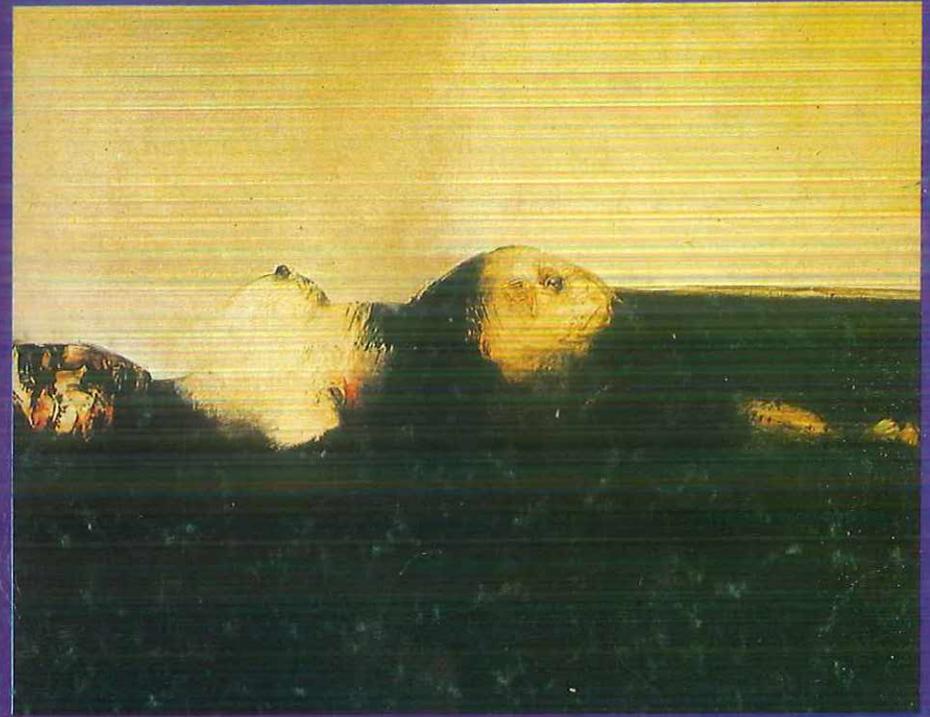


ISSN 0120-4726

CORPORACION
UNIVERSITARIA AUTONOMA DE BUCARAMANGA

CENTRO DE INVESTIGACIONES
Temas Socio-jurídicos
Facultad de Derecho

BUCARAMANGA
VOL. 4 — N. 15
1986



CENTRO DE INV.
TEMAS SOC. JUR.
FAC. DE DERECHO

Bucaramanga
(Col)

Vol. 4

No. 15

p.p. 1-112

Julio 1986

ISSN 0120-4726



Corporación
UNIVERSITARIA
AUTONOMA DE
BUCARAMANGA



CENTRO DE INVESTIGACIONES TEMAS SOCIO-JURIDICOS FACULTAD DE DERECHO

ISSN 0120 — 4726
VOL. 4 N°. 15 — 1986

TABLA DE CONTENIDO

EL DELITO DE FALSEDAD Jorge Carreño Luengas	9
EL DELITO DE USURA ESTUDIO TECNICO JURIDICO Rodolfo Mantilla Jácome	13
EL HURTO CON ARREBATAMIENTO ("RAPONAZO") Y EL HURTO CALIFICADO POR LA VIOLENCIA Enrique García Galvis	27
EL ERROR EN EL NUEVO CODIGO PENAL Alberto Suárez Sánchez	35
DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA BIEN JURIDICO Maruja Toscano de Sánchez	45
EL INSTITUTO PROCESAL "EL CUERPO DEL DELITO" Patricia Santamaría de Roa	51
ACCION Y FUNDAMENTOS METODOLOGICOS DEL FINALISMO Guillermo Villa Alzate	55

CENTRO DE INV. TEMAS SOC. JUR. FAC. DE DERECHO	Bucaramanga (Col.)	Vol. 4	No. 15	p.p. 1-102	Julio 1986	ISSN 0120 — 4726
--	-----------------------	--------	--------	------------	------------	------------------

COMENTARIOS BIBLIOGRAFICOS José Francisco Martínez Rincones	63
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION PENAL Lisandro Martínez Z.	71
SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS LUIS ENRIQUE ALDANA ROSA, JORGE CARREÑO LUENGA Y GUSTAVO GOMEZ VELASQUEZ Lisandro Martínez Z.	83
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL Rodolfo Mantilla J.	87
EN POS DE UNA PEDAGOGIA JURIDICA Facultad de Derecho	91
LA INTELIGENCIA NO HUMANA DE INDOLE MECANICA Pedro Nel Rueda Garcés	97

Comité de Redacción

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
RODOLFO MANTILLA JACOME
JORGE CASTILLO RUGELES
JORGE PRADILLA ARDILA

Editada por:
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO—JURIDICAS

Portada: "VIOLENCIA" ALEJANDRO OBREGON-OLEO. 1962

Periodicidad: Irregular

Formato: 16 X 21.5

PUBLICACIONES UNAB

Calle 48 No. 39-234 — Conmutador 75111—75161.

Apartado Aéreo 1642 — Bucaramanga — Colombia S.A.

LAS OPINIONES CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS DE ESTA REVISTA, NO VINCULAN A LA INSTITUCION, SI NO QUE SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES, DENTRO DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRATICOS DE LA CATEDRA LIBRE Y LA LIBERTAD DE EXPRESION CONSIGNADOS EN EL ARTICULO 3º DEL ESTATUTO GENERAL DE LA CORPORACION UNIVERSITARIA AUTONOMA DE BUCARAMANGA — UNAB.

El material de esta publicación, puede ser reproducido sin autorización, siempre que se mencione su procedencia y el Centro de Investigaciones Socio—Jurídicas de la UNAB, reciba un ejemplar de la publicación.

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB
 unab **HEMEROTECA**
UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES

ALBERTO MONTOYA PUYANA
Rector

HERNAN PRADA NIÑO
Secretario

CENTRO DE INVESTIGACIONES

LAUREANO GOMEZ SERRANO
Director

FACULTAD DE DERECHO

GABRIEL BURGOS MANTILLA
Decano

SONIA TORRES DE MARTINEZ
Secretaria

DIRECTORES DE DEPARTAMENTO

RODOLFO MANTILLA JACOME
Derecho Penal

JORGE CASTILLO RUGELES
Derecho Privado

JORGE PRADILLA ARDILA
Derecho Público

PRESENTACION

Dedicamos esta edición de la Revista, a la memoria de los inmolados y desaparecidos en los hechos acaecidos en el Palacio de Justicia, el 6 y 7 de noviembre de 1985.

LAUREANO GOMEZ SERRANO
Director

UNAB
UNIVERSIDAD NACIONAL
DE LA ANDALUCÍA

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB
 unab
HEMEROTECA

IN MEMORIAM

6 de Noviembre de 1985

"CULTIVO UNA ROSA BLANCA...."

*Cultivo una rosa blanca,
en julio como en enero,
para el amigo sincero
que me da su mano franca.*

*Y para el cruel que me arranca
el corazón con que vivo,
cardo ni ortiga cultivo:
cultivo la rosa blanca.*

JOSE MARTI

ALFONSO REYES ECHANDIA
HORACIO MONTOYA GIL
RICARDO MEDINA MOYANO
ALFONSO PATIÑO ROSELLI
PEDRO ELIAS SERRANO ABADIA
DARIO VELASQUEZ GAVIRIA
FABIO CALDERON BOTERO
MANUEL GAONA CRUZ
JOSE EDUARDO GNECCO CORREA
FANNY GONZALEZ FRANCO
CARLOS MEDELLIN

DEMÁS INMOLADOS Y DESAPARECIDOS...

EL DELITO DE FALSEDAD

JORGE CARREÑO LUENGAS

Su doble objeto jurídico. Concepto de Francesco Antolisei.

Se ha venido sosteniendo entre nosotros y entre doctrinantes de países que se inspiran en códigos penales que siguen las mismas orientaciones del nuestro, que el BIEN JURIDICO u objeto jurídico, tutelado por el Estado en el delito de Falsedad es la Fe Pública, entendiéndose por tal la confianza que la Sociedad tiene en todos aquellos documentos u objetos destinados a servir de prueba, o que disfrutaran de especial crédito en la Sociedad, como la moneda circulante.

Este concepto de la Fe Pública como único bien jurídico tutelado por la norma penal, ha llevado a algunos intérpretes a extremos peligrosos en la represión de la conducta, hasta el punto de afirmar que es suficiente la sola alteración o mutación material o ideológica de la verdad para que el delito nazca a la vida jurídica sin que sea necesario establecer la existencia de un daño real o efectivo porque se entiende que el daño en la falsedad de actos públicos se concreta en la disminución de la fe pública que "es inherente a la fuerza probatoria del acto mismo", criterio que puede llevar a sancionar alteraciones de la verdad totalmente inocuas, como las afirmaciones de que un funcionario estuvo presente en la diligencia de recepción de un testimonio, cuando no lo estuvo o lo estuvo parcialmente, o cuando una dama por vanidad en el curso de su declaración se disminuye la edad, o aún en casos más leves, como la corrección que un notario hiciera de simples errores ortográficos o gramaticales que existieran en la escritura pública.

Se fundamenta este cerrado concepto, en el principio del "dolus in re ipsa", según el cual el dolo está incluido en el hecho mismo de la falsedad y es suficiente para la tipificación de la conducta, el daño que se le irroga a la Sociedad con la alteración de la verdad, con la ofensa a la fe pública.

Para morigerar este rígido modo de pensar, se ha sostenido entre nosotros, que el bien jurídico tutelado en el delito de Falsedad es la Fe Pública, —pero que pueden existir además un ofendido u ofendidos por el delito, como lo son las personas perjudicadas con la mutación de la verdad. Que para que el delito se estructure no sería suficiente con la sola alteración de la verdad, (aspecto fáctico que constituiría apenas la tipicidad del hecho) sino que sería indispensable además, que esa conducta fuera antijurídica, es decir, que causara un daño o tuviera la potencialidad de causarlo.

Ya al comenzar la vigencia de nuestro actual Código Penal, el Profesor Federico Estrada Vélez se pronunciaba sobre este aspecto en la siguiente forma:

"La antijuridicidad como principio básico en la teoría del delito, existe siempre que se lesione o ponga en peligro el interés jurídico tutelado por el Estado. Demanda la existencia de una lesión o la potencialidad de causarla.

"No habrá entonces delito, si se viola la norma sin causar daño y sin tener siquiera la posibilidad o potencialidad de causarlo, como sucede en la falsedad inocua. No hay antijuridicidad en la simple contradicción objetiva o formal del hecho con la norma penal. (Comentario al Nuevo Código Penal):

Ahora el inquieto y estudioso maestro italiano Francesco Antolisei, llega a la misma conclusión por diferente camino, mediante lógicos y jurídicos argumentos que nos permitimos comentar.

Sostiene el ilustre maestro del derecho que el delito de falsedad es pluriofensivo; que el comportamiento del agente no solo lesiona la fe pública, sino además los

intereses particulares que aquel dolosamente se propuso afectar como un final realizar la conducta.

Dice así el citado jurista:

"..... Es necesario en efecto, reflexionar que en la realidad de las cosas la falsedad no es jamás, o casi sin jamás fin de sí misma. No se falsifica por falsificar, sino para conseguir un resultado que se encuentra o busca más allá de la falsificación. De ello es fácil convencerse, al considerar que la falsedad es una especie de fraude o engaño al igual que la violencia o la amenaza no es sino una modalidad de la acción (o si se quiere un medio) para ofender determinados intereses. La actividad del falsificador no tiene por objeto la fe pública. Contrasta con la realidad y aún con el buen sentido, decir que el falsificador obra para ofender tal fe: la ofende pero para una finalidad ulterior que es "el verdadero punto de mira" de una actividad criminal. Aquel que por ejemplo falsifica una moneda, se propone o se propondrá tal vez con ello ofender la fe Pública? Ni por sueño! Tiende a procurarse las ventajas ilícitas que se derivan de la puesta en circulación de la moneda por él fabricada o alterada. Lo mismo puede decirse, del individuo que falsifica un testamento. Nadie podrá pensar en estos casos que el falsificador obra o actúa para engañar al público".—

Sostiene como corolario de lo anterior, Antolisei, que al lesionar estos intereses particulares, el falsario está a su vez lesionando la integridad de la prueba, aquellos elementos de prueba que al ser contrahechos o alterados, dañan o ponen en peligro los intereses privados que los documentos contienen o acreditan. Argumenta así el maestro:

"No nos parece difícil individualizar en líneas generales el resultado hacia el cual se dirige la actividad del falsificador: se trata de la ofensa (lesión o puesta en peligro) de aquel interés particular que se encontraría salvaguardado si los medios probatorios no hubieren sido falsificados; en otros términos, de "aquel interés específico que está garantizado por la autenticidad y veracidad de los medios de prueba". Así por ejemplo en la falsificación de un cheque el reo mira a lesionar intereses de la persona cuya firma falsifica; en la falsificación de un billete de viaje tiene como finalidad defraudar la administración ferroviaria; en la alteración de una marca de fábrica tiende a procurarse una ventaja en daño del propietario de la marca misma.

"Ahora bien, aún estos intereses específicos son protegidos por las normas que incriminan las falsedades. La tutela que el ordenamiento jurídico da a ellos no es simplemente ocasional, sino inmediata y directa. Al incriminar el falso monedero, por ejemplo, la ley no tutela únicamente la fe pública sino también el interés del estado en la regulación de la circulación monetaria, así como también al incriminar la falsedad documental protege los más variados intereses particulares que son puestos en peligro por tales falsedades.

"El que se trata de protección directa e inmediata, se concluye de un hecho el cual si no nos engañamos tiene un valor probatorio suficiente. Sujeto pasivo de los delitos contra la fe pública no es únicamente la colectividad (estado o sociedad): sujeto pasivo es también el titular del interés específico que es lesionado o puesto en peligro por la acción del falsificador.—

"Los órganos que juzgan con su espontánea sensibilidad obedeciendo a incoercibles exigencias no han tenido jamás vacilaciones sobre este punto; ellos siempre han considerado sujetos pasivos de los delitos de falsedad las personas que por tales delitos han sido ofendidas. Como consecuencia de tales consideraciones y del reconocimiento de que el ordenamiento jurídico tutela "directamente" sus intereses, los damnificados por la falsedad han sido siempre y serán admitidos a constituirse parte civil en el proceso penal: su derecho al resarcimiento del daño no es en líneas generales materia de discusión.—

"Esta observación pone de relieve el defecto fundamental de la doctrina predominante. Si en verdad único objeto jurídico de los delitos en examen fuera la fe pública, sujeto pasivo de ellos debería considerarse solamente la colectividad y en consecuencia se debería negar a cada uno de los individuos ofendidos con el delito la calidad de sujetos pasivos y su derecho al resarcimiento. Por cuanto a tales resultados los secuaces de la opinión corriente no quieren ser llevados estos, después de haber afirmado que la fe pública es el objeto jurídico y sólo éste de los delitos de falsedad, consideran como sujetos pasivos y titulares de la acción de resarcimiento, a cada uno de los individuos perjudicados sin dar de ello explicación alguna, lo cual no se concilia en absoluto con la premisa de la que han partido".

Estos razonamientos de una gran contundencia lógica y jurídica, llevan al maestro a sostener, que en el delito de falsedad hay "DOS OBJETOS JURIDICOS", que el agente con su acción lesiona o pone en peligro y que son por una parte la Fe Pública y por otra el interés específico que tutela la autenticidad o intangibilidad del medio probatorio. Son estas sus palabras:

"Con las premisas anteriormente expuestas, nuestro pensamiento está claro. Los delitos contra la fe pública pertenecen a aquella grande teoría de los delitos pluriofensivos, es decir, de aquellos delitos que ofenden varios intereses. En ellos se producen dos ofensas: una común a todos los delitos de esa categoría, y otra que varía de delito a delito. La primera concierne a la fe pública; la segunda, al interés específico que es salvaguardado por la integridad de los medios probatorios.

Agrega el maestro que esta concepción, según la cual los delitos contra la fe pública "tienen un doble objeto jurídico", rebasa el campo meramente teórico para influir de manera determinante en la estructuración del hecho punible, porque para que esa falsedad sea merecedora a un reproche penal no basta con la sola mutación de la verdad (ofensa al primer objeto jurídico), sino que es indispensable además, que ese comportamiento atente contra la autenticidad de los medios probatorios, lesionando realmente o poniendo en peligro los intereses jurídicos que éstos respaldan. (Segundo objeto jurídico tutelado por la norma).

No basta entonces para que exista delito de falsedad, que la alteración sea real e idónea para engañar, sino que es indispensable además que esa mutación a la verdad pueda ocasionar daño a otro interés jurídico tutelado por la ley.

Estas son las conclusiones del maestro sobre este novedoso punto de vista:

"... Pero —y aquí reside el "novum" característico de nuestra concepción— la ofensa a la fe pública no basta para integrar o estructurar el momento objetivo, es decir, aquello que comúnmente se conoce como "materialidad", de los delitos de falsedad. Es necesario que se haya ofendido o lesionado otro bien que esté así mismo tutelado por las normas penales y más precisamente que sea por lo menos puesto en peligro el interés que es salvaguardado por la integridad de los medios probatorios. Si la acción del falsario, no obstante poder colocar en situación de ser engañado el público, no puede llegar a perjudicar el interés antes dicho, entonces la intervención del Estado con la sanción punitiva no tiene razón de ser.

"De esta consideración se deriva la no punibilidad del "falso inocuo", el cual comprende no solamente la falsedad burda, sino que tiene una extensión mayor por cuanto comprende todas aquellas falsedades que no pueden causar daño a ninguno.

"Esta segunda conclusión asume una particular importancia en las falsedades cometidas en actos, en los cuales la alteración y las declaraciones contrarias a la verdad, no crean peligro alguno para los intereses que el documento está destinado a tutelar. Ella sin embargo, tiene validez para todas las especies de falsedad y encuentra su fundamento y justificación en el principio muy generalizado según el cual la punibilidad queda excluida cuando el hecho concreto no es idóneo para producir aquellos perjuicios, en razón de los cuales la hipótesis abstracta ha sido pre-

vista por el legislador.

“En resumen, de la noción de falsedad por nosotros patrocinada, se desprende como consecuencia lógica necesaria, que carece jurídicamente de importancia (y por ello no es punible), no solamente la falsedad que no es idónea para engañar al público (la falsedad burda) sino también aquella falsedad que no puede lesionar ni tampoco poner en peligro los intereses específicos que encuentran una garantía en la autenticidad y veracidad de los medios probatorios”.

Concluimos este ligero comentario, afirmando que esta novedosa concepción del maestro italiano sobre el doble objeto jurídico viene a brindar invaluable aporte al criterio difundido en nuestro medio, en el sentido de que la **FALSEDAD INOCUA**, aquella que no daña, o que no tiene siquiera la posibilidad de causar un daño real y cierto, escapa al reproche penal.

Tal es en nuestro modesto entender, la forma más adecuada de interpretar las normas que definen y sancionan los delitos contra la fe pública, pensando siempre en una correcta y adecuada administración de justicia que debe procurar ante todo “dar a cada cual lo suyo”.

San Gil, enero 18 de 1986

EL DELITO DE USURA ESTUDIO TECNICO — JURIDICO

RODOLFO MANTILLA JACOME

INTRODUCCION

En términos generales se denomina usura el interés o precio que recibe el prestamista por el uso del dinero que ha prestado; circunscrito el concepto al Derecho Penal, la usura significa extralimitación por exceso en la tasa de interés que se cobra por el uso de dinero dado en mutuo.

La regulación de la usura en nuestro derecho parte de la idea aceptada de que el dinero prestado debe generar utilidades o intereses dentro de ciertos límites para su propietario.

Aunque no siempre se ha aceptado tal criterio pues hay quienes históricamente han sostenido la ilicitud del lucro obtenido con el préstamo del dinero, éste ha terminado por imponerse dentro de la dinámica de la producción económica, siendo hoy indiscutible que quien usa un capital ajeno debe pagar un precio por ello.

Al respecto Martín Lutero en su discurso sobre la usura afirma: "Quien tome más de lo que da, ése es un usurero, y eso se llama no prestar un servicio sino hacer mal al prójimo, como quien hurta y roba..." "Y si se tortura en la rueda y se decapita a los asesinos y a los salteradores de caminos, cuánto más habría que perseguir, maldecir, torturar a todos los usureros y decapitarlos..." (1) y mientras Sófocles en *Antígona* señala "nada como el dinero provocó entre los hombres malas leyes y malas costumbres; él engendra la discusión en las ciudades y expulsa a los habitantes de sus moradas; él vuelve a las más bellas almas hacia todo lo que hay de vergonzoso y defunesto para el hombre y les enseña a extraer de cada cosa el mal y la impiedad..." (2).

Benjamin Franklin, por su parte, en "consejos a un joven comerciante" decía: "Piensa que el dinero es fértil y reproductivo. El dinero puede producir dinero, la descendencia puede producir todavía más y así sucesivamente... cuanto más dinero hay, tanto más puede ser invertido de modo que el provecho aumenta rápidamente sin cesar..." (3).

Se ha dicho que usura significa extralimitación por exceso en la tasa de interés lo cual presupone a contrario sensu la idea de un interés normal, ubicado dentro de ciertos límites.

Esa normalidad en las economías estables se da dentro del libre juego económico, determinado por la ley de la oferta y la demanda, la seguridad de la inversión, el sentido de la proporcionalidad entre el rendimiento de la industria inyectada con el capital financiero; conocido como el sistema de la liberalidad, caracterizado por la inexistencia de regulación legal de la tasa de intereses por parte del derecho privado. En ocasiones algunos sistemas jurídicos atenúan esta liberalidad, apelando al carácter subsidiario de las normas de derecho privado, las cuales fijan una tasa legal que opera para aquellos casos en los cuales no ha existido manifestación de voluntad de las partes en el negocio jurídico. En esta modalidad el derecho penal suele recurrir al criterio del Juez —ingrediente normativo—.

(1) Citado por Carlos Marx. "El Capital". Tomo I. F.C.E. México, 1975. p. 190.

(2) Sófocles, "Antígona — Dramas y Tragedias". Iberia, p. 113.

(3) Citado por Max Weber. "La ética protestante y el espíritu del capitalismo". Península. Sed. Barcelona, 1979. p. 43.

Por otra parte el sistema de la reglamentación funciona sobre la base de una tasa de interés legalmente establecida en forma más o menos arbitraria, señalándose las sanciones de orden civil y penal para quienes superen tales límites.

1. EL BIEN JURIDICO TUTELADO

1.1 UBICACION

Es importante precisar el bien jurídico tutelado en el delito de usura, porque de ello se derivan importantes consecuencias de orden interpretativo.

Indudablemente la usura es un tipo penal pluriofensivo ya que quien realiza tal conducta lesiona intereses económicos particulares al tiempo que esa actividad tiene significación negativa de orden inflacionaria en la economía nacional.

De acuerdo con la técnica legislativa más usada, se suele ubicar sistemáticamente los tipos penales pluriofensivos dentro del título del código que protege el bien jurídico de mayor entidad o importancia. Esta fue precisamente la técnica utilizada por el legislador colombiano que ubicó este tipo penal dentro del Título VII, referido a los Delitos contra el Orden Económico y Social, siendo consecuente con la regla general de derecho, según la cual el bien general o colectivo debe primar sobre el bien particular o individual.

1.2 ORDEN ECONOMICO

Entendemos el orden económico como el conjunto de condiciones productivas, lineamientos y límites impuestos o protegidos por el Estado, dentro de una comunidad en procura de mantener su organización económica. La intervención estatal en la creación, regulación y protección del orden económico, tiene su fundamento en la constitución nacional que en su artículo 32 dispone: "Que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado..." al tiempo que el artículo 30 de la Carta impone la función social de la propiedad privada.

La idea de orden económico y social es un concepto de amplio espectro que implica la regulación estatal de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

En el caso concreto del delito de usura, es entendido que se tutela el orden económico en su estabilidad, reconocida la capacidad inflacionaria de la especulación, usuraria, pues dentro del ciclo productivo el costo del dinero financiero utilizado por el industrial o el comerciante, tiende a incrementar los costos finales del producto; y este incremento se traslada al consumidor generando en esta forma una escalada inflacionaria, acompañada de las nocivas consecuencias en el comercio, la industria y el patrimonio individual.

La lucha contra la usura, en nuestro país desde el punto de vista legal se realiza en los campos civil y penal. El derecho privado, como se recordará a través de los códigos civil (4) y comercial (5), regula el mutuo para el cual señala intereses legales y convencionales, prohibiendo la extralimitación de estos últimos y en caso de que se presente, sancionan con la reducción a la tasa legal según el Código Civil y con la pérdida de los intereses pactados en el caso del Código de Comercio.

De acuerdo con este derecho, el interés legal opera subsidiariamente ante la ausencia del convencional y éstos no deberán exceder de una mitad al interés corriente, según lo dispuesto por el Código Civil en su artículo 2231.

(4) Artículo 2221 del Código Civil y ss.

(5) Artículo 884 — 1163 del Código Comercio.

La institución de la lesión enorme también apunta a eliminar los excesos ocasionados en los negocios entre particulares (6).

2. DELITO DE USURA

En el ámbito penal, la usura, es considerada un hecho punible tal como lo dispone el artículo 235 del Código Penal.

En orden a establecer la naturaleza jurídica del delito de usura, debemos hacer un estudio de sus elementos fundamentales.

2.1 LA TIPICIDAD

2.1.1 Sujetos

a. Sujeto activo: Conforme al texto legal y desde el punto de vista de su calidad, el sujeto activo del delito de usura es indeterminado, pues cualquier ser humano puede realizar la conducta típica sin que se exija que reúna especiales características o atributos que lo distinguan y especifiquen.

Claro que según las normas que comentamos, el usurero es un prestamista habitual, ya que del sentido mismo de la disposición parece que ella no pretendiera reprimir a quien esporádicamente y en forma aislada realice la conducta delictiva, además por definición el sujeto activo del delito de usura es persona con capacidad económica que defenta o maneja capital financiero.

Por causa de la estructura misma de nuestro Derecho Penal definido como culpabilista, en cuanto exige en el autor conciencia y voluntad para actuar y por razones de índole punitivo, es imposible predicar la usura por parte de las personas jurídicas como sujetos activos de la misma; sin embargo debe señalarse que nada se opone y por el contrario es frecuente dentro de la dinámica de esta modalidad delictiva la existencia de empresas, verdaderos entes jurídicos dedicados al desarrollo de esta actividad. Solo que en estos casos debe individualizarse la conducta de los gestores a fin de que recaiga sobre ellos la responsabilidad penal. En materia civil por el contrario, la sanción se aplica sin ninguna dificultad al ente jurídico.

Desde el punto de vista del número, este tipo penal es aparentemente monosujetivo, porque en realidad presenta una plurisujetividad anómala de participación consentida por parte de la persona que da o paga las utilidades o ventajas usurarias. Esto se desprende de la naturaleza contractual del negocio usurario, en el que se aprecia sin esfuerzo el acuerdo de voluntades entre prestamista y prestatario.

b. Sujeto pasivo: El sujeto pasivo de la conducta usuraria es la colectividad, en cuanto es ella la titular del bien jurídico de la economía nacional.

Recuérdese que este bien jurídico tiene consagración constitucional, cuanto la Carta exige al Estado la protección de la economía encomendándole la dirección general de ésta y ordenándole intervenir conforme a la ley en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, racionalizando y planificando la economía a fin de lograr su desarrollo integral (Artículo 32 C.N.).

Fácilmente se observa la distinción entre sujeto pasivo y perjudicado, pues si bien constituye atentado contra el conglomerado en su estabilidad económica, también los particulares sufren las consecuencias, los perjuicios de orden económico patrimonial por razón de la conducta usuraria.

(6) Artículo 1946 del Código Civil y ss.

2.1.2 Conducta

La conducta típica de usura en su primera modalidad conforme al inciso primero del actual artículo 235 del Código Penal, consiste en recibir o cobrar, directa o indirectamente de una o varias personas en el término de un año, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazos utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación, cualquier sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla.

a. Núcleo rector: El núcleo rector de la figura está dado por los verbos recibir y cobrar intereses o ventajas usurarias, que indica en primer término que se trata de un tipo penal compuesto integrado por dos actividades o formas de realización del hecho, alternativas en cuanto basta el agotamiento de uno de los verbos rectores para la estructuración del hecho típico.

El verbo recibir denota actividad material por parte del agente, que dentro de esta forma de comportamiento asume actitud receptiva, pasiva, es decir no hace sino que permite que hagan y no impide que hagan; al tiempo que cobrar que también expresa operación material, pero de actividad en cuanto el agente toma la iniciativa y en forma positiva obtiene el pago de la utilidad o ventaja usuraria.

El profesor Cancino afirma que con la utilización alternativa de recibir y cobrar, "El legislador pretendió cerrar el paso a la impunidad en los casos en que los delincuentes, hábilmente pretendan aparecer, no como oscuros cobradores de las ventajas usurarias, sino como meros receptores de la iniciativa de terceros..." (7)

Sin embargo consideramos que esos dos verbos están señalando momentos de una misma operación múltiple y compleja, integrada por el acuerdo de voluntades en el mutuo, fijación de los términos del contrato y luego cobrando o recibiendo los frutos de la transacción; pues recibir es incorporar tomando para sí algo que se da y cobrar es obtener que se pague algo que se debe.

Debe señalarse sí, que para la tipicidad de la conducta, no basta simplemente el recibir ya que si se trata de un acto de mera liberalidad por parte de quien da, dicha operación estaría regulada por las disposiciones civiles propias de la donación, pero no cabría ubicarla dentro de la usura, pues el recibir referido a este tipo penal debe estar ligado objetiva y subjetivamente al contrato usurario.

Pertinente resulta en este punto lo afirmado por Landrove: "...La conducta, sustrato esencial de la acción delictiva, es evidente que viene constituida por la relación contractual de préstamo existente entre el sujeto activo y el pasivo (en el derecho español) a la que se le adicionan los demás requisitos típicos..." (8).

Dijimos que cobrar es obtener que se pague algo que se debe, o como lo dice el diccionario de la Real Academia, "Percibir el acreedor o un representante suyo una cantidad adeudada".

La fórmula verbal utilizada en el Código Penal nos indica que se trata de un delito de resultado, pues se requiere para la realización de cualquier de estos dos verbos que el sujeto perciba, incorpore para sí la utilidad o ventaja usuraria. Otras legislaciones, por ejemplo la Argentina, utilizan una fórmula verbal más amplia cuando hablan de "quien se haga dar o prometer" considerando de esta forma consumado el delito cuando apenas ha surgido la anuencia del que debe dar sin que se requiera que efectivamente lo haga, situación que en nuestro derecho se regula por la tentativa.

(7) CANCINO MORENO, Antonio J. "Delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal". P. 155
(8) LANDROVE DÍAZ, Gerardo. "El delito de Usura". Bosch, Casa Editorial Barcelona. p. 141.

b. Circunstancias: Dentro de la compleja descripción de la conducta típica del delito de usura, debe examinarse con detenimiento la expresión "directa o indirectamente", "de una o de varias personas"; porque en forma extraña la técnica utilizada por el legislador en este caso a todas luces denota que pretendió crear un tipo penal de amplia cobertura o amplitud modal, y por ello la referencia a que el sujeto reciba o cobre, directa o indirectamente de una o de varias personas, no tiene precisamente el papel limitante que normalmente juegan dentro del elemento descriptivo del tipo las circunstancias de modo, sino que por el contrario en este caso se está indicando que el verbo rector puede realizarse de modo amplio —directa o indirectamente— y de una o varias personas, lo cual no encierra el tipo debiéndose concluir que no es ésta una circunstancia de modo, sino una innecesaria insistencia a la forma amplia de recibir o cobrar utilidades o ventajas usurarias; lo mismo dígase de la expresión "cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla".

Estas referencias a la amplitud modal del tipo de usura, nos parecen innecesarias y antitécnicas, aclaraciones impropias del legislador que en estos casos debe realizar una descripción escueta, propia de los tipos abiertos dejando los comentarios en manos de la doctrina.

De todas maneras en las dos expresiones comentadas, el legislador ha querido hacer énfasis de los artificios de que se valen los delincuentes económicos para encubrir y disimular sus actividades criminales; tal vez hubiese sido más técnico que en lugar de las dos expresiones criticadas se hubiese limitado a decir "el que en cualquier forma reciba o cobre".

De la estructura del artículo 235 comentado, se desprenden dos formas de recibir o cobrar la ventaja o utilidad usuraria, así:

— "Directa", como predicado o atributo que se formula de la acción desarrollada por el propio sujeto activo de la conducta punible y cuyo entendimiento no se presta a mayores consideraciones;

— "Indirectamente", que constituye acción impersonal cuando el sujeto agente no percibe en forma inmediata la utilidad o ventaja de manos de su víctima, sino que ello ocurre por intermediación de terceros, trátase de personas naturales o jurídicas, que a nombre del denominado usurero reciben o cobran las utilidades o ventajas destinadas a éste.

La expresión de una o varias personas, de quien debe recibir la utilidad o ventaja el agente, debe ser entendida dentro del exceso de mala técnica empleada en la redacción del tipo de usura, donde con casuismo innecesario se está indicando que no interesa, para efectos de la realización del tipo, que el agente concrete su actividad en una o varias operaciones usurarias con una o varias personas. Tal expresión permite afirmar nuestro criterio de la imposibilidad de la existencia del concurso homogéneo de hechos punibles, entretándose de usura.

El término —indirectamente— junto con el que habla de "cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla", está haciendo referencia a la denominada usura encubierta, que ha sido objeto de particular preocupación en razón a las dificultades que suele presentar para su represión penal. Así, en España, el artículo 543 la contempla en forma especial sin exigir la habitualidad que sí se requiere para la figura básica, lo cual indudablemente hace más riguroso este tipo penal. (9)

(9) Artículo 543: "Será castigado con las penas del artículo anterior el que encubriere con otra forma contractual cualquiera la realidad de un préstamo usurario, aunque no exista habitualidad."

La doctrina siempre ha resaltado la infinidad de formas utilizadas por los delincuentes para encubrir la usura, señalando distintas e ingeniosas formas contractuales (Pacto de retroventa, donación remuneratoria, simulación de venta de cosas, etc). Creemos que esta forma de usura debe ser considerada más grave por razones de personalidad del sujeto, debiéndose por ello sancionar más drásticamente.

c. La habitualidad: Contiene este tipo penal una importante circunstancia de tiempo, cual es el término de un año exigido para cobrar o recibir utilidad o ventaja usuraria y que introduce el requisito de la habitualidad dentro de la estructura típica de la usura.

La forma como el legislador colombiano establece la habitualidad en la usura es realmente desacertada, pues en realidad lo que se exige en la norma es que la utilidad o ventaja usurarias deben cobrarse dentro del término de un año y si es en tiempo menor no se puede entender consumado el delito.

Constatar la habitualidad del usurero estableciéndose procesalmente su persistencia durante el lapso de un año es uno de los escollos difícilmente superables por los jueces, pues como es natural la actividad misma suele disfrazarse buscando la impunidad y como el mismo tipo lo indica, el negocio usurario puede realizarse con una o con varias personas, siendo en este último caso aún más difícil su precisión.

Históricamente los antecedentes de la norma colombiana sobre usura, indican que en todos ellos se ha exigido la habitualidad; así, en el Código Penal de 1936 "El que por más de tres veces obtenga...", en el proyecto del Código Penal tipo para América Latina, se insistió también en la habitualidad de la conducta; lo mismo ocurrió en el anteproyecto de 1974, "El que por dos o más veces obtenga..."; lo mismo ocurrió en los restantes proyectos, siendo interesante resaltar como en el de 1976 aparece por primera vez la expresión que ahora se comenta, en el artículo 309 que decía: "El que por dos o más veces, en el término de un año...". Luego en el artículo 328 del proyecto de 1978, "El que por dos o más veces en el término de un año..." y finalmente en el artículo que fue definitivamente aprobado y que debería ser la norma vigente, el 292, "El que por dos o más veces reciba de una o de varias personas, en el término de un año...". Sin embargo en la promulgación del Código mediante el Decreto 100 de 1980, se eliminó la exigencia de dos o más veces, situación que se mantiene en el artículo 1º del Decreto 141 de 1980 que consagra la norma vigente y de donde se debe concluir sin dificultad que se exige el cobro de utilidades o ventajas durante el término de un año.

No compartimos el punto de vista del doctor Cancino quien parece entender el término de un año como condición de procedibilidad antes que reinteracción o permanencia de la conducta durante el lapso de un año; dice así el autor citado:

"En la disposición se dice que el cobro o recibo debe hacerse en el término de un año. Nada más ilógico; el juez de acuerdo con esta circunstancia temporal, a pesar de tener conocimiento de que el delincuente ha realizado varios cobros indebidos a una o varias personas, en un día, en una semana o en un mes y que su conducta encaja en el tipo penal, tendrá que esperar que transcurra un año desde el momento del primer cobro o del cobro último, para poder iniciar la correspondiente acción" (el subrayado es NUESTRO). (10)

Creemos que el requisito temporal se refiere es a la habitualidad en cuanto exige que los intereses deben cobrarse durante todo el año; ello es lo que se desprende de los antecedentes históricos de la norma y de su mismo sentido gramatical.

Al criticar el punto de vista de Cancino, el profesor Saavedra Rojas dice:

(10) CANCINO MORENO, Antonio J. "Derecho penal especial". Universidad Externado de Colombia. p. 173

"Cancino entra en contradicción con los principios generales del proceso penal, porque para el ejercicio de la acción penal no existen más que dos formas de iniciación —oficiosa y por querrela— estas últimas tienen un término expreso de preclusión, para que la parte interesada pueda solicitar la iniciación de la correspondiente acción penal. De dónde y por qué se concluiría que, ha sido voluntad del legislador hacer una modificación a la Ley procesal por medio de una norma sustantiva?". (11)

Este requisito de la habitualidad que es por sí absurdo, lo es mucho más en la forma como lo concibe el legislador colombiano, al exigir la permanencia de la actividad usuraria durante un año, ya sea con una o con varias personas y realizándose en forma directa o indirecta, además la habitualidad, no se compadece con el bien jurídico tutelado, ya que la actividad usuraria realizada por una sola vez y en lapso inferior a un año, también genera desequilibrio económico por sus consecuencias inflacionarias; sobre todo cuando se da en préstamo grandes sumas de dinero a altísimas tasas de interés, así sea por una sola vez y en un lapso corto de tiempo. Ernesto Ure al criticar la habitualidad sostiene: "Pero al confrontar los supuestos recién anotados de delitos plurisubistentes, con la ratio essendi de la incriminación de la usura se advierte que en ésta no existe ningún motivo valedero que justifique la impunidad de cada hecho aislado, cuya ejecución concreta los elementos materiales y psicológicos requeridos para su castigo: la concertación de un solo préstamo usurario representa de por sí la perpetración de un hecho objetivamente disvalioso y subjetivamente reprochable que merece ser sancionado como delito...". (12)

De acuerdo con la existencia típica de la habitualidad, se tienen entonces que el autor del delito de usura debe percibir utilidades o ventajas usurarias durante el lapso de un año, término que debe ser entendido en forma continua o discontinua, siendo posible la suma de segmentos de tiempo con solución de continuidad. Dentro de la descripción sui generis que le dio el legislador colombiano a la norma sobre usura, se pregunta el intérprete si se trata de un delito permanente, de un delito continuado o de una mera habitualidad delictiva que parece sancionar al hombre no por lo que hace sino por lo que es (profesionalmente usurero).

Si bien, el delito de usura contiene la característica de la temporalidad (permanencia calificada de la actividad delictiva que debe ser por lo menos de un año), no se le puede calificar como un delito permanente pues es característica de esta clase de delitos su unidad naturalística y jurídica; así, el secuestro es uno solo sea cual fuere su duración, una es la acción delictuosa y uno solo su resultado, al tiempo que la usura por su condición de ser de tracto sucesivo, conlleva el agotamiento naturalístico del iter-criminis cada vez que el sujeto obtiene la utilidad o ventaja usuraria, esto es, implica pluralidad de conductas. Debe concluirse por ello que no se trata de un delito permanente a pesar de serlo aparentemente.

Podría pensarse que se trata de la consagración sui generis y específica de un delito continuado, como si se le hubiese colado al legislador a pesar de su propósito de extinguir esta figura como lo hizo en la parte general, porque le da tratamiento de un solo hecho punible a una pluralidad de conductas lo cual es de por sí una ficción, que impide que se le dé el trámite concursal, sin embargo tampoco reúne los requisitos y las características de esta figura, siendo imposible entonces predicar las reglas generales que sobre consumación, prescripción, etc., que regulan el delito continuado.

Se llega a la conclusión de que se trata de una categoría especial sui generis, delito habitual o plurisubistente, aglomeración legal de varios hechos naturalística-

(11) SAAVEDRA R., Edgar. Apuntes de clase.

(12) URE, Ernesto. Usura en el derecho penal. p. 47

mente escindibles, a los cuales el legislador solo les reconoce calidad delictiva en cuanto sean realizados habitualmente por lo menos durante un año por el sujeto usurero. Como lo afirma Fierro: "Nos encontramos con que este delito habitual es aquel que por propia conformación del tipo requiere necesariamente para su configuración la realización reiterada de la acción descrita por la figura. A diferencia del delito continuado, cada acción considerada aisladamente es impune y es la reiteración o mejor dicho, la 'habitualidad' de ese modo de proceder lo que constituye al delito previsto y reprimido por la ley". (13)

d. Consumación: Entonces la consumación del delito de usura solo se logra mediante la habitualidad del autor por el término de un año, o por más tiempo, siendo siempre un solo delito, existiendo a nuestro juicio la imposibilidad del concurso; por otra parte los actos usurarios individualmente considerados y de duración menor a un año, son en principio impunes salvo que logren ubicarse objetiva y subjetivamente en el ámbito de la tentativa.

e. Tentativa: Nuestra posición en este punto es la de que solo se puede predicar la tentativa cuando habiéndose descubierto antes de completarse el año se logra establecer la finalidad o propósito por parte del sujeto de obtener ya sea de una o de diferentes personas utilidad o ventaja usuraria por el término de un año, porque entonces se cumpliría la regla del artículo 22 del Código Penal que habla de actos idóneos o inequívocamente dirigidos a la consumación del hecho punible y éste no se produjere por circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Por el contrario si se establece actividad usuraria en lapso inferior a un año sin propósito de continuidad esa conducta es impune en el derecho penal colombiano; por ello hemos dicho que en tratándose de usura, nuestro legislador parece sancionar al hombre más que por lo que hace, por lo que es profesionalmente usurero.

También es una forma de tentativa en la usura cuando a pesar de haber ocurrido el término de un año, el sujeto agente no obtiene el pago, que es normalmente como se descubre el hecho, al intentarse la acción judicial de cobro; se trata entonces de una tentativa acabada en lo que no se obtiene el resultado exigido por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Cuestión interesante, surge en la hipótesis posible en la práctica delictiva, de que las utilidades o ventajas usurarias se paguen por adelantado en la modalidad de mutuo de dinero por el término de un año; en estos casos nos parece que el delito de usura se ha consumado plenamente a partir del momento en que se ha producido el pago anticipado sin que sea preciso esperar que transcurra el año para la iniciación del proceso como lo afirma el profesor Cancino.

A nadie se le escapa además que de acuerdo con la estructura de la norma, el de la habitualidad es un mecanismo de impunidad.

f. Objeto material: El objeto material del delito de usura está dado por la utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación.

La utilidad o ventaja usuraria deben provenir en esta primera modalidad del delito de préstamo de dinero o por concepto de bienes y servicios a plazos nos parece que en esto hubiese podido ser más técnico el legislador, porque innecesariamente restringe el mutuo solo al dinero dejando por fuera las demás cosas fungibles. Y en cuanto a la venta de bienes y servicios a plazos, es correcta la regulación que se hace en el código al excluir la venta de contado que puede estar regulado por normas civiles (lesión enorme, por ejemplo), pero que no hacen parte de la naturaleza de tracto-sucesivo de la actividad usuraria. El profesor Cancino en posición contraria a

(13) FIERRO, Guillermo J. "La ley penal y el derecho transitorio". Depalma, Buenos Aires. p.227

la nuestra se duele de que no se hubiese incluido la venta de contado. (14).

Salvo el vacío, que le anotamos a la disposición en lo referente al mutuo de cosas fungibles, nos parece que logra muy buena cobertura de estas actividades, concretamente en lo pertinente a la venta de bienes o servicios a plazo, modalidades comerciales que han adquirido un gran auge en la sociedad de consumo, estándose en presencia de un particular condicionamiento de las personas quizás por causa de la publicidad, que optan por comprar las cosas sin dinero y pagarlas después, pagando por esos bienes o servicios tales como electrodomésticos y viajes de placer, altísimas tasas de interés.

Claro que la usura, en estas actividades comerciales suele ser encubierta, siendo muy difícil su precisión, esto particularmente porque el precio de los bienes o servicios no están sometidos, en nuestra economía, salvo casos excepcionales (cosas y servicios de primera necesidad), a control estatal imperando por ello la ley de la oferta y la demanda y el acuerdo de voluntades entre el comprador y vendedor en la fijación del precio del bien o servicio; solo a partir de ese momento es que se puede estructurar la usura. En otros términos, consideramos que la usura se da es en el sistema de crédito establecido para el pago por cuotas de los bienes o servicios y no en el precio mismo que las partes han fijado inicialmente a éstos. Así, la idea de utilidad o ventaja que en el caso de préstamo de dinero es muy fácil establecer, por ser una relación muy simple, cantidad de dinero pagado o cobrado menos cantidad de dinero prestado; en el caso de bienes o servicios, debe establecerse esa utilidad o ventaja en la diferencia entre el dinero pagado o cobrado a plazo y el precio del bien o servicio inicialmente acordado entre las partes contratantes.

3. INGREDIENTES ESPECIALES

Estructuralmente el de la usura es un tipo penal en blanco porque su integración se logra acudiendo a disposiciones de tipo administrativo emanadas de la Superintendencia Bancaria que es la entidad encargada de certificar la tasa de interés legal para los bancos, que sirve de referencia al intérprete.

Como toda norma penal en blanco, contiene un ingrediente normativo de orden jurídico, en este caso predicable del objeto material del delito, ya que se exige que la utilidad o ventaja exceda en la mitad el interés que para el período correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios conforme a la certificación de la Superintendencia Bancaria.

Debe entonces el intérprete emitir un juicio valorativo sobre la utilidad o ventaja obtenida por el sujeto agente, teniendo como referencia el límite legal fijado por la Superintendencia, límite legal que conforme a la norma estudiada debe ser excedido en la mitad para efectos de la realización del tipo.

Los créditos ordinarios de libre asignación son: aquellas operaciones activas ordinarias que no tienen una destinación oficial ni son de fomento (15) realizadas por los bancos dentro del giro de sus negocios y reguladas por la Junta Monetaria según el Decreto 2206 de 1963, siendo las tasas señaladas por este organismo el fundamento de la certificación que para efectos probatorios expide, la Superintendencia Bancaria conforme al Artículo 235 del Código Penal.

(14) CANCINO, Antonio J. "Delitos contra el orden económico y social". p. 156

(15) SERRANO, Luz Amparo. "De las tasas de interés". En revista jurídica USTA. N° 10. Bucaramanga, Abril de 1985. p.52.

Los tipos penales en blanco como lo es el de la usura son estructuralmente completos, esto es gozan de precepto y sanción, pero el precepto en una relación de continente a contenido debe ser llenado con disposiciones ajenas al estatuto penal, normalmente administrativas como en el caso de la norma estudiada. Esta característica de las normas penales en blanco genera algunas dificultades en el ámbito de la vigencia de la ley penal en el tiempo; empezando porque como lo señala el profesor Reyes Echandía, en acertada expresión —estas normas permanecen en hibernación hasta tanto la disposición complementaria no se produzca y solo a partir de ese momento es que se efectiviza su vigencia— además la materia de prohibición en estos tipos es cambiante con las decisiones administrativas lo cual genera indiscutiblemente incertidumbre jurídica.

Particular interés tiene en este punto, resolver la situación en que encuentran las conductas comprometidas penalmente por usura, ya sea que sobre ellas se haya proferido sentencia condenatoria o aún no se haya llegado a tal momento, ante la aparición de disposiciones administrativas de la Superintendencia Bancaria que eleva el límite legal de la tasa de interés quedando por ello tales conductas dentro un aparente ámbito de licitud.

En nuestro medio, el estatuto penal se abstiene de dar regulación concreta al asunto, ni siquiera como lo hace el Código Penal Brasileño que en su artículo 3° establece la ultraactividad de las leyes penales excepcionales y temporarias y dado el parentesco próximo entre éstas y las normas extrapenales integradoras de los tipos penales en blanco, constituyen una importante luz legislativa en la solución del problema; pero ante tal ausencia queda entonces el asunto en manos de la doctrina y la jurisprudencia.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia existen antecedentes poco halagüeños, si bien no sobre un caso concreto de usura, si referido al delito de peculado en un asunto en el que al momento disponer los viáticos oficiales el sujeto superó el límite legal y posteriormente antes del fallo, una disposición administrativa, acordó la elevación del límite legal de éstos. En dicha oportunidad la Corte Suprema dispuso la inexistencia del delito; para arribar a tal conclusión nuestro máximo Tribunal aplicó el principio de favorabilidad en forma amplia. (16)

Tal postura de la jurisprudencia nacional dejaría definitivamente sin posibilidad de aplicación la norma sobre usura ya de por sí maltrecha y defectuosa, pues el límite legal de intereses es periódicamente ampliado.

Debe señalarse sí, que en aquella oportunidad en que la Corte sentó esta doctrina, varios magistrados salvaron su voto (17), siendo trascendentes los planteamientos del Magistrado Reyes Echandía, quien afirmó en esa oportunidad:

“2°) Considero que con fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional la excepción de la retroactiva aplicación de la ley más favorable se refiere expresamente a “materia criminal”; su reiteración en el Código Penal permite enfatizar la restricción del área especializada en que tal principio se desenvuelve. Es, desde luego, posible que la disposición más favorable al procesado pertenezca a un ordenamiento jurídico distinto del penal, pero en tal caso su aplicabilidad está supeditada a aquellas hipótesis en que tal forma sea recogida por un tipo penal que posea ingrediente normativo con el cual se integre;

“Tal ocurriría, por ejemplo, con el tipo de inasistencia familiar, si una ley —de carácter civil— eliminase la abolición alimentaria entre herederos, dado que esta modificación legislativa extrapenal altera la estructura de aquel tipo en cuanto que allí se describe el incumplimiento de las obligaciones alimentarias debidas por el

(16) Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 15 de Febrero de 1980.

(17) Salvaron su voto, los H.H. Magistrados: Alfonso Reyes Echandía, Gustavo Gómez Velásquez y el con-
juez Ignacio Talero Losada.

agente a “sus hermanos”. Pero, cuando la norma modificada, sin ser de naturaleza penal no afecta la estructura de un tipo penal en cuanto deja intactos sus elementos integradores, no cabe su favorable aplicación retroactiva con fundamento en las disposiciones constitucional y legal señaladas.

“3°) Sostener que un determinado comportamiento, que en la fecha de su realización configuró delito de peculado por apropiación —en cuanto el agente dispone en provecho suyo o de un tercero de dineros oficiales en cantidad mayor de la legalmente permitida— pierde su ilicitud porque una disposición administrativa posterior eleva el monto de la disponibilidad presupuestal de tal manera que de haberse dado la conducta bajo esa nueva situación ella no sería delictiva es peligrosa tesis que, sin respaldo constitucional ni legal, abre amplio e incontenible camino hacia la impunidad. Para confirmar esta conclusión basta recordar la situación de autos o de cualquiera otra semejante: un funcionario público fija a empleado de su dependencia viáticos por cantidad superior a la permitida en esa fecha por decreto o resolución con plena conciencia del peculado que está cometiendo, pero también en la convicción (o sin ella, pues este aspecto no altera la cuestión) de que una norma posterior al elevar en el futuro —más o menos próximo, pero cierto, en razón del previsible y constante proceso de desvalorización— el tope de los viáticos, convalidará retroactivamente su ilícito proceder. Con dicha tesis va a desaparecer esta concreta y nada infrecuente modalidad del peculado; el delincuente solo necesita esperar la llegada del decreto o resolución que, al aumentar el monto de los viáticos, bendiga con efecto retroactivo lo que fue y no ha dejado de ser delito...”. (18)

La crítica a la tesis sostenida por la mayoría de la Corte, radica entonces en la aplicación ilimitada del principio de retroactividad sin tener en cuenta la naturaleza penal o extrapenal de la ley favorable, ni la incidencia en la estructura típica que tengan estas últimas ya que ese principio se refiere a la Ley Penal como acertadamente lo señala el profesor Alfonso Gómez Méndez al criticar la decisión de la Corte:

“Una disposición de carácter administrativo que aparentemente hace lícito lo que antes era ilícito, no se está refiriendo ni a la calidad del sujeto activo, ni a la naturaleza del objeto material, ni a la conducta misma, que sigue siendo igual. Los elementos del tipo legal de peculado no se modifican por el hecho de que una disposición posterior, de naturaleza administrativa, permita actuar al funcionario, a partir de su vigencia, de una manera distinta. La ‘hipótesis’ de aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable (de rango constitucional, ciertamente, pero de alcances limitados señalados en el mismo texto), están precisamente señalados en el artículo 45 de la ley 153 de 1887. En el fondo, la tesis de la Corte llevaría a afirmar que un ‘acto jurídico posterior’ (aún cuando no sea de naturaleza penal), que hubiese convertido en ilícita la acción, de haber existido al momento de su realización debe aplicarse en forma retroactiva...”. (19).

Consideramos entonces que las variaciones en los límites legales en la tasa de interés no afectan con criterio de favorabilidad las situaciones consolidadas así estén en trámite procesal o definitivamente falladas.

4. COPARTICIPACION CRIMINAL

Ya hemos dicho que este tipo penal presenta una plurisujetividad anómala de participación consentida por parte de la persona que da o paga las ventajas o utilidades usurarias, o sea que el tipo penal exige conceptualmente la presencia del

(18) Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Salvamento de voto. Dr. Reyes Echandía.

(19) Revista de Derecho Penal y Criminología. N° 9, p.31 — ss.

prestamista y del prestatario en la parte activa para su realización. Sin embargo creemos que el prestatario que da o paga las utilidades o ventajas, desde el punto de vista típico no puede ser considerado estrictamente autor por cuanto no realiza el tipo, sino que se le debe considerar un cómplice en cuanto presta su auxilio para la realización de la conducta por el autor.

Refiriéndonos en sí a la coparticipación criminal o participación opcional de otras personas en el delito de usura, es interesante resaltar la actividad del intermediario que opera normalmente como determinante y en ocasiones cómplice, en la gestión de negocios usurarios. Se trata de aquellas personas que realizan los contactos con los captadores de dinero y el prestamista de quien suelen ser asesores económicos.

Estos asesores normalmente deben ser ubicados dentro de la determinación delictiva, pues con su actividad propician y buscan la realización del delito por parte de otros, pero también en algunos casos pueden aparecer como simples cómplices de esta actividad según el papel que desempeñen en el ilícito.

La existencia de esta forma de delincuencia de graves consecuencias en cuanto son permanentes propiciadores en el delito en razón de su profesionalidad ha hecho que algunas legislaciones como la italiana contemple un tipo penal que sancione independientemente tal actividad. (20)

Debe afirmarse además, que las distintas formas de coparticipación criminal tienen posibilidad de realización dentro de la dinámica delictiva de la usura sobre los presupuestos generales de conocimiento del hecho y voluntad de participación en él.

5. COMPRA DE CHEQUES, SALARIO O PRESTACION SOCIAL

El inciso segundo del comentado artículo 235 señala que "el que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstas en este artículo, incurrirá en prisión de ocho meses a cuatro años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos".

Apunta esta segunda modalidad delictiva de la usura a reprimir la actividad de graves consecuencias en el patrimonio individual y la economía nacional, como es la compra de cheques, sueldos, salarios y prestaciones sociales de las personas en condiciones de necesidad y de premura obteniendo ganancias ilícitas. Esta operación de compra debe significar una utilidad o ventaja que supere en la mitad del límite legal de intereses y también está condicionada para su perfeccionamiento delictivo a la habitualidad del autor por el término de un año por lo menos. Tal conclusión a la que se llega a partir de la expresión utilizada por el legislador cuando afirma "en los términos y condiciones previstas en este artículo" hace esta norma difícilmente aplicable en la práctica.

6. LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA SOBRE USURA

Para finalizar estos comentarios sobre la tipicidad de la usura, recordemos que ante las dificultades para su aplicación y los errores manifiestos que hemos anotado, los doctores Cancino y Flórez demandaron su inconstitucionalidad sustentándose en que tal disposición es violatoria de los artículos 23 y 26 de la Constitución Nacional por cuanto consideran que atenta contra el principio de tipicidad, postulado

(20) Código Penal Italiano, Artículo 644-2º: "Incorre en la misma pena el que, fuera de los casos de participación en el delito previstos en la disposición procedente, procura a una persona en estado de necesidad. Una suma de dinero u otra cosa mueble, haciéndose dar o prometer a sí o a otros, por la medición una remuneración usuraria."

que apunta a la claridad e inequívocidad de la descripción de las conductas típicas.

La Honorable Corte con ponencia del Magistrado Sábica, desechó los cargos en nuestro sentir acertadamente. Dijo así la Corte en esa oportunidad:

"Para resolver, la Corte estima que, como lo observó el Procurador, los demandantes se limitan a formular una serie de reparos de orden técnico a las disposiciones que acusan, pero sin que ninguna de las tachas en que fundan su pretensión configure violación de los artículos 23 y 26, o de cualquiera otro de la constitución. Pues aspirar a que la ley tenga tal precisión y fijeza de sentido que solo admita una interpretación válida, es exigir la imposible omnisapientia de los legisladores y reducir la tarea de los jueces a una verificación mecánica de los hechos que soportan la norma, todo lo cual choca con la realidad y la experiencia sobre una y otra función. Las simples impropiedades del lenguaje y la variable interpretación de un concepto, no alcanzan a afectar la constitucionalidad de una disposición.

"La certeza legal, el principio de legalidad que exige en el campo penal la descripción previa de los comportamientos prohibidos por la ley, en forma que no haya confusión ni duda sobre el modelo descrito legalmente, que es la garantía que se pretende violada en este caso, exige solamente que tanto los particulares como el juzgador puedan establecer la correspondencia entre el esquema normativo y la conducta de que se trata, sin tener que acudir a complementaciones arbitrarias de la norma para hacerlas coincidir.

"En el caso presente, es evidente que los elementos objetivos que para la descripción del delito de usura contiene el artículo 235, en su forma definitiva, permiten a los particulares y a los jueces penales, sin excluir algunas alternativas o variantes, que son corrientes en la interpretación jurídica, tener una idea exacta de los comportamientos que lo configuran y de las circunstancias que rodean su comisión". (21)

7. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad de la conducta usuraria está dada por la lesión primordialmente del bien jurídico de la estabilidad de la economía nacional aunque por su naturaleza pluriofensiva suele lesionar algunos otros intereses particulares.

En su aspecto negativo, es interesante estudiar la situación del prestatario de quien hemos afirmado coadyuda a la realización de la conducta típica, pero que en el plano de la antijuridicidad normalmente encuadra dentro del estado de necesidad o dentro de la no exigibilidad de otra conducta. Por otra parte, desde el punto de vista del autor del hecho aún afinando la imaginación no surgen hipótesis aceptables de aplicación de las causales de justificación conforme al artículo 29 de Código Penal; Cancino trae un extraño ejemplo del padre menesteroso que debe conseguir dinero para operar a su hijo (22); tal hipótesis nos parece incongruente, pues es muy difícil imaginar a un menesteroso sin dinero especulando con dineros, bienes y servicios, además la exigencia de la habitualidad hace aún menos factible tal hipótesis. Tampoco puede hablarse de consentimiento del sujeto pasivo, pues es principio aceptado que los bienes de los cuales es titular la colectividad no son susceptibles de ser renunciados. Tal hipótesis es perfectamente factible en aquellas legislaciones que consideran la usura como un atentado contra el patrimonio económico de las personas, pero no es el caso de la legislación colombiana que lo ubica en el ámbito de los delitos contra el orden económico y social.

(21) Corte Suprema de Justicia. Sala Plena, Sentencia N° 37 de 11 de Abril de 1983. (Sin publicar).

(22) CANCINO, op. cit., p. 159

8. CULPABILIDAD

El delito de usura es en nuestro derecho un delito exclusivamente doloso y el dolo consiste en la conciencia y voluntad de obtener un provecho patrimonial (utilidades o ventajas) que superen en la mitad del interés legal.

Tratándose de las causales de inculpabilidad penal sin descartar algunas hipótesis de insuperable coacción ajena, el fenómeno del error es el que más tiene posibilidades de aplicación dentro del contrato usurario. Concretamente la apreciación errada del sujeto recaería sobre el límite legal del interés, ya sea que ignore tal límite o en casos extremos que desconozca la prohibición o que erradamente considere que no le obliga, en tales hipótesis podría pensarse en la aplicación del artículo 40 del Código Penal numerales 3 y 4 según el caso.

9. CONCLUSIONES

1. Se impone la revisión total del tipo penal de la usura, con el fin de lograr una redacción más coherente y lógica que facilite su aplicación, lográndose en esta forma que sea un instrumento eficaz contra el delito.

2. Se debe mantener la ubicación del delito de usura dentro del título VII relativo a los atentados contra el orden económico y social, primando así el bien general o colectivo sobre el interés individual, sin que ello implique desconocimiento del interés particular que queda así necesariamente protegido. Por otra parte al ubicarse en el título VII, se impide que el consentimiento del sujeto pasivo dificulte la lucha contra esta forma de delincuencia económica.

3. Debe utilizarse preferiblemente la fórmula verbal "el que se haga dar o prometer" quedando así constituida la conducta por la relación contractual del préstamo y obteniéndose la consumación del delito con la celebración del contrato usurario.

4. Debe eliminarse la habitualidad como requisito típico de la usura, pues una sola actividad usuraria es de por sí inflacionaria y tampoco debe contemplarse la habitualidad como agravante, por las mismas razones por las que se eliminó la reincidencia en el Código Penal. Al eliminarse la habitualidad se le da paso a la regla general del concurso de hechos punibles.

5. La usura encubierta debe ser objeto de más drástico tratamiento punitivo. Debe ser considerada una causal de agravación del delito.

6. Desde el punto de vista de la punibilidad, debe hacerse énfasis en la pena pecuniaria (multa).

7. Es aconsejable el mantenimiento de las disposiciones relativas a las medidas de aseguramiento establecidas por el Decreto 1853 de 1985.

8. Proponemos en consecuencia, la siguiente fórmula típica de usura:

Artículo 235: El que se haga dar o prometer, a cambio de préstamo de dinero o cosas fungibles, o por concepto de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés autorizado a los bancos en el momento del hecho para los créditos ordinarios de libre asignación, según certificación de la Superintendencia Bancaria, incurrirá en...

El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en las condiciones previstas en este artículo, incurrirá en...

Si la usura fuera encubierta, la pena se aumentará de una sexta parte a la mitad.

EL HURTO CON ARREBATAMIENTO ("RAPONAZO") Y EL HURTO CALIFICADO POR LA VIOLENCIA

ENRIQUE GARCIA GALVIS

I.— ENUNCIADO DEL CONFLICTO

El tema que sirve de título a este breve ensayo, ofrece —en nuestro criterio— una destacada importancia dentro del Derecho Penal, ámbito donde operamos con más dedicación y empeño que bagaje científico, por virtud a que luego de un lustro de vigencia del estatuto punitivo que se expidiera mediante el Decreto No. 100 de 1980, aún hoy la modalidad de atentado contra el "Patrimonio Económico" que en nuestro medio se distingue con la expresión vernácula de "Raponazo", presenta al intérprete no pocos sobresaltos y dudas cuando de agofar el proceso de adecuación típica se trata.

En consideración a que la problemática del tratamiento que "legelata" recibe actualmente el "raponazo", parece tener alguna explicación en el fenómeno consistente en que los intérpretes del vigente estatuto punitivo (C.P. de 1980), continúan sujetos conceptualmente en alguna medida a la jurisprudencia y doctrina que profusamente tuvo desarrollo hasta la expiración del Código de 1936, se impone —con miras a una mayor claridad y comprensión de la tesis que se sostendrá en este artículo—, realizar un breve repaso de las posiciones asumidas por quienes dedicaron parte de sus esfuerzos a calificar jurídicamente el "Hurto" con arrebatamiento, dentro de los cánones que integraban los Capítulos I y II del Título XVI del plexo normativo jus-penal recientemente derogado.

II.— TRATAMIENTO DE LA CONDUCTA TIPICA EN VIGENCIA DEL C.P. DE 1936

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

En primer término debe recordarse que el "raponazo" se convirtió por obra de una jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema de Justicia, y por los pendulares y discordantes criterios de los Tribunales Superiores, en una especie de figura delictiva errante, que en ocasiones fue tratada como un elemental "Hurto" (art. 397), y en otras como un evento más de "Robo" de acuerdo con las previsiones del art. 402 del Código que se comenta.

A este respecto resulta pertinente reconocer que el conflicto que gravitaba sobre el juzgador cada vez que se veía avocado a resolver el caso sub iudice dentro del ordenamiento penal de 1936, acusaba como única y determinante causa, la circunstancia de que esa codificación (a diferencia de la actual), contemplaba como tipos penales autónomos (básicos o fundamentales, de acuerdo con la moderna nomenclatura) al "Hurto" y al "Robo".

Por otra parte, también conviene destacarlo, el legislador de 1936 no erigió en circunstancia de agravación del "Hurto" el comportamiento consistente en despojar al sujeto pasivo de las cosas que lleva consigo "mediante arrebatamiento"; ni tampoco mencionó aquel específico acto de latrocinio como evento de atenuación del "Robo", tal como lo contemplan algunas legislaciones de nuestra órbita cultural como la argentina y la venezolana.

Así pues que la sistemática utilizada en el Código anterior, consagratoria de capítulos separados para cada una de las conductas de "Hurto" y "Robo", obligaba a los estudiosos nacionales, lo mismo que a los foráneos que obedecían códigos que

también distinguían entre aquellos dos hechos punibles, a aceptar que la única diferencia que existía entre uno y otro, era precisamente la violencia que en el "Robo" debía ejercitar el agente en orden a obtener la ilícita apropiación de la cosa.

En términos del profesor Agudelo Betancur, "había acuerdo unánime en la enunciación de los elementos del hurto, como la sustracción de cosa mueble ajena sin consentimiento del dueño y con ánimo de aprovechamiento. Y con respecto al robo también hubo acuerdo doctrinario, en el sentido de que tal delito se configuraba con los mismos elementos del hurto, más violencia a las personas o a las cosas" (1).

En tal orden de ideas resultaba perfectamente claro, que entre los dos tipos penales en comentario, no existía diferencia substancial alguna; y que, consecuentemente con el sistema normativo imperante, aparecía fácilmente explicable el hecho de que nuestro más alto Tribunal de Justicia en ocasiones calificara como "Hurto" al "raponazo", y en otras elevara de "rango" esa misma actividad criminalosa adscribiéndole el "nomen juris" de "Robo" (art. 402), por estimar que tal era el título que merecía el despojo; bien porque la Corte Suprema optara por la tesis extrema que consideraba que todo apoderamiento mediante "arrebato" implicaba de suyo violencia física; ora porque se inclinara por la teoría según la cual, no obstante no constituir la fuerza física el elemento consubstancial al "raponazo", cuando el sujeto ejercía fuerza sobre las cosas o las personas se hacía incurso en la especie de injusto más drásticamente penado en el estatuto de 1936.

Aquella situación, un tanto caótica, por la que atravesaba la jurisprudencia nacional en la materia que se estudia en esta oportunidad, nos permite reconocer la existencia de dos tendencias claramente escindibles y diferenciables y que pasan a verse con toda brevedad:

a.— Tesis estricta o de la "violencia presunta"

Esta corriente de pensamiento estuvo representada —entre otros— por los Magistrados Simón Montero Torres y Efrén Osejo Peña, quienes aparentemente llegan a la conclusión de que todo "arrebato" constituye "Robo" (art. 402) y no "Hurto" (art. 397), con el argumento extremo de que el "raponazo" implica inexorablemente el ejercicio de violencia física.

Veamos en qué términos discurrían los penalistas citados:

El Doctor Montero Torres afirmó:

"El hecho imputado al procesado, en cuanto despojó o arrebató a la denunciante su cartera, no puede calificarse sino como robo, porque entró en juego la violencia, pues es el significado de tales palabras según el diccionario de la Lengua "Arrebatarse. Quitar. O tomar alguna cosa con violencia o fuerza. Llevar tras sí o consigo con fuerza irresistible. "Despojar" Privar a uno de lo que goza y tiene; desposeerle de ello con violencia...". Por tanto, darle a las palabras el correcto significado que tienen en el idioma, no implica la invención de un delito, sino la definición de una cuestión de hecho, prevista en la respectiva disposición Penal.

"El acto atribuido al procesado no puede denominarse sino como un despojo o que arrebató la cartera a la víctima del ilícito.

"El acto de despojar o arrebatarse en este caso se dice que no puede reputarse como un medio de violencia, porque ni en la persona, ni en el objeto dejó huella alguna o mutación en su conformación, ruptura, desgarramiento, distorsión", de ahí que algunos tratadistas "sean enfáticos en exigir una fuerza anormal distinta de la natural y usual para tomar posesión de la cosa"; sin embargo semejante modo de argumentar además de estar en abierta oposición, con el hecho consumado por el procesado, entraña un inaceptable concepto objetivo al considerar que el despojar o arrebatarse alguna cosa a su dueño, no es sino un acto normal, natural y usual para tomar

posesión de la cosa", algo que resulta manifiestamente inaceptable, por decir lo menos" (2).

Por su parte el Magistrado Osejo Peña opinó sobre el asunto:

"Finalmente, al sostener que no hubo violencia en virtud de la inexistencia de 'ruptura, desgarramiento, distorsión, etc.', se confunde en la sentencia los efectos con la causa, porque la violencia es la causa que, ordinariamente, mas no siempre, deja huellas o rastros como los indicados; pero si no existen, no puede afirmarse que no hubo violencia, sino que será más o menos difícil producir la prueba; y en el caso sub iudice, hubo testigos que vieron cuando Ruiz Alfonso en forma violenta se apoderó de la cartera de la denunciante. En resumen, los actos de violencia no requieren que necesariamente dejen ruptura, desgarramiento, distorsión, etc., o huellas en términos generales, para que exista aun cuando, en caso contrario, puede ser difícil allegar la prueba al proceso, más no imposible". (3).

Del mismo parecer de los anteriores juristas patrios era el doctor Julio Romero Soto, cuando en uno de sus conocidos conceptos fiscales afirmaba:

"Por violencia debe entenderse únicamente la violencia física. El empleo de medios contrarios en un todo a la forma normal y propia de obrar sobre las cosas es lo que constituye la violencia y no la simple acción de separar o apartar ésta del sitio en el cual se encuentra, removiendo los medios naturales o artificiales que a éste le unen o ligan. El acto entre nosotros designado como "raponazo" y que consiste en arrebatarse de las manos o de encima de una persona una cosa, ejerciendo violencia sobre dicha cosa, toma entre los italianos el nombre de "strappo" siendo sancionado en dicha legislación como una forma de hurto agravado. El artículo 2º de la Ley 4a. de 1943, al expresar en lo pertinente "El que por medio de violencia a las personas o a las cosas...", comprendió indudablemente en dicha disposición el "raponazo" como un acto constitutivo del delito de robo, tanto más, si se tiene en cuenta que en dicha disposición no se hizo especificación alguna en relación al sitio, en que se encuentren las cosas, cuando sobre ellas recae la acción violenta del agente del delito. Cuando a la ubicación de las cosas el Código quiere referirse, bien como elemento constitutivo del delito o bien como circunstancia agravante o atenuante de éste, lo hace mediante una disposición especial disposición que no aparece o no existe en nuestro ordenamiento penal en relación con el "raponazo". Se debe por tanto, este caso, constitutivo de violencia sobre las cosas, y de manera directa y única sobre éstas ejecutado, aunque indirectamente sobre las personas, considerarse como comprendido en el artículo 2º de la Ley 4a. de 1943 antes citado.

"Arrebatarse es quitar con violencia todo lo que une una cosa o la persona, puesto para seguridad, comodidad o siguiendo un uso generalizado". (4)

b.— Tesis flexibles

Ubicamos dentro de esta tendencia a quienes opinaban en vigencia del C.P. de 1936, que existía "Robo" únicamente en el evento en que efectivamente, y en forma ostensible, perceptible sensorialmente, se ejerciera violencia física contra las personas o las cosas.

El Doctor Humberto Barrera Domínguez, en términos que comparte totalmente quien escribe, resolvía el conflicto de otrora en los siguientes términos:

"De acuerdo con la ley penal colombiana, el apoderamiento de los bienes muebles que la víctima lleva o porta encima no está tratado como circunstancia agravante del delito de hurto, ni se le hace equivalente al delito de robo. Es, sí, dable que la desposesión, en este caso, se realice mediante violencia física contra las cosas o contra las personas o mediante amenazas a las últimas. Si esto ocurre, se tiene

el delito de robo. Pero si el agente no acude a esa violencia física o moral (entendida en el alcance jurídico ya señalado atrás), únicamente cabe calificar la conducta como hurto". — "Los hechos averiguados no constituyen el delito de robo, pues el apoderamiento no lo cumplió el acusado José Ignacio Latorre mediante violencia contra las cosas, ni contra las personas.

"Si, como dice la ofendida Sanabria Céspedes, solo sintió que le "raparon" la cartera cuando el sindicato "por detrás" se apoderó de ella, es obvio que no se cuenta con ningún elemento de juicio que permita aseverar que se llevó a cabo violencia física contra las cosas (en su alcance jurídico-penal), ni violencia física contra la denunciante, pues más obró en la desposesión la sorpresa que la fuerza.

"La víctima no manifiesta la manera como portaba la cartera materia del delito, ni fue preguntada por ese importante detalle. No se puede, entonces, siquiera suponer que el delincuente superó alguna resistencia material para cumplir el apoderamiento, como cuando la manilla es rota, por llevar la ofendida la cartera en el brazo, por ejemplo. Y resulta claro que la manera como el procesado realizó el hecho, acudiendo por detrás de la señorita Sanabria Céspedes, excluye esa necesaria voluntad renuente u oposición a una supuesta violencia, pues la nombrada ni siquiera tomó conocimiento de que iba a ser objeto de la desposesión de su cartera, sino que, cumplida tal desposesión, empezó a solicitar que se aprehendiera al delincuente". (5).

III. EL "RAPONAZO" EN EL C.P. DE 1980

El vigente estatuto punitivo, a diferencia del inmediatamente anterior, consagró en el numeral 10 del art. 351, como una circunstancia específica de agravación del "Hurto", la consumación del apoderamiento de las "cosas u objetos que las personas llevan consigo", mediante arrebato.

La precedente premisa, que consideramos constituye una conclusión que surge con diáfana esplendor del inequívoco tenor de la norma en comentario (351-10), le impone asumir a su intérprete como una verdad apodíctica, que el legislador de 1980 **sustrajo expresamente** y por razones comprensibles de política criminal, la conducta conocida como "raponazo" (hurto con arrebato), de la modalidad violenta de sustracción que el redactor del Decreto No. 100 de 1980 consagró en la causal 1a. del art. 350 (hurto con violencia sobre las personas o las cosas).

Y es que la conclusión que se acaba de mencionar como verdad irrefutable, descansa sobre razones lógico-jurídicas que bien puede entenderse suplen la carencia de actas de la respectiva comisión redactora que se ocupara del estudio de los tipos "Contra el Patrimonio Económico".

En criterio nuestro, el legislador extraordinario de 1980 debió considerar al momento de crear la circunstancia de agravación del "hurto mediante arrebato", que el "raponazo" nudo, sin otro aditamento distinto al "sorpresivo despojo", no significaba, no podía significar jamás el ejercicio de esa "vis" (absoluta o compulsiva, según el caso) a que se refiere sin equívocos la causal 1a. del canon 350.

Sobre el tópico referido a la distinción que merece evidentemente la "violencia" que en alguna forma hace parte de todo "raponazo", y la violencia que se consagra como circunstancia de "calificación" del "Hurto" en el art. 350 del C.P., conviene precisar que en el "arrebato" el ladrón no quebranta las seguridades con que las personas suelen rodear ordinariamente los haberes que llevan consigo.

Podría afirmarse que los objetos que comúnmente son blanco de la codicia de los "raponeros" (relojes, cadenas, pendientes y otros aderezos), carecen por su naturaleza de aditamentos que puedan calificarse racionalmente como elementos o dispositivos creados para otorgar seguridad a esa especie de bienes ante el ataque

de los depredadores que han hecho de esta modalidad delictiva su "modus vivendi".

Por otra parte, para que la "violencia" sobre el sujeto pasivo de la ilícita desposesión tenga trascendencia dentro del campo del Derecho Penal, es menester que esa persona contrarie, rechace o de alguna manera se oponga a la fuerza que en su contra ejerce el agente del hecho punible.

Esa oposición (tácita o expresa) que el ofendido hace a la agresión o amenaza desplegada por el autor, significa —necesariamente— que el portador de la cosa apetecida tiene conciencia de que se le hace objeto de violencia, bien sea física o moral (vis absoluta o vis compulsiva). Y es precisamente este conocimiento de que se es violentado, el cual debe inexorablemente hacer presencia en la psique de la víctima con anticipación al ejercicio de la fuerza utilizada por el delincuente, o por lo menos coetáneamente con la maniobra de desposesión, lo que coloca al desposeído en situación idónea para repeler la agresión en una u otra forma.

Por manera que sobre este sustancial aspecto de la cuestión debatida resulta prudente y atinada la exigencia de algunos doctrinantes, referida a que para que pueda predicarse válidamente la existencia de violencia contra las personas con trascendencia jurídico-penal, se requiere que esa fuerza produzca el quebrantamiento, el avasallamiento de la voluntad de la víctima.

Ahora bien, como quedó visto en párrafos precedentes, la esencia del Hurto con "arrebato" radica precisamente en que el sujeto-agente con su vertiginoso y sorpresivo comportamiento, imposibilita al desposeído para materializar física y oportunamente su volición mediante la reacción adecuada a la defensa de sus bienes puestos en inminente riesgo por la actitud del delincuente.

Sobre el concreto fenómeno que venimos tratando, conviene leer al maestro Sebastián Soler cuando afirma:

"En la fuerza contra las personas no solamente entra en consideración el peligro de daño para el cuerpo o la salud, sino también la propia libertad de disposición, puesto que la violencia interviene precisamente para anular la voluntad de la víctima" (6).

En el hurto calificado por la violencia (art. 350-1°), así pensamos nosotros, es menester que la fuerza física que el agente ejerce, doblegue totalmente la voluntad de la víctima, impidiéndole en su consecuencia cualquier actividad dirigida a evitar o rechazar el injurídico despojo; porque, se agrega con el autor argentino ya citado, "en cierta medida, hasta debe afirmarse que es necesario al robo (se refiere al hurto con violencia física) cierta influencia psicológica sobre la voluntad de la víctima, de manera que pueda efectivamente afirmarse que se trata de una voluntad renuente. Si se quita a alguien una cosa que lleva encima, sin que la víctima lo advierta, ya sea por pura destreza o por algún otro procedimiento no resistido (salvo que se haya colocado previamente a la víctima en esa situación por acción anterior violenta) no puede decirse que hay robo" (7).

Es notoriamente obvio que dentro de la amplia expresión que utiliza Soler en el texto transcrito arriba ("algún otro procedimiento no resistido"), tiene plena cabida el despojo de las cosas que las personas llevan consigo mediante una maniobra sorpresiva, toda vez que la acción inusitada, inesperada del ladrón (el "raponazo"), tampoco le permite a la víctima oponer resistencia de ninguna índole.

Se hace evidente, entonces, que en el hurto con arrebato (raponazo) la circunstancia que, por una parte, justifica una mayor punibilidad, y por la otra, distingue esta modalidad delictiva "per se" del hurto calificado por la violencia "sobre las personas o las cosas", es específicamente la sorpresa con que actúa el autor del latrocinio. Sorpresa ésta que, como coincidentemente lo destacan los doctrinantes que ilustran nuestra posición jurídica al respecto, coloca a la víctima en condiciones

que hacen imposible, o por lo menos muy difícil, que surja tempestivamente cualquier reacción dirigida a la frustración del acto punible de ilegítimo apoderamiento.

IV. DEL PROBLEMA DE LA IMPOSIBLE CONCURRENCIA ENTRE LA VIOLENCIA DEL 350—1°— Y EL HURTO MEDIANTE ARREBATAMIENTO DEL 351—10—.

Sentado como ha quedado atrás, que la esencia del "raponazo" radica en la sorpresa; y que esta circunstancia impide que la víctima tenga conciencia de que se le hace objeto de fuerza en orden a desposeerla de sus bienes, debemos concluir con todo rigor lógico, que cuando la violencia física (o moral) se ejerce "directamente sobre la persona" y cronológicamente antes del despojo, el título que merece un tal comportamiento es el de "Hurto" calificado por la violencia (350-1°), y no el de "Raponazo" (351-10-), porque los eventos fácticos de "violencia" y de "sorpresivo despojo", constituyen categorías senso-perceptibles que se excluyen, se repelen violentamente.

Así, si Pedro exhibiendo cuchillo en mano coloca a su víctima contra la pared, y una vez obtenida su inmovilización por el medio constrictivo utilizado le "rapa" intempestivamente la joya que pende de su cuello, se tendrá nada más que "Hurto Violento"; y no "Hurto" con violencia, en concurso con Hurto con "arrebataamiento".

Lo antecedentemente explicado equivale a declarar, que frente al Hurto, la "vis absoluta, o la relativa", desnaturalizan el elemento "sorpresa" que, como se ha reiterado hasta el cansancio, constituye la "ratio esendi" del hurto con "arrebataamiento": porque en este casístico ejemplo —que perfectamente sirve para ilustrar por vía general—, salta de bulto que lo "sorpresivo" es la violencia que se ejerce por el autor, y no la desposesión que sobreviene como secuela al constreñimiento de la voluntad de la víctima.

Habida cuenta que cuando el autor de estas breves y sencillas anotaciones, desempeñó el cargo de Juez Primero Penal del Circuito de Bucaramanga, tuvo oportunidad de sentar su criterio sobre el interesante fenómeno del "Raponazo" en fallo de segunda instancia, resulta conveniente aquí transcribir las conclusiones a que allí se arribaba, en consideración a que mantienen plenamente su vigencia.

"No obstante lo anterior, el despacho hace propicia la oportunidad procesal que la impugnación del procesado le otorga, para rectificar la jurisprudencia que en segunda instancia y a este nivel ha venido haciendo carrera, y que hace referencia específica a la conjunción de los fenómenos jurídicos del "Hurto Calificado" por la violencia sobre las cosas, y la circunstancia de agravación punitiva prevista por el ordinal 1° del artículo 351 del C.P. vigente, cuando la apropiación del objeto se materializa mediante "Arrebataamiento".

"Entiende el despacho que no es jurídicamente procedente calificar el "Hurto" por haberse actuado con violencia sobre los objetos materia de la apropiación, y coetáneamente agravar la misma conducta por haberse logrado la consumación del reato por medio del manido procedimiento que el vulgo dio en intitular "raponazo".

"El disenso de esta instancia surge del desarrollo y análisis de las siguientes consideraciones de índole hermenéutica:

"1°.— La conducta conocida como "raponazo", consiste generalmente en el raudo arrebataamiento que el actor hace de alguna de las prendas que la víctima porta sobre sí, y que ordinariamente se concreta sobre el reloj de pulso, cadenas, collares, aretes, etc.

"2°.— La aparición de la singular circunstancia de agravación punitiva en el C.P. de 1980 (art. 351, ordinal 10), no es otra cosa que el reconocimiento por parte del

legislador, del vertiginoso aumento del índice de ocurrencia que venía registrando el "Hurto" mediante "raponazo" y de que dadas las sui generis modalidades de sorpresiva violencia con que se consumaba el latrocinio, era apenas comprensible darle un tratamiento punitivo más drástico a este tipo de comportamientos contra la propiedad ajena.

"3°.— Siendo cierto lo anterior, y tal fue realmente el espíritu del redactor del Decreto No. 100 de 1980, no puede desconocerse que el hecho de agravar el hurto cometido mediante "arrebataamiento" (raponazo vulgar) significa que el incremento punitivo se justifica solo por cuanto esta conducta en sí misma considerada, implica un acto de violencia sobre la cosa objeto de la apetencia del delincuente, y no pocas veces sobre la propia estructura anatómica de la víctima.

"4°.— En este orden de cosas debe advertirse que si "arrebatar" significa idiomáticamente "quitar con violencia, arrancar, etc.", en los eventos en que el comportamiento del agente de la apropiación no exceda el puro y simple "arrebataamiento", no podrá hablarse de "Hurto Calificado" por el ejercicio de violencia sobre las cosas, como lo predica el ordinal 1° del artículo 350 del C.P.

"5°.— Proceder contrario sensu, esto es, calificar el delito de "Hurto" por el solo "arrebataamiento" (raponazo puro) por haberse ejercitado violencia sobre la cosa objeto de la rapiña, y simultáneamente agravarlo por haberse "arrebataado" la prenda o joya, constituye indiscutiblemente un claro atentado contra el principio universal que prohíbe penar dos veces un mismo hecho o circunstancia (non bis in idem).

"6°.— Finalmente, como quiera que pueden presentarse vacilaciones sobre la validez de los anteriores argumentos, el despacho hace claridad en cuanto afirma que en vigencia del anterior C.P. (1936), era perfectamente explicable que la doctrina y jurisprudencia nacionales se hubieran visto forzadas a ubicar típicamente el "raponazo" de la manera como efectivamente se hizo; esto es, "Robo" y no "Hurto".

"Esta adecuación típica que perfectamente podría tildarse de "ficción" jurisprudencial, fue absolutamente necesaria por cuanto el estatuto de 1936, a diferencia del actual, no estableció la circunstancia de agravación punitiva predicable del "hurto" que se consumaba mediante arrebataamiento, tal como se plasmó en el ordinal 10 del tipo subordinado del artículo 351 de la vigente codificación penal". (8).

Finalmente, solo resta agregar que, no existe ningún obstáculo lógico-jurídico, para que el "Hurto" con arrebataamiento (351-10) concorra con el "Hurto" calificado por la "violencia" cuando ésta tenga lugar inmediatamente después del apoderamiento de la cosa y haya sido empleada por el autor o participe con el fin de asegurar su producto o la impunidad" (inciso final del ord. 4° del art. 350).

En efecto, en el evento de la violencia física contra la víctima, ejercida con posterioridad al "arrebataamiento", se han hecho presentes en el mundo de los fenómenos que en este particular evento interesan al Derecho de las Penas, las dos circunstancias que hemos señalado atrás como constitutivas de la esencia o sustancia de las modalidades de Hurto que han venido siendo analizadas a lo largo de este ensayo.

Es evidente que cuando Pedro obtiene el injusto apoderamiento de la joya que pende del cuello de Juan, valiéndose al efecto de un vertiginoso y sorpresivo "raponazo", ha hurtado mediante "arrebataamiento"; pero igualmente es notorio que si Pedro armado de cuchillo trata de detener la persecución que en contra suya ha iniciado Juan en orden a la recuperación de su joya o a su aprehensión, ha ejercido violencia de tal entidad, que indudablemente afecta la voluntad de la inicialmente "sorprendida" víctima.

No es, entonces, que se esté sancionando en este ejemplo dos tipos de violencia:

la insita en todo arrebatamiento, y la consistente en haber amenazado a la víctima con posterioridad a la "sorpresa" desposesión; sino que se está castigando el haber birlado la joya mediante procedimiento que impide que la voluntad de repulsión a la violencia surja en la víctima (voluntad "renuente" en términos de Soler); y, finalmente, se está sancionando con mayor drasticidad el hecho de haber constreñido totalmente la volición ya presente y actuante del sujeto pasivo, para "asegurar" así el producto de la delincuencia o la impunidad del agente o sus partícipes.

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA DE INVESTIGACIONES Y ESTADÍSTICA

BIBLIOGRAFIA

1. — AGUDELO BETANCUR, Nódier. — "La Problemática del Raponazó en el Nuevo Código Penal", Revista "Nuevo Foro Penal" No. 22. Temis, Noviembre — Diciembre de 1983.
2. — CASACION de 10 de Octubre de 1969. Magistrado Ponente Dr. Simón Montero Torres.
3. — CASACION de 12 de Diciembre de 1969. Magistrado Ponente Dr. Efrén Osejo Peña.
4. — CONCEPTO FISCAL. Año de 1969. — Dr. Julio Romero Soto.
5. — CASACION de junio 14 de 1971. Magistrado Ponente Dr. Humberto Barrera Domínguez.
6. — SOLER, Sebastián. — "Derecho Penal Argentino".
7. — SOLER, Sebastián. — "Derecho Penal Argentino".
8. — JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO. Bucaramanga. Fallo del 25 de Julio de 1984.

1. DEFINICION DE LA CULPABILIDAD

Dice el art. 5° del C.P.: "Para que una conducta típica y antijurídica sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

No es este principio el resultado de una graciosa concesión hecha por el legislador penal de 1980. Es el reconocimiento de un principio consignado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, recogidos y aprobados por la ley 74 de 1968, particularmente contenido en el art. 14, numeral 2° que dispone "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad".

Distintas teorías han tratado de definir el contenido y alcance de la culpabilidad. Aún cuando nuestro C.P. no quiso matricularse expresamente en una escuela, la sistemática de la culpabilidad permite detectar un acercamiento a la normativa, para la cual el fundamento de la culpabilidad está en el juicio de reproche que se le hace a quien ha realizado comportamiento típico y antijurídico, de manera dolosa o culposa.

Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia en su Sala Constitucional al decidir sobre la demanda de declaratoria de inexecutable del art. 5° del C.P. vigente, al disponer que "LA CULPABILIDAD, doctrinariamente orientada por concepciones psicológicas, normativas, finalistas o sincréticas, es en todo caso la actitud consciente y voluntaria del agente, de lo antijurídico, que da lugar a un inevitable juicio personal de reproche que contrasta con la forma sabida en que aquel hubiera podido o debido actuar, o que determina la conciencia subjetiva de reprochabilidad" (Sentencia del 2 de Junio de 1981).

Esta definición se identifica con la dada por el Profesor Alfonso Reyes Echandía, quien sostiene que la culpabilidad es "la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente" (La Culpabilidad, 1982, pág. 42).

Entonces, la culpabilidad da lugar a juicio de reproche siempre y cuando el agente hubiera "podido o debido actuar". Esta noción del deber-poder ayudó a Goldschmidt a precisar un poco más el concepto normativo de la culpabilidad, al decir que el sujeto tiene el deber de comportarse conforme al ordenamiento jurídico y que al no hacerlo, ese actuar en contraposición con dicho ordenamiento se le reprocha solamente en la medida de que tenga el dominio del hecho, el cual le hubiera permitido actuar conforme al orden jurídico.

Sobre la noción del deber-poder se edifican los fenómenos de la exigibilidad y de la reprochabilidad. Y, esa capacidad de acción u omisión solamente adquiere relevancia en cuanto el agente tenga conciencia y voluntad de su actuar antijurídico: conciencia para conocer el carácter típico y antijurídico de su comportamiento y voluntad para omitir el deber de actuar conforme a derecho.

2. EL ERROR COMO CAUSAL DE INCULPABILIDAD

El juicio de reproche propio de la culpabilidad, decíamos, solo es posible en la medida en que el agente tenga capacidad de comportamiento diverso, capacidad que gira alrededor de dos facultades: la conciencia y la voluntad. Anulada una cuales-

quiera de ellas, se anula, también la culpabilidad.

Es por ello por lo que el art. 4º del C.P. trae señaladas cuatro causales de culpabilidad: una referida a fenómenos que causan lesión y cuyos resultados escapan al control del hombre (caso fortuito o fuerza mayor); otra que afecta a la voluntad (la insuperable coacción ajena); y, las otras dos que interesan a la conciencia (el error sobre el tipo y el error sobre la antijuridicidad). A éstas dos últimas nos referiremos en esta exposición.

Antes de precisar el alcance de cada una de las formas de error, recordemos en qué consiste éste. El error es el conocimiento equivocado que se tiene acerca de algo. Es esa disconformidad entre lo que es y lo que se cree que es. Es esa no coincidencia entre la realidad y la noción ideológica. Es un estado subjetivo del espíritu que no corresponde con la verdad objetiva.

Se ha planteado discusión acerca de si el error es sinónimo de ignorancia, pero desde el punto de vista jurídico-penal no resulta de algún interés adentrarnos a establecer si hay o no diferencia entre las dos expresiones. Esto le corresponderá a ciencias causales explicativas como la psicología o la filosofía, pero, en el campo del derecho no tiene gran importancia establecer alguna distinción, porque la ignorancia es falta completa de conocimiento, mientras que el error es un conocer defectuoso, es decir, la ignorancia es una manera de llegar al error que exige de culpabilidad.

Para que ese error tanto de tipo como de antijuridicidad, tenga relevancia penal es esencial que provoque, que determine, una convicción invencible. Esa convicción es el honesto y sincero convencimiento en la posesión de la verdad. Es el convencimiento íntimo, serio, fundado y razonado de que la noción ideológica está de conformidad con la verdad ontológica. Concretándonos al tema, es el convencimiento de que el comportamiento no se subsume en descripción legal penal o no lesiona ni pone en peligro intereses jurídicamente tutelados sin justa causa.

Pero no basta simplemente que el error conduzca a la convicción, pues se exige, además, que sea invencible, en el sentido de que no pueda, al menos en el momento en el cual se comporta el agente, superarlo. La vulnerabilidad de la convicción errónea elimina la posibilidad de reconocer esta concreta inculpabilidad y la capacidad de quebranto de la misma se mide de acuerdo con el cuidado que el hombre pone en el ordinario actuar, o sea en el desempeño de su diario vivir; para ello se debe tener en cuenta las condiciones personales del agente y las especiales circunstancias que acompañen al hecho. La vencibilidad no se puede medir con una constante, por que no todos los hombres tienen la misma capacidad de comprensión, de entendimiento, de intuición, de razonamiento y de reflexión, a los favorecidos con un mayor desarrollo de estas innatas cualidades se les debe exigir un mayor dominio del error. A un profano en materia jurídica, por ejemplo, a un campesino, no se le puede exigir la misma capacidad de superación que a un letrado. Se trata de un juicio individual, de un juicio personal de culpabilidad. La Corte Suprema de Justicia, siguiendo el criterio de Reinhart Maurach y de Raúl Zaffaroni, sostiene que la insuperabilidad "varía de acuerdo con las circunstancias que rodean su acción u omisión" (Sentencia de Agosto 13 de 1980).

Veamos, ahora sí, las clases de error contempladas en nuestra legislación.

2.1 El error sobre el tipo:

Señala el art. 40 del C.P. que no es culpable: "... Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal".

Concretamente se refiere la norma al error que versa sobre uno cualesquiera de

los elementos integradores del tipo y el error de interpretación o valoración sobre algún ingrediente normativo, pues, en este evento el agente tiene la equivocada e invencible convicción de la atipicidad de su conducta de acción u omisión.

Recordemos las distintas hipótesis de esta clase de error.

2.1.1. El error sobre alguna de las exigencias del tipo penal: Se examinará el error sobre cada uno de los elementos de la descripción.

2.1.1.1. El error sobre el bien jurídico: Se dá cuando el agente cree que respecto de su comportamiento no se puede predicar vulneración o potencia de daño de algún bien jurídico tutelado. Piénsese en el caso de quien se apodera de una cosa que la cree res nullius (la cosa de nadie o sin dueño) o res derelictae (la cosa abandonada, susceptible de ocupación) y se constata, después, que el dueño o el poseedor jamás se había desprendido de la titularidad del derecho. Se ha de predicar un error de esta naturaleza, porque realmente no existía de parte de él, el propósito de lesionar o de poner en peligro el bien jurídico del patrimonio económico.

2.1.1.2. El error sobre el objeto material: Existe cuando el agente desconoce que aquello sobre lo cual actúa (persona, cosa o fenómeno) está consagrado como objeto material de un tipo penal. Tal sería la situación de quien acapara artículo oficialmente considerado de primera necesidad, con la convicción de que el mismo está por fuera del catálogo de los señalados administrativamente como tales, cree, pues, que no es objeto de especulación.

2.1.1.3. El error sobre el sujeto activo: Opera cuando el agente desconoce que tiene la calidad personal que lo habilita para tipificar un concreto hecho punible, a título de autor. Dos situaciones pueden presentarse al respecto: La una, cuando cree que habiendo perdido una condición personal, está realizando una conducta penalmente irrelevante; tal sería el caso de quien siendo empleado oficial, renuncia al cargo y razonadamente cree que dicha renuncia le ha sido aceptada, procediendo, de esta manera, a asesorar en asunto judicial, con la convicción de que no está tipificando el delito de asesoramiento ilegal (art. 157). La otra, cuando creyendo que ha cesado en él una cualidad personal, realiza comportamiento que cree subsumir en tipo penal diverso a aquél que realmente tipifica; pensemos en caso del mismo empleado oficial que creyendo fundadamente que su renuncia le ha sido aceptada, decide apoderarse de algunos bienes respecto de los cuales tenía la administración por razón de sus funciones públicas, con el convencimiento de que consuma un delito contra el patrimonio económico (hurto), pues creía que ya no tenía la calidad exigida por la ley para constituirse en autor de un delito contra la administración pública (peculado).

2.1.1.4. El error sobre el sujeto pasivo: Es el que versa sobre el titular del interés jurídicamente tutelado. Sería el caso de quien accede carnalmente a persona menor de catorce años, con la creencia equivocada de que su edad es superior a la real, evento en el cual desconoce que dicha persona es idónea para constituirse en sujeto pasivo del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

2.1.1.5. El error sobre la conducta: En esta hipótesis el agente cree no estar cumpliendo acción u omisión idónea para la consumación de una conducta descrita como punible. Tal sería la situación de quien creyendo estar accionando un revólver de juguete, dispara y le da muerte a otro, pues se trataba de una auténtica arma de fuego, o la de la enfermera que creyendo suministrar un calmante al enfermo, le dá una dosis tóxica.

2.1.1.6. El error sobre algún ingrediente normativo: Es el llamado error de interpretación o de valoración. Se presenta cuando el error recae sobre elementos de orden normativo, por una equivocada valoración. Le ocurriría a quien se apodera de una cosa mueble ajena con el convencimiento de que es propia, el error recae sobre el ingrediente normativo jurídico extrapenal de la ajenidad.

2.1.2. El error sobre la existencia de la descripción típica: Se ha planteado discusión acerca de sí, de acuerdo con la norma comentada, es posible reconocer el error que recae sobre la propia existencia del tipo, es decir la ignorancia legis, pues faltó claridad en su redacción.

Surgen, entonces, estas cuestiones: El error sobre la existencia de la misma descripción típica no tiene valor como factor de inculpabilidad? El legislador solamente quiso darle relevancia jurídica al error que recae sobre uno o varios elementos del tipo penal, desechando la posibilidad de que enerve la culpabilidad el error que recae sobre el tipo en su integridad? Tratemos de responder a estos interrogantes.

Podría pensarse que la voluntad del legislador fue la de no consagrar la ignorancia legis como causal de inculpabilidad, para salvar una posible incongruencia entre lo establecido por el art. 10 del C.P., el cual preceptúa: "La ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella" y lo normado por el art. 40, pues no es del todo absurdo plantearse que al consagrar el art. 40 el desconocimiento de la ley como factor de inculpabilidad habría una ostensible contradicción con lo dispuesto en el citado principio rector. Con todo, un cuidadoso análisis nos conduce a la conclusión de que el error sobre la totalidad de la descripción típica sí puede generar inculpabilidad. Veámoslo:

a) El juicio personal de reproche, característico de la culpabilidad, solo es dable en quien hubiera podido y debido actuar de una manera diferente. Ese comportamiento antijurídico, presupone entonces, la conjugación de la conciencia y de la voluntad. Ya se advertía que la ausencia de una sola de estas facultades no permite el reproche, justamente, porque no hay poder de conocimiento o de voluntad.

Significa lo anterior que la culpabilidad solo es predicable en quien conozca la ley penal, o sea que la suposición del conocimiento por parte de sus destinatarios no es ni siquiera una presunción, sino una ficción, como lo sostiene el profesor Reyes Echandía: "en cuanto da por supuesto que en el futuro un hecho, situación o fenómeno se presentará de cierta manera o generará determinados resultados, a pesar de que en el pasado se comportó de manera diversa o produjo resultados distintos, y entre nosotros la experiencia ha demostrado que la ley en general y la penal en particular no han sido conocidas, en todo caso, no lo son hoy y nada permite concluir que lo sean en el futuro por la totalidad de sus destinatarios" (ob. cit. pág. 222).

Aún aceptando que se trata de una presunción, con el fin de sortear las dificultades que implicaría la carga de la prueba en cabeza del Estado, dicha presunción sería de carácter legal, la cual admite prueba en contrario.

Desde luego que aceptar dicha presunción, implicaría violación al ya citado principio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual se presume la inocencia del acusado. Las declaraciones universales de esta naturaleza tenemos que reivindicarlas, tenemos que rescatarlas, para que no se constituyan en simples manifestaciones, retóricas, pues hay que reconocerles su verdadero valor, es decir, el de principios orientadores de todo ordenamiento jurídico. No temamos al tomar decisiones con apoyo en una declaración universal aprobada por nuestro ordenamiento, porque es tan mandato legal como cualquier otra disposición de esta naturaleza.

Además, solo es posible deducir culpabilidad a quien tenga conciencia de la an-

tijuridicidad y se predica dicha conciencia respecto de quien tenga conciencia de la existencia de la ley, o sea de quien conozca la abstracta descripción previamente elaborada por el legislador. Solo podrá querer vulnerar un bien jurídico, quien tenga conocimiento de la consagración de la tutela penal de ese derecho. No es culpable quien simplemente deba conocer la ley, sino quien, además, pueda conocerla. He ahí la concreción del pensamiento de Goldsmith.

De otra parte, tenemos que el art. 10 admite excepciones al principio del conocimiento de la ley y una de esas excepciones es la consagrada en el art. 40.

b) Porque sería absurdo, ilógico e injusto, que el desconocimiento de la ley solo se admita en quien lo tenga parcialmente, pero no en quien desconozca la totalidad de la misma. Pues, si se disculpa lo menos, con mayor razón debe disculparse lo más.

Esto nos lleva a concluir que el art. 40 no puede interpretarse con un sentido literal, sino que, dada su defectuosa redacción, el error sobre el tipo debe entenderse comprensivo no solo del error sobre uno o varios elementos del mismo, sino, también, sobre su integridad, o sea que la clásica ignorancia legis sí sirve de excusa penal. Tal sería el caso de quien arriba a nuestro País proveniente de otro en donde el consumo de estupefacientes no constituye delito y es sorprendido en el acto del consumo, por lo cual es aprehendido y conducido ante el Juez, alegando que desconocía que en Colombia dicho comportamiento estaba erigido como delito, ya que tenía el convencimiento de que la legislación era idéntica a la de su País de origen.

2.2. El error sobre la antijuridicidad:

Se presenta cuando el agente obre con la convicción errada e invencible de que "está amparado por una causal de justificación". Cree que a pesar de que su conducta es típica, no lesiona ni pone en peligro el interés jurídicamente tutelado, porque hay una causa que lo justifica.

Esa causal de justificación a la cual se refiere la norma, puede ser de carácter legal (las señaladas por el art. 29 del C.P.) o de carácter extrapenal (ejemplo el consentimiento del derecho-habiente).

Tres hipótesis pueden darse respecto de este error:

2.2.1. El error sobre la existencia de una causal de justificación:

Tiene el agente la convicción de que su comportamiento está plenamente justificado por la ley. Pensemos en la situación del trabajador que para asegurar el pago de sus salarios y de las indemnizaciones a que tenga derecho, retiene las cosas cuya tenencia material le fue confiada, con el convencimiento de que lo ampara el derecho de retención; cree el trabajador que su comportamiento está penalmente justificado, ya que cree que está ejerciendo un legítimo derecho.

2.2.2. El error sobre la interpretación de un requisito exigido para una causal de justificación:

En esta hipótesis el sujeto no yerra sobre la totalidad de la causal de justificación, sino, particularmente, sobre uno de los requisitos de la misma. Ejemplo: Para que el cumplimiento de una orden de autoridad competente constituya causal de justificación, se requiere, entre otros elementos, que la misma sea dada con las formalidades legítimamente previstas; así, la orden de captura la debe expedir el Juez por escrito. Si un agente de la Policía recibe orden verbal de un Juez para capturar a alguien y ejecuta dicha orden con la convicción errada e invencible de que dicha orden se ha dado con las formalidades legales, estaría frente a la situación que estamos analizando y sería, entonces, irresponsable por ausencia de culpabilidad.

2.2.3. El error sobre la presencia de un hecho, que de existir en el caso concreto, justificaría el comportamiento:

Tal sería el caso de la defensa putativa o subjetiva: Alguien ha recibido amenaza de su enemigo de ser eliminado en el sitio en donde lo llegare a encontrar. Un día, el amenazado se encuentra sorpresivamente frente a su enemigo, quien lleva la mano al bolsillo del pantalón para sacar un pañuelo, gesto éste que lo interpreta la persona amenazada en el sentido de que va a extraer un arma de fuego para atacarlo, motivo por el cual rápidamente saca su revólver y dispara causándole la muerte a su contrincante, a quien no se le encuentra arma alguna. En este caso el error versa sobre el hecho concreto de la agresión, pues si, quien resultó muerto hubiera llevado arma consigo y la hubiere intentado extraer para dispararla, indudablemente se estaría frente a una situación de agresión, la cual tornaría justa la reacción del agredido; habría, entonces, legítima defensa.

2.3. El error sobre la culpabilidad:

Es posible la vulneración de intereses jurídicamente tutelados, sin justa causa, pero con la creencia errada e invencible de que se tiene anulada la capacidad de autodeterminación. Tal sería el caso de quien amenazado con un revólver de juguete o uno verdadero sin proyectiles, para que sustraiga una cosa mueble ajena, lo hace con la razonada convicción de que está en peligro su vida o integridad personal, si no satisface la exigencia del supuesto coaccionador. En este caso habría un error sobre la insuperable coacción. Se trata, entonces, de un error sobre la culpabilidad.

El C.P. no contempla esta forma de inculpabilidad, pues el error solo recae, legalmente, sobre el tipo o sobre la antijuridicidad. Sin embargo, esto no es óbice para que se le pueda reconocer por vía doctrinaria y jurisprudencial, de acuerdo con el siguiente razonamiento:

Hemos insistido que uno de los fundamentos de la culpabilidad es la conciencia que se debe tener sobre el hecho punible, lo cual lo reitera el art. 36 del C.P. cuando define el dolo preceptuando que "La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como punible". Entonces, la conciencia debe recaer sobre todo el hecho punible y no solamente sobre parte del mismo, es decir, debe comprender la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, pues sobre comentar que el segundo principio rector manda que "Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable". De manera que si el conocimiento no cubre la culpabilidad, el mismo es defectuoso y, por ende, no puede exigirse comportamiento diverso para hacer juicio de reproche. Errar sobre la culpabilidad es equivalente a desconocerla.

Esta razón de índole dogmática sería suficiente para admitir la mencionada forma de inculpabilidad. Pero, a ella sumamos la siguiente:

Hemos sido repetitivos en el sentido de que la culpabilidad solo puede hacerse a quien se le pueda exigir conducta conforme a derecho. Lo cual, a su turno, trae la consecuencia de que se puede reconocer inculpabilidad en excepcionales casos de inexigibilidad, a pesar de que no estén expresamente contemplados en el Código, pues al intérprete, al Juzgador, no se le puede enmarcar dentro de un rígido catálogo de excepciones a un principio, especialmente cuando la favorabilidad o la analogía en buena parte, tiene soluciones lógicas y admisibles. No puede olvidarse que un Código Penal por comprensivo que sea no alcanza a abarcar todas las hipótesis de la vida. Compartimos el criterio del profesor Jorge Frías Caballero, citado por Hernando Londoño Berrío (el error en la moderna teoría del delito, 1982, pag. 154)

cuando al referirse a las causales legales de inculpabilidad, dice que son "Por esencia, simples ejemplificaciones particulares del principio de no exigibilidad de otra conducta conforme a derecho", quedando abiertas las puertas para la aceptación, muy excepcional, de causales no contempladas expresamente, como sería el caso del error sobre la culpabilidad.

El Profesor Reyes Echandía (ob. cit. pag. 210 y 211), señala tres formas de esta clase de error, a saber:

2.3.1. El error sobre la existencia misma de una causal de inculpabilidad (el miedo invencible, en legislaciones como la Chilena y la Mexicana).

2.3.2. El error sobre la interpretación de un requisito necesario para el reconocimiento de una causal de inculpabilidad legalmente prevista (el agente cree que es insuperable la coacción ajena que sobre él se ejerce).

2.3.3. El error sobre un hecho que de haber existido realmente haría inculpable la conducta del actor (el amenazado por un revólver de juguete).

Sirven para explicar el alcance de estas hipótesis los mismos argumentos expuestos con respecto a las especies del error sobre la antijuridicidad, a las cuales nos remitimos.

Sin embargo, cabe advertir que esta forma de error únicamente se puede predicar con relación a la causal segunda del art. 40 del C.P., ya que no es posible reconocerla respecto a la primera (caso fortuito o fuerza mayor), porque en ella la voluntad del actor no tiene participación, y no en las dos últimas (error sobre el tipo y sobre la antijuridicidad), porque no es dable el error sobre el error. Significa lo anterior que solamente en situación de insuperable coacción ajena se podrá admitir el error sobre la culpabilidad.

Desde luego que el juzgador debe ser muy celoso en el reconocimiento de esta causal de inculpabilidad, pues un alegre y ligero manejo de la misma podría constituirse en un atentado contra la seguridad jurídica. Son sabias las recomendaciones del profesor Reyes Echandía, cuando dice: "Nos parece, desde luego, que para reconocer la inexigibilidad como causal extralegal de inculpabilidad hay necesidad de sopesar con ponderado criterio los hechos y sus protagonistas hasta estar seguros de la justicia de dicha solución. Compartimos la preocupación de VILLALOBOS de que se convierta esta causal excepcionalísima en una fuente de impunidad, cuando aún dándose los requisitos propios de la culpabilidad se acepte "cualquier situación afectiva o cualquier móvil personal del agente" como suficiente para exonerar de responsabilidad" (ob. cit. pags. 248 y 249).

2.4. El error vencible:

Únicamente exime de culpabilidad el error invencible. Por consiguiente, el error susceptible de quebranto se sanciona en los casos ordenados por la ley, pues el inciso final del art. 40 del C.P. dispone que "Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo".

Hay error culposo cuando el agente teniendo a su alcance medios idóneos para superarlo, no aplica la debida atención para salir del yerro. Esa negligencia o imprudencia para correr el velo del error y comprender la verdad, se le sanciona al agente a título de culpa. Pero la pena solamente opera con relación a los tipos penales que admiten la forma de culpa en la parte especial, de suerte que si el comportamiento no se sanciona en la modalidad culposa, el mismo queda impune. Así, si quien se apodera de cosa mueble ajena con el convencimiento de que le pertenece,

podía salir del error al emplear la debida diligencia o prudencia, esa potencialidad de vulneración del error no se le pena porque los delitos contra el patrimonio económico admiten únicamente la forma dolosa, excluyendo la culposa.

Como la fórmula del error culposo está consignada en el numeral 4o. del Art. 40, en donde se consagra el error sobre el tipo, doctrinariamente ha habido polémica en el sentido de precisar si la culpa solamente se admite respecto del error de tipo. Esto, porque literalmente se infiere que la culpa únicamente es deducible en tratándose del error sobre el tipo, dada la redacción de la norma.

Con todo, se ha planteado que mediante una interpretación analógica o extensiva de la norma, dicha modalidad culposa del error puede recaer tanto sobre el de tipo como el de antijuridicidad.

Sin embargo, consideramos que no es posible hacer tal interpretación extensiva, por las siguientes razones:

a). Ciertamente existe diferencia entre la analogía y la interpretación analógica o extensiva. La primera la define el profesor Servio Tulio Ruíz, como "... el raciocinio mediante el cual quien interpreta la norma penal o la aplica puede suplir eventuales deficiencias o insuficiencias recurriendo a las normas dictadas para casos similares. Para que exista la analogía, es indispensable: a). que falte una norma positiva vigente aplicable directamente al caso; y b). que sea posible encontrar una o diversas normas positivas (analogía legis) o uno o varios principios jurídicos (analogía juris), cuyo valor permita que las respectivas consecuencias jurídicas puedan extenderse o aplicarse al caso originalmente previsto, sobre la base de cierta coincidencia y relación de afinidad entre algunos elementos, bien jurídicos o de hecho" (Teoría del Hecho Punible, pag. 33); mientras que de la interpretación analógica dice que en ella "... la ley contiene la disposición para el caso que se presenta, pero la expresión o redacción de la norma es defectuosa. La función es llenar los vacíos o lagunas debidas al legislador (lagunas subjetivas) o a la evolución de la sociedad o de la técnica (laguna objetiva). El fundamento de la interpretación analógica, lo encuentra el profesor LUIS CARLOS PEREZ". En el hecho de que la ley no puede prever los cambiantes matices de la realidad, de modo que es indispensable dotar al Juez de autorización para que pueda enjuiciarlos correctamente".

"En este orden de ideas, es posible sostener que cuando el vacío de la norma es subjetivo u objetivo se puede tomar una disposición de ley en bonam partem (siempre a favor del imputado), apoyados en el principio de la favorabilidad ya explicado, para hacerla valer al caso concreto, con tal que no se refiera a la tipificación de los hechos punibles ni a la sanción ni que sea referida a una norma inculpativa, porque en este caso, como un medio de tutela de la libertad y seguridad individuales, cualquier clase de analogía está prohibida, salvo las excepciones que el mismo Código pueda contener" (ibidem).

Pero así como se pregona que la analogía en materia penal solamente se admite en buena parte, igualmente ha de recordarse que la interpretación analógica debe tener su base en el principio de favorabilidad, al tomarse como referencia una disposición legal en buena parte. De lo contrario podría llegarse a absurdas situaciones de crear formas delictivas por la vía de la interpretación analógica, conculcando insospechadamente los principios de legalidad y de tipicidad.

Hacer extensiva, por la vía comentada, la culpa del error al que versa sobre la antijuridicidad, implica hollar el principio de la favorabilidad, porque se estaría haciendo más gravosa la situación del agente, pues esa interpretación se obtendría extendiendo odiosamente el campo de acción de la punibilidad.

b). Si hacemos una reseña histórica consultando las Actas de las Comisiones Redactoras de 1974 y 1979, comprobamos que el prelegislador no manifestó expresamente la voluntad de consagrar la culpa para las dos formas de error reconocidas

legalmente (el error sobre el tipo y el error sobre la antijuridicidad).

En el Acta No. 54 de la sesión correspondiente al 25 de Mayo de 1973, se consignó el tema de la inculpabilidad. Aparece allí que el Doctor Gaitán Mahecha presentó ponencia sobre el fenómeno de la inculpabilidad, la cual es sometida a discusión y luego de las deliberaciones pertinentes se aprueban sus numerales y respecto del cuarto, hallamos lo siguiente:

"Doctor Gutiérrez: Con la modificación a que hizo referencia el Doctor Reyes, después de ser sometido a votación, se aprueba por unanimidad el texto del numeral cuarto del proyecto, el que en definitiva queda así:

"Quien realizare el hecho legalmente descrito en la creencia errada e invencible de que está justificado".

El 26 de Mayo de 1973, se desarrolla la siguiente sesión, la cual consta en el Acta No. 55, en la cual se debate el tema del error sobre el tipo aprobándose por unanimidad la siguiente fórmula:

"Doctor Gutiérrez Anzola: Se somete a votación la fórmula en discusión y se aprueba por unanimidad en la siguiente forma:

"4o. Quien obra en la creencia errada e invencible de que no concurre en su conducta alguna de las exigencias necesarias para que el hecho exista según su descripción legal".

"Si el error proviene de culpa el hecho será punible cuando la ley lo considere culposo".

Nada se dijo en esa oportunidad sobre que la culpa se extendía o debía entenderse extendida también al error sobre la antijuridicidad. Lo cual permite inferir que solamente se quiso consagrar dicha modalidad con relación al error sobre el tipo, pues de lo contrario se habría hecho, aún de manera tangencial, referencia a tal inquietud.

Consta en el Acta No. 6, que la Comisión de 1979 aprobó el art. 42, que contenía las causales de inculpabilidad, sin que se hubiera discutido el tema relativo al error culposo, quedando la norma aprobada, así:

"El secretario informa que el Nuevo texto es aprobado con el voto negativo del Doctor Giraldo Marín, y dá lectura al nuevo artículo aprobado:

"Art. 42. — Causales de inculpabilidad. No es culpable:

1o. Quien realice la acción u omisión por caso fortuito o fuerza mayor.

2o. Quien obre bajo insuperable coacción ajena. En ese caso únicamente responde quien ejerció la coacción.

3o. Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación.

4o. Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

"Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo".

Del texto de las Actas no se desprende que la intención de los autores de los trabajos preparatorios fue la de extender la culpa a las dos formas de error. Ese silencio de las Comisiones no puede interpretarse desfavorablemente.

Significa esto que no podemos acudir al sistema de interpretación histórico o teleológico, lo cual nos obliga a acudir a la exégesis, interpretando literalmente el contenido de la norma, arribando, por lo tanto, a la conclusión de que la culpa solamente es dable deducirla con respecto al error sobre el tipo, excluyéndose en el error sobre la antijuridicidad.

Se puede calificar de ilógico que el legislador hubiera querido hacer tan injusta discriminación. Pero, le compete a aquel establecer dicha pena, por desconcertante que nos resulte su silencio, pues de lo contrario el intérprete desconocería el principio rector que manda la proscripción de toda forma de analogía en mala parte. Las razones de hermenéutica son suficientes para respaldar la tesis que hemos planteado.

Son atinados los conceptos que sobre la materia expone el profesor Juan Fernández Carrasquilla, cuando dice "Frente al error vencible de prohibición (concreto o abstracto), cabe la posibilidad hermenéutica de acudir a la culpa en los tipos en que la misma esté prevista (lo que no deja de parecernos una analogía in malam partem porque tal punición solo está prevista en nuestra ley para el error de tipo y, por ende, para el error abstracto de prohibición que REYES incluye en él), quedando impune en los demás casos. Son tan pocos los casos de tipos culposos, y tan peligroso habituar a los Jueces a razonar con analogía prohibida, que nosotros preferimos sustentar la opinión de que el error vencible de prohibición no se castigue en ningún caso, porque la ley no prevé para él la pena de modo expreso. Se trata de una laguna que solo el legislador, de ningún modo el intérprete o el Juez, puede llenar, al menos mientras se respete seria y consecuentemente el principio de reserva. Que sea político criminalmente conveniente estatuir esa pena, parece ser la opinión de la doctrina mayoritaria. Sin embargo, la notoria escasez con que supuestos así llegan a plantearse en los Tribunales, hace que la omisión no sea tan grave y peligrosa como para procurar soluciones emergentes e interinas de reducida consistencia y dudosa legalidad. Las infracciones doctrinales y jurisdiccionales al principio de estricta legalidad de los delitos y de las penas, son, desde el punto de vista de la política criminal, que ha de entender también a la seguridad individual en las comunidades democráticas, terriblemente más peligrosas que la impunidad en tan contados casos" (Derecho Penal Fundamental, pag. 363).

Se relleva una vez más el defectuoso tratamiento que el actual Código Penal le dá al Instituto Jurídico del error, razón por la cual se recomienda una reforma al art. 40, para que se consagre expresamente lo siguiente:

- 1o. La ignorancia legis como factor de inculpabilidad;
- 2o. El error sobre la culpabilidad como fuente de inculpabilidad;
- 3o. La culpa respecto del error sobre el tipo, sobre la antijuridicidad y sobre la culpabilidad.

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PUBLICA

—BIEN JURIDICO PROTEGIDO—

MARUJA TOSCANO DE SANCHEZ

La precisión, el alcance del bien jurídico es indispensable, ya que de una parte, esta objetividad es elemento diferenciador de los tipos penales, y de otra, éstos se crean precisamente por la necesidad de proteger ciertos bienes, ya del individuo, ya de la sociedad, ya del propio Estado, garantizador de estos bienes.

Nuestros Códigos penales han acogido el sistema de dar a cada título de la parte especial, el nombre del bien jurídico tutelado por las incriminaciones contenidas en él, y así tenemos que el C.P. de 1837, Código de Santander, incorporó en el Título IV como infracciones que atentaban "Contra la Tranquilidad y el orden público", la rebelión, la sedición, la asonada, y las cuadrillas de malhechores.

El C.P. de 1873 tituló estos delitos "Contra la Paz y el Orden interior" delitos que el C.P. de 1890 volvió a incluir con el mismo nombre que les dio el C.P. de 1837.

La Ley 109 de 1922, que no alcanzó a regir, denominó este título "Delitos contra el orden público" e incluyó otras figuras como la instigación, la excitación a la guerra civil, el armamento ilegal de fuerzas y la intimidación pública (1).

El C.P. de 1936 consideró estos delitos como atentatorios "Contra la Salud y la Integridad Colectivas, Título VIII, con dos Capítulos: 1° del Incendio, de la inundación y de otros delitos que envuelven peligro común", y 2° "Delitos contra la Salubridad Pública", mientras que la Asociación e instigación para delinquir, y la apología del delito integraron el Título V, modificando la Ponencia del Doctor Parmenio Cárdenas sobre el Título VIII que los denominaba "Delitos contra la Seguridad Pública" (2), y la sugerencia del Doctor Carlos Lozano y Lozano de que se denominaran delitos "Contra la Tranquilidad Pública" aquellos delitos que vinieron a integrar el Título V del Código Penal de 1936 (3).

Hasta aquí es claro, el legislador eludió, o no quiso precisar el bien jurídico tutelado, o que se pretendía tutelar, y el resultado: la diversidad de conductas que integraron estos títulos, bajo diferentes nombres.

La Comisión Redactora del Proyecto de 1974 con Ponencia del Doctor Bernardo Gaitán Mahecha, imprimió un cambio fundamental al Título V, que no hace mención al objeto jurídico, sino al nomen juris de las figuras en él contenidas, denominándolo delitos "Contra la Seguridad Social" con dos Capítulos: 1° Asociación, instigación y apología del delito", y 2° Delitos que envuelven un peligro común". (4)

Este acuerdo fue ratificado por los Comisionados en la redacción del Proyecto de 1974, cuando el 7 de noviembre de 1973, acta No. 84, se creó un título, el V, "Delitos contra la Seguridad Social", con dos Capítulos: 1° Tipos penales correspondientes a la Asociación, instigación y apología del delito, y 2°, integrado por los delitos que en ese momento hacían parte del Título VIII del C.P. de 1936: "Delitos contra la salud y la integridad colectivas", porque consideraron que estas figuras las que producen un daño común y conllevan la posibilidad de peligro común, también atacan el bien jurídico de la seguridad social (5).

(1) PEREZ, Luis Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo III, Temis, 1978, p. 509.

(2) Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal, Tomo II, Parte Especial, 1939, p. 76.

(3) Idem., p. 112.

(4) Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Parte Especial, Volumen II, Edición dirigida por el Dr. Luis Carlos Giraldo Marín, 1981, p. 45.

(5) Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Parte Especial Volumen II, Edición dirigida por el Dr. Luis Carlos Giraldo Marín, 1981, p. 117.

En los textos definitivos de la Comisión de 1978 (6) encontramos TÍTULO V "Delitos contra la Seguridad Pública". Capítulo 1º de la Instigación y de la Apología del Delito. Capítulo 2º "De los delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones, y Capítulo 3º De los delitos contra la salud pública"

De manera semejante, con la inclusión del Concierto y del Terrorismo en el Capítulo primero, fué aprobado en la Comisión Revisora Final, o Comisión de 1979, el Título V, y así se incluyó en el C.P. de 1980, sin que hallemos explicación distinta a que para la correcta tipificación, se suprimió la Asociación para delinquir y se sustituyó por el "Concierto, figura básica, y se creó la figura del Terrorismo, "cuya importancia no es discutible, particularmente cuando la subversión, nihilista y anarquizante, adopta continuamente los más destructores medios de acción para socabar las instituciones, o simplemente, en muchos casos, como medio de vesánica protesta....." (7). En el Capítulo segundo se consagraron conductas cuya ocurrencia pone en peligro la seguridad pública, y en un Capítulo tercero, creado, delitos contra la salud, se tipificaron conductas que ya la Comisión de 1978 estimó, guardaban estrecha relación con aquellas que crearon peligro común u ocasionan grave perjuicio a la comunidad, conductas que evidentemente generan grave peligro para la salud de la comunidad (8).

Cambió el nombre de estos títulos y los tipos penales que los integraban conforme a los bienes jurídicos que se han protegido o querido proteger y así hemos tenido: Tranquilidad y orden público, paz y orden interior, salud e integridad colectiva, salubridad pública, seguridad social y seguridad pública.

El desacuerdo no ha sido solamente en nuestra legislación. El Código Italiano de 1980 consideró un grupo de delitos o atentados contra la Incolumidad Pública; al propósito dice Maggiore (9) incólume es lo que está exento de daño o de peligro, concepto que puede referirse "a la vida, a la integridad personal a la salud y a los bienes del individuo". Cuando se miran estos bienes pero no en consideración del individuo sino en toda la colectividad, se determina el concepto de incolumidad pública y el Estado tiene el deber de proteger a ésta de toda agresión que le cause daño o la exponga a peligro. La tutela del Estado en estos delitos —sigue Maggiore— se refiere a la lesión temida, al daño potencial y probable que se llama peligro, y advierte, que un incendio, un naufragio, el envenenamiento de aguas, etc. pueden ocasionarle daño a los particulares, pero la ley se preocupa aquí del peligro que a causa de esos hechos amenaza a la totalidad de los ciudadanos y por eso, en el Código Italiano, se habla de delitos de peligro común.

Conviene recordar las palabras del profesor Reyes (10) "Todo hecho delictuoso afecta en cierta medida el conglomerado social del que forman parte tanto el agente de la conducta incriminada como el sujeto pasivo de la misma, hay ciertos comportamientos que alteran bienes jurídicos de los que es titular la comunidad como ente fenoménico diverso de las singulares individualidades que la integran", argumenta éstos que encontramos en Carrara cuando distinguió la función del daño mediato e inmediato del delito y le asignó a aquel la función de perturbar la tranquilidad de ánimo de los ciudadanos "al disminuir en ellos la opinión de su propia seguridad" (11); También Carrara advirtió que cuando se mira esta ofensa para darle el

(6) Idem, pgs. 213 a 217.

(7) Relación explicativa Comisión Asesora, Código Penal y de Procedimiento Penal 1981, Ed. Dintel Ltda., p. 53.

(8) Idem., p. 54.

(9) Maggiore, Giuseppe, Derecho Penal Parte Especial, Volumen III Temis 1955, p. 465.

(10) REYES E., Alfonso, La Tipicidad, Universidad Externado de Colombia, 5ª Ed. 1981, p. 102.

(11) Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Tomo 4, Temis 1973, p. 352.

nombre a una clase especial de delitos que suscitan en el ánimo de un número indefinido de ciudadanos alguna concitación de emociones de dolor o de miedo de las cuales se sigue la agitación de esos ciudadanos" (12) se habla de delitos contra la TRANQUILIDAD PÚBLICA, y explicó la palabra tranquilidad desde dos puntos de vista, interno: "estado real de ánimo que consiste en la ausencia de toda conmoción violenta que pueda agitarlo, especialmente por dolor, por temor o por ira", y externo: "ausencia de movimientos extraordinarios, impetuosos y convulsivos", y aclaró que la expresión se refiere aquí a la protección de la "paz moral, comprometida por una subitánea sospecha de común peligro" (13)

El profesor Luis Carlos Pérez (14) critica esta posición de Carrara que él llama 'extrema' porque considera "que va más allá de la seguridad o la incolumidad, más allá del orden público o de los intereses comunes...". Nosotros creemos que no es Carrara, para quien "la tranquilidad es el fin de la sociedad humana, y es el fin del poder penal", el merecedor de la crítica, sino los mecanismos sociales que al tutelar nuestros derechos no propician la seguridad de todos, ni dan la sensación de seguridad, valor fundamental de lo jurídico, sin el cual no hay derecho, ni se alcanza el libre y completo desarrollo de la actividad humana, ni de sus fines sociales. Entonces sí tiene razón el Dr. Luis Carlos Pérez cuando sigue diciendo: "Noble empeño pero impracticable en los tiempos que corren. Las garantías máximas apenas pretenden alcanzar algo de seguridad por el aspecto físico, sin que logren el sosiego de las gentes, cada vez más apremiadas por desgarramientos sociales e insuperables conflictos privados". (15).

De la lectura de las Actas 161 y 162 (16), correspondientes a las reuniones de abril 9, 11, 13, 15 y 16 de 1935, hallamos que el doctor Parmenio Cárdenas presentó ponencia sobre delitos contra la Seguridad Pública, ponencia constante de treinta artículos con tres capítulos así:

I Hechos que envuelven un peligro común. Capítulo II Delitos contra la Salud Pública y III Disposiciones comunes a los capítulos precedentes. Y el doctor Lozano presentó un Título, Delitos contra la Tranquilidad Pública, con dos Capítulos: I De la Asociación para delinquir y II De la Instigación a delinquir y de la Apología del delito.

En el Acta No. 216, correspondiente a la reunión verificada el 9 de Julio de 1935, con asistencia de los doctores Cárdenas, Escallón, Lozano y Rey, leemos "Se recibió el oficio número 2318, fechado ayer, del Ministerio de Gobierno, pidiendo un concepto sobre las bases adoptadas por la Sociedad de las Naciones para un acuerdo internacional sobre represión del terrorismo, con sus anexos correspondientes".

En ese momento se adelantaba en la Comisión el estudio del Título referente a los "Delitos contra la salud y la integridad colectivas", y concretamente, el lanzamiento de bombas, del cual dijo el doctor Cárdenas, "se relaciona, precisamente, al caso del terrorismo", por ello, nos parece importante transcribir el siguiente aparte:

"El doctor Lozano observa que en el artículo a que se refiere el doctor Cárdenas no solamente puede reprimirse el lanzamiento de bombas sino todos los actos que puedan poner en peligro la seguridad pública, lo que, repite, es de una vaguedad extraordinaria. El lanzamiento de bombas puede ser previsto de manera expresa y clara como delito con su sanción correspondiente. El Art. 1º, que se suprimió provisionalmente, trata de reprimir los delitos que envuelven un peligro común que no

(12) Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Tomo 8 Volumen 6 No. 3414, p. 115.

(13) Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal, Tomo 8, Volumen 6 No. 3414, p. 115.

(14) Pérez, Luis Carlos, Derecho Penal, Partes General y Especial, Tomo III, Temis, 1984, p. 448.

(15) Idem., ps. 448 y 449.

(16) Actas del Código Penal, Tomo II, Imprenta Nat. Bogotá, 1939, pág. 109 a 112.

puede confundirse con el terrorismo, que tiene más bien una índole de infracción política tendiente en general a cambiar o entorpecer el funcionamiento de los Poderes Públicos; y muy seguramente la convención internacional que intenta realizar la liga de las Naciones, debe tener su origen en los Delegados de países monárquicos, porque en las Repúblicas el terrorismo casi nunca existe, y entre nosotros mucho menos. Si tal artículo tendiera a la represión del terrorismo no debiera estar colocado en este lugar al lado del incendio, la destrucción de vías férreas y de los naufragios. Repite que el terrorismo tiene carácter de delito y se refiere sobre todo a los actos que van contra personas que ocupan puestos dirigentes en las naciones, como los Jefes de Estado, los Embajadores, etc...." (17)

Sobra cualquier comentario al respecto. Aquí encontramos las razones por las cuales el delito de terrorismo no se incluyó en el Título V del Código Penal de 1936, era considerado como delito político, no obstante que en el informe de respuesta (18), los comisionados hicieron de él un estudio como delito internacional y por los magnicidios del rey de Yugoslavia y del Ministro de Relaciones Exteriores de Francia. Esta es una prueba fehaciente de que el transcurso del tiempo, incide en la modificación de los conceptos y que los cambios sociales imponen estas variaciones, volvamos a leer, lo que al propósito transcribimos, de la exposición de motivos de la Comisión Asesora Final (1979), y subrayamos aquello de que "en las Repúblicas el terrorismo casi nunca existe y entre nosotros mucho menos".

Los anteriores estudios vinieron a plasmarse en el Código Penal de 1936 en los Títulos V y VIII, aquel "De la Asociación e instigación para delinquir y de la apología del delito", (recordemos el comentario del Dr. Gaitán Mahecha sobre el nombre del Título), conductas con las cuales se protegieron los estamentos de la sociedad, y se sancionó la sola posibilidad, la sola potencialidad de daño y la alarma social que con su realización se causaba. Y en el Título VIII, "Delitos contra la salud y la integridad colectiva", se protegió la salud colectiva, el que los bienes comunitarios permanecieran íntegros y los servicios sociales se prestaran sin perturbación.

Hoy, en el Título V del Código Penal de 1980, "Delitos contra la Seguridad Pública" en tres Capítulos encontramos la descripción de conductas cuya realización altera o pone en peligro la seguridad, el equilibrio, la armonía necesarias para el desarrollo social; descripciones cuya realización pone en peligro los bienes de utilidad social, o perturban la prestación eficaz de los servicios sociales, y las que ponen en peligro la salud física y mental de la comunidad, esto es que el bien jurídico protegido con el Título V del Código Penal es la integridad social "concepto amplio en cuanto comprende a la comunidad en todas las facetas que la conforman y que la hacen aparecer como algo armonioso en su totalidad". (19)

Fue incluido el terrorismo, no como figura básica, pero sí la más drásticamente sancionada en el Título, con razón, pues creemos que atenta contra la totalidad del bien jurídico protegido, conducta que la Comisión Redactora del Proyecto final había considerado parte del Título Delitos contra la vida y la integridad personal, por propuesta del doctor Gustavo Gómez Velásquez, (20), esto es, que el Código Penal de 1980 precisa el bien jurídico y con él protege la seguridad pública propiciadora del correcto y armonioso desarrollo social.

Al llegar a esta conclusión cabe preguntarnos: es suficiente la consagración que de esa intención hace el Legislador y de ella debemos esperar la efectiva protección

(17) Actas del Código Penal, Tomo II, Imprenta Nal. Bogotá, 1939 p. 294.

(18) Trabajos Preparatorios del Nuevo Código Penal, Tomo II, Parte Especial, 1939, p. 328.

(19) Reyes E. Alfonso, La Tipicidad, Universidad Externado de Colombia, 5ª Ed. 1981, p. 103.

(20) Actas del Nuevo Código Penal Colombiano. Parte Especial, Volumen II, Edición dirigida por el Dr. Luis Carlos Giraldo Marín, p. 331.

de estos bienes jurídicos? Rotundamente no. Las leyes solas no transforman nada, su virtud creadora la reciben de los hombres y éstos la realizan con los medios adecuados suministrados por el Estado. Es aquí donde está el meollo de la cuestión: lograr que el Estado cumpla las funciones que como Estado de derecho moderno le corresponden, que se le multiplican, es cierto, por virtud de las necesidades sociales, pero cuyo cumplimiento estricto es el único medio que puede propiciar la correcta realización de los fines humanos, de los fines sociales. Es ésa, otra labor comunitaria, urgente, hoy cuando vemos con preocupación cómo se acentúa y acrecienta la distancia entre la garantía legal y la tranquilidad —poca o ninguna— que nos ofrece la vida diaria, y que se hará inalcanzable, no lo dudamos, en la medida en que el Estado no ofrezca y garantice a cada hombre la posibilidad de realizarse, de cumplir sus fines, en condiciones de igualdad y de libertad.

SISTEMA DE BIBLIOTECAS UNAB



unab
HEMEROTECA

EL INSTITUTO PROCESAL DE "EL CUERPO DEL DELITO"

PATRICIA SANTAMARIA DE ROA

Diversas posiciones y teorías han construido la doctrina, la jurisprudencia y el derecho comparado enredador de la institución procesal denominada "cuerpo del delito" (*corpus delicti*). En nuestro medio, las viejas discusiones sobre la naturaleza y determinación jurídica del cuerpo del delito, aún no han cesado, incluso como consecuencia de lo impetrado en el art. 310 del estatuto de procedimiento penal, que entiende su constitución sobre la base de "los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal".

Recordando a los clásicos, el cuerpo del delito se hallaba determinado por los instrumentos, cosas sobre las que recae la acción criminosa y efecto obtenido. Así, entendieron ellos que el occiso en el homicidio constituía el cuerpo del delito, o la alhaja sobre la que recaía la acción criminosa en el hurto.

Acudiendo al Diccionario de la Lengua Española, el cuerpo del delito fue entendido como aquella "cosa en qué, o con qué, se ha cometido un delito, o en la cual existen señales de él". Siendo más extenso, con base en esta definición podemos incluir dentro del cuerpo del delito al arma con la que se dio muerte a una persona, la llave falsa, el rompimiento de una puerta, las huellas de sangre dejadas por el cadáver, etc.

Adicional a las anteriores definiciones, el estudioso del proceso penal progresivamente ha venido estructurando una definición más completa de "cuerpo del delito", llegándose a entender éste, según Ricardo Levene (h), como "el mismo delito a través de todos los episodios de su realización externa". Otros, como Joaquín Escriche, lo entienden en rigor como "la ejecución, la existencia y la realidad del delito mismo". Los dos anteriores tratadistas culminaron sus exposiciones sobre el cuerpo del delito criticando la acepción conocida en el Diccionario de la Lengua Española, considerando que las cosas que se citan como cuerpo del delito, esto es, un puñal, una huella de sangre, una llave falsa, un cadáver, etc., son efectos, señales, monumentos comprobantes del delito, y no su cuerpo. No obstante, Levene reconoce la existencia e importancia de elementos materiales.

Independientemente de lo acertado de las precedentes definiciones, haciendo abstracción de muchas otras en homenaje a la brevedad, es lo cierto que el concepto moderno del instituto procesal en comento encamina al intérprete a la materialidad del delito, al acto externo que modifica el mundo exterior y que cae bajo el dominio de los sentidos. El lineamiento doctrinal en derecho comparado ha desembocado sus tendencias para determinar el cuerpo del delito, precisamente en los elementos materiales y externos del mismo, dejando de lado la moralidad del acto o la culpabilidad del agente.

El estatuto de procedimiento penal vigente en nuestro medio no ha sido ajeno a tal enfoque jurídico de la doctrina moderna, y en gracia de armonizarse entendió que el cuerpo del delito se constituía por "los elementos objetivos o externos del delito señalados en la respectiva disposición penal". Comprendiendo a cabalidad que disciplinando el delito, éste se compone de elementos objetivos o materiales y subjetivos o morales, son los primeros aquellos que representarán la existencia material de la infracción, objetivo que con celo y denuedo debe perseguir el funcionario que investiga.

Al referirnos a los elementos objetivos o externos del delito, no cabe duda que el concepto en cuestión supone el ingreso al campo del objetivismo jurídico, entendido éste como "la búsqueda de criterios realistas de validez general y de identificación demostrable", prescindiendo de todo cuanto sea subjetivo.

Al efecto, esta remisión al objetivismo jurídico que hace el art. 310 de nuestro C. de P.P., supone una dirección filosófica, científica y pragmática no muy comentada en el campo jurídico, pero imprescindible al análisis de la disposición. Tanto es así que, con el objetivismo jurídico afirmamos la preeminencia de todo aquello que se nos presenta en el mundo exterior, apartándonos obviamente de la órbita del personalismo subjetivista. No obstante, como lo afirma Juan Carlos Molina, "el mismo carácter objetivo del derecho lo pone en una relación gnoseológica con el sujeto, originando la tensión sujeto-objeto, alrededor de la cual giran las distintas teorías que se esfuerzan en acentuar lo subjetivo a lo objetivo como término de esa oposición, según los diversos criterios que sustentan".

Pero, frente a las disposiciones penales, es menester enfatizar sobre la existencia en ellas mismas de elementos objetivos y elementos subjetivos, que determinan los primeros, el hecho físico en consonancia con la abstracta descripción del legislador, y los segundos, los criterios de antijuridicidad y culpabilidad. Siendo así, la norma que hemos sometido a cuestionamiento y que se invoca doctrinariamente como instituto del derecho procesal penal, nos remite solo al estudio de lo externo, objetivo y material, haciendo sustracción de cualquier criterio subjetivista o moralista que corresponda al estudio del hecho punible.

Entendiendo que lo objetivo abarca todo lo que se nos presenta en el mundo exterior y que es preceptible por los sentidos, razón le asiste a aquellos que pretenden determinar la existencia material del delito en aras de considerar plenamente probado el cuerpo del delito. Entonces, Levene (h), citado por Gustavo Humberto Rodríguez, no está lejos en su definición al interpretar el cuerpo del delito como "el mismo delito a través de todos los episodios de su realización externa". Sin embargo, aún cuando no menciona expresamente la determinación de elementos materiales u objetivos, apunta dicha definición a corresponder a la prueba de la existencia misma del delito, pero en lo que concierne al hecho fáctico, a esa realidad que se presenta fluctuante en el mundo exterior y que ha violado una disposición penal.

El "corpus delicti", visto como la materialidad del delito y la comprobación de su existencia misma, transporta entonces la interpretación de la letra del art. 310 del C. de P.P., a la precisión conceptual (sustancial y procesal) que debe hacerse de la expresión "elementos objetivos o externos del delito". Dejamos aquí el lineamiento doctrinal sobre la concepción moderna del cuerpo del delito, para adelantarnos al enfoque pragmático que del mismo debe hacerse.

Con el Derecho Penal Sustantivo puedo anotar que, frente a un caso en concreto, me hallo frente a una conducta típica ampliamente descrita por el legislador y que se endilga a un comportamiento humano. Puedo, igualmente, explicar en qué consiste la muerte de un hombre por otro hombre, el apoderamiento de cosa mueble ajena, la apropiación de dineros públicos, etc. Pero, es el derecho procesal penal el que me orienta para esclarecer la verdad de los hechos que dieron lugar a un proceso judicial de carácter penal, y el que le impone la obligación al funcionario instructor de comprobar la existencia del delito mismo. Entonces, el instituto del cuerpo del delito pertenece al resorte procesal y no sustantivo del derecho penal, debiéndose identificar no con el estudio del hecho punible, sino con la actividad probatoria. Un ejemplo del Dr. Tulio Sauchli resumiría lo anterior: "Si el hecho punible es el homicidio, el cuerpo del delito lo constituyen todos los elementos materiales que acreditan la realidad de la muerte".

La acepción "elementos materiales", de amplio alcance, puede comprender a aquellos (elementos) en que objetivamente se concreta el delito (el cadáver en el homicidio), los que representan la huella o el vestigio del acto delictual (las manchas de sangre), los que suponen los objetos con que se realizó el delito (arma de fuego), y los que apuntan a las piezas de convicción o elementos probatorios delictivos (acta

de diligencia del levantamiento del cadáver)

El enfoque pragmático, necesario en la ubicación y puntualización del instituto procesal del cuerpo del delito, y también importante en la determinación de los elementos objetivos o externos del mismo, supone sin duda el análisis que el funcionario investigador debe otorgar a cada una de las pruebas que conforman el proceso delictivo. No estando a la definición del tratadista nacional Gilberto Martínez Rave, quien separa los elementos objetivos de los elementos materiales, apuntamos nuestro criterio al de incorporar toda manifestación objetiva de la infracción dentro de la órbita del objetivismo jurídico, correspondiendo a la exigencia de la fórmula que enseña el art. 310 del estatuto de procedimiento penal vigente. Por ende, la materialidad del delito, que incorpora todos los elementos objetivos o materiales de la infracción, constituye el cuerpo del delito, instituto jurídico de carácter procesal con tendencia estrictamente probatoria.

Dado que una de las circunstancias que deben probarse en el proceso, en forma plena, es precisamente el cuerpo del delito, el resto de cualquier análisis sobre la figura en comento correspondería ya a la práctica que el funcionario instructor debe hacer de todas aquellas diligencias conducentes al esclarecimiento de la verdad de los hechos, esos hechos constitutivos de delito que se presentan en la realidad y que modifican el mundo exterior.

A lo sumo, y frente a las exigencias de una investigación de carácter penal, el cuerpo del delito debe determinarse y precisarse en toda su amplitud, amparándose el funcionario en el más mínimo detalle de celo, cuidado y precaución, al servicio de la justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. Editorial Temis, Tomo II, Bogotá 1977.
- CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tomo V, 15ª edición, Buenos Aires, 1981.
- Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, editorial Heliasta, Tomo II, 15ª edición, Buenos Aires, 1981.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo V, Buenos Aires, 1968.
- Editorial Bibliográfica Argentina, Tomo XX, Buenos Aires, 1965.
- MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano, Editorial Temis, tercera edición, Bogotá, 1984.
- RODRIGUEZ, Gustavo Humberto. Procedimiento Penal Colombiano, ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1983.
- Código de Procedimiento Penal Colombiano, editorial Temis, Bogotá, 1984.

ACCION Y FUNDAMENTOS METODOLOGICOS DEL FINALISMO

GUILLERMO VILLA ALZATE

INTRODUCCION

El interés fundamental al escribir estas líneas, ha sido llamar la atención sobre un campo del conocimiento un poco en descuido, acaso por falta de una orientación adecuada que muestre al estudioso del derecho qué aplicaciones prácticas puede tener la Filosofía del Derecho, así como las repercusiones que la misma alcanza en el proceso de creación de la norma jurídica.

He centrado mi esfuerzo en la Filosofía del Derecho Penal, aún ignorada en nuestro medio, con un solo propósito: llamar la atención sobre ella, mostrar que es una especialidad rica, promisoría en la investigación y de gran importancia. De tiempo atrás está al día, quizás estemos en mora, el estudio de las limitaciones que pueda tener el legislador al elaborar la norma, asunto que siempre preocupó al Maestro Alfonso Reyes Echandía, a quien pretendemos rendir honores con estas líneas, máxime cuando abundan en nuestra América los regímenes dictatoriales y arbitrarios que han hecho del derecho penal su instrumento de represión favorito a fin de mantenerse en el poder, y recurren, cada vez con mayor facilidad y por motivos menos trascendentales que los de la ocasión anterior, a los estados de excepción constitucional en los que dan vía libre a toda una cascada de normas que parecen tener como propósito la transformación del mundo con su mera expedición.

Total, me he propuesto que este escrito breve sea tan comprensible, que el lector no iniciado en el tema pueda captar lo suficiente como para sentirse motivado y con nuevas inquietudes que lo lleven a participar del debate jusfilosófico que esté vigente. He tratado de abundar en la bibliografía para que estas líneas sirvan de verdadera pauta a los que, seguramente, se interesarán en ahondar en la problemática en ellas tratada.

ACCION Y FUNDAMENTOS METODOLOGICOS DEL FINALISMO

Las estructuras lógico-objetivas, y el problema de la naturaleza de las cosas.

En la exposición parto del supuesto necesario que quienes son sus receptores, conocen y dominan los esquemas clásico y neoclásico del delito y por consiguiente, conocen los conceptos causal y social de acción (1). La estructura, del delito desde el punto de vista de las escuelas clásicas y neoclásica, no son los aspectos fundamentales de este escrito, de ahí que solo ligeramente me referiré a ellas, a manera de puente introductorio a la temática central según lo que me he propuesto: desentrañar el asidero de la escuela finalista en la filosofía del derecho penal.

(1) Exposiciones sistemáticas sobre dichos esquemas pueden apreciarse en ZAFFARONI, RAUL EUGENIO. Acerca del concepto finalista de la conducta en la teoría del delito. Revista Jurídica Veracruzana, volumen XXIV, Nros. 1 y 2. Enero a junio de 1973. Este artículo fue publicado también en Criminalia, año XXXVII, Octubre de 1971, No. 10. MAURACH, REINHART. Tres conferencias. Revista de la Universidad Externado de Colombia, volumen VI No. 3 Diciembre de 1975. Bogotá D.E., pag. 313 y ss. GALLO, MARCELO. La teoría dell'azione "finalistica". Dott. A. Guiffre Editore, Milán, 1967. CURY URZUA, ENRIQUE. Orientación para el estudio de la teoría del delito. Ediciones Nueva Universidad, Santiago, 2a. edición, 1973. BACIGALUPO, ENRIQUE. Lineamientos de la teoría del delito. Editorial Atrea, Buenos Aires, 1974. WELZEL, HANS. El nuevo sistema del derecho penal. Ediciones Ariel, Barcelona, 1964. WELZEL, HANS, Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 11a. edición, 1976. AGUDELO BETANCUR, NODIER. Diversos contenidos de la estructura del delito. A propósito de la reforma penal. Nuevo Foro Penal, No. 1 Ed. Acosta, Medellín, 1978, pags. 1 a 37, en lo que constituye el mejor logro de un investigador nacional.

Es obligado un análisis somero de lo que es el esquema finalista del delito. El finalismo dice, como también lo hacen los esquemas clásico y neoclásico, que el delito es una acción típica, antijurídica y culpable. O sea que al delito se equivalen cuatro categorías: Acción, Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad.

Y hablo de categorías como determinaciones generales. Es que el estudio de la teoría del delito es el de sus elementos pero tomándolos no como partes autónomas, sino como formas categoriales a través de las cuales es posible para el pensamiento la aprehensión del concepto unitario, aunque complejo, de la infracción punible. No se puede perder de vista, tampoco, que el delito es un concepto valorativo, por lo que las categorías de su estructura solo se puede captar en su esencial referencia axiológica. Es por esto por lo que la ciencia del delito es una ciencia normativa que metodológicamente se realiza mediante un análisis y una síntesis. Los intentos para reducirla a simples fórmulas causales explicativas o de aplicarle métodos naturalísticos, son inútiles y contribuyen a la confusión, a más de que penetran los campos de actividad propios de otras ciencias, como la sociología, la criminología, etc. (2).

La diferenciación entre los esquemas clásico, neoclásico y finalista, radica en cuál es el contenido que tiene cada una de esas categorías del delito (3). Qué es la acción, qué es la tipicidad, qué es la antijuridicidad, y qué es la culpabilidad.

I. LA ACCION

Para el esquema clásico, que acoge el concepto causal de acción, ésta es la modificación del mundo exterior que nuestros sentidos pueden percibir, y la voluntad del individuo no está contenida en la acción como parte integrante de ella, sino que la acción para ser tal, requiere meramente de la voluntariedad (4) que es diferente de la voluntad (5). La voluntad es voluntad de algo concreto; cuando queremos, queremos algo. En tanto, la voluntariedad es querer cualquier cosa, un querer simple, llano, no concreto. Pero, observando detenidamente, se concluye que la misma definición legal del delito que se elaboraba a partir del concepto causal, presentaba para éste un escollo insalvable, porque si la acción era modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, resultaba, imposible explicar la omisión y determinar qué hacer con ella. Decían que ella no era más que un comportamiento pasivo del sujeto que no realizaba una acción esperada. Con acierto ha replicado Agudelo B. que si observamos una mujer que no alimenta a un niño, a partir de esa simple observación no podemos saber si esa mujer está omitiendo o no en sentido jurídico, sino que es necesario constatar la existencia de factores de carácter normativo, de carácter valorativo y de carácter jurídico, de donde surja un deber jurídico para esa madre de obrar (6). Y es que no pueden ser las leyes de la causalidad material las que imperen para su regulación, que el derecho adopte módulos propios de valoración (7).

En el concepto social de acción, se afirma que la acción es la modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, socialmente relevantes, o sea, que tiene relevancia en el medio en que se desenvuelven el individuo, en el ámbito social. Jurídicamente, la acción es la causación de un resultado típico (8).

(2) CURY U. ENRIQUE. Ob. cit., pag. 12, 43

(3) Véase nota (1). Además, Kaufmann, Armin. La función del concepto de la acción en la teoría del delito. Revista Jurídica Veracruzana, Nros. 1 y 2. Enero a Junio, 1974, Volumen XXV, pag. 54.

(4) AGUDELO B. NODIER. Ob. cit., pag. 3. ZAFFARONI, RAUL. Ob. cit., pag. 62.

(5) WELSEL, HANS. El nuevo sistema del derecho penal. pag. 28.

(6) AGUDELO B. NODIER. Ob. cit., pag. 7

(7) RODRIGUEZ MUÑOZ, JOSE ARTURO. La doctrina de la acción finalista. Universidad de Valencia, secretariado de comunicaciones, Valencia, 2a. edición, 1978, pag. 16. Bacigalupo, Enrique. Delitos improprios de omisión. Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970; este último, citado por Agudelo B.

(8) MAURACH, REINHART. Ob. cit., pag. 318. Rodríguez Muñoz, José A. Ob. cit., pag. 18.

Fue Eberhard Schmidt quien en 1932 expuso por primera vez la teoría del concepto social de acción. A partir de la naturaleza de las cosas, pero apartado de las posiciones de la lógica — objetiva de Welzel y las jusnaturalistas, deduce que únicamente tienen importancia jurídico-penal, las acciones con sentido social (9); como lo dice Schmidt, citado por Zaffaroni, "pues solo entre el mundo socialmente lleno de sentido y el derecho pueden establecerse relaciones de cambio, y no entre el derecho y la naturaleza en el sentido causal — empírico de los puros datos del ser". "El rayo electrificante, la marejada destructora, no son objeto de valoración jurídica" (10).

Este concepto no es difícil de refutar; basta recordar a Robinson Crosoe que vivía solo en su isla, no vivía en sociedad, pero no puede negarse que cuando él saltaba, cuando corría, cuando cazaba, estaba realizando acciones humanas.

Si eran las suyas acciones humanas, no obstante que carecían de relevancia y trascendencia sociales.

Repárese también, que el concepto "social" de acción tiene en la base una valoración social, no jurídica, lo que deja la puerta abierta al criterio de dañosidad social que servía a Liszt para explicar la antijuridicidad material.

Además, el concepto social de acción, lo mismo que el concepto naturalista, es causal: acción es causación de un resultado típico, por lo que nada agrega y contra él valen los mismos argumentos que contra el causalismo. De su lado, el finalismo siempre aspiró desde su inicio a entender la acción como un fenómeno social. "La acción, como fenómeno social, no puede ser comprendida sino sobre la base de la doctrina de la acción finalista" (11).

Ha arribado el finalismo a la concepción final de la acción, una elaboración que en la dogmática jurídico penal es obra de Hans Welzel, en cuanto él fue quien recopiló todo el pensamiento anterior desde los presocráticos hasta él, y lo condensó y sistematizó en la concepción del delito (12). O sea, que ya todos los elementos necesarios para la elaboración del concepto final, aunque dispersos, estaban dados; Welzel, lo que hizo fue, y ahí radica su mérito, recogerlos en un todo sistemático y coherente. Desafortunadamente, para muchos críticos del finalismo esto se presenta como un punto débil de esta teoría, consideración que apenas si merece tenerse se ha llegado incluso a afirmar que Nicolai Hartmann es el "garante" de Welzel (English); o el "maestro filosófico de los finalistas" (Hall); Thomas Wertenberger acusa a Welzel de aceptar acríticamente las doctrinas de Hartmann; para Klug, es de la Ontología de N. Hartmann que deriva la inclusión del dolo en el tipo, que es "fesis clásica del finalismo"; y así muchos otros. Pero el mismo Hans Welzel dijo: "No tendría, sin duda, ningún motivo para avergonzarme de que el origen de mi doctrina estuviera en la filosofía de Nicolai Hartmann —si fuera cierto—. Este no es el caso

(9) ZAFFARONI, RAUL E. El concepto social de acción en el derecho penal. Revista Jurídica Veracruzana Nros. 1 y 2. Enero a Junio de 1974. Vol. XXV, pag. 7-8.

(10) ZAFFARONI, RAUL E. El concepto social de acción en el derecho penal. pag. 8.

(11) WELSEL, HANS. El nuevo sistema del derecho penal. pag. 34.

(12) AGUDELO B. NODIER., Ob., cit. pag. 10, sostiene que "la teoría finalista no es sino la culminación del proceso que comenzó con el resquebrajamiento del esquema clásico del delito". Contrariamente, Fernández Carrasquilla, Juan, valioso autor nacional, considera que "el finalismo no es la culminación de un proceso, sino que es un punto de avance en un proceso... el finalismo no terminó con el derecho penal, no ha dicho la última palabra, hasta allí no llega la ciencia". Nuevo esquema del delito en el proyecto de código penal. Nuevo Foro Penal, No. 2. Editorial Acosta, Medellín, Enero, Febrero, Marzo de 1979, pag. 7. En el sentido en que lo ha expresado Agudelo B., esto es, que "la teoría finalista de la acción no es sino la culminación del concepto de lo subjetivo y de la culpabilidad como un juicio de reproche", lo que halla pleno respaldo en la obra de Juan Córdoba Roda "Una nueva concepción del delito", no hay duda que la razón le asiste. Sobre el propósito y el logro de Welzel, puede verse de este autor, "la dogmática en el derecho penal", publicación de la Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, Rep. Argentina, 1972, pag. 34.

sin embargo". (13). Welzel, para la formulación de su doctrina, recibió influencias de la Psicología del pensamiento de Richard Honigswald, Karl B. Hler, Theodor Erismann, Erich Jaensch, Wilhelm Peters (Welzel cita la obra Fundamentos de la Psicología del Pensamiento —Grudlagen der Denkpsychologia— del primero de los mencionados) y de los fenomenólogos P. F. Linde y Alexander Pfander. Así mismo, Bruno Bausch (14).

ACCION Y FUNDAMENTOS METODOLOGICOS

La acción para el finalismo es ejercicio de actividad final (15), es una acción vidente (16). Ya la acción humana lleva como elemento estructural suyo, el contenido de la voluntad del individuo.

De qué manera la acción es final? Cuando alguien piensa en matar a un individuo, en causarle la muerte, primero, mentalmente, se representa el fin que se propone. Cuál? Matar, causar una muerte. Entonces, en la secuencia del delito se está anticipando, está operando más ligero que el acontecer causal en la medida en que éste no ha tenido ocurrencia aún; sin embargo, ya el sujeto se lo está ideando, se lo imagina, se está proponiendo un fin. Se retrotrae en el tiempo, vuelve, se ubica de acuerdo a ese fin que se propone, escoge los medios que va a emplear para conseguir ese fin; retomando el ejemplo, querer matar, si la víctima va en un bus, el medio seleccionado puede ser tirar una bomba. Vuelve el sujeto y se retrotrae para, de acuerdo al medio escogido, prever los efectos concomitantes; esto es, que las personas que van en el bus junto con su víctima, también van a resultar muertas dado el medio empleado en la consecución del fin. Así pues, toda la acción humana está conteniendo el fin, los medios y los efectos concomitantes que pueden seguirse a la obtención del fin, de acuerdo con el medio empleado (17). Si para la persona que se ideando esa acción humana, esa acción final, no son convenientes los efectos concomitantes previstos, sencillamente opta por un medio diferente para lograr su finalidad, eludiendo la realización de aquellos; así, para no matar las personas que van en el bus junto a su víctima, piensa que mejor es si se apuesta en algún lugar con un fusil de mira telescópica y como es buen tirador, sin duda dará muerte a quien se propone, y no habrá efectos concomitantes a ese resultado. Qué fue lo que hizo quien así se comportó? Razonó finalistamente para dominar el acontecer causal; porque el finalismo tampoco descarta la existencia, por demás objetiva, de la acción causal, de un acontecer causal. Lo que sucede es que el finalismo sostiene que la acción humana es una acción final. La acción de la naturaleza es causal. Y al derecho penal interesa el concepto óntico de acción (18) es decir, que la acción, su estructura, es final, conlleva el contenido de la voluntad; montarse a un carro, leer, escribir, salir a la calle, son acciones finales; esto lo reconocen aún, muchos causalistas; entonces dice el finalismo, la acción jurídico-penalmente relevante también es final, lo que sucede es que el legislador toma una acción humana y le da relevancia jurídica y no por ello esta acción deja de ser final; matar, estudiar, hurtar, son acciones finales, sólo que matar y hurtar son relevantes para el ordenamiento penal, en cuanto

(13) WELZEL, HANS. El nuevo sistema del derecho penal. Prólogo a la cuarta edición, Bonn, 1960. La dogmática en el derecho penal, pág. 34.

(14) Consúltase al respecto, además de las obras de Welzel acabado de citar, el excelente trabajo del profesor de Pyonyang, Zong UK Tjong, "Origen y fundamento filosófico de la teoría de las estructuras lógico-objetivas en el derecho penal". Doctrina jurídica. Edición de la Universidad Católica de la Plata. Octubre 20 de 1972. pág. 2 a 4.

(15) ELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán. pág. 25. AGUDELO B. NODIER. Ob. cit., pág. 11. Rodríguez Muñoz, José A. Ob. cit., pág. 32. Zaffaroni, Raúl E. Ob. cit., pág. 62. Bacigalupo, Enrique. Ob. cit., pág. 25.

(16) WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán. Pág. 54.

(17) WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán. Pág. 54. El nuevo sistema del derecho penal. pág. 26. Zaffaroni, Raúl E. Ob. cit., pág. 63. Rodríguez Muñoz, José A. Ob. cit., pág. 33.

(18) ZAFFARONI, RAUL E. Ob. cit., pág. 61.

son conductas tipificadas como delictivas. Si en determinadas circunstancias —un establo de excepción— se sancionara con arresto una conducta que de ordinario es lícita, ejemplo salir a la calle, no por haber tipificado ese comportamiento estaremos en presencia de una conducta que era final y se transformó en causal. Es por eso que afirmo con Zaffaroni, que al derecho le interesa el concepto óntico de acción, esto es, la acción tal cual ella es en su ser. El Hombre medita, razona, se propone un fin, selecciona los medios, prevé los efectos concomitantes y a través de este proceso domina el acontecer causal, lo maneja, lo dirige en un determinado sentido, a conseguir un fin como ya ha quedado dicho (19).

II FUNCION DE LA ACCION

Es la oportunidad de detenernos en un punto crucial; cuál es la importancia del concepto de acción y qué papel juega dicho concepto dentro del esquema del delito. Ya podemos escuchar voces como la de ROXIN, que sostiene que hemos perdido el tiempo discutiendo en torno a la acción, que ella carece totalmente de importancia y que nos hemos abstraído en una discusión que ninguna utilidad práctica reporta para la dogmática del delito (20).

Otros, como SCHONKE — SCHODER, sostienen que "Por lo demás, se extiende la idea de que el concepto de acción es, en última instancia, improductivo para la dogmática". Para BAUMANN, "la discusión sobre la estructura de la acción punible en la actual dogmática del derecho penal se ha puesto demasiado fuertemente en primer plano, más de lo debido y con perjuicio de otros sectores". Dice SCHMIDHAUSER que "están justificadas todas las objeciones que recientemente se han formulado contra el concepto de acción o contra su supervaloración". Para ARTHUR KAUFMANN "el concepto de acción no puede aportar todo lo que muchos parecen esperar de él". (21).

Para ARMIN KAUFMANN, el concepto de acción cumple como función la determinación de los elementos del injusto (22).

Para WELZEL la función del concepto de acción es más amplia, es en verdad, la piedra de toque del esquema del delito (23).

Comparto esta posición; verdad es que el concepto de acción determina todo, absolutamente, el esquema del delito; de ahí que WELZEL diga que de él "se deriva todo lo demás por sí mismo", y negar su importancia es negar la del esquema del delito, lo que a su vez negaría de plano la interesante pretensión de ROXIN de elaborar un esquema del delito en el que se hallen involucrados elementos de política criminal, ya que sin esquema del delito su objetivo fracasaría (24).

La acción determina lo que serán el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad. Claro está que reparando los esquemas clásico, neoclásico y finalista del delito, puede uno darse cuenta que el contenido de todos es esencialmente el mismo, es decir, en todos hay dolo o culpa, conocimiento de la antijuridicidad del hecho, resultado, etc. La diferencia entre unos esquemas y otros radica en la ubicación sistemática de cada uno de esos elementos. El finalismo reubicó esos elementos para darles

(19) WELZEL, HANS. Derecho Penal Alemán. Pág. 53. El nuevo sistema del derecho penal. pág. 27. AGUDELO B. NODIER. Ob. cit. pag. 12.

(20) ROXIN, CIAUS. Política criminal y sistema del derecho penal. Ed. Bosch, Barcelona, 1972, pág. 23. Especialmente, del mismo autor, Problemas Básicos del derecho penal, Ed. Reus, Madrid, 1976. Pág. 87.

(21) Todos citados por ROXIN, política criminal y sistema del derecho penal, págs. 23 y 24.

(22) Véase al respecto del interesante trabajo de A. KAUFMANN, "la función del concepto de la acción en la teoría del delito". Revista Jurídica Veracruz, Vol. XXV. Nos. 1—2, Enero-Junio 1974, pág. 97. Idéntica, es la posición de BACIGALUPO, E. Ob. cit., pág. 28.

(23) WELZEL, HANS. El nuevo sistema del derecho penal. pág. 14.

(24) Véase sobre este asunto la interesante obra de ROXIN "Sistema de derecho penal y política criminal".

su lugar apropiado en el esquema del delito. WELZEL, refiriéndose al proceso de elaboración del sistema finalista, dice: "En este proceso no se ha perdido ninguno de los elementos anteriores, sino que cada uno ha recibido su lugar más apropiado, debido al conocimiento de la estructura final de acción" (25).

La acción es final y el tipo es descripción de acción; y si el tipo describe la acción, necesariamente tiene que describir una acción final. Empieza a esbozarse la problemática de las estructuras lógico-objetivas de que adelante nos ocuparemos. Al describir el tipo la acción final, tiene que quedar comprendido en él el contenido de la voluntad del sujeto que actúa. Y si el contenido de la voluntad, si el dolo o la culpa, si los especiales motivos y tendencias del autor, si los especiales momentos del ánimo, van comprendidos en la tipicidad, entonces, qué le queda a la culpabilidad? Repárese como ya se está resquebrajando todo el esquema que existía; no solamente los elementos del injusto se vieron determinados por un específico concepto de acción que acabamos de acoger. Si el concepto de acción que se acoge es el causal, necesariamente el tipo tendrá que ser un tipo objetivo, porque si el tipo describe la acción y la acción es causal, mal podría el tipo llevar encerrado el contenido de la voluntad del sujeto (26).

Ahora, respecto de la antijuridicidad, qué es lo antijurídico? La acción típica, pero es una acción típica que es objetiva y subjetiva, por lo que el juicio de la antijuridicidad no puede agotarse meramente en la objetividad, en los aspectos objetivos de esa acción típica, sino que por el contrario tiene que trascender y contener los elementos subjetivos de la acción típica producida por el autor. El concepto de acción sí repercute, pues, en todo el sistema del delito. Obsérvese como el concepto final de acción que acoge el finalismo determina lo subjetivo en la antijuridicidad y deja a la culpabilidad sin el contenido que le asignaban los clásicos y los neoclásicos; es la doctrina finalista la que se encargará de dar un nuevo contenido a la culpabilidad sobre la base del criterio de la reprochabilidad.

En esta misma línea, ENRIQUE CURY dice que la acción es la base sustantiva sobre la que descansa la arquitectura del delito (27). Todo tipo debe referirse necesariamente a una acción, y podrían faltar los otros elementos del delito, pero jamás la acción. Sólo sobre una acción puede el legislador tipificar y bien puede decirse que no hay tipo sin acción. Son puras manifestaciones de ignorancia las legislaciones que llegaron a procesar animales u objetos, que castigaban hechos, procesos causales en los que la voluntad del hombre nada tenía que ver para su producción, como cuando DARIO hizo azotar al océano porque había acabado con su escuadrón de embarcaciones. Incluso, caben aquí las horribles leyes antisemitas promulgadas por los nacionalsocialistas que no prohibían ni sancionaban una conducta sino una situación ya existente en cuya creación el sujeto sancionado nada había tenido que ver.

El concepto de acción, cualquiera él sea, es la piedra de toque del esquema del delito y determina el contenido de las demás categorías, a saber, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. De ahí la inconsecuencia de aquellas posiciones que no obstante reconocer el carácter finalista de la acción humana, y por consiguiente de la acción del delito que no es otra sino la misma con relevancia jurídico-penal dada por el legislador, quieren enviar el tipo subjetivo a la culpabilidad, pretendiendo ir

(25) WELZEL, HANS. El nuevo sistema del derecho penal. pág. 83. La subraya no es del texto.

Es aquí donde está la respuesta a la inquietud tan razonable que se plantea A. KAUFMANN en su trabajo acabado de citar, pág. 54, en torno a cuál es la razón para que casi siempre tanto por el causalismo como por el finalismo, se arriba a idéntica solución de un problema, si bien por caminos diferentes. Es necesario advertir que casos hay en que el razonamiento no es válido pues si bien aplicando uno de los esquemas el sujeto será absuelto, aplicando el otro será condenado.

(26) Es ésta la denominada estructura lógica-objetiva de la acción.

(27) CURY U. ENRIQUE. Ob. cit., pág. 34.

más allá del finalismo con no muy claros fines metodológicos (28).

Anotaba con acierto algún autor, que FERNANDEZ CARRASQUILLA apenas si pudo llegar hasta más acá del finalismo (29). Creo, de mi parte, que no puede sacrificarse la claridad dogmática allí donde todo va siendo claro, pensando en resolver problemas metodológicos no más importantes que aquella.

(28) FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN. El nuevo esquema del delito —Más allá del finalismo—. Revista Estudios de Derecho, Vol. XXXV, Nros. 89-90, mayo-septiembre de 1976, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, págs. 97 a 122.

(29) AGUDELO B. NODIER. Ob. cit. pág. 20.

COMENTARIO BIBLIOGRAFICO

JOSE FRANCISCO MARTINEZ RINCONES

Jervis, Giovanni., La Ideología de la Droga y la cuestión de las Drogas Ligeras. Cuadernos ANAGRAMA. Serie Psicológica. Editorial ANAGRAMA. Barcelona, España. 1977. pp. 135.

INTRODUCCION:

Significativa importancia científica tiene el trabajo de Giovanni Jervis sobre La Ideología de la Droga..., tanto desde el punto de vista psiquiátrico como desde el punto de vista criminológico, en virtud de que lo ha orientado hacia la desmistificación de la palabra droga, de la idea droga y de la cuestión droga.

Evidentemente que la ideologización desatada en torno a la droga ha servido para crear dos posiciones que en sus extremos se juntan, la de los antidroga a ultranza y la de los prodroga, de igual manera, al ultranza. Sin embargo ninguno de los dos bandos tiene razón y es más, ninguno de ellos determina absolutamente la conducta social en torno a la droga.

Como se verá, en el desarrollo de los comentarios, Jervis, que, básicamente, fundamenta su discurso en la concreta realidad italiana, crea o desarrolla una posición objetiva y un pensamiento para valorar la cuestión de la droga en cualquier ámbito o realidad social. Este hecho es uno de los aspectos relevantes y revolucionarios de esta pequeña gran obra.

Lo que, en último término, se ha planteado el autor, es el aclarar y precisar puntos de vista en torno a las drogas, lo cual es un elemento fundamental para la discusión del tema tanto nacional como internacional, toda vez que la discusión está impregnada de mitos, miedos, prejuicios y básicamente de ignorancia y superstición, lo cual hace remota una aproximación a la verdad en torno al caso. Jervis, con sus palabras directas y concretas lo expresa de la siguiente manera: "Este escrito tiene dos finalidades muy distintas aunque se interrelaciona: en primer lugar, quiere repetir y clarificar una serie de datos y de observaciones sobre lo que son las "drogas" y las "drogas ligeras"; en segundo lugar quiere poner de relieve algunos puntos referentes sobre todo a la ideología de las "drogas" y recordar, breve y esquemáticamente, cuál es la naturaleza, el alcance y el carácter incisivo de los problemas políticos que se ocultan en la trampa de la cuestión; sin pretender dar, lo repito, ni juicios definitivos ni soluciones, sino inclinándose, en todo caso, a una sistemática desmitologización de la intrincada cuestión: con la esperanza, evidente, de no minimizar los términos". (*)

Finalmente considero que este trabajo de Jervis, representa un sólido aporte sobre tan interesante y controvertida materia, en un ambiente donde la bibliografía científica brilla por su ausencia.

I. LA OBRA

El trabajo de Jervis se encuentra publicado conjuntamente con dos ensayos sobre materias diferentes. Uno sobre Wilhelm Reich bajo el subjetivo título de "Los

Militantes y el Brujo" (pp. 79—106) y otro sobre "La Tecnología de la Tortura" (pp. 107 — 133).

Se trata como puede notarse de un ensayo psiquiátrico-criminológico que aparece dentro de especie de recopilación breve de trabajos de interés sociopolítico del autor.

La Ideología de la Droga y la Cuestión de las Drogas ligeras, desde el punto de vista de la sistematización que le dá el autor, se desarrolla en cuatro partes fundamentales, distinguida cada una por subtítulo o epígrafe que determina el contenido esencial de cada una de ellas; aparte de la introducción que contiene, a su vez, una síntesis del trabajo y una explicación sobre los propósitos del autor. La primera parte se denomina "Terminologías y Datos Básicos"; la segunda, "Drogas Ligeras y Drogas Pesadas"; la tercera, "La Ideología Dominante de la Droga"; y la cuarta, "La Ideología Contracultural de las Drogas Ligeras".

Jervis, dada la brevedad relativa de este ensayo, utiliza para su elaboración un lenguaje directo y concreto, no por ello magistralmente claro. Y en el que, último término, fija su honesta posición sobre esta materia y enseña cuánto hay de incierto en toda la certidumbre oficial.

I. 1. — Terminología y Datos Básicos. Las Drogas en General.

En esta primera parte de su "artículo" (p.7), comienza Jervis poniendo en duda el término "droga" (p.9) y el sentido o significado que al mismo se le pudiese atribuir, sin embargo, aligerar la situación proponiendo una definición objetiva del mismo; siendo para él droga "una sustancia química que es introducida voluntariamente en el organismo con la finalidad de modificar las condiciones psíquicas y que en tanto tal crea más o menos fácilmente una situación de dependencia en el sujeto, es decir una situación en la que siente la necesidad de recurrir con mayor o menor regularidad a este mismo producto químico para superar las dificultades psicológicas derivadas de su vida cotidiana". (p.9).

De esta definición se pueden extraer los siguientes supuestos básicos:

- a) que se trata de una sustancia química,
- b) que se utiliza voluntariamente en el organismo con el fin concreto de modificar las condiciones psicológicas,
- c) que pueden producir dependencia en el sujeto porque le sirve de ayuda para superar ciertas dificultades derivadas de la vida cotidiana.

Pero, ¿qué puede ser la droga sin el consumidor? Por esta razón, Jervis plantea directamente la aclaratoria en torno al término toxicomanía del cual se deriva el concepto de toxicómano, identificándola con la idea de dependencia grave, lo cual se deduce de los supuestos que la constituyen: "... 1) serios trastornos físicos y/o psíquicos a corto o largo plazo; 2) la imposibilidad o la extrema dificultad de liberarse de tal dependencia, incluso en el momento en que ésta es vívida como destructiva; 3) la (eventual) aparición de trastornos físicos de abstinencia (es decir, la concurrencia de habituación de dependencia físico o bioquímica); 4) la tendencia a la recaída tras períodos de abstinencia y tras la curación total de los eventuales trastornos de abstinencia; 5) la tendencia al aumento de dosis... característica común a los toxicómanos es el hecho de que todos ellos adquieren conciencia de serlo cuando ya es demasiado tarde..." (p.9).

Sin embargo, para sentar las bases de la cuestión de fondo que el autor ha propuesto; aclara, después de estas dos definiciones fundamentales, algo que es común, pero que en la práctica no social su torno a la droga y consumidor no se acepta: "Algunas drogas producen fácilmente toxicomanía, otras no". (p.9).

Para Jervis, en la cultura contemporánea existen cuatro drogas que él categori-

za como epidémicas, social y legalmente aceptadas, pero que no por estas últimas circunstancias dejan de ser nocivas, las cuales son, el tabaco, los psicofármacos, el tabaco y las bebidas cafeínicas. Las dos primeras producen Toxicomanía (alcoholismo y farmacodependencia). Dentro de los psicofármacos, la variedad es cada día más intensa y con mayores masas de adictos, sirven para regular las situaciones cotidianas en la propia medida de las necesidades creadas socialmente al individuo, con la ansiedad, la intranquilidad, el cansancio, el insomnio, la inhibición, entre otras. Para cada una surge un "producto", tranquilizante, estimulante, barbitúrico, alcohol éflico (p. 11).

El autor, conocedor del drama social contemporáneo, hace juego a sus proposiciones y plantea que, cuál sería la situación que pudiera experimentar cualquier gran ciudad del mundo occidental si "... un día desaparecieran de pronto esos cuatro tipos de droga-alcoholes, estimulantes, tranquilizantes y barbitúricos..." probablemente —se responde— se tambalearía su estructura social. (p. 11).

Al otro lado de estas drogas contemporáneas, existen otras drogas extraeuropeas que tienen un uso milenario dentro de otras culturas, como el cáñamo indico (marihuana); el peyote o payotl de uso ritual y los opiáceos; pero que se han vulgarizado en su consumo en Europa y Estados Unidos de América del Norte, generando una dramatización oficial en torno a ellos. Por ejemplo el uso medicinal del laudaum o tintura de opio y del hashish se prolongó hasta hace pocas décadas. La cocaína era recomendada por Freud para el tratamiento de los morfinómanos, lo cual contribuyó a su uso sensual. En 1930 todavía no se proponían peligros en torno al consumo de marihuana. Para Jervis el uso masivo y sensual de las diferentes drogas se desata es a partir de 1950 y el caso particular de la marihuana a partir de 1960, aunque ya en Estados Unidos su prohibición data de 1930 (p. 12).

De la experiencia derivada de la sensualización del consumo, Jervis extrae una conclusión importantísima para el abordamiento del problema en términos cualitativos: "De todo ello, no sólo resulta totalmente transformado el panorama general de las drogas, sino sobre todo su clasificación, su imagen pública. Esta imagen se ha mixtificado y confundido totalmente. La causa principal de esta confusión se deriva de la separación categórica (e irracional) entre drogas "lícitas" y drogas "prohibidas"; pero más allá de esto hay un hecho preciso: en la actualidad el panorama está dominado por el gran capital internacional, que se ha apoderado del gran mercado de las drogas —lícitas e ilícitas—. Los mayores intereses capitalistas se refieren de hecho a tres tipos de drogas: los psicofármacos; la heroína; los superalcoholes" (p.14).

En materia de psicofármacos, por ejemplo, la industria farmacéutica ha extendido su mercado universalmente, logrando una masificación legal de la dependencia (pp. 13-14).

En el caso de la heroína se desvirtúa la visión del control del mercado productivo orientándolo hacia la delincuencia organizada y no hacia su verdadero sentido de industria capitalista. "Se olvida que en algunos países el cultivo de la adormidera y la producción del opio están protegidos por el gobierno; que la CIA ha organizado el mercado en Yudochina; que la mafia y las grandes organizaciones internacionales que la respaldan tienen financiadores y protectores altamente situados; que las fuerzas de la derecha y el mismo estado capitalista tienen interés, en países como Italia, en facilitar la difusión de la heroína entre los jóvenes politizados". (p. 16)

En materia de alcoholismo, esta toxicomanía se ha convertido en un negocio importante. La expansión industrial y competitiva de los alcoholes y superalcoholes es notoria. Como clave para su medición veáanse las revistas y periódicos internacionales y nacionales que venden publicidad, para constatar el panorama.

Conclusivamente, Jervis considera que los intereses industriales ha generado la

necesidad del consumo creando perjuicios y hábitos en torno a productos como el alcohol y los psicofármacos, los cuales no son considerados como drogas y que a su vez, el consumo de la heroína está fuera de ámbito de la información, manejándose una situación equívoca sobre "lo que son las "drogas", dendiendo en último término, de la manipulación de la legalidad, la ilegalidad y la peligrosidad fabricada unilateralmente que recibe sobre determinadas sustancias de acuerdo con la conveniencia y las necesidades del mercado y de la industria capitalista que maneja el negocio. Por ello, dice Jervis, ... Existen, pues, motivos suficientes para que la mayoría del público siga creyendo, todavía hoy, que colosal mentira según la cual las sustancias químicas usadas con fines sensuales pueden dividirse en dos grandes categorías: las que no serían drogas, como los alcoholes, los psicofármacos, los cigarrillos o el café y —las que son "drogas"— entre los que se incluye también la cannabis que están prohibidas y de las que hay que librarse como de un terrible peligro". (p. 17).

I. 2. Drogas Ligeras y Drogas Pesadas

En esta segunda parte de su trabajo, Jervis, reafirma su posición crítica y echa las bases para desarrollar el criterio de la ideologización.

Parte de una crítica a la carga semántica que tienen las palabras droga y drogada. Con referencia a la primera, a "droga" la acusa de tener una significación vaga, imprecisa y equívoca, que abarca sustancias... completamente heterogéneas..." (p. 17), imprecisamente definidas y "... quizás imposibles de reunir bajo una única etiqueta, al tiempo que excluye indebidamente otras..."

Con referencia al término "drogado", lo considera cubierto de connotaciones negativas, irracionales, devalorizadoras e infamantes; proponiendo usar en sustitución de aquel, el término "Toxicómano".

Resulta, dice (p. 17), "... especialmente idiota y peligroso, pues, (y lleno de consecuencias negativas) hablar de "la droga" en general, como si se tratase de una única sustancia dividida tan solo en subcategorías".

Jervis considera indispensable y necesario marcar una distinción general de las drogas, tomando como base el impacto que ellas dejan en el cuerpo y el mundo del consumidor y desde esta óptica las clasifica en "ligeras" y "pesadas", o "blandas" y "duras". (p. 18).

Dentro de la amplia categoría de las "drogas ligeras" se encuentra el cáñamo de la India o cannabis sativa, del cual se produce la "marihuana" o picadura de las hojas y el "hashish" o resina. Del cannabis sativa, la sustancia que interesa es el delta-9tetra-cannabinol por ser la sustancia psicoactiva de esta planta.

En esta misma "familia" de drogas se encuentran los alucinógenos, dentro de los que vale la pena mencionar el ácido lisérgico (L S D), la mescalina (derivada del peyote o peyotl), la nuez moscada, la amanita muscaria y las semillas de conóvulo común.

Las drogas blandas o ligeras, en el caso italiano, como también en el venezolano, son de fácil producción dada bajos costos, razón por la cual su aprovisionamiento no es materia de mayor interés para "la mala vida organizada o a las empresas financieras" (p. 19).

La producción y distribución ha estado en manos de grupos menos poderosos (en Italia), aunque acosados paralelamente por la policía, la mafia y las organizaciones del tráfico de "drogas pesadas". (p. 19).

Para Jervis, la marihuana —cannabis— es una categoría particular de las "drogas ligeras" o "...una categoría en sí misma y es la más típica y común..." de estas drogas (pl. 18).

La cannabis "...en dosis habituales y moderadas provoca modificación de las condiciones psíquicas semejante a ebriedad,... y no interfiere negativamente sobre la actividad ordinaria de la vida cotidiana...". Los alucinógenos producen una experiencia compleja durante varias horas... a veces penosa... caracterizada por una alteración radical de las vivencias corpóreas y de la experiencia de sí mismo; sobre todo cuando el consumidor se propone hacer la experiencia con un "viaje", "...es decir, como experiencia literalmente estática de tipo lúcido sui generis..." pero no equiparable a la esquizofrenia, como se cree generalmente. (p. 20). La diferencia entre la experiencia con cannabis o alucinógenos, en cuanto a la posibilidad de continuar realizando actividades normales, consiste en que aquella no inhibe las actividades cotidianas, en cambio éstos sí, al producir una experiencia que enciende al sujeto por el período tóxico de la realidad cotidiana.

En un proceso desmistificador, Jervis, plantea directamente lo absurdo de la generalización de los efectos derivados del consumo y señala que los mismos dependen de varios factores, dentro de los que se destacan (p. 20) el tipo y la calidad de la droga, la dosis y "La personalidad, las condiciones mentales, la expectativa psicológica del sujeto y el contexto en el que se da la experiencia". (p. 21)

Lo psíquico es determinante en la experiencia con "drogas ligeras", influyendo desde la sugestión, el acostumbramiento y la misma voluntad de dirigir la propia experiencia (p. 22).

Una característica importante de resaltar es que las "drogas ligeras" no producen toxicomanía y que el proceso de consumo es decreciente en cuanto al sujeto. Los "marihuanos, cada vez necesitan dosis menores para lograr sus efectos".

En lo relativo a la problemática de la liberación el autor es de opinión de que la marihuana y algunos psicodélicos se liberarían cuando se transforman en un asunto de industria y de impuestos, pues en su opinión no representa un problema "contra sistema" o "contracultural". El problema real de no liberalización proviene de los productores de alcohol, psicofármacos y heroína. (p. 25).

En lo referente a las "drogas pesadas" considera que lo que las caracteriza y diferencia de las "ligeras" es que aquellas son fuertemente tóxicas y "...tiendan fácilmente a producir toxicomanía". (p. 26).

Dentro de la categoría de "drogas pesadas" hay que señalar a los estupefacientes, los cuales forman, en sentido estricto, la clase más legítima de estas drogas. (p. 26). En sentido amplio se consideran también "drogas pesadas" a las anfetaminas, los barbitúricos y otros hipnóticos, a los analgésicos pseudomorfínicos y el alcohol etílico (p. 26).

Existen también algunos calmantes que producen toxicomanía o son sustitutos en toxicómanos de estupefacientes en ausencia de la heroína. Estas sustancias las estima Jervis con "en el límite" de las drogas pesadas". (p. 27).

Para el autor, la toxicomanía más grave en occidente es el alcoholismo. Esto lo hace concluir en que no existe "...dentro del problema "toxicomanía", ninguna diferencia sustancial que permita asumir el uso del alcohol y condenar el de los estupefacientes".

Valorando críticamente el consumo de alcohol es del criterio de que se le ha minusvalorado su carácter adictivo, se ha "normalizado" su consumo creándose una cultura alcohólica que penetra socialmente todas las edades (p. 29).

De lo anterior se trasluce que hay un interesado trasfondo de irracionalidad en torno a las sustancias denominadas "drogas" y que la raíz de la cuestión, aparte de los intereses que se mueven en la ideologización debe buscarse en la política penalizadora y criminalizadora de las drogas no legalizadas.

Al toxicómano se le criminaliza y esto lo ubica en el campo de la rebelión y el rechazo, se le ofrece un castigo moralizador y de esta manera se le marginaliza y se

le empuja a la autodestrucción (p. 30 a 32).

Jervis, de manera directa, considera que si se quiere atacar la toxicomanía y sus secuelas se debe enfrentar a los grandes expendedores y a sus protectores y ayudar a los consumidores con programas que ofrezcan alternativas ideológicas de vida (p. 32). "Es necesario insistir señala— en el hecho de que una actitud punitiva frente a los toxicómanos (o incluso, tan solo una actitud moralizante) incrementa, difunde y refuerza la toxicomanía (p. 32).

1.3. La Ideología Dominante de la "Droga".

Para Jervis la ideología dominante desconoce la droga, jamás la ha consumido, salvo el alcohol, los psicofármacos y otros productos industriales. Los que caracteriza a esta ideología es que está "establecida, difundida y hegemonizada por aquellos que no han introducido nunca "droga" en su propio organismo, ni ligera ni pesada... y no saben con certeza qué es lo que producen; no hacen ninguna diferencia sustancial entre las "ligeras" y las "pesadas"; no consideran droga al alcohol, ni —con alguna excepción eventual los psicofármacos; sirven de hecho, a los intereses del estado y del capital; incrementan la difusión de la heroína". (p. 33)

La ideología dominante ha creado el estereotipo del "drogado" el cual se encuentra más identificado con el consumidor de marihuana o hashish que con el consumidor de "drogas pesadas". El estereotipo construido —joven, melencólico, descamisado, vagabundo, bohemio, artista rebelde— ha traído, a su vez, como consecuencia la sistematización de la represión más feroz contra las víctimas de la droga. Para ella la droga es un estado de posesión o "...estado psíquico al cual se le atribuía la capacidad de expropiación total de la voluntad". (p. 36).

Desde el punto de vista psicológico-social, dice Jervis, "...el fantasma de la droga tiene, ciertamente, el atractivo de un símbolo de libertad. Droga es, como la locura, la imagen de todo aquello a lo que uno renuncia en nombre del orden, de la represión, de la productividad. Pero a diferencia de la locura... el ser drogado es ser también alienado y loco y también peligroso pero por propia culpa. Contra el "drogado" se abate, pues, como en un concentrado de punitividad moralista, todo el conjunto de los impulsos persecutorios que hoy en día, burgueses cultos y proletarios politizados han aprendido a contener —a duras penas— frente a los locos, los homosexuales y los desviados de cualquier otro tipo". (pp. 37-38).

Frente al estereotipo del "drogado", señala el autor, lo que observa es un "rechazo irracional y virtuoso". En este "aspecto intolerante" se entremezclan con un derivado psicológico de la ideología liberal; el fraternalismo humanitario" del cual dice Jack Young, citado por Jervis, que en el espíritu humanitario se "... justifica la propia postura invocando la idea de una especie de mecanismo automático justiciero que, incluido en la naturaleza y en el destino del sujeto culpable, inevitablemente tiende a castigarlo por sus errores". (p. 37).

El toxicómano, visto como en estado de posesión, requiere según la ideología dominante, "Ser defendido de sí mismo". (p. 39), lo cual conlleva un desprecio hacia él por ser víctima de la malignidad, por parte de la "sociedad".

3. Las bases ideológicas actuales tratan la cuestión de la droga, señala el autor, con una falsa conciencia, la ven como un problema del consumismo, "... de la ideología del tiempo libre, del culto de la evasión regresiva (a través de los partidos de fútbol (sic) el alcohol, las autopistas..." (p. 42).

También como un problema "... del culto al aturdimiento, el ensueño, a lo estimulante, a la sumisión, al consumo, al delirio y a la productividad ciega en una sociedad convertida en absurda..." (p. 42).

De ello se desprende en consecuencia; conforan a este punto de vista, que las drogas y la ideología que las ataca defiende y sostiene es también producto del mismo sistema, lo cual dificulta más la comprensión objetiva y antiformal de drogas lícitas o ilícitas, ya que ambas forman parte de la naturaleza social del sistema y por ello, la diferencia es de presentación ante la sociedad y procesamiento en el modelo productivo capitalista.

La cuestión, planteada de esta manera pudiera derivar en una nueva toma de posición frente a algunas "drogas" al desmistificar la ideología que las clasifica en "lícitas" e "ilícitas" y que las generaliza y convierte en negativas sin distinciones importantes. Lo utilizable de esta nueva toma de posición desmistificadora conllevaría a plantear estrategias distintas, no criminalizantes del drogadicto, en sustitución de las falsamente rehabilitantes y realmente criminalizadoras, fundamentalmente del marihuanero y de los consumidores psicodélicos los cuales son identificables por el estereotipo ya creado que facilita, con su no consciente anuencia a su más fácil estigmatización (p. 43).

Jervis considera que en esta materia específica se dan casos, como en Italia en el que la ideología progresista, y la conservadora coinciden en lo que él denomina la "fantasía estereotipada", sobre lo que son los consumidores de "droga" (p. 44), a quienes se les considera como "outsiders hippies" (p. 44), por "... su aspecto y costumbres, son automáticamente considerados esenciales, privados de valores, inmaduros, psicológicamente inestables, amorales, dados a la droga, corrompidos por los expendedores" (p.p. 44-45).

La respuesta social es una progresiva represión estatal (policial, judicial, psiquiátrica) respecto a los consumidores, que los endurece "inevitablemente" y asumen la posición de defensa de su identidad, elaborando los mecanismos de autodefensa y clandestinidad.

El consumidor, sometido a estas experiencias construye su existencia de "drogado" y "no recuperable". (p. 46).

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL**

**MAGISTRADO PONENTE:
Dr. LISANDRO MARTINEZ Z.
APROBADO ACTA No. 029**

BOGOTA D.E., abril ocho (8) de mil novecientos ochenta y seis (1986).

V I S T O S:

Procede la Corte a decidir el Recurso Extraordinario de Casación interpuesto por el defensor del procesado HELI RAMIREZ, contra la Sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga el 16 de Mayo de 1985 por medio de la cual se confirmó la condena a la pena principal de dos años impuesta al citado procesado amén de las penas accesorias como responsable del delito de Extorsión en la calidad de consumado.

Como denunciante aparece el señor José Antonio Mantilla Vergel descediente del presunto ofendido José Antonio Mantilla Galeano.

H E C H O S:

Los hechos materia del proceso, fueron resumidos por el Tribunal Superior de Bucaramanga atendiendo a la realidad procesal en los siguiente términos:

"A finales del mes de Abril de 1984, un desconocido entregó en una tienda próxima a la finca que José Mantilla posee en el corregimiento "Los Angeles" del Municipio de Río de Oro (Cesar), una carta a su nombre en la que una organización subversiva, le solicitaba colaborara con Un Millón de Pesos. Con posterioridad fueron recibidas en la casa que el destinatario tiene en esa ciudad, seis llamadas telefónicas de un individuo que se hacía llamar "Alexander", exigiendo se atendiera la petición, so riesgo de correr la misma suerte de un tal Guarín a quien habían tenido que matar. Informadas las autoridades militares y policivas, luego de rastrear las llamadas durante algún tiempo, a las nueve de la noche del 13 de Agosto siguiente, unidades especializadas sorprendieron a ALIRIO PEÑALOZA MORALES y a HELI RAMIREZ, cuando desde un teléfono público del barrio "La Castellana", se comunicaban con JORGE ANTONIO MANTILLA, reiterándole las amenazas, sino accedía a sus pedimentos. Dado que HELI RAMIREZ pertenecía a la Policía Nacional, se le procesó militarmente, pero luego el error fue enmendado enviando el diligenciamiento adelantado a la jurisdicción penal ordinaria". (Folios 25 y 26 del Cuaderno No. 3).

ACTUACION PROCESAL:

Por auto de Agosto 22 de 1984, el Juzgado 100 de Instrucción Penal Militar de Bucaramanga, decretó la detención preventiva de los coparticipes, ordenando la suspensión del cargo a HELI RAMIREZ y simultáneamente fijando el lugar de reclusión correspondiente. Coetáneamente ordenó compulsar copia de lo actuado con destino al Juez Penal del Circuito — Reparto de Bucaramanga para que por competencia siguiera conociendo de la conducta punible atribuible al condenado ALIRIO PEÑALOZA MORALES.

Con posterioridad la Justicia Penal Militar, se desprendió de la investigación por incompetencia y se radica la misma en el Juez Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga.

Por auto de 15 de Diciembre de 1984 y previo los trámites especiales previstos en la Ley 2 de 1984, en su Artículo 14, calificó el mérito del Sumario y resolvió citar a Audiencia Pública a HELI RAMIREZ, como presunto autor responsable del delito de Extorsión consumada, revocando la libertad de que venía gozando. El 29 de Enero de 1985, se presentó voluntariamente el enjuiciado.

Contra este último auto interpuso - Recurso de reposición el apoderado de RAMIREZ, el que también fue negado, el 29 de Enero de 1985, donde se planteó una situación sustancial, cual es la de sostener, por parte del profesional del derecho, como la Extorsión, apenas adquirió el grado de tentativa o delito imperfecto, más el Juzgado Quinto Penal del Circuito, resolvió considerarla como consumada, por tratarse según la autorizada opinión de una Sala del Tribunal Superior de Bucaramanga, de un tipo de mera conducta.

Realizada la Audiencia Pública, el Juzgado multicitado resolvió condenar a HELI RAMIREZ, a las penas principales y accesorias referenciadas en el Introito de éstas elucubraciones. La decisión que lleva fecha de Marzo 16 de 1985, fue confirmada plenamente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, después de haber sido apelada en tiempo oportuno por el apoderado.

De otra parte el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Bucaramanga, condenó el 12 de Diciembre de 1984, al señor ALIRIO PEÑALOZA MORALES a un año de prisión, a la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual término y al pago en abstracto de los perjuicios causados por la infracción como autor responsable del delito de Extorsión, pero en grado de tentativa, y en perjuicio de JOSE MANTILLA GALEANO, en razón a los hechos ocurridos en el mes de Abril de 1984.

Por consulta el Tribunal Superior de Bucaramanga, confirmó en su integridad la providencia materia del grado jurisdiccional.

LA DEMANDA DE CASACION:

1.- El actor dentro del término legal interpuso recurso extraordinario de casación, contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el proceso seguido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito, de la misma ciudad, contra HELI RAMIREZ, en virtud de la cual se le condenó a las penas aludidas en acápites anteriores.

El censor sustenta el recurso frente a dos causales, contempladas en el Artículo 580 del Numeral 4, es decir, cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad y en la del Numeral 1º del mismo Artículo, al razonar cómo la sentencia violó la ley sustancial en forma directa por aplicación indebida de los Artículos 355 del C.P. y la omisión en aplicarse el Artículo 22 como dispositivo amplificador del tipo.

2.- En cuanto a la enunciación del cargo por la causal citada, se afirma por el libelista que la sentencia condenatoria es nula, por incompetencia del Juez que conoció del proceso, transgrediéndose de ese modo el Artículo 210 del C. DE P.P.

Para demostrar el cargo cogita cómo HELI RAMIREZ para el 13 de Agosto de 1984, se encontraba en ejercicio de sus funciones y atribuciones con base en la certificación expedida por el Jefe de la sección de capacitación de la Policía Nacional.

Elucubra a sí mismo que desde el mismo instante en que el estado colombiano se encuentra en Estado de Sitio, como lo estaba para el día en que se agotó el hecho punible, de conformidad con el Decreto No. 1038 del 1º de Mayo de 1984, los compo-

entes para conocer y decidir esa situación era la justicia Penal Militar, conculcándose por esa vía el Artículo 307 y 308 del Código de Justicia Penal Militar.

Para reafirmar su posición, recurre a doctrinas de la Corte, como las de el 30 de Octubre de 1970; 4 de Noviembre de 1970; 22 de Febrero de 1979 y 14 de septiembre de 1982, según las cuales la Justicia Penal Militar, siempre será la competente cuando el hecho se cometa estando el país en Estado de Sitio, según los postulados constitucionales del Artículo 212 de la Constitución Nacional, sin importar que el acto imputado "no haya sido cometido con ocasión del servicio o por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo".

3.- En cuanto a la enunciación del segundo cargo, lo hace consistir el censor en que el Tribunal Superior de Bucaramanga, violó la ley sustancial en forma directa y por aplicación indebida del Artículo 355 del C.P. al dejar de aplicar el Artículo 22 del mismo Estatuto, por cuanto el delito jamás se consumó; en otros términos ha debido aplicarse el 355, pero amplificado con el dispositivo correspondiente a la tentativa.

El actor transcribe el Artículo 355 y analiza el verbo **Constreñir**, para de allí sostener cómo para la consumación de este tipo penal, se requiere necesariamente un doblegamiento inequívoco de la voluntad por parte del sujeto pasivo que indique cómo la persona fue realmente constreñida. En otros términos, mientras aquello no suceda y la persona se someta a entregar el dinero, así en definitiva no lo entregue, por cualquier circunstancia ajena a la voluntad del extorsionador, no puede hablarse de delito consumado, sino de un delito tentado.

Concluye el Casacionista lo siguiente:

"Lo anterior está significando que si el sujeto pasivo del ilícito no ha tenido un asentimiento, un doblegar su voluntad respecto de lo que yo quiero que haga, tolere, u'omita, manifestación que puede ser expresa o tácita e implica una mediatez y una relación de efecto a causa, no se podrá hablar legalmente de delito consumado de extorsión".

Como en el evento analizado, no se obtuvo ese doblegamiento de la voluntad de la víctima, mal podría hablarse de la consumación del delito analizado, sino, y tan solo de un delito imperfecto.

Finalmente, para reiterar la indebida aplicación del Artículo 355 del C.P., transcribe parcialmente las Actas de la Comisión Redactora del año de 1973, donde el comisionado insistió, al hablar del elemento subjetivo del tipo, como auténtica tutela eficaz para el nuevo tipo, que no se exigiera el resultado de la conducta, sino el simple aprovechamiento ilícito para sí o para un tercero, como secuela de la coacción.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Tercero Delegado en lo Penal, desecha el cargo de la Causal Cuarta, apoyándose en reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se sostiene que la Justicia Penal Militar, juzgará a miembros activos de la Policía, si el delito se comete por hechos relacionados y ocasionados por motivo del servicio, o predicables de los mismos, así se trate de delitos comunes, para cuyo efecto transcribe Sentencia de Abril 23 de 1985, con Ponencia del — Magistrado Luis Enrique Aldana Roza, en el caso de LUIS FELIPE DIAZ OJEDA.

Así mismo, el Procurador Delegado, transcribe parcialmente, concepto similar proferido (por el Tribunal Disciplinario) del auto de 4 de febrero de 1985, en el cual se reafirma cómo el fuero policivo, solo tiene fundamento cuando el delito se comete en conexión inequívoca con el servicio sin interesar para nada que el país se halle o no en Estado de Sitio.

Cuando la Procuraduría responde el cargo de violación directa de la ley sus-

fancial, la descarta al considerar que el censor hizo referencias de carácter probatorio, lo cual necesariamente conduciría a desechar tal alegación, precisamente por no tener cabida en la causal aludida, que supone admitir en su integridad los hechos.

Sintetiza su reafirmación en el sentido que el delito sí se consumó en su totalidad, porque las amenazas fueron suficientes para intimidar a la víctima y con tal efecto que al sentirse coaccionada en su integridad psicofísica, se vio en la necesidad de recurrir a las autoridades. Declara además de que ese medio de defensa por parte de la víctima, no puede deducirse que la coacción no alcanzó la finalidad de atemorizarlos, y sin que por tanto pueda admitirse que por esa sola circunstancia no se configuró la infracción porque de hacerlo se ignoraría el espíritu de la norma, y se reconocería a la mencionada circunstancia un elemento integrante del tipo, no contemplado en forma alguna. Consecuentemente el delito se vislumbra como perfecto y no como meramente tentado, para desechar el cargo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

PRIMER CARGO — CAUSAL CUARTA.

Es cierto que durante algún tiempo se plantearon interesantes discusiones en el seno de la Sala de Casación Penal de la Corte, en lo tocante con el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional, las cuales se reflejaron en disímiles providencias.

En alguna ocasión la Honorable Corte, sostuvo como lo recuerda el recurrente, que la justicia Penal Militar era competente siempre para conocer de los delitos cometidos por los agentes de Policía, aún en el tiempo de normalidad constitucional.

Sin embargo, tal discusión ha perdido vigencia a partir de la sentencia de la Sala Plena de la Honorable Corte Suprema de Justicia, aprobada por Acta 47 del 26 de Septiembre de 1985 en el Proceso Número 1325 (Magistrados Ponentes Doctores Gana Cruz y Reyes Echandía), mediante la cual se resolvió sobre la demanda de inconstitucionalidad de los Artículos 1° de la Ley 141 de 1961, 284 del Decreto 0250 de 1958 y 18 del Decreto 2137 de 1983, todos tocantes con el juzgamiento por la justicia Penal Militar de los miembros de la Policía.

En dicha providencia se acepta el principio básico de que la Policía Nacional no tiene naturaleza castrense, es una institución civil y por tanto su posible fuero — no tiene origen constitucional, sino legal.

Como secuela de variadas consideraciones, la Corte concluye, que las normas acogidas son constitucionales y por ende la Justicia Penal Militar, solo conoce de los delitos cometidos por los miembros de la Policía Nacional "con ocasión del servicio, por causa del mismo o de funciones inherentes a su cargo"... y que "por consiguiente los delitos realizados por fuera de tales supuestos sin ninguna limitación, son de conocimiento de la Justicia Penal Militar".

Con estos prenotandos jurídicos, queda fácil concluir que la conducta atribuida en la sentencia condenatoria recurrida al agente de la Policía — HELI RAMIREZ, no se puede ubicar dentro de las circunstancias citadas y que por tanto sí es competente la justicia ordinaria para conocer del juzgamiento. Como secuela el cargo de la Nulidad debe desecharse.

SEGUNDO CARGO - CAUSAL PRIMERA:

1.— Sostiene el recurrente que se violó la ley sustancial en forma directa, en cuanto se condenó a HELI RAMIREZ por el delito de Extorsión consumado, cuando ha debido condenársele por el delito imperfecto de Extorsión. Se habría dado así-

mismo aplicación indebida al incurrirse en un error, en la selección de la norma al no haberse aplicado el Artículo 22 en concordancia con el Artículo 355.

Para fundamentar el cargo, el recurrente estudia el verbo rector *Constreñir* y afirma que él está relacionado con una manifestación explícita en el mundo físico, lo cual se demuestra con el hecho que la víctima haga, tolere u omita algo. Sostiene que en el caso recurrido no se produjo el resultado próximo de hacer o no hacer o tolerar u omitir algo y por tanto, mal puede hablarse de delito consumado, más sí de ilícito imperfecto.

Y agrega textualmente: "aunque lógicamente para su consumación no se requiere el agotamiento del ilícito, como sería que el agente del hecho punible obtuviere el provecho ilícito perseguido".

Para fundamentar su argumentación, el recurrente hace variadas consideraciones y transcribe apartes de las Actas de la Primera Comisión Redactora del actual C.P.. En forma muy superficial cita textualmente algún párrafo de la denuncia. Todo ello para sustentar como argumento central, que, ha debido tenerse en la cuenta el Artículo 22 del C.P., por encontrarnos ante una tentativa y no ante un delito consumado.

2.— Sostiene la Procuraduría, que examinando el cargo, se concluye en primer lugar que hace referencia en "cierta forma" (subraya la Sala) al aspecto probatorio en cuanto al efecto que lograron los actores de la Extorsión de intimidar a las víctimas.

Dentro de tal punto de vista insinúa la Procuraduría que no cabría la causal, ya que ella supone admitir los hechos.

Es bien sabido, que la Corte en reiteradas sentencias, ha sostenido que cuando el recurso se contrae al primer cuerpo del ordinal primero del Artículo 580 del C. de P. P., debe fundamentar el motivo en razones de estricto derecho y por ende debe descartarse el debate probatorio. (Casaciones de 10 de Abril de 1972, Gac. Jud. Tomo XLII, de 12 de Diciembre de 1981).

Pero al revisar detenidamente la demanda de Casación, se encuentra que si bien es cierto se hacen referencias tangenciales y someras a aspectos probatorios v.gr. la transcripción de un aparte de la denuncia, ello no significa ni mucho menos que se esté impugnando la prueba, que se esté reabriendo un debate sobre los soportes probatorios de la sentencia, ni que se esté separando de las conclusiones probatorias del Tribunal. Antes por el contrario las citas probatorias convergen todas a reforzar planteamientos en puro derecho.

Sería hiperbólico aceptar que una simple cita de seis renglones de la denuncia sean el soporte de un cargo, máxime cuando no se está criticando el texto transcrito.

Estima la Sala que en tratándose de un tema de tanta trascendencia, como la aplicación de las formas amplificadoras del tipo, no se puede llegar al exceso formalista de sostener que cualquier leve referencia probatoria que no implique debate e impugnación probatoria, tenga el mágico efecto de trasladar la controversia del campo jurídico al fáctico, del terreno pertinente del "error Juris in iudicando" o error puramente jurídico, al "error facti in iudicando", o sea el que nace de la falsa apreciación de los hechos.

La circunstancia de que se haga referencia en cierta forma al aspecto probatorio, no es suficiente para desechar la alegación, mientras tal referencia no implique un nuevo debate, ni desconocimiento de la sentencia recurrida.

Si se estudia detenidamente la demanda de Casación, se concluye que en ninguna parte de ella se tachan de falsos los hechos o se les considera erróneamente apreciados, que cualquier cita probatoria implique discrepancia con las conclusiones fácticas del Tribunal.

Puede afirmarse que la actividad dialéctica del impugnador se enfoca sus-

tancialmente en torno a los textos legales que estima indebidamente aplicados "pero en todo caso con absoluta prescindencia de cualquier consideración que implique discrepancia con el juicio que la sentencia haya hecho en relación con las pruebas". (Fallo de la Sala de Casación Civil de 20 de Marzo de 1973— Proceso de MERCEDES MAYA VILLEGAS contra OSCAR VILLEGAS MAYA).

Por tanto, esta demanda tal como está planteada conserva el enfoque que la Corte ha reiterado: "Cumple recordar que la violación directa de la ley sustancial se refiere al Inciso Primero del Numeral Primero del Artículo 580 del C. de P.P., quien aduce esta violación no impugna la prueba y muestra su conformidad por ende con los hechos tal como se hayan plasmado en el fallo recurrido, esto es acepta la fundamentación fáctica de éste, discrepando solo el sentenciador en cuestiones relativas a la aplicación de la norma sustancial al caso juzgado o a la interpretación jurídica de su contenido". (Sentencia de 26 de Septiembre de 1984). Queda en esta forma estudiado el concepto del Ministerio Público.

3.— Así las cosas el debate se plantea en un terreno meramente jurídico sustancial.

4.— En este proceso se han planteado en sendas sentencias de primera y segunda instancia, dos tesis jurídicas diversas, respecto a los dos procesados enjuiciados por los mismos hechos y en similares circunstancias. ALIRIO PEÑALOZA ha sido condenado como autor del delito tentado de Extorsión, a la pena de doce meses y otro, el recurrente HELI RAMIREZ como autor del delito consumado a la pena de 24 meses.

El punto a resolver en derecho es el siguiente: en el caso del recurrente RAMIREZ, debe aplicársele la pena del delito consumado o solamente la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa, tal como lo sostiene la demanda de Casación.

5.— Para responder estos interrogantes debe considerarse lo siguiente:

Al redactarse lo, que después fue el Código Penal de 1936, se tuvo como modelo la descripción típica del Artículo 407 del Código Penal Italiano de 1890, llamado Código de Zanardelli, cuyo texto era el siguiente:

"El que con violencia o amenaza de graves daños a las personas o a las cosas, constriña a alguien a consignar, suscribir o destruir en perjuicio de sí o de otros, un acto que produzca cualquier efecto jurídico, es castigado con la reclusión de 3 a 10 años".

Con tal base el Código de 1936, describió así la Extorsión:

"ARTICULO 406.— El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de ocho meses a cinco años. En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios, obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito".

En cambio, el actual Artículo 355 del Código de 1980, presenta mayor similitud con el Artículo 629 del vigente Código Penal Italiano de 1930, llamado también Código Rocco o Código de Mussolini, según el cual comete este delito el que mediante violencia o amenaza constriñendo alguno o hacer o a omitir alguna cosa obtiene para sí un provecho injusto con daño de otro.

La sola comparación entre los textos del Código Italiano de 1890 y el Colombiano de 1936; por una parte, que llamaremos primer grupo y el Código de 1980 y el Italiano de 1930 que llamaremos Segundo Grupo, nos lleva a establecer la siguiente principal diferencia: el primer grupo se puede clasificar desde el punto de vista formalista, entre los tipos cerrados, o tipos en forma vinculada, o sea aquellos en los cuales la descripción es detallada en cuanto al objeto, los medios y las circunstan-

cias de comisión del ilícito.

Las reiteradas formas de descripción de la conducta tanto del sujeto activo como del sujeto pasivo y la enumeración del objeto material bajo diversos aspectos, convertían a esta norma en uno de los casos clásicos del tipo cerrado.

En cambio el segundo grupo puede incluirse dentro de los llamados tipos abiertos, donde la descripción de la conducta, es más sintética, abreviada y elástica donde se eliminan detalles y no aparece la descripción completa de ella, ya que se relaciona con normas que el tipo presupone. Tal por ejemplo el caso clásico de la descripción del homicidio con la apretada fórmula de matar a otro.

El Código de 1980 al consagrar en la Parte General, una serie de normas rectoras de la ley penal y de principios básicos sobre la estructura del hecho punible, abrió la posibilidad de acudir más a los tipos abiertos tan relativamente escasos en el Código de 1936.

Los tipos llamados cerrados, han sido sometidos a duras críticas por la doctrina contemporánea endilgándoseles los calificativos de casuistas, repitentes y extensos. "El legislador no puede prever todas las cosas y al enumerarlas deja totalmente por fuera muchas hipótesis porque "la fantasía del delincuente supera a la de quien —hace las leyes". (JIMENEZ DE ASUA).

6.— Si se estudian los antecedentes históricos del Código de 1980, se encuentra que en este punto de la descripción del delito de Extorsión, se buscó, desde el principio crear un tipo abierto, más similar al estatuido en el Código Italiano de 1930 que al Colombiano de 1936.

Todas las veces los redactores trataron de eliminar expresiones tautológicas y buscar fórmulas cada vez más sintéticas, inclusive que abarcasen el antiguo delito de Chantaje, buscando una mejor técnica legislativa.

Así por ejemplo, mientras la fórmula aprobada por la Comisión de 1974 después de interesantes discusiones, se refería a violencia física y moral a la vez que usaba el verbo Constreñir, la de 1976, prescindía de la calificación física o moral para la violencia, lo mismo que el Proyecto de 1978.

Ya en el Código de 1980, se omitió la expresión Violencia, por estar insita en el verbo rector Constreñir.

Dentro de la directriz de crear un tipo abierto, se explica el que se elimine la larga referencia a posibles conductas a que podría ser obligado al sujeto pasivo, y de objetos materiales para reemplazarla por la más concisa fórmula de hacer, tolerar u omitir alguna cosa.

Al procederse así, se "simplifica la redacción, se evita enumeraciones que pueden dar lugar a vacíos incolmables y se comprenden de manera amplia todos los comportamientos de la víctima que pueden menoscabar su patrimonio", según la expresión de un miembro de la Primera Comisión.

Todo esto nos lleva a concluir que la diferencia en torno a la Extorsión entre el Código de 1936 y el de 1980, más que de sustancia es de forma y que el delito de Extorsión, continúa siendo entre nosotros un delito comisivo por acción predominantemente violenta, que abarca no solamente la violencia física, sino "cualquier conducta ejercida por el agente que trae como resultado un menoscabo de la libre determinación de la víctima obligada a realizar lo que aquel desea y no lo que ella quiere".

Esta observación nos sirve para aclarar otro aspecto de trascendentes secuelas. Se ha sostenido en este proceso, que el legislador de 1980, convirtió el tipo de la Extorsión, en delito de mera conducta, suprimiendo el resultado. Ello porque se usa la expresión con "el fin de obtener provecho ilícito" y no se exige que el provecho efectivamente se obtenga, como lo hace el Código Italiano de 1930.

Para valorar la exactitud de esta afirmación debe tenerse presente como punto

de partida que en cuanto al elemento subjetivo del tipo, él aparece tanto en el Código de 1936, mediante la expresión "con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito" como en el de 1980 con la similar "con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero". Por cierto que similar expresión aparece en el Artículo 158 del Código Penal Brasileiro donde la doctrina ha llegado a conclusiones interpretativas que coinciden con lo sostenido por la mayoría de la Sala.

La circunstancia de que alguna de las comisiones, se hubiese propuesto el uso de la fórmula de "obtener para sí o para otro un provecho ilícito" y que dicha fórmula no se hubiese consagrado a la postre, no significa ni mucho menos que se hubiese hecho un cambio trascendente por este aspecto, sino que se conservaron las normas directrices imperantes en el Código de 1936.

Por tanto la mayoría de las consideraciones que la jurisprudencia y la doctrina hacían, dentro de la vigencia del Código de 1936 en torno al verbo rector, a la conducta de la víctima y a la inferencia de los elementos subjetivos del tipo, son valederas en términos generales y con los condicionamientos de forma aún hoy. Dentro de la vigencia de dicho Código no se llegó a sostener que la Extorsión fuese un delito de mera conducta, ni se dudó de la posibilidad de la tentativa.

7.— Dentro de este orden de ideas, parece claro el concluir, que no es exacto afirmar que el cambio del verbo rector Obligar, por el de Constreñir, tenga las trascendentes repercusiones jurídicas que en el fallo recurrido se insinúan reiteradamente.

Basta leer el Diccionario de la Academia, para concluir que ambas expresiones, si no son Sinónimos, las diferencias resultan bastante sutiles. CONSTREÑIR según el citado Diccionario, significa: (del latín Constringere) obligar (se subraya) "precisar, compeler por fuerza a uno a que haga y ejecute alguna cosa".

Y obligar (del latín Obligare) es "mover e impulsar a hacer o cumplir alguna cosa: compeler, ligar".

El miembro de la Comisión Redactora de 1973 que propuso el verbo Constreñir en lugar de obligar, aceptó que "constreñir a alguien a dar, hacer, o no hacer alguna cosa, es obligarlo — (subraya la Sala), mediante violencia, sea física o moral" y que tal verbo permitía suprimir la referencia a la violencia.

Se reitera sí, que nos encontramos en este aspecto ante una mutación de forma, más que de sustancia.

8.— Si se analiza con algún detenimiento, tanto la norma vigente, como la definición de los verbos rectores dados por la Academia, aparece que en la legislación actual se contemplan dos aspectos: uno atribuibles al sujeto activo conducta violenta física o moral, que tiene como efecto una acción u omisión del sujeto pasivo. Lo afirmado por Antolisei, respecto al Código Italiano, es aplicable a nuestra legislación vigente, en torno a la conducta del sujeto pasivo definiéndola como "el hecho al cual el sujeto pasivo debe ser constreñido a hacer u omitir alguna cosa".

El acto de disposición (hacer, omitir o tolerar) debe tener pues, como causa la conducta del sujeto activo.

9.— Se ha sostenido en la providencia recurrida en forma bastante confusa lo siguiente: "se estructura la Extorsión como tipo de mera conducta que hace referencia expresa de un resultado, sin influencia práctica para la consumación, como sucede con todos los tipos de ingredientes subjetivos". Se cita como ejemplo la Rebelión.

Se afirma igualmente que el Código de 1936, al usar la expresión obligar abría la posibilidad de la tentativa y que al suprimirse tal verbo, dicha posibilidad desapareció.

Tales afirmaciones deben clarificarse: resulta exagerado afirmar que siempre que aparezca en una norma un ingrediente subjetivo del tipo, por ese solo hecho, nos

encontramos automáticamente ante un tipo de mera conducta; cuando el legislador acude a fórmulas como "el propósito de obtener provecho" (Art. 228) o "pretender" como en la Rebelión (Art. 125) no está necesariamente significando que la sola conducta configure el ilícito. Tal ingrediente subjetivo puede tener como finalidad diferenciar un tipo de otro de conducta similar, o evitar sancionar conductas inocuas; así por ejemplo el conocido caso de que la expresión con "ánimo de lucro" usada para el hurto, evitar penar como autor de tal ilícito a quien sustrae la pintura de un amigo con la finalidad de exhibirla y procurarle fama. O podríamos encontrarnos también ante un producto de la "impaciencia del legislador que busca que la consumación se anticipe, considerando como tal, actividades que de otra forma resultarían intrascendentes" (JIMENEZ DE ASUA).

Tal es la hipótesis de los llamados tipos de resultado anticipado cortado.

El ejemplo citado por la providencia recurrida de la rebelión, lo considera la doctrina como clásico del resultado cortado o anticipado. El legislador pena a los rebeldes por el simple empleo de las armas, sin que consigan el objetivo de derrocar el gobierno v.gr Si se esperase a que efectivamente tal pretensión se produjese, sería casi imposible, al menos por cierto tiempo, punirlos, pues habrían obtenido un éxito tal, que dificultaría la aplicación de la pena.

10.— La clasificación de delitos entre formales y materiales, o de mera conducta y de resultado, ha sido objeto de diferentes críticas en la doctrina contemporánea, lo mismo que la afirmación de que no es posible la tentativa en los llamados delitos de mera conducta o formales. Se ha tratado de reemplazar tal criterio, entre otros por el de delitos unisubstitentes, o sea aquellos en los cuales basta un acto único para perfeccionarse y de ejecución compuesto que presentan una objetividad constituida por actos temporalmente separables. En los primeros, por la instantaneidad misma no sería posible la tentativa, mientras en los segundos donde aparece un devenir cronológico, ella sería posible. Aún aceptando, la existencia de los delitos de mera conducta, la extorsión no es encajable entre ellos.

Para la mayoría de la Sala debe tenerse presente un imprescindible punto de partida: la extorsión es un delito pluriofensivo, ya que menoscaba principalmente dos bienes jurídicos, la libertad de autodeterminación y el Patrimonio Económico.

En otros términos, lo que diferencia este delito del constreñimiento ilegal (Art. 276) es precisamente la finalidad económica. Bien sabido es que este ilícito se asemeje notablemente a la Extorsión, ya que se describe mediante la fórmula "constreñir a otro, a hacer, tolerar u omitir alguna cosa" sin darle una connotación específica, ni añadir ningún ingrediente subjetivo.

Pero el solo hecho de amenazar a alguien para que haga o tolere alguna cosa, no significa que el delito se consume, si no se obtiene tal conducta.

Precisamente, lo que distingue el tipo del delito contra la autonomía personal descrito en el citado Artículo 276, del ilícito de Extorsión, es el elemento subjetivo del tipo contenido en la expresión "con el propósito de obtener provecho ilícito". La referencia subjetiva traslada la misma conducta del campo de la autonomía personal, además al del patrimonio económico. Así pues, este elemento subjetivo del tipo, tienen como finalidad simplemente diferenciar la Extorsión, del constreñimiento ilegal.

11.— Tal como están planteadas las cosas en la providencia recurrida, cabría la posibilidad de aceptar, pues como consumado el delito de Extorsión, cuando solo se ha fulminado una amenaza "proyección de un mal futuro cuyo sucederse depende de la voluntad del agente" (Antolisei) aun cuando no se haya obtenido ningún efecto fáctico.

Tal punto de vista, olvida que en nuestra legislación no existe, como en el Código Italiano (Art. 612) el delito de amenaza que sanciona a quien amenace a otro de un

daño injusto.

12.— Con estos prenotandos, se concluye, que la Extorsión sí exige un resultado: el hacer, omitir o tolerar algo atribuible a la víctima o a alguien a él vinculado sin que sea menester que el provecho se obtenga. Ello se refiere al agotamiento.

Esa conducta de la víctima encaja como resultado dentro de la concepción naturalística de éste, como dentro de la jurídica. Bien sabido es, que la primera acepta como tal, los efectos materiales de la conducta humana, bien sea físicos, fisiológicos, psicológicos y patrimoniales.

En el caso concreto de la Extorsión hay efectos psicológicos en cuanto se le obliga a un tercero a realizar una determinada conducta, y patrimoniales por la calidad de ella, determinada por el objeto jurídico.

Con mayor razón habría en este caso concreto, resultado dentro de la concepción jurídica, según la cual éste es el efecto ofensivo de la conducta, o sea la lesión del interés tutelado por la norma y vinculado lógicamente por nexo causal. Bien sabido es que según esta concepción, en todos los delitos habría resultado.

13.— En el momento en el cual la víctima o alguien a él vinculado, hace, omite o tolera algo, de connotación patrimonial, se ofenden ambos bienes jurídicos protegidos: la libertad individual y el patrimonio económico.

Si solo se atenta contra la libertad de determinación fulminando una amenaza y no se logre el hacer, omitir o tolerar, nos encontraríamos cuando hay finalidad económica, en el terreno de la tentativa.

Para aclarar más lo expuesto, se puede afirmar que cuando se ha hecho, omitido o tolerado algo, v.gr. se ha entregado un cheque, el delito está consumado, así el título valor no se haga efectivo por ser capturado el agente.

14.— Se ha esgrimido en la providencia recurrida un argumento aparentemente poderoso, desde el punto de vista de la llamada historia de la ley.

Se ha sostenido que en la Comisión de 1973, mientras el Ponente aceptó la existencia del resultado, otro miembro de la Comisión, afirmó que bastaba la acción extorsiva para que el delito se consuma. Se insinúa que, como el Ponente no refutó esta opinión, ella sería la última expresión de la voluntad del legislador.

Tal manera de arguir, olvida que el silencio no significa aceptación de toda expresión tangencial, que después de esta comisión existieron otras, que la fórmula de la comisión de 1974, no fue a la postre la definitiva, y que las Actas de las Comisiones, no pueden estimarse como completas, ni como exacto reflejo de lo expresado en ellas.

15.— Se ha arguido por algunos integrantes de la Sala, que si bien es cierto el delito de Extorsión, si admite resultado él puede ser de un aspecto distinto al económico o patrimonial. Tal afirmación la sustentan interpretando en forma amplia, la expresión "hacer, tolerar u omitir alguna cosa" en el sentido de que ella comprende actos distintos de aquellos de efectos patrimoniales.

Dentro de tal orden de ideas, el hecho de que se hubiese acudido a la Policía, encajaría dentro de dicho resultado. Sin embargo, la mayoría de la Sala, no comparte tal punto de vista por las siguientes razones:

a.— Como ya se ha expresado reiteradamente, el delito de Extorsión es pluriofensivo, pues conculca tanto la autonomía personal, como el patrimonio.

Debe recalcar que el legislador colombiano, le dio tanta importancia a la protección del interés patrimonial, que trasladó este acto al constreñimiento del Título XIV del Libro Segundo.

Si la tentativa comienza cuando se "penetra en la esfera del bien jurídico agredido", aquí existe ella por el elemento intencional, pero no hay consumación en cuanto no se obtuvo una finalidad acorde con el mismo bien jurídico por razones ajenas a la voluntad del agente.

b.— Como también se ha reiterado en esta providencia, los legisladores que han usado respecto a la Extorsión, la fórmula sintética similar a la del Código de 1980, han querido concentrar en términos menos causticos las conductas que otros Códigos como el de 1936, describían con variadas hipótesis. Esto es, que la expresión "hacer, omitir o tolerar alguna cosa" no es sino una manera técnica y aprefada de expresar una cantidad de hipótesis que comprendían además de la Extorsión, el chantaje, todas ellas de contenido económico. Se ha sintetizado pues la relación de medios y efectos.

La mayoría de los autores que han estudiado este tema, han coincidido en este enfoque.

16.— En cuanto al caso concreto de la intervención de la Policía, he sabido que la doctrina tanto en el estudio de la parte general, como de la parte especial, ha previsto tanto la solución del delito imposible, como del delito tentado, pero se ha inclinado mayoritariamente por esta tesis, por estimar que se trata de un factor extraño a la voluntad del agente. Así lo sostienen entre otros autores: ALFONSO REYES E.— Derecho Penal — Pág. 165; SCARANO — La Tentativa — Pág. 269; NEPPI MODDONA — Il Reato Impossibile — Pág. 281; DE-MARSICO— Delitti contro il Patrimonio— Pág. 86; SOLER — Tomo II — Pág. 162, etc.

17.— Las anteriores razones, las estima la Sala como suficientes para concluir que el delito de Extorsión, no es un delito de mera conducta, que exige resultado ya especificado, que permite la forma amplificadora del tipo conocida como tentativa y que en el caso concreto ella se encuentra configurada.

Por tanto deben aceptarse los planteamientos del recurrente en torno a la configuración de la Causal Primera y consecuentemente debe dictarse la Sentencia que deba reemplazar el fallo casado.

Para efectos de la penalidad a imponer, ha de tenerse en cuenta el mandato del Artículo 61 del C.P....

En ese orden de ideas el condenado HELI RAMIREZ, adecuó su conducta al Artículo 355 del C.P., tipo legal, que trae una pena mínima de dos años de prisión, la cual debe sufrir la aminorante del amplificador del Artículo 22 —tentativa— en su mínimo, que en ningún caso será "no menor de la mitad del mínimo" pues debe precisarse la ausencia de antecedentes penales del inculcado y su grado de culpabilidad a título de dolo. Lo anterior traduce la aplicación de una pena básica de un año.

Pero para regular en definitiva la pena, debe tenerse presente que le concurre como circunstancia de agravación punitiva, la del Numeral 11 del Artículo 66 del C.P., consistente en ejercer el cargo de agente de la policía que desdoro con la conducta atentada.

En tales condiciones no podrá imponerse la pena mínima y estima la Sala que para una correcta dosimetría penal debe aumentarse la pena en dos meses, para un gran total de 14 meses de prisión, más la interdicción de derechos y funciones públicas, por periodo igual al de la pena principal, e igualmente comporta la pérdida del empleo oficial de que venía disfrutando, esta última imposición como pena accesorias.

Ahora bien, por providencia de 27 de Febrero de 1986, se negó la libertad de RAMIREZ, por cuanto en esa fecha acreditó 19 meses y dos días por detención efectiva y trabajo, teniendo como base la pena de la sentencia de segundo grado.

Pero, como la pena impuesta en definitiva es la de 15 meses, habría que ordenar su libertad de manera incondicional.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA — SALA DE CASACION PENAL — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E :

PRIMERO.— CASAR PARCIALMENTE, la Sentencia de fecha y origen anotados.

SEGUNDO.— Imponer al procesado HELI RAMIREZ, como pena principal, la de 15 meses de prisión e interdicción de derechos y funciones públicas por período igual al de la pena principal y la pérdida del empleo oficial, como accesorias.

TERCERO.— Confirmarse el Numeral 3, de la Sentencia del Primer Grado proferida en Marzo 16 de 1985 por el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Bucaramanga.

CUARTO.— Ordenar la libertad inmediata e incondicional del procesado por cuanto lleva en detención efectiva y redención de trabajo 19 meses y dos días.

QUINTO.— Librense las correspondientes comunicaciones de ley.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA AL TRIBUNAL DE ORIGEN

EDGAR SAAVEDRA R.
GUILLERMO DAVILA M.
GUSTAVO GOMEZ U.
HERNANDO BAQUERO B.

LUIS E. ALDANA ROZO
GUILLERMO DUQUE R.
LISANDRO MARTINEZ Z.
JORGE CARREÑO L.

**SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS
LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, JORGE CARREÑO LUENGAS Y
GUSTAVO GOMEZ VELAZQUEZ**

PROCESO No. 134 CONTRA HELI RAMIREZ, MAGISTRADO PONENTE:

Dr: LISANDRO MARTINEZ. APROBADO ABRIL 8 DE 1986

Con todo comedimiento señalaremos algunas discrepancias que nos llevaron a suscribir la anterior providencia con salvamento de voto.

1o.— Es evidente que la ley no es otra cosa que la concreta expresión de la voluntad del legislador, de manera que siempre es conveniente para una mejor interpretación del texto legal, acudir a los antecedentes consignados en las relaciones de las comisiones que se hayan encargado de su redacción. No obstante, es preciso no olvidar que la ley una vez promulgada se desprende de su autor y a partir de ese momento tiene una vida independiente, sustentada en la propia vigencia de sus mandatos impersonales y abstractos y en la realidad sistemática del ordenamiento del cual forma parte. En consecuencia la opinión del legislador, que casi nunca se conoce en su integridad y que con frecuencia es el resultado de opiniones disímiles y divergentes, apenas constituye una pauta para una mejor interpretación de las normas, pero siempre que se tenga como punto de partida su exacta realidad gramatical que es, al fin y al cabo, lo único que tiene poder vinculante.

Así mismo, las opiniones de los doctrinantes, valiosos auxiliares para el mejor entendimiento de la ley, serán dignos de ser tenidos en cuenta, en la medida en que sus aseveraciones no los lleven a postular tesis que riñan con el sentido jurídico y el texto de las normas que analizan. Mayor cuidado debe tenerse con tratadistas foráneos por cuanto sus comentarios se insertan en realidades jurídicas distintas y se refieren de ordinario a disposiciones que, aún cuando similares, están concebidas en diversa forma.

2o.— De vieja data se ha venido discutiendo por jueces, doctrinantes y abogados sobre el tema relacionado con el momento consumativo de la extorsión y, como consecuencia de la forma como se responde esa inquietud, si dicha infracción es de mera conducta o de resultado, si es un tipo de lesión o de peligro y, en últimas, si es susceptible de admitir la tentativa.

La clasificación de los tipos penales hecha por los autores no siempre obedece a un empeño de índole académica, pues su utilidad para un más adecuado conocimiento de la ley no puede ser desconocida. Por supuesto que es necesario, como punto de partida de cualquier discusión, que a dichas clasificaciones se les dé un sentido y alcance comunes.

Adviértese en primer término, que todos los delitos desde el punto de vista jurídico tiene un resultado, por cuanto toda conducta punible exige una determinada modificación del mundo exterior; sin embargo es tradicional la distinción entre tipos de mera conducta, también llamados formales y tipos de resultado, también conocidos como materiales. De acuerdo con la concepción Carrariana, los primeros se presentan cuando se consuman con una simple acción, los segundos cuando se requiere la producción de un resultado. Esta clasificación depende de la forma como haya sido redactada la conducta en el texto legal, a pesar de que otro haya podido ser el querer del legislador.

Desde otro punto de vista y en atención al bien jurídicamente tutelado, los tipos penales suelen clasificarse en de lesión y de peligro. Los primeros se dan cuando con la realización de la conducta descrita en la ley se vulnera el interés legalmente protegido, los segundos cuando con el comportamiento previsto en la norma, dicho inte-

rés apenas se ha puesto en peligro.

Así mismo, es posible que el legislador incluya dentro de la descripción típica, ingredientes de naturaleza subjetiva, o de conducta interna trascendente, que se presentan en los casos en que en la propia descripción legal se exige una finalidad o un propósito determinado por parte del agente. La misión primordial de esta clase de ingredientes es diferenciar una conducta reprochable de otra que carece de trascendencia jurídico penal, o diferenciar dos conductas igualmente delictivas, en los eventos en que comportamientos objetivamente idénticos, se diferencien por la finalidad perseguida por el agente al realizarlas.

Como se acepta en la ponencia, no es exacto que los tipos que tienen ingrediente subjetivo sean necesariamente de mera conducta, pues en el homicidio que se comete para preparar, facilitar o consumir otro delito, hay ingrediente subjetivo y sin embargo es de resultado, lo mismo puede decirse del secuestro, del hurto, etc. Otra cosa es que se haya afirmado con razón que para la tipificación de esta clase de delitos no es necesario que la finalidad perseguida se logre, basta con que el agente proceda con el indicado propósito para que se estructure la infracción, pero de esto no puede deducirse la exigencia de la producción del resultado previsto en la norma.

3o.— En alguna medida es cierto que la descripción típica del delito de extorsión del Código de 1936 no es sustancialmente diferente de la prevista en la vigente codificación. Es verdad que dicho delito estaba concebido como tipo cerrado en cuanto se precisaban las circunstancias modales que el sujeto debía emplear, mientras que el vigente artículo 355 es tipo abierto, habida consideración de que el constreñimiento puede lograrse por cualquier medio. Los verbos rectores, aún cuando distintos son equivalentes y el ingrediente subjetivo —el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero— es igual en los dos textos. Sin embargo, hay una diferencia notoria que no puede pasar inadvertida, pues el resultado en las dos normas es diferente. En efecto, mientras en el artículo 406 del Código Penal de 1936 la conducta consistía en obligar a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, o en obligar a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito, el texto del nuevo código exige que el agente constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa.

En el plano de la lógica material es obvio que frente a la descripción del código anterior, los resultados estaban taxativamente señalados, cosa que no ocurre con la amplia previsión de la nueva ley, pues constreñir a hacer, tolerar u omitir alguna cosa es señalar todas las exigencias posibles en relación con la conducta que otro puede asumir con voluntad sojuzgada. En efecto, otra persona solo puede ser constreñida a hacer, a omitir o a padecer conducta ajena, esto es, a tolerar; en otras palabras que bien pudo el legislador haber redactado la conducta en los siguientes términos: "El que constriña a otro con el propósito de obtener provecho para sí o para un tercero", caso en el cual la conducta sería sustancialmente idéntica a la vigente.

4o.— Es incontestable y en este aspecto no hay discusión alguna, que la finalidad perseguida debe ser de contenido patrimonial, lo cual se deduce del hecho de que la extorsión haya sido incluida por el legislador dentro de los hechos punibles que atentan contra el patrimonio económico. Además este ingrediente subjetivo permite diferenciar el delito que se examina con el delito de constreñimiento ilegal (art. 276), que es atentado contra la autonomía personal.

Pero también es indiscutible que el delito de extorsión, desde el punto de vista del interés jurídicamente tutelado, es pluriofensivo, porque además de amparar un interés de carácter patrimonial, busca la salvaguarda de la autonomía personal o, más estrictamente, del derecho a la libre autodeterminación. La circunstancia de que el legislador haya ubicado la conducta en un título o capítulo concreto, no es mo-

tivo para desconocer la significación de los demás bienes jurídicos amparados, de modo que el intérprete debe tenerlos en cuenta para lograr determinar con mayor posibilidad de acierto el justo alcance de la disposición que analiza.

5o.— En este orden de ideas creemos que la conducta descrita en el artículo 355 del C.P., es de aquellas que doctrinariamente se conocen como de resultado, pues para la ley colombiana no se extorsiona con el simple hecho de amenazar, se requiere que el sujeto activo constriña al sujeto pasivo; esto es que el acto violento que da lugar a la acción, penetre en la órbita sensitivo-afectiva del titular del bien. Es que ningún delito se consuma sino cuando se realiza en su integridad la acción legislativamente consagrada y concretamente en el tipo penal que es objeto de análisis, solo se habrá consumado la extorsión, cuando se haya producido el constreñimiento.

Ahora bien, es necesario recordar que el resultado en este tipo no fue el que se pretendió consagrar por el comisionado que redactó el proyecto de norma que seguía muy de cerca a la legislación italiana. En efecto, en el inicial proyecto se trasladaba el momento consumativo de la infracción, pues el constreñimiento era el medio para lograr el verbo rector, que allí era obtener provecho.

6o.— En relación con el bien jurídicamente tutelado, el delito de extorsión es delito de peligro, pues en momento alguno se exige, para la consumación del delito, que se logre u obtenga el provecho económico. Este aspecto se destaca con la presencia del ingrediente subjetivo "con el propósito de obtener provecho ilícito para sí o para un tercero", por cuanto es bien sabido que para la consumación de delitos que tienen esta clase de ingredientes, basta con que el agente proceda con la finalidad indicada, aún cuando ésta no tenga cumplido efecto.

Pero recuérdese que éste es un tipo pluriofensivo, ya que también ampara la autonomía individual, de modo que el legislador habría podido ubicarlo como atentado contra la libertad. Frente a este concreto bien, es evidente que se trata de un delito de lesión, pues se requiere, como ya se dijo, no la simple amenaza, sino que es indispensable que se logre el constreñimiento, es decir, que es necesario que se afecte la libre autodeterminación del sujeto pasivo.

7o.— Con base en las precedentes consideraciones conclúyese que la extorsión se consuma no solo con la presencia de una amenaza, sino cuando se logra el constreñimiento, aún cuando no se haya obtenido el provecho de carácter patrimonial perseguido.

Ahora bien, como las expresiones constreñir a "hacer, tolerar u omitir alguna cosa", en manera alguna significan que esa cosa sea la prestación patrimonial pretendida, pues ese es elemento subjetivo que no requiere materialización, siempre que ante conducta humana que signifique constreñimiento, el sujeto pasivo actúe, omita o tolere, determinado por la actividad del sujeto activo, se habrá consumado la extorsión, pues si se llegara a exigir que los indicados verbos deben representar la concreción del provecho, se estaría desconociendo el carácter de los ingredientes subjetivos y la afirmación indiscutida de que en relación con el bien jurídico de carácter económico, la extorsión es un tipo de peligro, ya que la ley en este aspecto no exige la obtención del beneficio patrimonial.

En este orden de ideas se habrá consumado el delito de extorsión, cuando la persona constreñida, para evitar la prestación que se le exige, huye del país, traspasa sus bienes o, aterrorizado demanda el auxilio de la autoridad o se suicida. Con igual razón cuando accede a la realización de lo que se le exige.

Como consecuencia de lo anterior se desprende que el delito de extorsión admite la tentativa, en la medida en que se realice conducta idónea e inequívocamente orientada a constreñir, pero no se logra el resultado. Tal sería el caso de quien envía misiva para extorsionar, pero que es interceptada por la autoridad, o cuando al lle-

gar a su destinatario, éste es informado que los delincuentes se hallan a buen recaudo, ya que en estos casos se dio principio a la ejecución del hecho, pero el constreñimiento no se logró por circunstancias independientes de la voluntad del agente.

80.— Para abundar en razones es conveniente el examen de otros tipos penales que tienen el mismo verbo rector de la extorsión. En efecto, la concusión explícita (art. 140) se consuma cuando el empleado oficial constriñe a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero dinero o cualquier utilidad indebidos. Frente a este tipo nadie ha dicho que sea necesario la obtención del provecho, basta con que se dé el constreñimiento, el cual habida cuenta del "metus potestatis", es fácil de conseguir; similar razonamiento puede hacerse en relación con la violencia contra empleado oficial (art. 164); el constreñimiento ilegal (art. 276); el constreñimiento para delinquir (art. 277); y, el constreñimiento a la prostitución (art. 309). En ninguno de estos casos, casi todos ellos de carácter pluriofensivo, se requiere la producción de la finalidad buscada, aún cuando en todos ellos es necesario que se haya afectado la órbita, afectivo-volitiva del sujeto pasivo.

Estimamos que los anteriores razonamientos, expuestos en forma sintética, son suficientes para separarnos de la providencia prolijada por la mayoría de la Sala.

SENTENCIA CONDENATORIA

(REVOCA SENTENCIA CONDENATORIA y en su lugar, ABSUELVE al condenado de acceso carnal abusivo en mujer menor de 14 años de edad. La presunta ofendida, aun cuando era menor de 14 años por la época de los hechos, tenía suficiente capacidad de discernimiento que la habilitaba a consentir el acto carnal. Es atípica la conducta y por ello la decisión absolutoria de la Sala de Mayoría).

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL —Sala Penal—

MAGISTRADO PONENTE: Dr. RODOLFO MANTILLA J.
Bucaramanga, 13 MAR. 1986

VISTOS:

Consulta el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Bucaramanga, la sentencia de 13 de diciembre de 1985, mediante la cual ese Despacho condenó a Giovanni Sánchez Cuadros, a la pena principal de 14 meses de prisión, como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años de edad.

HECHOS:

Giovanni Sánchez Cuadros y Luz Stella Poveda Pinzón, jóvenes de 16 y 13 años, iniciaron relación afectiva, dentro de la cual hubo contacto sexual; el noviazgo fue consentido por los padres de ambos jóvenes, quienes terminaron haciendo vida marital en casa de los padres de Giovanni; sin embargo, Giovanni fue denunciado por María Teresa Pinzón Meza, madre de Luz Stella, acusándolo de secuestro. Desvirtuado tal hecho, el Juzgado inició la investigación por el delito de acceso carnal abusivo.

RESULTANDOS:

1) En el proceso se constató el contacto sexual existente entre los jóvenes Giovanni y Luz Stella, por medio de la declaración de la mujer y la afirmación positiva del hecho por parte de Giovanni; además, el examen médico, indica desfloración antigua; se allegó la partida de nacimiento de Luz Stella, que indica que ésta tenía, al comienzo de los hechos, 13 años cumplidos.

2) Se estableció también, que los hechos tuvieron ocurrencia durante el desarrollo del noviazgo entre los jóvenes, relación afectiva consentida por los padres. "... Mi hija estaba estudiando y llegó a tener un noviazgo con Giovanni, pues yo los dejé que mantuvieran esas relaciones y no estuvieran a las escondidas viéndose..." (f.1)

3) Por su parte, la menor al dar testimonio, dijo entre otras cosas: "... yo soy la mujer de Giovanni Sánchez... yo allá vivo bien y quiero a mi marido..." "... El no me ha obligado a nada. Yo estuve con él porque quiero estar y sostenemos relaciones... (6)... mi mamá me echó de la casa, y entonces yo me fui para la casa de Giovanni, al llegar allá Giovanni me apoyó y nos pusimos a vivir los dos (15)... "Sí, yo he tenido relaciones sexuales con él y todo ha sido por mi voluntad porque yo lo quiero... yo deseo, yo no quiero volver a la casa de mi mamá, porque mi padrastro cuando empezó a vivir con mi mamá, intentó varias veces violarme... pues él piensa

que el año entrante después de ahorrar algunos centavos casarnos, es que ahora como estamos muy jóvenes yo tengo trece años de edad y él va a cumplir 17, no nos casan..." (f.15) "... una noche Giovanni fue a la casa y habló con mi mamá y mi mamá le dijo a él que siguiera visitándome, pero que no me manociara ni nada de eso, pero no, eso era imposible porque lo quiero mucho a Giovanni y me gusta hacer el amor con él y entonces yo iba a la casa de él a donde fuera y hicimos el amor..." (f.15)

4) Al rendir indagatoria Giovanni Sánchez, confirma lo dicho por Luz Stella en esa oportunidad: "... Y hemos sostenido normalmente relaciones sexuales como marido y mujer porque ella es mi mujer..." (f.17)

5) Sobre los anteriores presupuestos se produjo la sentencia que se consulta. En el trámite de la instancia, el señor Fiscal Primero del Tribunal, solicita confirmación de la providencia mencionada.

CONSIDERANDOS:

Adecuación típica:

La norma aplicada por el a—quo es la contemplada en el artículo 303 del Código Penal que reprime con prisión de uno (1) a seis (6) años, a quien acceda carnalmente a persona menor de catorce años.

Debe observarse que este tipo penal de acceso carnal abusivo, exige para su realización, sujeto pasivo cualificado cronológicamente, por cuanto debe tener menos de 14 años de edad.

En la aplicación de esta disposición, ha prevalecido como ocurre en el presente caso, un criterio exegético, caracterizado por un exclusivo apego a la literalidad de la norma, bastando por ello, la constatación del acceso y la comprobación de la edad cronológica de la presunta ofendida, para que el intérprete declare perfectamente realizado el tipo penal. Sin embargo, tal apreciación en ocasiones es contraria a la realidad de las cosas, dejando en el ánimo de quien así la aplica y a quienes les es aplicada, la sensación de lo absurdo y de lo inútil.

Por ello, tal criterio en opinión de la Sala, debe ser revisado.

En primer término, debe recordarse la ratio legis de la disposición comentada, que se encuentra ubicada dentro de los atentados contra la libertad y el pudor sexuales, particularmente en los denominados actos sexuales abusivos.

Pues bien; el legislador colombiano, al describir y sancionar tales comportamientos, está protegiendo la disponibilidad sexual de las personas, entendida como el reconocimiento de la autonomía personal de éstas en la decisión de hacer uso sexual de su cuerpo.

Claró está, que la operancia de la autonomía personal, exige que la persona haya logrado el desarrollo biosíquico—social necesario que le permita hacer manifestación consciente de su voluntad en forma válida.

Con apoyo en la psicología evolutiva, sabemos que la plena madurez psicológica, normalmente, salvo alteraciones psíquicas o biológicas que lo impidan, la adquieren los seres humanos con el paso del tiempo superadas las etapas de la infancia y de la adolescencia, claro está que tal estado psicológico de madurez se adquiere en unos antes y en otros después, según las particularísimas condiciones personales, ambientales y culturales de cada caso en concreto, sin que la ciencia pueda con rigor matemático fijar un día y hora a partir del cual las personas adquieren tal condición de madurez, atinando solo, como en el caso de la psicología, a establecer una media estadística, que indica con relativa precisión que en determinado tiempo y dentro de normales circunstancias, los seres humanos logran su madurez psicológica.

Tal situación es trascendental para el derecho que en sus diferentes ramas se

ocupa de la capacidad legal de las personas. Por vía de ejemplo, recuérdese cómo el Derecho Civil habla de incapaces absolutos y relativos, ubicando dentro de los primeros, entre otros, a los impúberes hombres menores de 14 y mujeres menores de 12 años de edad, a quienes no les reconoce ninguna capacidad de discernimiento, y dentro de los relativos a los menores adultos, a los menores de 18 años, categoría a la que le reconoce la ley discernimiento, o sea capacidad de distinguir una cosa de otra y señalar sus diferencias, al tiempo que el derecho penal, dentro de la categoría de inimputables coloca a los menores de 16 años, de quienes presume incapacidad para comprender la ilicitud de su conducta o determinarse de acuerdo con la comprensión, por inmadurez psicológica y con relación a la edad para ser sujeto pasivo de acceso carnal abusivo en los términos del artículo 303, la edad fijada es la de ser menor de 14 años, siguiendo en esto más los criterios civilistas del discernimiento.

En otros términos la norma penal comentada, entiende que un menor de 14 años de edad no tiene capacidad de realizar una libre y consciente manifestación de voluntad y que las personas mayores de 14 años, si tienen esa capacidad de discernimiento.

Al colocar la edad límite de 14 años, la ley penal utiliza un criterio puramente cronológico, en oposición al científico, que implicaría la revisión psicométrica en cada caso para la determinación de la capacidad de la persona, indudablemente, es mucho más práctico el criterio cronológico, aunque puede resultar legalmente arbitrario; piénsese por ejemplo, en la persona que tiene 13 años y 364 días, en comparación con aquella que tiene 14 años apenas cumplidos. Se dirá entonces, que el criterio cronológico utilizado por el Código Penal Colombiano, conlleva la aceptación de la media estadística que necesariamente tiene una base científica.

Planteado así el asunto, debe resolverse si la fijación de la edad de 14 años, como instante cronológico en el que se adquiere capacidad de discernimiento, significa en materia penal presunción iure et de jure, y que como tal no admite prueba en contrario, o si se trata de una presunción iures tantum, que expresa con relativa certeza la probabilidad de una media estadística, pero que admite revisión o prueba en contrario en cada caso.

La Sala entiende que el precepto comentado implica una presunción legal, en cuanto el legislador establece que las personas menores de 14 años normalmente no tienen capacidad de discernimiento, pero admite que pueden presentarse casos excepcionales en los cuales aún teniendo edad inferior a 14 años, la persona, por razones personales, ambientales, familiares, culturales, puede haber logrado madurez excepcional, que indique en ella capacidad de escogencia y de discernir. Tal conclusión obliga al intérprete a superar el simple marco de la exégesis, o indagar con diligencia sobre la personalidad de la supuesta víctima, su ambiente familiar y social, sus valores culturales y éticos, etc. para poder tomar decisión acerca de la tipicidad de la conducta investigada.

Todo lo dicho hasta ahora, permite entender, como el presente caso debe resolverse por la vía de la atipicidad penal, por no reunir el sujeto pasivo la cualificación exigida, porque si bien el momento en que Luz Stella Poveda Pinzón fue accedida carnalmente por Giovanni Sánchez, transitaba por los 13 años, la naturaleza de la relación, entre la joven pareja, que mantenía un noviazgo aceptado por sus padres, la estructura familiar de la joven, la madurez de sus expresiones y el sentido afectivo de sus relaciones, indican que Luz Stella tenía capacidad de discernimiento o capacidad de consentir el acto sexual, que en últimas es lo que importa a la ley penal.

La decisión del a-quo que se revisa es criticable por la mecanicidad propia de la exégesis con que enfoca el problema, imponiéndose entonces con criterio más amplio y acorde con la realidad social y cultural en la aplicación del derecho.

Por lo expuesto, se revocará la decisión consultada y se dispondrá la absolución de Giovanni Sánchez Cuadros, por atipicidad de la conducta.

El proyecto de esta providencia fue aprobado en Sala.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Penal de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA, el fallo de origen, fecha y contenido anotado, objeto de consulta y, en su lugar, ABSUELVE al procesado GIOVANNY SANCHEZ CUADROS, de los cargos que le fueron formulados en el proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Los Magistrados,

RODOLFO MANTILLA JACOME

MARIO MANTILLA NOUGUES

CASIMIRO MARIN RIVERA

ALBERTO URREA SERRANO
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

Desde el punto de vista técnico jurídico normativista el legislador crea el tipo penal sin que el Juzgador entre a analizar sus fundamentos. Nuestro Código Penal sentó como uno de sus principios que los menores de 14 años no son capaces de decidir en lo que respecta a relaciones sexuales ilegales. Solo el matrimonio legaliza las relaciones sexuales de los menores de la edad citada, sin que esta interdicción sexual admita otras excepciones.

En el caso del procesado GIOVANNY SANCHEZ, por las relaciones sexuales extramatrimoniales y por ello ilícitas se adecúan al tipo que describe el acto carnal abusivo con menores de 14 años (N. 303 C.P.). Al analizar la culpabilidad del procesado se deja de considerar el muy posible error de hecho.

ATENTAMENTE,

CASIMIRO MARIN RIVERA

EN POS DE UNA PEDAGOGIA JURIDICA

FACULTAD DE DERECHO

Ponencia presentada al Encuentro de
Facultades de Derecho, verificado en
Barranquilla - Noviembre de 1985

Plantearse el horizonte de una estructura pedagógica para las escuelas de formación jurídica en el país, presupone una postura autocrítica ante la tradicional docencia impartida, acompañada de la indulgente esperanza, de que nuestros discípulos ya hayan perdonado los errores de sus maestros.

El panorama didáctico de las Facultades de Derecho, se halla cimentado en la concurrencia a la academia de individuos más o menos doctos en su área de conocimientos jurídicos, pero huérfanos de los métodos, técnicas y recursos que la pedagogía ha tiempo ha desarrollado para la función didáctica.

Un somero vistazo a la nómina docente de cualquier centro de enseñanza jurídica, pondrá de relieve una constelación de magistrados, jueces, asesores empresariales y prestigiosos litigantes pero también resaltará el vacío profundo de "maestros". En efecto, la formación de juristas del país, se halla en manos de la empiria profesional, de los oráculos de la praxis, de los individuos que hacen de la profesión el rito esotérico de la "justicia", que rinden a la academia los rescoldos de su diario trajinar; por ello, parodiando a Churchill, es necesario afirmar, que la enseñanza del Derecho es demasiado seria para dejarla a los "juristas".

Si entendemos la enseñanza como un proceso complejo en el cual intencionalmente forjamos, desarrollamos y perfeccionamos las potencias intelectivas naturales y adquiridas del individuo, necesariamente tenemos que declararnos en abierta rebeldía con una docencia cimentada en profesores "transeúntes y transhumanes", que difundían al azar conocimientos o experiencias, sin reparar en el receptor de su mensaje, en las condiciones de la transmisión ni mucho menos en sus efectos, cimentada en la vetusta y estática cátedra magistral, que reproduce el eterno y dogmático círculo vicioso de las experiencias y prejuicios del profesor, y castra intelectualmente al estudiante en la indispensable preparación para asumir abierta y decididamente sus propias experiencias, que son las del porvenir. Si compartimos el concepto del profesor More Belth, de que "la educación es en realidad, un antiguo nombre para la más antigua de las aventuras intelectuales de hombre: el esfuerzo deliberado por acrecentar su singular capacidad de reunir los datos de la experiencia, con el objeto de comprenderla e interpretarla, para tener en el futuro mejores experiencias y poder aprovechar más las anteriores" (1), solo nuestra indolencia, espíritu de improvisación y culto "macondiano" al azar, puede explicar, que nuestras Facultades de Derecho funcionen con base en el profesorado "hora-cátedra", que nuestros currículos se hallen preñados de interminables cátedras magistrales, signados por el monótono transcurrir del discurso enajenado y enajenante, abstraído de la realidad nacional, que como una catarata de datos se precipita durante un lustro sobre apacentados estudiantes, sin "romperles ni mancharles".

Mientras no transformemos la docencia jurídica en un elemento dinámico, que convierta al estudiante en el protagonista de su proceso de orientación y al maestro en el más honesto conductor de sus discípulos, en el más incisivo analista de la realidad y en el acerado demoleedor de los prejuicios de su tiempo, de su círculo social, de

(1) La educación como disciplina científica. Edif., El Ateneo, Argentina, 1971, pag. 51.

su profesión, que como Sócrates pueda asumir en forma arrogante el "solo sé que nada sé" para enrostrar a los "doctos" y "omnisapientes", el diario reto del saber, tendremos que padecer los resultados catastróficos de una escuela que no solo de forma, sino que genera una oleada de egresados frustrados, despersonalizados y anónimos.

Y de esta subversión de la escuela jurídica, no podrán estar ausentes las técnicas y métodos que nos permita hacer del aprendizaje un fluir natural del conocimiento y la experiencia humana sin atropellar al individuo, sin traicionar las leyes del conocimiento que preparen al estudiante para enfrentar una realidad que rebasa la que sus maestros han conocido, a partir de la generación de hábitos de estudio e investigación que dinamicen su actividad vital en pos del conocimiento.

Concibiendo este proceso obviamente como una ruptura, por cuanto el torrente de buenos propósitos esbozados desde la década de los sesenta, se han visto naufragar en los más mezquinos intereses de la educación privatizada y el descontrol, despilfarro de recursos e inercia de la exigua educación pública, o en el simple culto a la sin razón plácida de los que "nunca dudan" porque al decir de Brecht:

Son los irreflexivos los que nunca dudan.
Su digestión es espléndida, su juicio infalible.
No creen en los hechos, solo creen en sí mismos.
Si llega el caso, son los hechos los que tienen que creer en ellos.
Tienen ilimitada paciencia consigo mismos.
Los argumentos los escuchan con oídos de espía (2).

II. NUESTRA EXPERIENCIA EN TORNO A UNA PROPUESTA METODOLÓGICA DE DOCENCIA— INVESTIGACION

"Hablen otros de su vergüenza.
Yo hablo de la mía". (3).

En una Universidad de Provincia escasa de recursos económicos, técnicos y humanos, surgida espontáneamente de la propia necesidad del crecimiento, sin mayor brújula ni derrotero que la de "ir haciendo camino al andar", un grupo de "abogados" devenidos en "profesores, accede a la posibilidad y al reto de construir una Facultad de Derecho.

Han asumido la orientación por obra más del azar y la ventura, atraídos por el hábito de la inquietud docente, con el mayor deseo de "hacer", pero sin que puedan ostentar otro galardón distinto al de saber cómo se hacía mal la academia jurídica, quizá por haberla padecido. Invocando a Sócrates, también podemos afirmar en relación a la pedagogía que "solo sé que nada sé", obviamente por no haberla estudiado.

Y así contando con el único apoyo de la imaginación, acicateados por la necesidad del "quehacer diferente, se debió diseñar un proceso que diese cuenta de una docencia más abierta, pedagógica y participante que en el curso de su propio desarrollo generara también a sus docentes.

Cercados por el crudo realismo de los administradores del erario, que a cada instante proclaman con su voz metálica:

¡Yo que sé lo que es un hombre!
¡Yo que sé quién lo sabrá!

¡Yo no sé lo que es un hombre!
¡Yo no sé más que su precio! (4), (...)

Iniciamos la tarea del desmonte "de la cátedra magistral", en procura de un nuevo modelo ideal de jurista, orientado hacia un saber crítico del derecho y consciente de sus responsabilidades para con la sociedad y el porvenir, dentro de la incompreensión de nuestros colegas y discípulos".

Las guías de cátedra, elaboradas tras paciente selección de lecturas, que dando luz al nuevo horizonte, sirvieran de soporte informativo a la dialéctica controversia, sustitutiva del discurso "docto" y dogmático, fueron estigmatizadas con el fuego inquisitorial, que obviamente depurándolas, nos ha permitido su arribo en tres (3) años, al número de once; y las comunidades de trabajo, verificadas en derredor de las áreas y materias básicas del currículo académico, que permiten el desarrollo analítico de los temas de programa en pequeños grupos de quince (15) estudiantes, no solo nos sirven para agotar los objetivos temáticos de los cursos, sino para desarrollar las actitudes participantes del estudiante y para ir formando como docentes a los monitores, que se destacan en la coordinación de las células básicas del nuevo trabajo académico. Hoy desarrollamos, con una relativa idoneidad, comunidades de trabajo, en nueve materias de las que conforman el pensum académico.

La resistencia del profesor tradicional, a los nuevos planteamientos ha sido determinante, para que apoyemos nuestros esfuerzos en las nuevas generaciones de egresados, más dúctiles quizá a la asimilación de la nueva experiencia, vinculándolos como monitores, para que progresivamente puedan asumir, en forma más consciente, las responsabilidades del transmitir el conocimiento.

Pensamos que un novel egresado, con promedios académicos superiores al tres ocho (3.8), después de asumir un proceso de preparación paulatina, ascendente en la complejidad, asistido debidamente por un docente experimentado, puede llegar a su vez a convertirse en un nuevo apóstol del trasegar académico; por ello, su proceso formativo debe llevar a los mejores, más destacados y brillantes, desde la monitoría, actividad adjunta dirigida por el profesor titular, a la coordinación de los seminarios del área de metodológica, la coordinación de trabajos de investigación y finalmente a la cátedra, en un proceso que no debe ser inferior a cinco (5) años de trabajo persistente.

Nuestra área metodológica, que pretende integrar dentro del currículo, los elementos informativos de las cátedras, con una reflexión metodológica sobre los fundamentos lógicos y epistemológicos del conocimiento jurídico, generando actitudes investigativas en los estudiantes que le permitan a la luz de la teoría asimilada contrastar la realidad nacional, nos permitirá forjar el semillero de aspirantes a la docencia.

Ella hunde sus raíces en el primer semestre, en la cátedra de Metodología y Técnicas de la Investigación, con sus correspondientes laboratorios, que debe permitirles asimilar las herramientas de análisis del conocimiento social; luego en las comunidades de trabajo, atisbarán con fundamentos de la discusión jurídica contemporánea, y en los seminarios deberán disectar la estructura lógica de cada una de las vertientes del pensamiento jurídico, tanto en sus elementos intrínsecos o "meramente jurídicos", como en los extrínsecos o de valoración "socio-jurídica", que culmine a manera de elemento de comprobación de aptitudes, en la conducción de un trabajo de investigación, a través de un "TALLER DE INVESTIGACION" para egresados.

(2) Brecht Bertold; Poemas y canciones: Loa a la duda, pag. 68 Alianza Edit. Madrid 1980.
(3) Brecht, Bertold, Ibid, Alemania pág. 75.

(4) Brecht B., canción del comerciante, Op. cit. p. 58.

Estimando que la orientación del proceso de aprendizaje docente en la práctica el área metodológica es de vital importancia, por ser la única integradora de los presupuestos y contenidos cognoscitivos del derecho, esbozamos brevemente sus objetivos generales, explicitando que los contenidos específicos, se concretan de acuerdo con las áreas básicas del derecho público, privado y penal.

SEMINARIOS	OBJETIVOS
I Hermenéutica	Desarrollar el análisis jurídico de manera racional, sobre los fundamentos del Derecho objetivo, tomando como referencia las técnicas prolijadas por la ley 153 de 1887.
II Análisis doctrinal y Jurisprudencial	Desarrollar el análisis de la doctrina y la jurisprudencia frente al Derecho objetivo, a fin de establecer juicios de valoración a partir de la normatividad colombiana.
III Instituciones Jurídicas Básicas.	Analizar las instituciones que constituyen el fundamento para el desarrollo de los conceptos jurídicos, en cada una de las áreas del Derecho. D. Privado: Propiedad Sujeto de Derechos Derechos subjetivo Negocio jurídico D. Penal: Tipicidad Antijuricidad Culpabilidad D. Público: Estado Administración Poder de Policía.
IV Escuelas Jurídicas	Analizar las relaciones entre las corrientes doctrinales jurídicas y el pensamiento filosófico.
V Análisis Socio-Jurídico	Instrumentar la validación del conocimiento jurídico en sus funciones sociales, a partir del análisis de la operancia de las Instituciones jurídicas en el concierto nacional.
VI Proyectos de Investigación	Examinar las fronteras del conocimiento jurídico, en cada una de las áreas, plantear los problemas fundamentales del mismo y prospectar hipótesis para su solución, diseñando los instrumentos metodológicos para la comprobación de éstas.

Las actividades del área metodológica, se ejecutan con aplicación de las técnicas de preseminarios y seminarios y permite cultivar en el aspirante a la docencia ciertas actitudes didácticas como son:

1. Valorar la participación activa del estudiante, en el proceso de aprendizaje.
2. Ligar las reflexiones teóricas a la realidad.
3. Asumir la crítica de las Instituciones jurídicas en forma ordenada, racional y científica.
4. Programar rigurosamente la actividad académica, tanto del docente, como del educando.

5. Seleccionar los recursos didácticos adecuados para cada actividad, tales como conferencias, foros, lecturas dirigidas, análisis de casos de jurisprudencia y/o doctrina, informes de trabajo, investigación dirigida.

6. Comprender que el "maestro", guía del aprendizaje, no es el depositario de toda la información ni del saber y que puede también aprender de sus educandos.

7. Ejercitarse en la evaluación del rendimiento del trabajo académico, de manera objetiva y en función del cumplimiento de propósitos previstos.

8. Establecer lazos de comunicación y colaboración en el trabajo académico de los docentes y estudiantes.

No obstante, el avance en la implementación de estos proyectos encuentra escollos de difícil superación, tales como la ausencia de una formación adecuada de los aspirantes a la docencia, producto de las anteriores prácticas con tendencia a reproducirlos, ausencia de materiales ya elaborados, carencia de una experiencia racionalizada y sobre todo falta de "teorización pedagógica" en torno a los problemas del aprendizaje y la enseñanza del Derecho; por ello consideramos, que la formación de verdaderos docentes jurídicos, es tarea que no se asume solamente en una práctica más o menos correctamente orientada, sino que debe ser el fruto de un trabajo consciente de diseño metodológico, de selección de instrumentos didácticos y sobre todo de asimilación de los conocimientos y técnicas desarrollados por las disciplinas pedagógicas del área de educación, asumidos como una especialización, a nivel de postgrado por los abogados que deseen orientar su actividad profesional a la docencia universitaria, y que comprendería las siguientes áreas:

- A. Area pedagógica
- B. Area de Metodología Jurídica
- C. Area de Técnicas Docentes
 - . Programación
 - . Exposición
 - . Evaluación
 - . Audiovisuales

III. A MANERA DE PROPUESTA

Deseamos y planteamos la institucionalización de este evento, como tarea anual para que se analice y discuta la problemática de la enseñanza del derecho, para recibir orientaciones e intercambiar experiencias, para lo cual ofreceremos nuestra casa, en la apacible Bucaramanga, a fin de congregarnos en la próxima cita. Pero como estimamos también, que la tarea de largo plazo, solo puede avocarse apelando a la función activa del "estado", su "función social", a través de sus "entes especializados", consideramos necesario que el ICFES, con la participación de la Universidad Pedagógica Nacional, y las facultades de Derecho diseñen un proyecto de programa de postgrado en Docencia Jurídica Universitaria, en la "modalidad" a distancia, para personas con práctica docente y en las modalidades presenciales pa-

ra egresados que carecen de ella, a fin de que se entregue en su ejecución a las Universidades seccionales; solo así se puede fomentar de manera real y efectiva la transformación de las prácticas docentes en la perspectiva de la construcción de una pedagogía jurídica, teniendo como núcleo al "maestro", intérprete de la realidad de su momento, polo de atracción de las mentes abiertas al saber, abanderado de la ciencia, peregrino de la senda de sus paradigmas griegos Platón, Sócrates y Aristóteles.

Facultad de Derecho - Corporación Universitaria Autónoma de Bucaramanga.
Bucaramanga, noviembre 20 de 1985

LA INTELIGENCIA NO HUMANA DE INDOLE MECANICA

Por PEDRO NEL RUEDA GARCES

Un computador es un aparato diseñado para manipular información, bajo la directriz de series coherentes de órdenes inequívocas que reciben el nombre genérico de programas. ¿Puede una de esas cosas "pensar"? O sea: ¿llegará el día en que los computadores sean máquinas inteligentes? Hablo de máquinas realmente inteligentes, no de simples autómatas con alto grado de sofisticación, como los que hoy en día son englobados por el término inteligencia artificial.

En informática, inteligencia es sencillamente una denominación atribuida a ciertas máquinas cuando han alcanzado un determinado grado de autonomía operativa; eso está muy lejos de la connotación humana de inteligencia. No basta hacer labores complejas para recibir la cualificación de inteligente, de lo contrario, a la araña que construye su complicadísima tela debería otorgársele aquella. En informática inteligencia es un mero recurso clasificatorio de aparatos como los robots de Toyota, o de cualquier otro sistema automatizado de producción. Lo malo es que mucha gente piensa que se trata de algo más que eso, que corresponde a un atributo claramente similar a la inteligencia humana, y se equivocan. Todavía no se ha construido la primera máquina inteligente como nosotros; en cuanto a que pueda ser construída o no, es lo que pretendo discutir aquí.

Pero, primero ¿qué debemos entender por "máquina inteligente"? Ya no es asunto de complejas herramientas automáticas, que no interesan según se acaba de explicar, sino de aquellos aparatos que, de darse, podríamos considerar racionales. Para efectos de la definición, descompongamos. Máquina, en nuestro contexto, es todo artificio destinado a manejar por sí solo información, eso es fácil de apreciar. Más inteligencia, ¿qué es? ahora nos tropezamos con un espinoso problema, porque aún no existe una respuesta satisfactoria para tal pregunta. Uno puede sentirse tentado a denominar inteligencia a la capacidad del hombre para adaptarse a nuevos requerimientos, tal como sugiere el origen naturalista de la palabra; es la definición más popularizada, pero es, más que una definición, una hipótesis de trabajo, acuñada para facilitar el empleo de los test de inteligencia. Lo que sucede es que estos tests, no nos dicen en definitiva qué es la inteligencia (al respecto: Assomption Vloberg. "Medida de la inteligencia: el debate vuelve a la actualidad", Mundo Científico, Número 6, Volumen 1, páginas 604 y 605). En realidad, con el término inteligencia se designa un conglomerado de fenómenos mentales poco susceptibles de clasificación estricta. ¿Quién es inteligente? ¿El que saca en una prueba de Coeficiente Intelectual un alto puntaje? Si es así, ¿se dirá entonces que el campesino que no es capaz de ejecutar las tareas sugeridas por la misma prueba es un bruto? ¿Qué pasa si ese mismo campesino, por ejemplo es capaz de hacer a ojo un excelente pronóstico climático? Se empieza a avizorar el lío. "Inteligencia" no es algo muy preciso. Sin embargo, necesitamos lograr una noción de la misma para completar la definición de máquina inteligente, por lo cual recurramos a alguno de los ejemplos que los expertos colocan de una máquina de esa clase, "Elisa" digamos.

"Elisa" era el nombre de un computador capacitado para servir de psiquiatra, y era como un profesional humano cualquiera. Alguien dirá: "Eureka! Así que sí hay máquinas inteligentes!" Pues no. "Elisa", que fue un caso extraordinariamente célebre, era un fraude, preparado a propósito para tomarle el pelo a los creyentes en la inteligencia artificial. La cito por cuanto ilustra la connotación de inteligencia que buscábamos, y es la siguiente: inteligencia equivale a pensamiento. O sea: nuestra máquina inteligente ha de "pensar", como nosotros. ¿Y qué es pensar? Ma-

nipular información en la cual se han introducido, en mayor o menor grado, criterios subjetivos para el tratamiento de todos los datos disponibles. Sentado lo anterior, ahí va la definición de máquina inteligente, que habrá de ser tentativa en virtud de las dificultades que se insinúan: una máquina inteligente es un artificio que manipula información, teniendo en cuenta variables absolutamente aleatorias, motivo por el cual puede proporcionar resultados relativamente inesperados, similares a los que proporciona el cerebro humano. Eso de "teniendo en cuenta variables absolutamente aleatorias", significa simplemente que la máquina puede diseñar criterios propios, no incluidos en ella originalmente.

Así que una máquina será inteligente en la medida en que logre reproducir los procesos cerebrales. Veamos. Para empezar es preciso que entienda el lenguaje humano cotidiano, y lo maneje, cosa fantásticamente complicada. Las órdenes que se imparten a los computadores, según se dijo anteriormente, deben ser inequívocas, y ocurre que nuestro lenguaje es tremendamente ambiguo. ¿Cómo hacer que un computador distinga entre hombre —individuo de la especie humana— y hombre —persona del sexo masculino—? De otro lado, un ser humano puede subsanar los errores en el uso del lenguaje, un computador no. Si yo escribo dos más dos, usted, amigo lector, sabrá que quiero decir "dos más dos", pero un computador se habría definido ante una instrucción de esa clase. Cualquier persona que haya programado computadores lo sabe: una instrucción mal escrita o ambigua que se cuele en el programa, y el aparato se negará a ejecutarlo.

Cualquier problema que se plantee a un computador debe estar reducido a series precisas de caracteres y símbolos, escogidos según su pertinencia de entre un limitado número de combinaciones posibles que se rigen por leyes muy rígidas. Eso significa que la información que se desea que maneje un computador debe estar formalizada, por eso cualquier anfibología o error de escritura impedirá su utilización. Hay una razón técnica de por medio: toma instrucción introducida en un computador, en cualquier lenguaje imaginable (FORTRAN, BASIC, COBOL, PASCAL, etc.), ha de ser traducida a lenguaje binario (De ceros y unos) en el interior de la máquina, porque con él es que opera realmente. El funcionamiento de un computador u ordenador radica en el cambio de estado de los circuitos que lo forman (hardware), o sea, en el paso (que equivale a 1) o no (que equivale a 0) de la corriente eléctrica, de donde la exactitud de las instrucciones se vuelve un imperativo.

Llegado este punto, alguien podrá esgrimir los trabajos de Alan Newell y Herbert Simon para argumentar que YA se ha logrado inteligencia artificial, de donde se hace necesaria una aclaración. Newell y Simon, técnicos de la Rand Corporation, consiguieron programar de tal manera un computador, que era posible conversar con éste de asuntos triviales. No era tan bueno como supuestamente lo era "Elisa", pero servía algo. Esos mismos investigadores, además, se inventaron otro programa (el famoso General Problem Solver) que permitió a un computador hacer algunas inferencias de geometría euclidiana totalmente novedosas (al respecto, véanse los tres primeros capítulos de la segunda arte de LUSSATO, Bruno. El desafío informático, Planeta, Barcelona, 1982).

Lo que sucede es que con esos aparatos se utilizó programación heurística de altísimo nivel.

Supongamos que queremos que un computador nos indique cuál es el camino más rápido para llegar a Buenos Aires, partiendo de Bucaramanga. Forzosamente, debemos meter en el aparato todos los datos relevantes de todas las rutas terrestres imaginables (suponiendo que vamos a ir por carretera). Si hemos usado programación "corriente", el ordenador revisará una a una TODAS las rutas posibles, las comparará sin olvidar ninguna entre sí y por fin brindará la respuesta. Si, en cambio, acudimos a programación heurística, el computador hará lo siguiente: buscará

primero una ruta al azar y la estudiará; si no es favorable, la eliminará y eliminará aquellas otras rutas que sean similares, luego, entre las rutas que queden, elegirá otra al azar y realizará la misma operación; si por el contrario es favorable, hará un grupo con ella y las demás que, en el proceso recién indicado, no resulten eliminadas, para continuar la selección en idéntica forma con el grupo así obtenido. De esa manera se halla la mejor ruta. Actualmente, al recurso de la programación heurística (más rápido y confiable) se ha añadido la implementación de variables lógicas que permiten cierto comportamiento aleatorio, y aunque se han obtenido resultados sorprendentes, todavía no se ha construido una "Elisa" legítima. La programación heurística permite la ejecución rápida y fiable de tareas complejissimas, no más.

Ahora bien, ¿qué es lo que impide que un computador pueda manejar a las anchas nuestro lenguaje? La carencia de un atributo filogenético llamado plasticidad, propio de los seres con sistema nervioso. Complejo (véase "Ontogenia de las estructuras cerebrales" de D. A. Farber, en SMIRNOV, LURIA et al. Fundamentos de Psicofisiología, Siglo Veintiuno, Madrid 1983). La plasticidad es la elasticidad con que interconectan las células nerviosas para propiciar el aprendizaje, mediante la selección de las conexiones más adecuadas. Gracias a la plasticidad, por ejemplo, es que las regiones de la corteza cerebral encargadas de la visión organizan sus neuronas para permitir la. Alguien dirá: "Bueno, que deduzcan las reglas que rigen esa interconexión y aplíquenlas a los computadores". Lo malo es que tales reglas no parecen existir, mejor dicho, es el azar el que manda, si bien se trabaja arduamente por buscar la clave que organiza nuestro tendido nervioso en sus estructuras más profundas (el premio Nóbel de Medicina de 1981, en efecto, fue otorgado a un par de médicos empeñados en esa labor: David H. Hubel y Torsten Wiesel. Claro que trabajaban con gatos y ranas, así que apenas sentaron unos primeros pinitos. Al respecto, puede verse: BULLIER, Jean et al. "Las sensaciones recibidas por el cerebro". Mundo Científico, Fontalba, No. 9, Volumen 1. Con más detalle en: HUBEL, David H. "La corteza visual del cerebro" en el volumen de Psicobiología Evolutiva de Investigación y Ciencia, editado por Fontanella, Barcelona, en 1976). Esperar que un computador tenga plasticidad es esperar que él solito arme sus propios circuitos con el tiempo.

La construcción de máquinas inteligentes tropieza, entonces, con un primer problema: La dificultad en idear un aparato con plasticidad (eso si queremos que sea inteligente como nosotros). Hay otro: el de los hemisferios cerebrales, que técnicamente se denomina "la lateralización de funciones". ¿Qué significa esto? que el comportamiento de nuestro cerebro, es el resultado de la interacción de dos hemisferios cerebrales fundamentalmente diferentes: el hemisferio derecho se ocupa del pensamiento abstracto y el hemisferio izquierdo del pensamiento racional (véase: SAGE Wayne. "El laboratorio dividido del cerebro", Algo, No. 351, Marzo de 1980, HYMSA, Barcelona. Y para un tratamiento técnico del tema: LURIA, A. R. "Organización funcional del Cerebro", en la obra de psicofisiología ya citada). Roger W. Sperry, el neuropsicólogo que propuso esta teoría luego de arduas investigaciones, llegó a afirmar sin rodeos que lo que sucede es que tenemos dos cerebros trabajando en estrecha cooperación, no uno. Eso no es broma, Sperry, que trabaja con el Instituto de Tecnología de California, recibió el premio Nóbel por su labor. Para los intentos de igualar mecánicamente el cerebro, la lateralización de funciones del mismo complica aún más el asunto.

Hay más. La complejidad de los tendidos nerviosos supera con creces cualquier circuitería lógica imaginable. A ese respecto es bueno saber que las neuronas transmiten los impulsos eléctricos, a una tasa de pérdida casi inconcebible a 37 grados Celsius, que es la temperatura normal del cuerpo humano, y teniendo en cuenta

la anchura microscópica de sus prolongaciones (axones) (sobre esto: MORELL, Pierre y NORTON, William T., "Mielina", Investigación y Ciencia, No. 94, Julio de 1984). Tecnológicamente no se ha creado nada similar. Es más. Los computadores tratan de imitar el sistema nervioso a la altura del cerebro, procurando duplicar las redes neuronales, pero resulta que el sistema nervioso no solo está formado por neuronas, sino también por las llamadas células gliales, cuya función precisa aún está por aclarar; hay por lo menos en el cerebro tantas células gliales como neuronas, por el momento se piensa que son la base de la memoria. De todos modos, aún ignorando adrede el posible papel de las células gliales para implementar un modelo electrónico del cerebro, la sola complejidad de nuestras redes neuronales desborda cualquier intento. Los "autómatas finitos", que son los modelos lógico-matemáticos que imitan el funcionamiento cerebral, y sirven para proyectar computadores, todavía se muestran impotentes de dar cabida a módulos (el equivalente formal de una neurona) con el mismo número de conexiones que gran parte de las neuronas reales (1800 en el caso de una neurona del asta anterior de la médula). Es cierto que la tecnología ha desarrollado un efecto, en materia de ordenadores, digno de la ciencia ficción: el efecto túnel en las uniones Josephson de computadores superconductores, pero se trata en últimas de un mero incremento en la velocidad de procesamiento, que es de mil millones de operaciones elementales por segundo en esos artefactos (ese efecto es excesivamente prolijo de explicar; si el lector desea conocerlo a fondo, puede mirar: MATISOO, Juri. "El computador superconductor", Investigación y Ciencia, No. 46, Julio de 1980). ¿Qué nos queda de moraleja? que el cerebro es excesivamente complejo para la tecnología de computadores (si el lector desea profundizar acerca de la estructura del tejido nervioso, recomiendo: BUSTAMANTE, Jairo. Neuroanatomía Funcional, Fondo Educativo Interamericano, Estados Unidos, 1978, Capítulo II).

Es claro que, si algo ha de ser inteligente como nosotros, ese algo no serán los computadores. Más advierto que el asunto de la inteligencia de esas máquinas no queda finiquitado, pues si la obtienen, su inteligencia DEBERA poseer características diferentes a la nuestra, dada su naturaleza estrictamente mecánica. Luego daré cuenta de tal afirmación. Por el momento, es necesario hablar de la máquina, en mi humilde concepto, más maravillosa jamás construida: el perceptrón.

Ya se ha dicho que las neuronas de la corteza cerebral se organizan al azar, con el fin de posibilitar el aprendizaje en todas sus formas y a su vez la inteligencia, fenómeno que le cierra el paso a la construcción de circuitos lógicos equiparables globalmente al cerebro humano. Pues, bien, a un científico estadounidense se le ocurrió en 1955 construir una máquina que operara con el mismo principio, es decir que fuera interconectándose interiormente con el tiempo y bajo el imperio del azar, y lo consiguió.

Llamó al aparato "perceptrón". Consistía en una cámara (diseñada con especificaciones similares a la retina), una unidad de procesadores químicos que recordaban simultáneamente a las neuronas y a los transistores ("neuristores") y una pantalla de televisión.

Luego que Rossenblat encendió el artefacto, este aprendió a reconocer formas con grados de variación en sus líneas como las que uno ve cotidianamente (letras en diferentes posiciones, etc... técnicamente se dice que la máquina reconoció universales). Pero la cosa no pasó de allí, porque fue imposible reducir de tamaño los neuristores; el perceptrón no progresó por eso. No utilizaba programa, sino que sencillamente reconocía formas al poco tiempo de verlas con su "ojo". El perceptrón hubiera podido ser inteligente como nosotros, pero su desarrollo está estancado por las razones indicadas. Dicho lo anterior, saquemos las conclusiones de todo esto.

Resulta que los computadores, de por sí, han seguido un desarrollo palma-

riamente diferente a la evolución del cerebro humano, por lo cual no parece razonable suponer que los dos vayan a terminar en el mismo punto (que es exactamente lo que plantea Isaac Asimov en Las Amenazas de Nuestro Mundo de Editorial Plaza y Janés, Barcelona, 1980, segunda edición, páginas 338 y 339). Es obvio que la definición tentativa de máquina inteligente, introducida al comenzar la presente discusión, se vuelve inútil a causa de la asimilación de ese concepto al de "máquina que piensa como nosotros"; no es improbable que algún día descubramos que los computadores son inteligentes, dado el desmesurado avance en esa tecnología, pero también hallaremos que lo son de una manera distinta. La inteligencia artificial, entonces, es escindible en dos sectores: la inteligencia artificial de estilo humano (como los perceptrones, si se logran desarrollar, problema sobre el cual puede consultarse: ARDIB, Michael A. Cerebros, máquina y matemáticas, Alianza Editorial, Madrid, 1976, los dos primeros capítulos) y la inteligencia artificial de estilo no humano (como los computadores. Queda pendiente el cómo reconoceremos que son realmente inteligentes, que es en realidad el monumental lío de cómo diablos reconocer inteligencias diferentes a la nuestra. Hay un fantástico análisis al respecto en: SAGAN, Carl. Comunicación con Inteligencia Extraterrestres, Planeta, Barcelona, 1980).

Una cosa sí queda: que no somos máquinas, o de lo contrario ya habrían podido construir una réplica electrónica del cerebro humano.

Nada puede sustituir al hombre en su calidad de animal racional.

Los estudios relacionados con el problema de la inteligencia artificial podrán fructificar más tarde o más temprano, pero no nos restarán la calidad de racionales. Como sea, cuando aparezca (si aparece), la inteligencia artificial merecerá un análisis aparte.

Aún hay mucho camino que recorrer, comenzando por definir de una vez por todas qué se entiende o deberá entender por inteligencia, o si por el contrario deberá comenzar a utilizarse un término inexistente hasta el momento, algún neologismo que no logro imaginar. Habrá que esperar. Pero por ahora, podemos permanecer tranquilos en nuestra calidad de hombres.