bien, como excepciones al postulado se han regulado las siguientes:

- a. El recurso de revisión que procede, según el Art. 231 y ss. CPP, para corregir casos de error judicial, o cuando se han aducido medios probatorios secretos o falsos, o se allegan medios probatorios nuevos, o se haya iniciado el proceso mediando prescripción de la acción o falta de querrela válidamente formulada, trátase de sentencias condenatorias o absolutorias (Art. 231-5 CPP).
- b. **La sentencia de juez extranjero**, en los casos de territorialidad por extensión (Arts. 14, 15-1, 16 CP, 17-2 CPP).
- c. Los casos de amnistía e indulto (Art. 78 CP).
- d. Eventos de rehabilitación del condenado y de liberación condicional (Arts. 627 y ss., CPP, 72 CP) (100).
- e. También podrían presentarse otras situaciones: eventos de incompetencia comprobados una vez en firme la sentencia; y, los casos de aplicación de la ley más favorable por operancia del postulado de favorabilidad en los casos de tránsito de legislaciones.

J. Principio del Conocimiento de la Ley.

1. **Consagraciones positivas.** Lo encontramos en los Arts. 9 del Código Civil: "La ignorancia de las leyes no sirve de excusa", 56 del Código de Régimen Político y Municipal, 22 CPM; y, por último en el Art. 10 CP: "**Conocimiento de la ley.** La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella. En ningún caso tendrá vigencia la ley antes de su promulgación".

2. **Concepto.** De conformidad con este apotegma se supone que todo el mundo conoce las leyes; que a nadie le es permitido ignorarlas; y que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa (101): **nemo ius ignorare censetur; nemini licet ignorare jus; ignorantia legis neminem excusat.**

El principio comporta dos efectos: en primer lugar, el ciudadano tiene el deber de conocer la norma jurídica a la cual debe ajustar su conducta; en segundo lugar, como contrapartida, el Estado se haya obligado a hacer llegar la ley a conocimiento de los ciudadanos mediante su promulgación. La obligación del ciudadano tiene como correlato la del Estado.

Para una mejor comprensión del postulado es pertinente, sin embargo, examinar cuál es la naturaleza jurídica del axioma, su vigencia en el actual derecho penal, y los casos que lo excepcionan.

a. **Naturaleza Jurídica.** Se ha discutido con intensidad en torno a este problema, pudiéndose reducir la discusión a cuatro tesis de las cuales nos ocupamos en seguida (102).

Se dice, en primer lugar, que es una presunción de carácter absoluto o JURIS ET DE JURE por lo cual es inatacable, no admite prueba en contrario; se trata de una verdadera ficción, que se nos hace insostenible, pues se presume hasta el absurdo desconociendo la realidad jurídica y política.

Para otros, partidarios también de esta posición, se trata de una **presunción relativa** o IURIS TANTUM, por consiguiente legal, que admite prueba en contrario, es atacable, no tiene valor absoluto, es desvirtuable. Es esta la visión más generalizada es la actualidad (103), pese a que se ha dicho que tampoco adelanta mucho sobre la naturaleza real del fenómeno, pues se sigue presumiendo la vigencia de un apotegma decorativo al cual se vinculan diversas excepciones; el sistema de la regla-excepción, pese a todo, es el más generalizado en las legislaciones actuales.

En segundo lugar, otra corriente se inclina a creer que el postulado **emana del carácter obligatorio de la ley penal** y que debe darse primacía al deber jurídico, al cumplimiento de la ley, así haya que condenar como culpable a quien realmente no lo es.

Ciertamente la ley obliga en el territorio del Estado y cobija a todos los ciudadanos, pero de ello no puede inferirse que se imponga por el mero hecho de su vigencia, pues el ciudadano también puede explicar satisfactoriamente por qué ha incurrido en la violación de la misma. Tampoco, pues esta teoría explica la naturaleza jurídica del principio referido, máxime que va unida a una concepción imperativa de la norma y a una concepción autoritaria del Estado.

En tercer lugar se dice que es de **naturaleza procesal**, pues como dentro del proceso se puede declarar la inadmisión de la prueba de la ignorancia de la ley, el postulado es de tal naturaleza; pero lo cierto es que no existe precepto alguno que declare la inadmisibilidad de ese desconocimiento (104). Tampoco, pues, esta tesis contribuye a resolver el problema planteado.

Finalmente, se postula que el principio se mantiene por **razones políticas sociales**. A nuestro entender es este el criterio correcto, pues el axioma como está configurado posibilita el mantenimiento de las diferencias entre las clases, el imperio de pequeñas minorías que lo detentan todo; se quiere esconder los privilegios, los abusos y arbitrariedades, la denegación de justicia material, la falta de asistencia social, etc. Por ello, no se puede plantear la necesidad de la vigencia del apotegma arguyendo que la ley se convertiría en un "rey de burlas" e imperaría el caos más absoluto, pues lo que se esconde tras ello es una determinada postura ideológica.

b. Vigencia en el actual derecho penal. Hoy, semejante ficción es insostenible por varios motivos: pugna con el principio de legalidad al postular la violación de las garantías ciudadanas; con el principio de culpabilidad dado que da cabida a la responsabilidad objetiva; con la concepción de la imputabilidad que parte también de la comprensión de la antijuricidad como uno de sus pilares; y, finalmente, desconoce la concepción del dolo que supone la presencia de **un conocer** en el sujeto, la presencia de facultades intelectivas amén de las volitivas.

Sostener este axioma en el actual derecho punitivo es desconocer los postulados que lo inspiran, por lo cual debe ser erradicado definitivamente si se quiere mantener un derecho penal que no sea de entraña clasista, discriminatorio, que convive con el absurdo, con la injusticia.

c. La ignorancia de la ley como excusa. Ante la inoperancia del apotegma del conocimiento de la ley se impone, entonces, el reconocimiento de los casos de ignorancia de la ley penal como excusante.

En los planos filosófico y psicológico se suele distinguir la **ignorancia del error**. La primera es una ausencia de conocimiento, el segundo es un conocimiento distorsionado, equivocado; la una es estado negativo, el otro positivo (105). Desde una perspectiva jurídicopenal, sin embargo, ambos conceptos son equivalentes, tienen un origen común y producen un efecto semejante; los dos son estados intelectivos que suponen una posición de nuestra conciencia y del conocimiento (106), una discordancia entre conciencia y realidad.

Mientras imperó el principio del conocimiento de la ley en su máximo esplendor, se solía distinguir el error (ignorancia) en **facti** (de hecho) y **iusis** (de derecho), dándole sólo relevancia al primero y haciendo algunas excepciones respecto al segundo (TEORIA ORIGINALIA).

Luego, la distinción romana se atemperó con miras a paliar las injusticias que comportaban negarle eficacia al error de derecho y se diferenció este último en error de derecho penal (irrelevante) y extrapenal (relevante) (TEORIA MODIFICADA).

Para concluir, el golpe mortal al axioma lo han asestado la doctrina y la jurisprudencia alemanas, sobre todo a partir de la trascendental decisión del Tribunal Supremo Alemán de marzo 18/52, al distinguir con toda propiedad el error de tipo del de prohibición dándole relevancia a las distintas formas de error, que a su turno pueden ser de hecho o de derecho (TEORIA MODERNA) (107).

3. **El Principio en nuestro Derecho Penal.** Como ya lo hemos señalado rige el apotegma en examen, aunque notablemente atemperado, caracterizado por los siguientes aspectos: tiene carácter de **presunción legal** (Art. 66 Código Civil) y admite prueba en contrario, esto último se comprueba fácilmente cuando nos damos cuenta que la ley dice que admite "excepciones". A tal efecto la ley ha establecido una doble obligación: para el Estado y para el ciudadano; de un lado, se postula que "la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella" y, del otro, que "en ningún caso tendrá vigencia la ley antes de su promulgación" (Arts. 10 CP y 52 C. Régimen Político). Por ello, la ley penal es de obligatoria observancia y no se puede alegar su ignorancia si el Estado cumple con el deber de darla a conocer a los ciudadanos mediante su promulgación, y el ciudadano acata el deber de conocer las normas jurídicas. Estos dos extremos de la presunción admiten prueba en contrario, pues como dice el Art. 66 del CC: "se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume"; esto es, se podrá probar que se ignoraba la ley penal y la misma servirá de excusa, eximirá de culpabilidad al agente incluso así la misma ley no consagre excepciones, pues ella ha fijado los antecedentes o motivos que dan lugar a la presunción (Art. 66 CC, 10 CP).

Los eventos constitutivos de excepciones son los casos de error (ignorancia), sean de tipo o de prohibición, los cuales han sido tenidos en cuenta por nuestra ley penal, la cual debe interpretarse sistemáticamente, así:

El error de tipo (vencible o invencible) está vertido en el Art. 40-4 y el de prohibición en una de sus formas en el Art. 40-3 cuando es invencible (error de prohibición **indirecto**). Las otras clases de error de prohibición (el **directo**) no están consagradas de manera

expresa, pero se deducen del Art. 31 CP que exige no "comprender la ilicitud" en materia de inimputabilidad, de donde se infiere que si no es imputable quien no comprende la ilicitud de su acto tampoco puede serlo quien actúe en un error de prohibición; además, en los Arts. 30 y 64-9 aparecen hipótesis de error de prohibición vencible, las cuales muestran con toda claridad que la pena se atenúa pudiendo, incluso, prescindirse de ella, pues los criterios legales para tasar la pena son el grado de injusto y el grado de culpabilidad (Arts. 61-1 y 5 CP), acorde con las exigencias político-criminales.

En las anteriores condiciones no hay que pensar en una contradicción entre los Arts. 5 y 10 del CP, entre los principios de culpabilidad y la ficción de que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, pues la presunción legal es esencialmente desvirtuable rebasando en la práctica las excepciones el postulado general.

Desdibujar dicha presunción se torna a veces un poco difícil en la práctica, sobre todo en el Derecho Penal Complementario, así por ejemplo en el derecho aduanero son frecuentes las normas penales en blanco, que nosotros preferimos llamar tipos en blanco, dando cabida a diversas formas de responsabilidad objetiva por desconocimiento de las disposiciones que complementan el supuesto de hecho, siendo procedente invocar el error de prohibición como causal de inculpabilidad. Lo mismo cabe decir del Código Penal Militar, que sólo excepciona tratándose de faltas militares y cuando se tratare de casos de fuerza mayor.

Para concluir, digamos que también en el derecho penal complementario se observan transgresiones al principio de culpabilidad al posibilitar la responsabilidad objetiva, dándole carácter absoluto a la presunción que venimos examinando.

K. Principio del Debido Proceso Legal y del Juez Natural.

1. **Consagraciones positivas.** Este agregado de postulados constitutivos de la legalidad del proceso es de rango constitucional (Arts. 26-1 y 28 CN, en armonía con los Arts. 58 y 61 idem que señalan quién es el juez natural y la separación de poderes, respectivamente) y legal (Arts. 14 ley 74/68. 8 ley 16/72, 1 y 13 CPP, y 11 del CP). La disposición correspondiente del CP reza: "**Juez Natural.** Nadie podrá ser juzgado por el juez o tribunales especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible, ni con violación de las formas propias de cada juicio".

2. **Ubicación.** Al estudiar el principio de legalidad vimos la variante procesal de las garantías que el mismo trae aparejadas. La norma rectora en examen se ha intitulado como "Juez Natural", pero al mismo tiempo se ha consagrado el debido proceso legal, que debió ser la denominación técnica pues el "Juez legal", como también

se le denomina, es apenas uno de los tantos principios que conforman el "debido proceso legal" o legalidad del proceso que es el postulado general (108).

A continuación bosquejaremos el axioma más general para ocuparnos luego del segundo de ellos.

a. EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCESO LEGAL.

1) Concepto. Este postulado se refiere no sólo a ese conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa que se refiera a la libertad individual sea formalmente válida (**aspecto objetivo**), sino también para que se constituya en garantía del orden, de la justicia y la seguridad en cuanto no se lesione de manera indebida la seguridad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado Liberal (**aspecto sustantivo**) (109).

En un sentido más restringido, es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le posibilitan la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme al derecho (110).

b. Aspectos que comporta. Ya hemos dicho que el postulado puede ser concebido en dos sentidos: en cuanto a lo **objetivo**, supone la observancia de los principios que inspiran todo el proceso penal tales como la ley anterior al hecho que se imputa (principio de legalidad); el juzgamiento por el juez que establece la Constitución (Principio del juez natural); oportunidad de ejercer la defensa (Principio de la inviolabilidad de la defensa); cumplimiento de las formalidades de notificación y audiencia; careos del imputado con los testigos de cargo; posibilidad de presentar pruebas de descargo. Y las siguientes prohibiciones: del doble juzgamiento (exclusión del **non bis in idem**); de declarar contra sí mismo, y de aplicar coacciones indebidas. En fin, toda una serie de principios inspiradores del debido proceso legal que se observan en el derecho procesal actual, incluido el postulado de in dubio pro reo, que es de mayúscula importancia y se constituye en columna vertebral del mismo.

En lo **sustantivo**, se debe aplicar a lo largo del proceso una recta, pronta y cumplida justicia, garantizando la libertad y la seguridad jurídicas, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones legales. Si ello no fuera así, peligrarían los derechos ciudadanos, se entronizaría la arbitrariedad pues las personas no sabrían quien podría juzgarlas ni bajo qué condiciones, sería vivir en un continuo estado de zozobra jurídica, de inseguridad (111).

b. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL.

1) **Concepto.** Por "juez natural" entendemos el juez de la Constitución, el designado conforme a las reglas y a las garantías constitucionales o legales, no actúa como tal el que lo hace sin reunir las condiciones impuestas por las normas aseguradoras de la función judicial del estado. Mediante este postulado se puede determinar y concretar cual es el órgano que ha de ejercer la potestad jurisdiccional del Estado, proporcionando seguridad sobre quien va a ser el juzgador en cada caso concreto (112); la función jurisdiccional está presidida por la idea de autoridad y se constituye en un dique a la arbitrariedad y a la inseguridad.

De la misma manera que no hay delito sin ley preexistente que lo determine, no puede haber juzgamiento válido sin órgano jurisdiccional estructurado en forma general, antes del juicio en cuestión y de acuerdo con los procedimientos legales establecidos (113).

Este apotegma es una consecuencia de la tripartición de los poderes y quiere evitar que la función judicial sea atribuida a extraños al poder jurisdiccional (114) en cualquiera de las etapas del proceso (instrucción y juicio).

2) **Consecuencias.** La configuración del postulado en examen supone dos aspectos diferentes: de un lado la LEGALIDAD DEL NOMBRAMIENTO Y LA CORRECTA CONSTITUCION DEL JUEZ O TRIBUNAL; y, del otro, EL ORGANO JUDICIAL QUE HA DE INTERVENIR EN CADA CASO DEBE SER EL INSTITUIDO PREVIAMENTE, aun cuando se sustituya la persona del funcionario que cumple tal función.

Estas dos consecuencias son producto de la doble naturaleza jurídica del apotegma que es no sólo una garantía institucional y un principio de organización judicial sino una garantía individual consolidada en la ley. Lo primero, por cuanto posibilita no sólo la competencia del tribunal sino la del juez, pudiéndose efectuar una organización real y segura de los tribunales; lo segundo, porque permite que toda persona tenga acceso al juez natural correspondiente (115).

Un ordenamiento procesal que respete este axioma, no puede crear jueces **ex post facto** (con posterioridad al hecho), ni mucho menos atribuir competencias a órganos extraños a los jueces naturales, trátase de estados de anormalidad o no.

3) **El Principio en nuestro Derecho Penal.** Este axioma tiene entre nosotros una larga historia que se remonta a la Constitución de 1821 en su Art. 174, y es de rango constitucional pues el Art. 26 CN dice: "Nadie podrá ser juzgado... sino ante tribunal compe-

tente", declaración que reproduce el Art. 11 CP. el Art. 58 CN alude a los "tribunales competentes", mientras que el 170 CN consagra que los delitos cometidos por los militares en servicio activo son de competencia de la jurisdicción penal militar, porque entiende que "el juez natural" de los ciudadanos militares es el JUEZ MILITAR; exige, pues, la **ley la competencia del funcionario.**...

Así mismo, el juez no puede ser establecido con posterioridad al hecho, pues la Carta Fundamental dice en su Art. 28-1: "Aún 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". De la misma manera se pronuncian las leyes 16/72 Art. 8 y 74/68 Art. 14, con lo cual es indudable que **el juez debe ser instituido previamente.**

Las dos notas hasta ahora señaladas han sido claramente destacadas en el Art. 11 CP cuando exige la competencia del juez: "Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunal especiales", o sea, tiene que ser el juez competente; y, el juez debe ser instituido previamente: "Nadie podrá ser juzgado por juez o tribunales especiales instituidos con posterioridad a la comisión del hecho punible".

Sin embargo, pese a la claridad de estas consagraciones se propician diversas transgresiones:

En épocas de estado de sitio se desconoce la institución del juez natural cuando en uso de las atribuciones del Art. 121 CN se asigna competencia a los tribunales militares para juzgar a civiles, como venía sucediendo en los últimos treinta años, lo cual permitió a un autor decir que "durante este tiempo a un grupo específico de colombianos se les ha sustraído injustificadamente de su juez natural, para ser investigados, juzgados y condenados en otras jurisdicciones y por otras competencias" (116). Lo más lamentable es que la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia venía patrocinando tal violación, afortunadamente erradicada (117). Igual sucede cuando se le entregan amplias facultades investigativas a organismos que no están investidos del carácter de policía judicial ni lo son, tales como la Policía Nacional, las Fuerzas Militares, etc., como sucede con el D. 180/88 que desdibujó completamente las etapas del proceso penal, convirtiendo este en un solo periodo controlado por dichas autoridades y los llamados "Jueces de Orden Público" (Art. 46 idem); se militariza así el proceso penal en desmedro del debido proceso y del juez natural.

Se presenta, del mismo modo, una amplia ingerencia del Ejecutivo en el Derecho Penal producto de la creciente intervención del órgano administrativo en las otras ramas del poder público, lo cual se ha traducido en el desdibujamiento de las fronteras entre el derecho

penal y el derecho administrativo, dando lugar al surgimiento del denominado "derecho penal administrativo", que como dijimos debería denominarse mejor derecho administrativo penal.

Se atribuye a autoridades administrativas el conocimiento de delitos menores y de contravenciones penales que, en una verdadera "estafa de etiquetas", se rotulan a veces como "contravenciones especiales de policía", tras de lo cual se esconden razones de índole política (Cfr. ley 2/84; Art. 67-3 CPP; ley 30/86 Art. 68 y ss.).

Finalmente, vemos un quebranto a nuestro postulado con el carácter administrativo que se le quiere dar a las medidas de seguridad post-delictuales aplicables a sujetos inimputables, pese a que la doctrina defiende el carácter jurisdiccional de las mismas (principio de judicialidad de las medidas de seguridad). Al frente de tal posición aparece un sector de la doctrina, minoritario por fortuna, que postula el carácter administrativo de tales medidas tras de lo cual se esconde una posición política autoritaria (118).

L. Principio del Carácter Teleológico de las Sanciones Penales.

1. **Consagraciones positivas.** Se encuentra vertido en los Arts. 7 y 10 Ley 74/68, 5 Ley 16/72 y 12 CP: "**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", que a su turno es emanación del Art. 1 CP y de los Arts. 26 a 28 CN, como que aluden a las garantías de ejecución penal.

2. **Concepto.** Cuando el Estado representado en la persona del juez impone mediante condena a una persona una sanción criminal (pena o medida de seguridad) lo hace con un objetivo, con una finalidad; no tendría sentido que se impusieran sanciones criminales sin ningún cometido preciso, porque peligrarían las garantías ciudadanas y la seguridad jurídica se vería menoscabada.

El Estado no se puede contentar sólo con la labor de persecución penal de los hechos punibles, sino que tiene que velar por la realización de la justicia material, a través de la imposición de sanciones penales equitativas, adecuadas al hecho cometido, y de una ejecución penal no encaminada a causarle daño al delincuente sino a lograr su readaptación, su resocialización, su reeducación, de tal manera que pueda reinsertarse al medio social en condiciones de adaptabilidad. De esta manera se logra prevenir la comisión de futuros hechos delictivos y se protege a la sociedad de las conductas que por infringir el orden jurídico, buscan su desquiciamiento.

Las consecuencias jurídicas imponibles al delito y a la contravención penal, se dividen en penas y medidas de seguridad de cuyo concepto, naturaleza, sentido y fin no nos ocupamos aquí. Al respecto, las diversas legislaciones suelen acudir a varios sistemas para regir la relación entre ambas consecuencias jurídicas, así:

- a. SISTEMA DE DOBLE VIA (Zweispurigkeit o doppio binario). Supone que la lucha contra el delito se realiza en un doble frente: con la pena retributiva basada en la culpabilidad, y la medida de seguridad fundamentada en la peligrosidad acumulable a la pena que se ejecuta en primera instancia.
- b. SISTEMA MONISTA (Einspurigkeit). Supone la aplicación de penas o medidas de seguridad, pero en ningún caso las dos con lo cual se da al delito un tratamiento unitario.
- c. SISTEMA VICARIAL (Vikariierendes System). Se trata de un sistema sustitutivo, que comporta una solución de compromiso entre los dos anteriores, pues permite aplicar en primera instancia la medida de seguridad computando la misma como parte del total de la pena, pudiéndose llegar a suspender el resto e inclusive a su sustitución por medida de seguridad (119).

Como **criterio clasificador** para determinar la presencia o no de uno u otro sistema, se parte de si al sujeto imputable se le aplican las dos consecuencias o una de ellas.

Independientemente de que se acoja uno u otro modelo de regulación legal, lo cierto es que la pena sigue teniendo las funciones que se le suelen asignar (retributiva y preventiva general o especial); mientras que las medidas se aplican con una función preventivo especial; esto en el ámbito teórico, pues en la práctica (**función práctica** por oposición a la función teórica) están orientadas hacia la retribución.

3. **El principio en nuestro Derecho Penal.** El sistema imperante en nuestro país en materia de la relación penas-medidas de seguridad es **monista**, pues no es posible imponerle medidas de seguridad a sujetos imputables sino a los inimputables que las requieran. Como notas de dicho sistema tenemos las siguientes.

a. **CARACTERISTICAS DEL SISTEMA COLOMBIANO.**

1) Distingue entre adultos mayores de 16 años y menores, distribuyendo éstos últimos en dos categorías: los que se encuentran en una edad que flutúa entre los 12 y los 16 años, y los menores de 12 (Arts. 34 CP, 5 y ss. D. 1818/64).

2) Para los adultos existen penas si realizan el hecho en estado de imputabilidad, esto es cuando comprenden la ilicitud de su acto y pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión (Arts.

31 y 41 CP), las medidas de seguridad están destinadas a los inimputables que requieren de tratamiento terapéutico, que no pudieren por inmadurez psicológica o trastorno mental, comprender la ilicitud de su acto o determinarse de acuerdo con esa comprensión (Arts. 31, 33, 93 y ss. CP, ley 30/86 Art. 51).

3) Como norma general, no hay medidas de seguridad aplicables a los adultos inimputables con carácter predelictual que hayan realizado delito o contravención penal, siempre son postdelictuales (Arts. 31, 33-1, 94 y ss. CP), y suponen una conducta típica y anti-jurídica; mientras que las penas, se imponen a los que realicen conducta típica, anti-jurídica y culpable (Arts. 2 y 41 CP).

4) Existe una estricta separación entre penas y medidas de seguridad aplicables a adultos, no se pueden aplicar acumulativamente ni tampoco de manera alternativa o simultánea. Es un **sistema diferencial**, en cuanto consagra consecuencias diferentes atendiendo al tipo de sujetos.

5) El fundamento para aplicar las penas es la culpabilidad. Para ellas rige en toda su extensión el principio de culpabilidad (Arts. 5, 35, 61-1 CP); las medidas de seguridad, en cambio, parecen fundarse en la necesidad del tratamiento terapéutico, sin embargo algunas de sus normas son claramente peligrosistas (Art. 94 CP), principio que es considerado por la doctrina mayoritaria como el fundamento de las mismas.

6) Para las penas rigen los principios del tratamiento penitenciario, de humanidad y de resocialización; para las medidas rigen los de tratamiento terapéutico, resocialización y de humanidad (Arts. 1, 12 CP, 7 y 10 Ley 74/68, 5 Ley 16/72).

7) La duración de las penas es determinada, las medidas son indeterminadas. En esto último vemos una transgresión del principio de legalidad de la medida (Arts. 1, 44, 67, 93 y ss. CP).

8) Tanto penas como medidas tienen estricto carácter jurisdiccional, se imponen por jueces naturales con la observancia del debido proceso legal; son sanciones, y suponen condena judicial (Arts. 1, 11, 98 y 99 CP).

9) Tratándose de menores de 16 años y mayores de 12 hay que distinguir dos categorías: primero, los que realizan hecho punible sometidos a **medidas de asistencia y protección** nunca a penas, pudiéndose imponer hasta "cuando se obtenga la reeducación del menor o la formación de su sentido moral", sin exceder de los 25 años. Estas medidas se imponen con base en el principio de la jurisdiccionalidad de la medida (por el juez de menores que es el juez natural

que señala la ley), el debido proceso legal (con un procedimiento específico), y su imposición se realiza a título de sanción mediante condena (Art. 34 CP, Arts. 574 y ss. CPP; Art. 1º ley 83/46).

Y, segundo, los que cometen hecho punible pero necesitan reeducación o "formación de su sentido moral", para los cuales se han estipulado **medidas de carácter administrativo** (D. 1818/64, Art. 8º).

10) Los menores de 12 años están por fuera del derecho penal para todos los efectos y son pasibles de medidas de seguridad administrativas impuestas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Art. 5, 6, 8 D. 1818/64).

b. LA FUNCION DE LA PENA Y LA MEDIDA DE SEGURIDAD. Cuando el Art. 12 habla de las "funciones" de las dos consecuencias jurídicas, incurre en una confusión entre el "fin" y las "funciones", pues pese a hablar de "funciones" (acción y ejercicio de un empleo, arte, facultad u ocupación, o la actuación hacia un fin), a la hora de la redacción del texto sólo se dijo que la pena tiene "función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora"; en cambio, se se habló de los "fines" (aquello para lo cual se destina una cosa, su finalidad) de la medida: curación tutela y rehabilitación.

Parece más adecuado que la ley hubiese hablado sólo de los fines sin incurrir en la confusión anotada, máxime que otros textos legales están orientados a señalar el carácter teleológico de las sanciones penales, como cuando se habla de la finalidad del tratamiento penitenciario: "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados" (Art. 5.6 ley 16/72), y: "Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (Art. 10-1 Ley 74/68; Art. 4.2 Ley 16/72).

Para la pena, pues, hay **funciones** y **fines**; para la medida de seguridad sólo **fines**. El fundamento o presupuesto de las primeras es la culpabilidad; el de las segundas no lo señala la ley y, creemos, es la necesidad del tratamiento terapéutico.

1) Función de la pena. En nuestro derecho penal, esta consecuencia jurídica cumple una doble función: **teórica**, porque según la doctrina dominante el CP ha acogido las **teorías mixtas o de unión** por adición de funciones (120), pero también teniendo en cuenta la formulación del Art. 12 CP es viable sostener la **teoría unificadora dialéctica** (121), que ve en la fase de la amenaza penal la prevención general, en la aplicación de la pena la retribución, y en la ejecución la prevención especial. Y, práctica, porque más allá de todas las construcciones ideales sobre las funciones de la pena, lo cierto es que en el derecho penal colombiano tal consecuencia jurídica cumple una innegable función retributiva y no precisamente como garantía para

el ciudadano limitando su culpabilidad, sino como retribución metafísica, como sufrimiento al condenado por el mal cometido. La estructura del delito que ha levantado la doctrina "coexiste con un ominoso régimen sancionatorio, con una verdadera olla podrida" (122) por eso, se afirma, "la aplicación de las penas se ha dejado al libre albedrío de los directores de cárcel; no hay jueces que controlen las sanciones, vigilen sus coordenadas, su exactitud, sus medios, sus resultados. Al Juez de Colombia le apaciguaron la conciencia y le domesticaron la crítica; fue suficiente separarlo" (123).

Ahora bien, los principios que inspiran la aplicación y ejecución de las penas suponen, como ya se dijo, la vigencia inquebrantable del postulado de legalidad del cual se desprenden garantías penales, procesales y de ejecución penal.

Como garantías penales, no se puede acudir al derecho consuetudinario, a la analogía, a la indeterminación o a la retroactividad para fundamentar la aplicación de una pena; en el campo procesal las penas sólo pueden ser impuestas por el juez natural y con observancia de las formalidades preestablecidas (debido proceso legal y juez natural). Y, como garantías de ejecución penal, no puede imponerse pena sin adecuado tratamiento penitenciario para el reo mediante los medios y el personal idóneo y con políticas penitenciarias claramente orientadas hacia tal fin, debe observarse el principio de humanidad que supone la dignidad del individuo como límite que debe respetar el Estado al ejecutar la pena; y, finalmente, el postulado más general de la resocialización que supone todo un proceso de (re)-adaptación del individuo al grupo social, de (re)-acomodación al mismo, de manera que no vuelva a delinquir (124).

2) Función de las medidas de seguridad. También cumplen una doble función: teórica, pues dados los fines asignados la función de las medidas es la prevención especial, pues la "curación, tutela y rehabilitación" conllevan un tratamiento terapéutico dirigido hacia el individuo. ¡Y, práctica, pues al abordar este aspecto llegamos a la otra cara de la "olla podrida" de nuestro sistema punitivo, puesto que no existen lugares para el tratamiento terapéutico condenando a los inimputables al atropello, al exterminio y a la aniquilación, producto de la más absoluta falta de asistencia social por parte del Estado (125).

En cuanto a los principios que inspiran la ejecución y aplicación de estas consecuencias jurídicas debemos afirmar que, en virtud del vigente principio de legalidad (Art. 1 CP), está prohibido aplicar o ejecutar medidas de seguridad acudiendo a la costumbre, a la indeterminación, a la retroactividad o a la analogía.

En el campo procesal la medida sólo puede ser impuesta por el juez natural y observando las formalidades legales (debido proceso legal). Y, en la fase de la ejecución penal, se debe observar el principio

del tratamiento terapéutico, al punto de que cada que se imponga una medida, debe tenerse como sometido la curación (cuando ello es posible), la tutela y la rehabilitación (principio de resocialización), y debe tratarse al inimputable sin olvidar su condición de ser humano (principio de humanidad).

c. **CONCLUSION.** No cabe ninguna duda que las sanciones penales en nuestro Derecho Penal tienen un cometido preciso, de ahí el carácter teleológico que les hemos asignado, a partir de los diversos textos legales.

Pese al desastrozo panorama de la ejecución penal entre nosotros, ceemos que un cometido del Derecho Penal es la lucha por la dignidad humana en este campo, pues el postulado en examen está destinado a "permear el sentido de la teoría del delito y a transformar las instituciones patrias de ejecución penal" (126).

◆

NOTAS

- (1) HANS KELSEN: **Teoría Pura del Derecho**, traducción de Moisés Nilve. Buenos Aires, Eudeba, 1960. P. 18; Enrique Aftalion y otros: **Introducción al Derecho**. Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 11ª. ed. 1980, p. 93 y ss.; KARL ENGISCH: **Einführung in das Juristische Denken**. Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 7ª ed. 1977. P. 12 y ss.
- (2) KARL LARENZ: **Metodología de la ciencia del Derecho**, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1980. P. 247.
- (3) ídem, p. 249 y MIGUEL REALE: **Introducción al Derecho**, traducción de Jaime Brafaú Prats, Madrid, Ediciones Pirámide, 1982. P. 74.
- (4) REALE, ídem, p. 139.
- (5) JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA: **Derecho Penal Fundamental**. Bogotá, Temis, 1982. P. 339.
- (6) ídem, p. 340. Véase también FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ: "Consideraciones sobre los Principios Rectores de la ley penal colombiana", en **NFP**, N° 21. Bogotá, Temis, 1983. P. 609.
- (7) SEBASTIAN SOLER: **Fé en el Derecho**. Buenos Aires, Ed. TEA, 1956, p. 278.
- (8) FRANCISCO GRISOLIA: **Código Penal Tipo para Latinoamérica**, tomo I. Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1973, p. 55.
- (9) FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ: "El principio de legalidad jurídico-penal" en **NFP**, N° 32. Bogotá, Temis, 1986. P. 252 y ss. Aquí seguimos las directrices generales plasmadas en este trabajo.

- (10) FRANCISCO MUÑOZ CONDE: **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona, Bosch, 1975. P. 79.
- (11) ROGER MERLE y ANDRE VITU: **Traité de Droit Criminel**, tomo I. París, Cujas, 4ª ed. 1981, p. 218.
- (12) MUÑOZ CONDE, ob. cit. P. 80.
- (13) VOLKER KREY: **Keine Strafe ohne Gesetz**. Berlín-New York, Walter de Gruyter, 1983, p. 5.
- (14) Así JEROMEHALL: "El Principio de Legalidad", traducción de Roberto Vernengo en **Revista Jurídica Argentina la Ley**, N° 54, abril-junio de 1949. Buenos Aires, Ed. La Ley, 1959, p. 810. En contra LUIS JIMENEZ DE ASUA: **Tratado de Derecho Penal**, tomo II. Buenos Aires, Losada, 4ª ed. 1977. P. 383.
- (15) JIMENEZ DE ASUA, ídem, p. 386.
- (16) Ibídem, p. 385. También GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO: "Legalidad (Principio de Derecho Penal)," en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XIV. Barcelona, Ed. Seis, 1971, p. 383.
- (17) KREY, ob. cit. p. 10.
- (18) ídem, p. 13.
- (19) HANS LUDWIG SCHREIBER: **Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege**. Frankfurt, Metzner, 1976, p. y ss.
- (20) ídem, p. 18.
- (21) KREY, p. 31, y JOSE CASABO RUIZ en JUAN CORDOBA RODA: **Comentarios al Código Penal**, tomo II. Barcelona, Ariel, 1972, pp. 24 a 27.
- (22) SCHREIBER, ob. cit. p. 191.
- (23) MERLE-VITU, cit. p. 217.
- (24) Sobre este tópico KREY, ob. cit. p. 35 y ss.; FRITJOF HAFT: **Strafrecht. Allgemeiner Teil**. München, C.H. Beck, 2ª ed. 1984. p. 40 y ss., y ALBIN ESER: **Strafrecht I**. München, C.H. Beck, 1980, p. 33 y ss.
- (25) MERLE-VITU, p. 218.
- (26) Sobre el punto véase a FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ: **Principios Rectores de la Nueva Ley Procesal Penal**, Bogotá, Temis, 1987.
- (27) GIUSEPPE BETTIOL: **Instituzioni di Diritto e Procedura Penale**. Padova, Cedam, 3ª ed. 1980, p. 79.
- (28) SEBASTIAN SOLER: **Derecho Penal Argentino**, Tomo I. Buenos Aires, TEA, 1978. P. 245.
- (29) HANS HEINRICH JESCHECK: **Tratado de Derecho Penal**, traducción de Francisco Muñoz Conde y Santiago Mir Puig. Barcelona, Ed. Bosch, 1981. p. 75.

- (30) FERNANDEZ CARRASQUILLA, *ob. cit.* p. 346.
- (31) SOLER, *ob. cit.* nota (28), tomo II, p. 147.
- (32) BETTIOL, *ob. cit.* p. 79.
- (33) Así SOLER, *ob. cit.*, tomo I, p. 246 refiriéndose a la peligrosidad pre-delictual. En nuestra opinión también la "peligrosidad postdelictual" y por ende las medidas de seguridad asentadas en tal fundamento, pueden calificarse de la misma manera.
- (34) JESCHECK, *ob. cit.* p. 365 y ss.; MUÑOZ CONDE, *ob. cit.* p. 95. Véase también FERNANDO VELASQUEZ VELASQUEZ: "El Principio de Determinación del hecho punible" en **DPC**, N° 27-28. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1985-1986, p. 137, cuyas líneas generales seguimos aquí.
- (35) MERLE-VITU, *ob. cit.* p. 220.
- (36) SOLER: *Fé en el Derecho*, *op. cit.* pp. 281 y 282.
- (37) FULGENCIO MADRID CONESA: **La Legalidad del Delito**. Valencia, Artes Gráficas Soler, 1983, p. 97.
- (38) RODRIGUEZ MOURULLO, *ob. cit.* p. 888. Con razón FRANCESCO PALAZZO: **Il Principio di Determinatezza nel Diritto Penale**. Padova, CEDAM, 1979, p. 109, afirma que la indeterminación es una característica del estado totalitario. Y, HANS WELZEL: **Derecho Penal Alemán**, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez. Santiago, Edít. Jurídica de Chile, 2ª ed. castellana, 1976, p. 41 dice: "¡ El verdadero peligro que amenaza al principio *nulla poena sine lege* no es de parte de la analogía sino de las leyes penales indeterminadas!".
- (39) JESCHECK, *ob. cit.* p. 336.
- (40) EUGENIO RAUL ZAFFARONI y RICARDO LEVENE: **Códigos Penales Latinoamericanos** tomo I, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1978. P. 600.
- (41) CARLOS FONTAN BALESTRA: **Tratado de Derecho Penal**, tomo I. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, p. 229.
- (42) JESCHECK: **Tratado**, p. 173.
- (43) LUIS CARLOS PEREZ: **Derecho Penal**, tomo I. Bogotá Temis, 1981, p. 65.
- (44) Mediante sentencia de febrero 4/88 la H. Corte Suprema de Justicia declaró la exequibilidad de los arts. 94 a 96 del CP consagradorios de medidas de seguridad indeterminadas. Con gran claridad CARLOS AUGUSTO GALVEZ ARGOTE: "Las medidas de seguridad temporalmente indeterminadas" en **NFP** N° 38, Bogotá, Temis, 1988, p. 495 y ss., ha demostrado la inconstitucionalidad de tales disposiciones.
- (45) BETTIOL, *ob. cit.* p. 75 y ss.
- (46) JOSE HURTADO POZO: **Manual de Derecho Penal**. Lima, Editorial y Distribuidora de libros S.A., 2ª ed. 1987. p. 37.

- (47) JUAN BUSTOS RAMIREZ: **Manual de Derecho Penal Español**. Barcelona, Ed. Ariel, 1984, p. 50, y SANTIAGO MIR PUIG: **Derecho Penal, Parte General**. Barcelona, PPU, 2ª ed. 1985, p. 75.
- (48) JUAN BUSTOS RAMIREZ: **Bases Críticas de un nuevo Derecho Penal**. Bogotá, Temis, '982, p. 30.
- (49) MIR PUIG, ob. cit. p. 103.
- (50) JOSE MANUEL GOMEZ BENITEZ: Sobre la Teoría del Bien Jurídico. Aproximación al ilícito Penal" en **Revista de la Universidad Complutense**, Nº 69. Madrid, 1983. P. 110. El miso: **Teoría Jurídica del Delito**. Madrid, Civitas, 1984, p. 166.
- (51) HANS JOACHIM RUDOLPHI: "Diferentes aspectos del concepto de Bien Jurídico", traducción de Enrique Bacigalupo en **Nuevo Pensamiento Penal**. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1975. Pgs.329 y 330.
- (52) ENRIQUE BACIGALUPO: "¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?" en **DPC Nº 18**. Bogotá Librería del Profesional, 1982. P. 252 y ss.
- (53) MADRID CONESA, op. cit. p. 22.
- (54) JESCHECK, ob cit. p. 30.
- (55) JOSE CEREZO MIR: **Problemas fundamentales del derecho penal**. Madrid, Tecnos, 1982. P. 60.
- (56) JULIAN PEREDA: **El "Versari in re illicita"**. Madrid, Ed. Reus, 1948. p. 67.
- (57) JESCHECK, ob. cit. p. 412. HAFT, ob. cit. p. 227.
- (58) JESCHECK, idem. pp. 422 y 691 y ss. y ENRIQUE BACIGALUPO: "El error sobre excusas absolutorias" en **Cuadernos de Política criminal**, Nº 6. Madrid, Edersa, 1978, p. 33 y ss.
- (59) SOLER, ob. cit., tomo I, p. 249.
- (60) JESCHECK, ob. cit. p. 562.
- (61) CLAUS ROXIN: "La Culpabilidad como criterio limitativo de la Pena" en **Revista Chilena de Ciencias Penales de Chile**, Nº 32. Enero-Abril de 1973. p. 17.
- (62) ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: "¿Tiene un futuro la dogmática Jurídico-penal?" en **Estudios de Derecho Penal**. Madrid, Civitas, 2ª ed. 1980 p. 108 y ss.
- (63) ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG: "La culpabilidad como criterio regulador de la pena" en **Revista cit. nota (61)**, p. 31.
- (64) FRANCISCO MUÑOZ CONDE: "El Principio de Culpabilidad" en **Jornadas de Profesores de la Universidad Santiago de Compostela**. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1975. p. 222.
- (65) GIMBERNAT ORDEIG, cit. nota (62), p. 124.

- (66) GUNTER STRATENWERTH: El Futuro del Principio Jurídico Penal de culpabilidad, traducción de Agustín Zugaldía y Enrique Bacigalupo. Madrid, Universidad Complutense, 1980, p. 89 y ss.
- (67) FRANCISCO MUÑOZ CONDE: Teoría General del Delito. Bogotá, Temis, 1984, p. 132. Con variantes a su posición inicial.
- (68) AGUSTIN ZUGALDIA: "Acerca de la Evolución del Principio de culpabilidad" en Estudios Penales: Libro Homenaje a Antón Oneca. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p. 54.
- (69) Así ROXIN, cit. nota (61). pp. 16 y ss. 82 y ss.
- (70) ídem.
- (71) JIMENEZ DE ASUA: Tratado, tomo II, cit. p. 617.
- (72) JURGEN BAUMANN: Grundbegriffe und System des Strafrechte. Stuttgart, Verlag W. Kohlhaner, 5ª ed., 1979, p. 58; JESCHECK, ob. cit. p. 183.
- (73) BENJAMIN IRAGORRI DIEZ: Instituciones de Derecho Procesal Penal. Bogotá, Temis, 1964, p. 165.
- (74) JESCHECK, ob. cit. pp. 183 y 184.
- (75) LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ: Lecciones de Derecho Penal. Bogotá, Ediciones Universidad Externado de Colombia, 1974, p. 58.
- (76) Así, por ejemplo, GILBERTO MARTINEZ RAVE: Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá, Temis, 1987, pp. 24 y 25.
- (77) AGUSTIN JORGE BARREIRO: Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español. Madrid, Civitas, 1976, p. 132.
- (78) JURGEN BAUMANN-ULRICH WEBER: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bielefeld, Gieseking Verlag, 9ª ed. p. 161 y MADRID CONESA, ob. cit. p. 59 y ss.
- (79) FERNANDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., p. 90; JESCHECK, p. 179.
- (80) Jiménez de Asua, ob. cit., tomo II, p. 479.
- (81) Enrique Cury Urzua: Derecho Penal, Parte General, tomo I. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1982, p. 164.
- (82) Luis Cousino Mc. Iver: Derecho Penal Chileno, tomo I. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1975, p. 90.
- (83) Jiménez de Asua, tomo II, cit. p. 479; Muñoz Conde: Introducción, cit. p. 152. en contra Arthur Kaufmann: Analogía y Naturaleza de la Cosa, traducción de Enrique Barros. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1976, p. 41.
- (84) Alfonso Reyes Echandía: Derecho Penal. Bogotá, Ed. Externado de Colombia, 10 ed. 1986, p. 94; Muñoz Conde: Introducción, cit. p. 155.
- (85) Fernández Carasquilla, cit. p. 91.; Santiago Mir Puig: Introducción a las Bases del Derecho Penal. Barcelona, Bosch, 1976, p. 320; Enrique Cury Urzua, ob. cit. p. 164.

- (86) Jiménez de Asua: Tratado, cit. tomo VI, p. 455. En contra Eugenio Cuello Calón: Derecho Penal. México, Editora Nacional, 9ª ed. 1975, p. 188.
- (87) Luis Carlos Pérez: Derecho Penal, tomo I, cit. p. 70.
- (88) Fernández Carrasquilla, p. 88 y Humberto Barrera Domínguez: Delitos contra los Intereses Económicos Particulares. Bogotá, Publicaciones Cultural Ltda. 2ª ed. 1984, p. 47.
- (89) Fernández Carrasquilla, p. 366.
- (90) Pérez, cit. p. 70.
- (91) Para la doctrina alemana véase Baumann citado nota (78), p. 161.
- (92) Pablo Lucas Verdu: "Igualdad" en Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo XI, Barcelona, Edit. Seix, 1962. p. 295.
- (93) idem, p. 296.
- (94) Hernando Devis Echandía: "Principios Fundamentales del Derecho Procesal Penal" en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, Nº 4. Madrid, Vicente Rico S.A. 1982. p. 548.
- (95) Antonio Cristiani: Istituzioni di Diritto e Procedura Penale. Milano, Giuffrè, 1983. p. 61.
- (96) Hernando Londoño Jiménez: Derecho Procesal Penal. Bogotá, Edit. Temis, 1982. p. 86.
- (97) Devis Echandía, cit. p. 124 y ss. Véase nuestra monografía Principios Rectores, ob. cit. p. 92 y ss.
- (98) Valentín Cortéz Domínguez: La Cosa Juzgada Penal. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975. pgs. 120 y 121.
- (99) Fabio Calderón Botero: Revisión en Materia Penal. Bogotá, Edit. Temis, 1973. p. 136.
- (100) Devis Echandía, cit. p. 442.
- (101) Joaquín Costa: La ignorancia del derecho. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1975, pp. 13 y 33. Pedro Dorado Montero: Problemas de Derecho Penal, tomo I. Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1885. p. 397 y ss.
- (102) Juan Córdoba Roda: El Conocimiento de la Antijuridicidad en la Teoría del Delito. Barcelona, Bosch, 1962. p. 17 y ss.
- (103) Jiménez de Asua, cit. t. VI, p. 373 y ss.; Dorado Montero, cit. p. 442 y ss.
- (104) Al respecto dice Córdoba Roda: "Es falsa la afirmación de que el indicado principio constituye una exigencia procesal por la que se declara la inadmisión de la prueba de la ignorancia de la ley, por cuanto el texto del indicado axioma no hace más que referir a un hecho, de existencia

- procesal (Ignorancia de la ley) unos determinados efectos (no excusabilidad), sin que exista precepto alguno que declare inadmisibile la prueba de ese desconocimiento" ob. cit. p. 20.
- (105) Luis Jiménez de Asua: La Ley y el Delito. Buenos Aires, Editorial Suramericana, 8ª edición, 1978. p. 390. El mismo: Reflexiones sobre el Error de Derecho en materia Penal, Buenos Aires, El Ateneo, 1942, p. 11; Hernando León Londoño Berrio: El Error en la Moderna Teoría del Delito. Bogotá, Temis, 1982. p. 11 y ss.
- (106) Fernando Velásquez Velásquez: " La Problemática del Error en la Doctrina y la Jurisprudencia actuales" en NFP, N° 24. Bogotá, Temis, 1984. p. 188 y ss.
- (107) Hans Welzel, ob. cit. pp. 233 y 234.
- (108) Sobre este punto nuestro trabajo, cit. nota (97), p. 74 y ss.
- (109) Juan Francisco Linares: El Debido Proceso como Garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires, Edit. Jurídica Argentina, 1943 pp. 12 y 13.
- (110) Londoño Jiménez, cit p. 3.
- (111) Linares, pp. 26 y 27.
- (112) Jorge Claría Olmedo: Tratado de Derecho Procesal Penal, tomo I. Buenos Aires, Ed. Ediar, 1960, p. 237.
- (113) Jorge Velásquez Rossi: La Defensa Penal. Santa fé, rubinzal Culzoni, 1978. p. 76.
- (114) Alfredo Vélez Mariconde: "Principios Fundamentales del Proceso Penal" en Revista Jurisprudencia Argentina, tomo IV, sección doctrina, Buenos Aires, 1942, p. 23.
- (115) Erwin Marx: Der gesetzliche Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz Berlin, Walter de Gruyter, 1969. p. 59 y ss.
- (116) Londoño Jiménez. cit. p. 71.
- (117) Mediante sentencias de marzo 5 y 12 de 1987 en NFP N° 36. Bogotá. Temis, 1987, p. 241 y ss. con comentario de Hernando León Londoño Berrio.
- (118) Federico Estrada Vélez: Derecho Penal. Parte General. Bogotá, Temis, 2ª ed. 1986, p. 262, para quien no tiene carácter sancionatorio, siendo aplicadas por jueces pero con carácter "administrativo". En contra Nodier Agudelo Betancur: Imputabilidad y Responsabilidad Penal. Bogotá, Temis, 1984. p. 61 y ss. Para la doctrina extranjera consúltese a Jorge Barreiro ob. cit. p. 133.
- (119) Jorge Barreiro, ídem, p. 188 y ss.
- (120) Fernández Carrasquilla, ob. cit., p. 375; Hernando Londoño Jiménez: "La Prevención Especial en la teoría de la pena" en NFP N° 24. Bogotá, Temis, 1984, p. 174.

- (121) Londoño Berrio: El error, cit. pp. 151 y 152.
- (122) Fernández Carrasquilla, cit. p. 371.
- (123) Juan Guillermo Escobar Mejía: "Ca Ira" en NFP N° 27. Bogotá, Temis, 1985. p. 7.
- (124) José Luis de la Cuesta Arzamendi: El Trabajo Penitenciario Resocializador. San Sebastián, Gráficas Tamayo, 1982. p. 132.
- (125) J. Guillermo Escobar Mejía: "Súplica por los locos" en NFP N° 13. Bogotá, Temis, 1983, p. 549 y ss.
- (126) Fernández Carrasquilla, ob. cit., p. 371.