

DERECHO PENAL  
COLOMBIANO

●  
APLICACION DE LA LEY PENAL  
(Parte General)  
●

POR EL DR.  
Gustavo Rendón G.

# DERECHO PENAL COLOMBIANO

---

(Parte General)

## APLICACION DE LA LEY PENAL

Para la aplicación de la ley penal precisa tener en cuenta los siguientes factores, que dicen todos relación al ámbito de su validez: el tiempo, el espacio y las personas. Como cada uno de estos factores y especialmente los dos primeros dan lugar a importantes problemas de orden jurídico, procederemos a hacer su examen separadamente.

### La Ley Penal en cuanto al tiempo

En términos generales, la ley penal rige únicamente durante su vigencia, es decir, dentro del tiempo comprendido desde su promulgación hasta su derogatoria. El principio propio en derecho al respecto es el de que no puede reprimirse como delito ningún hecho mientras la ley no se halle vigente al momento de su ejecución. En otras palabras, no hay lugar a sancionar actos anteriores a la promulgación de la ley, ni posteriores a su derogatoria. Pero este principio no es absoluto porque en algunos casos y por razones propias a la naturaleza del derecho penal, cabe la aplicación retroactiva o ultractiva de la ley penal.

Esos casos, resueltos de distinta manera, según el criterio de las escuelas, pueden resumirse así:

1o.—La nueva ley contempla como delito un hecho que en la ley anterior no existía.

Dominante como es en el derecho penal el principio de la legalidad del delito y de la pena, el caso propuesto no ofrece difi-

cultades. Unánime puede decirse que es la tesis de la inaplicabilidad de la ley penal para hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, que no tenían carácter delictuoso, dado que la condición de punibilidad de una acción cualquiera, supone la prohibición previa y expresa de la ley. Tratar de sancionar con una nueva ley un hecho antes no considerado como delito sería en toda forma arbitrario y opuesto al principio enunciado.

**2o.—La nueva ley suprime delitos contemplados en ley anterior**

Respecto de hechos delictuosos cometidos durante la vigencia de una ley, que luego son suprimidos por otra posterior, precisa considerar dos situaciones de orden procesal: a)—Cuando hay proceso pendiente al tiempo de expedirse la nueva ley, y b)—Cuando ha recaído fallo definitivo contra el reo.

Para ambas situaciones la solución de fondo es la misma porque acepta que la ley no puede tener eficacia más allá del tiempo de su vigencia, lo que como es claro, impone la aplicación de la nueva ley. Es evidente que si un nuevo estatuto penal suprime hechos anteriormente delictuosos es porque reconoce la no ilicitud de éstos o su ningún carácter antisocial, por lo que sería injusto tratar de imponer sanción a los infractores de una ley ya derogada. Pero no obstante que la solución ha de ser la misma para las situaciones propuestas, cuando se trata de negocios en que hay una sentencia en firme, algunos tratadistas oponen dificultades teóricas respecto a la fórmula propia de fenecimiento de la actuación, por causa del principio de la *cosa juzgada*, cuyo mérito en materia penal es tomado por ellos con la misma rigidez que en materia civil. Por ello quienes así opinan exigen una competente declaración de amnistía o indulto en los procesos terminados.

En nuestro concepto la aplicación de la nueva ley debe cumplirse en ambos casos sin necesidad de entrar en complejas distinciones por causa de la cosa juzgada ya que hay que entender, como lo hace la ley colombiana, que la nueva ley, al suprimir hechos anteriormente delictuosos, tácitamente consagra una amnistía respecto de las personas procesadas conforme a disposiciones penales anteriores.

**3o.—La nueva ley, sin desconocer el carácter delictuoso de un hecho, modifica la penalidad, favorable o desfavorablemente.**

Para quienes sostienen de una manera absoluta la no retro-

actividad de la ley penal se debe en este caso aplicar la ley anterior por estar ella vigente al tiempo de la infracción, lo mismo cuando le es más benigna al procesado que cuando le resulta más gravosa. Otros, por el contrario, opinan que debe aplicarse la ley más favorable. Este criterio de benignidad es el más acogido por los códigos, aunque las orientaciones positivistas respaldan una tesis de retroactividad completa, atendiendo al concepto del delito, como hecho antisocial y al de la peligrosidad de los delincuentes. Para justificar la aplicación de una ley más gravosa tratándose de hechos sancionados con menor pena por la ley anterior, los partidarios de la retroactividad afirman que el aumento de penalidad es apenas el reconocimiento de que la ley anterior no llenaba las exigencias de la defensa social. Y para el caso contrario de penalidad inferior en la ley anterior, fundan la retroactividad en la consideración de que la modificación de la pena significa el reconocimiento de que era excesiva la pena, lo que impone la aplicación de la nueva ley.

### Sistema de la ley penal colombiana

En nuestro derecho este problema de la aplicación retroactiva y ultractiva de la ley penal, es resuelto constitucional y legalmente con un criterio de benignidad, que impone en todo caso de tránsito de legislaciones, para procesos en curso o terminados, la aplicación de la pena más favorable al delincuente.

No obstante que en el seno de la Comisión de Reformas Penales al elaborarse el Código en vigencia, se sostuvo por algunos de sus miembros la necesidad de acoger en este particular las tesis de defensa social formuladas por la Escuela Positiva, primó el criterio de benignidad aludido, principalmente por la razón de que en nuestro sistema jurídico dicha cuestión está consagrada constitucionalmente, lo que como es obvio, impedía la adopción de toda norma contraria al mandato constitucional.

Varias son las disposiciones que reglamentan el ámbito de la ley penal en cuanto al tiempo, como puede verse a continuación por la transcripción que se hace:

Constitución Nacional, Artículo 26.—“En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Artículo 28.—“Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser pe-

nado ex post facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la pena correspondiente”.

Código Penal. Artículo 3o.—“La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Código de Procedimiento Penal. Artículo 5o.

“En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior al acto que se impute, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Ley 153 de 1887. Artículo 43.—“La ley preexistente prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por la ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar a juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos, pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40”.

Artículo 44.—“En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito. Esta regla favorece a los reos condenados que están sufriendo su condena”.

Artículo 45.—“La precedente disposición tiene las siguientes aplicaciones: La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto o rehabilitación. Si la ley nueva minorra de un modo fijo la pena que antes era también fija, se declarará la correspondiente rebaja de pena. Si la ley nueva reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado. Si la ley nueva disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la antigua. Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna”.

(ACTAS DE LA COMISION DE REFORMAS PENALES RELACIONADAS CON LA APROBACION DEL ARTICULO 3o.)

Retroactividad de ley penal. “El mismo doctor Lozano manifestó entonces que el concepto de que la ley favorable o permisiva debe primar sobre la desfavorable aunque sea posterior a la comisión del delito, debe revisarse y restringirse. Considera que a los delincuentes natos o instintivos y a los profesionales no debe

aplicárseles la ley favorable, y en cambio deben ser sancionados de acuerdo con la ley más severa, porque la ley penal es uno de los medios de que se vale la sociedad en su lucha contra el delito, y en consecuencia, si el legislador considera en determinado momento que un hecho debe ser sancionado con mayor severidad de la establecida anteriormente, la nueva ley debe cumplirse y aplicarse, sin que el delincuente pueda alegar derechos adquiridos, porque frente al Estado y a la necesidad de la defensa social, tales delincuentes no tienen facultades y derechos que oponer; que el concepto de derecho adquirido corresponde al derecho privado y no al derecho público; que es preciso reevaluar y someter a la crítica ciertos principios, sin que ello signifique la destrucción de una estructura jurídica, sino más bien la creación de un orden jurídico nuevo, porque si se sostiene que la doctrina jurídica de los antiguos es inmodificable, a dónde van las medidas de seguridad y otras conquistas de la ciencia moderna?

La consideración de que el delito es exclusivamente un ente jurídico no sirve hoy día como fundamento de la penalidad; el delito es ante todo y sobre todo un hecho biológico y social. La escuela clásica fundó la pena en la gravedad objetiva externa del hecho delictuoso, o sea en la importancia del derecho violado, en tanto que la escuela positiva, atiende, más que a cualquiera otra consideración, a la peligrosidad del delincuente, a su vida y a su personalidad integral.

"El doctor Cárdenas considera que cuando se comete un delito surge de parte del Estado el derecho de aplicar a su autor la ley penal; de lo cual se deriva una verdadera relación jurídica entre el Estado y el delincuente, que impone al primero, como representante de la colectividad, el derecho y al mismo tiempo el deber de aplicar la ley penal, constituyendo la causa de la relación el delito cometido y la fuente la misma ley penal. Y puesto que toda relación jurídica se forma del encuentro de dos derechos, correlativamente al derecho del Estado, surge otro, aun cuando diverso, de parte del acusado, en virtud del cual éste tiene derecho de exigir que la responsabilidad se le deduzca de un modo claro y preciso, y sobre todo que la sanción que se imponga sólo lo pueda ser en los límites y términos fijados en la ley vigente al tiempo de cometerse la acción delictuosa y no de un modo diverso. Si el delito se define, según la doctrina, como la violación de la ley penal, mal se puede decir que se viola una ley penal que no existe cuando se comete la infracción.

"Y si en virtud de lo que acabo de exponer no encuentro fundamento para que pueda concederse efecto retroactivo a la ley penal más desfavorable, en cambio tal vez sí merezca estudio detenido la aplicación invariable hoy de que en todo caso la ley más favorable, aun cuando sea posterior, debe preferirse a la antigua bajo cuya vigencia se ha cometido el hecho, con el fin de restringir tal principio cuando se trata de criminales incorregibles, acogiendo el criterio que Ferri expuso en el proyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de que era Presidente, y en el cual se estableció, en el artículo primero, que la ley posterior se aplicará cuando fuere más favorable, a menos que se tratara de delinquentes habituales.

"El doctor Escallón estima necesaria la conservación de los principios inquebrantables de que no hay delito ni pena sin ley preexistente, porque desconocer esas normas sería entronizar la arbitrariedad. El principio general es el de que la Ley no tiene efecto retroactivo ni ultractivo. El tratamiento jurídico de un delito no puede variar desfavorablemente por la expedición de una nueva Ley posterior si el hecho criminoso ya está consumado. El funcionario al aplicar una sanción tendrá naturalmente en cuenta los datos antropológicos referentes al sindicado, pero no podrá prescindir del aspecto jurídico del delito. Es necesario agregar al estudio de la personalidad del delincuente el examen del derecho que se ha violado, porque el delito es a la vez un ente jurídico y un hecho biológico-social". (Acta número 2. Tomo I. Páginas 7 y 8).

"...El doctor Cárdenas dice que al respecto se deben considerar dos casos diferentes, contemplados por el doctor Lozano, en su argumentación:

1o.—La ley posterior es más severa que la antigua;

2o.—La ley posterior es más benigna o favorable.

"No puedo aceptar —dice— la tesis del doctor Lozano, según la cual, en el primer caso puede y debe admitirse la retroactividad, por dos razones, una que llamaré de derecho y la otra que llamaré de hecho.

"La razón de derecho consiste en que si el delito se define diciendo que es la violación de la ley penal vigente al tiempo de cometerse el hecho, definición que ha aceptado y compartido el mismo doctor Lozano, según lo que ya quedó expuesto en acta anterior, no entiendo yo cómo pueda violarse una ley o precepto

que no existe en el momento en que se comete o ejecuta la acción que se estima como delictuosa. Y no es que el delincuente se haga la consideración de que al ejecutar tal acción es su voluntad violar determinado artículo del Código Penal, sino que no obstante la prohibición que él consagra de no hacer u omitir tal acto, prohibición que ampara un bien o interés jurídico, sin embargo lo lleva a cabo.

“La razón de hecho consiste en que, cuando el legislador ha definido un hecho como delito y le ha señalado una sanción, es porque ha estimado que es suficiente para proteger los intereses sociales y jurídicos contra los hechos delictuosos que se cometan bajo su vigencia.

“Segundo caso.—Como cuestión importante de estudio, admite que en doctrina y en tesis general sea discutible la conveniencia de restringir el principio universalmente admitido de la retroactividad de la ley más favorable o benigna con respecto a los criminales incorregibles, como lo sostiene el doctor Lozano. Porque si la lucha contra el delito tiene como fundamento la defensa social, la cual a su vez toma como base principal para la aplicación de la sanción la peligrosidad del delincuente, no se ve qué razón, en virtud de un hecho objetivo, extraño al delincuente como es la ley penal, pudiera cambiar el criterio para hacer más favorable esa condición de especial peligrosidad contemplada o tenida en cuenta por la ley anterior y especialmente por el Juez al apreciar en conjunto la personalidad del delincuente.

“Pero en Colombia no se puede modificar tal principio al elaborar el Código Penal, porque es necesario respetar, mientras no sea derogado o modificado, el precepto constitucional según el cual la ley permisiva o favorable se aplicará, en todo caso, de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

“El doctor Lozano replica que el doctor Cárdenas acaba de admitir teóricamente la bondad del principio por él sostenido, para luego decir que es ilógico. Sostiene el doctor Lozano que lo que se reprime no es el hecho, en sí, sino el hombre que lo ejecuta, y que cuando la nueva ley borra el carácter de delito que un hecho tenía, hay un obstáculo insalvable, que impide la actuación de la tesis por él sostenida, porque, en este caso, en nombre de qué principio podría fundarse la supervivencia de la antigua ley?

“Agrega, además, que si el doctor Cárdenas parte de la de-

finición del delito generalmente admitida y según la cual es la violación de la ley Penal, para impugnar las argumentaciones hechas por el mismo Lozano, alegando que es contradictorio con esa definición sostener que se debe aplicar la ley más severa posterior al hecho, exactamente en la misma contradicción se incurre dentro de la tesis del doctor Cárdenas que aplica la ley posterior más benigna, la cual tampoco, desde luego, estaba vigente al tiempo de la comisión del hecho delictuoso.

"Refiriéndose después al fondo mismo del asunto, declara que él no puede aceptar que al violar el delincuente la Ley Penal, lo haga en cuanto a la parte de la norma que fija la pena, la cual por su naturaleza no es susceptible de violación, sino simplemente en cuanto al precepto prohibitivo de determinados hechos antisociales. Por lo tanto, su tesis no es contradictoria con la definición del delito.

(Acta número 6), Tomo I, páginas 17 a 20).

"El doctor Cárdenas continuó la exposición que había iniciado el día anterior sobre los inconvenientes que tendría en Colombia la aplicación de la Ley Penal más desfavorable. Dijo que a este respecto tenía dos objeciones que oponer a la tesis propugnada por el doctor Lozano, a saber, primero una razón de derecho: según el artículo 26 de la Constitución Nacional, nadie podrá ser penado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le impute; por consiguiente es éste un obstáculo de derecho que impide la consagración en la Ley Penal de un principio distinto o contrario, puesto que la Comisión no podría elaborar una ley inconstitucional.

"Dice que él se ha preguntado muchas veces por qué las legislaciones de todos los países consagran dos clases de remedios para mitigar la aplicación de las penas, unos de carácter ordinario como las rebajas de pena, liberación condicional, etc., y otros de carácter extraordinario como el indulto y la amnistía. Cree que la consideración que ha inducido a los legisladores a establecer esos remedios es la de atemperar el rigor de las penas, suavizar los errores judiciales en que haya podido incurrirse y dejar en la ley Penal una válvula de escape que facilite a los condenados el medio de readaptarse a la disciplina social y obtener de nuevo su libertad. Ahora, si esos remedios existen en países de una completa organización, en donde la investigación de los delitos se hace de una manera científica y completa, por qué hemos

de modificar aquí aquel principio en donde como todos sabemos, las cárceles son más bien escuelas del delito y los sistemas de investigación son más empíricos que científicos?

"Ahora bien, si es cierto que el Código Penal constituye el medio más natural de que disfruta el Estado en su lucha contra el delito, también existen otros medios tanto o más eficaces, que sirven para combatir la delincuencia y los cuales forman parte de lo que se llama la política criminal, que comprende el sistema de las medidas preventivas de carácter educativo, económico, político y social, todas las cuales tienen una importancia mayor que las medidas simplemente represivas.

"En nuestra República encuentra la más completa aplicación el principio anterior, si se tiene en cuenta que la mayoría de los delincuentes, que lo son en delitos contra las personas son gentes desprovistas de educación, miserables que generalmente han delinquirido bajo la influencia del alcohol cuyo consumo estimula el Estado mismo, porque él constituye una de sus rentas más halagadoras.

"Por tales motivos no encuentra que pudiera aceptarse modificación alguna al principio universal de que la ley más favorable debe tener siempre efecto retroactivo.

"En seguida el doctor Escallón manifiesta que la no retroactividad de la ley desfavorable y la retroactividad de la permisiva o favorable no se basan simplemente en un criterio de benevolencia si no tiene su fundamento en principios jurídicos y filosóficos. En efecto: en el ejercicio de la función penal encontramos dos etapas o momentos que es necesario tener presentes en la solución del problema que estudiamos: cuando el Estado en abstracto determina cuáles son los delitos, las penas y la manera de imponerlas; y cuando en concreto trata de aplicar una pena por determinado delito. El ejercicio de la función penal en la primera etapa corresponde al Poder Legislativo; en la segunda al Poder Judicial.

"Por eso es muy importante la antigua división escolástica de **jus puniendi** y **jus penale**, derecho penal subjetivo y derecho penal objetivo, entendiéndose por el primero la facultad que tiene el Estado para determinar los delitos, conminar las penas y aplicarlas, y por el segundo el conjunto de disposiciones legales dictadas por el Estado en relación con los delitos y las penas, y para reglamentar en concreto el ejercicio de la función represiva.

"En cada caso concreto el Estado no puede ejercer el **Jus puniendi** de una manera arbitraria, sino dentro de los límites precisos marcados por la Ley Penal o Jus penale, que viene a representar una preciosa garantía para todos los asociados.

"De la Ley Penal se deriva para el Estado el derecho y el deber de aplicar al autor de un delito la pena conminada en aquélla; ese derecho nace en el momento en que comete el delito y se manifiesta mediante la pretensión del Estado de aplicar una pena a su autor.

"El ejercicio de la función penal no sería posible sin la existencia de la Ley Penal. "La necesidad de una ley penal positiva y pública, dice Rossi, es una de las máximas fundamentales del derecho social, una de las bases de la libertad civil y política".

"Se entronizaría el reinado de la arbitrariedad, dice Florián, la tranquilidad y la paz de los ciudadanos no existiría, si se pudiesen considerar como delitos las acciones que el Juez o el Soberano estimasen como tales sin previa declaración solemne, si en especie o en cantidad se pudieran imponer caprichosamente las penas. Como la Ley Penal es la expresión más alta y sintética del orden jurídico, como ella representa un eficaz instrumento de tutela, exige más que cualquiera otra que se formule de una manera clara y precisa. No puede haber violación de precepto si no existe el precepto.

"Pero la Ley Penal no sólo es garantía de la libertad de los que no delinquen. De la Ley Penal se deriva el derecho subjetivo del Estado para aplicar en cada caso la represión, de acuerdo con el contenido de la misma Ley, de donde ésta viene a ser al mismo tiempo fuente y medida de tal derecho. Por este aspecto la Ley Penal es también tutela del delincuente, en cuanto establece el derecho que éste tiene para no ser castigado en forma diferente de lo que la misma Ley dispone. De donde se desprende que la Ley Penal se presenta en definitiva como fuente del derecho subjetivo del Estado para la represión del delito cometido, y del derecho subjetivo del autor del delito para no sufrir la represión más allá de la medida ni en forma diversa de la fijada por la misma ley.

"De estos principios rigurosamente exactos se desprende el de la no retroactividad de la Ley Penal más severa, que se encuentra en el proyecto de la Comisión Colombiana y que consagra el artículo 26 de nuestra Carta Fundamental.

"Para una mejor comprensión del problema es necesario

analizar los diversos casos que pueden ocurrir en el cambio de la legislación penal y que pueden reducirse a cuatro:

"1o.—La nueva ley erige en delito un hecho que no lo era en la antigua;

"2o.—La nueva ley y la antigua consideran un hecho como delictuoso, pero la primera lo reprime en forma más severa;

"3o.—La nueva ley le quita a un hecho el carácter delictuoso que tenía en la ley anterior;

"4o.—La nueva Ley señala una penalidad más benigna a hechos que también eran delitos, de acuerdo con la antigua.

"Con respecto al primer caso, es unánime el concepto de que la nueva ley no pueda aplicarse, porque de otro modo se establecería una inseguridad completa. La Ley Penal, como cualquiera otra ley, no tiene efecto sino desde que se promulga hasta que se deroga, y no tiene, por tanto, ni efecto retroactivo ni efecto ultractivo. La aplicación de este principio general no puede modificarse ni dentro de la doctrina clásica ni dentro de la doctrina de la Escuela Positiva, si se aplica lógica y correctamente.

"El hecho de que la Escuela Criminal Positiva haya venido a imponer la consideración antropológica y sociológica del delito, no quiere decir que pueda prescindirse de la consideración jurídica del mismo, sino que la noción jurídica del delito debe construirse sobre los datos que suministren la antropología y la sociología criminales. Ahora bien, el delito como fenómeno jurídico se caracterizará siempre, cualquiera que sea el criterio con que se le considere, clásico o positivista, por una pugna o estado de contradicción entre un acto del hombre y una norma legal penalmente protegida, luego presupone necesariamente, en todo caso, la existencia de una norma legal en el momento de la comisión.

"Siendo esto así cómo podría darse efecto retroactivo a la ley que viene a considerar como delito un hecho que antes no lo era?

"En segundo caso, es decir, cuando la nueva ley viene a agravar la penalidad del hecho delictuoso, es sustancialmente igual al primero y debe estar regido por los mismos principios. Aún más, en muchas ocasiones puede ser más grave para el delincuente el aumento de la sanción que la creación de un nuevo delito; por ejemplo, cuando la nueva ley sube la duración de una pena restrictiva de la libertad personal, de dos a seis años, a tiempo que para el nuevo delito sólo fija una pena de seis meses a un año.

"Si la Ley Penal impone al Estado el deber de ejercer la represión penal dentro de los límites y la forma que la misma Ley establece, se deduce como consecuencia lógica e ineludible el principio de la irretroactividad de la Ley Penal más severa, no sólo en el caso en que se crea un nuevo delito, sino también en aquel en que se encuentra la penalidad de un hecho que también consideraba como delictuoso la ley anterior.

"Aún dentro del más estricto criterio positivista, la magnitud del ataque y la peligrosidad del delincuente debe apreciarse en el momento en que se cometió el delito y no en el momento en que se trata de aplicar la sanción. De donde se desprende también el principio de irretroactividad de la ley Penal más severa.

"Los casos tercero y cuarto se refieren a situaciones sustanciales diversas de las precedentes, a las cuales no pueden aplicarse los mismos principios. Cuando el legislador le suprime a un hecho el carácter delictuoso o aminora la penalidad que antes tenía, quiere significar que habiendo cambiado las condiciones sociales que imponían una represión, reconoce ese nuevo hecho y modifica la legislación de acuerdo con ese cambio de circunstancias. Lógicamente, en estos casos la nueva ley debe tener efecto retroactivo, porque sería realmente aberrante que se pudiera mantener en la cárcel a un individuo por un hecho que no siendo ya delito, puede cometerse libremente, o que aún conservándose el carácter de delictuoso se le señale una pena menor que ya tiene cumplida.

"Por último, cualquiera reforma del Código Penal que le diera carácter retroactivo a una Ley Penal más severa, violaría el artículo 26 de la Constitución Nacional, porque al decir éste que nadie puede ser juzgado sino de acuerdo con la Ley preexistente al hecho que se le imputa, no se refiere sólo a la forma y ritualidad del juicio, sino también a la ley sustantiva, que fija la naturaleza y cuantía de la sanción.

"Por todas estas razones, estimo que debe conservarse sin modificación el principio adoptado sobre el particular por la anterior Comisión Colombiana y que consagra el Código Penal vigente, como todas las legislaciones modernas.

"En seguida el doctor Rey manifiesta que la preocupación del doctor Lozano, tendiente a que se dé retroactividad a la Ley Penal desfavorable, dentro de su criterio positivista, tiene importancia en tratándose del tránsito que ha de hacerse de la actual

legislación rigidamente clásica a una nueva inspirada en principios positivistas, porque hasta ahora el Estado no se ha preocupado por adoptar medidas especiales para reprimir los hechos delictuosos, cometidos por delincuentes instintivos. De esta suerte tendrá que ocurrir fatalmente que a pesar de las medidas que se tomen en la nueva ley, los delincuentes instintivos, se beneficiarán de la benignidad de la legislación vigente, por falta de personal, técnica y científicamente preparado, que pueda hacerse una distinción clara, precisa y nítida de las diversas categorías de delincuentes, clasificación que requiere estudios especiales de antropología, psicología, y Jueces de una preparación superior en estas materias. Es verdad que el profesor Ferri luchó porque la ley desfavorable tuviera carácter retroactivo para los delincuentes habituales e instintivos, pero también es cierto que en ningún código se ha consagrado tal principio, que por otra parte no es necesario consignarlo en la legislación, porque la misma escuela positiva ha presentado los remedios para atacar esa clase de delincuentes, y así, ha preconizado la individualización de la pena mediante el estudio científico de cada delincuente y el establecimiento del arbitrio judicial, fuera de otras medidas de indiscutible importancia". (Acta No. 7, Tomo I, páginas 21 a 25).

## LA LEY PENAL EN CUANTO AL TERRITORIO

Tiene una marcada importancia el estudio de la ley penal en cuanto al territorio, dada la pluralidad de Estados, la facilidad de tránsito de las personas de uno a otro territorio y la diversidad de legislaciones en materia penal. Interesantes problemas se relacionan con el concepto de la territorialidad de la ley, especialmente en lo tocante a la adopción de los medios para sancionar a los delincuentes que eluden la acción del Estado respectivo, y a la competencia para penar o juzgar los delitos cometidos en el extranjero.

Es principio aceptado que la territorialidad de la ley penal tomada en un sentido muy estricto, ha impedido en cierta forma la represión de la delincuencia. Para solucionar las fallas resultantes de tal sistema se han fijado en los Códigos normas de derecho penal internacional, que establecen los límites de aplicación especial de este derecho. El derecho penal internacional es inter-

pretado actualmente como instrumento científico de protección mediante el cual los Estados pueden prestarse recíproca ayuda en la lucha contra el delito. Según Liszt, "el concepto ha sido desarrollado modernamente hasta comprender el auxilio que los Estados deben o pueden prestarse recíprocamente y tratando de dotarlo de un contenido sustantivo que abarque todo el derecho penal común a todos los países, el conjunto de las normas dictadas por la colectividad de los Estados civilizados".

En orden a fijar el alcance que las disposiciones penales tienen desde el punto de vista del territorio, examinaremos las distintas cuestiones que con tal concepto se relacionan.

### Concepto de la territorialidad

Predomina en el derecho penal el principio de la territorialidad de la ley,\* lo que equivale a decir que sólo tiene operancia, generalmente, dentro del territorio o límites del Estado que la dictó (*leges non obligat extra territorium*).

La territorialidad se toma en dos aspectos: positivo, para indicar que la ley se aplica a todos los habitantes del territorio nacional; negativo, que quiere decir que no se aplica a nadie fuera del territorio. Por su aspecto positivo es propio que el derecho penal formule con rigidez absoluta el principio de la territorialidad, como lo hace el artículo 4o. del Código Penal, que sólo deja a salvo las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional. Por su aspecto negativo el principio no obra con la misma rigidez, pues, en defensa de determinados intereses y de sus nacionales, los Estados se reservan el derecho de aplicar la ley penal a los que delinquen en el extranjero, dentro de ciertas condiciones y circunstancias determinadas por la misma ley.

El territorio es tomado en un sentido político para comprender en él lo que se denomina el límite espacial de la soberanía de un estado, abarcando así el espacio físico, el espacio aéreo, el mar territorial, las naves y aeronaves de guerra en cualquier parte en que se encuentren, y los barcos comerciales en alta mar.

De acuerdo con esta interpretación el principio de la territorialidad excede el concepto físico que del territorio se tiene, consagrándose, en virtud del ejercicio de la soberanía o por convenios internacionales; una aplicación más extensa de la ley penal. A este respecto es importante destacar los casos de aplicación extraterritorial de la ley en materia penal. Ellos son:

## Embajadas, Legaciones y Agentes Diplomáticos

La sustracción de ciertas zonas ocupadas por las representaciones de otros países de carácter diplomático, a la aplicación del principio de la territorialidad de la ley, según las normas de Derecho Internacional Público que han establecido la ficción, para mayor seguridad e independencia en las relaciones políticas de los Estados, de que el territorio ocupado por esta clase de funcionarios y los bienes correspondientes a las Embajadas y Legaciones, hacen parte del territorio del país representado. Aunque en un principio se llevó esta ficción hasta el extremo de manera absoluta la extraterritorialidad, hoy en día, se ha limitado y se refiere principalmente a la extensión de actos de jurisdicción penal, con base en la inmunidad reconocida a los funcionarios diplomáticos.

El concepto de extraterritorialidad de que nos ocupamos no comprende a las personas extrañas a las embajadas o legaciones, ni tampoco obra dicho principio respecto de los consulados, cuyas funciones son de carácter comercial. Conviene advertir que en esta cuestión de inmunidad predominan las normas de Derecho Internacional y por ende los acuerdos entre los Estados.

## Naves

Para los delitos cometidos en naves públicas o del Estado, rige la ley nacional en todo caso, cualquiera que sea el lugar en donde se encuentren, porque como en el caso anterior, por ficción aceptada en el Derecho Internacional, se les considera como parte del territorio nacional. En consecuencia no pueden estar los hechos penales, sucedidos en las naves públicas, sometidos a la soberanía de otros Estados. Las naves mercantes particulares son consideradas territorio del Estado bajo cuya bandera navegan, pero para la aplicación de la ley penal precisa distinguir lo siguiente: los delitos cometidos en aguas territoriales o en alta mar quedan sometidos a la ley nacional. Los perpetrados en aguas territoriales de otro Estado quedan sometidos a la jurisdicción del país a que corresponde la zona marítima, pero si no son juzgados allí se aplica la ley nacional.

Algunas doctrinas penales hacen distinciones en este particular, sosteniendo que debe aplicarse la ley del Estado a que la

nave pertenece si el hecho delictuoso cometido a bordo recae sobre personas o cosas propias a la nave, y la ley del país donde el barco esté, si los hechos criminales han producido trastorno exterior. Las aeronaves se equiparan a naves.

### Colonias

Para los países que tienen dominios coloniales, aunque éstos quedan sometidos completamente a la soberanía del Estado a que pertenecen, el sistema de aplicación de la ley penal no es uniforme y sus variaciones son impuestas en virtud de distintas circunstancias. En algunos países se aplica a las colonias la legislación penal en iguales condiciones que a la metrópoli. En otros se la modifica atendiendo a la idiosincrasia del lugar, a sus costumbres, al grado de desarrollo, etc., o se las somete a un régimen penal especial. Lo propio ocurre con relación a otros territorios que no tienen el carácter de colonias.

### Capitulaciones

Son excepciones en materia de aplicación territorial de la ley penal, y consiste en que por medio de acuerdos o estipulaciones se garantiza la aplicación de la ley penal de un estado extranjero, para sus nacionales dentro de otro Estado.

### Teorías sobre la aplicación de la ley penal

El problema de la aplicación de la ley penal en lo tocante a la territorialidad, ha dado lugar a que se formulen distintas teorías cuyo alcance vamos a exponer y a relacionar con nuestro sistema penal.

1a).—La ley penal rige para todos los delitos que se cometan dentro del territorio de un Estado.

Corresponde esta doctrina a la aplicación plena de la ley penal como estatuto real. La territorialidad de la ley penal en este caso es completa y no toma en consideración la nacionalidad del delincuente, ni la de la persona ofendida con el delito, como tampoco la naturaleza del interés jurídico lesionado. Por su aspecto positivo, este sistema hace operar la ley nacional para todos los hechos ocurridos dentro del territorio, y por su aspecto nega-

tivo impide la aplicación de la ley nacional tratándose de delitos cometidos fuera del territorio.

La ley penal colombiana consagra un principio de territorialidad más o menos absoluto, como que sólo salva las excepciones consagradas por el Derecho Internacional, pero tal principio, como lo habíamos observado anteriormente, se refiere al aspecto positivo de la territorialidad.

La aplicación de la ley penal comprende a todos los habitantes del territorio nacional y desde el punto de vista de los hechos delictuosos se refiere a los que tienen su realización completa en el país, como a los que se consuman o frustran en él habiendo sido iniciados en país extranjero.

Sobre lo expuesto dispone el artículo 40. del Código Penal:

“La ley Penal Colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional. Se considera cometido en Colombia el delito que se principia a ejecutar en el exterior y que se consume o frustra en el territorio nacional”.

2a).—La ley penal ha de aplicarse a todos los nacionales de un país, así se cometan los delitos dentro de su territorio o fuera de él.

Este sistema del estatuto personal impone la aplicación de la ley nacional sin consideración al lugar de comisión de los delitos. Sus principios no son admitidos precisamente porque en materia penal predomina el criterio de la territorialidad. Es cierto que en algunos casos hay lugar a aplicar la ley penal a los nacionales por hechos cometidos fuera del territorio, pero esto ocurre por excepción y en virtud de otros factores que ya tendremos ocasión de analizar.

La teoría de la aplicación personal es tomada por dos aspectos: **personalidad activa**, cuando opera para los nacionales que delinquen en el extranjero, sin consideración a la persona ofendida o al interés jurídico lesionado; **personalidad pasiva**, cuando sanciona al delincuente por delitos cometidos en el extranjero, que afectan los intereses del Estado o de sus nacionales. Esta última forma tiene ejercicio en nuestro derecho, con los requisitos y condiciones que un poco más adelante analizaremos.

3a).—La ley penal rige para los delitos cometidos en cualquier lugar, sin consideración a la nacionalidad del de-

**lincuente, si ofende los intereses jurídicos del Estado o de sus nacionales.**

Este criterio se funda en el principio de que el Estado tiene el derecho y la obligación de amparar con la ley penal su propio ordenamiento jurídico, los intereses y el patrimonio de sus asociados. La ley penal colombiana también adopta este principio de extraterritorialidad, aunque no rige de una manera absoluta.

4a.)—La ley penal de un Estado se aplica a los hechos por ella definidos como punibles, háyase cometido el delito en el país o en el extranjero, sea nacional o extranjero, siempre que el delincuente no haya sido sancionado en el exterior o que la pena impuesta haya sido insuficiente, si el infractor se encuentra dentro del Estado que va a aplicar la ley.

En la forma más completa desenvuelve esta orientación el principio de la extraterritorialidad de la ley penal pues no operan las limitaciones que aparecen en las anteriores teorías sobre la extraterritorialidad de la ley. Respecto de nuestro régimen penal puede decirse que son también acogidos los principios de esta última teoría, pero restringida a ciertos casos y con el lleno de precisas formalidades consagradas en la ley.

Para que se vea cuál es el alcance que en nuestro derecho tiene la aplicación extraterritorial de la ley penal, pasamos a comentar lo dispuesto en los artículos 5o., 6o., 7o. y 8o. del Código:

#### **Se aplica la ley penal colombiana.**

a).—A los nacionales o extranjeros que, fuera del territorio de la república, cometan delito contra la seguridad interior o exterior del Estado, falsifiquen moneda que tenga curso legal en Colombia, o documentos de crédito público colombiano, papel sellado o estampillas de timbre nacional.

b).—A los que falsifiquen monedas extranjeras que tengan curso legal en Colombia, si se las destinaba a ser introducidas al territorio nacional.

En ambos casos opera la aplicación de la Ley colombiana si el delincuente no ha sido juzgado en el exterior, o si habiendo sido juzgado fue absuelto o condenado a sanción menor de la señalada en la Ley Colombiana.

Tal es lo que disponen los artículos 5o. y 6o., cuyas normas tratan de garantizar eficientemente la defensa de intereses políticos y económicos del Estado. Dichas fórmulas legales las han

adoptado los países para prevenir la comisión de hechos que, por presentarse fuera de sus respectivos territorios, pueden no ser sancionados con una penalidad suficiente o investigados con la debida diligencia en otros Estados, por no ofender de una manera inmediata sus intereses.

Se observa que tanto en el caso de condenación como de absolución por los delitos enunciados, la ley colombiana no reconoce las sentencias dictadas por Tribunales Extranjeros, ni da mérito a la cosa juzgada, como que se reserva el derecho de un nuevo juicio si ha habido absolución o cuando la pena impuesta resulta inferior a la señalada por el Código Penal. Acepta sí, en caso de condenación, el descontar como parte de la pena la que haya sido impuesta y satisfecha por causa de la sentencia proferida en otro país.

c).—A los nacionales que delinquen en el exterior cuando el delito cometido tiene en nuestro Código una sanción privativa de la libertad no menor de dos años, y siempre que el delincuente se encuentre en territorio nacional después de la comisión del delito.

d).—A los nacionales, en las mismas condiciones del caso anterior y cuando la pena es de menor gravedad a la expresada, pero únicamente por querrela de parte o a petición del Procurador General de la Nación.

e).—A los agentes diplomáticos y consulares que delinquen en el exterior, cualquiera que sea el delito cometido y la pena que el hecho acarée, porque para estos funcionarios no son válidas las restricciones de que hemos hablado para los demás nacionales. Tampoco, es indispensable en este caso la querrela de parte o la petición del Procurador General de la Nación si se trata de hechos investigables de oficio.

f).—A los funcionarios públicos, distintos de los agentes diplomáticos y consulares, que delincan en el exterior en ejercicio de sus funciones.

La razón para que el Código proceda con más severidad respecto de los agentes diplomáticos y consulares, y demás funcionarios públicos, quedó expresada por el doctor Lozano al discutir el inciso 3o. del ordinal 1o. del artículo 7o. Según el doctor Lozano "los agentes diplomáticos y consulares, por la circunstancia de gozar de inmunidad y por el hecho de llevar la representación del nombre de Colombia, tienen especial obligación de obser-

var una conducta irreprochable y deben por tanto ser sancionados por las infracciones que cometan sean ellas ejecutadas en su carácter de diplomáticos o no lo sean. Respecto de los demás funcionarios la disposición se refiere únicamente a los delitos cometidos en ejercicio de sus funciones.

g).—Se aplica la ley colombiana a los extranjeros que, fuera del caso ya enunciado, se encuentren en Colombia después de haber delinuido en el exterior, si el delito es en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano y acarrea en la ley penal colombiana una sanción privativa de la libertad no menor de dos años.

h).—Por último, hay lugar a aplicar la ley penal colombiana a los extranjeros que delinquen en el exterior en perjuicio de extranjeros, pero reuniéndose los siguientes requisitos, de que da cuenta el ordinal 3o. del artículo 7o.: 1o.) Que el delincuente se halle en territorio de Colombia; 2o.) Que el delito tenga señalada una sanción privativa de la libertad no menor de cuatro años; 3o.) Que no se trate de delitos político-sociales y 4o.) Que no se haya solicitado extradición o que, ofrecida ésta, no hubiere sido aceptada por el gobierno del país competente para juzgar al delincuente.

Fuera de los anteriores requisitos que en mucho restringen la aplicación de la ley penal para hechos cometidos por extranjeros fuera del territorio nacional, también exige la ley petición o querrela de parte o del Procurador General de la Nación.

Para terminar el examen de estas disposiciones conviene hacer notar que solamente en los casos a) y b) de los que ya enunciamos, el Estado Colombiano no reconoce el mérito de las sentencias proferidas en el exterior, porque se trata de defender intereses fundamentales del mismo Estado. En cambio para los demás casos de aplicación extraterritorial de la ley el artículo 8o. declara de manera expresa que "no se procederá contra el que haya sido juzgado en el exterior".

Para una mejor comprensión de los artículos de que hemos tratado, insertaremos a continuación lo pertinente de las Actas de la Comisión de Reformas Penales....

### 3) Territorialidad de la ley Penal....

"Sobre el primer punto (aplicación de la ley penal a los diplomáticos), el doctor Escallón informa que la Comisión anterior pensó que las excepciones relativas a los diplomáticos están regla-

mentadas en el Derecho Internacional Público, de modo que la Ley penal colombiana debe aplicarse de conformidad con esas excepciones pero considera conveniente que se estudie el punto de vista para ver si es mejor reglamentar la cuestión en el proyecto que va a elaborarse.

"El doctor Cárdenas corrobora lo dicho por el doctor Escallón, y al efecto leyó lo pertinente del acta de la anterior Comisión, en la cual se dice:

"Al estudiarse el artículo 5o. de la Ley 109 de 1922 observaron los miembros de la Comisión que ningún objeto tiene hablar en este Código de las inmunidades que reconoce el Derecho Internacional, puesto que para que la excepción constituida por ellas fuera eficaz, se necesitaría enumerar tales inmunidades, lo cual, sería exótico hacer en el Código Penal". (Acta número 4. Tomo I. Páginas 13 y 14).

"Continuó el estudio del proyecto de la anterior Comisión Colombiana, y en discusión el artículo referente a la territorialidad de la ley penal, se convino en consagrar en el mismo artículo la excepción referente a los principios universalmente aceptados por el Derecho Internacional. En seguida el doctor Lozano consideró necesario que se previera el caso de aquellos delitos que han tenido un principio de ejecución en el territorio extranjero y se consuman o frustran en Colombia. Para patentizar la importancia del asunto puso como ejemplo el caso de que desde Panamá, o cualquier otro país, se enviara a una persona residente en Colombia un paquete contentivo de comestibles envenenados, remitido con la intención de causar la muerte al destinatario. En el caso del ejemplo, debe considerarse el delito cometido en Colombia o en el Exterior? Si lo primero, el acto debe quedar sometido a la ley colombiana; si lo segundo, a la ley extranjera. En el primer extremo, las autoridades colombianas tienen jurisdicción para juzgarlo; en el segundo, carecen de ella". (Acta número 8. Tomo I. Pág. 26).

"Antes de principiar la discusión sobre el artículo 8o. el doctor Lozano considera que debe definirse en el proyecto lo que comprende el territorio nacional, porque a falta de definición podría darse una torcida interpretación al artículo 4o., ya que en Colombia hay regla de interpretación legal consistente en que las palabras que no hayan sido definidas por el legislador se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, de modo que podría entenderse que la palabra te-

territorio comprende sólo la porción de tierra, situada dentro de los límites de la Nación, quedando entonces excluidas las naves de guerra nacionales, las aeronaves, los barcos mercantes colombianos en alta mar y aun el mar territorial.

"El doctor Escallón considera que no es necesario hacer una especificación de lo que comprende el territorio, porque jurídicamente y de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Público, el territorio comprende también el espacio aéreo que cubre la extensión territorial, el mar territorial, las naves y aeronaves de guerra en cualquier parte en que se encuentren y los barcos comerciales en alta mar". (Acta número 11. Tomo I. Página 34).

#### 4). Extraterritorialidad de la ley penal.

"El doctor Lozano desea que se defina el pensamiento de la Comisión en cuanto a los delitos cometidos en el extranjero y que afectan la seguridad o los intereses de Colombia, tales como los siguientes: Falsificación de moneda o título de deuda pública colombiana; comisión de hechos considerados como ilícitos en el país en que se llevan a cabo y que constituyen delito según la Ley Colombiana. En el primer caso contemplado puede suceder que el autor del delito haya sido juzgado y sancionado donde se ejecutó y después de haber dictado el fallo, el delincuente entre al territorio colombiano. Debe juzgársele de nuevo aquí? A este respecto manifiesta el mismo doctor Lozano que el Código Italiano de 1890 resuelve el problema en forma afirmativa, poniendo como condición que el Ministerio de Justicia solicite el nuevo juzgamiento. Si se adopta la solución del Código Italiano, habrá de contemplar, si es el caso de tener en cuenta la parte de pena que haya sido cumplida en el extranjero, para computársela en el nuevo fallo. Y si se acepta ese cómputo, es preciso definir si el cálculo para la reducción se basa en la pena contemplada por la ley o en la sanción realmente impuesta en la sentencia al autor del delito.

"El doctor Cárdenas manifestó que los casos presentados por el doctor Lozano estaban contemplados en el anterior proyecto de la Comisión Colombiana en sus artículos 5o. y 6o. a los cuales dio lectura, y considera que sí es pertinente el segundo juzgamiento si la ley colombiana es más severa que la extranjera, para aplicar al delincuente el exceso. Agrega, que por otra parte, las disposiciones preliminares del proyecto armonizan con los princi-

pios modernos del Derecho Internacional en cuanto a que las naciones deben ser solidarias para la represión de la delincuencia, represión penal que no debiera tener fronteras, sobre todo tratándose de cierta clase de delitos.

"El doctor Rey expresó que en cuanto a extraterritorialidad la Ley Penal debía tenerse en cuenta el principio de la reciprocidad legislativa y diplomática.

"El doctor Escallón considera que la Ley Penal debe proveer a la defensa de los intereses políticos y económicos del Estado, sea que el delito haya sido juzgado o no en el exterior. Explicó que el ordinal primero del artículo 5o. del proyecto es la consagración del principio del Estatuto personal, y que el ordinal 2o. señala los delitos cometidos en el exterior por un extranjero que pueden ser juzgados en Colombia, con la formalidad de que haya acusación de parte o petición del Procurador General de la Nación. Quizá podría adicionarse este ordinal con la frase "salvo lo dispuesto en los convenios internacionales".

"Respecto a esta materia considera que la ley colombiana debe contener los siguientes principios fundamentales: 1o.)—Todo habitante del territorio nacional está sujeto al imperio de la ley Penal Colombiana, salvo las excepciones consignadas en el Derecho Internacional; 2o.)—La Ley Colombiana debe reprimir todos los delitos aunque se cometan en el Exterior, que afecten los intereses políticos o económicos del Estado; 3o.)—Personalidad: es natural que la Ley Colombiana siga a los nacionales y considera que como no estamos todavía en condiciones de conceder la extradición de los propios nacionales, éstos deben ser juzgados aquí por los delitos que cometan en el exterior, pero únicamente cuando se trate de delitos graves, o sea, por los mismos delitos que se concede la extradición; 4o.)—Juzgamiento de los delitos cometidos en el Exterior por extranjeros que luego vienen a Colombia, cuando estos delitos afectan derechos o intereses colombianos.

"Sobre el cuarto punto, el doctor Lozano considera que no debe esperarse la solicitud de extradición sino ofrecerla espontáneamente por la autoridad colombiana, y aún más, verificar la entrega del delincuente sin solicitud ni oferta.

"El mismo doctor Lozano pregunta si los jefes de Estado extranjeros, que tienen facultad para juzgar, pueden hacerlo sobre su propio séquito estando en territorio colombiano, a lo cual res-

ponden los demás miembros de la Comisión que los jefes de Estado no son inmunes en Colombia, pero no pueden ser juzgados aquí.

“El doctor Escallón agrega que sólo en los casos de naves de guerra extranjeras que se encuentren en aguas territoriales colombianas o cuando mediante los trámites constitucionales se autoriza el paso de tropas extranjeras por el territorio nacional, pueden las autoridades correspondientes juzgar de acuerdo con su propia ley a los que hagan parte de los ejércitos o de la tripulación y oficialidad de las naves de guerra. (Acta número 5. Tomo X. Páginas 15 y 16).

5o.)—Numeral 1o. inciso 3o. Fue propuesto por el doctor Lozano, quien considera que los agentes diplomáticos y consulares por la circunstancia de gozar de inmunidad, y por el hecho de llevar la representación del nombre de Colombia, tienen especial obligación de observar una conducta irreprochable y deben por tanto ser sancionados por las infracciones que cometan, sean ellas ejecutadas en su carácter de Diplomáticos o no lo sean. El doctor Cárdenas acepta este criterio de severidad para los agentes diplomáticos y consulares, pero estima que otros funcionarios se encuentren en el Exterior, tales como los encargados de misiones especiales, como compra de armamentos, etc., a los cuales sólo debe aplicárseles la disposición en cuanto el ejercicio de sus funciones rompa la legalidad, es decir en cuanto delincan en ejercicio de aquellas funciones.

6o.) Numeral 3o.—“El numeral tercero fue propuesto por el doctor Lozano, quien lo explicó manifestando que era un deber de solidaridad internacional y de defensa social de todas las naciones, sancionar a los delincuentes en cualquier lugar en que se encuentren. Si un extranjero comete en el exterior un delito en perjuicio de otro extranjero, y viene luego a nuestra República, estamos en la obligación de procurar que no se quede impune la infracción por él cometida. Si se pide su extradición no hay dificultad, porque ella será concedida mediante las formalidades que sean del caso. Si tal extradición no se solicita, debe ofrecerse, y si esta oferta no fuere aceptada, es necesario proceder a su juzgamiento aquí, aunque el delito cometido por dicho extranjero no esté previsto en la legislación del país donde se cometió, siempre que en Colombia sí tenga ese carácter y esté sancionado con una pena. En el caso contemplado por el numeral que propongo,

agrega el doctor Lozano, no basta la expulsión de ese extranjero peligroso para la sociedad, porque este remedio seguramente será aplicado también en los otros países, y así veríamos que tal delincuente se expulsaba de Colombia para Venezuela, de allí para otro país, y así sucesivamente, lo que indicaría sencillamente una cobardía de los Estados para reprimir la peligrosidad revelada por el delincuente. Estima además que para proceder contra tales sindicados bastaría solicitud de parte y no acusación formal.

"En relación con el caso contemplado por el doctor Lozano, observa el doctor Escallón que si el hecho cometido por el extranjero en el exterior no está considerado como delito, no hubo violación del orden jurídico, y que por consiguiente, no habría lugar a aplicar esa disposición en la cual se habla de delito. Semejante a esta apreciación es la del doctor Rey, quien dice que no habría fundamento para castigar, por ejemplo, a un extranjero que hubiere estado amancebado en Francia, en donde tal hecho no es un delito, y luego viniera a Colombia, en donde sí es delito el amancebamiento. Tal individuo no violó el orden jurídico en Francia ni ha revelado peligrosidad en ninguno de los dos países. Para el delincuente verdaderamente peligroso bastaría tomar una medida como al expulsión; por otra parte, si ofrecida la extradición no la acepta el país extranjero, mucho menos se preocupará por ayudar a Colombia en la investigación. (Acta número 9, Tomo I. Páginas 29 y 30).

"En seguida el mismo doctor Rey solicita se considere el nacional o extranjero que juzgado en el exterior haya sido absuelto, como también el caso de prescripción de la pena y el de que el hecho que dio lugar al juzgamiento no se encuentre erigido en delito. En el caso de absolución en país extranjero, estima que no debe verificarse aquí un nuevo proceso, salvo que se trate de delitos que atenten contra la seguridad del Estado Colombiano o hechos delictuosos similares a ese.

"El doctor Lozano manifiesta que en los artículos aprobados en el proyecto de la anterior Comisión, no se dice expresamente que los nacionales o extranjeros que hayan obtenido sentencia absolutoria en el exterior deban ser juzgados de nuevo aquí; y por consiguiente, si se llega a adoptar tal criterio, del cual por ningún motivo es partidario, debe entonces consignarse de manera precisa y nítida en el Código Penal. El artículo 7o. no se refiere a los casos de absoluciones, porque allí únicamente se habla

del caso de condenación; y una pena, por muy pequeña que sea, no puede ser comparada con la absolución. En cuanto al fondo del mismo problema, estima que sería monstruoso volver a juzgar a quien por el fallo absolutorio goza de verdadera patente de inocencia.

"El procesado que ha superado todo un proceso y obtenido una sentencia absolutoria, tiene un verdadero derecho adquirido para no ser perturbado ni perseguido por los mismos hechos ya estudiados y decididos favorablemente a su libertad e independencia. Instruir un segundo proceso, después de un fallo absolutorio, sería atentar contra la tranquilidad personal: la vida humana sería imposible si no se pone un límite al juzgamiento de la conducta de los asociados. Supóngase una acusación calumniosa que termina con un fallo absolutorio. Qué justicia y qué fundamento puede haber para volver a juzgar al procesado?... En caso de absolución en fallo pronunciado en el exterior, sólo sería posible la revisión cuando el delito atente contra la independencia o la seguridad del Estado Colombiano. Quien ha sido absuelto en un proceso no puede ser considerado como delincuente.

"El doctor Cárdenas manifiesta que la interpretación del artículo 7o., en discusión, se encuentra claramente establecida en las actas de la anterior Comisión Colombiana. Al efecto leyó lo pertinente al Acta número 13, que dice:

"Al discutirse este artículo se suscitaron los siguientes puntos: pudiera suceder que una persona fuera condenada en un país extranjero y luego viniera a Colombia. Naturalmente no se le podría someter de nuevo en Colombia a la tortura moral de otro proceso para fijar la pena que de acuerdo con la legislación colombiana habría de corresponderle. El Ministerio Público, de oficio y en vista de la sentencia extranjera, y tomando en cuenta las disposiciones del Código Penal, decidirá si se ha impuesto una pena mayor o por lo menos igual, o si se ha impuesto una pena menor, caso este último en el cual el Ministerio Público tendría el deber de poner el asunto en conocimiento de las autoridades judiciales para que adelanten el procedimiento, de acuerdo con las normas legales.

"Esta disposición permitirá castigar en Colombia al extranjero que habiendo delinquido contra Colombia o contra un colombiano, haya obtenido una absolución escandalosa en su propia patria, o a quien se le haya impuesto una pena irrisoria.

"Por otra parte con esto no se violaría el principio *non bis in idem*, ya que la pena que se hubiera impuesto, cumplida en el exterior, se tendría en cuenta al ejecutar la sentencia que se dictara en Colombia.

"En consecuencia, agrega el doctor Cárdenas, debe verificarse en Colombia un nuevo proceso siempre que se trate de delitos contra la seguridad del Estado u otros de semejante gravedad. La razón de este precepto estriba en que seguramente en un país extranjero, los Tribunales no tienen interés en reprimir con la justicia debida los delitos cometidos en su territorio contra la seguridad del Estado Colombiano. Por otra parte, si el doctor Lozano acepta un segundo juzgamiento en Colombia cuando la pena impuesta en el extranjero es inferior a la que ese delito tiene señalada en Colombia, siempre que el hecho atente contra la seguridad de esta República, entonces, en buena lógica debe aceptar un nuevo proceso cuando el delincuente ha sido absuelto, porque tanto en el primer caso como en el segundo se hace una excepción al principio de la cosa juzgada.

"En seguida, el doctor Escallón analizó los diversos casos contemplados en los artículos 5o. y 6o., para concluir que deben ser juzgados en Colombia todos los que hayan delinquirido en los casos previstos en esos artículos, aunque serán juzgados de nuevo en Colombia los que hayan cumplido una condenación a pena igual o mayor de la que impone la ley colombiana. (Acta número X. Tomo I. Páginas 31 a 33).

### Extradición

La extradición comprende un procedimiento de orden internacional mediante el cual, para evitar la impunidad de los delitos, los Estados entregan a los delincuentes que se refugian en su territorio, después de haber infringido la ley penal en el exterior, para que sean juzgados por el Estado competente, o reclaman, para su juzgamiento, el infractor que se refugia en país extraño.

Esta institución a que recurre el derecho penal moderno complementa los sistemas de aplicación extraterritorial de la ley penal cuando no es posible ponerlos en ejercicio, y cumple una función defensiva de los Estados en su lucha común contra la delincuencia. Antiguamente existía una institución absolutamente contraria a la extradición, conocida con el nombre de *derecho*

de asilo que amparaba los delincuentes refugiados en un Estado extraño, y que impedía toda colaboración internacional para una represión eficaz de los delitos.

La extradición significa jurídicamente el reconocimiento de la competencia de un Estado para sancionar a un delincuente y es a la vez una colaboración por parte de otra nación para que ejercite su derecho el Estado en cuyo territorio se cometió la infracción.

Para fundamentar esta institución se atiende por algunos tratadistas a un concepto de utilidad consistente en que es posible por este medio que todo delincuente sea sentenciado, manteniéndose en esta forma el respeto y el temor a las disposiciones penales. Otros basan la extradición en un principio de justicia afirmando que a todo delito debe corresponder una pena, a cuyo cumplimiento pueden cooperar todos los Estados. Por último, se invoca como fundamento de más significación la defensa de los intereses sociales que es la razón positiva del derecho penal, intereses estos que no se refieren a un Estado o nación en particular, sino que hacen relación a la sociedad humana.

### Sistemas de extradición

La extradición puede ser activa o pasiva: la primera se presenta cuando un Estado solicita la remisión o entrega de un delincuente, o cuando la ofrece. La segunda cuando concede o niega su entrega al Estado competente para juzgar al infractor.

Desde el punto de vista del procedimiento para ofrecer o solicitar la extradición puede ser un acto administrativo si se deja en manos del Gobierno la facultad de otorgarla; jurisdiccional, si se atribuye a la rama judicial la resolución respectiva, o mixto, si el gobierno requiere el concepto de las autoridades judiciales.

### La extradición en el derecho penal colombiano

Esta materia aparece definida por el artículo 90. del Código Penal y su reglamentación la hace el de Procedimiento Penal en los artículos 708 a 715 de una parte, y el Decreto número 2.220 de 1938, de otra.

La disposición sustantiva establece:

Artículo 90.—“La extradición se concederá u ofrecerá de acuerdo con los tratados públicos.

A falta de tratados públicos, el Gobierno ofrecerá o concederá la extradición conforme a los trámites establecidos en el Código de Procedimiento Penal, y previo dictamen favorable de la Corte Suprema de Justicia en el segundo caso.

No se concederá la extradición de colombianos ni la de delincuentes político-sociales”.

De acuerdo con el texto transcrito la extradición en el Derecho Penal Colombiano se rige por los siguientes principios:

1o.)—El ofrecimiento o concesión de la extradición opera en primer término de acuerdo con los tratados públicos, sistema éste que acoge los postulados de la reciprocidad internacional en la lucha contra el delito. En el caso de existir acuerdos internacionales al respecto, la extradición es un acto atribuido al Gobierno cuyo trámite queda sometido a lo que dispongan los tratados públicos.

2o.)—Si la extradición no ha sido materia de tratados públicos su otorgamiento u ofrecimiento reviste los caracteres de un acto mixto por cuanto requiere dictamen previo y favorable de la Corte Suprema de Justicia. (C. de P. P. artículo 710).

A más de esta exigencia, el artículo 709 somete la oferta u otorgamiento de la extradición a las condiciones siguientes: a). Que el hecho que la motiva esté previsto como delito en Colombia y reprimido con una sanción privativa de la libertad no menor de cuatro años, y b).—Que por lo menos se haya dictado en el exterior auto de proceder o su equivalente. Por su parte el artículo 711 del C. de P. P. dispone:

“El Gobierno podrá subordinar la oferta o concesión de la extradición a las condiciones que considere oportunas; pero en todo caso deberá exigir que el extraditado no vaya a ser juzgado por un hecho anterior o diverso del que motiva la extradición, ni sometido a sanciones distintas de las que se le hubieran impuesto en la condena”.

3o.)—Para los nacionales colombianos que delinquen en el exterior, el artículo 9o. prohíbe en absoluto la extradición. El criterio en este caso es el de aplicar a los nacionales el derecho penal colombiano y someterlos a juicio conforme a las leyes del Estado, en garantía de los intereses del nacional y sin dejar por esto de cooperar en la lucha contra la delincuencia. Ya vimos cómo los artículos 5o., 6o. y 7o. del Código Penal, autorizan la aplicación de la ley para los delitos cometidos en el exterior. Tratán-

dose de nacionales colombianos es claro que el Estado debe reservarse el derecho de juzgarlos si están en el territorio del país después de la comisión de los delitos, pues al entregarlos a otro Estado dejaría de tutelar sus intereses y los sometería a situaciones difíciles y peligrosas.

La no extradición de nacionales se refiere a la concesión u ofrecimiento, pues otra cosa es la solicitud de nacionales o extranjeros para ser juzgados en el país, lo cual autoriza plenamente el Artículo 714 del Código de Procedimiento Penal. Dice la disposición:

“Cuando se dictare auto de proceder contra un sindicado que estuviere en el exterior y se tratase de un caso previsto en los convenios internacionales, o a falta de éstos, de un delito común que tuviere señalada una sanción privativa de la libertad no inferior a cuatro años, el Juez o Tribunal que conociere del proceso en primera o única instancia pedirá al Gobierno, por el conducto regular, que solicite dicho procesado, para lo cual remitirá copia del auto de proceder y de todos los documentos que estimare conducentes”.

4o.)—Para los delincuentes político-sociales tampoco es admisible la extradición y al declararlo así el Código acoge la doctrina penal dominante en este aspecto, según la cual esta especie de delincuencia no ofrece peligrosidad en el sentido que es propio a los infractores comunes de la ley, por tratarse de hechos cuya motivación es casi siempre altruista o noble y de individuos que apenas podrán constituir amenaza para el Estado en el cual delinquen. La prohibición se refiere tanto a la extradición activa como a la pasiva.

Todos los Estados modernos acogen esta tesis, pero el problema está en saber cuáles son en realidad los llamados delitos político-sociales, cuestión bastante compleja y en cuya definición no están muy acordes los juristas. Al estudiar la clasificación de los delitos tendremos oportunidad de referirnos a este asunto de una manera detenida.

(Actas de la Comisión de Reformas Penales sobre el artículo 9o.)

## Extradición

“El doctor Escallón manifestó que el caso debía estudiarse desde dos puntos de vista: 1o.—Delitos cometidos por colombianos: 2o.—Delitos cometidos por extranjeros. Considera que cuando se trate de delitos cometidos por colombianos o contra intereses colombianos, nuestra República tiene competencia para juzgar al delincuente; en caso contrario, puede conceder la extradición si se trata de extranjeros. La base de la extradición se encuentra en que un Estado no competente para juzgar a un individuo, lo entregue al Estado que sí tiene competencia; es como un caso de competencia de jurisdicción entre Estados. Por consiguiente, si hay intereses colombianos afectados por el delito, sea por las consecuencias de la acción o por la nacionalidad del agente, las autoridades colombianas son competentes para juzgarlos.

“El doctor Lozano opina que en estas materias lo más importante es buscar estos dos fines: sancionar al colombiano que delinque y defender los intereses colombianos, cualquiera que sea la nacionalidad de quien los ofende. En cuanto a delitos cometidos por extranjeros contra personas o intereses extranjeros también, podría establecerse que no habiendo extradición, si el delincuente se encuentra en Colombia debe ser juzgado aquí, porque lo que decide del juzgamiento de una persona no es la violación del orden jurídico de su país, sino que por ser delincuente es peligroso para la sociedad en que se encuentra, porque la psicología demuestra que si un individuo es delincuente por tendencia congénita o por hábito, no mejoran sus condiciones morales por el cambio de ambiente. A ningún Estado le conviene tener en su seno individuos peligrosos, y si por dificultades de orden práctico para allegar los elementos necesarios de investigación, no puede juzgarlo, es esta razón suficiente para que se establezca en la legislación penal el instituto de la oferta de extradición.

“El doctor Cárdenas manifiesta que en realidad no puede ser indiferente para Colombia, como no lo es para ningún país, la llegada a su territorio de personas que hayan delinquido en el exterior y aun contra intereses extranjeros, sin haber sido juzgados; tal indiferencia podría convertir a Colombia en refugio de criminales. La oferta de extradición no remediaría tal situación, porque desgraciadamente se observa en la práctica que los países en donde tales delitos se cometen, no se preocupan por obtener la

entrega de los delincuentes, sino que se despreocupan de ellos y estiman más bien provechoso desprenderse definitivamente de elementos que consideran peligrosos para su orden y seguridad interior.

"Tal vez el medio más eficaz sería acoger la doctrina preconizada en las últimas conferencias internacionales de carácter penal, y según la cual debe existir tal reciprocidad de carácter internacional en la lucha contra el delito, que en cualquier país en donde se refugie el delincuente, cualquiera que haya sido el delito cometido, con excepción de los que tengan carácter estrictamente político, allí puede y debe juzgarsele.

"El doctor Rey cree que la teoría del doctor Lozano tropieza en la práctica con la dificultad de que no se puede establecer previamente la peligrosidad de un individuo sin verificar una minuciosa investigación, para saber si se trata de un delincuente pasional, ocasional, habitual o instintivo. Y aun terminada la investigación lo más que podría hacerse sería ofrecer la extradición, y tomar entre tanto medidas de seguridad internas, inclusive la de expulsar del territorio al delincuente. En esta materia, como en otras muchas del derecho penal, más que los criterios de Escuela debe seguirse una orientación pragmática". (Acta No. 6. Tomo I. Páginas 17 y 18).

"Con respecto al segundo inciso, el doctor Lozano considera que debe establecerse un sistema que facilite la extradición, aun en caso de ruptura de relaciones diplomáticas entre el Estado que la solicita y el que la concede. Piensa que no debe aceptarse la reciprocidad en la oferta de extradición, porque no debe dársele a ésta un carácter diplomático.

"El doctor Escallón considera que no debe festinarse el asunto de la extradición, sino que antes de hacerla imperativa para el gobierno, debe someterse el punto a un estudio muy minucioso para evitar inconvenientes en el futuro. Opina que no debe darse carácter imperativo a la extradición hasta que haya un número considerable de naciones que acepten el mismo principio, y que de los tres sistemas de extradición que existen actualmente, el judicial, en que decide el poder judicial, el administrativo, que deja en manos del Gobierno la facultad de conceder o no la extradición y el mixto, en que se oye el concepto u opinión de las autoridades judiciales, pero se deja al Gobierno, cuando el concepto del Poder Judicial se pronuncia por la extradición,

la facultad de concederla o no; talvez es más aconsejable adoptar este último, dadas las actuales circunstancias de hecho aunque doctrinariamente ofrezca el primero mayores garantías para el individuo.

"El Dr. Cárdenas manifiesta que no debe darse intervención a la Corte Suprema en las ofertas de extradición, porque ello podría dar margen a conflictos y dificultades en que no debe verse envuelta la más alta Corporación Judicial del País. Para ilustrar su punto de vista pone como ejemplo el caso de que la Corte, después de estudiar los documentos que se hayan levantado en Colombia, autorice la oferta de extradición de un individuo, y como luego tendría que estudiar también los documentos que mandaran del exterior, podría acontecer que merced a esos nuevos documentos que primero tuvo a su estudio, de un delito común, si no de un delito político-social, para los cuales el mismo artículo prohíbe la extradición. Resultaría entonces la Corte Suprema en contradicción consigo misma, lo que es preciso evitar. Además, como para la extradición hay tres sistemas que son: el Judicial, el Administrativo y el Mixto, es necesario señalar en el Código el sistema que se adopta. Cree también conveniente que no se dé al Gobierno la facultad de conceder o negar la extradición, sino imponer como obligatorio el concepto de la Corte". (Acta número 12. Tomo I. Páginas 36 y 37).

### La Ley penal en cuanto a las personas

La organización jurídica de los Estados democráticos descansa principalmente en el reconocimiento constitucional de que todas las personas son iguales ante la ley, tanto en lo que se refiere a la afirmación de los derechos, como en lo tocante a la exigencia de responsabilidad por quebrantamiento del orden legal. En materia penal la igualdad se refiere a todas las cuestiones que son propias a esta rama del derecho, tales como las penas y fórmulas procesales, pero por circunstancias especiales son aceptadas algunas excepciones, dependientes de condiciones personales o determinadas por el fuero, que colocan dentro de un régimen especial a los infractores de la ley penal.

En lo que interesa a nuestro sistema esas excepciones son por lo común relativas al procedimiento para juzgar, como ocurre respecto de algunos funcionarios públicos, que, por su categoría,

son sustraídos a la jurisdicción ordinaria y procesados ante corporaciones o entidades especiales, según el rango o funciones del responsable. Ocurre esto por ejemplo, en cuanto al Jefe del Estado, sus Ministros, Procurador General de la Nación, etc. Pero en ningún caso existe una inmunidad absoluta, como que la responsabilidad penal se exige de todas las personas, sean funcionarios públicos o simples particulares.

También, por causa de ciertas condiciones propias de los infractores, que constituyen incapacidades naturales, puede variar la aplicación de la ley penal en cuanto a las sanciones o el procedimiento de juicio. Así, los enajenados mentales, los anómalos psíquicos, los intoxicados alcohólicos y los menores no sufren las penas comunes que el Código señala para los distintos delitos, sino que son sometidos a medidas de seguridad únicamente; y de esas personas, los menores de diez y ocho años, son juzgados por procedimiento especial y ante Juez especial también. Los anormales, para cuyo juzgamiento debió haber previsto la ley un nuevo procedimiento distinto al ordinario, el régimen procesal es el mismo que para las personas normales, lo cual es inexplicable y absolutamente impropio.

Por cuestión de fuero existe la excepción para los militares que son procesados ante autoridades especiales y penados conforme a un Código Penal Militar. (Ley 3a. de 1945).

Respecto a ciertos hechos establecidos como delitos hay casos en los que por razones de orden social o en defensa de ciertos intereses fundamentales, no son reprimidos cuando los cometen determinadas personas. Por ejemplo, los miembros del Congreso gozan de una absoluta libertad para la expresión de sus opiniones y votos y en ejercicio de su cargo no son responsables en ese aspecto por calumnia o injuria. Otros casos más son aceptados por la ley, como lo veremos a su debido tiempo, pero no desvirtúan el principio de la igualdad ante la ley.

---