

LA LEY PENAL. SU CONTENIDO Y APLICACION

Gustavo Rendón G.

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín.

Concepto de la ley penal. - Principios fundamentales. - Fuentes del Derecho Penal: la costumbre; la jurisprudencia; la doctrina. - Forma de la ley penal. - Características de la ley penal: general, impersonal, para el futuro. - Sistemas de la ley penal: determinación absoluta, relativa, indeterminación absoluta. - Interpretación de la ley penal: legislativa, judicial, doctrinaria, literal, lógica, analógica, extensiva, restrictiva, progresiva.

El derecho penal considerado en su aspecto objetivo, como ordenamiento jurídico, corresponde en cada Estado a las condiciones y necesidades sociales a la vez que comprende la aceptación o reconocimiento de principios e instituciones a los cuales la sociedad se ve precisada a acomodarse, para que las relaciones entre las personas obedezcan a un sistema armónico que garantice eficazmente los intereses jurídicos.

Conforme a este concepto, la norma en el derecho penal interpreta, histórica y socialmente, el grado de evolución o desarrollo de la sociedad; es la incorporación a las instituciones jurídicas de principios o postulados básicos de la sociedad en una época determinada. La ley, como instrumento de imposición y de expresión concreta de la norma, formula el ordenamiento de las relaciones humanas, lo que explica que sus disposiciones estén sujetas a los cambios y transformaciones que la norma misma experimenta cuando la sociedad se modifica en sus condiciones fundamentales, de orden político, económico, moral, religioso, etc.

Todo esto en lo que respecta a la concepción abstracta de la

norma en materia penal. Desde el punto de vista positivo, la apreciación de la ley penal exige algunas consideraciones en orden a fijar su necesidad, su mérito y su alcance.

En armonía con las instituciones fundamentales de cada Estado (régimen constitucional), la ley penal, (como las demás leyes) es un ordenamiento jurídico que expresa la voluntad social que el Estado representa. En términos generales, corresponde a la ley penal la declaración expresa de los hechos delictuosos y la fijación de las sanciones aplicables a los infractores.

Se hace necesaria la existencia de la ley penal, en su contenido material y formal, no sólo para regular técnicamente las relaciones de los asociados y brindar al poder público los instrumentos adecuados para la represión de los hechos antisociales, sino también en propia garantía de los que infringen la ley penal y de las personas perjudicadas. Si por medio de la rama del poder público facultada para ello, el Estado no dictase la ley penal, las personas estarían sometidas, como es obvio, a un régimen de arbitrariedad, pues no existiendo de antemano una competente declaración de los actos constitutivos de ilícitos penales y de las sanciones, ante cada posible infracción tendría que entrar el Juez a estimar su carácter penal y a señalar, sin norma fija, la penalidad imponible.

Es necesaria la ley penal en garantía de quienes la quebrantan, porque desde antes de la comisión de los delitos están al tanto de las consecuencias que acarrearán y saben el grado y medida de las sanciones aplicables. Su situación jurídica está prevista y no podrían los individuos ser sometidos a un sistema arbitrario, que en un caso diera carácter delictivo a un hecho, y en otro igual lo negara, o que aplicara ya una pena y luego otra distinta, por el mismo hecho.

De igual modo, la existencia de la ley penal es garantía para los asociados, porque definidos los hechos ilícitos y las sanciones, se sienten amparados ante las autoridades y protegidos en sus derechos con estatutos concretos de prevención y represión de los delitos, que intimidan a los delincuentes y garantizan, hasta donde es posible, el normal y jurídico desenvolvimiento de las relaciones humanas. En particular, la persona ofendida con el delito se siente más garantizada con una ley penal expresa, porque queda en condicio-

nes ciertas de recurrir a ella para ser indemnizada o reparada y para obtener que el autor del delito sea sometido a la sanción correspondiente.

Ahora bien: Estudiado el problema desde un punto de vista general, sin atender a los aspectos particulares que ofrece, resulta evidente que en toda sociedad organizada la ley penal debe existir, en expresas fórmulas operantes, concordante y armónica con el ordenamiento jurídico general, porque de lo contrario éste no podría existir, ni imponerse en materia penal un criterio estable de justicia.

De la aceptación y reconocimiento de esta necesidad han surgido cánones fundamentales, incorporados en normas constitucionales y legales y que, como principios, han sido formulados así:

"Nullum crimen sine lege". No hay delito sin declaración expresa de la ley;

"Nullum crimen sine poena". **"Nulla poena sine lege"**. No puede aplicarse pena que no esté establecida por la ley y no hay delito mientras no se haya fijado la pena que acarrea

"Nulla poena sine crimene". No puede aplicarse una pena mientras no se haya cometido el delito para que fue prevista.

Todos estos principios están consagrados en nuestra Constitución y hacen parte del régimen jurídico colombiano, como puede verse de las siguientes disposiciones:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute, ante Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio". (C. N. Art. 26).

"Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por la ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella". (C.P. Art. 1º).

Consecuencia de los anteriores dictados fundamentales son otras normas de aplicación de la ley penal, a saber:

a) - La ley penal sólo compete aplicarla a los Tribunales y Funcionarios determinados por mandato legal para ello;

b) - No hay lugar a imposición de pena sin juicio legítimo previo, y

c) - La ley penal rige para todos los asociados, inclusive los Funcionarios Públicos.

Sobre estas normas, aparte del texto constitucional ya citado, rigen estas disposiciones:

"No se podrá imponer sanción alguna por infracciones de la ley penal, sino de conformidad con las disposiciones legales sobre procedimiento y en virtud de sentencia dictada por Juez competente". (C. de P. P. Art. 1º).

"La ley penal colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional". (C. P. Art. 4º).

"Los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los Funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas". (C.N. Art. 20).

FUENTES DEL DERECHO PENAL

En el sentido como hemos interpretado el derecho penal, por su aspecto positivo de ordenamiento jurídico, su única fuente es la ley, al aceptar la necesidad de un estatuto de esta naturaleza que defina los hechos ilícitos y señale las sanciones. Es claro que en una amplia y más completa interpretación del derecho y sobre todo en lo relativo a la norma como fundamento y explicación de la ley, se hace preciso aceptar otras fuentes, cuya influencia y poder creador son indiscutibles. Siendo el derecho un medio regulador de las relaciones humanas y la base misma de la organización de la sociedad, los principios y normas al respecto son fiel trasunto de las condiciones propias de cada pueblo. Así, la moral, las costumbres, las tradiciones, la idiosincracia social, etc., de una parte, y las instituciones fundamentales, de otra, tienen que servir para modelar los instrumentos legales y hacer del derecho una ordenación acorde con el medio y con la época. Esto cabe afirmarlo con relación a todas las ramas del derecho y en particular para el derecho penal cuyo cometido social es preponderante.

Por las razones que expusimos antes, el derecho penal en su acepción estricta tiene como fuente propia la ley, la que, como ex-

presión de las exigencias sociales, ha de tener su fundamento en todos aquellos factores que sirven para que sus disposiciones tengan la adaptación requerida a las circunstancias. En este aspecto y apreciando ya el derecho penal como ciencia investigadora de los delitos, de sus causas, de la prevención y represión de la delincuencia, la ley también encuentra fuentes puramente doctrinarias y técnicas, que hacen de ella un instrumento capaz para la defensa de la sociedad.

Algunos atribuyen a la **costumbre**, la **jurisprudencia** y la **doctrina** el carácter de fuentes del derecho penal, sin que lo sean en verdad por el aspecto puramente legal de que tratamos. Sin embargo, como su importancia es mucha, especialmente para los efectos de interpretación de la ley, queremos referirnos a ellas para fijar la significación y el mérito que tienen en el derecho penal.

La costumbre. - No es fuente del derecho penal para crearlo, ni para derogarlo. Presta mérito cuando se trata de dictar la ley por ser precisamente uno de los factores que deben consultarse para que las normas correspondan a las necesidades de la sociedad. Con posterioridad a la expedición de la ley penal, la costumbre puede servir para una correcta interpretación sociológica del delito y competente evaluación de las circunstancias relativas a la peligrosidad del delincuente. Jurídicamente el mérito de la costumbre es mayor en cuestiones civiles y comerciales que penales, puesto que para estas últimas la ausencia de disposición legal no puede ser salvada en forma alguna, en virtud de la exigencia constitucional sobre la legalidad del delito y de la pena. De otra parte, contra ley expresa en ningún caso es posible dar validez a la costumbre, según lo expresa el C.C. en su artículo 8º:

"La costumbre en ningún caso tiene fuerza contra la ley. No podrá alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea".

La jurisprudencia. - Tampoco es fuente del derecho. Comprende ella las uniformes y autorizadas decisiones de los tribunales, que pueden servir de doctrina pero a la cual no hay obligación de someterse forzosamente. Su importancia es la propia a un medio interpretativo no auténtico, que auxilia en la aplicación del derecho, sin crear normas, ni derogar las existentes. En materia penal hay una

sujeción absoluta a la ley, una necesidad imperativa de disposiciones expresas, circunstancias éstas que limitan el mérito de las fuentes impropias del derecho.

La doctrina. - Los conceptos, opiniones y tesis de los autores y comentaristas integran otro medio interpretativo de la ley. Su valor, como el de la jurisprudencia, es auxiliar. Pero para la elaboración técnica de los Códigos y para hacer que sus disposiciones comprendan los elementos constitutivos de las infracciones, así como para fijar un criterio en cuestiones de orden general, la doctrina es una fuente del derecho.

FORMA DE LA LEY PENAL

La ley, según lo hemos visto, es la manifestación de la voluntad social expresa por medio de la rama competente del poder público. Aunque puede darse esta denominación a toda suerte de disposiciones legítimas del poder público que contienen preceptos obligatorios para los asociados, en su estricto sentido sólo alcanza a llamarse **ley** cuando reúne en su origen y trámite de expedición las exigencias constitucionales. Así, de acuerdo con nuestro sistema institucional, la **"ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional"**. (C.C. Art. 4º).

Se llama ley penal cuando establece los delitos y las penas.

En la ley penal hay que distinguir la **norma**, el **precepto** y la **pena**.

Norma. - No es un elemento material de la ley. La norma es más bien la razón de ser, el fundamento de la ley. Presupone el ordenamiento jurídico de la sociedad, el reconocimiento de principios e instituciones a los cuales la sociedad se ajusta para que las relaciones de derecho obedezcan a las condiciones dentro de los límites que la sociedad, al darse su régimen legal, ha aceptado como necesarios.

En la ley penal la norma va implícita en el precepto prohibitivo (no matar, no robar, etc.).

Precepto. - Es la ordenación legal, positiva o negativa. Por la

naturaleza del derecho penal es lo corriente que el precepto sea negativo, como que trata de prevenir y reprimir hechos antisociales.

Pena. - Comprende las sanciones, o sea las medidas imponibles a los transgresores de la ley. Su naturaleza, duración y demás cuestiones relativas a las sanciones, dependen de la gravedad del hecho, peligrosidad del delincuente, normalidad o anormalidad, etc.

CARACTERÍSTICAS DE LA LEY PENAL

En su aspecto jurídico la ley penal ofrece las siguientes características:

a) - **General.** La ley penal se expide para todas las personas y no con un criterio particular. Este aspecto ya lo examinamos al tratar del ámbito de validez de la ley penal.

b) - **Impersonal.** La ley es un ordenamiento abstracto que no se expide en consideración a persona determinada, ni para reprimir en particular ciertos hechos.

c) - **Para el futuro.** No rige la ley penal para hechos anteriores a su expedición, sino para hechos futuros. El juzgamiento de un delito y la imposición de una pena exigen ley pre-existente al hecho imputado, como ya lo vimos al tratar del ámbito de validez de la ley.

SISTEMAS DE LA LEY PENAL

En cuanto a las formas de la ley penal y aplicación de las sanciones pueden distinguirse tres sistemas, a saber:

Determinación absoluta. - Según este sistema corresponde a la ley fijar la naturaleza y medida de la pena para cada hecho delictuoso. El Juez, por lo tanto, queda limitado a imponer la sanción, desprovisto de todo arbitrio en la sentencia. El criterio es absolutamente impropio y a todas luces anticientífico, pues para el juzgamiento de los delitos y en especial para lograr la individualización de la pena es necesario que el fallador tenga alguna libertad en el señalamiento de la sanción.

Determinación relativa. - La ley fija la naturaleza de la pena y señala su duración dentro de límites más o menos amplios. El Juez tiene un relativo arbitrio para fijar la duración de la pena den-

tro de la escala previamente establecida en la ley. Este arbitrio le permite al Juez apreciar las circunstancias del delito, sus modalidades, personalidad del procesado y factores indicativos de peligrosidad.

En principio este sistema domina en el Código Penal Colombiano, según se desprende del artículo 36, pero es preciso advertir que el arbitrio judicial es más amplio en muchos casos, como cuando se trata de otorgar los subrogados penales (condena condicional, libertad condicional y perdón judicial) o reconocer excusas absolutorias establecidas para algunos delitos. Tal ocurre, por ejemplo, en el homicidio piadoso (Art. 364), homicidio por adulterio (382), hurto famélico (430), para no citar sino unos pocos casos.

Sin ser partidarios de un sistema de indeterminación absoluta, que requeriría una administración de justicia intachable por todos los aspectos, creemos que la aplicación científica de la ley penal exige el mayor arbitrio posible de los jueces, a efecto de que puedan éstos hacer el estudio del delito y del delincuente en forma completa y orientar el derecho a una lucha justa y eficaz contra la criminalidad.

Indeterminación absoluta. - En este sistema la ley establece los hechos delictuosos, dejando al juez la facultad de determinar la naturaleza, calidad y duración de las sanciones. Hay un arbitrio judicial absoluto.

En cierta forma no es un arbitrio judicial lo que este sistema reconoce, sino un régimen de arbitrariedad. Posiblemente con la colaboración de Jueces muy versados en las ciencias penales y con la adopción de sistemas técnicos para las investigaciones y juicios criminales, la indeterminación absoluta sería el sistema más adecuado. En otras condiciones no puede aconsejarse su aplicación.

El C. P. Colombiano, como ya lo expresamos, adopta en general un sistema intermedio, pero consagra el arbitrio judicial en forma amplia para ciertos casos, entre ellos los que citamos anteriormente. El artículo que fija el criterio general es el siguiente:

"Art. 36. - Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad del hecho de-

licituoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente”.

INTERPRETACION DE LA LEY

En materia penal, como en las demás ramas del derecho, es preciso recurrir a la interpretación de los textos legales con el objeto de fijar, general o particularmente, el sentido, significación y alcance de las disposiciones. Pero, por la naturaleza misma del derecho penal, las formas y medios de interpretación, ofrecen con relación a éste notas características y limitaciones especiales.

“Interpretar la ley —define el profesor Juan P. Ramos— significa extraer la norma de derecho que contiene, es decir, precisar su significado verdadero, establecer su objeto preciso, señalar sus límites de aplicación”.

Son distintas las formas de interpretación de la ley, según su fuente, los medios a que se recurra para hacerla y los efectos que de ella se deriven. Así, por el primer aspecto, hay interpretación **legislativa o auténtica, judicial o jurisprudencial y doctrinaria; literal y analógica**, por el segundo, y **extensiva y restrictiva**, si se atiende a sus defectos.

Legislativa.—La única fuente del derecho penal es la ley, como anteriormente tuvimos ocasión de expresarlo, y de la misma manera, la única interpretación autorizada es la proveniente del legislador, hecha por medio de otra ley, que aclare, fije o determine el alcance de disposiciones anteriores. Las demás formas de interpretación, aunque importantes, no son auténticas, ni obligan, como que sólo dan una orientación doctrinaria, más o menos válida en la administración de justicia.

Esta forma de interpretación es la que nuestro derecho positivo reconce como hecha con autoridad, como se desprende de la siguiente disposición del Código Civil:

“Art. 25.-La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador”.

Judicial. - Es la interpretación que proviene de los Tribunales y Funcionarios encargados de la aplicación de la ley, la cual forma el cuerpo de doctrina denominado jurisprudencia, o sea, las decisiones autorizadas y uniformes de las entidades jurisdiccionales. Esta interpretación no se hace con autoridad y no es, por lo mismo auténtica, pero su mérito en la práctica es mayor, dada la imposibilidad de que todas las disposiciones oscuras de las leyes sean aclaradas por el legislador, para resolver situaciones de orden general o particular.

Doctrinaria. - Los conceptos y opiniones de los expositores de derecho prestan eficaz auxilio en la interpretación de la ley, permitiendo su aplicación adecuada en cada caso con la apreciación de principios científicos y valoración técnica de todos los factores que pueden influir en las relaciones jurídicas. Por lo que respecta al derecho penal la interpretación doctrinaria es muy importante, por la complejidad que ofrecen los delitos y por la diversidad de elementos que en su integración precisa considerar.

Sobre la interpretación judicial y doctrinaria trae el Código Civil varias disposiciones, que a más de definir y concretar estas formas, sientan las reglas que deben seguirse para una interpretación correcta:

"Art. 26. - Los jueces y los funcionarios públicos en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por vía de doctrina, en busca de su verdadero sentido, así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares. Las reglas que se fijan en los artículos siguientes deben servir para la interpretación por vía de doctrina".

"Art. 27. - Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifiesto en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

"Art. 28. - Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en ésta su significado legal".

"Art. 29. - Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso".

"Art. 30. - El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes particularmente si versan sobre el mismo asunto".

"Art. 31. - Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes".

"Art. 32. - En los casos a que no pudiere aplicarse las reglas de interpretación anteriores se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

Literal. - Es la interpretación que se hace atendiendo al texto mismo de las disposiciones y al significado corriente de los términos empleados por la ley. A esta interpretación se refieren los artículos 27 y 28 del C.C., atrás copiados, con las salvedades provenientes de la oscuridad de las expresiones contenidas en la ley o del significado que a las palabras particularmente les asigne la misma ley.

Lógica. - Es una forma de interpretación en que para buscarle a los textos legales su verdadero y preciso alcance jurídico, se a-

tiende a todos los factores y medios de examen que permiten fijarlo. A este efecto se atiende al estudio armónico de la ley, a la intención del legislador, a los antecedentes e historia de las disposiciones y a sus relaciones con otros estatutos jurídicos sobre la misma materia o sobre cuestiones similares.

Analógica. - La analogía, otro medio interpretativo, es de uso en cuanto a las normas de derecho privado, pero impropio en materia penal. Por este medio, ante la ausencia de disposición expresa para un caso, se aplica otra que ha sido dictada para una situación similar. Posiblemente por el abuso que de la analogía se hizo en otros tiempos, ha sido tan duramente combatida por las escuelas penales, hasta lograr eliminarla en la aplicación de los Códigos.

Es lo corriente que en cuestiones penales la interpretación tenga que cumplirse dentro de ciertos límites por existir principios precisos normativos del derecho penal, como los relativos a la legalidad del delito y de las penas. Pero dominando igualmente el criterio de benignidad para ampliar los postulados favorables de la ley, la analogía es permitida en algunos casos, como el previsto en el artículo 40 de nuestro Código, que autoriza deducir circunstancias de menor peligrosidad no previstas expresamente en la ley. En cambio, las circunstancias de mayor peligrosidad son las que taxativamente señala el Código.

Extensiva. - La interpretación extensiva es la que se hace pretendiendo que la ley comprenda más de lo que realmente se desprende de sus términos.

Restictiva. - Por esta interpretación se trata de reducir los alcances de la ley, que se considera con intención o finalidades más reducidas.

En materia penal, por las características propias de las leyes de esta naturaleza, no se admite la interpretación extensiva y predomina la restrictiva, porque el ejercicio de esta última no entraña la creación de normas legales o de nuevas situaciones, ni permite ser instrumento para una arbitraria aplicación de los estatutos jurídico-penales.

Es, también, principio universalmente admitido el de que las disposiciones dudosas deben interpretarse en la forma más favorable al procesado, aunque tal principio ha merecido severas críticas

de los positivistas, debido al abuso que en la práctica penal se hace siempre de él, para favorecer la impunidad o restar eficacia a las disposiciones de la ley penal.

Por último, la interpretación puede ser progresiva, forma ésta la más acogida, necesaria en derecho y de carácter científico. Con su empleo es posible armonizar las disposiciones legales con las exigencias de nuevos conceptos y situaciones, impuestas por el desarrollo y progreso de las ciencias. Es común recurrir a esta interpretación, aún en materia penal, dado que es imposible que las leyes estén al día con los adelantos y progresos en todos los campos del saber.

TEMARIO: - Notión del comerciante. 14 - Condiciones de habitabilidad. 15 - Capacidad legal. 16 - De cómo las mujeres casadas pueden ser comerciantes. 17 - Régimen para los menores. Cómo pueden éstos tener calidad de comerciantes. 18 - Incapacidad especial de los quebrados.

13) - La Ley de Quiebras, cuya apreciación ocupará el motivo central de esta tesis, es una institución netamente mercantil. Para formar elementos de juicio que me despejen su entendimiento he programado un orden ascendente, recabando sobre la teoría general de las obligaciones, continuando por el ser de los actos mercantiles y las obligaciones de este género hasta llegar a la notión del comerciante como factor personal indisoluble a la estructuración del estudio que me propongo.

En la formación conceptual de lo que constituye y distingue al comerciante se presentan tantas dificultades como en la fundamentación del acto mercantil, obedece ello no sólo a la mutua correspondencia de los dos conceptos, además a las complejidades de la economía contemporánea tan distintas de la elementalidad y sencillez de las relaciones artesanales en los primeros brutes del intercambio económico antiguo.

Si del acto comercial sólo se ofrecen en el Código ejemplos y pautas para determinarlos, al comerciante se le presenta definiéndole legalmente:
"Se reputan en derecho comerciantes todas las personas que