

Corte Suprema de Justicia

—Sala Plena—

EXEQUIBILIDAD DE LA PRESUNCIÓN LEGAL DE RESPONSABILIDAD DEL ART. 233 DEL C. DE P. P. EN EL DELITO DE HURTO

La norma en mención consagra una presunción legal (*juris et de iure*) que admite prueba en contrario, debiendo el juez, en cada caso, obrar frente a la misma dentro de la libre convicción probatoria que le atribuye el legislador, resolviendo toda duda que se presente en favor del procesado. Tal presunción ciertamente es antitécnica, sobre todo a la luz del nuevo Código Penal que eliminó la peligrosidad y la reincidencia, pero ello no significa que sea inconstitucional.

Mag. ponente: Dr. RICARDO MEDINA MOYANO

Junio 13 de 1985

I. La demanda

Haciendo uso de la acción pública consagrada en el art. 214 de la Constitución Nacional, el ciudadano Héctor Rodríguez Cruz, “abogado en ejercicio”, solicita a la Corte “declare *inexequible* el art. 233 del Código de Procedimiento Penal (decreto-ley N° 409 de 1971), dictado por el señor Presidente de la República en base (sic) a las atribuciones a él conferidas de acuerdo al art. 76 de la Carta Fundamental”.

Admitida en su oportunidad la demanda por reunir los requisitos de rigor y obtenido el pronunciamiento del ministerio público, corresponde a la Corte tomar la decisión respectiva.

II. La norma acusada

La transcripción literal del precepto acusado, comprendidos los acápites correspon-

dientes del decreto del cual forma parte, es la siguiente:

“DECRETO NÚMERO 409 DE 1971
”(marzo 27)

”Por el cual se introducen reformas al Código de Procedimiento Penal y se codifican todas sus normas.

”*El Presidente de la República de Colombia,*

”en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas por las leyes 16 de 1968 y 16 de 1969, y atendido el concepto de la Comisión Asesora que la primera prevé,

”DECRETA:

”CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

”Art. 233. Presunción legal de responsabilidad en delitos de hurto y robo.

”Constituye así mismo presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia ejecutoriada por un delito contra la propiedad”.

III. Normas de la Constitución que se estiman violadas

En cuanto a las normas de la Constitución, cuya transgresión sirve de base a la petición de inexecutable, afirma el demandante: “Estimo que la norma acusada de inconstitucionalidad es atentatoria del artículo 26 de la Constitución Nacional”.

IV. Fundamentos de la demanda

En punto a la fundamentación del ataque de inconstitucionalidad, el demandante empieza por determinar el alcance del art. 26 de la Constitución a la luz de la jurisprudencia y la doctrina, cita algunos autores, para detenerse luego en la interpretación de los arts. 232 y 217 del Código de Procedimiento Penal, para concluir respecto del artículo acusado que:

“...al funcionario judicial, que debe limitarse únicamente a aplicarlos, no le queda más que condenar a quien ha sido cogido con la cosa hurtada, tal como se denomina en el nuevo Código Penal, en la modalidad de simple o calificada según la investigación penal de los hechos, si esa persona con anterioridad ha sido condenada por delito alguno contra el patrimonio económico, como se denomina actualmente en la legislación penal; el bien jurídico tutelado, al igual que el robo, ha cambiado, su *nomen iuris* por el de hurto calificado, siendo la descripción de la conducta igual a la que hace relación

el artículo 233 del C. de P. P. con la del C. Penal derogado, pues lo que ha cambiado es el *nomen iuris*, de la infracción; lo cual a todas luces es aberrante, si se tiene en cuenta que dentro de las más importantes funciones del procedimiento están las de rodear de garantías al individuo a quien se le atribuye la comisión de un hecho sancionable...”.

Más adelante, el actor insiste en que se viola el art. 26 citado, toda vez que la norma cuestionada no permite la aplicación de los principios de duda y favorabilidad, y al efecto expresa:

“...en tales casos no se puede aplicar la duda a favor del sindicado, porque el hecho de haber sido condenado por delito contra el patrimonio económico con anterioridad ya le hace responsable, culpable para la legislación procedimental, ni tampoco ninguno de los principios de favorabilidad del art. 26 de la Carta, desarrollados por la ley 153 de 1887, como en caso de duda bien sea para absolver; o aún como se haría para un auto de vocación a juicio, en el caso de que la conducta sea encubrimiento y no hurto...”.

V. Concepto de la Procuraduría

Mediante el concepto N° 868 (f. 7 y ss.) del 14 del mes de marzo del presente año, el ministerio público describió el traslado ordenado por la Constitución, solicitando a la Corte la declaración de executable de la norma acusada.

Similarmente a lo hecho por el demandante, la Procuraduría empieza por precisar el alcance del art. 26 de la Constitución Nacional, especialmente a la luz de la jurisprudencia. Luego alude concretamente al aspecto de la favorabilidad ya mencionado, acerca del cual dice:

“En cuanto al principio de favorabilidad instituido en el canon que se analiza, cabe anotar que su obligatoria observancia supone el caso de que una misma situación se

regule de distintas maneras, debiéndose aplicar la ley que favorezca al sindicado en vez de la que le sea desfavorable, aunque ella sea posterior al tiempo en que se cometió el delito”.

Luego se detiene en la naturaleza de la presunción consagrada en el artículo acusado, tema sobre el cual concluye:

“Es decir, el actor parte del presupuesto de que la presunción establecida en la norma bajo examen, no es desvirtuable pero resulta que es todo lo contrario como que se trata de una presunción legal y la disposición no establece ninguna restricción probatoria, por lo cual tampoco es cierto que el juez ante esa presunción no le quede otra alternativa que condenar, pues el sindicado tiene a su disposición todos los medios de prueba que considere necesarios para demostrar el verdadero significado de las circunstancias indicadoras de su supuesta culpabilidad, todo ello dentro del debido proceso seguido ante el juez competente y pudiendo obtener la aplicación de la ley que le sea más favorable.

.....

”Cabe aclarar que no es precisamente la ley la que genera la responsabilidad penal, sino la conducta de las personas y su adecuación a un delito tipo, porque son los hechos los que originan las presunciones, y de los mismos se deducen los indicios y se conforman las pruebas. Por tal razón, las circunstancias planteadas por la norma que se analiza, por sí solas son indicadoras de una supuesta responsabilidad aun prescindiendo de la presunción establecida, por lo que es apenas lógico que deban justificarse”.

VI. Consideraciones de la Corte

1ª) *Competencia*. La norma acusada forma parte de un decreto-ley dictado por el presidente en uso de facultades extraordinarias. Por lo tanto, según las voces del art.

214 de la Carta Política, la Corte es competente para conocer de su constitucionalidad. Por lo demás, como lo ha señalado la Corte en otras ocasiones, el decreto 409 de 1971 reformativo del Código de Procedimiento Penal fue dictado dentro del plazo señalado por el Congreso.

2ª) *Constitucionalidad del precepto acusado*. No encuentra la Corte que la norma demandada cause agravio al art. 26, indicado por el actor, ni a ninguno otro de la Constitución, de lo cual se deduce su executable. Las razones para llegar a dicha conclusión se pueden exponer en la siguiente forma:

1. Importa señalar en primer término que, tanto desde el punto de vista de la temporalidad como desde el punto de vista de su contenido, la norma cuestionada se ajusta a las facultades otorgadas al ejecutivo por el Congreso. En efecto, la ley 16 de 1968 en su art. 20, revistió al presidente de la República por el término de tres años, de facultades extraordinarias, entre otras cosas (ord. 11), “para reorganizar el procedimiento penal”. El literal a) del mismo artículo fijó al ejecutivo determinadas bases, que anteriormente fueron ampliadas y precisadas por el art. 6° de la ley 16 de 1969.

Ahora bien, el Código de Procedimiento Penal vigente (ley 94 de 1938) en su art. 221 contenía una norma sustancial y formalmente idéntica a la que ahora es objeto del juicio de constitucionalidad de la Corte, frente a la cual la única reforma introducida por aquella consiste en haber cambiado la palabra “irrevocable”, por la expresión “ejecutoriada”.

2. En el derecho procesal o más exactamente en el derecho probatorio, de antiguo se ha distinguido por la doctrina y la jurisprudencia entre el indicio y la presunción, en el entendimiento de que aquel se presenta cuando de un hecho demostrado se infiere la existencia de otro, mientras que la presunción constituye la inferencia que hace la ley sobre probadas reglas de experiencia,

tal como ocurre, por ejemplo, en el caso contemplado por el art. 92 del Código Civil. En otras ocasiones la ley crea ficciones, en cuanto reconoce como un hecho real lo que la experiencia no ha demostrado que exista como tal, como acontece en la mal llamada presunción del conocimiento de la ley.

Conviene advertir finalmente que la presunción *iusuris tantum* admite prueba en contrario, esto es, que la inferencia vale hasta prueba en contrario. En cambio la presunción de derecho *iusuris et de iure* no admite prueba en contrario; en otras palabras, la inferencia tiene un valor absoluto, no aceptándose por el legislador en tal caso la prueba de la inexistencia del hecho deducido.

El Código de Procedimiento Penal colombiano, reformado y compilado por el decreto ley 409 de 1971, en el libro primero (disposiciones generales) le consagró el título V a las pruebas, y dentro de este, el capítulo III, a los indicios. Por último, en el artículo de este capítulo incluyó la "Presunción legal de responsabilidad en delitos de hurto y robo" que el demandante califica como inconstitucional.

3. Para comprender cabalmente el alcance de la norma acusada, que no su constitucionalidad, a la cual se referirá la Corte más adelante, resulta indispensable aludir a otras disposiciones complementarias del mismo título, sin las cuales sería imposible desentrañar dicho sentido. En primer término, según el art. 216, en el proceso penal las pruebas se aprecian por su estimación legal, debiéndose resolver a favor del procesado toda duda, cuando quiera que no haya existido modo de eliminarla; en segundo lugar, según las voces del art. 217, es prueba plena la reconocida por la ley como suficiente para que el juzgador declare la existencia de un hecho; y por otra parte, al tenor del art. 230 que determina el valor probatorio de un solo indicio, este no puede constituir "jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada"; y, finalmente, según el 232, existe presunción legal

cuando quiera que la ley ordene que "un hecho se tenga como prueba plena de otro".

Significa todo lo anterior que el art. 233 del Código de Procedimiento Penal sometido al análisis constitucional de la Corte, como una modalidad indiciaria consagra ciertamente una presunción, pero se trata no de una presunción *iusuris et de iure*, sino *iusuris tantum*, esto es, que admite prueba en contrario; que el juez en todo caso debe obrar frente a la misma dentro de la libre convicción probatoria que le atribuye el legislador, y que en el caso de encontrarse de todas maneras en presencia de una duda, debe resolverla a favor del procesado.

Consiguientemente, en ningún caso es aceptable la hipótesis de que el juez frente a la circunstancia prevista en el artículo en examen se encuentre obligado a condenar, la cual corresponde a la tesis planteada por el demandante, quien afirma que en tales circunstancias, el juez "no le queda más que condenar a quien haya sido cogido con la cosa hurtada".

4. Cabe señalar que el derecho procesal contemporáneo se inclina a la eliminación de las presunciones legales, por considerarlas seguramente antitécnicas e innecesarias a la luz del extraordinario desarrollo de la prueba indiciaria; y que en Colombia, frente a los postulados del nuevo Código Penal, en el cual desapareció toda referencia expresa al proceso de peligrosidad, como desapareció también la reincidencia en todas sus formas y consecuencias, parece harto discutible la existencia de la presunción legal comentada; con más veras si se tiene en cuenta que la ley 52 de 1984 le otorgó al ejecutivo facultades extraordinarias para elaborar un nuevo Código de Procedimiento Penal "que deberá seguir la orientación filosófica del Código Penal"; pero, por supuesto, todo lo anterior no permite ni con mucho llegar a una conclusión de inconstitucionalidad de la norma de que se trata.

Efectivamente, de conformidad con lo expresado, la norma acusada en ningún caso significa limitación y menos aún desconoci-

miento del derecho de defensa del procesado. Nada en ella implica que no se actúe dentro del debido proceso, menos aún que el sindicado no pueda ejercer ampliamente los derechos de impugnación y contradicción con el propósito de desvirtuar el valor probatorio de la presunción legal mencionada. Nada pues en la norma acusada vulnera el derecho de defensa, cuyo alcance la Corte ha precisado en numerosas oportunidades, al decir por ejemplo:

"El derecho de defensa.

"El derecho de defensa emana también del artículo 26 de la Carta, porque pertenece al debido proceso. Más aún, esta norma constitucional tiene como objeto principal su garantía, dado que el mismo derecho es atributo fundamental de la persona como tal y se relaciona directamente con los derechos esenciales de la libertad, la igualdad ante la ley y la seguridad. Es, además, un derecho histórico. Los romanos instituyeron el principio *audiatur altera pars*, como regulador de todo proceso en garantía de sus partes. No hay sistema procesal alguno que lo pueda excluir.

"El derecho de defensa en la práctica se descompone, entre otros, en los derechos de impugnación y de contradicción, esenciales a él y consecuencia jurídico-procesal de su aplicación. Su fuente constitucional es la misma. Se encuentran específicamente proclamados en los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos", aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966, y convertidos en norma nacional mediante nuestra ley 74 de 1968, donde se determina:

"«Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un re-

curso efectivo aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales». (Parte II, 3 a). Recuérdese aquí la orden del legislador en el sentido de que el Código de Procedimiento Penal, filosóficamente se oriente también por los tratados internacionales relativos a los derechos humanos del individuo". (*Gaceta Judicial*, t. CXLIV, núm. 2405, págs. 324 y 325).

Así, pues, no encuentra la Corte, desde ningún ángulo visual, que la norma acusada viole el derecho de defensa ni inflija tampoco agravio a los principios de duda y de favorabilidad.

VII. Decisión

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional, escuchada la Procuraduría General de la Nación y en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 214 de la Constitución.

RESUELVE:

Primero. Declárase exequible, por no ser contrario a la Constitución, el art. 233 del Código de Procedimiento Penal que dice:

"Artículo 233. *Presunción legal de responsabilidad en delitos de hurto y robo.*

"Constituye asimismo presunción legal de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de encontrarse en su poder la cosa robada o hurtada, o el de haberla enajenado con posterioridad a su sustracción ilícita, siempre que esa persona haya sido anteriormente condenada en sentencia ejecutoriada por un delito contra la propiedad".

Cópiese, publíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese el expediente.

COMENTARIO

Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Considero que la H. Corte debió declarar inexecutable el texto impugnado, no solo por atentar contra los principios de la duda y del *favor rei*, no el de favorabilidad, invocados por el actor en su demanda, sino porque la norma pugna abiertamente con el *Título Primero* del Código Penal, que consagra las “normas rectoras de la ley penal colombiana”, que a su turno son emanación de disposiciones de rango constitucional. Por ello, creemos que el art. 233 del C. de P. P. es inexecutable, a cuyo efecto nos apoyamos en las siguientes consideraciones:

1ª) *Viola el principio del acto o del hecho o de la objetividad material del delito*. Esta disposición procedimental nos enfrenta a un *derecho penal de autor*, esto es, un derecho penal, que se dirige no a lo que el hombre hace sino a lo que es, a un derecho penal que no castiga, para el caso el hurto o la acción de apoderarse de cosa mueble ajena, sino la calidad de ladrón; semejante disposición no tiene cabida en un derecho penal que como el colombiano consagra, sin ningún género de dudas, un *derecho penal de acto o de hecho*, que se rige por el principio del acto o del hecho o de la objetividad material del delito.

Que nuestro derecho penal es *de acto* y no *de autor*, se desprende de diversos textos legales: en primera instancia, debe mencionarse el art. 26 de la Carta, que en su párrafo 1 establece que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa...”, con lo cual no cabe duda que el derecho penal solo se puede referir a actos humanos; en segunda instancia, tenemos el art. 2º del C. P. consagradorio del principio en mención, al lado del concepto dogmático de delito: “*Para que una conducta sea punible* debe ser típica, antijurídica y culpable”, disposición que se complementa con el texto del art. 19 del mismo estatuto: “*Acción y omisión*. El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión”. Como si esto fuera poco, en diversas disposiciones de la Parte General se exige que el derecho penal se refiera a una “conducta humana” (arts. 5º, 36 a 39, 4), o a “un hecho” (arts. 1, 3 C. P., e inclusive en el art. 28 de la C. N.); en la Parte Especial y en el derecho penal complementario, cuando en cada tipo penal se describe una o varias acciones humanas desvaloradas negativamente por el legislador, a las cuales se conecta una determinada consecuencia jurídica, se exige lógicamente la referencia a una conducta humana.

A lo anterior agrégense las exigencias legales vertidas en el art. 9º de la ley 16 de 1972, que incorporó a nuestro ordenamiento la Convención Americana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, y

el art. 5º de la ley 74 de 1968 que incorporó, a su turno, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, suscrita en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, disposiciones en las cuales se exige que el derecho penal se dirija solo a “actos u omisiones” realizados por seres humanos.

El art. 233 del C. de P. P. constituye una flagrante violación del principio del acto o del hecho, pues olvida que para poder afirmar la existencia de un delito tiene que probarse la existencia de una conducta humana activa u omisiva; en otros términos, olvida que *no hay delito sin conducta humana*, que el delito no puede ser un hecho interno de la sique del sujeto, o una determinada manifestación de su pensamiento, sino un acaecimiento en el mundo externo que se refiere a un comportamiento del hombre. Que el delito se traduzca en una *exterioridad* es una de las mayores conquistas del hombre, y ello ha permitido que la pena solo pueda ser impuesta a alguien por algo realmente hecho por él, y no por lo pensado, deseado o meramente propuesto; ya ULPIANO (Fr. 18, D, 48, 19), decía: “*cogitationis poenam nemo patitur*”, esto es, que nadie tenga pena por sus pensamientos. Esta conquista que ha olvidado nuestro supremo tribunal de justicia al declarar executable la disposición mencionada, ha sido de tal trascendencia que ya CARRARA, quien bebió de las fuentes del pensamiento de la ilustración, forjador como ninguno de un derecho penal de cuño liberal, postulaba en su concepto de delito como ente jurídico la exigencia de que este tenía que provenir de “un acto externo del hombre”, ya que el derecho no se puede ofender con actos internos y la autoridad humana no puede gobernar sobre las opiniones de los hombres, sobre sus deseos; suyas son las siguientes palabras:

“Los pensamientos no se pueden, sin cometer abuso, tener como delitos, no porque estén ocultos a la mirada del hombre, sino porque el hombre no tiene derecho de pedir cuentas a su semejante por un acto que no le puede acarrear perjuicio... Y cuando decimos que la ley penal no puede castigar los *pensamientos*, queremos significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras que no hayan sido llevados a su ejecución”¹.

Pero ¿qué es lo que castiga la presunción del art. 233? El haber sido ladrón, el haber atentado alguna vez contra la propiedad o contra el patrimonio económico, no la realización externa de tal conducta. Se castigan determinadas actitudes personales del agente, su supuesta peligrosidad, hasta sus posibles pensamientos. Pero, si de un lado el principio del acto impide considerar como delito actividades puramente internas de la persona², del otro tiene también una eficacia excluyente, deri-

¹ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. 1, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 47.

² Sobre el principio del acto puede consultarse la siguiente bibliografía: GIUSEPPE BETTIOL, *Instituciones de derecho penal y procesal*, trad. de Faustino Gutiérrez, Barcelona, Edit. Bosch, 1977, págs. 110 y ss.; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 346 y ss.; SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Edit. TEA, 1978, pág. 245; GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*. Parte general, Madrid, Edit. Civitas, 1978, pág. 51; JOSÉ SAINZ CANTERO, *Lecciones de derecho penal*, t. 1, Barcelona, Edit. Bosch, 1980, pág. 40; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1981, pág. 185; JÜRGEN BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema*, trad. de Conrado A. Finzi, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1981, págs. 25 y ss.; HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz C. y Santiago Mir Puig, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, pág. 75.

vada de la anterior: impide caracterizar el delito, como lo quiere hacer el art. 233, como un modo de ser de la persona: a la persona no se la castiga por lo que es sino por lo que hace; y esto se ha olvidado en la providencia comentada, para la cual lo más importante es hablar de ladrón, usurero, estafador, homicida y no de hurto, usura, estafa, homicidio. Estamos legitimando un *derecho penal de autor*, al estilo del que se quiso implantar durante la vigencia de regímenes totalitarios como el alemán, el italiano o el español; nos estamos olvidando del carácter manifiestamente liberal de nuestro derecho penal, sin hacer caso a la advertencia de BETTIOL, quien afirmaba:

“Solo los regímenes totalitarios escudriñan en «lo íntimo» del hombre e indagan —con el fin de su examen— el más liviano pensamiento. Los regímenes de carácter liberal, por el contrario, exigen que el delito se tenga que manifestar en un dato objetivo, para no remitir el juicio sobre la existencia del delito a la fijación, a menudo difícil, si no imposible, de momentos puramente internos a la psique del sujeto”³.

En las anteriores condiciones, no se entiende por qué, si, como dice la H. Corte, el actual Código Penal eliminó la peligrosidad, se sigue manteniendo a toda costa la presunción del art. 233 del C. de P. P., que justamente da cabida a la misma, que da pie a levantar un derecho penal de autor. A sabiendas de que el derecho penal colombiano, por mandato de sus normas rectoras y no por capricho del intérprete o de la jurisprudencia, es un derecho penal de acto o de hecho.

2^a) *Viola el principio de culpabilidad*. Pero la inconstitucionalidad de la disposición no para ahí, pues al atentar contra el derecho penal de acto, que es trasunto de una culpabilidad por el hecho o por el acto y no de una culpabilidad “por la conducción de vida” (derecho penal de autor), atenta contra *el principio de culpabilidad*, según el cual toda pena supone culpabilidad (*nulla poena sine culpa*); la pena solo debe fundarse en la seguridad de que el hecho realizado puede serle reprochado al autor e implica dos cosas:

a) No puede ser castigado quien actúa sin culpabilidad: toda pena supone culpabilidad; con ello se excluye la *responsabilidad objetiva o la responsabilidad por el resultado*.

b) La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad, esto es, la *medición de la pena dentro del marco máximo de culpabilidad*, lo cual significa que el agente no responde por un defecto de carácter adquirido (derecho penal de autor) sino por su hacer (derecho penal de acto)⁴.

³ G. BETTIOL, ob. cit., pág. 110.

⁴ Sobre el principio de culpabilidad, véase: JESCHECK, ob. cit., pág. 30; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, ob. cit., págs. 359 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., págs. 53 y ss.; SAINZ CANTERO, ob. cit., pág. 41; ENRIQUE BACIGALUPO, “¿Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 18, Bogotá, Librería del Profesional, 1982, págs. 247 y ss.; ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de derecho penal*, Madrid, Edit. Civitas, 1976, págs. 60 y ss.; J. BAUMANN, ob. cit., págs. 215 y ss.; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “El principio de culpabilidad”, en *Jornadas de los profesores de la Universidad Santiago de Compostela, Santiago*, ediciones Universidad, 1975, págs. 222 y ss.; JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de derecho penal español*, Barcelona, Edic. Ariel, 1984, págs. 356 y ss.; SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal*, Parte general, Barcelona, Promociones publicaciones Universitarias, 1984, págs. 79 y ss.; M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTON, *Derecho penal*. Parte general, Valencia, Universidad de Valencia, 1984, págs. 79 y ss.

Este principio, que entre nosotros no está consagrado de manera expresa en la Constitución pero que aparece de manera inobjetable en el derecho penal positivo, tiene en el Código Penal las siguientes manifestaciones: art. 5°: “Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva” (responsabilidad por el hecho); art. 35 en armonía con el 1°: “Nadie puede ser penado por un hecho punible, si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”; y del mismo art. 39: “La conducta preterintencional y culposa solo es punible en los casos expresamente determinados en la ley” (solo se puede punir a título de dolo, culpa o preterintención). Así mismo, se ha establecido en la primera parte del art. 5°: “Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad” (la reprochabilidad); y, finalmente, en el art. 61.1, como criterio para imponer la pena, se tiene en cuenta “el grado de culpabilidad”.

Cuando el art. 233 del C. de P. P. tiene en cuenta *la reincidencia*, está cayendo en una flagrante violación del principio de culpabilidad, pues está dando cabida a la *responsabilidad objetiva*, a la responsabilidad por el mero resultado, que repugna al actual derecho penal. Por ello cabe preguntar, ante la decisión de la H. Corte, ¿en qué queda el principio de culpabilidad si se ha legitimado un derecho penal de autor? ¿Si se ha legitimado la reincidencia? ¿En qué queda el título primero del C. P. si se patrocina abiertamente su violación, al declarar “exequible” un artículo abiertamente inconstitucional e ilegal? No creemos que la corporación se pueda escudar en argumentos tan contradictorios, cuando reconoce que el C. P. ha abolido la reincidencia y a renglón seguido le da cabida, patrocina la violación de los principios que inspiran nuestro derecho penal, diciendo que una disposición que le da amplia cabida es constitucional; diciendo que es constitucional una disposición que permite, como ninguna otra, la entronización de la peligrosidad criminal. Es contradictoria la H. Corte cuando califica la disposición como “antitécnica” mas no como “inconstitucional”; ¿o será que por arte de esas jugadas del lenguaje, lo inconstitucional se puede motejar como antitécnico y quedan todos los problemas resueltos?

Pero lo más preocupante es que se patrocine la entronización de este tipo de presunciones ilegales en tratándose de delitos contra el patrimonio económico y no se proceda de igual manera cuando, por ejemplo, se trata del delito de tortura o de los delitos contra la administración pública o contra el orden económico social, donde están en juego la integridad de las personas ante el desbordamiento del poder del Estado, o los intereses de la colectividad, ante la arremetida salvaje contra estos bienes jurídicos colectivos que vienen siendo escandalosamente pisoteados por una turba de delincuentes de cuello blanco. Todo indica que cuando se trata sobre todo de pequeñas delincuencias contra el patrimonio económico, realizadas por desposeídos, hambrientos, el peso de la ley se descarga con toda su inclemencia, aun a costa del sacrificio de los postulados que inspiran el derecho represivo, que muestra a este nivel su faz desigualitaria e inhumana.

3^a) *Viola el principio del “in dubio pro reo”*. También, la vigencia del art. 233 venía siendo comprometida y lo sigue estando mientras rija el actual estatuto procesal penal, ya que el art. 215 del mismo estatuto ha consagrado el principio de

que toda duda debe resolverse en favor del reo cuando no haya manera de eliminarla. Este axioma es uno de los fundamentales de toda la legislación procesal y parece contener dentro de sí el muy análogo principio del *favor rei* e inclusive el de la *carga de la prueba sobre el Estado*, que tiene un carácter más restringido que los dos anteriores.

El aforismo se compone de dos sustantivos: *duda* y *reo*. *Duda*, estar en duda (*in dubio*), significa carecer de certeza, encontrarse en incertidumbre, lo cual, cuando es imposible de disipar o esclarecer, debe traducirse en una sentencia absolutoria, al no adquirir el juzgador la necesaria certidumbre para poder condenar, al no ser la prueba suficiente para formar la convicción acerca de la culpabilidad del encausado⁵. El otro sustantivo, *reo*, es una palabra genérica que comprende, en el campo jurídico, a una de las partes litigantes y que en el proceso penal es el imputado o procesado.

Este postulado, que campea en el art. 9º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, conforme al cual "Todo hombre se presume inocente hasta que ha sido declarado culpable", aparece también en el art. 14.2 de la ley 74 de 1968: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad conforme a la ley", y en el 8.2 de la ley 16 de 1972. Contra esta presunción de inocencia atenta abiertamente el art. 233, cuando consagra peligrosas presunciones de responsabilidad penal, que desconocen toda la estructura del derecho procesal penal y sus principios inspiradores, que atentan contra los postulados mismos del derecho penal liberal, de donde emanan dichos principios.

Por ello, ha sostenido DEVIS ECHANDÍA que "se opone también a este principio el consagrar en la ley presunciones de responsabilidad penal, pues, como mundialmente ha sido reconocido desde tiempos remotos, el imputado debe gozar de una presunción de inocencia, pues una verdadera presunción de culpabilidad o responsabilidad implicaría imponer al imputado la carga de probar su inocencia, ya que la función normal de toda presunción *iuris tantum*, es decir, que admita prueba en contrario, es invertir la carga de esta dejándola en cabeza de quien sufre tal presunción. Creemos que tales presunciones de culpabilidad o responsabilidad son, además de injurídicas, inconstitucionales, puesto que violan el principio de que al procesado no se le puede condenar sin habersele probado plenamente, es decir, en forma que haya certeza, de su responsabilidad"⁶.

Consecuentemente, si aparece evidente que no se puede presumir en contra del procesado sino a su favor, una norma que consagra tal presunción no puede ser constitucional, debe ser declarada *inexecutable*, ya que contraría el *principio*

⁵ Sobre el tema del *favor rei*, véase a G. BETTIOL, cit., págs. 262 y ss.; SANTIAGO SENTÍS MELENDO: "In dubio pro reo", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, núms. 2 y 3, Madrid, 1971, págs. 503 y ss.; JORGE E. VÁSQUEZ ROSSI: *La defensa penal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1978, págs. 169 y ss.; JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE, *Temas de derecho procesal penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1983, pág. 183.

⁶ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, "Principios fundamentales del derecho procesal penal", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, N° 4, Madrid, Vicente Rico, S.A., 1982, pág. 584.

de la carga de la prueba, que, como sabemos, recae sobre el Estado, al paso que atenta contra el postulado constitucional del cual se deriva toda la legalidad del proceso, según el cual deben observarse "las formas propias de cada juicio", comprensivo a su vez de todas las garantías procesales que inspiran el proceso penal, dentro de las cuales cabe observar, justamente, la máxima *in dubio pro reo* (arts. 26.1 de la Const. Nal., 11 del C. P. y 1º del C. de P. P.).

4ª) *La decisión de la Corte no ha medido los alcances del título 1 del C. P.* De lo hasta aquí dicho se desprende que los alcances "de las normas rectoras de la ley penal colombiana" no han sido tenidos en cuenta por la corporación, con lo cual el mencionado título 1 parece condenado a convertirse en una pieza de arqueología jurídica, digna de exhibirse para atraer incautos cultores de las disciplinas jurídicas que quieran admirarlo, olvidando que es el título en que se consagran los principios fundamentales del derecho penal colombiano, que consagra los principios capilares que lo inspiran no solo en el aspecto sustantivo sino también en el procesal y el penitenciario. Parecería como si tales normas rectoras no cumplirían ninguna función y se tradujeran en una mera declaración de buena voluntad del legislador.

Sin embargo, como entiendo que tal catálogo de postulados juega un cometido; como entiendo que es posible su *aplicación extensiva* "a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa" (C. P., art. 375), porque tal conjunto de axiomas nos permite invocar un derecho penal liberal dentro del marco de un Estado de derecho social y democrático, esto es, dentro del contexto de un Estado que garantice la participación real de todos los ciudadanos en la vida democrática y que cobije por igual a todos, es por lo que con este comentario quiero hacer un llamado de atención a nuestra doctrina y jurisprudencia, para que con una visión política y una vocación democrática amplias, aborden los diversos postulados vertidos por el legislador como norte y guía de nuestro derecho penal. De lo contrario solo nos espera el papel de exégetas y no el de constructores de un verdadero derecho penal, de un derecho penal que garantice efectivamente, no en el papel, la seguridad jurídica y los derechos de los ciudadanos.

Afortunadamente, esta tesis de la Corte no presenta la necesaria consistencia como para pensar que pueda hacer carrera en el ámbito jurisprudencial, ya que la jurisprudencia de algunos tribunales así como la doctrina, ha venido sosteniendo la inaplicabilidad de tal disposición; al respecto debe citarse una decisión del Tribunal Superior de Medellín, compartida por varias de sus salas, así como por los juzgados del ámbito territorial a él asignado, según la cual debe entenderse abolido tal precepto por mandato del art. 5º del C. P.: "El art. 233 del Código de Procedimiento Penal debe tenerse como implícitamente abolido por el art. 5º del decreto 100 de 1980, por ser contrario abiertamente al principio de responsabilidad subjetiva en este último contenido y exigido sin restricciones" (Providencia de agosto 18 de 1982. Mag. ponente, Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA).

Ojalá la jurisprudencia de la Corte se oriente por otros caminos cuando se vuelva a ventilar tan interesante discusión y se vinculen los elementos que en esta oportunidad no se tuvieron en cuenta.