

## EDITORIAL

*"Reaccionar contra la ley es fácil; basta tener el poder de derogarla y poner otra. Luchar contra los hechos, y vencer, eso ya es harina de otro costal".*

S. Soler

*El gobierno nacional expidió el decreto 100 de 1980 mediante el cual promulgó un nuevo Código Penal con vigencia a partir de 1981. No es la ocasión para discutir la oportunidad y la conveniencia de la reforma penal, sus aciertos y desaciertos, pero si conviene hacer algunas anotaciones sobre su orientación filosófico-política y acerca de la justificación que ha acompañado su promulgación.*

*El más caracterizado vocero de la presentación del código nuevo a la opinión pública ha sostenido que abandona el criterio peligrosista, núcleo del actual, e introduce el criterio culpabilista como espina dorsal. Esta declaración parece un grito de victoria y no resulta claro quien sea el vencido ni en que consiste el avance, y su contundencia merece que se la tome con un poco de cautela. La mayoría de nuestros doctrinantes califica de positivista el código de 1936. Para algunos esto es un elogio y para otros es la muestra de una extendida falencia. Un examen cuidadoso de nuestro estatuto penal a la luz de los postulados clásicos y positivistas hace pensar que aquella afirmación no es tan clara ni puede ser tan enfática. Los clásicos postularon una afirmación directamente proporcional entre*

pena y delito; se trata de dos males a los cuales hay que determinarles su equivalencia. Tal postulado lo recoge el Código Penal vigente de una manera sistemática: la parte especial reserva para cada delito, según una valoración apriorística de su gravedad, una pena correlativa con un mínimo y un máximo. En cambio la Escuela Positivista Italiana pregonó una proporcionalidad de la sanción, pero no al daño (mal) causado por el delito sino a la peligrosidad del agente. Es evidente que este no es el criterio ordenador del actual catálogo de penas, y los índices de peligrosidad del artículo 36 apenas funcionan para matizar la pena dentro de sus límites mínimo y máximo establecidos como proporción a la mayor o menor gravedad del hecho; además, conforme al mismo artículo 36, el examen de la personalidad del delincuente como criterio modulador de la pena comparte un puesto secundario al lado de "la gravedad y modalidades del hecho, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor a menor peligrosidad". Tal vez si excluimos instituciones de menor importancia como el delito imposible y la reincidencia, y los artículos 11 y 12, las demás instituciones de la parte general del Código Penal constituyen patrimonio común del derecho penal occidental moderno o son pilares de la corriente de pensamiento que tiene en CARMIGNANI Y CARRARA a sus máximos exponentes. No parece que la desaparición de la normatividad de los artículos 11, 18 y 34 constituya un vuelco fundamental en nuestro sistema penal, máxime cuando se pretende hacer creer que desaparecen como orientaciones ideológicas que realmente no existían. Aunque paradójico, posiblemente se acerca más a la ortodoxia positivista la institución de las medidas de seguridad del reciente Código Penal y que se revelan, de todos modos, compatibles con una orientación pretendidamente culpabilista.

El mismo propugnador del nuevo estatuto punitivo ha afirmado que con el nuevo texto desaparece la posibilidad de cualquiera forma de responsabilidad objetiva, como existe en el actual, con base a sus artículos 11 y 29. Pero ese peligro subsiste, porque no depende tanto de la redacción más o menos afortunada que tenga una ley como de la interpretación que de ella se haga. Prueba de ello es que el artículo 29 ha sido interpretado por el mismo que advierte su peligro objetivista con un sentido eminentemente subjetivista. Este ejemplo prueba además que resulta ilusorio pretender que una norma va a ser interpretada de una manera que siempre concuerde con nuestras personales aspiraciones. Pero no es sólo esto. Si se exa-

mina el articulado del nuevo código se encuentran redivivos, en otros términos, pero con igual significación, los mismos peligros. El problema de las relaciones entre imputabilidad y culpabilidad continúa sin resolver y dudamos que pueda darse una solución puramente técnica que resulte enteramente satisfactoria; habrá que sacrificar la impecabilidad de un sistema para resolver ciertas situaciones prácticas y nada garantiza que las soluciones excluyan siempre una aplicación en favor de la responsabilidad objetiva.

Se ha pretendido sepultar un código al cual se le califica, más o menos en forma gratuita, de peligrosista, para sustituirlo por otro que no precave de los peligros que se le atribuyen al primero. Se olvida a veces que la justicia depende menos de la perfección teórica de un texto que de la ideología que a veces, también, no es otra cosa que una forma de encubrir la ignorancia, de quienes lo interpretan.

Hoy, como ayer, se esgrimen los mismos argumentos para justificar un cambio de legislación penal. En 1942, apenas iniciada la vigencia del actual código, el gobierno urgía reformas para combatir el aumento de la criminalidad. La diferencia entre el código vigente y el nuevo no radica en un aumento de la penalidad, aunque no queda duda que en el último existe una tendencia bastante sensible a su aumento. Pero la mayoría de las reformas introducidas al Código Penal en los últimos años han consistido en considerables aumentos de penas para algunos delitos y se han revelado, siempre, absolutamente ineficaces para reducir a cifras siquiera manejables el problema de la criminalidad. El aumento de la criminalidad no ha sido fenómeno exclusivamente colombiano; casi todos los países occidentales han padecido el mismo problema y algunos, por lo menos, han dado respuestas diferentes al aumento de penalidad con resultados más satisfactorios.

El aumento de la penalidad tampoco es fenómeno reciente; uno de los anatemas del positivismo a la Escuela Clásica de su tiempo era que justamente bajo esas enseñanzas el crimen había proliferado. Se tiene que ser muy pesimista sobre las bondades de una legislación penal que parec recurrir como único instrumento de política criminal a un colosal arsenal punitivo y dentro de éste, preferentemente, a la prisión. FOUCAULT han puntualizado muy bien la ineficacia de la prisión para combatir el aumento en la tasa de criminalidad.

No se pueden compatir las expresiones oficiales de júbilo con motivo de la expedición del nuevo código penal; no se puede esperar, sensatamente, que por su solas virtudes erradique la impunidad mientras no se remuevan las condiciones que la originaron y que cada día la avivan. Ningún código, en ninguna parte, en ningún tiempo ha logrado cambiar la faz de la sociedad en donde rige; todo lo contrario: el mejor código puede ser desfigurado por una sociedad en proceso de descomposición.

J. G. Z.