SEGUNDA EDICIÓN

LECCIONES DE DERECHO PENAL

Parte General

José Joaquín Urbano Martínez
Carmen Eloísa Ruiz López
Hernando Barreto Ardila
Cielo Mariño Rojas
Ángela María Buitrago Ruiz
Jorge Caldas Vera
Guillermo Ferro Torres

Darío Bazzani Montoya
Carlos A. Gómez Pavajeau
Nodier Agudelo Betancur
Leonardo Cruz Bolívar
Gerardo Barbosa Castillo
Sandra Jeannette Castro Ospina
Alberto Suárez Sánchez
Alberto Hernández Esquivel

Miguel Córdoba Angulo
Camilo Sampedro Arrubla
William Monroy Victoria
Iván González Amado
Vicente E. Gaviria Londoño
Esiquio M. Sánchez Herrera
Jason Alexander Andrade Castro

Universidad Externado de Colombia
125 Años

LECCIONES DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

SEGUNDA EDICIÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ISBN 978-958-710-656-5

© 2011, 2002, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.° 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57-1) 342 0288

www.uexternado.edu.co

publicaciones@uexternado.edu.co

ePub por Hipertexto / www.hipertexto.com.co

Primera edición: enero de 2002

Primera reimpresión: marzo de 2002

Segunda reimpresión: junio de 2006

Tercera reimpresión: octubre de 2008

Segunda edición: marzo de 2011

Diseño de cubierta y composición: Departamento de Publicaciones

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

******ebook converter DEMO Watermarks*******

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ
GERARDO BARBOSA CASTILLO
CARMEN ELOÍSA RUIZ
SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA
HERNANDO BARRETO ARDILA
ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ
CIELO MARINO ROJAS
ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL
ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ
MIGUEL CÓRDOBA ÁNGULO
JORGE CALDAS VERA
CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA
GUILLERMO FERRO TORRES
WILLIAM MONRO VICTORIA
DARÍO BAZZANI MONTOA
IVÁN GONZÁLEZ AMADO
CARLOS A. GÓMEZ PAVAJEAU
VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO
NODIER AGUDELO BETANCUR
ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA
LEONARDO CRUZ BOLÍVAR
JASON ALEXANDER ANDRADE CASTRO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

PRESENTACIÓN

Fieles a la tradición tolerante y pluralista de la Universidad Externado de Colombia, y con la autonomía e independencia intelectual que las caracteriza, sus cátedras de Derecho Penal reflejan distintas vertientes del pensamiento penal contemporáneo. Lo anterior, sin embargo, no ha sido obstáculo para que, bajo la coordinación del Departamento de Derecho Penal, se acogiera un programa básico que brinda a estudiantes de pregrado la información mínima requerida en el estudio del derecho penal. Este programa, anterior al proyecto de Código Penal hoy vigente, no adhiere a ningún esquema dogmático en particular, pero se desarrolla metodológicamente de manera que permite al estudiante conocer las distintas tesis acerca de cada uno de los temas centrales de la Parte General.

Una vez promulgado el Nuevo Código Penal surgió la idea de elaborar un texto integrado por aportes de distintos profesores del Departamento de Derecho Penal y Criminología, en el que se exponen los temas de manera amplia, con orientación más informativa que polémica; por esta razón, las tomas de postura, obligadas frente a ciertos temas, se evitan en lo posible, con la pretensión de proporcionar al lector datos esenciales y referencias bibliográficas complementarias y actualizadas. Cada lección se expone de manera sintética, con una estructura metodológica uniforme, pero con el estilo y criterio jurídico particular de cada uno de los autores.

Si bien el propósito inicial de las *Lecciones de derecho penal. Parte general* es el de facilitar la iniciación en la materia a los estudiantes de pregrado, sin duda alguna se convertirá en una herramienta útil para los profesionales que requieran actualizar sus conocimientos o contar con orientación acerca de las últimas tendencias del Derecho Penal. A la vez, sin perder su independencia y actitud crítica, el equipo de docentes asumió la

*******ebook converter DEMO Watermarks********

labor constructiva de ofrecer alternativas de interpretación y aplicación del nuevo Código Penal colombiano.

Este es, con seguridad, un texto especial, no solo por el número de autores que participan en su elaboración y la diversidad de estilos, sino por el esfuerzo de abarcar la mayor cantidad de temas en el menor espacio posible. No es un tratado, ni tiene pretensiones de serlo; es un texto guía, que abarca el programa mínimo de la materia con un lenguaje sencillo y directo, pero a la vez profundo y riguroso.

Los autores, reconocidos catedráticos y tratadistas, han querido sumarse a la celebración de los 125 años de la Universidad Externado de Colombia con este innovador género de autoría (doctrinal) colectiva. A ellos, por su esfuerzo y celeridad en la culminación de sus aportes, nuestros reconocimientos por esta que será, con certeza, una obra de consulta y referencia obligada.

Jaime Bernal Cuéllar
Director Departamento de Derecho Penal y Criminología
Universidad Externado de Colombia

******ebook converter DEMO Watermarks*******

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

Lección I: Concepto y función del derecho penal

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. CONCEPTO DE DERECHO PENAL

El derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico que regula dos instituciones: una conducta humana, el delito, y una consecuencia jurídica, la pena. En esta inicial referencia están comprendidos dos aspectos nucleares: La admisión de que el objeto regulado por esa específica normatividad está determinado, por una parte, por el delito, entendido como una conducta lesiva de bienes jurídicos, y, por otra, por la pena, entendida como la restricción o privación de derechos a que se somete al delincuente.

No obstante, esa inicial conceptualización es imprecisa e insuficiente. Imprecisa, porque ni siquiera ha existido acuerdo en cuanto a que ese espacio del ordenamiento jurídico deba denominarse derecho penal pues hay quienes creen que debe llamarse derecho criminal, si se hace énfasis en la conducta que se somete a regulación, o derecho sancionatorio, si se hace énfasis en la consecuencia represiva que sobreviene al delito. Imprecisa, también, porque no comprende una institución que es consustancial al derecho penal y que, aunque tiene semejanzas con la pena, no queda comprendida en ella: la medida de seguridad a que se somete al inimputable que ha sido encontrado responsable de un delito{1}.

esa conceptualización es insuficiente porque reduce el derecho penal a la normatividad jurídica, desconociendo dos aspectos muy importantes: de un lado, que el derecho penal es también expresión de poder político y que es ese ejercicio de poder político el que le imprime un sentido a la normatividad penal; de otro, que el derecho penal es también un conjunto sistematizado de conocimientos en torno al delito y a la pena y que se orienta a un ejercicio legítimo del poder punitivo y a una aplicación racional de la ley penal{2}.

Para superar esas imprecisiones y esa insuficiencia, el concepto de derecho penal se puede aprehender en tres sentidos diferentes: el derecho

******ebook converter DEMO Watermarks*******

penal como poder punitivo, el derecho penal como derecho objetivo y el derecho penal como dogmática penal[{3}].

A. EL DERECHO PENAL COMO PODER PUNITIVO

Es la capacidad que tiene el Estado de configurar como delitos determinados comportamientos y de imponerles una pena o una medida de seguridad. El derecho penal como poder punitivo es uno de los sentidos en los que se expresa el poder político, y su relevancia radica en que constituye el espacio en que con mayor intensidad se ejerce la violencia institucional que, al menos en principio, monopoliza el Estado pues implica la privación o restricción de derechos fundamentales. Además, el derecho penal como poder punitivo permite advertir que la regulación legal del delito y la pena se hace con criterios político criminales, pues son éstos los que llevan a que ciertas conductas, y no otras, se tipifiquen como delitos y a que se les asignen determinadas consecuencias punitivas.

El hecho de que se esté ante una potestad del Estado exige que esa potestad se justifique y que se someta a límites para que no se haga uso indiscriminado de ella. Esa justificación y ese sometimiento a límites se explican de diversa manera dependiendo de los distintos modelos de Estado: en el Estado absolutista el poder punitivo era un poder que el monarca ejercía como una delegación de la divinidad y por eso era un poder ilimitado, como todos los poderes de los dioses; en el Estado liberal el poder punitivo era un poder derivado del contrato social y por eso estaba sometido a la ley como manifestación de la voluntad general pues la ley era la expresión de una democracia representativa que hacía que el parlamento fuera el delegatario de un poder cuya titularidad originaria radicaba en el pueblo; en el Estado intervencionista el poder punitivo era un poder derivado de la necesidad de defender la sociedad y por ello podía someterse al individuo en procura de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

realizar los intereses sociales; y en el Estado social y democrático de derecho el poder punitivo es un poder regulado por la ley, que se ejerce sólo cuando es absolutamente necesario y dentro de los límites impuestos por la Constitución y por los derechos humanos fundamentales, prioritariamente por la dignidad del ser humano.

El derecho penal como poder punitivo se ejerce en las distintas instancias del poder político: en la instancia constituyente, como quiera que en los textos constitucionales se establecen los fundamentos y límites del sistema de imputación, fundamentos y límites que no pueden ser desconocidos por ningún otro ámbito del poder público; en la instancia legislativa, pues en ella se desarrolla el principio de legalidad a través de la promulgación de las disposiciones que determinan qué es delito y cuáles son las penas o medidas de seguridad aplicables; en la instancia judicial, ya que allí se adelantan los procesos de comprobación de hechos y de aplicación de la ley penal a casos concretos; y en la instancia ejecutiva, en cuanto se encarga de la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas por los jueces y tribunales.

B. EL DERECHO PENAL COMO DERECHO OBJETIVO

Es el conjunto de normas jurídicas que establecen qué conductas son constitutivas de delitos y qué penas o medidas de seguridad deben imponerse a quienes las cometen. En este punto debe tenerse en cuenta que la única norma jurídica que está en capacidad de tipificar delitos e imponer penas es la ley, entendida como el producto del proceso legislativo agotado en el Congreso de la República. Esto es, sólo a través de la ley se puede hacer la valoración y selección de las conductas humanas que se tipifican como delitos, y sólo a través de la ley se pueden determinar las penas imponibles.

Ello es explicable, por una parte, por la legitimidad que al derecho penal le transmite la procedencia democrática del parlamento y, por otra, porque

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tanto el delito como la pena remiten a derechos humanos fundamentales, y éstos sólo pueden ser regulados y limitados a través de la ley. En cuanto a lo primero, que la única norma jurídica constitutiva del derecho penal objetivo sea la ley, significa que la regulación del delito y la pena debe ser fruto de un debate democrático dinámico y receptivo de los aportes de una opinión pública capaz de canalizar las discusiones y aportes de una comunidad comprometida con su propio destino. En cuanto a lo segundo, ya que el delito remite a derechos humanos fundamentales a través del bien jurídico como objeto de protección del delito, y que la pena también lo hace a través de las privaciones o restricciones de tales derechos que se imponen al condenado, su regulación es competencia exclusiva de la instancia legislativa del poder público y no está sometida a la ambivalencia de las decisiones del poder ejecutivo.

De otro lado, que el derecho penal objetivo esté determinado por la ley penal significa que el ciudadano tiene la garantía de que únicamente las conductas descritas por la ley son constitutivas de delito y que en razón de esas conductas proceden exclusivamente las penas que la ley ha dispuesto. Por ello, aquél tiene la seguridad de que con base en la jurisprudencia, la costumbre o la doctrina nunca podrán valorarse conductas humanas como delitos ni imponerse penas diferentes; que esa ley no podrá aplicarse a hechos que no estén comprendidos en ella, lo que se conoce como proscripción de la analogía, y que la ley sólo podrá aplicarse a hechos cometidos después de su promulgación, que es lo que se denomina proscripción de la aplicación retroactiva de la ley penal.

Por otra parte, si bien es claro que la única norma jurídica susceptible de constituir derecho penal objetivo es la ley, no debe perderse de vista que ella tiene un ámbito de validez determinado por normas superiores, fundamentalmente los textos constitucionales, los tratados internacionales de derechos humanos y las sentencias de constitucionalidad proferidas por los

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tribunales constitucionales. Esto implica que la ley, si bien constituye el espacio en el que se cumple el proceso democrático de definición del delito y la pena, se encuentra sometida a unos límites y a unos fundamentos que no están al alcance del legislador penal.

C . EL DERECHO PENAL COMO DOGMÁTICA

Es el conjunto sistematizado de conocimientos orientados a promover un ejercicio legítimo del poder punitivo y a procurar una aplicación racional de la normatividad penal. Se denomina también derecho penal en sentido académico, ciencia del derecho penal o saber penal y, si bien tiene como punto de referencia a la ley penal, nada se opone a que propicie la promulgación de leyes penales legítimas, pues indaga por su correspondencia con los fundamentos contenidos en normas superiores y por su adecuación a los criterios político criminales derivados de ellas. De igual manera, la dogmática penal propicia una adecuada comprensión de la ley penal y suministra elementos teóricos que permiten una aplicación más equitativa y segura, y por ello sustrae a la jurisprudencia del riesgo de emitir decisiones contradictorias.

De acuerdo con esto, la dogmática, al promover un ejercicio legítimo del poder punitivo y al procurar una aplicación racional de la normatividad penal, se constituye en un método orientado a la realización de la justicia organizando los presupuestos legales de las penas y medidas de seguridad y haciéndolo en el marco de la Constitución y de los derechos humanos fundamentales. Como método se orienta a la interpretación, sistematización y crítica de las instituciones penales para garantizar la seguridad jurídica y la aplicación equitativa de la ley, y lo hace sin desconocer los condicionamientos sociopolíticos particulares y la necesidad de orientarse a la realización de una justicia material.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

Los tres sentidos diferentes en que se puede comprender el derecho penal remiten, entonces, al poder político, al derecho positivo y a la dogmática. Por eso el derecho penal constituye un ámbito de poder político, normativo y de saber referido al delito y a la pena.

I I . FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL

Antes del Estado de derecho la justificación del poder político y la regulación de su ejercicio se lograba con invocaciones a la divinidad, a la naturaleza, a la razón e incluso a la historia, pues de ellas se derivaba un principio de justicia que permitía que ese poder fuera aceptado por los gobernados como un poder legítimo. Pero a partir del Estado de derecho la justificación del poder y la regulación de su ejercicio son satisfechas por el derecho pues los ciudadanos aceptan las normas jurídicas como modelos de comportamiento de alcance obligatorio. Luego, el poder político y su ejercicio serán legítimos si se atienen a lo dispuesto en la ley, en el derecho, pues éste no es más que la expresión formalizada de la voluntad de los gobernados.

En ese contexto, al derecho le incumbe la tarea de mantener las condiciones que posibilitan la pacífica convivencia y por ello a partir del Estado liberal el derecho se consolida como la única alternativa de vida civilizada. Si bien el derecho es imperfecto y si bien muchas veces se ha orientado más a afianzar espacios de poder que de libertad, lo cierto es que el mundo moderno no conoce un mecanismo diferente de regulación social.

En ese marco, al derecho se le reconocen varias funciones. Por una parte, se le asigna la función de promover la integración de los sistemas sociales, esto es, el derecho opera como un mecanismo de cohesión de la sociedad pues establece mecanismos que regulan la actividad de los gobernantes y de los gobernados y que posibilitan la convivencia. Por otra parte, el derecho se orienta a la satisfacción de las necesidades colectivas pues regula no sólo la

*******ebook converter DEMO Watermarks********

manera como se ha de constituir el poder público sino también cómo y para qué debe ejercerse, concibiendo los mecanismos para que se oriente a la satisfacción de las necesidades de los coasociados, esto es, a la realización del bien común. Igualmente, el derecho establece pautas de conducta y trata los conflictos suscitados entre los distintos miembros de la sociedad por desconocimiento de esas pautas, función con la cual sustrae el tratamiento de los conflictos de las manos de sus protagonistas y los somete a la decisión de un juez superior e imparcial[4].

De ese modo, es claro que el derecho penal no puede cumplir funciones por fuera del contexto general del derecho, y por ello también se orienta a la promoción y mantenimiento de las condiciones que posibilitan la convivencia social. No obstante, esa función genérica del derecho penal ha asumido diversos matices dependiendo de los distintos modelos estatales. Así, hasta el Estado absolutista se creyó que el mantenimiento y la promoción de la convivencia social que le incumbían al derecho penal se lograban únicamente orientándolo al castigo de los delincuentes, esto es, se trataba de un derecho penal fundamentalmente represivo que se centraba sobre el daño social producido por el delito. Pero a partir del Estado de derecho el derecho penal, si bien continúa orientándose a la represión del delito, se dirige también a la defensa de los derechos de los procesados pues se entiende que comprende un cúmulo de garantías que amparan al delincuente de los abusos del Estado. En este sentido, se consagran garantías como los principios de humanidad, igualdad, legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad; principios cuyo reconocimiento y eficacia le dan también un sentido al ejercicio del derecho penal.

Durante mucho tiempo el ámbito de las funciones del derecho penal fue considerado como de una importancia sólo secundaria y era objeto de estudio en los capítulos introductorios de los manuales. Hoy la situación ha cambiado pues metodológicamente se ha comprendido que las propuestas de derecho

******ebook converter DEMO Watermarks*******

penal deben construirse teniendo en cuenta las funciones que está llamado a cumplir en los contextos sociales pues esas funciones determinan los límites, los fundamentos y la legitimidad de las instituciones penales.

De ese modo, las funciones del derecho penal siguen orientándose a la promoción y el mantenimiento de la convivencia social, pero sus particularidades se determinan atendiendo el efecto que producen en la justificación del poder punitivo del Estado. Por ello se distingue entre funciones legitimadores y funciones deslegitimadoras del derecho penal[5].

A . FUNCIONES LEGITIMADORAS

Las funciones legitimadoras que cumple el derecho penal son dos: evitar la comisión de delitos y realizar las garantías que amparan a los sujetos activos de ellos.

I. PREVENCIÓN DE DELITOS

La prevención de delitos se asume en un doble significado. Por una parte, el derecho penal evita que se cometan delitos como vulneraciones de bienes jurídicos y en ese sentido protege bienes jurídicos. Por otra parte, el derecho penal evita que ante la comisión de delitos se propicien reacciones sociales informales, esto es, que se ejerza la venganza privada, reacciones que también son constitutivas de delitos.

En cuanto a la protección de bienes jurídicos debe decirse que éstos constituyen una institución fundamental del derecho penal. El bien jurídico originariamente surgió como un límite al poder punitivo del Estado pues hizo que la tipificación de los delitos y el señalamiento de las penas sólo operaran sobre la base de la existencia de la vulneración o de la puesta en peligro de un

******ebook converter DEMO Watermarks*******

bien valioso para el derecho penal.

A lo largo de la historia al concepto de bien jurídico se le han asignado diversos contenidos: se lo ha entendido como derecho subjetivo, como el objeto o cosa sobre el cual se concreta la vulneración o puesta en peligro, como norma jurídica, como interés objeto de protección, como relación social fundamental ligada a la satisfacción de necesidades derivadas de la condición de ser humano y como concreción de los estados funcionales que posibilitan el ejercicio de los derechos fundamentales[6].

El concepto de bien jurídico es de vital importancia pues si se le da un contenido exclusivamente normativo se le estaría reconociendo al legislador la capacidad de crearlo con la sola expedición de la ley penal, y en ese sentido se trataría de una institución sustancialmente insuficiente para limitar el poder punitivo. Con un concepto estrictamente normativo el legislador estaría en capacidad de configurar a su antojo los bienes jurídicos y de implementar delitos orientados a su protección. Por el contrario, si al bien jurídico se le da un contenido material, derivado de la realidad social y fundado en normas superiores extrapenales, como los textos constitucionales, se limita al legislador al papel de regulador de bienes jurídicos y se logran elementos de juicio para racionalizar su actividad.

Que las cartas políticas sean hoy el punto de referencia de los bienes jurídicos se explica sólo sobre la base de que ellas constituyen normas jurídicas fundamentales que vinculan a la legislación, a la jurisdicción y a la administración y en cuanto concretizan los valores, principios y derechos que posibilitan la convivencia en un marco democrático orientado a la realización de una justicia material.

De otro lado, cuando se afirma que el derecho penal protege bienes jurídicos debe tenerse en cuenta que no protege todos los bienes jurídicos sino únicamente aquellos que resultan fundamentales para la convivencia social; en efecto, los bienes jurídicos que no son fundamentales pueden

******ebook converter DEMO Watermarks*******

protegerse a través de otros mecanismos jurídicos o extrajurídicos. Esta característica se conoce como subsidiaridad del derecho penal y se explica por los altos niveles de violencia implícitos en el poder punitivo: ya que éste implica la injerencia más agresiva del Estado en los derechos de los ciudadanos, su intervención debe ser muy limitada y debe propiciarse sólo en caso de extrema necesidad.

Por otra parte, aquellos bienes jurídicos fundamentales que son protegidos por el derecho penal no son protegidos de todas las violaciones o puestas en peligro sino únicamente de las más graves e intolerables socialmente. Esto evidencia que la protección que suministra el derecho penal a los bienes jurídicos también está sometida a una selección adicional que tiene en cuenta la gravedad de la lesión inferida por el actor pues aquellas lesiones o puestas en peligro que son socialmente intrascendentes no le interesan al derecho penal. En este sentido se dice que el derecho penal es fragmentario.

Pero además, el derecho penal evita que se propicien reacciones sociales informales, esto es, que se ejerza la venganza privada ante la comisión de un delito. En este sentido, el derecho penal es un instrumento que evita que se propicien niveles de violencia peores a los que él mismo contiene. No se discute que el derecho penal implica la intervención más violenta y grave del Estado en la esfera vital del ciudadano, pero esa intervención se justifica también en cuanto con ella se evita que la víctima del delito, sus familiares y allegados o ciertos grupos sociales emprendan por su cuenta la realización de la justicia. Si el derecho penal fracasa en esta función, se llega a una situación generalizada de violencia que conlleva la desestabilización institucional y la deslegitimación del poder político.

2 . REALIZACIÓN DE LAS GARANTÍAS PENALES

******ebook converter DEMO Watermarks*******

que el derecho penal es un mecanismo para el tratamiento de los conflictos suscitados con ocasión de la comisión de los delitos, la protección que brinda no sólo recae sobre los bienes jurídicos afectados con los delitos, sino que también se extiende a los destinatarios de la acción penal. En este sentido, el derecho penal se orienta a que se respete la dignidad humana del procesado; a que se realicen la seguridad jurídica y la legitimidad democrática como contenidos del principio de legalidad; a que sólo se impongan penas por conductas capaces de producir daño social, y a que exista una relación de equilibrio entre la pena y la capacidad de daño y el contenido de culpabilidad de la conducta.

Esta función del derecho penal es muy importante en cuanto permite comprender que el Estado no sólo se orienta a sancionar a los responsables de los delitos: también persigue que esa sanción no se produzca de cualquier manera sino respetando los derechos que amparan a todo delincuente. Por ello, el derecho penal debe procurar un necesario equilibrio entre esas dos funciones pues sólo así puede consolidarse como un derecho penal garantista y no como un derecho penal autoritario.

Pues bien, adviértase cómo, asumiendo que las dos instituciones nucleares del derecho penal son el delito y la pena, para determinar cuáles son las funciones que le incumben al derecho penal esas dos instituciones deben relacionarse con el Estado y con el fundamento de la legitimidad del poder punitivo.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que actualmente rige un Estado social y democrático de derecho, y que la legitimidad del poder punitivo viene determinada por la Constitución Política y los derechos fundamentales, se comprende que la función del derecho penal está determinada por la relación que surge entre esas dos instituciones nucleares y los fundamentos de la legitimidad del derecho penal.

De ese modo, el derecho penal cumple funciones en relación con el delito

******ebook converter DEMO Watermarks*******

y en relación con la pena. Lo hace previniendo la comisión de delitos y realizando las garantías penales, y en ese sentido promueve la realización de los derechos humanos fundamentales. Por ello se afirma que al derecho penal le incumbe la protección de derechos humanos fundamentales para que no resulten vulnerados ni con los delitos ni con las penas{7}.

B . FUNCIONES DESLEGITIMADORAS

Desde una perspectiva fáctica, el derecho penal cumple varias funciones que hoy no se discuten y que, en lugar de afianzar su legitimidad, la desvirtúan. Ello es así en cuanto esas funciones no se orientan a la prevención de delitos y penas informales y a la realización de las garantías de los procesados sino a interiorizar valores éticos y a generar sensaciones de seguridad por la sola expedición de las normas penales.

I . INTERIORIZACIÓN DE VALORES

El derecho penal de un Estado democrático sólo puede atribuir la calidad de delitos a comportamientos susceptibles de lesionar o poner en peligro los derechos de los demás. La lesión o puesta en peligro de un derecho ajeno es lo que lo habilita para intervenir con la finalidad de evitar comportamientos similares y penas arbitrarias y con el propósito de garantizar el respeto de las garantías que amparan al delincuente{8}.

De ello se sigue que el derecho penal no puede intervenir ante la simple infracción de deberes que no se traducen en la vulneración de derechos pues sólo pude hacerlo cuando esa vulneración o puesta en peligro de derechos efectivamente concurre. Es decir, el derecho penal no puede, en manera alguna, imponer un orden de valores a sus ciudadanos pues éstos tienen una

******ebook converter DEMO Watermarks*******

autonomía ética que es consecuencia de la libertad de desarrollar libremente su personalidad y de hacerlo sin más límites que los impuestos por los derechos de los demás y el orden jurídico.

El derecho penal está habilitado únicamente para proteger derechos ajenos y para hacerlo de tal manera que ellos no se vulneren ni con los delitos ni con las penas. Es decir, el derecho penal no puede pretender incidir en la interioridad psíquica de cada ciudadano para forjar una visión del mundo que sea compatible con los intereses estatales. Sólo puede interferir en su comportamiento exterior, no en su esfera interior. Esta interferencia no le está permitida, al menos si lo que se pretende es implementar un derecho penal democrático.

No obstante, una cosa es que no concurran fundamentos para imprimirle esa función al derecho penal y otra muy diferente que ésta efectivamente se presente pues la penalización de comportamientos trae como consecuencia su reproche social y su reprobación moral. Es decir, el derecho penal también produce efectos en la esfera interna de los ciudadanos porque genera juicios morales ante los comportamientos de los demás e implementa en ellos patrones éticos de conducta. Pero esa extensión de las funciones del derecho penal a la esfera interna de los ciudadanos para promover un orden de valores determinado no debe ser buscada por el derecho penal porque ello implicaría una autoritaria confusión del derecho con la moral. Por el contrario, el derecho penal debe orientarse a la protección de derechos y debe despojarse de funciones moralizantes.

2 . FUNCIÓN SIMBÓLICA

La función del derecho penal no puede entenderse únicamente como la prevención de delitos y penas informales y como el aseguramiento de las garantías que amparan al delincuente pues también cumple una función

******ebook converter DEMO Watermarks*******

independientemente de la eficacia o ineficacia de esas funciones. Ello es así en cuanto la sola expedición de la normatividad penal tiene la capacidad de generar la sensación de que el poder político se ejerce para atender las demandas sociales de persecución del crimen. Es decir, la sola expedición de la normatividad penal genera ideas, determina creencias y conductas, produce la percepción de que el poder se ejerce en beneficio social y propicia una creencia en su legitimidad.

Es claro que toda la normatividad penal, e incluso el derecho en general, tiene una función simbólica: no puede desconocerse que las normas jurídicas, con independencia de la efectividad de las sanciones previstas, operan como un elemento de articulación de las relaciones sociales. El problema se presenta cuando esa función se oculta o cuando las normas penales se expiden considerando únicamente esa función y no otras pues en esos eventos se presenta una profunda disociación entre las funciones que debe cumplir el derecho penal y las funciones que efectivamente cumple, y ello trae como consecuencia la pérdida de su legitimidad porque no se trata entonces de un instrumento normativo orientado a la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del delito y de la pena sino de un burdo mecanismo de legitimación del poder político.

BILIOGRAFÍA

Barbosa Castillo , Gerardo Carlos Arturo Gómez Pavajeau . *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio *et al. Lecciones de derecho penal,* Barcelona, Praxis, 1999.

Bustos Ramírez, Juan. *Introducción al derecho penal,* Bogotá, Temis, 1994.

Castro Ospina, Sandra Jeannette. *Influencias del funcionalismo en el sistema*

*******ebook converter DEMO Watermarks********

penal, Bogotá, Librería del Profesional, 1996.

De Toledo Ubieto, Emilio Octavio. *Sobre el concepto de derecho penal,* Universidad de Madrid, 1981.

Fernández Carrasquilla, Juan. *Concepto y límites del derecho penal,* Bogotá, Temis,1994.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta, 1995.

Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo,* Barcelona, Bosch, 1992.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1994.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

CARMEN ELOÍSA RUIZ

Lección 2: Teoría de los fines de la pena

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Frente al concepto de pena ha existido diversidad de criterios y definiciones. La mayoría de los autores entienden por pena la autoconstatación del poder coercitivo del Estado, reafirmación de su existencia en forma general{9}. El concepto de pena ya no puede ser entendido en el sentido tradicional, como la existencia de un mal para retribuir la culpabilidad de un individuo por haber realizado un hecho típico y antijurídico: ese concepto de mal se encuentra unido más a un concepto ético o moral que a uno jurídico. En la actualidad, el problema que plantea la teoría de los fines de la pena no es un problema metafísico sino absolutamente terrenal con el que se busca asegurar la convivencia entre los miembros de una comunidad{10}. Por ello es aceptada por la inmensa mayoría la famosa frase: "La pena no es un problema metafísico ni una realización moral, sino una amarga necesidad en una comunidad de seres imperfectos como son las personas"{11}. Queda en evidencia que la crisis de la pena retributiva no es diferente a la crisis de la misma idea de retribución, en cuyo nombre tantos males se han causado al ser humano{12}.

La pena, su sentido, función y finalidad no pueden comprenderse si al mismo tiempo no se analizan dentro de un contexto socioeconómico determinado y dentro de un marco de Estado. La teoría de la pena está indefectiblemente ligada a la teoría del Estado{13}. A medida que éste evoluciona y se transforma{14} la pena también lo hace. Haremos una breve referencia a la evolución de las diferentes teorías que sobre los fines de la pena se han expuesto para luego estudiar el Código Penal colombiano a la luz de las mismas.

Podemos agrupar las teorías que sobre los fines{15}de la pena se han expuesto de la siguiente manera.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. TEORÍAS ABSOLUTAS

Frente a las teorías absolutas de la pena, algunos autores han señalado la subdivisión en teorías de la expiación y de la retribución{16}. Haremos referencia a las teorías absolutas como teorías de la retribución.

Cuando el Estado absoluto empieza a resquebrajarse con la aparición del mercantilismo, se inicia un replanteamiento del tema: el poder ya no viene de Dios sino de los hombres (contrato social), surge el Estado liberal burgués auspiciado por la Revolución Francesa (1789). En este nuevo contexto la pena no puede ser la expiación del pecado, sino que es la retribución a la perturbación del orden jurídico que se han dado los hombres y consagrada por las leyes; la pena es la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido{17}.

La función{18} de la pena se limita simplemente a la realización de la justicia (retribución). Es decir, no se considera que la pena pueda tener algún fin; el fundamento de la pena no es otro que el libre albedrío.

Las teorías absolutas, llamadas teorías retributivas, tuvieron su apogeo con el idealismo alemán, fundamentalmente a través de los postulados teóricos propuestos por Kant y Hegel . En su criterio, la función de la pena simplemente es la realización de la justicia; la pena se agota en sí misma en cuanto mal que se impone por la comisión de un hecho delictivo{19}.

Para Kant {20}, la pena no puede ser impuesta como simple medio para procurar a otros bienestar; debe ser impuesta simplemente por el hecho de haber delinquido. El hombre no puede ser usado nunca como medio de las intenciones de otros, ni mezclado entre los objetos del derecho de cosas. El hombre no es una cosa y por tanto no es algo que pueda ser usado como mero instrumento sino que debe ser tenido en todas sus acciones siempre como fin en sí mismo{21}.

Para Hegel, la pena tiene como función aniquilar y negar la existencia del delito, es decir, el delincuente con su conducta niega la existencia de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

norma. Al imponerse la pena se está negando la existencia del delito como nueva norma con la que se pretende establecer la licitud de la conducta. De esta manera se fundamenta la dialéctica de la negación de la negación. La libertad sin responsabilidad no es realmente verdadera libertad, sino mero arbitrio subjetivo{22}.

La posición central de estas teorías absolutistas gira en torno a la idea de que el hombre es un fin en sí mismo; por tanto, resulta inadmisible castigar al delincuente en beneficio de la sociedad porque ello supondría instrumentalizar al individuo{23}. Debemos recordar el momento histórico en que esta teoría surge y cómo en su momento fue un aporte, pues precisamente se formuló para poner freno a los excesos estatales señalando una proporción entre la gravedad de las penas y la gravedad de los hechos punibles sin olvidar su carácter de mal{24}.

Algunas de las críticas que se han señalado frente a estas teorías retribucionistas son las siguientes:

1. No es aceptable la imposición de la pena como retribución de la culpabilidad (teoría normativa) por ser ésta indemostrable empíricamente. Tampoco es aceptable como retribución del hecho injusto{25} pues la pena es una amarga necesidad de la sociedad para conseguir los fines racionales y permitir la convivencia entre sus miembros.

2. Las teorías retribucionistas contradicen el carácter fragmentario del derecho penal y la protección parcial de bienes jurídicos. Así mismo, resultan incompatibles con la idea de justicia absoluta las instituciones-consagradas en la mayoría de los códigos penales- de la libertad condicional, prescripción, amnistía, indulto, perdón del ofendido a las condiciones objetivas de punibilidad, etc.{26}.

3. En cuanto a la función del Estado se refiere, es errado partir de un orden absoluto, desconociendo las desigualdades que el mismo Estado origina. No es lógico ni apropiado para la dignidad de la persona que la pena

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sólo consista en un mal: otra cosa es que lleve como consecuencia un mal{27}.

4. No es posible aceptar la teoría de la retribución como fin de la pena pues los supuestos de los que parte -es decir, que el delito cometido por un individuo debe ser compensado, anulado por la pena- no son lógicos ni racionales; son incompatibles con las bases teóricas de un Estado de derecho.

5. Las teorías retribucionistas cumplen una función: la realización de la justicia, pero no persiguen finalidad alguna.

II. TEORÍAS RELATIVAS

En contraposición a las teorías absolutas surgen las relativas que pretenden, a través de la pena, determinados fines, ya sea por intermedio de la prevención general o bien por la prevención especial. Procuran evitar la comisión de nuevos comportamientos punibles; es decir, la pena debe tener un carácter estrictamente preventivo{28}.

Las siguientes son las corrientes que orientan estas teorías.

A . PREVENCIÓN GENERAL

Fin de la pena que ofrece como alternativa el Estado liberal no intervencionista, en el que se da prioridad al Estado de derecho, dominando las corrientes racionalistas utilitarias laicas{29}.

Entre sus exponentes se destacan Beccaria {30}, Bentham y Feuerbach . Este último, estableció las bases de la prevención general con su conocida teoría de la “coacción psicológica”.

En su concepción tradicional, la prevención general ha sido entendida como prevención general negativa{31}. Al ver la pena como la amenaza de un mal, su fin es intimidar a los individuos que se pudieran inclinar por el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

camino del delito. Ello se trata de obtener por medio de la ejemplaridad en la ejecución del respectivo castigo y se ha justificado desde el punto de vista político criminal porque la amenaza de la pena es considerada como un medio imprescindible de encauzar conductas{32}.

A la prevención general negativa se le han señalado, entre otras, las siguientes críticas:

1. Los excesos innegables en que ha incurrido el derecho positivo en busca de obtener un efecto intimatorio sobre la colectividad, llegando incluso al terror penal. Crítica que da origen a la prevención general positiva, fin de la pena que desarrollaremos más adelante.

2. Presenta imposibilidad de romper el dilema sobre respecto de qué comportamientos puede o no el Estado ejercer la intimidación{33}.

3. No se ha establecido un límite concreto a la intimidación que se pretende conseguir y por ello tiende al terror penal. Un Estado que respete los derechos y garantías fundamentales no puede partir del postulado de que el fin justifica los medios.

4. Hasta la fecha no se ha podido demostrar su real eficacia, sobre todo en lo que hace referencia a delincuentes profesionales o impulsivos ocasionales.

5. Siguiendo los postulados de Kant, se hace énfasis en que no se puede justificar que se castigue a un individuo en beneficio de otro.

6. Como afirma Mir Puig{34}, la prevención general no puede perseguirse únicamente a través de la mera intimidación sino que ha de tener lugar satisfaciendo la conciencia jurídico general mediante la afirmación de las valoraciones de la sociedad.

B . PREVENCIÓN ESPECIAL

En una primera época del Estado capitalista, como Estado liberal reducido a

******ebook converter DEMO Watermarks*******

funciones de mera vigilancia, las teorías retributivas y de prevención general podían aparecer como suficientes. Un desarrollo posterior del Estado capitalista hacía necesaria una readecuación de la concepción de pena{35}: se creó la necesidad de una intervención mayor del Estado en todos los procesos sociales y un asentamiento del modo de producción capitalista{36}.

La pena no podía seguirse entendiendo como la simple restauración del orden jurídico (retribución), o como la intimidación de la colectividad a través de la pena (prevención general negativa). La pena pasa ahora a garantizar la defensa de un nuevo orden social; de ahí deviene la dirección de la "defensa social". El Estado se ve en la obligación de intervenir directamente sobre los individuos: de un Estado guardián se pasa a uno intervencionista; el delito es considerado como daño social antes que como vulneración del orden jurídico; el delincuente se concibe como peligroso socialmente. Surge así la prevención especial como finalidad.

La prevención especial tuvo amplia acogida gracias a los aportes del positivismo criminológico, pues al hacer del delincuente el centro de atención del derecho penal la pena, o mejor la medida, iba encaminada directamente al sujeto por la peligrosidad que representaba. Debemos citar fundamentalmente el conocido *Programa de Marburgo* de Frank von Liszt{37} como punto de partida de esta concepción.

Con la prevención especial se trata de evitar la comisión de nuevos comportamientos punibles por parte de quien ya ha transgredido el ordenamiento penal, razón por la cual algunos prefieren hablar de medidas y no de penas. La pena supone la libertad o racionalidad del hombre, y la medida, en cambio, considera que quien ha delinquido es un sujeto peligroso, diferente del normal, al que debe tratarse de acuerdo con sus especiales características. De lo que se trata es de corregirlo, resocializarlo (prevención especial positiva) o inocuizarlo (prevención especial negativa).

No se puede negar, afirman los seguidores de estas corrientes, que en la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

mayoría de los casos, en la etapa de ejecución de la pena, resulta indudable el interés en el logro del objetivo resocializador (prevención especial positiva), sin desconocer que a su vez lleva implícita la intimidación del sujeto.

Cobra gran importancia la prevención especial en el momento de individualización judicial de la pena, sobre todo en lo que hace referencia a agravantes y atenuantes. La razón: varios ordenamientos tienen en cuenta la personalidad del delincuente, aspecto que a su vez es importante para efectos de sustitutivos penales, como son la libertad condicional y la condena de ejecución condicional{38}.

A la prevención especial se le han señalado, entre otras, las siguientes críticas:

1. La imposibilidad de limitar temporalmente el *ius puniendi* del Estado justificaría la imposición de penas privativas de la libertad de manera indefinida, hasta conseguir la corrección definitiva. De igual forma en todos los delitos, incluso en los de mayor gravedad, no habría necesidad de imponer una pena si no existe posibilidad de reincidencia{39}.

2. Se debe rechazar la resocialización como imposición coactiva de un determinado marco de valores a quien ha delinquido, pues se entraría en abierta contradicción con los principios de un Estado de derecho, tales como el pluralismo y el libre desarrollo de la personalidad{40}.

3. Algunos autores plantean que es absurdo resocializar si es la misma sociedad la que ha llevado al individuo a delinquir.

4. Se señala la imposibilidad de llevar a la praxis la idea de resocialización por la misma infraestructura del Estado{41}. Nadie puede desconocer que, en la práctica, con las penas privativas de la libertad no se ha logrado la resocialización del sujeto que ha delinquido. Por el contrario, puede afirmarse que las prisiones constituyen un factor criminógeno de nuestra actual sociedad{42}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

III . TEORÍAS MIXTAS

Las denominadas teorías mixtas o unificadoras surgieron ante la imposibilidad de admitir exclusivamente o bien las teorías absolutas (retributivas), o bien las relativas (preventivas: generales o especiales), como explicativas de la pena, por las razones ya enunciadas.

Estas pretenden, simplemente, como su nombre lo indica, unir los fines de la pena bajo un solo concepto y con ello resolver los inconvenientes que conllevaba el propender por la aceptación de una única finalidad de la pena. Dichas concepciones parten de que las teorías hasta ese entonces imperantes tienen puntos de vista que obviamente se pueden aprovechar, pero que no es conveniente acogerlas con carácter absoluto y excluyente. La esencia de la pena para los seguidores de las mismas radica en la retribución, buscando fines de prevención general y prevención especial.

Como es lógico estas teorías carecen de una fundamentación coherente porque tratan de conjugar en un solo concepto fines (preventivo-retributivos), a nuestro juicio, antagónicos, resultando más peligrosas, pues permiten justificar cualquier clase de pena, como lo señaló con acierto Roxin{43}.

Pese a los impedimentos existentes, las teorías unificadoras han tenido amplia acogida a lo largo de los últimos años. Ello debido, fundamentalmente, a que las concepciones que optan por una finalidad exclusiva de la sanción no resisten las críticas que se les han formulado. En la mayoría de los casos se ha optado por el camino más fácil: dejar vía libre para justificar la pena desde cualquier clase de fin, lo cual naturalmente resulta demasiado riesgoso y por ende inaceptable.

Como es obvio, las consecuencias de las teorías mixtas desembarcaron en una disfuncionalidad de los conceptos que orientan la pena: se combinaron proposiciones propias de la teoría retributiva y la ejecución penal orientada a un tratamiento resocializador. De otra parte, se mantenía como principio el límite de la pena en la culpabilidad del autor, pero así mismo se propugnaban

******ebook converter DEMO Watermarks*******

exigencias de resocialización, por otra. En síntesis, se mezclaron conceptos antinómicos, lo cual llevó a replantear todo el tema de los fines de la pena para buscar una solución más adecuada.

IV. MODERNAS TEORÍAS DE LOS FINES DE LA PENA

Ante las inconsistencias que generaron las teorías precedentes la doctrina se dedicó a la búsqueda de alternativas y se intensificó entonces la investigación sobre la prevención general. Es así como, en la actualidad, se ve en la prevención general positiva el fin primordial de la pena.

La prevención general, en su orientación clásica, veía en la pena la amenaza de un mal, destinada a intimidar a los posible infractores de la ley penal{44}.

La prevención general positiva ofrece dos formas diferentes: la prevención general como fundamento de la intervención del derecho penal, y la prevención general que busca limitar a la prevención general intimatoria. Es decir, prevención general fundamentadora y prevención general limitadora.

A . PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA FUNDAMENTADORA

Se puede citar a Welzel como partidario de la prevención general positiva fundamentadora (pese a que nunca lo señaló de manera expresa). Dentro de su concepción de la función ético-social del derecho penal, Welzel pretendía influir en la conciencia de los miembros de una colectividad en relación con su actitud interna frente al derecho{45}.

También Jakobs propugna la prevención general positiva fundamentadora, y coincide con Welzel en buscar que la colectividad sea fiel

******ebook converter DEMO Watermarks*******

al derecho, rechazando que con ello se trate de proteger unos determinados valores de acción y bienes jurídicos. El derecho penal tiene como única finalidad el garantizar la función orientadora de las normas jurídicas; estas normas tratan de estabilizar e institucionalizar expectativas sociales y sirven así de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social. La prevención general positiva fundamentadora, así entendida, permite y obliga a utilizar la pena aunque no lo exija la inmediata protección de bienes jurídicos, ni la prevención especial.

Baratta y otros autores han señalado objeciones a la concepción fundamentadora, y concretamente a los planteamientos de Jakobs :

1. No se entiende por qué para esta corriente la estabilización de expectativas ha de ocurrir a través de la imposición de un castigo y no por otros medios menos gravosos{46}.

2. Si la función del derecho penal fuera solamente la confirmación de la confianza en las normas, ¿por qué razón no basta una declaración inequívoca en tal sentido? ¿Por qué es preciso imponer un mal como la pena si ésta no busca la intimidación? Interrogantes a los que se ha respondido que, precisamente, la vigencia de la norma se constata mediante la imposición de la sanción que acompaña el precepto. Es decir, si existe una sanción que forma parte de la norma y al infringirse la norma la sanción no se impone perdería vigencia la norma. Por ende, la imposición de la pena no es otra cosa que la autoconstatación de la vigencia de la norma{47}.

3. Otro sector de la doctrina ha considerado que la prevención general positiva fundamentadora pretende alcanzar un consenso de mayorías, que puede desembocar en un claro proceso de justificación de una ideología fascista del Estado, en el que el individuo desaparece devorado por esa máquina que es el “leviatán” estatal{48}.

B. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA LIMITADORA

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Las teorías que buscan los fines de la pena en la prevención general positiva, pero no con carácter fundamentador sino como limitador del *ius puniendi,* en la actualidad son seguidas por un amplio sector de la doctrina{49}.

Se ha dicho en reiteradas oportunidades que un Estado que respete las libertades, garantías y derechos fundamentales tiene como finalidad la protección de los miembros de la colectividad y la protección de bienes jurídicos indispensables para vivir pacíficamente. Para ello utiliza diversos medios de control social{50}; entre ellos, y como última ratio, el derecho penal que debe traer penas limitadas. Esa limitación la encontramos no sólo en el principio de culpabilidad sino también en los de legalidad, intervención mínima, proporcionalidad, humanidad, etc.

Dos de los mayores exponentes de la teoría de la prevención general positiva limitadora han sido Roxin , al exponer su "teoría unificadora dialéctica"{51}, y Schmidhauser{52}, con su "teoría diferenciadora de la pena". Roxin y Schmidhauser han tratado de resolver cómo compaginar, dentro de los fines de la pena, la prevención general positiva y la prevención especial{53}.

La idea central de esta posición se presenta en relación con la diferenciación de las distintas etapas por las que atraviesa la pena, a saber: creación de la norma, individualización judicial y ejecución, y cómo, en cada una de ellas, se justifican la prevención general, la especial o ambas, sin que las diferentes etapas puedan ser consideradas aisladamente. Estos fines forman parte de un todo, es decir, unos y otros se compaginan; los primeros obviamente serán precedentes indispensables de los últimos.

Se parte de la idea de que ni la prevención general, ni la prevención especial, consideradas de modo independiente y excluyente, pueden sustentar y legitimar los fines de la pena. Pero no se yuxtapone un fin tras otro sino que se vinculan en un sistema lógico fines de prevención general y especial.

En un primer momento, es decir, en la fase de conminación de la pena, de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

la amenaza penal, es decisivo el carácter de prevención general pues es cuando el legislador prohibe un determinado comportamiento, motivando a través de la norma a todos los miembros de la colectividad. En este ámbito el fin primordial es la prevención general sin desconocer que tiene importancia la prevención especial, al señalarse las reglas legales de determinación de la pena.

En la fase de imposición o individualización de la pena, para los autores mencionados, también impera el carácter de prevención general; para lo cual debe tenerse en cuenta la necesidad de imponer pena que debe estar dentro de ciertos límites fijados por la ley, pues en caso contrario la norma no cumpliría efectivamente su función de motivación y, por el contrario, acarrearía efectos negativos de cara a la prevención general si no se cumple o aplica la amenaza típica. Pero en esta fase también aparece la necesidad de prevención especial, pues a la hora de imponer la pena se deben tener en cuenta las características de cada sujeto para que así exista una relación entre la pena individualizada y la etapa de ejecución, condicionando de esta forma la etapa de individualización a la de ejecución.

En la etapa de ejecución es la prevención especial la que predomina, entendida como prevención especial positiva, es decir, resocialización; sin olvidar que en esta etapa la prevención general positiva también desempeña un papel importante como condición de eficacia de la amenaza legal, que quedaría en nada si no se ejecuta efectivamente la pena{54}.

V . CONSTITUCIÓN POLÍTICA, CÓDIGO PENAL DE 1980, LE 599 DE 2000 FINES DE LA PENA

La Constitución Política de Colombia, en sus artículos 11, 12, 28, 24 y 34, entre otros, señala los parámetros generales a los cuales se debe ceñir la regulación e interpretación de todo lo concerniente con el derecho penal, y en

******ebook converter DEMO Watermarks*******

particular la pena y los fines de la misma.

El artículo 12 del Código Penal de 1980 frente a los fines de la pena señala:

> *Función de la pena y de las medidas de seguridad*. La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación.

La Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal) trae como normas rectoras, en sus artículos 3° y 4°, los principios de las sanciones penales, así como las funciones de la pena:

Principios de las sanciones penales:

> Art.3° La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.
>
> *El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan*.

Funciones de la pena:

> Art.4° La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.
>
> La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

Si analizamos la regulación que frente a los fines de la pena trae el Código Penal de 1980 podemos señalar:

1. Como se ha dicho en reiteradas oportunidades, el artículo 12 confunde los conceptos de fines y funciones de la pena, confusión que no carece de importancia porque cuando se habla de función de la pena se hace referencia

*******ebook converter DEMO Watermarks********

al ser, es decir, al por qué se impone una pena. O como lo ha señalado, por citar un sólo ejemplo, el profesor Bustos , la función de la pena en un Estado social y democrático de derecho no es otra que la autoconstatación del propio sistema, mediante la cual se protegen bienes jurídicos que se han fijado como producto de las relaciones sociales. Por el contrario, cuando se habla de fines de la pena se hace referencia al *deber ser*, a lo que busca el Estado con la imposición de una pena, respondiendo a la pregunta de para qué; consideramos por tanto que lo correcto sería distinguir entre funciones y fines de la pena.

2. Al señalar el Código de 1980 que la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora podemos sostener que se ha inclinado por acoger las teorías mixtas, en las que se trata de reunir diferentes fines (o funciones) de la pena, conciliando fines preventivos (generales y especiales) y retribución. Es decir, a este artículo 12 le son aplicables todas y cada una de las críticas expuestas frente a las teorías mixtas de los fines de la pena, y entre ellas que con una norma de tal naturaleza siempre se justificaría la imposición de cualquier pena.

3. Creemos que no se puede afirmar, desde ningún punto de vista, que la retribución sea un fin de la pena. Consideramos que el concepto de retribución siempre se encuentra implícito en el de pena, pero no por ello podemos decir que se constituya en fin de la misma.

Ahora bien, frente a la disposición que en el mismo sentido trae la Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal) podemos señalar:

1. El artículo 4°, al igual que el artículo 12 del Código Penal de 1980, confunde los conceptos de fin y de función de la pena. Consideramos que sería mejor hablar de fines de la pena, por las razones ya expuestas.

2. El nuevo Código pretende conciliar fines de prevención (general y especial) con retribución, al señalar como fines de la pena la prevención general, la *retribución justa,* la prevención especial, la reinserción social y la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

protección al condenado, tomando a nuestro modo de ver partido por las teorías mixtas que sobre los fines de la pena se han expuesto.

3. La norma en estudio pretende diferenciar los conceptos de prevención especial y resocialización. Consideramos que sería conveniente simplemente hablar de prevención especial positiva, es decir resocialización, sin incurrir en reiteraciones como es hablar de prevención especial y reinserción social.

4. El nuevo Código, al igual que el Código de 1980, toma partido por las teorías mixtas. No se puede sostener que al resaltar, o mejor diferenciar, los fines de la pena que se deben buscar en la etapa de ejecución de aquellos que se buscan en la etapa de imposición de la misma se esté optando por la teoría que sobre los fines de ella expone Roxin , simplemente porque es evidente que el profesor alemán rechaza de manera expresa el concepto de retribución como "fin" de la pena, entre otros aspectos.

5. Debemos resaltar la importancia que da el nuevo Código al principio de necesidad de pena, pese a no señalar cómo se va a conciliar el "fin" de "retribución justa" con el principio de necesidad de la misma.

Del estudio de la norma en cuestión podemos concluir, por ahora, que el nuevo Código Penal acoge una postura mixta frente a los fines de la pena. , de igual forma, que, pese a tener algunos elementos en común, no se ha optado por la teoría que sobre los fines de la misma expone Roxin . Al interrogarnos sobre el origen de la norma mencionada podemos señalar que seguramente el legislador se basó en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional. En efecto, sobre los fines de la pena ha dicho este tribunal:

> Una vez más debe señalarse que el *ius puniendi* corresponde al Estado en defensa de la sociedad, en cuanto ésta requiere que sean perseguidas y sancionadas aquellas conductas que la afectan colectivamente, bien por atentar contra bienes jurídicos estimados valiosos, ya por causar daño a los derechos de los asociados{55}.

En otra oportunidad señaló:

******ebook converter DEMO Watermarks*******

> ... en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana (art. 1° C. P.) , la ejecución de las penas debe tener una función de prevención especial positiva, esto es, en esta fase se debe buscar ante todo la resocialización del condenado, obviamente dentro del respeto de su autonomía y dignidad [...] el derecho penal no sólo debe defender a las personas contra los delitos sino que tiene también que garantizar los derechos individuales, que son entonces límites al poder punitivo. La pena debe ser el resultado de la aplicación del derecho penal como *ultima ratio*, y como tal debe ser necesaria, razonable, eficiente y proporcionada{56}.

en la sentencia C-430 de 1996 afirmó:

> La pena tiene en nuestro sistema jurídico: un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena; y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas{57}.

De esta manera se ha realizado un planteamiento general de la teoría de los fines de la pena frente al Código Penal de 1980 y frente a la Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal).

******ebook converter DEMO Watermarks*******

HERNANDO BARRETO ARDILA

Lección 3: Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. EVOLUCIÓN

La forma en que se organiza políticamente una sociedad y el modelo de Estado que adopta se reflejan en la utilidad o misión que es confiada al derecho penal. Veamos.

A . EL ANTIGUO RÉGIMEN

En el Estado monárquico el poder se encontraba edificado sobre una noción teológica, que dotaba al monarca de una potestad absoluta, concentrada y personalísima; había allí individuos privilegiados y con derechos, que *nacieron para ser servidos,* y otros que únicamente tenían deberes y obligaciones, que *vinieron al mundo para servir*; las relaciones sociales, políticas y económicas se fundaban en criterios teocéntricos; existía comunión entre Iglesia y Estado, así como identidad entre las nociones de pecado y delito, y predominaba la razón de Estado sobre el individuo. A partir de ello, entonces, el derecho penal se ocupaba de la infracción de deberes, con indiferencia total por el quebranto de los derechos, y la pena exigía una expiación mediante un castigo cruento.

B . EL ESTADO DE DERECHO

El Estado liberal o de derecho se sustentaba especialmente en los postulados de un contrato social pactado entre los individuos, y daba primacía a los derechos naturales del hombre, al evidenciar que como creación política él mismo se justificaba en la medida que protegiera los derechos de los miembros de la sociedad. Cobraron entonces especial valía las libertades

*******ebook converter DEMO Watermarks********

individuales así como la noción de derechos subjetivos, y con base en los postulados del iusnaturalismo racionalista se construyó lo que sería la génesis de la teoría de los derechos humanos, en cuanto facultades del individuo, previas al Estado y a la sociedad, que únicamente vienen a ser reconocidos y no concedidos por el poder. En suma, el individuo fue colocado sobre el Estado, del cual demandaba la protección de sus derechos y libertades inherentes por ser persona, así como la mínima, excepcional y reglada intervención en su órbita propia, privada: esfera restrictiva donde no podía ingresar legítimamente el Estado, al que correspondían obligaciones de no hacer, de *dejar hacer, dejar pasar,* y no interferir.

Como postulados básicos pueden señalarse: el derecho de castigar surge del pacto social; la responsabilidad penal no debe ser medida por la intención sino por el daño producido; se rechaza la tortura como medio de investigación; sólo puede tipificarse y castigarse como delito el daño al Estado, a la sociedad o al individuo; sólo la ley puede crear delitos y penas; el fin de la pena es impedir que el reo cometa nuevos hechos y disuadir a los demás de imitar su comportamiento; la pena debe ser pública, pronta, necesaria y proporcionada.

Si bien lo anterior constituyó una conquista con relación al Antiguo Régimen, pronto apareció el positivismo jurídico. Así pues, en el siglo XIX la ciencia penal alemana replanteó las construcciones sustentadas en el subjetivismo para dar paso al objetivismo, a la prevalencia del interés general sobre el individual, a la voluntad omnímoda del legislador, al silogismo de la justicia, y a entregar a los jueces un simple papel de *boca de la ley* sin permitirles inquirir por la justicia material de sus decisiones.

Más tarde, los horrores de la Segunda Guerra Mundial llevaron a que positivistas como Gustavo Radbruch , entre otros, se percataran de la necesidad de crear controles al legislador, a la vez que reconocieran la indeclinable obligación de dotar a las disposiciones legales de un soporte

******ebook converter DEMO Watermarks*******

axiológico que les otorgara validez material, más allá de la simple validez formal, a fin de conseguir que lo que era derecho también fuera justo, y que sólo fuera justo aquello que tratara a la persona humana en toda su dimensión ética, esto es, como fin en sí misma, sin traspersonalizarla ni mediatizarla para asegurar los fines de una comunidad, la sociedad y tanto menos del Estado, pues allí donde el poder degrada a la persona a simple cosa no puede tratarla como ser responsable, y en tales condiciones el derecho estatal no puede ser válido ni obligatorio, por obligar con la fuerza y no con el valor{58}.

C . EL ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Constituciones contemporáneas, como las de Alemania, Italia y España, y la nuestra de 1991, han incluido la dignidad humana, ya como valor, principio, e inclusive como derecho, en cuanto eje fundamental en las relaciones sociales, económicas y especialmente políticas, cuya materialización se concreta en la vigencia efectiva y real de los derechos fundamentales de las personas.

En su noción democrática otorga especial valía a los derechos de participación, como el voto universal, el plebiscito, el referendo, la revocatoria del mandato, la posibilidad de ser elegido, etc. En su ámbito social da cabida a los derechos económicos, sociales y culturales o de prestación, dirigidos a hacer efectiva la vigencia de los derechos fundamentales y las libertades individuales, y su gestión se vuelve intervencionista. Al derecho punitivo ingresan tipos penales de deber y responsabilidades por omisión, se protegen la salud pública, la seguridad social, los derechos de los trabajadores, y se enfatiza en el principio de solidaridad.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

D . DEL ESTADO DE DERECHO AL SOCIAL DEMOCRÁTICO EN COLOMBIA

En el Estado de derecho como modelo asumido por la Constitución de i886, las relaciones gobernante-gobernado se soportaban en el principio de autoridad; la labor de las autoridades se concretaba en el cumplimiento formal de la ley, con independencia de sus contenidos, su teleología y sus razones político sociales y económicas; el gobernado obedecía y se hallaba sujeto a la ley, no en atención al valor de la orden, sino al título de validez formal que asistía a quien la profería, sin cuestionar o criticar su contenido. Existía allí un régimen formal de libertades y garantías ciudadanas, y los derechos humanos tenían también mera presencia formal en el derecho penal, sin que la pretensión de este se dirigiera a hacerlos efectivos pues se limitaba simplemente a imponer el *orden social*.

Con ocasión de la Carta de 1991 se adoptó un modelo de Estado social y democrático de derecho que estableció como valor esencial y superior a la persona humana y sus derechos fundamentales, cuyo respeto le es debido a aquella por lo que merece, esto es, por su dignidad. El legislativo facultado para hacer las leyes encuentra límites en los fines esenciales del Estado, en el respeto y la promoción de la persona humana; no puede imponer un orden social; ha de respetar la diversidad, la diferencia, el pluralismo y la disidencia, partiendo del reconocimiento de una permanente situación de conflicto de intereses, propia de las sociedades democráticas.

La ley penal tiene que responder a unos principios y fines que le dan legitimidad material, más allá de la simple validez formal, lo que se refiere tanto a su creación como a su aplicación, lo cual compromete tanto al legislador como a los funcionarios judiciales, quienes asumen un papel político de garantes de los fines esenciales del Estado y del logro de la justicia en la decisión, pues se reconoce que justicia y ley no son sinónimos. Los derechos humanos obtienen garantía material, y la libertad de la persona

******ebook converter DEMO Watermarks*******

se coloca como supuesto de exigencia al Estado para tener legitimidad en su actuar. En síntesis, se revalúa el fundamento político del principio de autoridad y supremacía de la ley, y se afirma el principio de imperio de la persona humana.

II. NORMAS RECTORAS

Siguiendo metodológicamente el orden postulado por la Ley 599 de 2000, estas se desarrollan a continuación.

A . DIGNIDAD HUMANA

El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana. Tratándose de la legitimación del *ius puniendi,* el principio fundante o fuente de los principios está constituido por la persona humana y su dignidad, a partir de lo cual se extraen los valores que suponen su respeto; la dignidad es el título que fundamenta lo merecido por la persona, ubicándola como causa eficiente de su merecimiento; esto es, cuando el sujeto reclama lo merecido está ejerciendo su dignidad{59}.

Este principio supone que se reconozca a la persona como ser racional, consciente y libre, derivando en su diferencia, diversidad y unicidad, lo cual proscribe los procesos de homogeneización y de inoculación de valores; integra como presupuesto fundamental el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que exige el ejercicio pleno de su autonomía, autarquía e independencia tanto de pensamiento como de obra, siempre que no vulnere los derechos ajenos, pero también la protección del individuo cuando es sujeto pasivo de la acción penal ejercida por el Estado{60}; proscribe la prohibición de ciertas conductas erróneas, censurables, heterodoxas o

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pecaminosas a la luz de la religión y de la moral tradicional, así como el intento de ejercer una *tutela moral* sobre los gobernados adultos, imponiéndoles por medio de proposiciones prescriptivas el ejercicio de las virtudes y la repulsa de los vicios{61}.

La dignidad de la persona, es decir, lo que ella merece por su condición, es que se le trate con justicia, y ello se concreta en el respeto irrestricto de sus derechos fundamentales, tanto en la formación de la ley como en el trámite del proceso penal.

B. INTEGRACIÓN

Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral del Código Penal: con ello se ha incorporado expresamente el denominado "bloque de constitucionalidad" como soporte de todo el cuerpo normativo, y que obviamente se erige en elemento al cual habrá de someterse el juicio de validez material, así como la interpretación y aplicación de cada una de las disposiciones punitivas.

C . PRINCIPIOS DE LAS SANCIONES PENALES

La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

La necesidad de la pena se refiere a que no se pueda prescindir de su imposición, pues un mecanismo diverso haría nugatoria toda finalidad. La

******ebook converter DEMO Watermarks*******

proporcionalidad supone la ponderación de bienes jurídicos con relación a los medios dispuestos para asegurar su protección, con el objeto que la reacción estatal y los mecanismos dispuestos no resulten más gravosos que el daño derivado del delito; esto es, toda sanción en su cantidad y en su calidad debe aplicarse de conformidad con la naturaleza objetiva y subjetiva del delito. La razonabilidad alude a su moderación, para que la pena no sea excesiva ni insuficiente, y a su naturaleza, con el propósito que el fallador disponga, dentro de la órbita que le es permitida, de aquella sanción que más se ajuste al delito y a su autor.

D . FUNCIONES DE LA PENA

La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión.

La prevención general tiene lugar en el momento en que se eleva a la categoría de delito una conducta y tal disposición es dada a conocer a la sociedad, pues la consecuencia jurídica de carácter punitivo se utiliza como instrumento de persuasión, para que los individuos se abstengan de realizar el comportamiento allí definido. La retribución supone la causación de un mal a quien ha producido un mal, y ocurre cuando se impone judicialmente la pena, que para ser justa, requiere ser proporcional, en cuanto menos lesiva que el daño causado y consonante con el grado de culpabilidad. La prevención especial se dirige a conseguir que con la imposición de la pena el individuo desista de la comisión de nuevas infracciones al ordenamiento jurídico.

La reinserción social debe ser entendida como la obligación estatal de ofrecer al condenado todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad en procura de obviar un nuevo comportamiento delictivo, pero

*******ebook converter DEMO Watermarks********

con total respeto por su dignidad y por su autonomía, sin que sea viable, entonces, la inoculación de valores de cultura dominante. la protección al condenado apunta a salvaguardar, a quien ha realizado un delito, de los mecanismos parainstitucionales de justicia o de reacción por parte del sujeto pasivo de la conducta o sus familiares.

E . FUNCIONES DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD

En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.

La protección se refiere a salvaguardar bienes jurídicos, tanto de la comunidad por razones de defensa social, como de la víctima para evitar nuevos ataques. La curación es entendida como la obligación estatal de brindar al inimputable enfermo los medios médicos necesarios para su recuperación. La tutela se dirige a extraerlo de las eventuales reacciones vindicativas de la víctima o sus cercanos. la rehabilitación se refiere a capacitar al inimputable para adaptarse a las reglas de la vida social, en especial si la curación conforme a las posibilidades científicas no es posible.

F. LEGALIDAD

Tiene referencias normativas internacionales en los artículos 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 15.1 del Pacto de Nueva ork y 9° de la Convención de San José de Costa Rica. En la Constitución halla su soporte en los artículos 6o y 29.2; concreta la cláusula general de reserva entendida en dos sentidos: el primero, como la competencia restrictiva, retenida, exclusiva y excluyente que asiste al legislador para definir conductas susceptibles de sanción, asignar sus consecuencias, y fijar los

******ebook converter DEMO Watermarks*******

procedimientos de investigación y juzgamiento; así pues, el artículo 150.10 de la Carta dispone que el Congreso no puede conferir facultades extraordinarias al Presidente de la República para la expedición de códigos, leyes estatutarias u orgánicas; el segundo, como el conocimiento que ha de asistir a los destinatarios de la ley acerca de lo prohibido para saber lo permitido y de acuerdo con ello regular su conducta.

La cláusula general de reserva tiene su antecedente histórico en el artículo 4° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que prescribía: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no se pueden determinar sino por la ley"; en virtud del artículo 6° de la Constitución a los particulares les está permitido todo aquello que no se encuentre expresamente prohibido -siempre que el contenido y alcance de lo prohibido encuentre fundamento en los valores y derechos fundamentales-, en tanto que a los servidores públicos sólo les está permitido, con ocasión del ejercicio de sus funciones, realizar de forma única y exclusiva aquello para lo cual se encuentran expresamente facultados (art. 121 C. N.).

Si el Estado social y democrático de derecho garantiza la existencia de la diversidad, el pluralismo y la disidencia, dentro de la mayor amplitud democrática, no puede ser objeto de juicio de reproche penal lo que las personas son -por *peligrosas, inmorales o enfermas* que parezcan-; sólo debe sancionarse lo que las personas hacen, en cuanto se trate de conductas que vulneren bienes jurídicos importantes (derecho de acto); de ello se deriva que son dos las exigencias para efectuar el juzgamiento: la primera, referida a la existencia de un acto humano -no basta que se trate de un hecho humano-, lo cual supone el compromiso de sus esferas volitiva e intelectiva, es decir, que se trate de una conducta y no de la simple causación material y física de un

******ebook converter DEMO Watermarks*******

daño; la segunda, alude a evaluar precisamente esa conducta, con independencia de lo que la persona es: no es el autor el objeto de juzgamiento, sino el comportamiento y el daño en cuanto predicable de aquel.

Son tipos penales en blanco aquellos en los que el legislador remite a otras normas para completar o precisar la conducta objeto de regulación. Entonces, respecto de tales normas también es exigible la preexistencia, como recientemente lo precisó la Corte Constitucional con relación a la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria sobre tasas de intereses respecto del delito de usura{62}.

También dentro de esta norma rectora se hizo referencia al principio de favorabilidad, en virtud del cual es imperativa la aplicación de una norma legal por fuera de su marco temporal, esto es, para hechos ocurridos antes de su entrada en vigencia (retroactividad) con relación a procesados y condenados, y con posterioridad a su derogatoria para sucesos acaecidos durante su vigencia (ultraactividad) respecto de procesados, siempre que se trate de manera beneficiosa la situación del sujeto pasivo de la acción penal.

Se incluyó aquí la permisión expresa de la analógica *in bonam partem,* según la cual la consecuencia favorable dispuesta para un supuesto de hecho en la ley se hace extensiva y se aplica a un supuesto similar no contemplado legalmente; se construye a partir del principio *favor rei*, siempre que exista estrecha relación fáctica entre el supuesto regulado y el que se hace extensivo, así como identidad teleológica entre la consecuencia jurídica prevista y la asignada analógicamente.

G. IGUALDAD

La igualdad de las personas ante la ley no consiste en tratar a todos por igual, sino en tratar a cada uno de manera diferente desde su singularidad, unicidad y circunstancia personal. Esto supone que frente a la ley todos los individuos

******ebook converter DEMO Watermarks*******

son iguales, pero en sede de su individualización debe extraerse de las disposiciones legales un igual tratamiento a situaciones iguales, como también desigual trato a situaciones diferentes, lo cual corresponde a la ponderación que efectúe el investigador o fallador fundado en una justificación objetiva, razonable y razonada{63}.

H . PROHIBICIÓN DE DOBLE INCRIMINACIÓN

El principio *non bis in idem* se encuentra en los artículos 14.7 del Pacto de Nueva ork y 8.4 de la Convención Americana de San José de Costa Rica; se refiere a dos contextos diferenciables: el primero, la imposibilidad de doble investigación, que no se asienta sobre la cosa juzgada, pues bien puede ocurrir que se trate de unos mismos hechos investigados simultáneamente sin que se haya definido de fondo en alguno de ellos; el segundo, la imposibilidad de doble fallo, que se sustenta en el principio de cosa juzgada y apunta a la imposibilidad absoluta de fallar o sancionar dos veces por lo mismo, dada la vocación de seguridad y certeza jurídicas que deben ofrecer las decisiones de fondo en un trámite penal.

El objeto de confrontación entre los dos trámites en curso, o entre el proceso ya fallado y el nuevo, son los hechos, con independencia del *nomen iuris* con el que se les califique; esto es, la atención debe fijarse es en los hechos fenomeno- lógicamente considerados y no en su calificación legal o penal.

I. CONDUCTA PUNIBLE

En virtud de la dignidad como valor esencial en la Carta de 1991, resultaba obvio que no podía continuar desligándose el acto típico (conducta) de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

noción de persona, pues como ser racional esta se halla en capacidad de conocer, captar y aprehender hechos y situaciones para orientar su acción, esto es, decidir y obrar. La razón y la voluntad, entonces, permiten que se le tenga como sujeto de derechos y obligaciones, exigente y exigido, libre y responsable, más aún cuando es destinatario de los tipos penales; y desde allí en el ámbito de la tipicidad tenía que colocarse la conducta como presupuesto de lo típico, pues si uno de los fines de la tipicidad es concretar el principio de legalidad, a fin de dar a conocer lo prohibido, tal prohibición sólo se estructura a partir de la existencia de referentes subjetivos en la decisión de vulnerar la norma, habida cuenta que verificar lo prohibido para concluir lo permitido sólo es posible en la medida que se trate de acciones voluntarias o con participación de la voluntad, y no de la producción de daño por simples cursos físicos causales{64}.

La volición como exigencia subjetiva de la tipicidad impone reconocer al hombre como ser dotado de razón, lo cual se halla conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo io° establece: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

Por lo tanto, el dolo, la culpa y la preterintención son formas de conducta -y no formas de culpabilidad, como lo entendía la doctrina mayoritaria-, necesarias para reconocer la dimensión racional de la persona humana en el Estado social y democrático de derecho, esto es, para hacer efectivo el título de lo que merece, su dignidad.

Con relación a los inimputables es preciso que se verifique, además de la existencia de conducta típica y antijurídica, la ausencia de causales excluyentes de la responsabilidad.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Unica y exclusivamente el legislador se encuentra facultado para determinar conductas sujetas a sanciones, debiendo definirlas de manera clara, expresa, estricta, escrita, inequívoca e indubitable. Si la tipicidad concreta la legalidad y la regla de reserva de la persona a fin de que decida adecuar o no su conducta al supuesto de hecho para el que el legislador ha dispuesto una consecuencia punitiva, es preciso que el comportamiento sea definido en todas sus características y elementos se manera que no conduzca a equívocos, indebidas comprensiones o anfibologías; también es necesario que su grado de precisión excluya cualquier posibilidad de aplicación a conductas que no están cobijadas por su texto.

Con relación a las conductas omisivas se exige que el deber no realizado se encuentre de modo expreso reseñado por el legislador o el constituyente, pues con ello se evita, de un lado, la censura por la omisión de deberes meramente sociales o religiosos, y de otro, se entrega un principio de certeza sobre las obligaciones que por estar contenidas en la ley se presumen de conocimiento de todos, en especial de sus destinatarios.

K . ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad, siendo una sola, se descompone en dos elementos que la estructuran, así: el primero, la antijuridicidad formal, que se refiere a la simple realización de la ley, esto es, la comisión de la conducta definida como sancionable penalmente, con independencia de cualquier otro tipo de valoración; el segundo, la antijuridicidad material, alude a la vulneración o puesta en peligro del bien jurídico objeto de tutela; pero debe agregarse que la norma rectora analizada exige que ello se produzca “efectivamente”, de donde se concluye que se trata de un quebranto o peligro con carácter material, efectivo, real y concreto, no presunto, probable, factible o abstracto.

En suma, un daño puede no ser delito, pero todo delito debe aparejar un

******ebook converter DEMO Watermarks*******

daño cierto, o por lo menos una puesta en peligro real de los bienes jurídicos protegidos. A partir de esto, entonces, no hay antijuridicidad material cuando el bien objeto de tutela permanece indemne por no haber estado expuesto a daño o peligro, *v. gr*., por ausencia del objeto material sobre el que debía recaer la conducta; tampoco la hay cuando la lesión al bien jurídico es ínfima e insignificante, p. ej., en los delitos de bagatela.

L . CULPABILIDAD

Unicamente puede ser objeto de reproche el comportamiento típico y antijurídico, cuando ha sido producto de la voluntad del individuo, y siempre que se encontrara en condición de comportarse de manera diversa conforme a derecho. La responsabilidad objetiva o por la simple causación del resultado contraviene este postulado.

Es en la voluntad donde se establece el límite entre la llamada responsabilidad objetiva y la responsabilidad por el acto o por la conducta (responsabilidad subjetiva), y es esta última la única que posibilita la Constitución Política en materia penal.

M . NORMAS RECTORAS FUERZA NORMATIVA

Las normas rectoras no constituyen meros postulados programáticos o de intención, sino que tienen un especial carácter normativo supralegal con relación a las demás disposiciones de la Ley 599 del 2000, e infraconstitucional respecto de la Constitución Política, a la vez que sirven como faros de guía para interpretar y desentrañar el sentido del sistema penal; por lo tanto priman sobre el resto de articulado del Código Penal.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

III . CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL

A . PÚBLICO

El interés por la protección de los bienes jurídicos y por la ejecución de las penas es de índole pública (aspecto objetivo); es el Estado quien ejerce el poder y le asiste el monopolio de la fuerza (aspecto subjetivo), y es a los funcionarios judiciales del Estado a quienes corresponde investigar, acusar y condenar, aun de manera oficiosa sin que los particulares soliciten su intervención denunciando hechos delictivos.

B . JUDICIAL

Por regla general, los únicos autorizados para administrar justicia penal son los fiscales y los jueces, con absoluta exclusión de los particulares y funcionarios administrativos. No obstante, de manera exceptiva se ha permitido que algunos particulares se involucren en las decisiones penales, como ocurre, *v. gr*., con los centros de conciliación en procura de conseguir un desistimiento o un acuerdo entre los interesados en el trámite penal, pero en todo caso la decisión final será de estricta naturaleza judicial.

C . TELEOLÓGICO

Conforme al artículo 2.2 de la Carta Política puede expresarse que constituye finalidad del derecho penal la protección de las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, que a partir de los valores superiores de la persona humana y la dignidad integra la noción de

*******ebook converter DEMO Watermarks********

bien jurídico como soporte y etiología de las disposiciones legales, permite identificar sistemáticamente su tutela con relación a conductas humanas que los pongan en peligro o los quebranten{65}, y obviamente abandona, entre otros, el derecho de autor, el derecho de ánimo, los comportamientos inocuos, la ausencia de daño y la imposibilidad de lesión.

D. LIBERAL

El derecho penal bebe de los postulados iluministas de la Revolución Francesa de 1789, como fuente imperecedera y siempre vigente, en virtud de los cuales se garantiza al individuo su libertad contra el capricho del Estado, y entre otros los principios de lesividad, de culpabilidad, del acto, de la legalidad de delitos y penas, de proporcionalidad, de proscripción de la analogía, de irretroactividad, y de humanidad.

E . FRAGMENTARIO

Si bien corresponde al derecho penal la tutela de bienes jurídicos, su interés no se centra en todos los bienes jurídicos sino única y exclusivamente en aquellos que tienen especial relevancia para conseguir y asegurar la convivencia entre los miembros de la sociedad; pero además, no le competen todas las lesiones o puestas en peligro de tales objetos de su protección, sino solo aquellas que en efecto sean graves y de entidad, pues el resto del ordenamiento jurídico debe brindar los elementos pertinentes de protección, de donde se desprende que al derecho penal únicamente le corresponden aquellos fragmentos de las relaciones sociales, económicas, políticas, etc. donde han fracasado los otros instrumentos de control social y de solución de conflictos.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

F . GARANTISTA

Esta característica puede evaluarse desde dos vertientes: la primera, si se entiende que el derecho penal constituye el último instrumento al que ha de acudir el Estado para morigerar los conflictos, y si se asume que la consecuencia brindada por este derecho es la más drástica, grave y violenta de todo el orden jurídico, lo menos que puede hacerse es aminorar la gravosa situación de quien es sometido a tan penoso control social, y respetar sus garantías ciudadanas, así como las prerrogativas legales que le asisten en su especial condición de sujeto pasivo de la acción penal ejercida por el Estado; la segunda, desde la perspectiva de la misión del derecho penal como elemento catalizador en los conflictos sociales; vale decir, también le corresponde asegurar a los ciudadanos que su reacción, además de legítima, es cierta y efectiva, pues lo contrario no garantiza la convivencia entre sujetos diversos, y muy seguramente su inoperancia conducirá a mecanismos parainstitucionales y paraestatales.

G . VALORATIVO NORMATIVO

Si bien el derecho penal no puede identificarse con un conjunto de disposiciones legales, no hay duda que en ellas se concretan sus reglas y sus consecuencias, y por ello se le tiene como normativo; pero además, esas normas recogen un conjunto de valores previamente seleccionados, motivo por el cual se dice que es también valorativo.

H . DUALISTA

Conforme a las consecuencias jurídicas que disponen sus reglas, se afirma que el derecho penal es dualista porque asigna a los imputables penas, en

*******ebook converter DEMO Watermarks********

tanto que para los inimputables señala medidas de seguridad.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

CIELO MARIÑO ROJAS

Lección 4: Relaciones del derecho penal con la criminología

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La evolución del pensamiento en Occidente ha demarcado diferentes manifestaciones de la criminología y del derecho penal, lo que a su vez ha determinado la relación entre las dos disciplinas.

I . LOS ALBORES

El origen de la relación entre el derecho penal y la criminología se puede situar en los inicios del derecho penal, dentro del pensamiento clásico. La razón fue el arma contra el Antiguo Régimen, el absolutismo monárquico. Los iluministas asumen una posición crítica respecto al orden existente, al Estado y a su manifestación, el delito y la pena.

La escuela clásica del derecho penal se nutrió del iluminismo y se basó en el derecho natural. Sobre la base del libre albedrío se justificó la responsabilidad legal.

Muchos autores ubican el inicio de la criminología en la llamada escuela clásica de la criminología, siendo Cesare Beccaria el primero en formular sus principios{66}, pero la criminología surge, como ciencia, con el positivismo, ya que en el iluminismo se planteó básicamente en el plano filosófico.

La criminología va unida a lo político dentro del pensamiento clásico: "se borran las diferencias entre derecho penal, criminología y política criminal, y se ve todo como un solo problema: el fenómeno criminal o el poder del Estado de sancionar. El delincuente nace con el contrato social, con la sociedad organizada", anota Juan Bustos Ramírez {67}.

II . EL POSITIVISMO EN EL DERECHO PENAL

******ebook converter DEMO Watermarks*******

LA CRIMINOLOGÍA

El positivismo heredó del iluminismo sus tendencias utilitarias, tendencias que apoyaron el surgimiento de una economía mercantil y de la clase social ligada a este modo de producción: la burguesía. El positivismo es la ideología de la naciente burguesía industrial. Para este modelo de pensamiento el orden social dado es un absoluto que no admite cuestionamiento.

Dentro de este modelo de pensamiento la relación de causa a efecto explicaba los fenómenos sociales (modelo etiológico). Como en las ciencias naturales, y tomando su método científico, basado en el empirismo, los hechos sociales se explicaron causalmente. El conocimiento será objetivo al depender solo del objeto, sin referencia a quien conoce o a los procesos que han mediado en el conocimiento.

A. DERECHO PENAL

Dentro del derecho penal el pensamiento positivista se vio reflejado en el positivismo jurídico penal, siendo Binding su principal representante: en esta "corriente [...] el objeto de estudio del jurista quedó reducido sólo a la norma, como hecho -absoluto- observable, y respecto del cual había que establecer un modelo explicativo basado necesariamente en principios dogmáticos"{68}; y en la escuela sociológica del derecho penal de Franz von Liszt , en Alemania, quien pretendió realizar un modelo integral *(gesamte Strafrechtswissenschaft)* de ciencia penal donde los diferentes conocimientos normativos, sociológicos y antropológicos relativos al fenómeno criminal se unieran.

B . CRIMINOLOGÍA POSITIVISTA

******ebook converter DEMO Watermarks*******

El origen de la criminología como ciencia se ubica en el siglo xix con el positivismo criminológico que plantea una metodología científica, al dar la posibilidad de una verificación conceptual y empírica.

La criminología positivista, constituida básicamente por las disciplinas antropológicas y sociológicas referidas, se desarrolló dentro del paradigma etiológico, y consideró al delincuente como un ser anormal, determinado por condiciones biosicológicas, según el postulado lombrosiano. De acuerdo a estas premisas, anota Alessandro Baratta , la criminología tendrá una función auxiliar respecto al derecho penal al transmitirle los conocimientos antropológicos y sociológicos necesarios para satisfacer la tarea de conceptualización y sistematización ontológica y naturalista de este derecho{69}. Tal fundamento ontológico toma lo *criminal* como un dato preconstituido, independiente de los procesos que lo producen.

La criminología positiva y la mayoría de la criminología liberal toman de una población ya seleccionada por el sistema de justicia penal su objeto de investigación, aceptando las definiciones legales de criminal, y adoptando los resultados sin tener en cuenta los procesos de definición y selección de los cuales son producto, razón por la cual su carácter científico se pone en duda, como lo señala Baratta 5.

Así, en la relación entre las dos ciencias la investigación criminológica tenía una posición auxiliar y de dependencia. Partía de los mismos presupuestos ideológicos del derecho penal, que a pesar de los cambios en ambas disciplinas han permanecido.

La ideología de la defensa social es la ideología común a la escuela clásica y a la positiva, aun cuando sus concepciones del hombre y la sociedad sean diversas{70}. Estas teorías tradicionales se basaban en el consenso, y como expresión de éste el Estado estaría legitimado. Esta ideología ha sido, a través de la criminología liberal y la crítica, rebatida.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

III . EL FUNCIONALISMO EN LAS DOS CIENCIAS

El funcionalismo se considera un continuador del positivismo al situar al individuo en una relación antagónica con la sociedad, que parte igualmente de un modelo consensual. Su objetivo será el de ofrecer elementos desde la sociología para el ordenamiento *(mantenimiento* o *desarrollo,* en palabras de Parsons) de la sociedad capitalista posterior a la Primera Guerra Mundial. Representa la ideología de la burguesía industrial desarrollada.

El funcionalismo estudia la conducta social delictiva y su concepto central será la *desviación* respecto a una norma social. Representa un avance frente al positivismo en cuanto ya no trabaja con una concepción naturalista de causas de la criminalidad.

A su vez, el concepto de función le permite concebir a la sociedad como un proceso que no se estudiará aisladamente sino con relación al contexto. Si bien la sociedad se considera en forma dinámica, el mundo social se sigue considerando de forma absoluta. Una de las mayores críticas que ha recibido el funcionalismo es el carácter neutral que le da a la norma social y a la desviación.

La influencia que tuvo el funcionalismo sobre la criminología se ve en la teoría de la anomia y de la desviación (R. Merton{71} y T. Parsons), las teorías de las subculturas criminales (Sellin, A. K. Cohen, R. A. Cloward, Ll. E. Ohlin), la teoría del contacto diferencial (E. H. Sutherland{72}), y la teoría de las técnicas de neutralización (G. M. Sykes y Matza).

Estas teorías constituyen la *criminología liberal*, que no ofrece una alternativa suficiente para superar el paradigma tradicional. Esta criminología dio las bases para una nueva estrategia de control acorde con el capitalismo avanzado que se desarrolla no sólo en la represión jurídico penal sino en los métodos menos formales de control social, distantes de las garantías del Estado de derecho respecto de la pena{73}. Ejemplo de ello es el tratamiento

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de los adolescentes infractores, a quienes se somete a una política de *protección* que desconoce las mínimas garantías procesales de un derecho penal democrático{74}.

Respecto al derecho penal la influencia del funcionalismo no ha sido tan fuerte como aquella del positivismo. Dentro de la teoría de la acción influyó inicialmente en la "teoría de la acción social", pero es en la "teoría de la acción final", que busca separarse del causalismo y dar un alcance teleológico a la acción, donde se presentan mayores similitudes con los planteamientos de Weber e incluso de Talcott Parsons , sostiene Bustos Ramírez , quien señala además, respecto al concepto de culpabilidad, que se ha querido superar al positivismo sin alejarse definitivamente de él{75}.

IV . NUEVOS MODELOS DE PENSAMIENTO

Los años 60 traen guerra y manifestaciones antiarmamentistas, el movimiento *hippy,* las luchas raciales, el feminismo, propuestas de nuevas percepciones del mundo, desde la conciencia expandida, en medio de un modelo consumista. La causalidad se rebate, interesa saber cómo se construye esa realidad que no se puede entender de manera lineal porque es múltiple, y la respuesta será una explicación que se apoya en la teoría de la relatividad y en la teoría cuántica, con su principio de incertidumbre, a la que se podría denominar, como lo hizo Carl Gustav Jung , *sincronicidad.*

-Las bases teóricas del *interaccionismo simbólico* vienen desde antes de la Primera Guerra Mundial, con Georg H. Mead ; se desarrolla en diferentes direcciones: el enfoque "dramatúrgico" de Erving Goffman {76}, la fenomelogía de Peter Berger y Thomas Luckmann , y la etnometodología de H. Garfinkel , entre otras.

El interaccionismo, según Lola Aniyar de Castro , ubica los estudios criminológicos en los orígenes de toda la problemática delictiva, es decir en

******ebook converter DEMO Watermarks*******

el Estado y el poder, en la selectividad clasista y en la distribución diferencial de la criminalidad{77}.

El interaccionismo cuestiona la neutralidad del conocimiento ya que se centra en el sujeto, en el proceso de comunicación. Estudia por tanto el proceso de significación que implica la intercomunicación, adjudicando un carácter social a tal comunicación. De esta manera, en el campo criminológico los interaccionistas plantearán el carácter criminógeno del proceso de control.

A esta teoría se le ha criticado de idealista en tanto considera que la sociedad se desarrolla alrededor de la armonía del o y el Mí sin tener en cuenta las estructuras sociales, aunque algunas tendencias dentro de ella plantean la necesidad de "tener como trasfondo una comprensión macrosociológica de sus aspectos estructurales"{78}.

-La teoría del *labelling approach* o de la reacción social, surgida dentro del interaccionismo simbólico, influyó decididamente, junto con las teorías del conflicto, dentro de la criminología en tanto marcó un cambio de paradigma: del etiológico al de la reacción social. Esta teoría estudia la criminalidad como el resultado del proceso de *adjudicación* exitosa del *status* de criminal a través de procesos de definición y selección{79}.

Esta aproximación teórica refuta el principio de la igualdad de la ideología del derecho penal. Las investigaciones hechas dentro del *labelling approach* han demostrado que la desviación y la criminalidad no están ontológicamente determinadas, sino definidas, creadas, por medio de mecanismos oficiales y no oficiales de criminalización.

-Quienes trabajan las *teorías sociológicas del conflicto* hacen un análisis macrosocial, ya que para ellos las relaciones de poder, la posibilidad o no de ejercerlo, son las determinantes de la posición que se ocupa en el proceso de definición. Estas teorías pudieron demostrar la desigual distribución del *status* de criminal y del poder de definición entre los grupos sociales.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

En este contexto el consenso no será entonces un producto espontáneo de la integración social, como lo pretendía el modelo armónico de la sociedad, sino producto de los procesos que lo aseguran.

-El paso de la criminología liberal a la crítica se da con el *labelling approach* y con las teorías de la criminalidad dentro del marco de las teorías del conflicto. La *criminología crítica* tomará como objeto de análisis al sistema penal, entendiéndolo como el conjunto de procesos de criminalización formales e informales dispersos por lo social.

La criminología ha extendido su objeto de estudio, más allá de las instancias oficiales, a la totalidad del sistema de control social, a los procesos informales de reacción social, como las definiciones comunes de la criminalidad{80}, las *every day theories;* a las instancias de control social informal, como la escuela o la fábrica{81}, donde se disciplina y ocurren procesos de selección en clave de autoridad, verticalidad y exclusión. Estos mecanismos nutrirán las instancias oficiales de control social de manera selectiva. En este proceso de criminalización, las decisiones de los operadores de la justicia están afectadas por una serie de prejuicios y estereotipos{82}. Las investigaciones han descubierto que, dentro de las múltiples variables que intervienen en la decisión del juez, solamente una parte corresponde a las pautas sustantivas y procesales penales, interviniendo una complejidad de mecanismos reguladores que actúan en la sociedad en general{83}, así como la influencia que sobre ellos ejercen diferentes grupos y los medios de comunicación.

A su vez se ha señalado cómo el control social formal actúa entre un mínimo y un máximo de coercitividad, donde el control de tipo jurídico penal está en un extremo, con una respuesta custodial que se construye cada vez más en clave de "máxima seguridad", y en el otro se hallan las respuestas asistenciales, administrativas, existiendo entre estos extremos una permanente circulación interactiva de las situaciones problemáticas{84}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Frente a esta situación de la justicia penal se desarrollan dos tendencias dentro de la criminología crítica: el minimalismo, que pretende reducir la violencia punitiva a través de un derecho penal mínimo, que describe Mauricio Martínez como aquel derecho penal "construido sobre la base de unos principios mínimos que garanticen el respeto a los derechos humanos y que constituyan un límite al poder punitivo"{85}, y el abolicionismo, que promueve formas diversas de percepción y de gestión de los conflictos sociales{86}.

La autonomía de ambas disciplinas es clara. El derecho penal no determina ya el objeto de la criminología en tanto ésta, como teoría crítica, va más allá de la criminalidad, ocupándose del sistema penal en general.

De la misma manera que la criminología dio un giro radical y se ocupa hoy de los procesos de control, así también, dice Juan Bustos Ramírez , el derecho penal ha dado un cambio, del esquema dogmático del delito al estudio político criminal de la pena, llevando ello a pensar en una posible interrelación en tanto ambos campos se centran sobre el control{87}.

Para cerrar estas notas sobre los matices que ha tomado la relación entre ambas ciencias podemos tomar, a título de ejemplo, el caso latinoamericano, donde se ha dado un "derecho penal *crítico*"{88}. Este derecho penal, junto con la criminología, señala Eugenio Raúl Zaffaroni , puede realizar un modelo *integrado* diferente, con una ética de la que surgiría la actividad doctrinaria y judicial, y con elementos para una estricta reconstrucción de las garantías. Así, la efectividad de los derechos humanos seria la finalidad compartida a través de la cual penalistas y criminólogos podrían contribuir a la realización de un sistema de justicia penal realmente democrático.

BIBLIOGRAFÍA

Aniyar de Castro, Lola. *Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y*

******ebook converter DEMO Watermarks*******

criminología de la liberación, Maracaibo, Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, 1981.

Baratta, Alessandro. *Criminologia critica e critica del diritto penale: Introduzione alla sociologia giuridico-penale,* Bolonia, Il Mulino, 1982.

Baratta, Alessandro . "The Role o Criminal Law Science Within the System of Social Control and its Attitude Toward New Criminology", en *Escritos seleccionados,* 1, del Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology, Rotterdam, Universidad Erasmus, 1987.

Berger, Peter y Thomas Luckmann. *La construcción social de la realidad,* 15ª reimp., Buenos Aires, Amorrortu, 1998.

Bustos Ramírez, Juan . "Criminologia y evolución de las ideas sociales", en Roberto Bergalli , Juan Bustos Ramírez y Teresa Miralles . *El pensamiento criminológico* 1: *Un análisis crítico,* Bogotá, Temis, 1983.Bustos Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal español. Parte general,* Barcelona, Ariel, i9[8]4**.**

Chapman, Dennis. *Lo stereotipo del criminale: Componenti ideologiche e di classe nella definizione del criminale,* 3a ed., Turin, Einaudi, 1971.

Goffman, Erving. Asylums: *Le istituzioni totali, i meccanismi dell'esclusione e della violenza,* 7a ed., Turin, Einaudi, 1980.

Hulsman, Louk y Bernat de Celis . *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa,* Barcelona, Ariel, 1984.

Kitsuse, John y Aaron Cicourel . " A Note on the Uses of Official Statistics", en *Social Problems,* vol. 2, 1963.

Mariño Rojas, Cielo. "Hacia una nueva infancia", en CD xi Congreso Internacional de Derecho de Familia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Martínez, Mauricio. *¿Quépasa en la criminología moderna?,* Bogotá, Temis, 1990.

Mc Naughton-Smith, P "The Second-Code. Toward (or Away From) an EmpiricTheory of Crime and Delinquency", en *Journal of Research in Crime and Delinquency,* vol. 5, 1969.

Pavarini, Massimo. *Cárcel y fábrica: Los orígenes del sistema penitenciario,* México, Siglo XXI,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

1980.

Pavarini, Massimo. *I nuovi confini della penalità: Introduzione alla sociologia della pena,* Bolonia, Martina, 1994.

Taylor, Ian ; Paul Walton y Jock oung . *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada,* 2a reimp., Buenos Aires, Amorrortu, 1997.

Zaffaroni, Eugenio Raúl . *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal,* 2a ed., Bogotá, Temis, 1993.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ

Lección 5: Relaciones del derecho penal con otras disciplinas

******ebook converter DEMO Watermarks*******

PRESENTACIÓN

El derecho penal se nutre de contenidos sociales, políticos e históricos, y por tanto la formación de un sistema penal depende en gran medida de estas estructuras básicas. No puede entenderse el derecho penal sin conocer, al menos en sus bases, las disciplinas que lo nutren. Es así como se acude entonces a la política criminal, a la criminología, a la sociología y a la filosofía del derecho, entre otras, para tener un conocimiento pleno del marco y el fondo de la ciencia penal.

Tratándose del conocimiento de los presupuestos, es muy discutible que disciplinas como esas se puedan llamar "auxiliares", y mucho más que pueda prescindirse de ellas a la hora de hacer derecho penal, sea que se lo haga como ciencia penal o como sistema penal.

En efecto, cada concepción dentro de la ya larga evolución de teoría del delito -que lleva al menos doscientos años "dando vueltas sobre sí misma"- se dio en un momento histórico determinado que ejerció gran influencia en la escogencia del método y el fundamento de cada una de las construcciones teóricas. Es así como vemos la elaboración de los conceptos jurídicos y de las teorías del delito elevarse sobre fundamentos iusnaturalistas, formalistas, historicistas y sociológicos.

Todas estas relaciones que experimenta el derecho penal con otras ciencias generan marcos claros de aplicación e interpretación, y por ende se puede pensar que imponen o tratan de imponer límites al poder punitivo del Estado. se puede decir que no todas lo logran, o al menos no en el mismo sentido y en el mismo grado.

El estudio de la normatividad penal no es entonces ajeno a las valoraciones y límites que emanan de los presupuestos sociales y filosóficos en que descansan los conceptos de la ciencia penal. Estamos, pues, frente a

*******ebook converter DEMO Watermarks********

una disciplina social con presupuestos formales y materiales, y por tanto sus contenidos sistemáticos y valorativos no son ni pueden ser totalmente arbitrarios.

Observemos entonces cuáles son esas relaciones, a grandes rasgos.

I. LA CONSTITUCIÓN

Los postulados que contienen los más importantes límites normativos al poder punitivo del Estado o *ius puniendi,* han venido recogiéndose en textos constitucionales de todos los países y continentes, a partir sobre todo de la Segunda Guerra Mundial. son precisamente los preceptos constitucionales los que dibujan el derecho penal de cada país y crean el marco superior de referencia para las normas jurídicas respectivas, en lo que a la justicia criminal se refiere, y por cierto tanto la sustancial como la procesal. Al limitar o delimitar el poder punitivo estatal, las normas penales de la Constitución aparecen como garantías para los ciudadanos frente al poder del Estado. Jescheck las denomina "Principios de política criminal", pues considera que indefectiblemente estos orientan la misma. Con todo, esta última acotación puede ser cierta pero es equívoca, porque parece crear la ilusión de que toda política criminal está de acuerdo con las normas, principios y valores de la Constitución, y esto precisamente podría obrar como obstáculo ideológico para descubrir, denunciar y combatir las proposiciones inconstitucionales que puedan ofrecerse por dentro o por fuera de la ley.

Es la Constitución la que orienta la política criminal{89} que da lugar a la legislación de un determinado país, y a su vez se entiende que la "dogmática del sistema penal" se construye por la doctrina y la jurisprudencia también dentro de ese marco. Si en algún caso no sucede así, la crítica se encargará de delatar las desviaciones de la ley o de la teoría jurídica con respecto a las

******ebook converter DEMO Watermarks*******

formas o contenidos de la Carta. En otros términos: la ley penal contiene la política criminal del Estado y la teoría jurídica la de los juristas; pero una y otra tienen que adecuarse a las formas y valores de la Constitución y respetar tanto sus principios cuanto sus valores superiores (que son los "valores superiores del ordenamiento jurídico").

Si desentrañamos el verdadero sentido de la afirmación anterior debemos concluir que la interpretación de la Constitución influye de manera directa en la configuración del derecho positivo en general y del derecho penal en particular. De allí se nutren entonces las normas jurídicas con su verdadero contenido, por lo que es claro que el sistema penal evoluciona o involuciona de acuerdo con estas interpretaciones.

Ahora bien, el sistema penal no es otra cosa que la proyección de los postulados constitucionales en el campo de la lucha social contra el crimen y la impunidad, que, situada en el adecuado marco constitucional, no puede verse sino como una parte de la lucha general del Estado social y democrático de derecho por el respeto y el desarrollo de los derechos fundamentales e internacionales de todas las personas. O sea que todas las normas y teorías del sistema penal tienen que ser desarrolladas bajo el cumplimiento irrestricto de los principios constitucionales de garantía y protección a los derechos fundamentales, pues si no se hace no sólo se incumple el "programa penal de la Constitución", sino también uno de los objetivos esenciales del Estado social y democrático de derecho.

La Constitución se desarrolla dentro de un concepto racional normativo pues de ella dependen las leyes, y frente a estas, además, se ejerce el control constitucional, asegurando que no exista ninguna contradicción entre la primera y las segundas, razón por la cual se ha creado, no sólo en Colombia sino en muchos Estados, un Tribunal Constitucional[490], siendo entonces la Constitución, la Carta Política, una norma principal, tal y como lo menciona, en el caso de la Constitución colombiana de 1991, el constituyente Palacio

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Rudas 3.

"El legislador depende de esta 'fuente' para poder construir el resto de normas jurídicas en forma legítima"{91}. Este aserto no implica demeritar la ley sino, por el contrario, afirmar que ella desarrolla a cabalidad lo previsto en la "fuente principal", como corolario claro de la "supremacía constitucional"{92}.

"Desde una perspectiva diferente, desde el campo del conocimiento que nos es propio, la ciencia del derecho, se habla de fuentes del derecho para referirse a las normas que determinan cuáles son lo sujetos o actos a los que el ordenamiento jurídico atribuye la facultad de crear normas (fuentes de producción), los procedimientos o modos por los cuales se crea el derecho (fuentes sobre la producción), y las formas a través de las cuales se expresa el derecho"{93}.

El sistema penal es un conjunto entrelazado de reglas o principios sobre la materia criminal{94}, tanto en lo sustantivo como en lo adjetivo.

"Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerá del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución: si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o impunidad de una conducta no será la actividad meticulosa y ordenada que debería ser sino una cuestión de lotería"{95}.

La dogmática penal debe ser entendida, por consiguiente, como la concentración de los fundamentos del sistema en cada paso de la interpretación legal de los tipos.

II. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La relación entre los tratados internacionales y el derecho penal es obligatoria, en la medida en que aquellos estén vigentes en el orden interno. ,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

frente a los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, la Constitución misma determina que éstos prevalezcan en el orden interno.

El derecho penal, por consiguiente, debe surgir no solo como mecanismo de protección de los derechos fundamentales (contenidos en la Constitución), sino también de los derechos humanos internacionales que están contenidos en los tratados. La prioridad de esos derechos no sólo es interpretativa: también es práctica o realizativa, y no sólo compromete la política criminal sino igualmente la política social en general, o sea el conjunto de los instrumentos de acción social del Estado constitucional de derecho. Sobre estos parámetros sostiene Fernández Carrasquilla que "los derechos humanos internacionales y los derechos fundamentales o derechos subjetivos constitucionales no necesitan sólo respeto sino también promoción social y política [...] por lo que se requiere una actitud activa y combativa de desarrollarlos y por tanto de remover todos los obstáculos que se opongan a su realización y progreso"{96}.

Se impone en un Estado democrático{97}, entonces, la defensa de los derechos humanos{98} y una política criminal desarrollada sobre estos postulados fundamentales. Los tratados sobre derechos humanos serán por tanto límites al poder punitivo del Estado en materia penal y además, en general, valores superiores y fines esenciales del Estado, como ciertamente también de la teoría jurídica. Que ellos sean jurídicamente obligatorios para el legislador resulta claro por el carácter de "norma de normas" que posee la Constitución, y por el carácter prevalente y prioritario que los derechos fundamentales e internacionales asumen dentro de ésta. que lo sean también para el jurista podría parecer más discutible frente a la libertad ideológica propia de un Estado pluralista.

Pero si bien el jurista conserva esa libertad *de lege ferenda,* en sus proposiciones *de lege lata* no puede en forma alguna soslayarlos ni traicionarlos, so pena de incurrir en fabricación de teorías o interpretaciones

******ebook converter DEMO Watermarks*******

inconstitucionales o contrarias a los derechos fundamentales e internacionales, y por tanto carentes de legitimidad. Las proposiciones del jurista, en la medida en que hace el papel de intérprete de la Constitución, de las leyes y en general del derecho positivo, tienen que adecuarse también a las normas, principios y valores de la Constitución. Ello hace parte de su obligación, sin duda, pero también y en primer lugar de su buena fe científica y por tanto de su honestidad como jurista de un Estado social y democrático de derecho.

El establecimiento de normas universales que protegen los derechos humanos surge históricamente ante su violación cruenta en diferentes épocas, por lo que devienen en obligatorias para todos los países y para las personas en particular.

En la Constitución colombiana de 1991 se incluyeron mecanismos para promover y realizar la protección de los derechos fundamentales; en este contexto sobresale el artículo 93, que prescribe: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohiben su limitación en estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia"[{99}].

Lo anterior nos permite concluir que el sistema penal actual surge de la consideración principal del respeto a los derechos humanos y asume los valores allí inscritos.

III. OTRAS DISCIPLINAS

A. CRIMINOLOGÍA

******ebook converter DEMO Watermarks*******

> El delito es un fenómeno social, y como tal fenómeno social debe analizarse. Estimo desacertada esa óptica estrecha que contempla al delito como un acontecimiento individual, como suceso aislado en la vida de una persona. Ahora bien, un fenómeno social que hace referencia obligada a valores. No es un hecho social neutro, aséptico.
>
> García Pablos

La criminología, como ciencia social, se ha encargado de estudiar{100} el delito, en sus causas, cómo surge y cuál ha sido su desarrollo en la sociedad, observando entonces los factores que conllevan a la conducta delictiva y analizando las formas y evoluciones que se han presentado en la reacción de la sociedad.

Consideramos que la criminología genera un punto de acercamiento al derecho penal, pues desde ella se puede observar claramente cuál es el origen del crimen y determinar cómo contenerlo. Tan importante se torna la criminología que, en palabras de Hassemer y Muñoz Conde , podemos sostener que si "el objeto del derecho penal es la criminalidad"{101} sólo quien estudie esta área podrá conocer y manejar el derecho penal.

También interesan a la criminología las razones de política criminal que llevan a erigir como punible un determinado comportamiento, puesto que de allí surge la norma que indica a la sociedad lo que es prohibido y, por ende, quién debe calificarse como realizador de un delito determinado.

La criminología ha acudido a varias teorías{102} (de la anomia, biológicas, de la socialización, de la subcultura) para tratar de explicar el delito y el por qué delinque el sujeto. Por esto consideramos que la criminología debe ser factor principal del análisis a la hora de elaborar una política criminal coherente y propia dentro de cada Estado. Diremos entonces que la criminología{103} y el derecho penal son partes de un círculo que trata de explicar y contener la criminalidad, y por lo tanto una depende de la otra.

Si bien es cierto que las conclusiones a las que arriba la criminología{104}

******ebook converter DEMO Watermarks*******

son variadas, y algunas van mucho más allá de los intereses del derecho penal, existen otras que deben reputarse fundamentales para tener en cuenta en un sistema penal. Debemos finalizar con la aseveración de Michelángelo Peláez en el sentido de que "la criminología y el derecho penal son dos ciencias autónomas, asociadas"{105}.

B. CRIMINALÍSTICA

> La criminalística es una ciencia penal auxiliar, que mediante la aplicación de sus conocimientos, metodología y tecnología al estudio de los elementos de prueba, descubre y verifica.
>
> Adolfo León Vanegas Gonzáles {106}

La criminalística es una ciencia auxiliar que contribuye al esclarecimiento de los hechos, a través de la recuperación y análisis de la prueba, permitiendo determinar qué mecanismos se utilizaron para llevar a cabo el delito en cada caso concreto. Puede establecer cómo sucedieron los hechos y analizar rastros, huellas, indicios y objetos para concluir y entregar datos que permitan encontrar a los autores o partícipes del hecho y determinar su culpablidad.

La criminalística{107} acude a la física, la psicología, la medicina legal, la fotografía, la dactiloscopia, la balística, la antropometría, la necropapiloscopia, la prueba caligráfica, etc., para descubrir datos que permitan identificar las características del autor y reconstruir los hechos.

Ella es, por tanto, un instrumento de importancia en el desarrollo del proceso penal, y en estas condiciones no puede ser perdida de vista por el derecho penal en conjunto, ya que la deficiencia de un adecuado régimen de pruebas e investigaciones se puede convertir, y de hecho sucede así con gran frecuencia, en un gran multiplicador de la impunidad, con lo que sin duda el sistema penal pierde eficacia y también prestigio.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

C. MEDICINA LEGAL

La relación que tiene el derecho penal con la medicina legal puede definirse desde la misma perspectiva de la criminalística. Sin embargo, existe alguna preferencia por manejarla en forma independiente, pues hasta cierto momento se la consideró de mayor importancia que las otras "ciencias auxiliares", pues "eran los médicos legistas los que eran considerados criminalistas". La medicina legal tiende a determinar las causas y magnitudes de toda alteración orgánica o funcional que en un momento dado pueda interesar al desenvolvimiento del proceso penal, tales como la muerte de una persona, su salud física, las consecuencias que la misma ha sufrido a causa de ciertas agresiones, la observancia de reglamentos de seguridad en el trabajo y en general en la industria, etc. De una u otra manera el médico legal presta su colaboración al derecho penal para determinar los posibles autores de la conducta punible y algunas de sus consecuencias.

D. SOCIOLOGÍA[{108}]

La sociedad nutre el contenido esencial del ordenamiento jurídico y es la colectividad la que le imprime a ciertos comportamientos humanos la necesidad de un reproche jurídico o la protección efectiva y real de ciertos valores que deben ser considerados como derroteros de un núcleo social en particular. Si esto es así, no hay duda sobre la importancia de la sociología en el derecho penal, pues el estudio de los "factores sociales" tiene directa incidencia en el delito y en la pena. Muchas teorías del delito se basan en criterios eminentemente sociológicos[{109}] y en definitiva ninguna teoría jurídica puede prescindir del ser social y político del hombre.

Parafraseando a Juan Terradillos Basoco , "los valores juegan respecto del derecho penal no el papel de objetivos a lograr, sino de mínimos a

******ebook converter DEMO Watermarks*******

respetar".

"Temáticamente la sociología del derecho nace de las preocupaciones de juristas que advierten los fallos del positivismo codificador ante la presencia incontestable de las lagunas del ordenamiento jurídico"{110}

Tanto el derecho como la sociología estudian aspectos de las "relaciones sociales" que tienen una gran importancia en la sociedad.

En la actualidad, es sin duda muy intensa la influencia de las disciplinas sociológicas en las penales, ya que parece estar fuera de discusión que el funcionalismo sistémico, que en estas últimas abandera Jakobs, proviene precisamente de una rigurosa aplicación del concepto de sistema social de las primeras.

E. FILOSOFÍA DEL DERECHO

> Cada jurista debe haber percibido a lo menos una vez un gusto por la filosofía del derecho, a fin de ampliar su ámbito espiritual, su conciencia de los problemas.
>
> Arthur Kaufmann{111}

La filosofía del derecho se sustenta en el análisis de las relaciones entre el ser y el deber ser, y desemboca por tanto en la conclusión del por qué se comporta la sociedad de determinada manera y cómo debe de comportarse ante ciertos fenómenos.

La filosofía busca obtener una respuesta a cómo actuar justamente. Ella es, pues, campo propicio para la reflexión en torno a la legitimidad o conformidad del derecho con los valores, y no solo con los valores positivos del ordenamiento, sino también con los valores ideales de la comunidad y de la persona.

La filosofía busca explicar las nociones de derecho y justicia, sanción y castigo, y se interroga por las condiciones generales de legitimidad y los

*******ebook converter DEMO Watermarks********

límites de ambas parejas. Pero busca también los fundamentos del saber jurídico{112} y por tanto los cauces adecuados para el devenir de la racionalidad jurídica. En efecto, no ha de verse en la filosofía del derecho sólo una rama de la filosofía práctica o filosofía de la acción humana, sino que al mismo tiempo ha de contemplarse y emplearse como parte de la filosofía teórica y por tanto del saber acerca del conocimiento.

F. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

La función administrativa tiene como finalidad mantener el orden y la eficiencia en la organización administrativa.

En razón a la naturaleza de la función que cumplen las autoridades administrativas (ejecución, operatividad) y en aras de mantener el orden e imponer el cumplimiento de las decisiones con la finalidad de cumplir los fines del Estado, se faculta a la administración a utilizar poderes sancionatorios sobre las personas vinculadas a ella.

Se ha considerado que existe una gran diferencia entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio, pues son sanciones más drásticas las que se imponen en materia penal y frente a conductas de mayor envergadura que atentan contra bienes jurídicos fundamentales.

Sin embargo, no existe una manera pacífica de concretar las relaciones entre ambas disciplinas. Primero que todo, porque no parecen existir diferencias esenciales entre ilícito administrativo y delito, dado que la mayor gravedad del primero es solo un dato regular o estadístico. En segundo lugar, porque no existe acuerdo acerca de cómo deben funcionar los principios de *non bis in idem* y cosa juzgada en el campo precisamente de esas relaciones. Así, por ejemplo, mientras en la doctrina española se va haciendo predominante la idea de que el juzgamiento y la condena por un delito descartan el procesamiento y sanción por el ilícito administrativo que este

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pueda envolver, en Colombia la regla general, tanto en doctrina como en jurisprudencia, parece ser la compatibilidad de ambos procesos y de ambas sanciones. De hecho incluso se registra colaboración entre las autoridades disciplinarias y las penales.

BIBLIOGRAFÍA

Beristain, Antonio. *Nueva criminología desde el derecho penal,* Tirant lo Blanch, 1994.

Carbonnier, Jean. *Sociología jurídica,* Madrid, Tecnos, 1977.

Cid Moline, José y José Juan Moreso Mateos. "Derecho penal y filosofía analítica (A propósito de 'Diritto e ragione' de Luigi Ferrajoli)", en, ADP , n.° 44, 1991.

Claus, Roxin. *Derecho penal. Parte general.* t. 1, "Fundamentos de la estructura de la teoría del delito", Madrid, Civitas, 1997.

Cotterrell, Roger. *Introducción a la sociología del derecho,* Barcelona, Ariel, 1991.

Elbert, Carlos. *Criminología latinoamericana. Teoría y propuesta sobre el control social del tercer milenio, Parte primera,* Buenos Aires, Universidad, 1996.

Fernández Carrasquilla, Juan. *Concepto y límites del derecho penal,* 2a ed., Bogotá, Temis, 1994.

Fernández Carrasquilla, Juan. *Principios y normas rectoras del derecho penal,* Bogotá, Leyer, 1998.

Gaspar. *Nociones de criminalística e investigación criminal,* Buenos Aires, Universidad, 1993.

Habermas, Jürgen. *Faticidady validez,* Madrid, Trotta, 1998.

Hassemer, Winfried y Francisco Muñoz Conde. *Introducción a la criminología y al derecho penal,* Tirant lo Blanch, 1989.

Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio y Alvaro Tafur Galvis. *Derecho constitucional y administrativo en la Constitución Política de Colombia,* 10a ed., Dike y Ediciones Rosaristas, 1997.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal. Parte general,* Universitas, 1996.

Pablos de Molina, Antonio García. *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas,* Tirant lo Blanch, 1992.

Palacio Rudas, Alfonso. *El Congreso en la Constitución de* 1991, 2a ed., Bogotá, Thomas Greg & Sons de Colombia y Tercer Mundo, 1994.

Pérez Pinzón, Alvaro Orlando. *Introducción al derecho penal,* Forum Pacis, 1992.

Reyes Echandía, Alfonso. *Criminología,* 8a ed., Bogotá, Temis, 1987.

Ritzer, George. *Teoría sociológica contemporánea,* Mc Graw Hill, 1995.

Rubio Llórente, Francisco. "Derechos fundamentales y principios constitucionales", en *Doctrina jurisprudencial,* Barcelona, Ariel, 1995.

Sierra Porto, Humberto. *Conceptos y tipos de ley en la Constitución colombiana,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Zaffaroni, Eugenio Raúl . *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina,* Buenos Aires, Depalma, 1986.

Vanegas González, Adolfo León . *Huellas forenses,* Biblioteca Jurídica Diké, 2000.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

JORGE CALDAS VERA

Lección 6: Fuentes del derecho penal

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. PRESENTACIÓN

En una mirada retrospectiva de la aparición del derecho, como conjunto normativo que representa coercitividad para el ciudadano y límite al poder del Estado, se debe observar con especial interés la necesidad que han mostrado todas las sociedades al establecer quiénes y de qué manera deben crear normas de conducta que permitan la convivencia pacífica y el cumplimiento de los fines del Estado. Ciertas codificaciones iniciaron el proceso de formación del derecho: ellas son el antecedente histórico que permite a las sociedades modernas definir los paradigmas de coexistencia social que en la hora actual decantan lo que en la antigua Roma se conoció como las instituciones, el código, la ley, la jurisprudencia, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados y las novelas, entre otras, como fuentes del derecho.

Es imperioso, por tanto, estudiar los procesos de formación de las normas, y en particular las del derecho penal, máxime cuando dicho procedimiento ha tenido una gran evolución debido a la influencia de la Constitución de 1991 con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y el bloque de constitucionalidad a la fecha, elementos que han enriquecido y fortalecido el sistema de fuentes, en particular las fuentes principales ya existentes, al punto de convertirse en origen del derecho por sí mismas.

Lo anterior, para identificar el vocablo fuente como el origen: -es el manantial que brota de la tierra, principio o fundamento-{113}. Ahora bien, fuente del derecho será, en tal sentido, el conjunto de pautas compuesto por valoraciones, principios morales y doctrina, entre otras, que determinan la voluntad del legislador, con lo cual se le da contenido a la norma jurídica{114}. A su vez, son los criterios de objetividad de que disponen los jueces,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

abogados y juristas, para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social{115}. Para Jescheck:

> identifica las 'fuentes del derecho penal' con los períodos históricos o las dinámicas sociales que generaron el actual derecho positivo alemán, de modo que su concepto no apunta a las formas fenoménicas que el derecho positivo asume para tornarse inteligible, verificable y aplicable, sino a los procesos sociales, políticos e ideológicos que lo fabrican.

Corolario de lo expuesto, se inicia a continuación el estudio de las diversas maneras en que se origina la norma penal dentro del sistema de fuentes del derecho penal colombiano.

II. EVOLUCIÓN

A. A MANERA DE INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

Tal como lo señala García Maynez {116}, cuando cita a Claude du Pasquier : "El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir la fuente de una disposición jurídica es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho". En efecto, encontrar la fuente de una norma es ir al origen, a su génesis, es orientar, esclarecer cómo y cuándo se conformó un determinado conjunto normativo{117}.

Señalar el florecimiento de las normas que guían el derecho penal entraña la tarea de establecer una clasificación que consulte la realidad social, política y jurídica del Estado colombiano, adscrito a un modelo de Estado social de derecho{118}, y de ellas identificar su regulación y funcionamiento dentro del sistema consagrado por la Constitución Política de 1991. Es pues el Estado el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

que determina cuáles son los sujetos con aptitud para crear normas, al igual que define las formas y los procedimientos para desarrollar tal actividad; por ello, el concepto de *fuente del derecho,* entendido técnicamente, es el *origen de las normas jurídicas*{119}, es decir, el autor y los medios mediante los cuales se expresa la norma. No obstante la amplitud con que se ha tratado el tema -especialmente por el derecho civil-, en el campo jurídico cuando se habla de fuentes del derecho nos referimos a las normas que indican quién dispone de la capacidad de crear derecho y cuál debe ser la forma en que éste se manifiesta{120}

A pesar de existir en la doctrina nacional y extranjera diversas clasificaciones de las fuentes del derecho penal, como aquellas que parten de los sujetos capaces de crear la norma jurídico penal, o las que manifiestan materialmente el contenido de la norma, como son los códigos, las leyes y la misma Constitución, nosotros adoptaremos una clasificación que permita detectar de manera clara en presencia de qué fuente nos encontramos; por lo tanto, clasificamos las fuentes del derecho penal como *principales* y *subsidiarias*{121}. Las primeras son la Constitución, la ley, o mejor el proceso legislativo, los actos administrativos de contenido general, y el precedente constitucional. Las segundas, es decir las subsidiarias, serán los reglamentos, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y otros instrumentos como posprincipios generales del derecho, el derecho extranjero y la equidad. De cada una de ellas nos ocuparemos a continuación, no sin antes aclarar que la clasificación adoptada recoge las tradicionales, pero que a nuestro gusto se presentan metodológicamente confusas, por lo que preferimos la nuestra, lo que no impide inicialmente dar una mirada genérica sobre ellas, apuntando a tal labor desde un concepto formal y material de las fuentes del derecho penal.

III. CLASIFICACIÓN DE LAS FUENTES

******ebook converter DEMO Watermarks*******

A .FUENTES DE PRODUCCIÓN

Se entiende por tales a la voluntad que crea la norma jurídica, o el sujeto o los sujetos que crean la norma jurídico penal. Se trata de una clasificación que parte de la base de establecer cuáles son los órganos constitucionalmente autorizados para la creación de la norma penal{122}.

B. FUENTES DE CONOCIMIENTO

Estas son las que manifiestan la voluntad de los sujetos con aptitud jurídica para crear la norma; por lo tanto, pueden ser identificadas materialmente con los documentos en donde se concretan las normas jurídico penales, es decir, los códigos, las leyes, los reglamentos, etc. Estas se clasifican a su vez en:

a. *Fuentes directas*. Son aquellas que permiten la manifestación directa de la norma sancionadora, que para el caso será la ley como fuente que manifiesta la voluntad imperativa del Estado.

b. *Fuentes indirectas*. Son las que manifiestan el derecho en la medida en que complementan o ayudan a interpretar el derecho, tales como la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina y la equidad.

c. *Fuentes inmediatas*. Se trata de aquellas voluntades normativas que tienen fuerza vinculante propia, natural, como le ocurre a la ley.

d. *Fuentes mediatas*. Estas no poseen fuerza vinculante por sí mismas, sino que operan por una remisión directa o indirecta de una fuente inmediata, como ocurriría con las normas penales en blanco, las cuales ayudan a formar la voluntad creadora de la ley en virtud de la insuficiencia que presentan.

e. *Fuentes escritas*. Son las que se consagran en la ley como producto del proceso legislativo y que se refieren a diversas materias, entre ellas los códigos penales.

f. *Fuentes no escritas*. Ellas no aparecen consagradas u originadas a

******ebook converter DEMO Watermarks*******

través del proceso legislativo, sino que se dan en el mundo de las relaciones sociales, en el intercambio de formas, maneras de pensar y actuar de los ciudadanos que viven en comunidad. Es el caso de la costumbre o la equidad.

Como se aprecia, amén de la gran importancia metodológica y del criterio diferenciador que indica la clasificación enunciada, tal vez podría apreciarse con mayor nitidez su importancia si el estudio se hace desde la visión constitucional, como lo anunciamos antes, puesto que estudiadas así las fuentes podremos ubicarlas en el verdadero contexto de lo ordenado por la Carta Política de 1991.

C. FUENTES PRINCIPALES

Dentro del ordenamiento jurídico colombiano tenemos como *fuentes principales del derecho la Constitución* (como fuente sobre las fuentes), *las leyes, los actos administrativos*{123}*,* y el *precedente constitucional.* De las cuales nos ocuparemos a continuación, indicando su merecimiento como fuente propia del derecho penal.

I.LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Dentro del esquema de fuentes habremos de tratar, en primer lugar, a la Constitución Política como fuente sobre las fuentes, denominación que posee dado que la Constitución tiene un valor normativo{124}, al ser norma de normas, según la expresión del artículo 4.^{0} constitucional.

Aunque son muchas y variadas las definiciones que la doctrina históricamente ha dado sobre lo que es una Constitución Política, partiendo de un sentido general, hasta uno estrictamente técnico{125}, podríamos afirmar -con palabras nuestras- que una Constitución Política es un instrumento

******ebook converter DEMO Watermarks*******

normativo que describe las relaciones de coexistencia entre el Estado y los particulares, al definir las competencias de los órganos que lo componen, lo mismo que regular los derechos y los deberes de los ciudadanos. Hermann Heller {126} expresa una visión dialéctica sobre el particular cuando afirma que:

> El conocimiento del Estado y del derecho no debe olvidar nunca, ciertamente, el carácter de dinámico de su objeto. Pero menos aún debe olvidar que sólo cabe hablar de una Constitución si se la afirma, no obstante la dinámica de los procesos de integración constantemente cambiantes y, en ellos, con un carácter relativamente estático. La Constitución del Estado no es, por eso, en primer término, proceso sino producto, no actividad sino forma de actividad; es una forma abierta a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma nacida de la vida. Así como en una melodía 'transportada' han cambiado los 'elementos' y, sin embargo, la melodía se estima idéntica, así también en el sucederse y el coexistir de los cooperadores que cambian se ve cómo la Constitución persiste como una unidad diferenciable.

Se precisa, entonces, que si la Constitución Política posee un carácter normativo (art. 4.^{0} superior), ello implica que esta normatividad ocupa el primer lugar, es decir, una posición jerárquica superior a las demás normas del plexo jurídico. Dicho de otro modo, el carácter normativo de la Constitución Política implica que sus disposiciones prevalecen en relación con las normas que se encuentren en otras fuentes; es la Constitución la que establece la forma y condiciones de producción de la totalidad de las fuentes; puede contener orientaciones concretas o puede definir valores que las leyes deberán promover; además, la Constitución puede ser aplicada de manera directa, sin necesidad de desarrollo {127}.

Se concluye que si la Constitución es la fuente suprema del derecho, dado su carácter normativo, ella ha de ser fuente del derecho penal, teniendo en cuenta que todas sus normas irrigan el resto del ordenamiento jurídico, y es por eso que el derecho penal debe siempre respetar los postulados, principios

******ebook converter DEMO Watermarks*******

y valores referidos a la persona humana que consagra la Carta Superior, como lo es el "respeto por la dignidad humana" (art. 1.°); "la prohibición de someter a las personas a desaparición forzada, a torturas, tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes" (art. 12 C.P..); "la igualdad ante la ley penal" (art. 13 C.P.)."la libertad de conciencia" (art. 18; C.P."la libertad de opinión" (art. 20 C.P.); "el derecho a la honra" (art. 21 C.P.); "libertad de circulación" (art. 24 C.P.); "la libertad personal" (art. 28C.P.); el "debido proceso" (art. 29 C.P.); "el *habeas corpus"* (art. 30 C.P.); "la prohibición de la *reformatio in pejus"* (art. 31 C.P.); "el derecho a no declarar contra ciertos parientes" (art. 33 C.P.); "la prohibición de penas como el destierro, prisión perpetua y confiscación" (art. 34 C.P.); entre otras, son disposiciones que guían y determinan el contenido del derecho penal; son su fuente, pues de ella, de la Constitución, surge la norma penal. Recordando a Alfonso Reyes podríamos decir con él que:

> La constitución -ley de leyes- es fuente del derecho porque los principios en ella contenidos constituyen directivas generales, a las cuales el legislador debe acomodarse; porque muchas de sus normas tienen un concreto valor normativo y están destinadas a la generalidad de los coasociados; porque una disposición penal que se declara contraria a la Constitución pierde su fuerza obligatoria *erga omnes* y para el caso concreto (arts. 214 y 215 C. N.), y porque en ella existen institutos jurídicos fundamentales para el derecho penal, como el de la legalidad de los delitos y las penas (art. 26 inc. 1.°), el de la retroactividad de la ley penal más favorable (art. 26 inc. 2.°), el de la abolición de la pena capital (art. 29) y de la pena de confiscación (art. 34), entre otros{128}.

– EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El término enunciado hace alusión al conjunto de normas que sin estar expresamente en la Constitución forman parte de la misma y, por

******ebook converter DEMO Watermarks*******

consiguiente, conforman el sistema de fuentes del derecho. Así, como lo estudia ampliamente Uprimny epes {129} el bloque de constitucionalidad permite que la Constitución sea más dinámica y se adapte a los cambios históricos, en la medida en que faculta a los jueces constitucionales a tomar en cuenta importantes principios y derechos, que pueden no estar incluidos directamente en el texto constitucional, pero que, en el curso del tiempo, pueden llegar a adquirir una enorme importancia.

Lo anterior determina que la Constitución no es un texto cerrado y rígido, sino que la Carta Magna abre la posibilidad de integrar diferentes normas a los cuales debe acudir la autoridad judicial en aras de garantizar los preceptos constitucionales. De tal manera, el bloque de constitucionalidad -por sustracción de materia-, es fuente principal del derecho penal, ello teniendo en cuenta que se origina en la *"norma de normas*", y toma fuerza con la integración de principios internaciones, tratados y normas que enaltecen cada uno de los derechos preceptuados en la Constitución Política.

Por consiguiente, se constituye en un elemento principal en el sistema de fuentes colombiano, con el cual las normas que no tienen rango constitucional adquieren tal calificante en razón a lo anteriormente expuesto.

2. EL PROCESO LEGISLATIVO

Preferimos la expresión *proceso legislativo* al de ley como fuente principal de derecho penal, ya que ésta es el producto de las discusiones y procedimientos que utiliza el legislador para crear la norma penal{130}.

Es evidente, en nuestro sistema jurídico, que la ley -entendida como proceso legislativo- es la expresión más frecuente del ordenamiento jurídico; la Constitución le da un estatus especial, un carácter primordial como fuente de derecho; por lo tanto, se requiere conocer el proceso de su elaboración para la comprensión íntegra de ésta fuente del derecho penal.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

a.EL CONCEPTO DE LE

En la Constitución colombiana, al igual que en la española, el principio de legalidad es una exigencia como parte de garantía en materia penal. El concepto de ley puede ser utilizado como sinónimo de regla, precepto, norma o derecho; pero igualmente puede ser identificado como el producto del poder legislativo{131}. Es así que la ley se puede entender en sentido formal y en sentido material. Conforme al primero, será ley la norma producida por el Congreso de la República ajustada a los procedimientos exigidos por la Constitución y el Reglamento del Congreso, y con la participación del Ejecutivo, bien sea en aquellos casos en que formula la iniciativa a través de un proyecto de ley, o bien mediante la figura de la sanción presidencial. En sentido material la ley es aquella norma que se acomoda a las exigencias que la propia Constitución le demanda. En tal supuesto se debe aclarar que la Constitución le asigna a la ley un contenido específico que la diferencia de las demás normas del ordenamiento[21].

Por dicho motivo se ha afirmado: "La ley es la descripción de carácter general que sobre un hecho o fenómeno hace el legislador, observando un procedimiento especialmente diseñado para tal fin, con la intervención del Ejecutivo o de la Corte Constitucional en ciertos casos, combinando así los sentido formal y material del concepto de ley".

De tal forma, como expuso Kelsen , la legislación determina tanto la creación como el contenido de las normas judiciales; a su vez, las leyes pertenecen al derecho material y formal, y, por consiguiente, hay una fuente de derecho en toda norma general o individual, en la medida en que derivan de ella deberes, responsabilidades o derechos subjetivos{132}. Así, respecto de la ley penal en concreto, ésta cumple la "función de establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica, cualquiera sean los deseos de éstos{133}".

Así, concretando un poco más el concepto ley al de ley penal, se tiene que

******ebook converter DEMO Watermarks*******

la misma guarda características *sui generis*, como el de la proporcionalidad que, a su vez, es principio de la legislación punitiva. Conforme al principio referido, "parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario"{134}. De acuerdo con lo anterior, la ley penal -fuente principal- se erige como postulado de igualdad, ponderación de los fines del *ius puniendi* con los medios.

Es así, la ley penal conlleva un interés sociológico que, como refiere Peñas Felizzola al estudiar el origen del sistema penal colombiano, manifiesta que las normas jurídicas son, ante todo, representaciones colectivas que se elaboran desde un medio especial: el Estado. Son necesariamente colectivas, porque el Estado, es decir, los agentes de la autoridad soberana, está formado por grupos especiales que tienen, por sí mismos, la capacidad de pensar y actuar en lugar de la sociedad; estos funcionarios *sui generis* tienen la capacidad de elaborar "representaciones y voliciones que comprometen a la colectividad, aunque no sean obra de la colectividad"{135}.

b. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Identificado ya el concepto de ley conforme a nuestra Constitución, a continuación veamos qué es y de qué manera se surte el procedimiento legislativo, o lo que es igual, cuál es el proceso para que un proyecto se convierta en ley.

En el sistema colombiano existen unas fases o etapas mediante las cuales se surte el proceso legislativo: *iniciativa, publicación, deliberación, sanción, promulgación e iniciación de la vigencia*{136}; no obstante la puntualidad de tal clasificación, nos parece más ajustado al texto constitucional de 1991

******ebook converter DEMO Watermarks*******

hablar de tres fases en la elaboración de la ley, a saber: *fase de iniciación, fase de discusión y aprobación por las Cámaras, y fase integradora de la eficacia*{137}.

– FASE DE LA INICIATIVA

Consiste en la facultad que tienen ciertas personas u órganos de presentar proyectos de ley. Se trata de averiguar quiénes están habilitados constitucionalmente para realizar esa actividad{138}.

1. El primer órgano llamado a presentar proyectos de ley es el Gobierno Nacional, por medio de los ministros del despacho; él tiene la potestad de presentar proyectos de ley en todas las materias. Adicionalmente, la Constitución, en el inciso 2.° del artículo 154, indica unas precisas materias que sólo pueden ser dictadas o reformadas a iniciativa del Gobierno; ellas son: el proyecto del plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas; el que determina la estructura de la administración nacional y crea, suprime o fusiona ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional; el que concede autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales; el que establece las rentas nacionales y fija los gastos de la administración; el proyecto que establece lo relacionado con el Banco de la República y las funciones de su Junta Directiva; el que organiza el crédito público; el que regula el comercio exterior y señala el régimen de cambio internacional; el que fija el régimen salarial y prestacional de los funcionarios públicos; además de los que le asigna la Ley Orgánica del Congreso de la República en el artículo 142.

2. Los senadores de la República y representantes a la Cámara. Refiere Pérez Escobar{139}, y conforme a la Carta Magna, que las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos cámaras, salvo los proyectos de ley relativos a

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tributos (art. 154, inc. 4.° C. N.) y a presupuesto de rentas y gastos (art. 143 Regl.), que deben ser presentados en la Secretaría de la Cámara de Representantes; y los que versen sobre relaciones internacionales, que deben ser presentados en el Senado (art. 154, inc. 4.° C. N.).

3. Otros órganos. También pueden presentar proyectos de ley la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral: así lo determina el artículo 156 constitucional. Otros funcionarios como el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, el Fiscal General de la Nación y el Defensor del Pueblo, igualmente pueden presentar proyectos de ley en las materias relacionadas con sus funciones.

4. A iniciativa popular. En estos eventos pueden presentar proyectos de ley: un número de ciudadanos igual o superior al 5% del censo electoral; el 30% de los concejales del país; y el 30% de los diputados del país.

Los proyectos de ley pueden ser presentados en cualquiera de las cámaras, en la secretaría general, o en las plenarias de las corporaciones cuando la iniciativa es de los congresistas o del Gobierno.

– FASE DE DISCUSIÓN APROBACIÓN

En esta etapa se establecen los alcances definitivos de la ley, porque durante su recorrido se presenta la discusión y el análisis de los miembros del Congreso. Así, se requiere: la publicación del proyecto en la *Gaceta del Congreso* previamente en curso, su aprobación en primer debate por la comisión constitucional permanente de la cámara donde tuvo origen, y luego en segundo debate en la plenaria de ésta; cumplido lo anterior, debe ser igualmente aprobado en primer debate en la comisión correspondiente de la otra Cámara, y seguidamente en segundo debate en la plenaria de ésta, siendo debates alternos{140}. Posteriormente, se requiere la aprobación del proyecto

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de ley por cada cámara en segundo debate; y que haya obtenido la sanción por parte del Gobierno.

– FASE INTEGRADORA DE LA EFICACIA

La aprobación de una ley de la República en nuestro sistema constitucional implica en la mayoría de los casos la integración de funciones entre el legislativo y el ejecutivo, e incluso en algunas oportunidades del judicial. Recuérdese, por ejemplo, que un proyecto de ley, habiendo superado satisfactoriamente las fases de iniciativa y discusión y aprobación, debe pasar además por el filtro de la sanción presidencial; en otras oportunidades debe previamente sufrir el estudio de exequibilidad por la Corte Constitucional, como es el caso de las leyes estatutarias previstas en el artículo 152 de la Carta.

Cuando el proyecto aprobado por las cámaras pasa al Presidente de la República, éste deberá manifestar si lo aprueba o no, sancionándolo u objetándolo, ya sea por inconveniencia, es decir por motivos políticos, o por inconstitucionalidad, o sea por razones jurídicas. En caso de ser finalmente sancionado el proyecto de ley, se requiere que la misma sea insertada en el periódico o diario oficial; ese acto se conoce como *promulgación*. También es requisito de esta fase que se cumpla la vigencia, es decir, un período de dos meses contados a partir de la promulgación de la ley para que la misma empiece a regir. Normalmente las leyes empiezan su vigencia dos meses después de ser promulgadas, excepto cuando la misma ley dice que regirá antes de los dos meses o fija un plazo mayor, como ocurrió con las leyes que expidieron el Código Penal y de Procedimiento Penal y, más recientemente, la ley de pequeñas causas, posteriormente declarado inexequible por la Corte Constitucional.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

C. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA RESERVA DE LE

La importancia del proceso legislativo como fuente del derecho penal estriba en que prácticamente todas las materias, todos los temas, pueden ser abordados por esta fuente para su regulación. No obstante dicha competencia general del Congreso de la República, la Constitución le ordena al legislador que ciertas materias sólo pueden ser reguladas por la ley{141} . Lo cual indica que hay reserva de ley cuando una norma constitucional exige que sea la ley la que se encargue de regular determinada materia, exigencia que es irrenunciable{142}, incluso cuando el Congreso concede facultades extraordinarias al Gobierno con fundamento en el artículo 150.10 constitucional, porque en tal evento el Gobierno debe sujetarse a lo dispuesto por la ley de facultades extraordinarias, que en todo caso no podrán ser para expedir códigos, por prohibición expresa del último inciso del artículo 150.10 constitucional. En cambio, cuando se dictan los decretos legislativos con fundamento en lo dispuesto por los artículos 212 a 215 de la Carta, donde se regulan los estados de excepción, la reserva de la ley se desdibuja, porque la Constitución tiene prevista una potestad legislativa autónoma del Presidente de la República para esos eventos, cuyo fin es superar la situación de crisis que dio origen al estado de excepción{143}, con lo cual se concluye que en tales casos los decretos legislativos dictados por el Gobierno pueden ser fuente principal del derecho penal, dado que la expedición de estas normas sería apta para superar la situación de anormalidad{144}.

En síntesis, podemos afirmar que el proceso legislativo es fuente principal del derecho penal, dado que a través de todas las disposiciones expedidas por el Congreso de la República, de manera directa o mediante legislación delegada (art. 150.10 C. N.), o por vía de la potestad normativa originaria del Presidente de la República (arts. 212 a 215 C. N.), se pueden regular las materias penales.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

3. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Entendemos por acto administrativo las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos{145}.

Dentro la clasificación de las fuentes principales del derecho hemos incluido el acto administrativo bajo el entendido que es una categoría omnicomprensiva de los actos realizados en desarrollo o ejecución de la ley{146}. Sin embargo, frente al derecho penal esta fuente posee una condición especial, pues será *fuente principal* cuando el contenido del acto administrativo es parte esencial o *núcleo esencial de la prohibición*, como ocurriría en los casos de tipos o leyes penales en blanco y en los tipos abiertos{147}, ya que en estos eventos la tipicidad del comportamiento depende de lo dispuesto en una norma administrativa, sin la cual sería imposible entender el sentido mismo del tipo penal. Se podría decir con cierto tino que el acto administrativo no puede ser fuente principal del derecho penal, dado que si el tipo penal en blanco no establece *el núcleo esencial de la prohibición*, esa norma debe ser declarada inconstitucional, pues la norma administrativa sólo puede complementar el contenido de la norma penal{148}. Sin embargo, la realidad legislativa demuestra que son muchos los eventos en los que el tipo penal en blanco queda sin efecto, mientras no se establece lo preceptuado por un acto administrativo, porque es allí donde se determina el *contenido esencial de la prohibición*. Ejemplo de lo dicho son los tipos penales de acaparamiento (arts. 229 C. P. de 1980 y 297 C. P. de 2000); pánico económico (arts. 232 C. P. de 1980 y 302 C. P. de 2000); usura (arts. 235 C. P. de 1980 y 305 C. P. de 2000); ejercicio de actividad monopolística de arbitrio rentístico (arts. 241A C. P. de 1980 y 312 C. P. de 2000).

En consecuencia, el acto administrativo será fuente principal del derecho penal en todos aquellos eventos en que aparezca como criterio fundamental del tipo penal, pues el contenido esencial de la prohibición es elemento

*******ebook converter DEMO Watermarks********

estructural de la tipicidad del comportamiento. No sobra advertir que en los demás eventos el acto administrativo también es fuente del derecho penal, solo que será fuente subsidiaria, y entre ellos se encontrarán los decretos reglamentarios del Presidente de la República, los acuerdos de los concejos municipales, las ordenanzas de las asambleas y todos aquellos actos que ayuden a interpretar un tipo penal.

4. EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

Constituido por el conjunto de decisiones del máximo tribunal, que al referirse sobre un mismo tema expone y ratifica una *ratio decidendi* que ha sido constante en el tiempo al punto de conformar una *línea jurisprudencial* sobre determinada cuestión, que es fuente principal del derecho penal y de obligatorio cumplimiento para las autoridades judiciales{149}.

En consecuencia, son diversos los elementos presentes en la fuente que se analiza, así en primer lugar se habla de *ratio decidendi* entendida como "aquellas razones de la parte motiva de las sentencias que constituyen la regla determinante del sentido de la decisión y de su contenido específico, o sea, aquellos aspectos sin los cuales sería imposible saber cuál fue la razón por la cual la Corte Constitucional decidió en un sentido y no en otro, resultan ser de obligatoria aplicación para los jueces o particulares"{150}, decisiones que al reiterarse en el tiempo forman una *línea jurisprudencial* o una "idea abstracta{151}".

Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional -en temas específicos que han determinado un *balance constitucional*- es de obligatorio cumplimiento en razón a que -como el mismo garante de la Constitución ha expresado-: 1) refleja la interpretación calificada y de autoridad que de la Carta hace el tribunal constitucional, en virtud de sus competencias; 2) resulta vinculante formalmente en consideración a la Ley Estatutaria de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Administración; resulta obligatoria, y 3) porque: a) asegura que las decisiones judiciales se basen en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico; b) garantiza la coherencia del sistema (seguridad jurídica), y c) favorece el respeto de los principios de confianza legitima e igualdad en la aplicación de la ley{152}.

Por consiguiente, la enunciación del artículo 230 de la Constitución Política debe ser interpretada de manera sistemática, tal como lo ha hecho el máximo tribunal constitucional, ello en razón a que es la Corte Constitucional la que, precisamente, tiene la tarea de interpretar los postulados de la Carta Política y hacer las precisiones que la misma requiera. Es así que la jurisprudencia constitucional ha sufrido una evolución desde 1991 -con la expedición de la Constitución de 1991 y la conformación de la Corte Constitucional- hasta la fecha, consolidándose el valor de sus decisiones y el carácter vinculante que las mismas emanan hacia las diferentes autoridades judiciales.

Sin embargo, hay quienes aún debaten el tema y se apartan de los pronunciamientos del Máximo Juez Constitucional, divergencia que es ilegítima al producirse por "negación del valor general de la jurisprudencia, ignorancia de la jurisprudencia vigente, y desobediencia o renuencia frente a la jurisprudencia{153}". A su vez, es legítima cuando existe distinción de hechos relevantes o materiales, indeterminación de la jurisprudencia previa y cambio de jurisprudencia{154}, entre otros.

De acuerdo con lo expuesto, y conforme a la Corte Constitucional, respetar el precedente constitucional para quienes administran justicia no es una opción más dentro de nuestro complejo sistema jurídico, sino un deber, especialmente porque a través del ejercicio de esta actividad es que se asegura de manera definitiva la eficacia de los derechos constitucionales[45].

D. FUENTES SUBSIDIARIAS

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La Constitución Política (art. 230 inc. 2.°) establece igualmente que son fuentes subsidiarias la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, y la doctrina, unidas a la costumbre regulada por la ley civil. Para efectos del derecho penal, estudiaremos dichas categorías, incluyendo el derecho internacional, que no aparece expresamente en dicho artículo como fuente, con el propósito de identificar en orden de importancia las más afines con nuestra área.

I. LA JURISPRUDENCIA

Es un conjunto de decisiones expresadas por los distintos tribunales y jueces con fundamento en su conocimiento del derecho{155}. Podría decirse que la jurisprudencia es el conjunto de pronunciamientos judiciales dictados por los órganos judiciales y administrativos{156}. En últimas se trata de las decisiones judiciales que a través de autos y sentencias profieren las cortes y los jueces en su labor de interpretar las normas penales para resolver las permanentes situaciones conflictivas{157}.

Se hace entonces de la jurisprudencia una fuente del derecho por designio de la labor que emana de los magistrados y jueces, cuyo origen es diferente al de la ley; ello indica que se trata de una fuente subsidiaria del derecho penal, puesto que en principio para esta rama del ordenamiento la única fuente capaz de producir derecho es la ley. Esto no implica que la jurisprudencia no tenga un inmenso valor como fuente, ya que a través de ella se ha determinado el contenido de muchas leyes cuyo sentido es impreciso, oscuro o falto de técnica jurídica, impartiendo así al derecho penal coherencia, seguridad jurídica y justicia{158}.

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Los principios son aquellos postulados o axiomas que permiten orientar el derecho hacia la justicia y la seguridad jurídica, brindándole armonía y coherencia. Se trata pues de reglas de derecho reconocidas universalmente como máximas inviolables{159}.

El principio, como fuente, punto de partida del derecho penal, es fuente subsidiaria del mismo. Los principios deben ser observados y respetados durante todo el proceso penal, es decir, en la concepción, aplicación y ejecución del derecho penal. Bustos Ramírez {160} explica que la costumbre y los principios generales del derecho poseen una importante significación como fuentes del derecho en relación con la concepción de la estructura de los tipos, y de la antijuricidad; así, por ejemplo, en la determinación de ciertas expresiones como "buenas costumbres", "amenidad", o "pudor".

3. EL DERECHO INTERNACIONAL

Es el conjunto de normas consuetudinarias y convencionales que rige las relaciones entre Estados y otras entidades destinatarias de esas reglas, con el fin de regular su coexistencia y cooperación. En el reconocimiento de sus principios se fundamentan las relaciones exteriores del Estado colombiano{161}. Así ha manifestado el máximo tribunal constitucional al respecto que: "Los pronunciamientos adoptados por los órganos internacionales competentes para interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en una norma internacional de derechos humanos, bien del sistema universal o bien del sistema interamericano, como doctrina o jurisprudencia internacional, por ser relevante constitucionalmente sirve a los órganos nacionales como criterio auxiliar de interpretación{162}".

Por consiguiente, denominamos al derecho internacional como fuente subsidiaria del derecho penal en aquellos eventos en que la ley penal se

******ebook converter DEMO Watermarks*******

refiera de manera expresa o tácita a la legislación extranjera.

Empero, al explorar el tema nos encontramos con que el derecho internacional será fuente principal del derecho penal por vía de lo dispuesto en los artículo 93, 94 y 214.2.° de la Carta Política, en donde se expresa con toda claridad la aceptación del derecho internacional en nuestro ordenamiento jurídico, incluido el penal, como se refirió en el acápite respectivo bajo el *nomen* de "bloque de constitucionalidad".

4. LA COSTUMBRE

Se trata del conjunto de actos o prácticas realizadas en el seno de una sociedad que genera sentimiento de obligatoriedad. Se considera fuente del derecho por dar nacimiento a nuevas normas jurídicas, ello con motivo de la repetición de ciertos actos. Como explica Fernández Carrasquilla citando a Jellineck "Prescindiendo de algunas opiniones discordantes, se está generalmente de acuerdo en afirmar que una norma consuetudinaria debe aparecer como resultado de una serie constante, general y uniforme de actos humanos que tienen, entre los que los ejecutan, carácter de ejercicio de un derecho subjetivo que contiene la expresión de una regla de derecho objetivo{163}". El derecho consuetudinario es también derecho positivo en la medida de la práctica continua y reiterada en el tiempo de una regla, unida a la voluntad de la comunidad para otorgarle validez jurídica{164}. De tal forma, la doctrina{165} ha clasificado la costumbre en tres especies: *praeter legem, secundum legem* y *contra legem.*

Recuérdese que la fuente primordial del derecho penal es la ley; no obstante, fuentes como la costumbre y los principios generales del derecho{166} se constituyen en fuentes subsidiarias del mismo, lo cual invita a concluir que la costumbre es fuente del derecho penal cuando éste remite a normas de otros ordenamientos, es decir, cuando actúa como costumbre

******ebook converter DEMO Watermarks*******

integrativa. Con lo que se indica que para el derecho penal la única especie de costumbre aplicable será la denominada *secundum legem.*

5. LA DOCTRINA

Constituye uno de los mejores aportes a la ciencia del derecho penal, al ser el conjunto de interpretaciones que hacen los tratadistas a la normatividad vigente; a pesar de no ser obligatoria o vinculante para los jueces, sí es un valioso instrumento de apoyo a su actividad, dado que sus opiniones ayudan a la transformación del derecho penal, haciéndolo más cercano a la realidad social.

Acerca del tema, Fernández Carrasquilla expone, y de acuerdo con Cossio , que el juez ha de fallar a ciencia y conciencia, siendo la doctrina la que suministra la ciencia, verificada por la comunidad científica internacional en diálogo constate. En consecuencia, la dogmática jurídico-penal es el resultado del constructivo esfuerzo conjunto de la ciencia y de la práctica del derecho {167}

6. LA EQUIDAD

Es la igualdad o proporcionalidad en la creación, aplicación y ejecución de la justicia. En términos de Madrid Malo 59, la equidad es "armonización racional de la justicia con la prudencia, la clemencia, la solidaridad y otras virtudes sociales. Tal armonización permite, para la realización del bien común, atemperar los deberes, adecuar los derechos y compensar los perjuicios".

En derecho penal se puede considerar la equidad como fuente subsidiaria en atención a que los fallos de los jueces deberán estar rodeados del concepto

******ebook converter DEMO Watermarks*******

más genuino de la expresión, buscando siempre el equilibrio entre la justicia y la prudencia, los deberes y los derechos, o la forma de compensar un perjuicio.

Su función -se reitera- es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley en un caso concreto. De tal forma, en el *sub examine,* ha manifestado la Corte Constitucional que la equidad presenta tres rasgos característicos, a saber: el primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver. El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios -la equidad no exige un equilibrio perfecto-. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas; el tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. Por consiguiente, la equidad es remedial toda vez que pretende evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación, evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal{168}.

BIBLIOGRAFÍA

Bernal Pulido, Carlos. *El derecho de los derechos,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

Bustos Ramírez, Juan. *Manual de derecho penal,* Barcelona, PPU, 1994.

Bustos Ramírez, Juan; Hormazábal Malarée, Hernán. *Lecciones de derecho penal,* vol. I, Madrid, Trotta, 1997.

Fernández Carrasquilla, Juan . *Derecho fundamental* 1, 3.a ed., Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

García Maynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho,* Buenos Aires, Porrúa,1995.

García Pelayo Gross, Ramón. *Pequeño Larousse ilustrado,* París, Larousse, 1984.

González de Cancino, Emilssen, *Manual de derecho romano,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.

Hart, H. L. A. *El concepto de derecho.* Traducción de Genaro R. Carrió, 2.a ed. (reimpresión), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.

Heller, Hermann. *Teoría del Estado.* México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal. Parte general. 4."* edición, Editorial Comares, Granada, 1993.

Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces,* 2.a ed., Bogotá, Legis, Universidad de los Andes, 2006.

————-. *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana,* 1.a ed., Bogotá, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Legis, 2004.

Madrid-Malo Garizábal, Mario. *Diccionario de la Constitución Política de Colombia,* Bogotá, 1998, Legis.

Naranjo Mesa, Vladimiro. *Teoría constitucional e instituciones políticas,* 5.a ed., Bogotá, Temis, 1994.

Osorio, Manuel . *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales,* Buenos Aires, Heliasta, 1981.

Peñas Felizzola, Aura Helena. *Génesis del sistema penal colombiano. Utilitarismo y tradicionalismo en el código penal neogranadino de* 1837, Monografías de Ciencias Penales n.° 5, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006.

Pérez Escobar, Jacobo. *Derecho constitucional colombiano,* 7.a ed., Bogotá, Temis, 2004.

Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Derecho administrativo. General y colombiano,* Bogotá, Temis, 2005.

Sierra Porto, Humberto A. *Concepto y tipos de ley en la Constitución Política colombiana,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Uprimny epes, Rodrigo. "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal", en *Plan integral de formación y capacitación en el sistema penal acusatorio,* Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de derecho penal. Parte general,* Bogotá, Temis, 1994, 2002.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

GUILLERMO FERRO TORRES

Lección 7: Interpretación de la ley penal

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. PRESENTACIÓN

Resulta de inapreciable valor, en los tiempos que corren, en donde el abogado cada vez se aleja más de la posibilidad de adquirir una formación integral, contentándose apenas con el seguimiento de criterios facilistas como la transcripción del pensamiento ajeno, volver a las fuentes primigenias del humanismo, de la fijación de los verdaderos valores del espíritu, para indagar acerca de la naturaleza de la sociedad en la que mora y de la suya propia; camino que no se recorre sino merced a un legítimo deseo de superación y de búsqueda de integración con los intereses que posibilitan la existencia grupal. Casi todos los desarrollos que se han propuesto en torno a la determinación del radio de influencia del tema interpretativo y de los instrumentos que deben utilizarse, para lograr las aproximaciones más precisas, giran alrededor del desentrañamiento del significado de los términos lingüísticos que el legislador ha utilizado en la redacción de los preceptos y de su intención. Pero debe recordarse que la etapa definitiva, la que marca los verdaderos derroteros de todo el proceso y su eficacia y acierto, se estructura a partir de la fijación que en los contactos iniciales se logra sobre la conducta objeto de posterior traslación a los marcos legales, en una operación que, de entrada, exigirá no sólo cierta destreza, muy rara en los tiempos que corren, sino un conjunto de aptitudes, exentas de prejuicios, que sintetizan toda la formación de su autor, que se someterá con ello a una prueba de severidad mayúscula. Pero es en el instante en que se determina la categoría de los sucesos reales y de las pautas a seguir, en donde se define el éxito de la tarea emprendida. Sabido es que, gracias a las consecuencias extremas que un juzgamiento en materia penal acarrea para los imputados, un error que se mantenga desde los albores de la indagación afectará de manera protuberante los derechos individuales y la credibilidad que la sociedad deposita en sus organismos

*******ebook converter DEMO Watermarks********

dispensadores de justicia. Por eso la urgencia de que se evite, propendiendo por el incremento de exigencias a los funcionarios que el Estado ha investido de ese sagrado carácter, en materia de capacitación, para erradicar tendencias tan normales en nuestro medio como la terquedad, el empecinamiento, la ignorancia, erigidas en óbices, que apartan a los representantes oficiales de la imparcialidad y la libre apreciación de los acontecimientos sometidos a su análisis.

Hecha esta observación, que evidencia el cuidado con que se debe conducir el intérprete en el ámbito penal, puesto que el trabajo más frágil, el cual se presta a desviaciones luego incorregibles, consiste en precisar la esencia de un suceso que se arranca de la realidad (cuya particularización resulta vital) y su traslado al ordenamiento jurídico, para encontrarle su más acertada ubicación, acometeremos de lleno el tratamiento del tema propuesto.

Como quiera que el eje del presente escrito se contrae al logro de la aproximación acerca de lo que debemos entender por interpretación, su regulación dentro de un espectro local y sus proyecciones, partiendo de la existencia del precepto legal, nos ocuparemos en ello de inmediato, apercibidos de que en la organización de la mayoría de Estados contemporáneos se ha adoptado un sistema que conecta entre sí todas las reglas que habrán de asegurar las condiciones mínimas de convivencia, con referentes que establecen valores eslabonados con arreglo a ciertas jerarquías, en donde se pretende anticipar cada actuación humana que pueda afectarlo, contando además, con la previsión de un aparato, el jurisdiccional, dotado de alguna independencia, que se aplique a la resolución de los conflictos más trascendentes dentro del seno del ente colectivo, ajustándose a fórmulas que encarnan la voluntad genérica del grupo, que por lo mismo extraen su importancia de fuentes de claro timbre axiológico; las que, pese a su estatismo aparente, deben poseer la virtud de facilitar el entendimiento de los cambios y transformaciones que se operen en las entrañas de la sociedad

*******ebook converter DEMO Watermarks********

regida por ellas; de tal suerte que, no existiendo forma diferente de traducir el querer de todos que mediante el auxilio de símbolos, en este caso idiomáticos, se torna indispensable establecer su sentido y alcances. A dicha disciplina se le ha denominado hermenéutica, con independencia de su señalamiento como arte o ciencia, dilucidación que para los fines del trabajo que nos ocupa carece de importancia. Debemos dejar sentado, sin embargo, que el quehacer desprendido de ella parte de presunciones acerca de los atributos que le adscribimos a los responsables de imprimir movimiento al aparato que fabrica las normas, que, en especial en nuestro país, se detienen en posturas no muy exactas, como que el legislador es versado, diligente, capaz, sensible, consecuente con las crisis nacionales.

Debido a que en Colombia predomina un modelo de Estado de derecho, en donde se requiere que las normas se promulguen antes de entrar a regir, acto característico de un sistema creado a propósito, para cubrir tal cometido es inevitable la utilización del lenguaje, que, como acaece con cualquiera otra expresión que se valga de símbolos, requiere de un proceso mental para indagar su significación, el que en el campo que nos ocupa engloba a muchas personas, desde ángulos diferentes de la vida social; pero entre todas, es a los jueces a cuya opinión se le atribuyen efectos más poderosos, como que su decisión es requisito para que se afirme la cobertura de la norma en un caso concreto y se apliquen las consecuencias previstas en el universo legal. No obstante, pese a que el legislador -al menos en teoría- quiere dotar a sus creaciones de la mayor claridad posible, se ve restringido a utilizar un idioma determinado, en nuestro medio el castellano, como lenguaje natural, vale decir corriente, que dista de ser perfecto, en la medida en que la mera posibilidad de plurisignificación de los términos empleados, su sujeción a apotegmas semánticos, sintácticos y además jurídicos, plantea conflictos y complejidades que en la práctica se vuelven insuperables, contribuyendo no poco a la creación de incertidumbre y caos, resultando que los destinatarios

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de la ley se encuentran obligados más con morfemas y oraciones, que desdibujan y superan las originales intenciones del legislador, que con mandatos y señalamientos reputados en principio inequívocos y directos. Fuera de la problemática que se deriva de lo lingüístico, es digno de tenerse en cuenta que las normas se ensamblan con un mundo en donde coexisten otras, que se halla sometido a variaciones y vaivenes que afectan todo el conjunto e influyen en el significado y función de cada unidad, pues lo previsto en su momento con respecto a ellas se ve con brusquedad muchas veces cambiado, por la declaratoria de inexequibilidad de una frase o la inclusión de un nuevo precepto, por ejemplo, sobreviniendo contradicciones, vacíos, dislates y serios atentados contra la lógica. De todas maneras, así se tomen criterios de carácter limitado o amplio, la interpretación de un texto se atendrá, en primer lugar, a las características derivadas de su apreciación como trasunto de la realidad, y la indagación de lo que representa deberá hacerse a la luz de consideraciones enraizadas en su sentido obvio y natural, con el auxilio de las conexiones que surjan de su ubicación dentro de una galaxia, en la que predominan principios y verdades de índole jurídico penal.

a Alf Ross{169} había aludido a las dos principales tendencias que se pueden adoptar ante un texto lingüístico, en función de desentrañar su significación, especificando que se debe tener en cuenta la intención que guió al formulador de la oración, atribuyéndole entonces un carácter subjetivo, o centrando la búsqueda, no en lo que pretendió señalar el artífice correspondiente, sino en lo que el análisis del cuerpo de la norma indica por su estructura misma, siguiendo el significado poseído en el lenguaje ordinario por las palabras allí contenidas. Es, por tanto, una interpretación objetiva.

A la par, se presentan tres grandes agrupaciones de teorías, confrontadas por los estudios contemporáneos acerca del tema: en primer término, la *cognitiva,* mejor conocida como formalista, basada en que interpretar equivale a verificar de manera empírica el significado objetivo de los textos

******ebook converter DEMO Watermarks*******

normativos, junto a la intención subjetiva del legislador, y que cabe comprobar su veracidad o falsedad. Se halla relacionada con la separación de poderes, con el principio de sometimiento del funcionario judicial a la ley y con la certeza del derecho, que pese a encontrarse bastante revaluada aún se sigue aplicando en nuestro medio. En segundo lugar, la *escéptica,* que se erige sobre la afirmación de que la interpretación no es una operación de conocimiento, sino de valoración y decisión, ya que el resultado de la misma depende de múltiples factores como la variedad significante de las palabras y el sujeto que la realiza, cuyos resultados están fuera de una garantía de coincidencia. Se infiere que aquí se subestiman los contactos y demarcaciones objetivas que, acéptese o no, tienen vigencia. Por último, la *intermedia,* que, fiel a su denominación, se sitúa en un plano que intenta conciliar las diferencias entre las anteriores, aduciendo que la interpretación es a veces una actividad de conocimiento y en oportunidades una de decisión discrecional, con remisión a eventos catalogados "fáciles" o revestidos de grados de penumbra e indeterminación, que los convierten en "difíciles". La falta de orientación previa de las mismas disposiciones legales hace que las tres sean susceptibles de invocación indistinta, de tal suerte que, al no haberse previsto reglas de juego para cada una, éstas se presenten libres de amparo y condiciones precisas{170}.

II . EVOLUCIÓN FASES

Los intentos por precisar los alcances y factores que confluyen en este campo se remontan a épocas muy antiguas, como que ya Platón y Aristóteles , al ocuparse del estudio de juicios y proposiciones, se esforzaban por dar noticia acerca de sus principales características. Así mismo, Santo Tomás , aseveraba que *interpretatio* es una voz significativa que quiere decir algo por sí misma, y que las expresiones aristotélicas contenidas en los capítulos 2° y 3° del

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Tratado de lógica u *Organon* bajo nombre y verbo son más bien principios de interpretación que interpretaciones. Le adscribía más bien tal carácter a la oración enunciativa, de la que puede predicarse verdad o falsedad. La entronización del vocablo "hermenéutica" corresponde a la designación que se hacía con respecto al establecimiento de ciertos contenidos de las Sagradas Escrituras, manteniéndose la utilización de la voz durante mucho tiempo frente a remisiones de corte religioso. En la actualidad, se registra una proliferación de estudios acerca del origen, desarrollo y acepciones del término, distinguiéndose los trabajos de Thomas Seebohm , Rudolf Glucenius , August Boeckh , August Droysen , Theodor Birth , Jasso Jaeger , Georg Friedrich Maier , Schleiermacher y Dilthey , entre otros; pero los aportes que en épocas recientes se han considerado como valiosos e innovadores, corresponden a las investigaciones de Martin Heidegger , Hans Georg Gadamer, Paul Ricoeur, Emilio BettI , Karlütto Apel, Jürgen Habermas, Umbert Eco y Jorg Zimmermann.

Las contribuciones de H. L. Hart y Ronald Dworking a la ciencia del derecho se deben en singular medida a su aproximación al estudio de la filosofía del lenguaje, auspiciada por los informes que de primera mano obtuvieron en sus ejercicios docentes universitarios, en centros donde aún Austin y Wittgenstein dominaban el ambiente, invitándolos a despojarse de la inconmovible y oxidada armadura jurídica. Hart , por ej., llega a la conclusión de que las cuestiones lingüísticas no son solo asuntos de meras palabras; por el contrario, una conciencia refinada alrededor de ellas puede conducirnos a "agudizar nuestra percepción de los fenómenos", porque cuando buscamos y hallamos definiciones "no contemplamos simplemente palabras, sino también las realidades para hablar acerca de las cuales usamos las palabras"{171}. Así, la fijación en la urdimbre del tejido del lenguaje jurídico trasciende las formas, para reflejar la armazón íntima de las prácticas sociales y de la dialéctica de las relaciones entre individuos, verdadera fuente

******ebook converter DEMO Watermarks*******

hermenéutica.

A. FASES

Cabe distinguir en el proceso interpretativo, entendido como una alternativa para aproximar la norma general a las posibilidades concretas, dos momentos muy bien delineados: el primero, aplicado al descubrimiento del significado del texto, es decir, su estructura, contenido y alcances, y otro encargado de desprender de esa generalidad un dispositivo concreto, que es el que se utiliza para proveer de valoración el evento particular que debe resolver el derecho{172}. Aquél es, desde luego, una fase formal, al paso que éste adopta un carácter sustancial. Se ha convertido en lugar común pero útil, máxime si de conservar el sabor didáctico se trata, señalar que las formas interpretativas pueden clasificarse con arreglo a los criterios de la fuente de donde emanan, de los medios utilizados y del fin conseguido. Mientras que el aspecto sustancial se centra en la conclusión del proceso, valiéndose de la norma particular que se ha desprendido de la general o del resto del ordenamiento jurídico.

I. FUENTE DE DONDE EMANA

La labor interpretativa es verificada en el Estado jurídico de hoy, de manera casi exclusiva, por algunos sujetos que por su correlación necesaria con ella figuran como puntos obligados de referencia, dando lugar a las especies que siguen.

a. AUTÉNTICA

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Por ella se entiende la realizada por el titular de la potestad legislativa, o sea por el propio autor u órgano de emanación de la disposición respectiva, que puede acompañar el mismo texto de forma coetánea o ejercerse en un momento diverso, pues en no pocas ocasiones el diseñador del texto omite apersonarse de sus dificultades aplicativas. Con arreglo a la rama penal, debe considerarse que sus efectos son retroactivos, en principio, salvo las eventualidades, anotadas por Betti con tino superior{173}.

Esta forma interpretativa, se vincula con gran frecuencia al argumento de autoridad, para proveerla de una fuerza que brota de su génesis misma, con prescindencia de otras consideraciones enmarcadas en su potencia lógica o gramatical, que casi siempre se ve reforzada por retaliaciones y amenazas que compelen a su aceptación generalizada, con un valor equiparable al de la misma ley.

b. OFICIAL{174}

Corresponde a la que realiza un representante u órgano del Estado, en uso de sus funciones.

c . JUDICIAL O JURISPRUDENCIAL

Es la que cumplen los funcionarios adscritos a la correspondiente rama del poder público, dando cumplimiento a sus facultades constitucionales y legales. Se le reconoce un valor intermedio entre la auténtica y la doctrinal, debido a que, de una parte, sus pronunciamientos están revestidos de autoridad, pero de otra, los efectos de su emisión sólo comprometen y obligan a los sujetos cubiertos por su espacio vinculante. Sin embargo, en Colombia, con el advenimiento de la Constitución de 1991 , la Corte

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Constitucional, en vez de limitarse a declarar la conformidad de una norma con el ordenamiento superior, ha creado curiosas mixturas, como la declaratoria de ajuste a la Carta condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos, o sus manifestaciones en torno a la catalogación de acorde con los preceptos superiores, siempre y cuando se le otorguen precisos alcances a la disposición estudiada en concreto; esto le ha servido de pretexto para señalar derroteros interpretativos de orden universal, además obligatorios, en materias sobre las que de entrada se patentiza el poco dominio o el desconocimiento por parte de sus miembros. Incluso se ha arrogado la facultad de crear leyes, suplantando al legislador, todo disimulado bajo el disfraz de desempeñar mejor sus cometidos institucionales, al paso que la Corte Suprema de Justicia es cada vez más parca y superficial en la emisión de sus sentencias, como si se cuidara de comprometerse expresando su verdadero pensamiento, con lo cual le presta muy flaco servicio a la labor de instancia clarificadora y orientadora.

d. DOCTRINAL

Es la proveniente de los aportes entregados por los estudiosos del derecho. No se le reconoce ninguna virtud obligatoria, pese a que supone casi siempre una destacada contribución a la dilucidación de problemas cotidianos, a causa del reconocimiento que a sus posiciones se les tributa, porque, pese a existir la inclinación a injertar teorías y ensalzar la producción foránea, aún perviven en Colombia juristas originales e imaginativos.

Se tiende a diferenciar los caracteres de estas dos últimas clases de interpretación, especificándose que ésta obra como una especie de sugerencia dirigida a los jueces, que debe ser tomada como algo discrecional por ellos, pero que en la práctica influye con fortaleza en las decisiones. En parecido orden, la interpretación doctrinal se puede ubicar como dirigida a la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

“clarificación de textos”, mientras que la judicial se encamina más hacia la “concreción de hechos”.

2. DISTINCIÓN POR LOS MEDIOS

Es común que se distinga entre interpretación *semántica o literal* y *lógica,* según se busque la significación de los términos en su estructura idiomática o se escudriñe el sentido íntimo de la norma, yendo en pos de su espíritu. Debe entenderse que la utilización de ambas no es excluyente sino complementaria, porque muchas veces no basta con agotar cualquiera de las dos fases, sino que se torna necesario recurrir a los postulados de la restante.

a. SEMÁNTICA

Se le denominó también *semasiológica* y comprende la totalidad de la porción lingüística encargada de la indagación del sentido de las palabras, que equivale a su estudio histórico, consideradas estas en las mutaciones que han experimentado en su capacidad de reflejar objetos o fenómenos. Si la *fonética* se fija con exclusividad en el aspecto exterior de los vocablos, considerándolos como sonidos o conjunto de ellos, la semántica ejerce su monopolio sólo en el aspecto interno.

Si la expresión como símbolo evoluciona, a la par suya debe situarse su significado. Si expresa ideas o estados de conciencia, al modificarse éstos es natural que la comprensión de los términos correlacionados varíe.

La semántica nos revela la razón por la cual una misma palabra designa objetos que entre sí nada de común poseen.

Acaso por operar sobre valores menos tangibles que los fonéticos o gramaticales, la semántica comenzó su ciclo operativo en el instante en que el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

lenguaje adoptó ropajes y connotaciones de carácter científico, más o menos maduros. Pero, merced al avance en disciplinas paralelas, se ha consolidado un rigor fundamental, plasmado en el establecimiento de leyes tutelares{175}.

Le asiste la razón a V elásquezV elásquez cuando menciona a las categorías *gramatical, sintáctica, filológica y jurídica* como especies de lo semántico; también a nuestro juicio así deben ser clasificadas{176}.

a Wittgenstein había basado una importante teoría suya, que el progreso de los tiempos se ha encargado de ratificar, en la aseveración de que el significado de una palabra es su uso en el lenguaje{177}. Los principales problemas a que ha de enfrentarse el intérprete jurídico tienen que ver con las ambigüedades, que se caracterizan porque el bloque normativo, en todo o en parte, es plurisignificante, las imprecisiones, que denotan inapropiado uso del léxico y los juicios de valor innecesarios. Ocurre con frecuencia que el legislador, tomando un rasgo fáctico por otro, plasme en fórmulas lo que no ha sido objeto de anticipación suya o, por falta de dominio del lenguaje, condense proposiciones que traicionan su tendencia volitiva, o que con simpleza, pese a estampar una rúbrica dotada de la mayor claridad, ésta colisione con el resto de partes integrantes del orden jurídico. Por ello, lo explícito y despejado es relativo. Un postulado es nítido para

quien lo formula cuando traduce con transparencia su propio pensamiento, que puede bien ser de una gran complejidad. Los vocablos que lo condensan surgen fáciles y espontáneos y su autor queda satisfecho, pero los demás, apartados por el desconocimiento de la causa que lo inspiró, de su motivación, o carentes de su entusiasmo, deben contentarse con aplicar, dentro de sus limitados marcos, sus propias visiones acerca del asunto, valiéndose sólo del sentido que le atribuyan a expresiones que, con toda seguridad, son imperfectas para absorber toda la carga significativa con que se pretendió llenarlos. Por eso, las pautas que se han incorporado en apartados legales específicos para aliviar la fatiga de tal labor representan una

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ayuda extraordinaria, ya que en materia legal aumentan las complicaciones por el componente técnico, casi esotérico, que en ella se sumerge, lo cual exige para su manejo cierta formación cultural. La ley, pese a dirigirse a todos, no es para todos; en la realidad, resultan ser escasos quienes la comprenden y estudian, y así, una significación obvia y natural, de no constar que el legislador la entendió de otro modo, debe predominar sin dubitaciones. Al respecto, es ejemplar lo normado en el artículo 28 del Código Civil, que aparece como pauta condensada en el precepto latino *non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem*{178}, que, trasplantada a la práctica, resulta optimista y rara en demasía. Si las palabras tienen dos significados, uno provisto de gran sentido común, acorde con la usanza legal que se le ha reservado, y otro ajustado a directrices idiomáticas pero genéricas, debe estarse al primero y no al último, y si poseen dos cercanos a la cristalinidad no ha de tomarse sino el que viene más al caso, según la materia de que se trata: *Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur quae rei gerendae aptior es*{179}.

En la hora actual se le ha asignado prioridad suprema a esta clase de interpretación, sugiriéndose incluso reglas de todo género, que por su cantidad y variedad sobrepasan las pretensiones de este trabajo.

b . LÓGICA

Con ayuda de ella buscamos el fin que la ley persigue, y se le invoca cuando se ha agotado el medio descrito en precedencia, al cual, como lo dejamos anotado atrás, le sirve en subsidio, lo complementa, lo reemplaza o demuestra su eficacia. Es obvio que cada norma se orienta hacia una dirección concreta, justifica su presencia en la satisfacción de una necesidad real o ficticia. En el fondo, se agazapa tras su diseño un interés específico, que explica su

******ebook converter DEMO Watermarks*******

creación. El productor de la misma ha plasmado su intención, que bien puede asimilarse al espíritu, y puede auscultarse dentro de sí la causa de su emisión, contrastando muchas veces ese contenido con todas las circunstancias que rodearon su génesis. Se eleva la presunción acerca de la existencia de un designio identificable que engloba con armonía a todos los componentes del texto, dotándolos de una significación homogénea. No obstante, al contrario de lo aguardado, éste no se detecta con la facilidad que se quisiera de entrada, y por ello se aconseja recurrir a cinco auxiliares: *racional, histórico, político, sistemático* y *sociológico.*

Racional. Consiste en la aplicación del pensamiento humano en la búsqueda del fundamento normativo, centrado en la protección de un bien jurídico, digno del impulso que ha sacado de su inercia al legislador y que ha precipitado su anhelo de irrumpir dentro del contexto jurídico, imponiendo su resolución de transformarlo mediante una ejecutoria suya que da respuesta a una situación de peligro para la comunidad, que pretende neutralizarla o hacerla menos lesiva. Parte del supuesto de la sensatez del generador normativo y de la validez de argumentos que propiciaron su intervención.

Histórico. Aporta luces de gran intensidad para el logro del éxito en la labor interpretativa, aunque su peso específico no debe exagerarse. Comprende el seguimiento de todo el itinerario que debió cubrirse hasta la promulgación de la norma, dentro del cual deben contarse las discusiones preliminares, los trabajos preparatorios, las intervenciones de los partícipes en su redacción, la exposición de motivos, las salvedades hechas, la forma de conciliación de intereses, ya que las disposiciones legales suelen nacer como el resultado de procesos conciliatorios.

Político. En el terreno criminal su influjo es bastante marcado, porque confluyen presiones y conveniencias muy íntimamente conectadas con el ejercicio del poder y la necesidad de satisfacer a las mayorías, eliminando las amenazas que se ciernen sobre las cabezas de los miembros de la sociedad.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Barajándose, además, condiciones económicas específicas, que al germinar producen desequilibrios y zozobras, considerados por el ente oficial como brotes perturbadores del clima de armonía y progreso en que debe conducirse el Estado.

Sistemático. Consiste en estudiar la norma con arreglo al ordenamiento jurídico del cual hace parte, persiguiendo sus características de especie en principio, para luego, si el hallazgo de correlaciones con su entorno natural resulta infructuoso, apreciarla como porción del género legal en general, porque al fin y al cabo existe un sistema en cuyo interior se halla engarzada ella. Nuestro Código ha acogido el criterio consistente en la división por libros, títulos y capítulos, que denota un orden interno bastante útil. A su vez, en las divisiones se hace énfasis en el interés tutelado. La norma a la que se otorga rango interpretativo debe ser cotejada y examinada dentro del contexto de las homogéneas, es decir, las que regulan el mismo tipo de conductas o que aluden a idéntico instituto jurídico, pues resulta contraproducente y riesgoso tratar de interpretar una disposición como si se tratara de una unidad aislada, en la medida en que se tiende a aclarar un sector del sistema y ello no se podría realizar sin los demás componentes de él.

Sociológico. Se centra en el estudio de los factores inherentes a la naturaleza de la sociedad, su cultura y tradiciones, en cuyo interior la norma adquiere vigencia. Se le emplea muy a menudo para precisar los alcances de los llamados ingredientes normativos de carácter extrajurídico, lo cual no obsta para que se le convoque como auxiliar de la interpretación global. Por lo tanto, resulta válido y sensato acudir a costumbres sociales, a sentimientos, a conceptos asimilados en una etapa determinada de la formación de la conciencia común.

3. DISTINCIÓN POR LOS RESULTADOS

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Con arreglo a este criterio, se suele aludir a cuatro clases: *declarativa*, *restrictiva*, *extensiva* y *progresiva.*

La *declarativa* parte de la coincidencia entre la letra y el espíritu, esto es, cuando se ha corrido con la fortuna excepcional de verter con exactitud el pensamiento en el texto utilizado, de tal suerte que los espacios donde podrían producirse equívocos se clausuran en su totalidad, no quedándole al intérprete vía diferente a la de aceptar los giros lingüísticos en la acepción común y usual de los mismos, con lo que halla el sentido que se le pretendió infundir al dispositivo legal correspondiente.

La *restrictiva* parte de que, al registrarse una diferencia entre lo que el legislador quiso decir y lo que en efecto dijo, aspecto que es predicable también de la interpretación extensiva, se obliga a quien realiza la operación a reducir en este caso el ámbito de alcance de la literalidad de la norma, dejándolo, según su apreciación, del tamaño buscado al momento de construir el texto.

La *extensiva* resulta cuando el legislador ha dejado de prever las situaciones a las que se le quiere dar cabida en la norma, ya sea por error, olvido o simple carencia de agudeza, o con llaneza, cuando los acontecimientos sobrevinientes sobrepasan los cálculos que precedieron el diseño de la norma. Es cursante que se le atribuyan condiciones de difícil aplicación, por cuanto podría atentar contra principios como el de legalidad, y que por tanto se le relegue a planos en donde se le permita ejercer determinado influjo sólo si favorece al reo, por ejemplo. Se le suele confundir con la analogía, pero resulta patente que son fenómenos de estirpe diversa.

La *progresiva* se haría necesaria cuando se despoja a la norma de su carácter estático y petrificado, dotándola de caracteres vivos y cambiantes, al ritmo de las transformaciones que la sociedad va experimentando y a los cuales debe adecuarse. Coincide con la afirmación de que la interpretación no es un proceso que se pueda declarar clausurado al verificarse en determinado

******ebook converter DEMO Watermarks*******

momento, sino que debe ajustarse a los hitos evolutivos característicos de los avances históricos de las agrupaciones humanas, en los más variados planos de la injerencia progresista de ciencia y técnica{180}.

III . ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

Para nadie es un secreto que, debido a los avances tecnológicos, a la adopción de una conciencia sobre la suerte del mundo, a la facilidad de comunicaciones entre las varias comunidades que habitan el orbe, los problemas que antes poseían un tinte de corte local se han ido proyectando como universales, lo cual ha ocurrido con temas como los derechos humanos y las formas de delincuencia, así como con la entronización de una ética universal, cuyo influjo ha determinado que concepciones jurídicas manejadas antes bajo dimensiones modestas se amplíen y cobren un auge de grandes dimensiones. Pareciera como si el influjo ejercido por los cambios climáticos se hubiera extendido a las personas, haciéndolas tomar conciencia de su verdadero papel histórico, para precipitarlas en brazos de un nuevo humanismo, que penetra y se impone en edificios tan herméticos como el jurídico, al que sólo podían acceder los integrantes de una cofradía, caracterizados por el manejo de signos casi cabalísticos. En los últimos tiempos han forzado sus puertas pensadores no expuestos, por formación ni convencimiento particular, al polvo desprendido de los techos de las herrumbrosas salas en donde se cumple el rito de hacer descender como un alud el peso de la ley corporeizada sobre las testas postradas en banquillos empapados de sudor y esperanzas fallidas, ocupadas por los reclutas de la trituradora oficial, los cuales se han visto desplazados en sus posiciones por científicos sociales, que han osado turbar el anquilosamiento del derecho, abriendo espacios que comprometen a niveles vastos las posibilidades interpretativas, impidiendo que conceptos dotados antaño de rancios aromas,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

como el carácter de infalibilidad del legislador, sigan presidiendo la labor de desentrañamiento del precepto que, antes de estar conectado con un sentido encarnado en una persona, pertenece a la conciencia social, subyace en ella, hace parte de su patrimonio, y por tanto su búsqueda constituye el verdadero núcleo de la interpretación, sin interesar demasiado que se trate de un sistema positivo o consuetudinario. Las corrientes que contienden en el presente por tomar los hilos del control hermeneútico se centran en la obtención del reconocimiento de la presencia de valores no avalados con suficiencia en el pasado, que con prescindencia de su adecuada traslación a los parajes del lenguaje deben ser invocados como los únicos adalides del proceso interpretativo, que cobra su máximo vigor frente a los sucesos de la vida práctica, los cuales en veces reciben la catalogación de "difíciles", mostrando la cortedad de las reglas conocidas y haciendo exigible la remisión a los principios. Los aportes de Hart , Dworkin , Raz y otros autores son tan significativos que han modificado las tendencias tradicionales al respecto. Sin ir más lejos, la teoría del derecho de Dworkin viene a representar una posición que acentúa la aplicación normativa, donde la interpretación viene a ser el proceso de reconstrucción del derecho de cara a la resolución del caso concreto, coto en el cual se halla una única respuesta correcta{181}. Huelga decir que la pretensión de este estudioso se vuelca en el objetivo de desarrollar una completa teoría del derecho como concepto interpretativo. Para él, la averiguación del trasfondo de la norma es una empresa constructiva que tiene por finalidad la de presentar el objeto a interpretar como el "mejor ejemplo posible" del género al que se considera que pertenece. En el caso del derecho este género es el de las prácticas sociales, en las cuales nos encontramos con valores de naturaleza ética. En la interpretación del derecho Dworkin distingue tres etapas: a. La "preinterpretativa", que se caracteriza porque el intérprete identifica las reglas que conforman la práctica (los materiales *prima facie* jurídicos; b. La

******ebook converter DEMO Watermarks*******

"interpretativa", en la que se deben formular las posibles teorías que encajen con los materiales previamente identificados como jurídicos y donde se incorporan los principios que dotan de sentido a la práctica, y c. La "posinterpretativa", en donde se trata de elegir, entre las posibles teorías disponibles, una que dé cohesión a las demás prácticas, remitiéndose a valores sustantivos de naturaleza moral[{182}]. Para Dworkin , es justamente la interpretación la que da origen al derecho.

IV. LEGISLACIÓN COLOMBIANA

Fuera de las directrices previstas en la Ley 153 de 1887 y de las contenidas en el Código Civil, recogidas a propósito, en ninguno de los estatutos de carácter criminal que se han expedido en nuestro medio encontramos la presencia de mecanismos normativos que regulen y orienten los criterios a que debe someterse la actividad interpretativa, de manera explícita y directa. Empero, se hicieron alusiones que se relacionan con posturas atendibles en el área penal, como la exclusión de analogía (art. 7° C. P. de 1980). En el Código Penal vigente, Ley 599 de 2000, se menciona la posibilidad de aplicación analógica en materia favorable (inc. 3° art. 6°) y se alude con carácter expreso a la prevalencia en materia interpretativa de las disposiciones penales (art. 13).

BIBLIOGRAFÍA

Ascoli, Max. *La interpretación de las leyes,* Buenos Aires, Losada, 1947.

Betti, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos,* Madrid, Revista de Derecho Privado, 1975.

Cossio, Carlos. *La plenitud del orden jurídico y la interpretación de la ley,* Buenos Aires, Losada,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

1939.

Cruz Parcero, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo,* México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 1999.

Dualde, Joaquín. *Una revolución en la lógica del derecho,* Barcelona, Bosch, 1933.

Dworkin, Ronald. *Tras la justicia,* Barcelona, Ariel, 1993

Eco, Umberto. *Interpretación y sobreinterpretación,* Nueva ork, Cambridge, 1995.

Eco, Humberto. *Los límites de la interpretación,* Barcelona, Lumen, 1992.

García Iturbe, Arnoldo. *La interpretación de la ley penal,* Caracas, Revista del Ministerio de Justicia, 1965.

Hart, H. L. A. *El concepto de derecho,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963.

Rodríguez Grez, Pablo. *Teoría de la interpretación jurídica,* Santiago, Jurídica de Chile, 1995.

Gadamer, HansGeorg. *Verdad y método,* Salamanca, Sígueme, 1998.

Guastini, Riccardo. *La interpretación jurídica y la decisión judicial,* México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 1998.

Kaufmann, Arthur. *Filosofía del derecho,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Niño, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho,* 8ª ed., Barcelona, Ariel, 1 997.

Sáinz de Robles, Federico Carlos. *Diccionario de la literatura,* Madrid, Aguilar, 1965.

Schókel, Luis Alonso. *Apuntes de hermenéutica,* 2a ed., Valladolid, Trotta, 1997.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal. Parte general,* 2a ed., Bogotá, Temis, 1995.

Wittgenstein, Ludwig. *Observaciones,* México, Siglo XXI, 1981.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

HERNANDO BARRETO ARDILA

Lección 8: Ámbitos de validez de la ley penal

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La aplicación de las disposiciones penales se encuentra circunscrita a unos precisos ámbitos de validez, referidos al límite temporal o de vigencia de la ley en el tiempo con relación a los hechos de los que se ocupa; al límite espacial o del lugar donde tiene cobertura el poder del Estado; y al límite personal que supone un especial tratamiento de ciertos individuos en desarrollo de lo dispuesto por el derecho público o por el derecho internacional.

I . TEMPORAL

A. CONCEPTO

Como regla general puede afirmarse que la ley penal rige para aquellas conductas cometidas durante su vigencia. La ley nace a la vida jurídica dos meses después de su promulgación, que se efectúa mediante su publicación en el *Diario Oficial* (art. 52 Código de Régimen Político y Municipal), o a partir del día que la misma ley señale o autorice al Ejecutivo para indicarlo, salvo que haya interrupción de las comunicaciones (art. 53 *ibid.).*

La ley pierde su vigor cuando se presenta uno de dos factores: 1 . Cuando el legislador ha dispuesto regular de manera diversa ciertos temas penales y de modo taxativo señala las disposiciones o cuerpos normativos que dejan de regir (derogatoria expresa), cuando simplemente se ocupa de aspectos ya tratados por la ley sin hacer referencia a la vigencia de leyes anteriores, o cuando indica que las normas contrarias a las nuevas reglas legales quedarán sin vigencia, casos en los que corresponde al intérprete verificar cuáles son

******ebook converter DEMO Watermarks*******

aquellas que han sido derogadas (derogatoria tácita); 2. Cuando la Corte Constitucional declara la inexequibilidad de disposiciones legales, que en consecuencia son retiradas del orden jurídico por quebrantar reglas de la normativa superior.

B . TIEMPO DE REALIZACIÓN DEL HECHO PUNIBLE

Para establecer cuándo se entiende cometido el hecho punible la doctrina ha construido fundamentalmente tres teorías: la primera, la teoría de la acción, según la cual el tiempo de realización es aquel en el que se expresa la voluntad del agente, sin interesar sus consecuencias; la segunda, la teoría del resultado, estima que la conducta se comete cuando se producen sus efectos, sin importar el tiempo de la acción generadora; una tercera teoría asume de manera ecléctica las dos anteriores, en el sentido de considerar cometido el hecho indistintamente en el momento en que se exterioriza la voluntad de su autor o cuando se produce el resultado.

Tanto el ordenamiento de 1980 como el del año 2000 adoptaron la teoría de la acción en sus artículos 20 y 26, respectivamente; en el último se considera realizada la conducta en el tiempo que se ejecuta la acción para comportamientos activos, o en aquel en que debió efectuarse la actividad omitida respecto de conductas omisivas, con independencia de cuándo se produce el resultado.

C. IRRETROACTIVIDAD

Los artículo 29.2 de la Constitución Política, 1° y 10 del Código Penal de 1980, y 6.1 del Código Penal de 2000, proscriben la retroactividad de la ley penal, esto es, su aplicación a hechos cometidos con anterioridad a su entrada

*******ebook converter DEMO Watermarks********

en vigencia; ello se encuentra acorde con lo establecido en los artículos 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 15.1 del Pacto de Nueva ork (Ley 74 de 1968) y 9° de la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972).

Naturalmente, en virtud del principio de legalidad que concreta la cláusula general de reserva de la persona humana, según la cual los particulares pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa y claramente definido como prohibido, es preciso que los destinatarios de la ley conozcan de manera previa a su realización aquello que se encuentra prohibido, para que procedan, a partir de ello, a decidir si adecuan su comportamiento a lo permitido o, por el contrario, realizan la prohibición para ingresar en el ámbito de lo ilícito; todo lo cual no sería posible con la aplicación retroactiva de la ley penal a hechos anteriores a su vigencia.

Ejemplo: Si una ley subsiguiente a la conducta eleva a la categoría de delito un comportamiento que no se encontraba anteriormente penalizado: *v. gr*., la Ley 599 de 2000 tipificó en su artículo 441 la omisión de denuncia de particular, que no se encontraba en el Código Penal de 1980; por lo tanto, sólo podrán castigarse las conductas que se produzcan en vigencia de la nueva ley, pues las anteriores no eran susceptibles de pena.

D . FAVORABILIDAD

La ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Así se dispone en el artículo 29.3 de la Carta, y en los artículos 6° del C. P. de 1980, y 6.2 del C. P. de 2000 (Ley 599). Aunque por regla general la ley rige para los hechos cometidos dentro de su vigencia, en virtud de la favorabilidad es posible excepcionar este postulado con la aplicación de una norma legal por fuera del marco temporal de su vida jurídica, esto es, para hechos ocurridos antes del momento de su entrada en vigencia

*******ebook converter DEMO Watermarks********

(retroactividad) con relación a procesados, e inclusive a condenados -caso en el cual corresponderá hacer los ajustes pertinentes al fallo ya proferido que se esté ejecutando-, y con posterioridad a su derogatoria para sucesos acaecidos durante su vigencia (ultraactividad) respecto de procesados, siempre que se trate de manera beneficiosa la situación del sujeto pasivo de la acción penal.

La aplicación de la ley más favorable supone necesariamente tránsito de legislación, vale decir, que una disposición legal sea sustituida por otra, pues no constituye un principio de interpretación de la legislación punitiva. Cuando dos normas tienen vigencia simultánea no opera el principio de favorabilidad, y lo pertinente será determinar cuál es la norma aplicable; en consecuencia, no se trata aquí de lo que algunos confunden con la interpretación más benigna al procesado o con el concurso aparente de delitos.

a. Aunque algunos autores{183} propugnan por la procedencia de la aplicación favorable de una ley con posterioridad a su declaratoria de inexequibilidad, en virtud del artículo 243.2 de la Carta, los fallos de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y ninguna autoridad puede reproducir el contenido material del acto declarado inexequible.

b. Especial consideración merece el tratamiento de los delitos permanentes, es decir, de aquellos que no se consuman en un solo momento sino cuya acción se extiende en el tiempo, como ocurre con el secuestro, que comienza cuando se arrebata a la víctima y se prolonga temporalmente mientras los captores la retienen contra su voluntad, hasta cuando cesa tal situación.

Por ejemplo, si al cometerse el secuestro de Pedro regía una ley x que disponía una pena de 6 a 15 años de prisión, pero un año más tarde fue promulgada una nueva ley y que señaló una pena de 15 a 25 años de prisión, y pese a ello siguió retenido hasta que 6 meses después fue liberado por las

******ebook converter DEMO Watermarks*******

autoridades, el ordenamiento aplicable es la ley y, pues no opera aquí el principio de favorablidad, habida cuenta que en su vigencia se produjo parte del ilícito, y en especial porque la penalidad más gravosa de la nueva ley no persuadió a los secuestradores (función de prevención general negativa de la pena) para cesar en la comisión de su conducta, luego es evidente que asumieron el riesgo de ser procesados y condenados conforme a la nueva normatividad; además, de no ser ello así, y si se aplicara con una supuesta favorabilidad la legislación anterior por su menor punibilidad, quedaría impune la parte del comportamiento que ocurrió en vigencia de la nueva disposición más gravosa, sin razón atendible para ello, en especial si se le compara con otros secuestros que pudieran haberse iniciado y culminado en vigencia de la ley nueva, en clara violación del derecho fundamental a la igualdad de las personas ante la ley.

Así mismo es pertinente abordar aquí el tema de las disposiciones penales temporales o excepcionales: las primeras son aquellas que tienen expresamente señalada su duración, y las segundas son las expedidas por el Ejecutivo con soporte en las facultades constitucionales (arts. 212 a 215 C. N.) que le asisten cuando son declarados los estados de excepción, en particular con relación a los decretos legislativos dictados para conjurar la crisis en caso del estado de conmoción interior o del estado de emergencia económica, social y ecológica, habida cuenta que las normas que suspenden las disposiciones ordinarias tienen una vigencia de hasta 270 días para el primero, y 90 días al año para el segundo.

A manera de ejemplo, piénsese que el delito de concierto para delinquir tiene en la ley A una pena de 4 a 8 años de prisión, y que el Presidente dicta un decreto legislativo para conjurar una conmoción interior que ha sido declarada, en el que dispone que aquel hecho punible tenga una pena de 8 a 15 años de prisión; si Juan delinquió en vigencia del nuevo ordenamiento excepcional, una vez cumplido el tiempo de suspensión de la ley A ésta

******ebook converter DEMO Watermarks*******

revivirá, y obviamente será aplicable de manera retroactiva a los hechos que ocurrieron durante la interrupción de su vigencia. Aún más, si ya Juan fue condenado de acuerdo al decreto legislativo, al culminar la suspensión de la norma ordinaria tendrá que redosificarse su pena conforme a los límites mínimo y máximo de la ley A. Lo anterior es así en atención a que en el derecho penal colombiano el principio de favorabilidad rige sin limitación alguna determinada por la naturaleza de las disposiciones, como sí ocurre en otros ordenamientos.

Con relación a las leyes procesales puede comentarse que en principio, conforme al artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tienen vigencia inmediata y rigen hacia el futuro; no obstante, se ha reconocido que cuando tales disposiciones tienen efectos sustanciales para el sujeto pasivo del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, opera íntegramente el principio de favorabilidad. Así lo señala de manera expresa el artículo 6.2 de la Ley 600 de 2000.

Por ejemplo, si un individuo es investigado conforme al Decreto 2700 de 1991, en el cual es obligatoria la resolución de situación jurídica con posterioridad a su vinculación como presupuesto para disponer el cierre de la investigación y calificar el sumario (art. 438.1), y entra a regir el nuevo estatuto procesal penal que únicamente exige la definición de situación jurídica en los eventos en que es procedente la detención preventiva, será aplicable la legislación anterior de manera ultraactiva por ser sustancialmente más favorable que la nueva, al requerir un pronunciamiento judicial de fondo en todos los casos, que le permitirá al procesado y a su defensor evaluar el estado de la actuación, y a partir de ello enfilar su estrategia defensiva.

E . EXCEPCIONES

I. RETROACTIVIDAD

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Algunas hipótesis de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable son las siguientes:

a. La ley promulgada con posterioridad al hecho le quita la categoría de delito. *Vgr*., la Ley 599 del 2000 descriminalizó el delito de bigamia establecido en el artículo 260 del Código Penal de 1980: en este caso no hay lugar a iniciar nuevas investigaciones penales, se dispondrá la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento de las que estén en curso, y se extinguirán las penas cuya ejecución se adelante, entre otros efectos.

b. La nueva ley aminora la pena dispuesta por el ordenamiento vigente para el momento de comisión de los hechos. *Vgr*., el delito de prevaricato por omisión era sancionado en el ordenamiento de 1980 (art. 150) con pena de 3 a 8 años de prisión y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales, en tanto que el nuevo Código (art. 414) señala una pena de 2 a 5 años de prisión y multa de 10 a 50 salarios mínimos; obviamente, tanto para los procesados como para los conde-nados se aplicará de manera retroactiva la nueva reglamentación.

c. La disposición promulgada luego de producido el hecho investigado reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo. *V gr*., el Código Penal de 2000 dispuso para el delito de falsedad ideológica en documento público (art. 286) una pena de 4 a 8 años de prisión, que en el Decreto 100 de 1980 (art. 218) tenía una sanción de 3 a 10 años de prisión: en este caso se aplicará la norma que invoque el interesado, pero en todo caso el fallador verificará cuál es la más favorable en la medida que los factores ameriten imponer el mínimo o el máximo; por lo tanto, de conformidad con los parámetros establecidos para dosificar la pena se debe evaluar cuál de las dos disposiciones resulta más favorable, pues en la medida que se acerque al mínimo se aplicará el Código Penal de 1980 de manera ultraactiva, pero si se está cerca del máximo se deberá utilizar la Ley 599 de 2000 con carácter retroactivo.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

d. La reglamentación legal posterior al hecho disminuye la sanción privativa de la libertad y aumenta la pena pecuniaria. *V. gr*., el delito de fuga culposa de presos tenía en el Decreto 100 de 1980 una pena de 6 meses a 2 años de prisión, pero en la normatividad de 2000 se le asigna una pena de multa y pérdida del empleo o cargo público. Así, pues, se preferirá esta última con efecto retroactivo por tener menos aptitud de lesión para quien ha de ser sancionado. Es pertinente señalar que no en todo caso opera de plano esta regla, como ocurriría frente a una muy onerosa pena pecuniaria.

e. Conforme al artículo 45 de la Ley 153 de 1887, los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna *(in dubio mitius);* esto es, frente a situaciones en las que objetivamente no es viable establecer cuál de las leyes penales en tránsito es la más favorable debe el funcionario judicial acudir a este mecanismo exceptivo y obviamente residual.

2. ULTRA ACTIVIDAD

En todo caso en que la ley posterior a los hechos investigados sea más gravosa que la ley vigente al momento de la ocurrencia de estos prevalece esta última, aunque ya no esté en vigor, en virtud de la ultraactividad.

Entre otros ejemplos tenemos:

La nueva ley dispone de una pena más gravosa para un hecho punible que también se hallaba en la ley anterior. *V gr*., el hecho punible de enriquecimiento ilícito tenía en el ordenamiento de 1980 una pena de 2 a 8 años de prisión, mientras que en el nuevo estatuto penal se dispone una pena de 6 a 10 años de prisión; entonces, corresponderá aplicar la ley anterior de manera ultraactiva para los procesados que hayan cometido el delito durante su vigencia.

La nueva ley reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, pero de acuerdo a las circunstancias es pertinente imponer una sanción cercana al

******ebook converter DEMO Watermarks*******

mínimo. *V gr*., el Código Penal de 2000 dispuso para el delito de falsedad material de particular en documento público (art. 287.1) una pena de 3 a 6 años de prisión, que en el Estatuto anterior (art. 218) tenía una sanción de 2 a 8 años de prisión. En este ejemplo, si conforme a los criterios para fijar la pena debe imponerse una sanción cercana o igual al mínimo se aplicará de manera ultraactiva el Código Penal de 1980.

3. LE PENAL INTERMEDIA

Es aquella disposición legal que sin estar vigente al momento del acaecer de los hechos, y sin tener tampoco vigor para cuando se aplica, en virtud del principio de favorabilidad rige el asunto con efectos retroactivos al ocuparse de hechos ocurridos antes de entrar en vigencia, pero a la vez tiene efectos ultraactivos, pues es aplicada con posterioridad a su derogatoria.

Ejemplo: el 15 de enero de 1995 se promulgó una ley A que disponía para el delito de hurto una pena de 3 a 8 años de prisión; el 30 de marzo de 1998 se derogó expresamente aquella disposición por la ley B, que señaló para el delito mencionado una pena de 1 a 5 años de prisión; posteriormente, el 20 de mayo de 2000 se promulgó la ley C, que asignó al hurto una pena de 2 a 7 años de prisión. Si Pedro se apoderó de cosa mueble ajena con el fin de obtener provecho económico el 10 de diciembre de 1995, y luego de transcurrido el proceso penal se va a proferir sentencia de condena el 25 de noviembre de 2000, el ordenamiento aplicable en virtud del principio de favorabilidad será la ley B (ley intermedia), con efectos retroactivos y ultraactivos, por ser la más beneficiosa.

4.TERCERA LE (“LEX TERTIA”)

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Aquí es pertinente distinguir si las normas objeto de estudio en punto de la favorabilidad tienen el carácter de monotemáticas o simples, o bien de pluritemáticas o complejas. Las primeras son aquellas que de manera concreta y precisa se ocupan de un asunto, *v. gr*., un delito, caso en el cual su comparación con otra es bastante sencilla; ejemplo: si una disposición señala que la pena del homicidio es de 8 a 15 años de prisión, y otra ley dispone que la pena para el mismo delito es de 25 a 40 años, resulta evidente que la primera es la favorable.

Las segundas, pluritemáticas o complejas, son las que regulan el fenómeno dentro de una variedad de disposiciones con alcances diversos: *v. gr*., los códigos penales, situación en la que el cotejo no se hace evidente y que obligan a ponderar cada uno de los varios aspectos que regulan; la doctrina y la jurisprudencia no han sido pacíficas acerca de la posibilidad de tomar de cada una de las leyes penales los aspectos favorables y desechar los restrictivos o gravosos, pues los partidarios de ello señalan que se trata de reducir cada precepto al ámbito que le corresponde, en tanto que sus contradictores aducen que, de permitirse tal situación, el funcionario judicial estaría sustituyendo al legislador al crear una tercera ley con los fragmentos de una y otra.

Recientemente, con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, la Corte Suprema señaló que el artículo 6° del nuevo ordenamiento dispuso dos modificaciones: la primera incluyó favorabilidad dentro del principio de legalidad como límite al carácter preexistente de la ley, pues aunque esta sea posterior es perentoria su aplicación si es favorable; la segunda, la aplicación de la favorabilidad "sin excepción" alguna{184}.

En consecuencia, frente a la concurrencia de penas -expone la Corte-, como cada una tiene su regulación general, sus propios fines y el respectivo ámbito de aplicación que depende solamente del cumplimiento de la condición que significa el supuesto de hecho, es factible conformar una

******ebook converter DEMO Watermarks*******

norma con cada una de ellas y el presupuesto común en los casos de favorabilidad, sin que sea preciso aplicar íntegramente uno solo de los estatutos en tránsito legislativo. Lo que no es procedente es tomar de la antigua ley la calidad de la pena y de la nueva su cantidad, pues un tal precepto no estaría clara y expresamente consagrado en ninguno de los dos códigos sucesivos, razón por la cual el juez trascendería su rol y abusivamente se arrogaría la función del legislador.

Ejemplo: si el artículo 268 del Estatuto Penal de 1980 disponía para el secuestro extorsivo una pena de 25 a 40 años de prisión y multa 100 a 500 salarios mínimos legales mensuales, y el artículo 169 del nuevo ordenamiento señala para el mismo delito una pena de 18 a 28 años de prisión y multa 2.000 a 4.000 salarios, el fallador que dicte ahora una sentencia de condena por tal ilícito iniciado y culminado en vigencia del ordenamiento anterior deberá imponer la pena de prisión de la ley nueva y la pena de multa de la anterior reglamentación, sin que se le pueda censurar por integrar un precepto normativo sustancialmente diverso al que los legisladores de turno dispusieron en uno y otro momento histórico.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

DARÍO BAZZANI MONTOA

Lección 9: Ambito espacial y personal de validez de la ley penal

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. ÁMBITO ESPACIAL

A. CONCEPTO

La aplicación del ordenamiento penal está ligada al concepto de espacio, lugar o zona geográfica en la cual tiene vigencia, esto es, al *ámbito espacial de la ley penal.*

Este ámbito no corresponde literalmente con los límites geográficos o fronteras de un determinado país, sino que incluye otros espacios que no están dentro de las fronteras territoriales, igualmente sometidos al imperio del ordenamiento nacional, con lo cual existen eventos en los cuales podrían resultar aplicables legislaciones penales de países diversos. Por ello, se han establecido varias reglas consuetudinarias, las cuales conforman verdaderos principios de derecho internacional{185}, que junto a la regla general de la *territorialidad*, son de utilidad para determinar en qué casos procede aplicar la ley penal colombiana, los cuales serán analizados más adelante.

B . LUGAR DE REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE

Para identificar el régimen legal aplicable a determinada conducta ilícita es prioritario precisar si, en atención al lugar en que se desarrolló total o parcialmente, puede ser considerada como cometida en Colombia o no. Así, se han planteado diversas teorías según el elemento de la conducta al que se dé primacía: teoría de la *acción* (según la cual la conducta se entiende cometida donde se manifestó la voluntad de realizarla), del *resultado* (se considera cometida donde se produjo el resultado, sin consideración a los lugares donde se desarrolló la acción), y de la *ubicuidad* o *mixta,* que es la

*******ebook converter DEMO Watermarks********

adoptada por la legislación nacional, donde cobra relevancia tanto el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción como donde se produjo o debió producirse el resultado.

Para el efecto, el artículo 14 de la Ley 599 de 2000, como anteriormente lo hacía el artículo 13 del Decreto 100 de 1980, fija unos parámetros claros, según los cuales la conducta punible se considera realizada:

a. En el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción (aspecto que resulta relevante en materia de extradición).

b. En el sitio donde debió realizarse la acción omitida, en los casos de comisión por omisión.

c. Donde se produjo o debió producirse el resultado (para los eventos de los delitos tentados).

Estas reglas resultan particularmente útiles cuando se trata de asumir la investigación de delitos continuados, así como en los de ejecución permanente, pues si se parte de que la acción se efectuó en Colombia es viable aplicar la ley penal nacional; igual sucede en los delitos de omisión cuando la acción omitida debió ejecutarse en Colombia o los resultados de la omisión se producen en ésta, o cuando se trata de delitos tentados y el resultado debió producirse en Colombia o allí tuvo lugar una parte de los actos ejecutivos en el *iter criminis*.

C . TERRITORIALIDAD

En desarrollo de los artículos 4° inciso 2°, 57 y 95 inciso 2° de la Carta, la Ley 599 de 2000 consagró en el artículo 14, como antes lo hacía el artículo 13 del Decreto 100 de 1980, el principio de territorialidad de la ley penal, en virtud del cual ésta se aplica a nacionales y extranjeros que la infrinjan en el territorio nacional -entendido éste como el señalado en el artículo 101 de la Carta Política-, salvo las excepciones del derecho internacional, las cuales

*******ebook converter DEMO Watermarks********

básicamente hacen referencia a las inmunidades que amparan a los agentes diplomáticos y consulares, e incluso la adopción de ordenamientos como el de la Corte Penal Internacional. Conviene resaltar cómo la consagración de estas excepciones es coherente con las reglas que determinan las relaciones internacionales señaladas en los artículos 9°, 93 y 226 de la Carta Política, esto es, el respeto por la soberanía nacional, la autodeterminación de los pueblos y el reconocimiento de los principios de derecho internacional aceptados por Colombia.

Este principio, como lo resalta la Corte Constitucional en sentencia C-1189 de 2000, es fundamento esencial de la soberanía, y del él forman parte la *territorialidad subjetiva,* es decir, que el Estado puede asumir la investigación de delitos iniciados en su territorio y culminados en el de otro Estado, y la *territorialidad objetiva*, esto es, que el Estado colombiano puede aplicar su ley penal a las conductas punibles iniciadas en territorio extranjero que culminaron en el nacional o en él tuvieron efectos sustanciales y directos.

D . EXTRATERRITORIALIDAD

Como complemento de la regla general anterior, el legislador consagró en el artículo 16 del Código Penal algunos eventos en los cuales también es procedente aplicar la ley penal colombiana, aunque el hecho no se haya cometido -total o parcialmente- dentro del territorio nacional, ante la necesidad de preservar la soberanía económica, política y jurídica de eventuales vulneraciones de bienes esenciales como la paz, la dignidad nacional, la salud y la administración pública. Este es el principio de extraterritorialidad, que como el anterior encuentra excepciones en las disposiciones del derecho internacional y que opera en doble vía, pues permite a Colombia aplicar en tales eventos su ley penal y obliga al Estado a aceptar que en determinados eventos se apliquen leyes penales

*******ebook converter DEMO Watermarks********

extraterritoriales a personas, situaciones o cosas que se encuentren o sucedan en el interior.

Para definir en qué eventos el ámbito espacial de aplicación de la ley penal se extiende más allá de los límites fronterizos de cada Estado se han construido los siguientes sistemas o estatutos, adoptados por la legislación nacional:

a. Estatuto real, de protección, o de defensa. En su sentido amplio, este sistema pregona que la ley penal de un Estado debe aplicarse en todos lo eventos en que la conducta punible afecte bienes o intereses jurídicos de éste o de sus ciudadanos, sea cual fuere el lugar donde se ejecuta y la calidad de nacional o extranjero de su autor. Este sistema se justifica por el derecho de todo Estado de defender con su ley los bienes e intereses jurídicos internos.

La legislación colombiana, con el fin de proteger los intereses políticos y económicos del Estado de quienes en el extranjero los menoscaben, adopta este principio en el artículo 16.1 del Código Penal, al señalar que "La ley penal colombiana se aplicará: 1 . A la persona que cometa en el extranjero delito contra la existencia y la seguridad del Estado, contra el régimen constitucional, contra el orden económico social excepto la conducta definida en el artículo 323 del presente código, contra la administración pública, o falsifique moneda nacional, documento de crédito público, o estampilla oficial, aun cuando hubiere sido absuelta o condenada en el exterior a una pena menor que la prevista en la ley colombiana".

Este criterio fue respaldado por la Corte Constitucional en vigencia del artículo 14 del Decreto 100 de 1980, cuando en la sentencia C-264 de 22 de junio de 1995 dijo: "En estos eventos los demás países, por lo mismo que tales conductas podrían tener para ellos una menor significación, no suelen presentar idéntico interés de persecución ni igual dureza de tratamiento. Colombia, en todo caso, parte del enunciado legal, plenamente explicable por las circunstancias dichas, de quedar satisfecha la protección de sus derechos

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de tan singular connotación sólo con las decisiones de sus propios tribunales".

En este evento, la aplicación de la ley penal colombiana y la validez exclusiva de las sentencias nacionales es imperativa, justamente en consideración a la naturaleza de los bienes jurídicos afectados con la conducta, cuya protección es de crucial interés para la nación colombiana por relacionarse con la propia existencia y conservación de la organización estatal y su soberanía.

Con fundamento en este sistema, pero con efectos distintos respecto del valor de cosa juzgada de las sentencias extranjeras, el numeral 5 del citado artículo 16 dispone que la ley penal colombiana también se aplicará, por querella de parte o a petición del Procurador General de la Nación, "al extranjero que fuera de los casos previstos en los numerales 1 , 2, y 3 se encuentre en Colombia después de haber cometido en el exterior un delito en perjuicio del Estado o de un nacional colombiano, que la ley colombiana reprima con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a dos años y no hubiere sido juzgado en el exterior".

b. Estatuto personal, también llamado de nacionalidad, pues la aplicación de la ley está determinada por la nacionalidad del sujeto activo del delito. Señala que la ley penal de un Estado se aplica a sus nacionales en cualquier lugar o Estado donde se hallen, es decir, independientemente de donde se cometió el delito.

Conforme al texto original del artículo 35 inciso 3° de la Carta Política, éste fue el sistema adoptado por la Asamblea Constituyente en 1991 , en su sentido más amplio, pues había establecido que los colombianos que hubieran cometido delitos en el exterior, que también fueran considerados como tales por la legislación interna, en todos los eventos serían investigados y juzgados conforme a la ley penal colombiana.

Con las modificaciones introducidas al referido artículo 35 mediante el

*******ebook converter DEMO Watermarks********

Acto Legislativo 01 de 1997 se limitó el alcance de este principio de la nacionalidad activa a los eventos señalados en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 15 del Decreto 100 de 1980, ahora consagrados en los mismos numerales del artículo 16 de la Ley 599 de 2000. Es decir que la ley penal colombiana se aplica: cuando quien cometa el delito fuere persona al servicio del Estado colombiano y gozando de inmunidad cometa delito en el extranjero, o sin tenerla cometa delito en el extranjero distinto de los indicados en el numeral 1 -relacionados con la seguridad nacional, la administración pública, el orden económico social, etc.- y no haya sido juzgado en el exterior; y al nacional que se encuentra en Colombia luego de haber infringido la ley penal en el extranjero, cuando no hubiere sido juzgado en el exterior y el ordenamiento nacional sancione la conducta con pena privativa de la libertad no inferior a dos años, o cuando siendo inferior exista querella de parte o petición del Procurador General de la Nación.

b. Estatuto universal. Este sistema, identificado también como derecho penal cosmopolita o jurisdicción mundial, pregona que la ley penal de un Estado es aplicable en cualquier evento para sancionar a todo trasgresor de la ley que se encuentre dentro de su territorio, sin importar el lugar de ejecución o comisión del delito, se trate de nacional o extranjero. Es decir, este principio de carácter consuetudinario, basado en la *solidaridad humana,* faculta a todos los Estados del mundo para asumir la competencia sobre quienes cometan delitos especialmente condenados por la comunidad internacional como el genocidio, la tortura, el terrorismo, cuando sus autores se hallen en territorio nacional; aspecto este que lo diferencia de la Corte Penal Internacional que es un organismo con jurisdicción independiente de los Estados partes, con una competencia autónoma y distinta de la de ellos.

Puede considerarse que este estatuto fue consagrado en el numeral 6 del referido artículo 16, conforme al cual la ley penal nacional también se aplica por querella de parte o petición del Procurador General de la Nación al

******ebook converter DEMO Watermarks*******

extranjero que se halle en territorio colombiano luego de haber cometido en el exterior delito no político en perjuicio de extranjero, que sea penalizado en Colombia con pena privativa de la libertad cuyo mínimo no sea inferior a tres años y si siendo solicitado en extradición ésta fuere negada, o no fuere aceptada.

E . DELITO POLÍTICO

En la determinación de la ley penal aplicable a un caso concreto también resulta relevante examinar la naturaleza del delito por el cual se procede, por cuanto constitucionalmente se han establecido ciertas prerrogativas para los delitos políticos{186}, que son impredicables de los delitos comunes, salvo que éstos le sean conexos a aquellos, tales como no ser susceptibles de extradición (arts. 35 C. N. y 18 C. P.), no aplicarse el estatuto universal antes citado, la posibilidad de ser objeto de amnistía o indulto por motivos de conveniencia pública (prerrogativa que ha sido incorporada a las constituciones de la historia republicana, desde 1821 hasta el actual artículo 150.17 C. N.), y el no constituir causal de inhabilidad.

Suelen considerarse delitos políticos en la legislación interna los de rebelión, sedición y asonada; sin embargo, ni la Constitución en las distintas normas donde alude a los delitos políticos, ni las disposiciones legales que la desarrollan, se han encargado de definir puntualmente qué características tienen este tipo de reatos o cuáles son los elementos que los identifican. A estas definiciones se ha llegado por vía jurisprudencial; es así como la Corte Suprema de Justicia consideró que son dos los elementos que deben concurrir para que exista un delito político: el objetivo y el subjetivo: “esto es, que el bien, interés o derecho jurídicamente tutelado en las ocurrencias en que acontece es lo político, vale decir, la organización del Estado, el buen funcionamiento del gobierno; y, además, los móviles que deben guiar al

******ebook converter DEMO Watermarks*******

delincuente tienen que ser, consecuencialmente, los de buscar el mejoramiento en la dirección de los intereses públicos [...] ese es el sentido obvio y natural de las expresiones que la ley emplea para consagrar los delitos políticos, cuando requiere el propósito específico de derrocar al gobierno legítimo, o de cambiar en todo o en parte el régimen constitucional existente, o de impedir el funcionamiento normal del régimen constitucional o legal vigentes, o de turbar el pacífico desarrollo de las actividades sociales"{187}. posteriormente precisó que son características de esta clase de delitos: que envuelven siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado; se realizan en busca del mayor impacto social y político, bajo la égida de una dialéctica de masas -inspirado en ideales filosóficos, sociales, económicos o políticos determinables-; en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político; y con fines de reivindicación sociopolítica{188}.

Este criterio, que emergió en vigencia de la Constitución anterior, fue finalmente adoptado por la Corte Constitucional en la sentencia C-456 de 1997{189}, donde precisó que la connotación de delitos políticos está determinada tanto por los bienes jurídicos que se busca proteger con su penalización como por aquel otro elemento del tipo: el contenido teleológico inequívocamente político de la conducta, es decir, que ésta tenga como propósito el derrocamiento del gobierno o la modificación del sistema vigente, lo que justifica el tratamiento benévolo que para ellos se consagra.

F . EXTRADICIÓN

I. CONCEPTO

La extradición es un mecanismo de cooperación internacional contra la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

impunidad, en la medida que impide que una persona que ha cometido delito en un país burle la administración de justicia refugiándose en otro Estado. Esta figura jurídica, conforme al actual artículo 35 superior, se rige por los convenios y tratados internacionales y en su defecto por las normas del ordenamiento penal interno, que para el caso colombiano actualmente están fijadas en los artículos 18 de la Ley 599 de 2000 y 508 a 533 de la Ley 600 de 2000.

El texto original del artículo 35 de la Carta de 1991 consagró una cláusula nueva no prevista en la Constitución de 1886, cual es la prohibición de extraditar a colombianos por nacimiento y el deber de someterlos en tal virtud a la ley penal colombiana si la conducta también constituye delito en la legislación nacional. De este modo, la Constitución estableció el sistema de aplicación extraterritorial de la ley penal, es decir, juzgar internamente al nacional requerido, ante la imposibilidad de otorgar la extradición del nacional que haya cometido un delito en el extranjero.

Así, a partir de la Carta Política de 1991 ninguna autoridad pública del orden nacional podía ofrecer o conceder la extradición de colombianos por nacimiento, ni de los extranjeros en el caso de delitos políticos y de opinión.

El principal inconveniente que suscitó este cambio constitucional en materia de extradición fue la determinación del tratamiento jurídico del caso en los eventos en que, con anterioridad a julio de 1991, se habían celebrado y perfeccionado tratados internacionales que permitían la extradición de nacionales. Aunque la opinión que predominó fue la inaplicabilidad interna de éstos por ir contra la Constitución Política, un grupo disidente de la Corte Constitucional en distintas ocasiones manifestó su reserva, pues, según lo expresaron los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa{190}, "La bilateralidad del tratado implica que éste obliga a los Estados partes que lo celebran con independencia de lo que acontezca después en sus regímenes internos".

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Posteriormente se modificó el texto constitucional mediante el artículo 1 ° del Acto Legislativo 01 del 16 de diciembre de 1997{191}, en el sentido de permitir la extradición de colombianos por nacimiento, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la promulgación de dicho acto{192}.

2. CLASES

La doctrina ha elaborado diversas clasificaciones de la extradición:

a. Atendiendo a las diversas formas por las cuales puede operar la extradición, puede ser: *activa*: cuando un Estado solicita a otro la entrega de la persona que ha delinquido en su territorio al Estado donde ésta se ha refugiado; *pasiva:* cuando es el Estado donde se halla el extraditable el que lo entrega a aquel donde se requiere para ser juzgado o cumplir la condena impuesta.

b. En consideración a si hubo o no iniciativa del Estado donde se halla el solicitado, puede ser espontánea (cuando hay ofrecimiento), o solicitada (cuando media requerimiento formal del Estado interesado).

c. Por los organismos que intervienen en el trámite de la extradición o el sistema que se utiliza para su realización, ésta puede ser: *judicial* si el trámite y otorgamiento está a cargo de una autoridad judicial competente; *gubernativa,* si la decisión sobre ella proviene exclusivamente del Gobierno o un funcionario administrativo; y *mixta,* que es la adoptada en Colombia, en la cual intervienen tanto autoridades judiciales como administrativas (Corte Suprema de Justicia mediante concepto previo, Ministerio de Relaciones Exteriores al dictar concepto sobre normatividad aplicable y tratados públicos vigentes, y Gobierno Nacional, quien con fundamento en los conceptos anteriores y atendiendo a razones de conveniencia finalmente decide sobre la extradición).

Además de las anteriores la doctrina ha señalado otras clasificaciones,

*******ebook converter DEMO Watermarks********

como la basada en los países que pueden intervenir en ella, por ejemplo cuando el extraditable debe pasar en camino al Estado requirente por otro tercero distinto a éste y al requerido. Tal clasificación resulta impropia, pues el Estado intermediario efectivamente no es parte esencial del proceso de extradición, en cuanto de él no depende el solicitar, ofrecer o conceder la extradición. Del mismo modo, no es posible hablar de una extradición voluntaria o impuesta según medie o no el asentimiento de la persona solicitada en extradición, pues esta institución como tal no depende en manera alguna de que el extraditable esté o no de acuerdo con ella, pues su concesión es una decisión, en nuestro caso de carácter gubernamental, y no discrecional del afectado.

3. PRINCIPIOS

Los principios que rigen este mecanismo de cooperación internacional son básicamente los siguientes:

a. Legalidad: se impone, con base en el artículo 29 superior, a toda actuación judicial y administrativa, y exige no sólo que el delito por el cual se solicita u ofrece esté consagrado como tal en el derecho interno de cada país, sino además que al tratado internacional aplicable o en su defecto a la ley interna debe ceñirse tanto el trámite que desarrolla la rama ejecutiva como la judicial.

b. Especialidad: limita al Estado solicitante, en tanto no podrá enjuiciar al extraditable por delito distinto al señalado en el requerimiento ni someterlo a la ejecución de una pena distinta de la que motivó la extradición.

c. Jurisdiccionalidad: conforme al régimen penal nacional se verifica desde el momento de tramitar la solicitud, y consiste en que la persona requerida será juzgada por el juez natural que corresponde en el Estado que lo solicita, o sometido a la condena impuesta por éste y no por tribunales de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

excepción.

d. Doble incriminación: implica que la conducta por la cual se solicita la persona sea punible -delito- tanto en el país solicitante como en aquel al que es requerida o que la ofrece en extradición.

e. Prohibición de pena capital: en Colombia este principio emana de la Contitución Política, la cual proscribe la pena de muerte (art. 12), de tal forma que si ésta es la sanción en el Estado requirente deberá conmutarse por otra pena. Este principio, como el de *humanidad*, que exige dar un tratamiento humano y digno a la persona a extraditar, se fundan esencialmente en el deber universal de respetar los derechos humanos fundamentales.

f. *Non bis in idem:* con el fin de evitar la vulneración del principio de cosa juzgada en materia de extradición también se aplica este principio, según el cual la extradición procede siempre que por el hecho que motiva la extradición no se siga proceso en el Estado donde se halla el extraditable.

g. Reciprocidad: principio este que rige con carácter general todas las relaciones internacionales de los Estados y los tratados públicos en virtud del artículo 226 de la Carta Política, según el cual ambos Estados se comprometen a otorgar la extradición cuando se cumplan los requisitos acordados en los tratados o previstos en la ley.

h. No entrega de nacionales: este principio está materializado en el texto original del artículo 35 superior, consiste en la reserva del Estado para aplicar la ley penal interna a sus nacionales antes que entregarlos o conceder su extradición. También en vigencia de la Carta anterior, en el artículo 2.° de la Ley 35 de 1892 que aprueba el tratado de extradición entre Colombia y España, celebrado el 23 de julio de 1892, el artículo 2° de la Convención sobre Extradición, originaria de la vn Conferencia Internacional Americana de 1933, aprobada por Colombia por medio de la Ley 74 de 1935, y el llamado Código Bustamante prevé una fórmula similar en su artículo 345.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

Con la expedición del Acto Legislativo 01 de 1997 se flexibilizó la aplicación de este principio, pues la entrega de colombianos por nacimiento por delitos cometidos luego de su promulgación ya no es una prohibición constitucional, sino un acto que queda a la discrecionalidad del Gobierno cuando la Corte Suprema de Justicia emite concepto favorable.

i. No entrega de nacionales y extranjeros por delitos políticos o de opinión: este principio hace parte de aquel tratamiento privilegiado de esta clase de reatos consagrado, como se dijo, desde las constituciones nacionales de inicios del siglo XIX.

4.REQUISITOS DEL ORDENAMIENTO PROCESAL VIGENTE PARA SOLICITAR, CONCEDER U OFRECER LA EXTRADICIÓN

Además de la observancia de los principios antes enunciados, deben cumplirse los requisitos señalados en el artículo 511 del Código Penal, esto es: que exista resolución de acusación o sentencia condenatoria en contra del solicitado o sus equivalentes; que no esté siendo procesado en Colombia por la misma conducta punible, si existe tratado de extradición con el país solicitante; que el delito esté incluido en el mismo o, sin mediar tratado público, el delito sea común y esté sancionado con pena privativa de la libertad no inferior a cuatro años. Si existe tratado vigente, los requisitos pueden variar de conformidad con lo estipulado en el compromiso internacional respectivo.

II . ÁMBITO PERSONAL

A. CONCEPTO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

El ámbito de validez personal de la ley penal impone el examen de la persona destinataria de la misma en la medida que, si bien el principio general es la aplicación de la ley penal a todos aquellos que la infrinjan, sin consideración al destinatario, existen casos en que el tratamiento es privilegiado respecto de algunas personas puesto que no se aplica la ley nacional a las mismas o su aplicación se reserva a determinadas autoridades.

B . INMUNIDAD

Las inmunidades jurisdiccionales han sido consagradas por el derecho internacional con el fin de evitar que sobre determinadas personas o situaciones otro Estado asuma competencia, como lo haría de no existir ciertas calidades en éstas. Son excepciones especiales al principio de territorialidad de la ley penal.

Existen dos clases de inmunidades: la *de los Estados* para no ser llamados por tribunales de una nación extranjera que pretenda enjuiciar sus actos soberanos, y la *de los agentes diplomáticos y consulares,* en virtud de la cual no están sometidos a la ley del Estado donde laboran sino al de origen, en cuanto a sus funciones, dependencias y propiedades. Las mismas han sido incorporadas a la legislación interna mediante tratados que vinculan a Colombia, como la Convención deViena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por Ley 6ª de 1972, y la Convención de Viena de Relaciones Consulares, ratificada por Ley 17 de 1971, y expresamente reconocidas en el artículo 16.2 de nuestro ordenamiento penal conforme al cual está sometida a la ley penal colombiana "la persona que esté al servicio del Estado colombiano, goce de inmunidad reconocida por el derecho internacional y cometa delito en el extranjero".

No debe confundirse la inmunidad con la *indemnidad*, la cual supone un tratamiento legal preferencial en el cual las acciones de ciertos destinatarios

******ebook converter DEMO Watermarks*******

quedan por completo impunes, como sucede con las opiniones y votos de los congresistas{193}, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 185 de la Código Penal.

C . FUERO

Los fueros no han sido concebidos como un simple privilegio para determinado grupo de funcionarios públicos, sino que realmente son una prerrogativa de carácter procesal que cubre a cierto grupo de servidores públicos para que sus conductas sean investigadas penalmente por determinados funcionarios administradores de justicia, con el fin de garantizar la imparcialidad en las decisiones judiciales y la independencia en el ejercicio de la función pública, por manera que las investigaciones penales no incidan en el desarrollo político de la administración.

Existen dos clases de fueros: los constitucionales y los legales.

I. CONSTITUCIONAL

La Carta Política ha consagrado dos clases de fuero:

En primer lugar, en el artículo 235.2, 3 y 4, atendiendo a la jerarquía de determinados cargos dentro de la administración pública, ha señalado que corresponde exclusivamente a la Corte Suprema de Justicia "Juzgar al Presidente de la República o a quien haga sus veces, y a los altos funcionarios de que trata el artículo 174, por cualquier hecho punible que se les impute, conforme al artículo 175.2 y 3", y "Juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación, a los ministros del despacho, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo, a los agentes del Ministerio Público ante la Corte, Consejo de Estado y ante los tribunales; a los directores de los

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Departamentos Administrativos, al Contralor General de la República, a los embajadores y a los jefes de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y los generales y almirantes de la fuerza pública, por los hechos punibles que se les imputen". Este fuero, conforme al parágrafo del mencionado artículo, una vez el funcionario se ha separado del cargo, se mantiene sólo respecto de las conductas que se relacionen con las funciones desempeñadas. En cuanto a los congresistas, corresponde a la Corte no sólo el juzgamiento sino también la investigación de los delitos que se les imputen (num. 3).

En segundo término, el fuero penal militar, el cual se basa en la naturaleza de la función pública que cumplen los miembros de la fuerza pública y tiene fundamento expreso en el artículo 221 superior.

2 . LEGAL

Actualmente está consagrado en los artículos 75.9, 76.2, 77.1 literal a, 115.5, 118.1, 119.1 y 120 de la Ley 600 de 2000. En estas disposiciones se asigna competencia para conocer de los delitos cometidos por determinados funcionarios, según su jerarquía, a los diferentes servidores públicos que administran la justicia penal.

D . ASILO POLÍTICO

El derecho de asilo tiene fundamento constitucional en el artículo 36, el cual deja en manos del legislador su reglamentación, lo cual naturalmente no excluye que el mismo sea materia de regulación mediante tratados e instrumentos de derecho internacional.

Sobre la naturaleza de esta figura jurídica la Corte Constitucional, en la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sentencia C-186 de 1996[{194}], expresó "el derecho de asilo es una garantía que tiene toda persona ante el ordenamiento jurídico internacional, y significa la expresión humanitaria debida a la racionalidad. El asilo surge como una medida que remedia el estado de indefensión de una persona frente a un sistema del cual es disidente, por motivos de opinión política o religiosa. Negar el derecho de asilo a una persona no sólo equivale a dejarla en la indefensión grave e inminente, sino que implica la negación de la solidaridad internacional". luego advierte que "este derecho no procede en el caso de delitos comunes; el asilo, se repite, trata de evitar el estado de indefensión individual ante una amenaza estatal contra la persona, por motivos de índole política, filosófica, religiosa o doctrinaria".

Como se observa, la finalidad última del derecho de asilo es evitar la persecución estatal con fines diversos de administrar justicia, de tal suerte que se asegure la imparcialidad de los funcionarios judiciales en sus decisiones.

BIBLIOGRAFÍA

Günter, Jakobs. *Derecho penal. Parte general,* Madrid, Marcial Pons, 1995.

López Morales, Jairo. *Nuevo Código Penal,* T. i, Bogotá, Doctrina y Ley, 2000.

Reyes Echandía, Alfonso. *Obras completas,* Vol. i, Bogotá, Temis, 1999.

Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho penal. Parte general,* Bogotá, Temis, 1997.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

CARLOS A. GÓMEZ PAVAJEAU

Lección 10: Teoría de la norma

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. TEORÍA DE LA NORMA DERECHO PENAL

Es función del Estado, conforme lo manda la Carta Política de 1991 , asegurar la convivencia, la justicia, la igualdad, la libertad y la paz dentro de un orden social justo (preámbulo). Por tanto, guardando esa misma lógica, el artículo 2° superior proclama como fines esenciales del Estado el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de los principios, derechos y deberes, asegurando la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Para conseguir tales cometidos el Estado se vale de múltiples instituciones; empero, aparece allí el derecho penal como un mecanismo extremo cuya utilización tiene el carácter de *ultima ratio*, por lo que, teniendo como función la protección de tales valores, debe conseguirla a través de la pena.

La pena en un Estado social y democrático de derecho -así se configura el nuestro según la fórmula contenida en el artículo 1° de la Carta Política- tiene que tener fundamentalmente una finalidad preventiva, puesto que el carácter social de la misma implica un poder de incidencia en la vida ciudadana, caracterizado por la técnica promocional y el principio de no neutralidad jurídica, que implican que los poderes públicos estén avocados "a actuar sobre el medio social para transformarlo"{195}. Tal cambio es propio del tránsito del Estado tradicional al Estado social, puesto que mientras el primero "se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material"{196} .

El artículo 1° de la Carta Política hace parte del título i "De los principios fundamentales": y estos se constituyen en *"ideas-fuerza* capaces de recoger o resumir en torno a sí, en armónica y coherente unidad, toda la acción sucesiva del Estado", pues son "directrices generales que, incluidas en la Constitución

******ebook converter DEMO Watermarks*******

y con valor jurídico directo o indirecto fijan los criterios básicos que integran la esencia constitucional y han de servir de inspiración y límite infranqueable para la legislación ordinaria en el terreno de que se trate"{197}.

De esa función de "incidencia activa en las relaciones sociales efectivas" al servicio de todos los ciudadanos[4], compatible del todo con lo dispuesto en el artículo 2° de la Carta Política, pero sobre todo por constituirse en un principio fundamental del Estado, debe concluirse que "la función de la pena depende de la función que se atribuya al Estado", según afirma correctamente Mir Puig 5.

Es así como el antes mencionado autor señala, de manera contundentemente parificadora con los principios constitucionales señalados en el artículo 2° de nuestra Carta Política, que "el derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de *lucha contra el delito*, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social [...] El derecho penal de un Estado social y democrático no puede, pues, renunciar a la misión de incidencia activa en la lucha contra la delincuencia, sino que debe conducirla por y para los ciudadanos"{198} .

En este sentido, si es función del Estado "la evitación de los delitos como forma de proteger a la sociedad"{199}, la pena debe tener unas funciones preventivo general -con sus modalidades de prevención general negativa o pena intimidación, y preventivo general positiva o pena integración- y preventivo especial -prevención especial negativa o inocuización temporal, y prevención especial positiva o resocialización-{200}.

Por tanto el derecho penal, como instrumento de control social formalizado que incide en la sociedad en orden a obtener comportamientos determinados -de acción y de omisión{201}- compatibles con la convivencia

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pacífica de los ciudadanos{202}, se vale del mensaje preventivo general de la pena para informar a la comunidad sobre el contenido obligatorio de las normas prohibitivas y de mandato. Por ello Roxin afirma que la tarea del Estado es muy modesta: "debe mejorar las relaciones sociales, esto es, la libertad, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos, y la mejor forma posible de conseguirlo es orientar la finalidad de la pena a la evitación de comportamientos delictivos mediante la incidencia en el delincuente y en la conciencia jurídica de la comunidad"{203}.

Por ello la norma, especialmente la *norma de conducta*, es el más importante vehículo a través del cual el derecho penal cumple su función de protección de bienes jurídicos, motivando al individuo al respeto de estos mediante el desen-cadenamiento de procesos psicológicos que lo inducen a ello{204}. De allí que, como lo anota Mir Puig , sea preciso y correcto señalar que la teoría del delito no se encuentra desvinculada de la teoría de la pena; en consecuencia, la elaboración de aquella tiene que resultar funcional a la misión social que la Carta Política asigna a la pena{205}.

Binding fue tal vez el penalista que intentó por primera vez hacer una sistemática completa de la teoría de la norma penal. Partió del señalamiento de que el delincuente "no puede actuar en contra de las distintas leyes penales particulares. Actúa precisamente conforme a la primera parte de la ley penal. Con otras palabras: *el delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal*", dice Kaufmann{206} .

El delincuente recorre el tipo penal, no lo contradice; por lo tanto, como tal no existe una transgresión de la ley. Las normas no están codificadas, puesto que éstas subyacen a los tipos penales; habida cuenta que el conocimiento de estas proposiciones jurídicas ha de ser previo a la teoría del delito, las más importantes no se encuentran en el derecho escrito, y por tanto el imperativo se deriva únicamente de la primera parte de la ley, esto es, de la parte preceptiva: en términos de Kaufmann, "Las normas de prohibición

******ebook converter DEMO Watermarks*******

rezan, pues, simplemente: no debes robar, no debes matar, etc."{207}.

Binding concluyó que la norma debe ser desarrollada "mediante la transformación de la primera parte de nuestras proposiciones jurídico penales en una orden: no realizar la acción descrita, o bien actuar como se exige. Esta norma precede conceptualmente a la ley penal, pues esta amenaza la transgresión de la norma con una pena o la declara no punible". La norma es una "proposición jurídica totalmente independiente" de la ley penal, pertenece al derecho público: "Su forma es la de orden; su contenido, prohibición o mandato, acción que debe ser realizada u omitida"{208}.

También en Binding la norma está ligada al concepto de motivación, pues califica como tarea principal de aquella "la fundamentación de los deberes eminentemente personales de las personas físicas, de actuar u omitir [.] deber de obediencia o de sumisión" que se impone por la aplicación de la coacción: coacción de cumplimiento o coacción física, y coacción de seguridad o coacción sicológica{209}.

Concluye Kaufmann así: *"unaproposición jurídica que tiene efectos obligatorios es una norma.* La norma es la forma conceptual de la proposición jurídica que fundamenta la obligación. Bajo el presupuesto de que el derecho logra fundamentar deberes, *la norma es necesaria en tanto forma de pensamiento* del derecho. Toda proposición jurídica de la cual surgen deberes jurídicos concretos es una norma; no sólo puede sino que tiene que ser pensada como norma"{210}.

En consecuencia, como lo anota con precisión Quintero Olivares , "Por norma entendemos los *preceptos* que en abstracto componen el ordenamiento penal [...] la *norma penal* es naturalmente una *norma jurídica.* Norma, en general, es toda regla o precepto *que oriente y discipline las conductas humanas* [...] el tipo es expresión de la norma [...] no impide que extraigamos el contenido de la norma a partir de la proposición típica mediante un *procedimiento de abstracción* [...] el tipo deriva de la norma *y* [...] por

******ebook converter DEMO Watermarks*******

consiguiente, *la norma puede averiguarse por inducción a partir del tipo*”{211}.

II . TEORÍA DE LA NORMA TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA NORMA COMO DOMINANTE EXCLUSIVA

La dogmática jurídico penal surge con vigor propio a partir del año de 1867, a propósito, precisamente, de si la teoría imperativista de la norma informaba exclusivamente la noción de delito.

En Merkel lo esencial de lo ilícito era la imputabilidad, puesto que “el ordenamiento jurídico es el conjunto de mandatos y prohibiciones que se dirigen, como órdenes, a la voluntad del hombre capaz de imputación, como destinatario de la norma”; “ilícito es más bien la lesión del derecho como un poder espiritual -no la mera lesión de un objeto de derecho-, que sólo podría ser afectado, como tal, por un suceso que esté referido ‘a la voluntad inteligible del hombre [...] como esencia que piensa, que quiere, que se sabe responsable’”{212}. Merkel es seguido por Kohlrausch y Hold von Ferneck , puesto que el primero concibe la necesidad de cerrar el círculo de destinatarios de la ley penal y el segundo no le atribuye importancia alguna al resultado y sostiene que únicamente la acción es contraria a derecho; desembocan así en que lo definitorio es la capacidad de motivación{213}.

Allí surge la semilla del subjetivismo penal, de la concepción subjetiva y personal del injusto, puesto que se ve lo antijurídico en la voluntad rebelde contraria a la ley llevada a cabo por un imputable, donde por no tener significación alguna el resultado y sí la acción lo injusto está caracterizado por el desvalor de acción: lo contrario a derecho es la lesión al deber{214}.

Son estas las características sobresalientes del imperativismo normativo. Por tal línea conceptual cabalga el entendimiento de la norma penal como norma subjetiva de determinación.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Por el contrario, Ihering planteó la posibilidad de hablar de un ilícito objetivo, pues el "derecho valoraría determinadas situaciones producidas no culpablemente, como no acordes con el ordenamiento jurídico", propiciando una solución jurídica sin involucrar aspectos subjetivos. Ello fue capitalizado por Thon , quien postuló que el derecho no era "'otra cosa que un complejo de imperativos', que, dirigidos a los hombres, deben motivar a éstos a la conducta adecuada al mandato. Pero, dado que la norma no es un fin en sí mismo, sino que persigue como meta la obtención de determinada situación valorada positivamente, el imperativo está lesionado objetivamente ya en cuanto esta meta no es correspondida"; aparecen allí "el ilícito objetivo, como contradicción a una situación objetiva, valorada por el derecho como positiva, y la culpabilidad, como no realización del deber subjetivo"{215}.

El mismo Binding negó la posibilidad de entender que todas las normas o proposiciones jurídicas fueran imperativos. Habló así de concesiones que se proponen autorizar y de proposiciones jurídicas permisivas, como también de la función protectora de la norma respecto de los bienes jurídicos{216}. Para Kaufmann las normas permisivas se compaginan con las imperativas, así: "deber, es lo debido por *este* hombre en *este* momento determinado; la norma, al contrario, es la formulación del deber de *todos* en forma intemporal [...] *la obligación jurídica de un hombre, individualmente considerado, en determinado momento, con respecto a determinado hacer u omitir*"{217}.

Según Zielinski, para Goldschmidt "el ilícito objetivo depende de las valoraciones abstractas del derecho respecto de situaciones objetivas, exteriores, a partir de las cuales es reconocible por cualquiera la conducta exigida". Ello está dado por la norma de derecho objetiva, la cual, cuando es quebrantada, da origen a lo antijurídico; a su lado, implícitamente otra norma "impone al individuo adoptar su conducta interior, de modo necesario, como para poder responder, en su conducta exterior, a las exigencias impuestas por el ordenamiento jurídico": "Mientras la norma de derecho prohibe o manda el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

resultado y fundamenta con ello el ilícito objetivo, la llamada norma de deber ordena una motivación conforme a la ley y fundamenta con ello la culpabilidad"{218}.

Injusto objetivo y general, y perfecta delimitación con la culpabilidad, con la posibilidad de que el inimputable realice una conducta antijurídica, son las consecuencias de aceptar como contrario a derecho la afectación de un bien jurídico. Aquí el desvalor de resultado ocupa una situación de privilegio y las normas permisivas son fácilmente explicables en el ámbito de las causales de justificación.

Conceptualmente tal posición se ubica en el entendimiento de la norma penal como norma objetiva de valoración.

Sin embargo, un injusto desprovisto de todo dato subjetivo necesariamente tiene que fracasar, por lo cual, precisamente, resultó inexorable que el sistema dogmático de Beling-Liszt no pudiera subsistir.

Mezger, por su parte, pregonó una sistemática muy parecida, habida cuenta que concibió al derecho "como una ordenación objetiva de vida, y el injusto, consiguientemente, como la lesión de dicho ordenamiento"; por ello las normas de derecho "aparecen como *normas objetivas de valoración,* como juicios sobre determinados acontecimientos y estados desde el punto de vista del derecho". El injusto consiste entonces en la *"lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración"*[27]. "De las normas objetivas de valoración se deducen las *normas subjetivas de determinación, que se dirigen al concreto súbdito del derecho.* La lesión de estas normas es de importancia decisiva, no para la determinación del *injusto,* pero sí ciertamente para la de la *culpabilidad"*{219}. Así también Rodríguez Mourullo {220}.

Sin embargo, tal posición resulta contradictoria, puesto que al ubicar el desvalor de acción en el ámbito de la culpabilidad es posible que se explique la presencia allí del dolo, pero no la de los elementos subjetivos del tipo y la univocidad de la dirección de la conducta en orden a la consumación en

******ebook converter DEMO Watermarks*******

materia de tentativa.

Así mismo, la discusión en torno a las normas subjetiva de determinación y objetiva de valoración finalmente encontró su lugar en el ámbito del injusto, por lo que modernamente en Mezger tal distribución se encuentra del todo por fuera de la sistemática moderna de la teoría del delito.

III . TEORÍA DE LA NORMA, LÓGICA DEÓNTICA LÓGICA DE LAS NORMAS. SISTEMA NORMATIVO

Se ha dicho que la deóntica es la teoría general del deber-ser partiendo de los conceptos y de los sistemas normativos. La lógica deóntica es "considerada como la aplicación de los métodos de la lógica moderna a los problemas de la deóntica"{221}. Así mismo, las "tesis de la lógica deóntica presuponen las tesis de la lógica de las normas"{222}. La lógica de las normas es lógica práctica aplicada y "se enuncian es esquemas de inferencia y en consecuencia en inferencias"{223}. Hablamos aquí de inferencias normativas{224}; por tanto, el lenguaje de la lógica deóntica es un metalenguaje en relación al lenguaje de las normas, el cual tiene naturaleza prescriptiva{225}.

Pues bien, si el lenguaje de las normas tiene naturaleza prescriptiva resulta cabalmente cierto que las normas "pretenden dirigir desde el exterior el comportamiento de aquéllos a los cuales se dirige"{226}. Las normas deben ser promulgadas: en consecuencia, la promulgación no es otra cosa que la comunicación de un contenido inteligible{227}. Opalek afirma sobre el punto: "Las directivas cumplen [...] una función de información indispensable porque ellas influyen sobre el comportamiento de sus destinatarios [...] La función de influencia es realizada por las directivas por el hecho de estar comprendidas"{228}.

Muy a pesar de que de las anteriores formulaciones, llevadas a cabo por Kalinowski , puede pensarse que nos encontramos frente a una teoría

******ebook converter DEMO Watermarks*******

imperativista de la norma, esto es, que las inferencias tienen exclusivamente el carácter prescriptivo, lo que nos ubicaría en una lógica de los directivos, lo cierto es que de algunas otras afirmaciones podemos pensar que ello no es así, y por tanto la norma podría tener otra u otras funciones diferentes.

En efecto, al expresar que "las normas informan de la actitud a tomar para conseguir los objetivos o determinar nuestro comportamiento en tanto medio en vista de un fin"[38-39] , fulge claramente de la segunda parte el carácter imperativo de la norma; empero, respecto de lo primero no es claro, no realiza como tal un desarrollo, pero igual no es óbice para que, desde la teoría del delito construida a partir de la teoría de la norma, se pueda extender ello a las normas de valoración, toda vez que la norma objetiva de valoración nos daría cuenta de la parte valorativa del delito, en la cual se encuentran involucrados los aspectos tocantes con las normas permisivas y las normas que aseguran las garantías materiales en un Estado social y democrático de derecho.

Alchourrón y Bulygin critican y se apartan de la corriente que denominan "concepción expresiva" de las normas, vinculada especialmente con los autores de la filosofía del derecho, cuyos representantes clásicos son los partidarios de la teoría imperativista de las normas, la cual se caracteriza porque lo específico de lo normativo está dado *por el uso prescriptivo del lenguaje.* Por tanto admiten un solo tipo de acto prescriptivo: "el de exigir o imperar [...] sólo hay *normas imperativas* (órdenes y prohibiciones), pero *no hay normas permisivas*"{229}.

Proponen estos autores la que denominan "concepción hilética", caracterizada por mirar desde tres ópticas a la norma, lo cual como tal no comporta un desvertebramiento de la misma, sino tres aspectos sinonímicos: norma- prescripción, norma-comunicación y norma-sentido. Obviamente ello tiene que ser así, puesto que, si "lo hilético proporciona, por así decirlo, la materia prima para la formación de los objetos intencionales"{230}, como tal la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

norma expresa la intención de quien la crea, es comunicativa por cuanto va dirigida a otros, y es un texto pleno de sentido pues de lo contrario no sería intencional y no tendría pretensiones de comunicación y vinculación de otros{231}.

Para la concepción expresiva sólo existen normas-prescripción y normas-comunicación, pues la noción de lo normativo está esencialmente ligada al acto lingüístico de prescribir.

Empero, la norma-sentido está caracterizada, en estrecha analogía con la proposición, entendiendo ésta como "una entidad abstracta que puede ser caracterizada como el significado de una oración declarativa [...] no está ligada a ninguna oración determinada de ningún lenguaje específico"; por tanto, la norma-sentido "es una prescripción (exigencia, prohibición, permisión) posible de un estado de cosas. En otras palabras, es una proposición con sentido normativo": "el elemento prescriptivo o normativo estaría ligado a un determinado *uso* que se hace de una proposición o de la oración que la expresa y supone; por lo tanto, la realización de una actividad por parte del sujeto que utiliza el lenguaje". En la concepción hilética "lo específicamente normativo se da ya al nivel semántico: habría proposiciones en las cuales el aspecto normativo está ínsito en el contenido conceptual"{232}.

Esta concepción es propia de los lógicos que se han ocupado en los últimos años de la lógica de las normas o de la lógica deóntica, según los autores anteriores, luego resulta comprensible que Kalinowski distinga al interior de la deóntica la *semántica deóntica* y la *lógica deóntica*{233}.

Pues bien, si ello es así, la deóntica nos permite entender la existencia de normas imperativas, normas permisivas y otras, simplemente normas-sentido. Estas normas-sentido equivaldrían a "las normas que informan la actitud a tomar para conseguir los objetivos" de que da cuenta Kalinowski , y que aquí nosotros referenciamos como normas de valoración.

Pero, además, se tiene la ventaja de que, permitiéndose en la concepción

******ebook converter DEMO Watermarks*******

hilética de la norma la existencia de normas imperativas, se concluye que ellas son sólo y exclusivamente las formuladas como tal, de las cuales surge la idea de que las prohibiciones y mandatos tienen que estar consagrados de manera taxativa. Por el contrario, la consideración de las normas permisivas tiene que ser amplia, no sujeta a un catálogo cerrado o *numerus clausus*.

De la concepción hilética, que aceptaría que al lado de las normas de valoración se permita la analogía, pues basta aseverar para crear proposiciones, surge la noción de normas formuladas y normas derivadas, distinción que "es de fundamental importancia para la caracterización del concepto de sistema y, en particular, del sistema normativo"{234}. En "un sistema jurídico habrá ciertas normas que pertenecen al sistema por el hecho de haber sido formuladas, es decir, expresamente promulgadas"; pero "toda norma que sea consecuencia lógica de (o que esté implicada lógicamente por) las normas formuladas también pertenece al sistema", y recibirá la denominación de derivada{235}. La norma derivada obviamente es producto de una valoración y autoriza sin ningún problema la legitimación de la analogía permisiva.

IV . LA TEORÍA DE LA NORMA{236}
LA ESTRUCTURA DEL INJUSTO

La naturaleza de la norma penal, en aras de fijar el contenido del injusto, debe ser abordada desde puntos de vista *iusfilosóficos*{237} propios de las modernas corrientes normativas del derecho penal.

En primer lugar debe advertirse que cuando se discute en estas materias sobre la naturaleza de la norma con ello se apunta hacia el contenido del injusto o del ilícito, esto es, la estructura de lo que se entiende como contrario a derecho, la determinación del elemento fundante de lo antijurídico{238}.

No se involucra en esta discusión, por lo general, el significado de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

culpabilidad, salvo en una posición ya desueta como la de Mezger y Rodríguez Mourullo , según se vio. a es palmariamente claro que la incidencia de la concepción de la norma como norma subjetiva de determinación se produce en el ámbito del injusto, pues, como afirma Huerta Tocildo , una "de las consecuencias más importantes de la adopción de un punto de vista imperativo sobre la norma jurídico penal, que la considere como norma de determinación de conductas y no como simple norma de valoración, es, junto a la inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos, la elevación del desvalor de acción a la categoría de elemento constitutivo y fundamentador del injusto penal"{239}.

Pues bien, la norma penal puede ser entendida como una norma *objetiva de valoración* o como una norma *subjetiva de determinación,* o compuesta por ambas orientaciones. No obstante, como señala García-Pablos , "No se encuentran, apenas, posturas netamente partidarias de una u otra tesis, porque las concesiones recíprocas son continuas y predominan las concepciones mixtas"{240}.

La norma penal construida como *norma objetiva de valoración* implica entenderla como un instrumento o herramienta a partir de la cual el funcionario judicial, desde la perspectiva de la función del derecho penal, determina lo que resulta valioso o disvalioso para el ordenamiento jurídico penal. La clave para determinar lo valioso o disvalioso de un comportamiento se encuentra en la misión de un muy particular derecho penal: aquel que se ocupa principalmente de la protección de bienes jurídicos. Nos apartamos aquí de la concepción expuesta por Jescheck , toda vez que la misma reproduce la esbozada por MEZGER{241}; empero, nos parece acertada aquella que refiere que "el ordenamiento jurídico no es más que una suma de juicios de valor, con ayuda de los cuales puede distinguirse el comportamiento antijurídico del comportamiento acorde con el derecho"{242}.

Lo que afecte, por puesta en peligro o lesión, a los bienes jurídicos

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tutelados debe entenderse como disvalioso. Cuando la afectación sea compleja, esto es, por un lado se afecte un bien jurídico pero por otro se produzca la salvación de otro bien jurídico, entran a jugar mecanismos de ponderación como los de necesidad, proporcionalidad, idoneidad y adecuación, lo que definirá en últimas lo valioso o disvalioso del comportamiento.

El veredicto final estribará en calificar el comportamiento típico como productor de un valor de resultado -afectación del bien jurídico con reconocimiento de una causal de justificación que produce un resultado salvador de otro- o de un desvalor de resultado -casos de ausencia de causal de justificación o negativa de su reconocimiento-, desde la perspectiva de la interferencia intersubjetiva al bien jurídico.

El concepto de desvalor de resultado caracteriza entonces a lo antijurídico y se convierte en elemento fundante del injusto. Solo puede ser neutralizado -casos de las causales de justificación- con un valor de resultado salvador de otro bien jurídico que cumpla con un diagnóstico positivo de ponderación valorativa.

La puesta en peligro o la lesión de un bien jurídico caracteriza al desvalor de resultado. La salvación de un bien jurídico, muy a pesar del sacrificio de otro, da origen al valor de resultado. Desde la perspectiva de la misión del derecho penal fundado en la protección del bien jurídico, la primera conducta es disvaliosa y la segunda valiosa. Para arribar a un juicio valorativo positivo en materia de causales de justificación son necesarios y suficientes los elementos objetivos-externos que componen la causal, sin que se requieran los llamados elementos subjetivos de la justificante.

Ese ambiente valorativo y ponderativo favorece la admisión de causales supralegales de justificación o su construcción analógica. Así lo han destacado De Toledo y Ubieto y Huerta Tocildo , quienes afirman que las fuentes de las causales de justificación coinciden con las del derecho, y por

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tanto "las causales de justificación no sólo pueden encontrarse en las leyes penales o derivarse por analogía con las que en ellas se contemplan, sino también proceder de leyes no penales e, incluso, del derecho consuetudinario o de los principios generales del derecho. Así las cosas no cabe pensar que la ley penal ofrezca un catálogo cerrado o *numerus clausus* de las mismas"{243}.

Desde esta óptica, en principio, en la definición de lo valioso o disvalioso sólo juega papel decisivo el juicio de ponderación valorativo. Los conocimientos o particulares tendencias del sujeto en torno a las circunstancias que rodeen los hechos no juega papel decisivo alguno.

Por ello entonces impera lo *objetivo-valorativo* que caracteriza el nombre de la norma. Por ello es un instrumento en manos del funcionario judicial para estimar si, para el ordenamiento jurídico penal y conforme a la misión del derecho penal, la conducta produjo un resultado valioso o disvalioso.

Así las cosas, el desvalor de resultado típico ocasionado al margen del amparo de una causal de justificación se constituye ya, sin más ni más, en un injusto.

Ello es la esencia de lo contrario a derecho, de lo antijurídico: "Para los que entienden que el contenido esencial de la norma viene integrado exclusivamente de un juicio objetivo de valor, la fijación del contenido de la antijuridicidad debe atender a criterios exclusivamente objetivos (destrucción o puesta en peligro de bienes jurídicos)"{244}.

Tal dirección normativa configura un injusto esencialmente objetivo: por lo mismo se caracteriza como un *injusto general.* "Es un juicio impersonal-objetivo porque se formula conforme a criterios generales y objetivos consagrados en el ordenamiento jurídico, sin atender aún a las posibilidades personales-subjetivas que el agente individual tuvo en la situación concreta en que se decidió a obrar"{245}. Responde a una orientación monista de la norma.

No puede pretenderse, como lo afirman algunos, que tal valoración es

******ebook converter DEMO Watermarks*******

previa a la configuración legal. No, ello es solo parcialmente cierto, pues también y principalmente la operatividad de la norma de valoración se presenta en el momento de *juzgar,* porque, como se afirma por un importante sector doctrinal, el carácter valorativo de la norma impone entenderla como *juicio,* habida cuenta que *normar no es imperar, sino juzgar*{246}: "La valoración o desvaloración es un momento previo, esencial, incluso para la interpretación de la ley, y para su propia aplicación"{247}.

Por el contrario, cuando se acepta que la naturaleza de la norma es *subjetiva de determinación* lo que se entiende es que el derecho lo que busca es *determinar o dirigir* el comportamiento social de los ciudadanos, persigue *encauzar* por medio de normas prohibitivas o de mandato el correcto desempeño de la conducta humana en sociedad. Tiene esta particular forma de entender la norma una eminente e indudable caracterización *directiva*{248} Por ello ha dicho Mir Puig que la norma de determinación implica ver en ella una función directiva como su cometido esencial; se atribuirá entonces a la norma "la función de motivar en contra del delito"{249}.

La norma se ocupa, desde esta perspectiva, principalmente de la conducta, sin esperar al resultado valioso o disvalioso: "si la esencia del injusto se coloca en la infracción del imperativo, queda en segundo plano la idea de agresión a un bien jurídico, y con ello se desprecia el *principio de ofensividad a los bienes jurídicos*"{250}. El juicio de valor recae sobre la decisión de realización de una voluntad debidamente exteriorizada. No es de su esencia trascender hasta el resultado. "La consecuencia teórica de la concepción imperativa es la de que la voluntad de la acción debe constituir el elemento central de la antijuridicidad de un hecho, pues es la voluntad opuesta al imperativo del derecho lo que vulnera el mandato o prohibición contenido en la norma"{251}.

El núcleo del injusto está dado por la constatación de la realización de una conducta que ha puesto de presente un cuestionamiento al mandato o a la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

prohibición legal encarnada en el deber: una voluntad que trasunta una rebeldía normativa. “Desde este prisma hay que considerar al dolo como elemento subjetivo de desobediencia, elemento central del hecho antijurídico [...] Si la norma es reclamo de obediencia dirigido a la voluntad, el momento subjetivo de la desobediencia integrará la antijuridicidad”{252}. “El delito es, pues, la rebelión de la voluntad individual a la voluntad colectiva”{253}.

Aquí lo valioso o disvalioso no se predica de un evento transitivo, sino de la sustancialidad misma encarnada en la conducta. La conducta es valiosa o disvaliosa si se ha encauzado o no conforme al mandato o a la prohibición, sin más ni más. Por tanto lo contrario a derecho está dado por la dirección de la voluntad: de allí que el deber no reza “no tienes que matar”, sino “no tienes que querer matar”{254}.

El elemento fundante del injusto es el desvalor de acción. El caracteriza la voluntad o el querer contrario a los parámetros de dirección de la conducta impuestos por el ordenamiento jurídico. Tal elemento requiere obviamente conocimiento y voluntad de realización de la descripción típica, como también, para su exclusión, que la causal de justificación que eventualmente entre en juego en un momento dado tenga realización objetiva y el sujeto agente conozca y quiera actuar de conformidad, configurándose así el llamado injusto personal de naturaleza subjetiva. Esto es, si el desvalor de acción representado en la realización típica no se ve neutralizado por un valor de acción que comporta la presencia de una causal de justificación, nutrida ésta necesariamente de los elementos objetivos y subjetivos de la justificante, compuestos éstos por el conocimiento de obrar al amparo de la situación y queriendo actuar conforme a ella, queda allí configurado el injusto.

Se confirma con esto que el sujeto no se ha determinado conforme a la norma, no ha observado las directrices impuestas por los deberes de conducta. En fin, ha fracasado la función de encauzamiento por exteriorizarse una voluntad rebelde para con la norma.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Tal dirección normativa configura un injusto esencialmente subjetivo. Por lo mismo se caracteriza como un *injusto personal:* personal por cuanto lo jurídico o antijurídico se establece atendiendo los conocimientos y particulares tendencias de cada sujeto de la acción, integrado, por tanto, por el particular comportamiento individualizado y "las circunstancias que residen en la persona del autor"{255}. Responde a una orientación monista de la norma.

Así las cosas, "quienes entiendan que se trata de una norma de valoración de conductas -a través de la cual expresa la ley qué conductas son valoradas positivamente por el ordenamiento y cuáles, por el contrario, son objetivamente desvaloradas- estimarán que la contrariedad de una conducta a la norma (antijuridicidad) debe determinarse objetivamente. La conducta será antijurídica en sí, despersonalizadamente. Concepción valorativa de la norma penal y concepción predominantemente objetiva de la antijuridicidad se manifiestan vinculadas". Por el contrario, en el pensamiento imperativista "las normas son imperativos dirigidos a los individuos a fin de lograr que determinen, conforme a ellos, sus conductas [.] Para una concepción imperativa de la norma penal, una conducta sólo puede estimarse antijurídica si se produce en el marco de una actuación personalmente antijurídica [...] Concepción imperativa de la norma jurídico penal y concepción subjetivizada de la antijuridicidad" se estiman coherentes{256}.

También podemos encontrar configuraciones de injustos a partir de la combinación de ambas normas, prevaleciendo una u otra según se acentúe la naturaleza de una de ellas{257}-{258}. Responden a las orientaciones dualistas de la norma: "posturas eclécticas, mixtas, que son hoy dominantes"{259}.

La "concepción dualista parte de la base de que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado son elementos constitutivos del injusto penal"{260}. "En la ofensa al bien jurídico radica el desvalor de resultado. En la forma y modalidad de perpetrar la ofensa radica el desvalor de acción"{261}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Kaufmann afirma que "la norma vincula el mundo del pensamiento con el mundo del influir, y en este sentido puede hablarse con razón de una función de valoración y de una función de determinación de ella". Empero, ello no tiene ninguna consecuencia dogmática, puesto que la función de valoración se cumple antes de la norma misma, esto es, antes del proceso legislativo{262}. Con razón Huerta Tocildo lo ubica como representante de la teoría monista subjetiva de la norma, habida cuenta que relega el resultado a una mera condición objetiva de punibilidad{263}, {264}.

La primera orientación, esto es, la norma penal entendida como norma objetiva de valoración, tiene como motivo político criminal la protección de bienes jurídicos. El principio de lesividad adquiere significativa importancia trascendiendo al ámbito de la teoría del delito: comprometiendo, en consecuencia, la esencia, el contenido y el significado de las categorías y subcategorías dogmáticas.

La segunda orientación -norma subjetiva de determinación- puede o no tener como motivo político criminal la protección de bienes jurídicos. El principio de lesividad es un mero referente político criminal y ninguna incidencia definitiva tiene para la esencia, el contenido y el significado de las categorías y subcategorías dogmáticas.

De todos modos "es importante insistir en que *en todo delito y en cualquier estadio de ejecución han de concurrir desvalor de acción y desvalor de resultado.* Esto entraña una doble garantía: que el acto humano no se va a enjuiciar desvinculándolo de su autor, por una parte, y que el derecho penal sólo intervendrá cuando realmente se haya lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, y en la medida en que eso suceda no castigará, por sí solo, ni voluntades ni resultados"{265}.

V. TEORÍA DE LA NORMA, CARTA POLÍTICA DERECHO PENAL

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido las funciones imperativa y valorativa de la norma:

> *La norma penal,* siempre de origen estatal, *es un imperativo que contiene reglas de comportamiento* impuestas por el Estado, dirigidas a regular conductas de los ciudadanos, asociadas a determinados comportamientos sancionados puni-tivamente. *La norma penal tiene una función valorativa,* en el sentido de que a través de ella ciertos comportamientos se califican como contrarios a los fines del Estado; al efecto ". *el legislador prohibe ciertas acciones u omisiones porque las considera perjudiciales o peligrosas para la comunidad social*{266}.

La doctrina ha precisado que, como quiera que todos o la mayoría de los tipos penales se componen de precepto y sanción, existen dos normas que explican el funcionamiento del derecho penal: la norma de sanción es explícita y va dirigida al juez; la norma preceptiva es implícita y va dirigida al destinatario o sujeto de derecho penal. Esta última norma es la que se califica como imperativa y gobierna la teoría de la norma subjetiva de determinación; de ella no se puede derivar norma alguna ni construir analogía contra reo.

Empero, es claro que también existen normas permisivas, y estas no clasifican en ninguna de las dos anteriores: no son especie de la norma de sanción por cuanto, precisamente, lo que hacen las normas permisivas es librar de responsabilidad y por tanto de reacción penal a quien ha llevado a cabo comportamiento típico; no son normas imperativas por cuanto en "el caso de normas permisivas no cabe hablar de obediencia o desobediencia. El que no hace uso del permiso otorgado, no por eso desobedece la norma que lo autoriza a hacer lo que él no tiene interés en hacer [...] La cuestión de obediencia o violación simplemente no se plantea. Se puede hace uso de las autorizaciones o permisos, pero no se puede cumplir ni dejar de cumplirlos"{267}.

Tampoco las normas de derogación son explicadas por la teoría imperativa, puesto que las mismas, lejos de imperar, lo que hacen es dejar sin

******ebook converter DEMO Watermarks*******

efecto los imperativos. Así mismo, las normas sobre interpretación y vigencia de la ley, las normas interpretativas, sobre prescripción y definiciones, etc., no contienen directivas de conducta para el sujeto del derecho penal desde la óptica imperativa.

No es válido, respecto de las normas permisivas, pensar que las mismas forman un entramado unitario-complejo con las imperativas, de tal modo que cuando ellas tienen influencia decae el imperativo, tesis sobre la cual se sustenta la teoría de los elementos negativos del tipo{268}. Como afirman Ay Bulygin , "un acto positivamente permitido no puede ser prohibido sin que surja una contradicción entre las normas (la norma que permite un acto es incompatible con la norma que lo prohibe) [...] no hay ningún acto de no afirmar, al lado del acto de afirmar: la no afirmación, o bien no es ningún acto en absoluto, o bien es el acto de afirmar la negación de una proposición"{269}.

Así las cosas, debe aceptarse que la teoría de la norma es la teoría de "la significación de un acto de voluntad"{270}, por tanto, como tal, no puede tener una expresión exclusivamente imperativa.

Como ya se anotó, especialmente al adscribirnos a la teoría hilética de la norma, obviamente adaptada al derecho penal, sin duda la norma tiene una expresión imperativa, pero también implica permisiones y valoraciones.

Ciertamente la norma imperativa va dirigida al sujeto de derecho penal, pero también es obvio que va dirigida a la víctima, habida cuenta que, por ejemplo en la legítima defensa, el concepto de *"injusta agresión*" está determinado por un comportamiento del agresor que infringe un deber y que resulta relevante para el comportamiento de quien reacciona defendiéndose. Saber si la reacción frente a un niño de diez años, ante una pretendida agresión, comporta defensa justa involucra necesariamente un juicio sobre su calidad de destinatario de la norma imperativa.

Así mismo, la norma de sanción va dirigida al juez; empero, sobre el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

mismo también opera la norma imperativa en orden a que cumpla cabalmente con su función{271}. También podría válidamente decirse que la norma de sanción va dirigida al juez, pero importantes autores -así sea en el ámbito de la culpabilidad- reclaman que el conocimiento de la punibilidad integra el concepto de conciencia de la antijuridicidad; pero igual podría decirse que quien conoce la punibilidad es claro que actúa con conciencia actual de la antijuridicidad, y ello implica un mayor reproche de culpabilidad.

Si así son las cosas, es obvio que un acto de voluntad del legislador con significación no puede tener un exclusivo destinatario. Otra cosa es que incida con mayor relevancia sobre unos que sobre otros.

En consecuencia, la norma es a la vez norma-comunicación, norma-prescripción y norma-sentido.

Como norma-prescripción va dirigida principal pero no exclusivamente al delincuente. También puede dirigirse a la potencial víctima.

La norma-sanción va dirigida al juez, pero a la vez, en orden a garantizar su cumplimiento, adquiere connotación imperativa. No resulta del todo extraña la norma-sanción para el delincuente, así su efecto recaiga sobre la culpabilidad.

La norma permisiva va dirigida al autorizado para desconocer la norma imperativa, pero también al juez, quien debe reconocerle sus efectos liberadores de responsabilidad.

Las normas-valoración van dirigidas principalmente al juez. Como normas-sentido dan cuenta de un positivismo valorativo que supera al positivismo legal o meramente subsuncionista. De allí entonces que, como expresión de la justicia material, la norma-sentido no sólo comprende las anteriores sino que también alberga en su seno las reglas de la analogía permisiva, de la igualdad material y de la supralegalidad por razones de justicia material comprendidas en las normas rectoras del Código Penal: es verdad de perogrullo, pero las normas rectoras también son *normas* en el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sentido aquí estudiado.

En fin, las normas son normas-comunicación que involucran una pluralidad de destinatarios: delincuente, víctima, terceros -legítima defensa de terceros- y jueces.

Por tanto, la teoría de las normas no se construye exclusivamente a partir de la parte especial de los códigos. También intervienen en ello las normas rectoras, la parte general, las normas derivadas -analogía-, los principios generales del derecho y el orden jurídico en general como un entramado normativo pleno de sentido y valoración presidido por la Carta Política.

En fin, pues, podría decirse, ante una reformulación del positivismo y de la teoría de la norma, que hoy por hoy el juez no es la boca de la ley, sino el cerebro del derecho que construye la regla jurídica que permite la realización de la justicia material en el caso concreto sometido a su conocimiento.

En consecuencia, la libertad de acción, comprensiva y fuente de la acción y la omisión, como parte del núcleo esencial del libre desarrollo de la personalidad impone que, cuando aquélla se vaya a limitar, sólo tiene justificación y legitimación si se trata de proteger un derecho constitucional fundamental de otro o disposiciones jurídicas que encarnan un valor constitucional funcional a la protección de tales derechos. Su restricción tiene que estar autorizada por el ordenamiento jurídico.

La fórmula del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad adoptada por la Carta Política de Colombia se construye a partir de la exigencia de elementos cuya presencia es acumulativa{272}.

El artículo 16 de la Carta Política dispone:

> Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

Nótese como los dos elementos que conforman la limitación al derecho se encuentran enlazados por la letra “y”, cumpliendo un papel no disyuntivo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sino de acoplamiento necesario. Por tanto es una fórmula bien exigente, en la medida que para la consideración de un injusto por acción o por omisión, una vez requerida la intervención penal como último recurso luego del examen ponderativo de necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, resulta imprescindible que la norma jurídica tenga como objeto la protección de un derecho constitucional fundamental; pero además, solo habrá injusto cuando se vulnere la norma y efectivamente se afecte por puesta en peligro o lesión el derecho protegido{273}.

El elemento "derecho de los demás" sugiere, antes que todo, un concepto de injusto que responde a un contenido material, esto es, a la afectación por puesta en peligro efectivo o lesión de un bien jurídico tutelado como sustancialidad del desvalor de resultado.

Al determinar lo valioso o disvalioso a partir de la antijuridicidad material, puede afirmarse que resulta compatible con una teoría de la norma penal entendida, para la configuración del injusto, como *norma objetiva de valoración.*

Tal orientación admitiría, coherentemente, las figuras de la tentativa idónea, delitos de peligro concreto y consumados por lesión al bien jurídico. En todos ellos se reconoce la afectación al bien jurídico tutelado; en los dos primeros por la puesta en peligro concreto, en el último por lesión.

Aquí el peligro que debe ser constatado siempre y necesariamente es el *expost.*

Respecto al elemento "orden jurídico" se tiene la vulneración de la norma penal como una muestra de rebeldía del agente del delito para con el orden jurídico. La antijuridicidad formal o sustancial, según se haga énfasis, estribará fundamentalmente en el quebrantamiento de la norma como infracción a un deber. Lo definitivo es la dirección de la voluntad en orden a la afectación del bien jurídico.

La configuración del injusto tendría como elemento cofundante el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

desvalor de acción. El injusto se constituiría en injusto personal como expresión de una decisión materializada de realización de una voluntad contraria a la norma.

Sin embargo, por encontrarse determinada a las consecuencias de la afectación real de bienes jurídicos, en la medida en que el orden de precedencia de la fórmula así lo impone, no podría hablarse de un injusto personal{274}. Empero, sí implica que el dolo se ubique en el ámbito del tipo penal, pues ello viene impuesto por la necesidad de tener en cuenta la dirección de la voluntad cuando de la tentativa se trata{275}-{276}.

En Colombia, según lo visto y habida cuenta de la fórmula *compleja-acumulativa* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la única posición que resulta compatible con la Carta Política de 1991 es el entendimiento de un *injusto complejo* como una combinación de desvalor de resultado y desvalor de acción, constituyéndose el primero en elemento fundante del injusto y el segundo en elemento cofundante o acompañante, en fin, como elemento auxiliador. Es decir, el injusto penal en Colombia tiene que ser necesariamente construido sobre la base de una teoría dualista de la norma, donde la *norma objetiva de valoración* impere, pero requiera de la *norma subjetiva de determinación.*

Lo anterior implica la existencia en el injusto de: un desvalor de resultado como consecuencia de la exigencia del elemento "derechos de los demás"; y un desvalor de acción por el quebrantamiento de la norma por la exigencia del elemento "orden jurídico".

******ebook converter DEMO Watermarks*******

NODIER AGUDELO BETANCUR

Lección 11: Evolución del método dogmático

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. ANTEDECENTES

A . CESARE BECCARIA

La obra *De los delitos y de las penas*[1], escrita por Cesare Beccaria en 1764, señala el inicio del derecho penal moderno: obra prerrevolucionaria, está influenciada tanto por el iluminismo inglés (Hobbes, Locke) como por el iluminismo francés (Montesquieu, Rosseau , Voltaire); esto explica la nota esencial de la obra y su idea rectora: la desacralización de la función punitiva.

En efecto, el iluminismo normalmente fue contracturalista en la explicación del origen y fundamento de la función punitiva, frente al modelo aristotélico hasta entonces reinante; mientras este modelo sostiene que el Estado tiene su fuente en formas originarias de asociación, en la familia, en la tribu, en la reunión de familias y tribus, hasta la aparición de un gran patriarca que se convertirá en rey, se sostiene ahora que la sociedad civil y el Estado tienen su origen en un pacto en el que los hombres renuncian a sus derechos (a todos o parte de ellos, según los autores) y crean el Estado según sus necesidades.

Pues bien, esto explica la secularización de la función punitiva y la lucha por su humanización y por la conquista de una dimensión legalista:

— El ejercicio de la función punitiva no es manifestación de la justicia divina, sino un fenómeno social, como el fenómeno del poder político del que emana.

— El derecho penal es un orden de regulación de la conducta humana distinto a la moral y a la religión: el delito no se puede confundir con el vicio y la pena no tiene por fin la expiación de una culpa moral; por esto son rechazadas las penas desproporcionadas.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

— La libertad es el estado natural del hombre, que sólo debe limitarse cuando sea estrictamente necesario, y sólo por medio de la ley; de ahí la necesidad del principio de legalidad: ningún delito, ninguna pena sin ley previa.

Beccaria somete a dura crítica el sistema de justicia real y de la Inquisición y plantea por primera vez el problema de la *legitimidad del derecho* penal: ¿por qué penar, a quién penar, cómo penar y para qué penar? Entonces plantea nuevos postulados todavía vigentes en el derecho penal actual:

a. *Principio de legalidad*: sólo las leyes deben determinar lo que es prohibido o lícito realizar.

b. *Necesidad del juez y prohibición de la interpretación de la ley por parte del juez:* para que una misma persona no instaure el derecho y diga ella misma si se ha violado, se necesita un tercero imparcial que es el juez; por otra parte, para que éste no se convierta en legislador, *no debe interpretar la ley*, la cual debe ser clara, expresa, conocida y expedida para el bien común.

c. *Negación de la pena de muerte y de la tortura*: la primera no está legitimada pues los hombres, en el depósito de derechos que hicieron, no entregaron el derecho a la vida; la segunda es ineficaz ya que el delincuente robusto, aunque delincuente, saldrá inocente, al paso que el inocente, si es flaco y débil, aunque inocente, saldrá culpable.

d. *Publicidad de los procesos*: para que exista control del pueblo y evitar los abusos del secreto propio del proceso inquisitivo.

e. *Racionalización de las pruebas:* para que obedezca su práctica y valoración a principios lógicos y no dejarlos al azar, como en los juicios de Dios.

f. *Participación de los ciudadanos en la administración de justicia:* para que el mismo pueblo participe en las decisiones que le atañen.

g. *Presunción de inocencia*: para superar el principio de la Inquisición; y

******ebook converter DEMO Watermarks*******

penas humanitarias: no es la pena exacerbada la que acaba con los delitos, sino la pena proporcionada a la gravedad del daño, pronta e inexorable.

Estos principios fueron postulados por la Revolución Francesa en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; y a pesar de ser ya añejos, aún necesitan aplicación: existen en el papel, pero la brega sigue para que sean reales y se respeten. Desde luego, la lucha por su vigencia tiene que comenzar por una lucha por remover estructuras políticas injustas: sólo cuando existan condiciones materiales de justicia social habrá plena vigencia del Estado de derecho; de lo contrario, siempre estaremos en "estado de desecho".

B. ESCUELA CLÁSICA

Se conoce también como "escuela toscana", pues sus dos grandes epígonos fueron de Toscana, región de Italia: Carmignani y Carrara; como consecuencia de la herencia iluminista, en la escuela clásica aparece como *idea nuclear* la defensa del individuo frente al Estado y la defensa de la libertad contra cualquier forma de opresión: en pocas palabras, legalismo y humanitarismo; y la persona humana como valor esencial. Esto como caracterización general o filosofía del demoliberalismo penal que se heredó, se insiste, del iluminismo, debiéndose recodar a Beccaria, Filangiere, Romagnosi, Bentham, Feurbach y Lardizábal como sus constructores.

Los siguientes son sus postulados fundamentales:

I . POSTULADOS FUNDAMENTALES DE LA ESCUELA CLÁSICA

a. DUALISMO NORMATIVO: JUSNATURALISMO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Esta corriente sostuvo un dualismo normativo: la creencia en una orden ideal justo intemporalmente válido, es decir, válido para todo tiempo y lugar; aquí, el criterio de validez de la norma positiva es la concordancia de esta con la idea de justicia implicada en ese orden ideal. El derecho penal tiene su origen o fundamento en la idea de armonía universal, de acuerdo al siguiente sorites: Dios existe y existe una idea universal del orden; existe una armonía en el universo físico, y debe existir una armonía en el univeso moral; las leyes del mundo físico se cumplen inexorablemente: no así las del mundo moral, pues la conciencia individual del hombre puede verse obnubilada por las pasiones; Dios dio derechos naturales al hombre para poder cumplir su cometido en la tierra; para el respeto de esos derechos naturales es necesaria una autoridad; la autoridad, para hacer respetar esos derechos, necesitaba un instrumento; el instrumento del cual la autoridad está dotada es el derecho penal; por consiguiente, *el derecho penal tiene su origen en la ley de la armonía universal.*

El carácter jusnaturalista de tal forma de razonamiento salta a la vista.

b. EL DELITO COMO ENTE JURÍDICO O DAÑO AL DERECHO

La escuela clásica hizo radicar su esencia en la lesión del bien jurídico, es decir que profesó un concepto de antijuridicidad material, en el sentido de que no bastaba con la mera actitud subjetiva, así fuera exteriormente manifestada, para predicar responsabilidad.

c. LA RESPONSABILIDAD PENAL FUNDADA EN LA LIBERTAD

Sostuvo esta escuela que la responsabilidad penal debía fundarse en la *libertad* del individuo, como su capacidad y posibilidad de decidir entre la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

violación del derecho y su no violación; el postulado de la libertad era un axioma que no estaba entre sus cometidos demostrar; es célebre la afirmación de Carrara:

> No me ocupo de cuestiones filosóficas, por lo cual presupongo aceptada la doctrina del *libre albedrío* y de la *imputabilidad moral del hombre,* y asentada sobre esa base la ciencia criminal, que mal se construiría sin aquella{277}.

El "sumo pontífice" de la escuela de la cual nos ocupamos, decía que para que una autoridad pudiese condenar a una persona tenía que hacer primero tres juicios de imputación: *imputación física,* concretada en el juicio: "tú lo hiciste", es decir, se puede predicar una relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado; *imputación legal,* concretada en el juicio: "tú obraste contra la ley", es decir, el hecho realizado es considerado delito por la ley y encaja en ella; *imputación moral,* concretada en el juicio: "tú lo hiciste voluntariamente", es decir, obraste con voluntad inteligente y libre.

Remata Carrara el parágrafo 8 de su *Programa* diciendo de manera contundente:

> Sólo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decirle al ciudadano: te imputo este hecho *como delito*{278}.

En resumen, para podérsele achacar responsabilidad penal a un sujeto es necesario poder decir que obró con voluntad inteligente y libre.

d . DISTINCIÓN ENTRE SUJETOS IMPUTABLES SUJETOS INIMPUTABLES

Distinguió la escuela clásica entre sujetos imputables y sujetos inimputables: aquellos son los que tienen capacidad de comprender y/o de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

determinarse al momento del hecho; estos, los que no tienen esa capacidad. El derecho penal sólo se ocuparía de los sujetos imputables en cuanto que libres: los otros serían dejados a la autoridad administrativa, pero no serían sujetos del derecho penal.

e . LA PENA COMO RETRIBUCIÓN O COMO TUTELA JURÍDICA

Es corriente decir que esta escuela profesó una concepción retributiva de la pena, es decir, como un mal que se aplica a quien causó un mal, mirando hacia el pasado por el delito cometido; ello es válido en líneas generales, pero no en Carrara: este sostuvo, en efecto, que la pena tenía por finalidad el restablecimiento del orden, es decir, lo que él llamó la tutela jurídica.

Lo importante es retener aquí que la escuela clásica no concibe la responsabilidad sin previa *imputabilidad:* los inimputables, es decir, los que no tienen la capacidad de "entender y de querer" al momento del hecho, no pueden ser declarados responsables para achacarles la consecuencia jurídica de la pena.

Cuando se habla de imputabilidad o inimputabilidad en este contexto se hace referencia a la posibilidad de *atribuir* o *achacar* pena como consecuencia del comportamiento.

f. PROPORCIONALIDAD ENTRE EL DAÑO LA RESPONSABILIDAD LA PENA

Como heredera de los principios garantísticos predicados por Beccaria , siempre exigió una proporcionalidad entre la gravedad del delito, o sea entre el daño, y la cantidad de la pena. El milanés había dicho: "Debe haber una proporción entre los delitos y las penas [...] la única y verdadera medida de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

los delitos es el daño hecho a la sociedad"[{279}].

La pena del delito no queda al arbitrio del aplicador de la ley penal, sino que a cada delito se le asigna una sanción de acuerdo con la gravedad del ataque al bien jurídico tutelado y violado; luego vendrá la tasación de la pena que haga el operador judicial en el caso concreto, pero siempre dentro de esos límites previamente señalados.

C . ESCUELA POSITIVISTA

De manera muy breve se aborda el tema, remitiendo a quien quiera ampliar estos conceptos a otro trabajo realizado sobre este tema específico[{280}].

I. POSTULADOS FUNDAMENTALES

a. EL DERECHO COMO FENÓMENO NATURAL

Como la lengua, la religión, el arte y la cultura, el derecho es un fenómeno históricamente condicionado; se rechaza la idea del derecho natural de vertiente iusnaturalista profesada por los clásicos; no se debe poner el acento en el análisis del delito como fenómeno jurídico, sino como fenómeno humano y social, debido a causas endógenas (congénitas y heredadas) y a causas físicas, como el relieve, el clima, las estaciones, y a causas sociales, como la eduación, la política, la religión.

Lo anterior quiere decir que el delito es un hecho condicionado por causas, las cuales son las que hay que estudiar para controlarlo, pues como dijo Büchner , un filósofo positivista, "en realidad no hay diferencia entre las leyes del mundo material y las que gobiernan el mundo moral"[{281}].

******ebook converter DEMO Watermarks*******

b. RECHAZO DEL LIBRE ALBEDRÍO
RESPONSABILIDAD SOCIAL O LEGAL COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Los clásicos habían asentado la responsabilidad penal en la libertad y sólo los imputables serían sujetos del derecho penal; empero, ya hemos visto que los positivistas, con su determinismo, negaron tal axioma, y en todo caso no lo consideraron necesario para justificar la existencia de la función punitiva.

En efecto, si los hombres no son libres; si, como dijo Lombroso , "el hombre nace delincuente como el ave nace rapaz"; si, como dijo Garófalo, el hombre llega al delito "por una larga serie de hechos precedentes que no le son achacables", ¿cómo fundar la pena o, lo que es lo mismo, el sufrimiento sin libertad? Se acudió entonces a un cambio de paradigma en el fundamento del castigo: no se sanciona y al hombre porque sea libre, sino porque la sociedad debe protegerse de él.

Desde el anterior punto de vista, todos los sujetos que dañen, sean normales o anormales, imputables o inimputables, son penalmente responsables y deben quedar cobijados por el derecho penal. Así formuló Enrico Ferri la base de la nueva doctrina:

> El hombre es responsable siempre de todo acto que realice, sólo y porque y en tanto vive en sociedad. Viviendo en sociedad, el hombre recibe las ventajas de la protección y de la ayuda para el desenvolvimiento de la propia personalidad física, intelectual y moral. Por ello debe también sufrir las restricciones y sanciones correspondientes que aseguran aquel mínimo de disciplina social sin el cual no es posible ningún consorcio civil[7].

c. LA PELIGROSIDAD COMO MEDIDA DE LA RESPONSABILIDAD

Si el fundamento de la responsabilidad es el hecho de vivir en sociedad, la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

medida es la peligrosidad, entendida esta en el sentido de temibilidad, según la definición de Garófalo : "La perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente"{282}.

En otra de sus famosas obras, *Di un criterio positivo della penalità,* dice de manera contundente: "la pena debe ser determinada en proporción a la temibilidad del delincuente"{283}.

Por su parte, Ferri sostiene:

> La pena como *ultima ratio* de defensa social represiva no debe proporcionarse sólo -y en medida fija- a la gravedad objetiva y jurídica del delito, sino que debe adaptarse también, y en primer término, a la personalidad más o menos peligrosa del delincuente, con la segregación por tiempo indeterminado{284}.

d. LA SANCIÓN COMO TRATAMIENTO. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SU INDETERMINACIÓN

Ahora bien, si no hay libertad resulta inhumano e injusto hacer sufrir por el mal ejecutado; la sanción no debe mirar hacia el pasado, sino hacia el futuro, debe tener una finalidad preventiva. No se debe hablar entonces de un mal como sanción, sino de un tratamiento que podía ser muy variado:

Crítica al aislamiento celular continuo{285} y aceptación de él sólo de manera eventual, con trabajo de día en comunidad y recogimiento en la noche; colonia agrícola; manicomio criminal; internamiento en casa de trabajo; trabajo en obras públicas; indemnización; multa; subrogados penales (condena condicional, libertad condicional, perdón judicial); etc.

También se habló de la inocuización, y de la pena de muerte en casos extremos de peligrosidad; así mismo, Lombroso habló hasta de simbiosis, es decir, de integración del delincuente a la sociedad, explotando las

******ebook converter DEMO Watermarks*******

características del delito mediante la "utilización de los malhechores en aquellos trabajos que estén en armonía con sus instintos atávicos: la guerra o la cirugía , *v. gr*., para los homicidas; la policía y el periodismo, para los encubridores y estafadores; finalmente, la colonización de tierras salvajes e insalubres, donde a lo menos se les sujetaría a una morada fija, para los vagabundos"{286}.

Se habló entonces de medidas de seguridad para designar ese tratamiento; se distingió entre medidas de seguridad posdelictuales y medidas de seguridad predelictuales: aquellas aplicarían con motivo del delito; estas, se podían incluso aplicar sin delito alguno, es decir, sin comportamiento, aplicándose por la "conducta de la vida": la prostitución, la vagancia o la mendicidad ameritaban este tipo de medidas.

Ahora bien, ambos tipos de medidas serían indeterminadas pues el tratamiento así debía de ser; de manera contundente decía el mismo Ferri que la segregación debía ser indeterminada: "hasta que el reo aparezca readaptado a la vida libre y honesta, de la misma manera que el enfermo entra en el hospital, no por un término de tiempo fijo de antemano -lo que sería absurdo-, sino hasta que se readapte a la vida ordinaria"{287}.

f. LA SANCIÓN DEBE SER ADAPTADA AL DELINCUENTE NO AL DELITO

Si lo que importa es atacar la peligrosidad, el tratamiento hay que adaptarlo a la capacidad de dañar y no al delito: este apenas es el síntoma de una personalidad; por esto se acudió a la clasificación de los delincuntes en natos, habituales, ocasionales, locos y pasionales, para inferir el tipo de tratamiento, tratamiento que tenía una duración indeterminada: como se dijo, así como no se lleva a un enfermo a un hospital por un tiempo fijo sino hasta que se cure, así el tratamiento debe darse hasta que el sujeto deje de ser peligroso.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

g. CONSAGRACIÓN DEL DELITO IMPOSIBLE DE LA REINCIDENCIA

Cuando no puede haber ofensa por falta de objeto material sobre el cual se obra, o porque los medios son inidóneos, como cuando se dispara sobre un muerto o se dispara con una escopeta descargada, estamos en presencia del denominado "delito imposible".

Ahora bien, como nos dijera algún día un estudiante, "un delito imposible, es imposible que sea delito"; a ello respondimos que en lógica tenía razón; sin embargo, si lo que importa no es el daño sino la peligrosidad del sujeto, entonces la escuela positivista es coherente al predicar la responsabilidad del sujeto.

A propósito de lo anterior, es bien conocido el "caso Laurens": un padre de familia quiere matar a su hijo y apresta la escopeta y la deja colgada en el corredor de su casa; el hijo llega, ve la escopeta cargada, la descarga y la vuelve a colocar en el clavo de donde pendía. Al rato el padre sale raudo, toma la escopeta, dispara pero ésta, obviamente, no le da fuego. Ferri dice, con referencia expresa a este caso, que hay que sancionar, porque "se trata de un delincuente de peligrosidad indudable"{288}.

También se tiene en cuenta la reincidencia del individuo para agravar la sanción en caso de nueva condena, sobre la base de que quien delinque de nuevo muestra rebeldía y poca enmienda; se promueve un control más estricto sobre el delincuente profesional y el delincuente por tendencia.

h. CONSAGRACIÓN DEL PERDÓN JUDICIAL COMO SUBROGADO PENAL EN CASO DE DELITOS PASIONALES

Esta es, creemos, otra de las características de los positivistas. En efecto, mientras que los clásicos distinguieron entre pasiones ciegas y pasiones razonadoras para conceder capacidad de disminución o de exclusión de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

responsabilidad penal a las primeras y no a las segundas, como consecuencia de estar en mayor o menor grado disminuida o excluida la libertad, los positivistas distinguieron entre pasiones nobles o sociales, y pasiones innobles o antisociales.

Pues bien, el amor, así fuera transitoriamente aberrado, era considerado como una pasión social; de donde el que mataba o lesionaba por una pasión de amor exaltada se consideraba como de menor peligrosidad y, por consiguiente, se preceptuaba para él la concesión del perdón judicial.

Como características del homicida pasional menciona Ferri la correcta vida anterior, el móvil proporcionado, la conmoción antes, durante y después del delito, muchas veces el sucicio inmediato, la ejecución del hecho en lugar público o su ejecución inexperta, la ausencia de cómplices, la no oposición a la detención, la confesión, el remordimiento posterior, la no reincidencia y la enmienda. sobre el tratamiento afirma:

El homicida por amores contrariados, por honor ofendido, por fanatismo político, etc., merece atenuantes, y, según los casos, hasta el perdón o la absolución, no porque en él la pasión haya alcanzado una mayor intensidad, sino porque el amor, honor, ideales políticos, etc., son pasiones que normalmente ayudan a la vida social y a su progresión y elevación{289}.

También fue corriente el otorgamiento del perdón judicial en los casos del homicidio por piedad.

i. NO DISTINCIÓN ENTRE IMPUTABLES E INIMPUTABLES

Si el fundamento de la responsabilidad no es la libertad, si la medida de la sanción no es el hecho sino la personalidad del sujeto, si se debe reaccionar contra todos los que dañen o puedan dañar, según un pronóstico de peligrosidad (se habla hasta de peligrosidad predelicutual), no se debe distinguir entre sujetos imputables e inimputables; al contrario: todos los

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sujetos son responsables independientemente de su condición.

En relación con lo anterior, decía de manera clara Ferri:

> La escuela positiva provee a una defensa social mucho más eficaz, distinguiendo a los autores de un hecho delictivo no en imputables o inimputables, sino sólo en más o menos peligrosos, pero todos responsables frente a la sociedad y la ley{290}.

Según la escuela positivista no hay sujetos inimputables, pues a todos se les imputa el hecho y a todos se les imputa la consecuencia, que será un tratamiento adecuado a la personalidad de cada quien.

j. NO DIFERENCIA CUALITATIVA ENTRE PENAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. CARÁCTER JURISDICCIONAL DE ÉSTAS

Aparte de la consagración del principio de responsabilidad social o legal, estos son dos apotegamas de la escuela positivista.

En primer lugar, que no existen diferencias cualitativas entre penas y medidas de seguridad; es decir, que entre lo que hoy designamos con el nombre de prisión, el aislamiento celular (que se recomendaba con trabajo en el día y recogimiento solo en la noche), y la multa o la indemnización, por ejemplo, no habría ninguna diferencia; se trataría solamente de una distinta forma de tratamiento intercambiable. Esto a partir de la supresión del carácter retributivo de las sanciones; esto lo dice el epígono de la escuela positivista en su Relación del Proyecto de 1921:

> Es indudable que, como ya fue sostenido por la doctrina positivista, una vez excluida toda idea de retribución de la culpa moral en el delito las medidas de seguridad poseen la misma función y naturaleza que las penas{291}.

En segundo lugar, se sostuvo el carácter jurisdiccional de las medidas de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

seguridad, en aras de otorgar garantías en su aplicación; así destaca Ferri , como uno de los méritos del Proyecto de 1921, que las medidas de seguridad se establecen sustrayéndolas "al arbitrio del poder administrativo para someterlas a las garantías jurisdiccionales, como toda otra forma de sanción"{292}.

En lo anterior coincidían también los positivistas críticos, tales como Eugenio Florián y Filippo Grispigni. En resumen, imputables e inimputables, dentro del derecho penal; medidas de seguridad, aplicadas por el juez penal en aras de mayor garantías en su aplicación.

k. GRAN IMPORTANCIA DE LA CUALIDAD SOCIAL O ANTISOCIAL DE LAS PASIONES DE LOS MÓVILES QUE IMPULSAN AL DELITO

Con Carrara había distinguido la escuela clásica entre pasiones ciegas y pasiones razonadoras en orden al estudio de la mayor o menor libertad con la cual había obrado el sujeto, y por consiguiente para determinar su responsabilidad y la cantidad de la pena: "Las primeras, dice el autor, actúan con vehemencia sobre la voluntad y supeditan los frenos de la razón, dejando al entendimiento en menor capacidad de reflexionar. Por el contrario, las segundas aguzan los cálculos del raciocinio y dejan al hombre la plenitud de su arbitrio"{293}.

Por su parte, los autores positivistas dijeron que, si la sola pasión o la emoción fuesen suficientes para atenuar la responsabilidad, aun los más fieros criminales deberían tener esa rebaja, pues es natural que en la comisión del delito el ánimo se turbe; la venganza, la gula, la avaricia, la exuberancia sexual serían factores de atenuación. Por esto propusieron otro criterio: el de la socialidad o antisocialidad de las emociones y pasiones: la pregunta que se debía hacer no era entonces si la emoción o la pasión habían desequilibrado el ánimo, sino si la emoción o la pasión ayudaban o no a la construcción

******ebook converter DEMO Watermarks*******

social.

El cambio de criterio también cobijó a los motivos determinantes; tal cambio de paradigma lo expuso Ferri desde su tesis doctoral, "Teoría de la imputabilidad", escrita en 1878; al final de sus días destacaba cómo de ese criterio se convencía cada vez más; dice en sus *Principios*:

> o he sustituido el criterio cuantitativo de la mayor o menor intensidad o energía, por el criterio cualitativo de la naturaleza del motivo determinante (y lo mismo de la pasión) según sea favorable o contrario a las condiciones (morales y jurídicas) de existencia social{294}.

Lo importante entonces es ver si el motivo es noble o innoble, social o antisocial; y lo mismo las pasiones, así estén momentáneamente aberradas.

Ahora bien, el estudio de los motivos (que se identifican con el fin) es el factor fundamental en el estudio de la personalidad del agente; se decía que los móviles eran a la manera de una ventana abierta sobre el espíritu del hombre para divisar lo recóndito de la persona.

Los subrogados son otras de las formas de lucha contra el delito, y una manera de adaptar la sanción y su ejecución a la personalidad del agente; los positivistas diseñaron instituciones tales como la condena de ejecución condicional, la libertad condicional y el perdón judicial:

— La condena de ejecución condicional consiste en dejar en suspenso la aplicación de la condena sometida a la condición de un buen comportamiento por un tiempo determinado; según la Exposición de Motivos del Proyecto Ferri de 1921, esta medida se adaptaba sobre todo a los delincuentes ocasionales{295}: "la prima si perdona, la seconda si bastona", se decía.

— La libertad condicional consiste en suspender la sanción que se viene ejecutando, por la buena conducta del reo, perdonándole el resto que le falta siempre y cuando observe buen comportamiento social durante un tiempo; es un estímulo a la reeducación del condenado; se trata de una libertad anticipada y condicionada al buen manejo dentro de la institución y fuera de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ella en la sociedad.

— El perdón judicial consiste en el perdón de la sanción, previos los trámites del proceso, con base en la nula o escasa peligrosidad del reo.

Ferri decía que este subrogado era una medida no sólo "más sincera, sino también más moral", en casos como el siguiente que él mismo pone: a un padre le acaban de matar a su hijo; el padre persigue al asesino y le da muerte en un *raptus* emotivo. No hay legítima defensa porque el peligro ha cesado ya, y el estado de ira parece insuficiente: entonces se recurre en la práctica a la locura transitoria, debido a lo angustioso de las circunstancias; el autor sostiene que esto no deja de ser un artificio, y de ahí que en estos casos se acomode mejor el perdón judicial; en estas condiciones, "la conciencia pública aprobaría la absolución, que por lo demás no podría sinceramente conseguirse sino mediante el perdón judicial"{296}.

La importancia del estudio de las escuelas penales en orden a comprender el nuevo Código Penal es mucha, ya que si bien el estatuto tiene gran influencia de la dogmática alemana, como que parte de la definición del delito como conducta típica, antijurídica y culpable, hay que aceptar que la trayectoria italiana nuestra sigue teniendo importancia; así, cuando, conforme a la normatividad que nos ocupa, decimos que para que exista culpabilidad previamente debe haber responsabilidad, esta es una afirmación claramente clásica. cuando decimos que los inimputables están comprendidos por el derecho penal y que son sometidos a una medida de seguridad, esta es un afirmación positivista.

En otras palabras: con el esquema dogmático del delito coexisten ideas fundamentales de las escuelas penales de raigambre italiana que mucho han influido en nuestros anteriores códigos penales: así, en el de 1890 está palpable la influencia de la escuela clásica, y en el de 1936 la influencia positivista.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

D. LA CIENCIA CRIMINAL CONJUNTA DE FRANZ VON LISZT SU DICOTOMÍA METODOLÓGICA

Como se ha visto, pensaba Ferri que el derecho penal no tenía autonomía y que apenas era un capítulo de la enciclopedia penal; Liszt planteó el tema de modo diferente: el juspenalista tiene que vérselas con normas y hechos, ambas objeto de estudio obligado; empero, los dos temas hay que abordarlos con métodos diferentes; por esto puede hablarse de una dicotomía metodológica en el planteamiento de Liszt: las normas se estudiarán con el método de la ciencia penal clásica, lógico jurídico, sistemático, lo cual dará lugar a una disciplina, la *dogmática;* por su parte, los hechos hay que estudiarlos con un método empírico, causal-explicativo. Ahora bien, la criminología, como disciplina etiológica, la estadística y la ciencia penitenciaria conducirían a la *política criminal.*

Acorde con lo anterior, dice el autor que "la tarea de la denominada *ciencia del derecho penal* es la síntesis y el desarrollo sistemático de esas reglas jurídicas; su objeto son las normas jurídicas y su método es la lógica"; la política criminal la define como "el conjunto ordenado de principios -en el sentido de reglas racionales-, con los cuales se adelanta la lucha contra el delito por parte del ordenamiento jurídico". Las dogmática desempeña un papel garantizador en la medida en que ayuda a determinar el contenido de las reglas jurídicas, las cuales trasuntan función punitiva: "El Código Penal es la Carta Magna del delincuente [...] El derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal"[{297}].

En resumen, el jurista tiene que estudiar normas y hechos como objetos distintos y con métodos distintos según la diversidad de esos objetos. En este sentido planteaba Liszt una modificación de la función del jurista en la sociedad, desde el momento en que no puede agotar su tarea en el estudio de las normas, sino que también tiene que estudiar los hechos en orden a promover la reforma penal, en lo cual se concreta uno de los cometidos de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Asociación Internacional de Derecho Penal: tal es el sentido de la "ciencia criminal conjunta" o integración de los conocimientos jurídicos y empíricos{298}.

E . EL MÉTODO TÉCNICO JURÍDICO

En la prolusión al Curso de Derecho y Procedimiento Penal del 15 de enero de 1910, pronunciada en la Universidad de Sassari, Arturo Rocco aludía a la crisis del derecho penal de entonces y le imputaba la responsabilidad al positivismo criminológico: anulados por la antropología, ahogados en la sociología, los penalistas de esta escuela acumularon ruinas jurídicas sin construir el edificio legislativo ni científico del derecho penal: "Destruyendo, pues, sin construir, tal escuela ha terminado por limitarse a la tarea más sencilla que es la de *criticar y negar,* y ha llegado en último análisis a un *derecho penal* [...] *sin derecho*"{299}.

Entonces, para salir de la crisis Liszt propone replantear el *objeto* y el *método* del derecho penal: el objeto sería el derecho, pero no el derecho natural de los clásicos, aquel derecho universal e intemporalmente válido, sino el "derecho positivo vigente, único que la experiencia nos señala y en el cual solamente puede encontrarse el *objeto* de una *ciencia jurídica*, como lo es la del derecho penal, y como debe ser y ha de continuar siéndolo, desmentidos ya los oráculos de una antropología tan cómoda como inexacta"{300}.

Ahora bien, el método técnico jurídico no imbricaría ni discusiones filosóficas ni discusiones políticas; tal método tendría por cometido tres órdenes de investigación: *investigación exegética, investigación dogmática y sistemática y una investigación crítica:* entonces se averiguaría el contenido de la ley, luego esos conocimientos de la ley se coordinarían de manera lógica y sistemática: y hasta aquí tendríamos el derecho tal como es;

******ebook converter DEMO Watermarks*******

finalmente, se preguntaría el estudioso si ese derecho tiene razón de ser o si debe establecerse otro, acorde con las necesidades.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

LEONARDO CRUZ BOLÍVAR

Lección 12: Transformación del método dogmático

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. PRESENTACIÓN

A. LA DOGMÁTICA

Una interesante definición del tratadista alemán Claus Roxin nos puede adentrar en el estudio de este tema: "La dogmática jurídico penal es la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal{301}".

El ocuparse la dogmática del delito como objeto de estudio ha generado un avanzado desarrollo desde tiempo atrás, para estructurar lo que se conoce como "la teoría del delito", que ha dado paso a la configuración de la estructura, presupuestos, clasificación y diferenciación del delito desde los fundamentos previstos en la parte general del Código Penal.

La dogmática y la teoría del delito han originado variadas formas de entender su objeto como sistema ordenado de conceptos, y para ello frecuentemente han utilizado herramientas tomadas del pensamiento científico en los diversos momentos.

Pero no podemos aproximarnos a la dogmática sin entender que ella se comprende y desarrolla a partir del método. De ahí que, más allá de estudiar las estructuras o esquemas del delito, lo que se hará en adelante consistirá en analizar las diferentes tendencias dogmáticas desde el método que utilizan para fundamentar sus conclusiones.

B. UBICACIÓN EN EL TEMA

El delito como construcción, como estructura lógica, organizada y sistemática

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ha tenido diversas formas de aparición. Entre ellas sobresalen en su influencia sobre el sistema colombiano tanto la tradición alemana como la italiana.

Ambas han inspirado la legislación colombiana en diferentes momentos históricos. Así ocurrió con el llamado "positivismo italiano" para el Código Penal de 1936, y con la marcada influencia que tuvo el "esquema del causalismo neoclásico alemán" para la legislación de 1980.

Teniendo como referencia que a partir de los años 80 del siglo XX hasta la actualidad predomina una construcción tendiente a seguir los fundamentos de la dogmática germana, se centrará la presente introducción al método dogmático en lo que han sido las bases de construcción de la sistemática del delito en el siglo XX en Alemania, para perfilar en la medida de las posibilidades la influencia actual que ella ejerce sobre la legislación colombiana y a cuál fundamento se adscribe, si es que lo hace, el Código Penal de 2000.

II . TRANSFORMACIÓN DEL MÉTODO DOGMÁTICO

A. EL POSITIVISMO O NATURALISMO

Este término designa un método, una forma de entender la ciencia que surgió con posterioridad a la revolución industrial en Europa y que pretendió demostrar cómo sólo las ciencias físicas podían acceder a un grado de certeza, por encima de las llamadas *ciencias sociales*, de las que esta corriente de pensamiento incluso trató de prescindir en la medida que quiso imponer a ellas una de sus bases conceptuales, cual era el sistema inductivo experimental, en el que se parte de la observación de fenómenos concretos para hacer surgir de ellos las premisas generales o leyes.

Científicos como Augusto Comte, Emile Durkheim o Darwin fueron los

******ebook converter DEMO Watermarks*******

gestores de una verdadera revolución de la ciencia a finales del siglo XIX y comienzos del XX en toda Europa, que creyó rendir a sus pies corrientes de la talla del idealismo o la metafísica, para los primeros verdaderas entelequias que debían ser superadas por el método "infalible" de las ciencias físicas{302}.

I. EL POSITIVISMO EN EL DERECHO PENAL. EL ESQUEMA CLÁSICO ALEMÁN

Desde luego este gran cambio no se hizo esperar para influir en la ciencia del derecho en Alemania, y en general en toda Europa. El primer jurista que reclama fundamentarse en ideas positivistas es para algunos Rudolph von Ihering{303}

En la generación inmediatamente posterior un alumno de Ihering, el también alemán Franz von Liszt, ya para finalizar el siglo XIX, inicia la construcción, en compañía de otros tratadistas del derecho penal, con fundamento en la ideología positivista y su método inductivo, de un planteamiento del delito que permitió su desarrollo tal como el positivismo lo pretendía: de manera sistemática, organizada, llegando a premisas generales a las que se adaptaran las diferentes posibilidades del delito{304}.

Desde esta perspectiva, la primera pretensión del delito a partir de las bases del positivismo fue la de organizarse, hacerse coherente por medio de construcciones generales que permitieran un desarrollo del delito como entidad jurídica autónoma, partiendo de la norma escrita.

Es importante tener en cuenta que históricamente podemos nombrar varios positivistas, como el ya mencionado Franz von Liszt o Ernet Beling, mas ello no quiere decir necesariamente que ellos tenían idénticas posturas y conclusiones respecto del derecho penal, sino que su método, el inductivo experimental, estaba presente en todos ellos.

Precisamente por la utilización de este método propio de las ciencias

******ebook converter DEMO Watermarks*******

físicas, en las que la relación causa-efecto se tenía como base de cualquier construcción científica, surge la denominación de "causalismo", pues para tal esquema el delito descansa sobre una, para ellos, sólida base: la acción humana causante de un fenómeno que modifica el mundo exterior de manera perceptible por los sentidos.

La aplicación del método inductivo al ordenamiento tuvo consecuencias para la organización de los conceptos, y tales construcciones en verdad dieron al delito una dimensión organizada, coherente, clasificada, que se fundamenta en conceptos generales surgidos del análisis de la norma penal. Con base en dichos planteamientos se llegó a la definición de la tipicidad como la objetiva descripción general y abstracta que el legislador hace de una conducta; la antijuridicidad, elemento igualmente objetivo, comprendió la contradicción entre el hecho y el ordenamiento; y la culpabilidad, único aspecto subjetivo, consistió en la relación sicológica entre el hecho y el autor.

El positivismo, como sistema emprendedor de un método experimental inductivo para el derecho penal, que tuviera sólo la norma jurídica como elemento nuclear y dato empírico, finalmente sucumbió, pero ello no quiere decir que su huella no sea perdurable en el derecho penal. Por el contrario, a partir de dicho momento histórico se comenzó un camino que aún en la actualidad no podemos decir que se ha terminado de recorrer.

Si bien no es prudente sostener de manera tajante que a partir del positivismo nació la dogmática, sí resulta viable afirmar que el grado de elaboración de la sistemática del positivismo{305} llevó al derecho penal a un punto de partida que marcó a los estudiosos del siglo XX y que perdura en el XXI{306}, pues el positivismo jurídico en la teoría del delito permitió que éste fuera entendido como un hecho típico, antijurídico y culpable.

B . EL NEOKANTISMO O VALORATIVISMO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

A pesar de las pretensiones de claridad, organización y universalidad de las construcciones positivistas, ellas fueron perdiendo su vigencia tan pronto como se comenzó a desconfiar de lo infalible de la exactitud que supuestamente tenían las ciencias físicas o naturales. Ello, aproximadamente, para la tercera década del siglo XX.

Principalmente en Alemania se retomó el camino de lo valorativo en el derecho, bajo el método del neokantismo. Este término indica el regresar a las construcciones epistemológicas del filósofo alemán Inmanuel Kant, relegadas a un segundo plano durante un largo tiempo ante el auge del método positivista. Dicha tendencia buscó regresar al contenido valorativo potencialmente existente en el derecho{307}, aunque ello sin separarse del concepto de ley como dato fundamental que se concibiera en el positivismo, lo que para algunos constituyó un gran error.

Sobre un marco legalista-formal y aun causal del delito se reconoce la validez de la valoración que sobre dicha "realidad formal" pueda hacer el intérprete, reconociendo así el neokantismo lo importante de la valoración de los elementos sociales, culturales e históricos que pueden tener relevancia para el mejor desarrollo de la dogmática.

Se desarrollaron elementos normativos en la tipicidad, en mayor medida el concepto de "antijuridicidad material", y la culpabilidad dejó de ser la simple relación sicológica para entrar en el ámbito de la concepción llamada "normativa" de la culpabilidad, que se fundamenta en el ámbito de la valoración que se hace de la conducta del autor.

Este cambio resulta no ser tan elemental como en un principio parece, pues incluir los elementos valorativos en la dogmática implicó "abrir" el sistema de

interpretación, lo que resultaría esencial para el funcionamiento actual de la sistemática de la teoría del delito, en razón de que dio más relieve a planteamientos como el del bien jurídico, eje de la antijuridicidad material,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

que según algunos tratadistas contemporáneos es básico para el entendimiento de lo que *debe ser* la función del derecho penal.

El problema que afrontó el neokantismo, más allá de otras consideraciones, consistió en que se limitó a incluir elementos valorativos en el delito, pero sin especificar de forma contundente hacia dónde o desde qué perspectiva se hacía esa valoración: si desde el bien jurídico, desde la constitución o los fines del Estado, o acaso desde la ética o la moral, o de la cultura, como se llegó a exponer con base en un concepto bastante ambiguo.

Desde esta perspectiva la denominación con la que en ocasiones se conoce a esta corriente, es decir, "relativismo", fue precisamente uno de sus principales defectos, pues se repitió de modo insistente la importancia de valorar, pero no se dijo en concreto nada convincente acerca de cómo, por qué y desde qué perspectiva hacerlo.

A pesar de lo anterior, el método del neokantismo marcó la dogmática, sobre todo aquella que se impondría a partir de los años 70. Luego su aporte es decisivo en las concepciones del derecho penal contemporáneo.

C. EL FINALISMO

Terminada la Segunda Guerra Mundial, el derecho penal busca justificarse más allá de la simple norma positiva. Ello en reacción a los abusos que con ella se conocieron dentro de la llamada "perspectiva totalizadora" o "irracionalismo", protagonizado por el derecho penal nacionalsocialista{308}.

Era entonces de esperarse que el derecho penal alemán de la posguerra encontrara su "razón de ser" fuera de la ley como expresión del legislador; por ello el finalismo, antes que construcción dogmática, es una especie de grito de independencia respecto del positivismo y una apuesta a los conceptos prejurídicos.

Parte el finalismo de un planteamiento filosófico, pues así como los

******ebook converter DEMO Watermarks*******

positivistas le "apostaron" a Comte, Durkheim o Darwin, y los neoclásicos o neokantianos se fundaron en Kant y la escuela sudoccidental alemana, Hans Welzel, profesor de la Universidad de Bonn, comienza su construcción del delito basado en un método fenomenológico{309} y una visión aristotélica del hombre que se considera por dicho tratadista como génesis del derecho natural{310}.

El legislador debe partir de una concepción -objetiva- de ser humano: éste es su límite infranqueable. Luego del entendimiento de dicho concepto dependerá el derecho, y en especial el derecho penal. En esa concepción el hombre es libre, *per se, naturalmente*: luego el legislador no puede impedir este hecho real variarlo, tiene que aceptarlo y acomodar la ley a ese orden natural.

De esta conceptualización, básicamente fenomenológica, como se ha dicho, viene el concepto de "estructuras lógico objetivas", que son aquellos predicados no susceptibles de modificación que permiten que se integre{311} la idea de hombre para el derecho.

Este razonamiento hace surgir el desarrollo de la teoría de la acción final, que ha sido tal vez el mayor aporte del finalismo, desde el punto de vista estructural, al derecho penal contemporáneo.

Se entendió la acción, estructura lógico-objetiva, como final. Ello quiere decir que la acción en su naturaleza es necesariamente final. Si una manifestación corporal humana no es final, pues no es acción. Aquí se refleja toda la construcción de Welzel. El legislador tiene que partir del *ser* de la cosa sin modificarla, y si la acción *es* final el legislador no puede considerarla de manera diferente. Entonces llega el finalismo a la demostración de lo que considera la gran equivocación del causalismo: considerar que la acción no es final sino, como ya se ha expuesto, una simple modificación del mundo exterior.

Realizar toda esta readecuación de la acción cambió de contera el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

contenido de la tipicidad, en algunos aspectos la antijuridicidad, y en gran medida la culpabilidad, originando una estructura de la que no se separará ya el derecho por lo menos en mucho tiempo.

D . EL TELEOLOGISMO O FUNCIONALISMO

I. EL FUNCIONALISMO MODERADO DE ROXIN

El teleologismo se origina con las tendencias del neokantismo de los años 30 y 40 del siglo XX: no es un movimiento de última generación{312}, como podría pensarse.

La tendencia teleologista adquiere importancia hacia mediados de los años 60 del siglo XX cuando causalistas y finalistas sostenían una encendida polémica en torno a cuál de las dos estructuras era la más conveniente para el derecho penal.

En dicha discusión algunos tratadistas, encabezados por el profesor de la universidad de München Claus Roxin, orientaron la discusión del derecho penal a una pregunta que, por más sencilla y elemental que parezca, se había perdido en la decadente rencilla entre causalistas y finalistas: *¿para qué sirve y qué función cumple el derecho penal*?

En efecto, por pensar demasiado en las estructuras que conformaban el delito, el derecho penal había perdido autodefinición y no se llegaba a cuestionar el porqué y el para qué de la pena, así como tampoco la finalidad que el derecho penal cumplía en el Estado{313}.

Desde una perspectiva neokantiana, es decir valorativista y abierta, el sistema teleológico pretende, sin mayores modificaciones estructurales, modificar cada uno de los elementos del delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad -esta última se denomina responsabilidad-, en su contenido, para

******ebook converter DEMO Watermarks*******

que se orienten en sentido político-criminal. De tal manera, más que simples estructuras, deben ser el reflejo de la justicia material que el Estado democrático quiere desarrollar. De aquí surge la idea de funcionalismo, en la medida que todo el esquema del delito gira en torno a una idea fundamental de la cual no puede separarse: la política criminal del Estado, que emana de la Constitución Política y busca realizar los fines de este. Ningún elemento de la teoría del delito en sus contenidos, definición o aplicación puede contrariar la política criminal, pues en tal caso sería asistemático.

En este planteamiento el bien jurídico tutelado -concepto ligado necesariamente al de política criminal- ocupa un lugar decisivo y sobre él descansa buena parte del sistema, al punto que a partir de éste organiza Roxin el concepto de teoría de la imputación objetiva, que originó una gran discusión en torno a los conceptos de causalidad e imputación en el derecho penal, y que en la estructrura del delito planteada por dicho autor complementa el tipo objetivo.

De otro lado, un elemento que adquiere especial importancia en Roxin, aunque también lo tendrá para Günther Jakobs , es el binomio culpabilidad-prevención. La culpabilidad, como máxima exigencia del Estado al ciudadano, sólo puede entenderse y desarrollarse desde la función preventiva de la pena{314}, y para tal efecto debe tenerse muy en claro cuál es la finalidad de la pena, que político-criminalmente tiene el carácter de integradora preventiva.

En síntesis, esta modalidad de funcionalismo pretende construir una teoría del delito desde la política criminal, es decir, desde el uso democrático -o sea constitucional- y racional del *ius puniendi* del Estado, sin que las estructuras dogmáticas por sí mismas impidan el desarrollo real de las pretensiones de un derecho penal acorde con los fines del Estado social y democrático de derecho. La influencia de una visión como esta en la teoría del delito está dada en conceptos como la imputación objetiva o la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

culpabilidad fundamentada en la necesidad de pena.

2 . EL FUNCIONALISMO RADICAL DE GÜNTHER JAKOBS

Criticado por muchos y aceptado por otros, tal vez menos los primeros, el polémico Jakobs profesor de la Universidad de Bonn y discípulo de Hans Welzel , desarrolla un esquema básicamente funcional de la teoría del delito, con el planteamiento general de que el derecho penal tiene una función simbólica consistente en mantener la vigencia de la norma penal, entendida esta vigencia no en sentido formal sino social.

Cuando alguien realiza alguna de las conductas sancionadas por la ley penal está haciendo una propuesta a la sociedad en cuanto a que, para el autor, la norma no está vigente, defraudando así las expectativas sociales. La labor del derecho penal está precisamente en aplicar la pena y demostrar que la norma, expresión del querer de la sociedad, está vigente. En palabras de Jakobs, la norma queda "estabilizada" para el conglomerado{315}.

En tal perspectiva, la exigencia de la ley penal es "ser fiel al derecho"{316}, en otras palabras, un deber. Por ello, el derecho penal no debe girar en torno a la protección de bienes jurídicos -como en buena parte ocurre en Roxin- sino en relación con el incumplimiento de deberes.

En armonía con lo expuesto, Jakobs plantea una renormativización absoluta del derecho penal, lo que se traduce en la separación completa de conceptos provenientes de fuera del sistema jurídico. Por ello este autor redefine cada concepto según le sea útil para el derecho penal, así como tal no coincida con las concepciones que en el resto del mundo se tengan como verdaderas: es el caso de acción, causalidad, imputación, responsabilidad, etc. Esto es reconocido como llevar el neokantismo hasta su más elevada expresión, aunque recurriendo a la llamada teoría de los sistemas o teoría sistémica del derecho penal.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Partir de este derecho, dado que se fundamenta en una sociedad funcional que asigna deberes de comportamiento, ha generado airadas críticas en contra del planteamiento que se expone, tildándolo de "funcionalismo radical", que para algunos es reaccionario{317}. Incluso críticas de "grueso calibre" en materia de justificación del *iuspuniendi* del Estado han llovido sobre Jakobs{318}.

Al entender el delito como violación de deber y plantear la absoluta normativización del sistema de derecho penal puede Jakobs desarrollar una dogmática en la que sus elementos cambian su noción y varían de lo que hasta ahora habían sido, originándose una concepción y un desarrollo muy particular, aunque ello en manera alguna quiera decir que se separe por completo de la dogmática contemporánea.

A pesar de las duras críticas que se erigen contra las tesis de Jakobs, y sin entrar en la discusión referente a si los contradictores del llamado "funcionalismo radical" tienen razones fundadas o no, este autor ha logrado un reconocido lugar en la doctrina contemporánea junto a Roxin, quien pareciera tener más aceptación en la doctrina en general, y principalmente en la de habla hispana.

III . ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA

Lo que se busca con unanimidad por los autores contemporáneos no es otra cosa que configurar una dogmática que permita al derecho penal cumplir una función concreta{319} sin que ello sea simple utilitarismo.

En la discusión actual no puede prescindirse del debate acerca de la misión del derecho penal y de una armonización de la dogmática en relación con el cumplimiento de tal objetivo. La argumentación, en estas condiciones, comienza por una definición de la teoría de la pena, pues ella es la consecuencia de la aplicación de la dogmática al ciudadano.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Luego si el derecho tiene una misión político criminal basada en la Constitución, que se traduce en la protección de bienes jurídicos, la dogmática se acomodará a ella y desarrollará sus principios{320}; o, si acaso el primero sirve para la estabilización de la norma como expresión social, allí igualmente se desarrollará una dogmática que dé dinámica a este postulado{321}.

Entonces la dogmática se ve a sí misma, en la actualidad, como instrumento de lo que se quiere que sea el derecho penal. En este punto se centran las más agudas polémicas acerca de la dogmática, buscando además organizar los conceptos de la teoría del delito en cuanto puedan proyectarse para lograr su objetivo{322}.

IV . LA TRANSFORMACIÓN DOGMÁTICA EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

Luego de expedido el Código de 1936, que siguió de cerca los planteamientos del positivismo italiano en Colombia, se llevaron a cabo los proyectos de Código Penal de 1974 y 1976, y finalmente el de 1978 se convirtió en ley de la república en 1980.

A . EL CÓDIGO DE 1980

Esta normatividad fue dogmáticamente organizada y coherente, adoptando en términos generales el concepto del causalismo valorativo. A dicha conclusión se llega analizando algunos de sus preceptos fundamentales.

I . LA TIPICIDAD

******ebook converter DEMO Watermarks*******

El Código de 1980 incluyó los elementos normativos y subjetivos del injusto, que apuntan a un esquema de valoración en el tipo.

A pesar de ello, el tipo es auténticamente causal al excluirse la posibilidad de que dolo y culpa sean elementos del tipo subjetivo, aunque algunos doctrinantes desarrollaron otros esquemas{323}.

2. LA ANTIJURIDICIDAD

El código, también, nuncia como principio la "antijuridicidad material" en su artículo 4°, desarrollando así un postulado muy cercando al esquema neokantiano o neoclásico alemán.

3. LA CULPABILIDAD

Así mismo, el estatuto proscribe toda forma de responsabilidad objetiva en su artículo 5°. Incluye el dolo y la culpa dentro de sus "formas" en el artículo 35: acoge así una culpabildad cercana a la teoría normativa, exhibiendo algunas incoherencias en la parte negativa de esta categoría del delito, al regular de manera confusa la teoría del error{324}.

B . LA PERSPECTIVA DOGMÁTICA DE LA LE 599 DE 2000

En la exposición de motivos del Código Penal por parte de la Fiscalía se sostuvo:

> Con este proyecto se logrará la consecución de una política criminal coherente, que parte de una realidad social y que permite la interpretación a través de la normatividad constitucional, lo que

******ebook converter DEMO Watermarks*******

> proporciona una adaptabilidad permanente a los cambios de nuestra sociedad [...] Por esa razón, el proyecto que hoy se presenta, nos va a permitir contar, en un futuro próximo, con un verdadero sistema penal congruente con un Estado social de derecho{325}.

Al margen de si la altruista pretensión del Código Penal se llega a cumplir, se denota en la manifestación de los autores del proyecto que se busca tener un derecho penal acorde con fines determinados. Unido a ello se observa, en la misma exposición, una referencia expresa a la política criminal del Estado, lo que nos lleva a pensar que existe una marcada tendencia del Código a seguir un método teleológico funcional, en donde la idea fundamental sobre la que gira la dogmática está contenida en los principios fundamentales de la Carta.

ello pese a que en el proyecto originario del Código Penal se sostuvo:

> Se orientó el proyecto, principalmente, por no encasillar la normatividad en alguna corriente dogmática en especial. Reflejo de ello es la no división en capítulos y utilización de expresiones constitutivas de camisas de fuerza. La idea general es que la jurisprudencia y doctrina permitan flexiblemente la adecuación de la interpretación a la evolución de modernas corrientes{326}.

Lo anterior no obsta para admitir que se puede identificar en la Ley 599 un deseo de dotar de sentido y orientación a la dogmática desde la norma fundamental, además de tratar el legislador constantemente de acomodar diferentes elementos de la teoría del delito a pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Se trata pues de una legislación con orientación a los fines del derecho penal que son dados por la Constitución, valorativista, en la medida que pretende tener un sistema relativamente abierto en donde conceptos amplios como los de bien jurídico o política criminal deben ser utilizados y definidos con alguna independencia por el intérprete, quedando siempre como correctivo, y de ahí la perspectiva funcional que puede tener el estatuto, que ninguna intepretación pueda ir mas allá o en contra de algún principio

******ebook converter DEMO Watermarks*******

constitucional, ya que ello implicaría salirse del "sistema".

Tal vez en la cita inmediatamente anterior de la exposición de motivos se quiso significar el hecho de no comprometer el Código en una *estructura del delito* específica, hecho que también puede ser objeto de serias discusiones; pero que, dado el objeto de este análisis, no es menester entrar a estudiar en detalle.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Lección 13: Teoría del delito. Tipo objetivo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. INTRODUCCIÓN

La noción de delito no se ha conceptualizado de manera unánime por la doctrina. Después de poco más de docientos años de desarrollos teóricos, no se ha llegado a un acuerdo (y difícilmente podrá llegarse) acerca de aquello que debe entenderse por delito y de los elementos lógicos en que puede descomponerse tal noción; en la actualidad se identifican múltiples tendencias que constituyen, en su mayor parte, decantaciones de antiguas tesis de autores italianos (Carrara, Ferri, Antolisei, etc.), y particularmente alemanes (Feuerbach, Stübel, Luden, Liszt, Beling, etc.).

De manera general, desde cualquier perspectiva teórica pueden plantearse conceptos sintéticos y analíticos del delito. Mediante los primeros (también llamados conceptos globales o totales) se expresa la idea del delito a partir de un postulado de principios; desde este punto de vista, a modo de ejemplo, delito es, para unos, infracción de un deber etico-social; para otros, defraudación penalmente relevante de expectativas sociales; para otro grupo, vulneración o puesta en peligro de los bienes jurídicos más importantes, etc.

Los conceptos analíticos, por su parte, descomponen la noción total en sus partes, con la ambición de lograr la mayor coherencia lógica y los mejores rendimientos prácticos en su aplicación. A partir de este enfoque se han intentado múltiples fórmulas: imputación física, moral y legal (Carrara), acción típica, antijurídica y culpable (Beling), conducta típicamente antijurídica y culpable (Mezger, Sauer), conducta típica y culpable (Merkel, Frank-teoría de los elementos negativos del tipo-), etc.

En la actualidad se acepta mayoritariamente el concepto analítico compuesto por conducta típica, antijurídica y culpable, aunque los contenidos de cada una de estas categorías dogmáticas varía según el esquema lógico y metodológico que se seleccione. Así, por ejemplo, la tipicidad del esquema

*******ebook converter DEMO Watermarks********

clásico únicamente contiene elementos objetivo-descriptivos, en tanto que la tipicidad del esquema finalista consta de tipo objetivo y tipo subjetivo.

La legislación penal colombiana de 2000 acoge también el concepto analítico tripartito de la "conducta punible" (conducta típica, antijurídica y culpable), con la pretensión de no adscribirlo rígidamente a ninguno de los esquemas teóricos existentes, pero con evidentes tendencias que se especificarán en su momento.

II . TIPICIDAD

La noción de tipicidad, como primer escalón en la valoración de la conducta penalmente relevante, surgió a comienzos del siglo XX (1906) en la obra de Ernst Beling . A las categorías ya por entonces conocidas de antijuridicidad (contradicción objetiva de la conducta con el ordenamiento jurídico) y culpabilidad (evolución jurídica de un concepto surgido durante la edad media para fundamentar la necesidad de expiación religiosa), se sumó el *Tatbestand* (aprox. supuesto de hecho), expresión que no acuñó Beling , pero a la que sí le otorgó el sentido particular de *adecuación a una forma abstracta de conducta*, que vino a complementarse años después por el mismo autor con otras dos: *Delikstyp*{327} y *Unrechtstyp*{328}.

Como en todas las categorías del concepto analítico de delito, los contenidos de la tipicidad dependen de dos grandes variables: el esquema dogmático que se acoja y las pautas de derecho positivo vigentes en cada país.

En un esquema dogmático causalista el tipo penal describirá la conducta de manera estrictamente (causalismo clásico) o preponderantemente (causalismo neoclásico) objetiva, en tanto que en un esquema finalista la descripción lleva implícita la dirección subjetiva de la conducta (dolo o culpa). Para el efecto, el tipo se expresa en la norma penal a través de una

******ebook converter DEMO Watermarks*******

construcción gramatical básica: sujeto, verbo, predicado; situación que dio lugar a que un sector significativo de la doctrina confundiera el tipo penal y sus elementos con la norma misma y sus componentes gramaticales. Si bien la norma que contiene el tipo es un referente de indudable importancia para la concreción de la conducta, los elementos de la tipicidad no se agotan necesariamente allí, ni se limitan a sus componentes gramaticales.

"El *tipo* -en palabras de Welzel- es la materia de la prohibición de las disposiciones penales; es la descripción objetiva y material de la conducta prohibida, que ha de realizarse con especial cuidado en el derecho penal"{329}. La tipicidad, por su parte, es una noción dinámica que responde al proceso lógico de comparación (adecuación) entre el comportamiento concreto y la descripción abstracta del tipo{330}.

A. TIPO OBJETIVO

I. CONCEPTO

La noción de tipo en su comienzo se entendió como modelo o forma de conducta previsto en la norma penal, carente de contenidos valorativos y subjetivos. Así, las conductas contrarias a derecho relevantes para efectos punibles podían diferenciarse de las que presuponían una antijuridicidad civil. En otros términos, no todo comportamiento antijurídico interesa al derecho penal: solo aquel que específicamente está previsto en un tipo penal; el juicio de adecuación típica consistía en una constatación objetiva de los elementos del tipo, mientras que el juicio valorativo se dejaba exclusivamente a la antijuridicidad.

Esta noción del tipo, de carácter naturalista y desarrollada con base en el positivismo científico, fue superada al advertirse la necesaria presencia de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

consideraciones valorativas (Mayer) y subjetivas (Frank, Mezger, etc.); el neokantismo entendió como artificiosa la desvinculación de consideraciones valorativas en las descripciones comportamentales del tipo penal. Se admitió así la existencia de *ingredientes normativos*, esto es, expresiones contenidas en el tipo que requieren un juicio de valor para su comprensión, como, por ejemplo, la noción de *cosa mueble ajena* incorporada al tipo de hurto, y de *ingredientes subjetivos*, o motivos específicos sin los cuales la conducta resulta penalmente irrelevante. Más adelante, hacia mediados del siglo XX, los replanteamientos metodológicos del finalismo ubicaron el dolo avalorado como parte esencial del tipo.

Al aceptarse que el tipo penal no solo se integra por descripciones objetivas, sino que también contiene elementos subjetivos, se justificó la separación didáctica del tipo objetivo y el tipo subjetivo. En este acápite nos ocuparemos del primero.

"El tipo objetivo -para Welzel- es el núcleo real-material de todo delito"{331}, y se integra por circunstancias que se manifiestan en el *"hecho externo*". Entre estas circunstancias pueden enumerarse la acción, el resultado (entendido como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), los medios y las modalidades especiales de la acción, y en algunos casos las características especiales del autor.

De manera similar -aunque con comprensibles diferencias de enfoque- afirma Jakobs: "El tipo objetivo es la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social, y por tanto penalmente relevante".

Entre las manifestaciones externas del delito, a las que se refiere este autor, se destacan la causalidad (en los delitos de resultado) y los criterios normativos de atribución o condiciones objetivas de la responsabilidad; a más, claro está, del resultado, entendido en términos jurídicos, no naturalísticos.

En la legislación penal colombiana la tipicidad involucra tanto un juicio

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de adecuación objetiva de elementos externos, como un juicio de adecuación subjetiva. En el primero son particularmente relevantes las nociones de causalidad e imputación, por lo que optaremos por su estudio como supuesto lógico del tipo objetivo.

2. CAUSALIDAD

Los sistemas penales democráticos descartan el reproche hacia las formas de ser del individuo -derecho penal de autor- y centran su atención en las manifestaciones externas del comportamiento humano que tienen alguna repercusión (naturalística, ético-social, normativa, etc.) -derecho penal de acto-.

Una de las primeras expresiones del derecho penal de acto corresponde a aquella que entendió la acción como movimiento corporal que genera cambios en el mundo exterior{332}. A ella siguieron distintos intentos por conceptualizar la acción bajo el supuesto de que debía entenderse como el medio de producción de un resultado indeseado, cuya evitación pretendía lograrse con la amenaza de una pena. Acción y resultado material fueron dos conceptos unidos por un vínculo tomado de las ciencias naturales y de la filosofía: la relación de causalidad{333}.

Al evolucionar la teoría del delito se advirtió que al derecho penal no solo le interesan las acciones; también son relevantes las omisiones. Además, no en todos los casos la acción o la omisión deben producir un resultado material. No obstante, el concepto de causalidad mantiene vigencia en la mayor parte de los esquemas teóricos contemporáneos, de los que solo dicen excluirse las tendencias radicalmente subjetivistas (Morselli, Zielinski, Sancinetti, entre otros).

La causalidad, entendida como relación de producción de un consecuente por un antecedente, se ha intentado explicar en el derecho penal a través de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

diversas teorías, entre las cuales destacaremos la “equivalencia de las condiciones”, la “causalidad adecuada” y la “relevencia típica”.

a . TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

Cuando menos en una de sus primeras formulaciones, la teoría de la equivalencia de las condiciones fue propuesta por Julius Glaser, quien hizo alusión a ella en el año de 1858{334}, aunque frecuentemente se le atribuye a Maximilian von Buri. De manera concreta sostiene esta teoría que todo antecedente necesario para la producción de un resultado debe tenerse como causa de éste, sin que sea válido establecer niveles de incidencia entre las distintas causas concurrentes. Todas las condiciones necesarias son equivalentes y todas deben ser tenidas por causas; de allí la denominación de esta teoría.

Tradicionalmente se emplea la fórmula de la supresión mental, conocida como *conditio sine qua non,* como mecanismo de verificación de la equivalencia de las condiciones. Conforme a ella, si al suprimirse mentalmente un antecedente el resultado de todas formas se produce, es porque no se trata de una condición necesaria y por tanto no es causa; si, por el contrario, al suprimirse mentalmente el antecedente puede concluirse que el resultado no se produciría, es porque tal antecedente contituye una factor “sin el cual no” se habría generado el resultado, es decir, una causa{335}.

b. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Para limitar el alcance indiscriminado de la teoría de la equivalencia, la teoría de la causalidad adecuada propone distinguir entre causalidad en general y causalidad para efectos jurídicos; si una conducta es causa adecuada para la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

producción de un resultado típico es algo que se debe determinar por medio de la experiencia (dato estadístico) o a través de un cálculo de probabilidades.

El concepto amplio de la adecuación fue desarrollado por distintos autores, entre quienes cabe mencionar a Ludwing von bar (a quien se reconoce como uno de sus primeros exponentes), al médico Johannes von Kries (que la planteó en 1886 y la llevó a la práctica jurisprudencial), a Traeger, von Hippel, etc.

La teoría de la causalidad adecuada no corresponde a una propuesta única, sino que adquiere diversos matices a partir de las numerosas variables: cómo avaluar las probabilidades, cuál es el referente temporal para hacer ese cálculo (desde una perspectiva anterior -*ex ante*- o posterior -*ex post*- a la producción del resultado), cuál es el modelo comportamental a seguir (el del sujeto que actúa, el de un ciudadano promedio, el del juez, etc.). Esta característica (la falta de unidad) constituye a su vez uno de los principales motivos de crítica, además de la circunstancia de pretender explicar a través del derecho algo que corresponde al ámbito de las ciencias naturales (la causalidad)[{336}] No obstante, también se le reconoce un importante avance hacia la diferenciación entre lo estrictamente causal y lo normativo dentro de la noción de tipicidad.

c . TEORÍA DE LA RELEVANCIA TÍPICA

La relevancia típica no es propiamente una explicación sobre la causalidad, pero se planteó dentro del intento de resolver las deficiencias de las teorías de la equivalencia y de la adecuación.

Para los seguidores de esta teoría (Mezger, Gerland, Blei, entre otros), causa es todo antecedente necesario para la producción de un resultado (teoría de la equivalencia), pero solo adquiere relevancia para el derecho penal cuando un comportamiento corresponde a “la forma típica de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

producción de un resultado”[{337}]. Se diferencia así entre el dato empírico de la causalidad y el dato normativo de la atribución, con lo que se sientan las bases de la posterior diferenciación entre causalidad e imputación objetiva, como elementos del tipo penal.

3.IMPUTACIÓN OBJETIVA

La imputación objetiva no es una invención del derecho penal, pero es dentro de esta área de la ciencia jurídica donde mayor desarrollo ha tenido, especialmente a partir de 1960. Gracias al aporte de la teoría de la relevancia se advirtió la necesidad de diferenciar, en los tipos de resultado, la causalidad material (que constituye el mínimo lógico de su estructuración naturalística) de los criterios normativos que permiten, en un determinado contexto jurídico, imputar objetivamente ese resultado a quien ha participado causalmente en su producción.

En un comienzo, la teoría de la imputación objetiva se planteó como alternativa de solución de la problemática de los delitos culposos, para lo cual se sistematizaron, dentro de la categoría dogmática de la tipicidad, algunas pautas extraídas, en su mayor parte, del análisis de casos.

a . EXISTENCIA DE UNA POSICIÓN DE GARANTE

A partir del causalismo neoclásico se explicó la posibilidad de comisión, mediante una omisión, de comportamientos descritos en sentido activo por un tipo penal (hipótesis de la denominada *omisión impropia)*. Para tal efecto se entendió que cuando existe un deber legal de actuar, las consecuencias nocivas derivadas del *no hacer* valorativamente son tan reprochables como el comportamiento activo. En este sentido se acuñó la expresión “posición de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

garante" para identificar la condición de aquella persona que tiene especiales deberes de custodia respecto de ciertos bienes jurídicos, que la hacen penalmente responsable cuando sobreviene un resultado que estaban en la obligación de evitar o impedir.

Desde otra perspectiva teórica, Jakobs plantea que "la posición de garante" es en realidad una noción común a los tipos de acción y de omisión, dolosos y culposos. Para llegar a tal conclusión, con respaldo en la teoría de los sistemas sociales (Luhmann), sostiene este autor que los comportamientos socialmente relevantes de toda *persona (desempeño de roles)* pueden ubicarse dentro de uno de dos grandes marcos de competencia: institucional (o por institución) y por organización. Si la persona se involucra en una institución jurídicamente preestablecida (como la familia, la administración pública, el tráfico automotor), asume una competencia también predeterminada y surgen respecto de ella amplios deberes de protección y salvaguarda, consustanciales a la naturaleza de la institución correspondiente, cuya inobservancia puede dar lugar a la configuración de *delitos de infracción de un deber;* por el contrario, cuando la persona actúa por fuera de una institución, es decir, en palabras de Jakobs, *organiza* su mundo de la vida, cuenta con mayores márgenes de libertad, pero debe cuidarse de no interferir los derechos y libertades de los demás porque, en caso de hacerlo, se convertirá en garante de los bienes jurídicos que indebidamente ponga en peligro y podrá cometer delitos de dominio{338}. En este sentido, todo delito (no solo los de omisión impropia, como en la dogmática tradicional) presupone una posición de garante que se ha desantendido y que se deriva del ámbito de competencia (por institución o por organización) predicable del rol que desempeñe una persona en cada caso concreto.

Dentro de este contexto teórico, la posición de garante constituye uno de los elementos esenciales de la imputación objetiva de conductas.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

b . CREACIÓN DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO

Para la imputación objetiva de resultados y para la imputación objetiva de conductas la noción de riesgo desaprobado es un elemento fundamental. Se parte del supuesto de que en la sociedad contemporánea es inevitable asumir ciertos niveles de riesgo, los que, por lo tanto, se entienden como jurídicamente aprobados. En concecuencia, si una persona contribuye causalmente a la producción de un resultado, cuando realiza una actividad dentro del rango de riesgo jurídicamente tolerado, no ha creado un riesgo desaprobado y, por tanto, faltaría un elemento de imputación.

c . RELACIÓN DE RIESGO

Así como se afirma la existencia de un vínculo de necesidad entre causa y efecto (relación de causalidad), en los tipos de resultado, como presupuesto de la imputación debe existir una correspondencia lógica entre el riesgo desaprobado y el riesgo realizado. En muchos eventos un comportamiento puede crear un riesgo desaprobado, pero el riesgo que se realiza no debe imputarse normativamente. En estos eventos el comportamiento de una persona incide causalmente en la producción del resultado indeseado, constituye un riesgo desaprobado, pero puede ser objeto de exclusión de imputación por falta de un nexo lógico y jurídico entre el riesgo creado y el finalmente realizado{339}.

4.DELIMITACIÓN ENTRE ACCIÓN OMISIÓN

La dogmática causalista clásica (Liszt, Beling) se concibió a partir de los delitos de acción y de resultado, situación que dio lugar a que los conceptos básicos construidos sobre esta base pronto fueran objeto de fundadas críticas.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Con el neokantismo{340} se desarrollaron los más destacados esfuerzos por individualizar acción y omisión, bajo el supuesto de que responden a estructuras lógicas diferentes (físico-mecánica la acción y valorativa la omisión){341}.

Tanto en la dogmática causalista neoclásica como en la finalista se acepta la existencia de dos grandes formas de *omisión: propia o pura, e impropia o comisión por omisión*. La primera corresponde a infracciones de deber explícitamente descritas en el tipo penal (*v. gr*., prevaricato por omisión, omisión de socorro, etc.); la segunda consiste en la realización de tipos de acción a través de un no hacer equivalente (no evitar lo evitable), lo cual se determina valorativamente por la infracción a una posición de garante.

De otra parte, desde perspectivas subjetivistas y normativistas radicales, la distinción entre acción y omisión resulta irrelevante. En el primer caso, el reproche se orienta hacia la decisión consciente de infringir una norma de deber o de cuidado, por lo que resulta superflua la forma como se manifieste esta actitud de la voluntad; en el segundo caso, la falta de fidelidad al derecho se expresa con la creación de un riesgo desaprobado, consideración normativa que permite prescindir de la idea mecanicista que diferencia acción y omisión. Desde ambas perspectivas, todo delito en últimas se manifiesta como una omisión al cumplimiento de un deber.

5. OTROS ELEMENTOS DEL TIPO

Como quiera que el tipo penal debe describir la conducta reprochable de la manera más precisa, detallada y clara posible, se da por entendido que ello supone el empleo de una fórmula gramatical que contenga uno o varios verbos delimitadores de la conducta, uno o varios sujetos que la ejecuten, y algo sobre lo que recaiga la misma (oración completa con sujeto, verbo y predicado). De allí que ordinariamente se le asigna a los componentes

******ebook converter DEMO Watermarks*******

gramaticales de la descripción típica la calidad de “elementos” del tipo penal, situación que no es compartida unánimente hoy por la doctrina.

a. SUJETOS

Quien desarrolla, en todo o en parte, la conducta prohibida por el tipo penal se denomina *sujeto activo* de la conducta punible; de otra parte, el titular del bien jurídico tutelado (sea una persona individual, una colectividad o el ente estatal) se denomina *sujeto pasivo.*

b . OBJETO

La comprensión gramatical del tipo lleva a concluir que el *objeto* es el sustantivo contenido en el predicado de la oración, valga decir, aquello sobre lo que recae la conducta del sujeto activo. Si se aprecia en concreto el objeto, se le denomina *objeto material* (la cosa hurtada, el cuerpo materia del homicidio, etc.); en tanto que si se hace referencia a su abstracción jurídica, adquiere la connotación de *objeto jurídico* (patrimonio económico, vida humana individual, etc.).

c.CONDUCTA

La expresión gramatical de la conducta se hace a través de verbos, que pueden referirse de manera simple al objeto (matar a otro), o de manera compleja, cuando un verbo, por sí mismo, carece de sentido lógico suficiente para delimitar el comportamiento reprochable (inducir en error, acceder carnalmente, etc.).

Un tipo penal puede describir una sola hipótesis fáctica, o varias; en este

******ebook converter DEMO Watermarks*******

último caso, las distintas conductas pueden ser conjuntamente necesarias para la consumación del delito (tipo compuesto acumulativo), o independientemente suficientes para el mismo efecto (tipo compuesto alternativo).

d . INGREDIENTES NORMATIVOS SUBJETIVOS

Se denominan ingredientes normativos del tipo aquellas expresiones que requieren, para su adecuada comprensión, de un juicio valorativo referido a otras normas del ordenamiento jurídico o a un determinado contexto sociocultural o técnico científico; es subjetivo el ingrediente que especifica un motivo o estado de ánimo particular para que la conducta sea típica; se reconocen estos últimos por el empleo de expresiones tales como “con el ánimo de...”, “con el propósito de...”, etc.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA

Lección 14: Tipo subjetivo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. LA EVOLUCIÓN HACIA LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

En la época primitiva la responsabilidad que se atribuía al sujeto era objetiva, con independencia de su voluntad; pese a ello se reconocía una cierta graduación de la sanción cuando el delito era cometido voluntariamente y cuando existía causación involuntaria de un resultado{342}. De la edad antigua, se destaca que en el derecho penal romano (años 753 a. C. y 553 d. C.) se diferenció entre hechos dolosos y culposos. Durante la edad media (siglos v a xv), la Iglesia Católica aplicaba un derecho que tenía en cuenta la intención o el ánimo con el cual había actuado el delincuente; no obstante, conservó rasgos de la responsabilidad objetiva, al hacer extensivas las sanciones a terceros inocentes.

De la edad moderna (siglos XVI a XVIII), vale la pena resaltar la filosofía humanista propia de la Ilustración, que influyó notablemente en el derecho penal. Exponentes suyos, como Samuel Pufendorf en Alemania y Beccaria en Italia, sentaron las bases de lo que sería la Escuela clásica del derecho penal, que aparecería más tarde. Desde entonces se elaboró una estructura bipartita del delito que distinguía una parte externa y otra interna: *imputatio facti e imputatio iuris.*

En Italia la denominada "escuela clásica"{343}, vigente entre la segunda mitad del siglo xvII y la tercera parte del siglo xix, afirmó que la responsabilidad penal se basaba en el libre albedrío o facultad de autodeterminación del hombre frente al bien y el mal. Tal responsabilidad presuponía "el *conocimiento* previo de la existencia de una norma que prohibe y sanciona esa conducta; *previsión* de los efectos penales de la infracción legal; *libertad* de elegir entre los varios comportamientos posibles aquel que lo llevó a la comisión del delito y *voluntad* de obrar contra

******ebook converter DEMO Watermarks*******

derecho”[{344}].

En Alemania, Johann Anselm Ritter von Feuerbach, en su obra *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts,* publicada en 1799, propuso una estructura bipartita del delito, compuesta por tipo y culpabilidad. En el tipo incluyó el resultado de la acción, los elementos de la acción externa y los subjetivos que requiriera el tipo para considerar la acción antijurídica (como el *animus lucri faciendi* en el hurto). Este último aspecto es relevante, como quiera que este autor sostuvo que el objeto del derecho era el estudio de las acciones externas que contrariaban las normas jurídicas, y no los pensamientos o leyes internas que impulsaban al individuo a actuar, los cuales correspondían a la moral.

Federico Hegel, caracterizado como el “padre del concepto jurídico penal de acción”, cuya teoría tuvo vigencia aproximadamente entre los años 1840 y 1870, sostuvo que la acción se basaba en la libertad del hombre y en la voluntad. Consideró que un hecho era relevante penalmente cuando se exteriorizaba la voluntad de un sujeto: por ello la única acción que habría de considerarse era la dolosa. La voluntad contenía la representación de las circunstancias externas, por lo que solo podía imputarse como resultado lo que se encontraba en el dolo o la finalidad de la acción. agregaba que, si bien existen consecuencias necesarias que se vinculan a toda acción y deben imputarse, el dolo no exige que se prevean todas ellas: basta con conocer la naturaleza general de la propia acción[{345}].

Heinrich Luden, en el tomo 11 de su obra *Strafrechtliche Abhandlungen,* publicado en 1840, se contrapuso a la teoría hegeliana de la acción y formuló un nuevo concepto en el cual la finalidad, como realización de la voluntad dirigida de un modo consciente, ya no es lo relevante, sino el aspecto causal y el resultado, con lo cual el núcleo de la acción es el fenómeno externo. La voluntad no es un componente de la acción, sino de la culpabilidad. El dolo es entendido como una voluntad mala o un propósito malo que pertenece al

******ebook converter DEMO Watermarks*******

delito (que Luden llama "tipo penal general"), y no solo a algunos delitos como lo concibe Feuerbach. Con posterioridad, en su libro *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts* (1843), Luden subdivide el tipo penal en objetivo y subjetivo; aunque estos conceptos no corresponden a los que la doctrina adoptaría con posterioridad{346}.

Adolf Merkel, en su obra *Kriminalistische Abhandlungen,* publicada en 1867, y luego en su *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1889), eliminó la separación propuesta por Luden entre ilícito y culpabilidad. Consideró que era fenómeno natural todo aquello que no pudiera estar referido a la voluntad inteligible del hombre: no se puede prever lo imprevisible, ni evitar lo inevitable. No basta, según este autor, el aspecto objetivo, pues las fuerzas psíquicas son trascendentales: "si se tratara a la causalidad como algo independiente de la culpabilidad no se podría distinguir si alguien fue asesinado o si murió por el efecto de un ladrillo que cayó casualmente"{347}. Definió así la culpabilidad como causalidad contraria a la norma, y consideró el dolo y la imprudencia como presupuestos.

Rudolf VON Ihering, en su obra *Das Schulmoment im römischen Privatrecht,* publicada en 1867, criticó la concepción expuesta por Merkel y sostuvo que el delito estaba conformado por un ilícito puramente objetivo y una culpabilidad absolutamente subjetiva.

Dentro del *positivismo normativista alemán* debe destacarse el aporte realizado por Karl Binding con su obra *Die Normen und ihre Übertretung,* publicada entre 1872 y 1920. La doble función de las normas: de valoración y de determinación, en su orden, cumple también la tarea de desvalorar lo objetivo y lo subjetivo del hecho; primero la contradicción material con el fin de la norma, y luego el comportamiento de desobediencia del autor. En consecuencia, el objeto de la prohibición era la realización de la voluntad. La acción fue definida como causación del resultado a través de la realización de la voluntad (representada y querida), lo cual era objeto de desvaloración. En

******ebook converter DEMO Watermarks*******

su concepto, al ilícito solo pertenecen las acciones voluntarias y el resultado; mientras que en la culpabilidad se estudiaba si el autor actuó dolosa o culposamente y si era imputable{348}.

En el *positivismo naturalista alemán,* Maximilian von Buri y Ludwig von Bar , trabajaron en la teoría de la causalidad; Liszt y Beling construyeron sobre ella la teoría del delito.

En 1873, en su obra *Über Causalität und deren Verantwortung,* Buri consideró que la acción estaba dividida en un aspecto objetivo y otro subjetivo. Para la relación causal solo interesaba que las fuerzas corporales fueran puestas en movimiento de un modo voluntario; era indiferente si esa voluntad era consciente, o si correspondía a un sujeto inimputable. De esta manera Buri separó la relación causal de la culpabilidad.

Bar, en el tomo 11 de su obra *Gesetz und Schuld im Strafrecht,* publicada en 1907, consideró como núcleo central de la acción la causación de un resultado típico a través de una contracción muscular voluntaria. En su opinión, en el concepto de acción no se analiza la dirección de la voluntad o finalidad, de cuyo estudio se ocupa la culpabilidad; no obstante, también consideró que la separación entre nexo causal y elementos de la culpabilidad (dolo y culpa) no podía ser absoluta, pues el ser humano no es "un trozo de naturaleza inanimado", sino un ser pensante que domina el nexo causal a través del cálculo. De esta manera, pese a tratarse de un representante del pensamiento jurídico naturalista, Bar no sostuvo la separación del delito en aspectos puramente objetivos y subjetivos{349}.

Liszt y Beling , por su parte, entendieron que el delito era resultado de dos relaciones o nexos: uno *causal* (el injusto: lo objetivo) y otro *psicológico* (la culpabilidad: lo subjetivo){350}.

Hegler , M. E. Mayer y Mezger , adscritos al esquema neokantiano, señalaron que no era posible sostener que todos los elementos objetivos se encontraban en la antijuridicidad y los subjetivos en la culpabilidad; si el tipo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

era la descripción de lo que se consideraba socialmente dañoso, y para ello se requería de determinados elementos subjetivos, éstos debían quedar incluidos en el tipo, sin que ello afectara el carácter prevalentemente objetivo de la tipicidad y de la antijuridicidad{351}. La introducción de elementos subjetivos en la tipicidad y el concepto normativo de la culpabilidad fueron las bases que permitieron elaborar el esquema finalista del delito.

La teoría final de acción fue expuesta en forma estelar por Hans Welzel , quien consideró que la acción humana era ejercicio de actividad final, no meramente causal{352} . Destacó este que no podía desconocerse que el dolo era una especie de la voluntad final de realización de una acción y, por ende, formaba parte de ella. De esta manera la acción se componía tanto de elementos objetivos (externos) como de subjetivos (anímicos). La exclusión del dolo del tipo y su desplazamiento a la culpabilidad desgarraba la unidad interna del tipo objetivo y subjetivo{353}. En cuanto a los delitos culposos, afirmó Welzel que también se basaban en la acción humana: "la voluntad que, partiendo del fin, selecciona los medios de la acción, necesarios para la consecución del mismo, tiene que atender también en la selección y utilización de los medios a las consecuencias que éstos puedan producir, junto al fin o en su lugar. En este punto interviene el ordenamiento jurídico y *ordena* que en la realización de toda acción que pueda tener como consecuencia (no querida) la lesión de un bien jurídico, se observe 'el cuidado necesario en el tráfico' para evitar dichas consecuencias"{354}.

No pueden dejar de mencionarse los efectos que ha tenido la teoría de la imputación objetiva en el tipo subjetivo. Mientras que durante el auge del finalismo éste fue prevalente, con la mencionada teoría se desplazó la atención al tipo objetivo. El principal objeto de análisis en el tipo, según la imputación objetiva, es si existió creación o aumento de un riesgo no permitido, y si éste se realizó en un resultado jurídico-penalmente relevante, considerando el nexo causal basado en la teoría de la equivalencia de las

******ebook converter DEMO Watermarks*******

condiciones, sin atender al dolo. Pese a lo anterior, esta teoría no ha podido prescindir de algunos presupuestos subjetivos en la categoría de creación o aumento del riesgo permitido, como son los conocimientos generales y especiales del autor sobre las circunstancias que crean o aumentan el riesgo y, de acuerdo con ellos, la posibilidad de prever o representarse su realización. De otra parte, la imputación objetiva ha normativizado el tipo subjetivo, al incluir baremos o criterios objetivos externos en el dolo y la culpa, como se verá.

Señala Roxin {355}, con razón, que la opinión dogmática reciente se mueve aún entre los esquemas neoclásicos y finalistas. No obstante, la mayoría de autores se esfuerzan por lograr una síntesis, que se caracteriza por rechazar la teoría final de la acción, pero asumiendo el traslado del dolo y la culpa al tipo subjetivo.

Según Schünemann , en lo que entiende será el "futuro desarrollo del sistema de Derecho Penal", se partirá de dos planos valorativos independientes: una desvalorización objetiva específicamente penal del hecho, y otra de la responsabilidad individual del autor. La primera configurará la categoría de *injusto* y la segunda la de *responsabilidad*{356}; la relación psíquica del autor con su hecho será relevante tanto en el injusto como en la responsabilidad{357}. Lo cierto es que, por lo pronto, la actual teoría jurídico penal del injusto admite tanto elementos objetivos como subjetivos. El injusto, como conducta desvalorada por contrariar las normas de valoración y de determinación, está conformado por el desvalor de resultado (realización de un riesgo no permitido en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), y por el desvalor de acción, que exige establecer si la conducta activa u omisiva, que creó o aumentó el riesgo jurídicamente desaprobado, fue dolosa o imprudente{358}.

II . COMPONENTES DEL TIPO SUBJETIVO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Una vez reconocidos los elementos subjetivos del tipo, se ha impuesto en la doctrina contemporánea la separación entre tipo objetivo y tipo subjetivo. No obstante, como bien lo señala Roxin , "hay que tener claro que la acción típica constituye una unidad de factores internos y externos, que no se puede romper; pero sí que se pueden tener presentes sus momentos particulares (tanto objetivos como subjetivos) en sus peculiaridades"{359}.

En el tipo subjetivo se examina la disposición "subjetiva" de quien emprendió una acción o de quien incurrió en la omisión de cumplir con un deber que le correspondía, creando o aumentando un riesgo jurídicamente desaprobado, a causa del cual lesionó o puso en peligro un bien jurídico{360}.

La doctrina mayoritaria ha afirmado que el tipo subjetivo está compuesto por dolo e imprudencia o culpa; no se incluye la preterintención por contener los dos anteriores. A ellos se adicionan los ingredientes subjetivos del tipo a que se refieren las normas de la parte especial del Código Penal. Al estudio de tales componentes del tipo subjetivo nos referiremos a continuación.

A . DOLO

I . CONCEPTO EVOLUCIÓN

Una vez expuestos los antecedentes relativos a la admisión de elementos subjetivos en el tipo y la ubicación del dolo en éste a partir del finalismo, es preciso referirse en concreto a la evolución del concepto de dolo. Por lo pronto, debe decirse que la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que *existe dolo cuando se realiza una conducta activa u omisiva con conocimiento y voluntad.* Las dificultades teóricas, históricamente, se han presentado al concretar el contenido del conocimiento y la voluntad, como se verá.

En el derecho germano debe destacarse la doctrina del *dolus indirectus,*

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sostenida durante el siglo XVII por Benedikt Carpitallicus y Carpzov ; de acuerdo con ella, la vinculación del resultado a la intención y a la voluntad surgía del hecho de que el autor consideró probable, pudo considerar, o por lo menos debió haber pensado en lo que iba a suceder{361}.

A finales del siglo XVIII Feuerbach criticó la teoría del *dolus indirectus* por atribuir al sujeto resultados que él nunca quiso, y a partir de esta postura fueron planteadas las primeras teorías que explican el dolo con fundamento en la subjetividad del autor. Tales posturas doctrinales pueden ser agrupadas en la teoría de la voluntad y la *teoría de la representación*, que coinciden no solo en asumir el dolo como algo psicológico, sino en ubicarlo en la culpabilidad{362}.

La teoría de la voluntad tomó cuerpo entre finales del siglo XVIII y principios del XIX, cuando se consolidaron las ideas del dolo como intención psicológica. Fueron exponentes suyos Mittermaier , Robert von Hippel , Mezger , Mayer y Jiménez de Asúa , entre otros. Esta teoría partió del concepto de que el dolo equivalía a conocer y querer la realización de una conducta típica, pero ampliaron el "querer" a aquellos resultados que no fueron directamente queridos pero respecto de los cuales hubo una "especial relación emocional", que pudo consistir en aprobarlos, consentirlos o estar de acuerdo con ellos. Esta prevalencia del elemento de la voluntad doctrinalmente se conoce como *teoría de la voluntad, teoría del consentimiento* o *teoría de la aprobación*{363}. Las más importantes implicaciones de esta teoría, y también las críticas, se han dirigido al concepto de dolo eventual para diferenciarlo de la culpa consciente.

La teoría de la representación, sin eliminar el conocimiento y la voluntad en el concepto de dolo, da mayor importancia a aquél y no a ésta, cuando afirma que el sujeto actúa con dolo cuando, sin querer propiamente la realización de un resultado, ha actuado habiéndose representado que éste podía acaecer. La voluntad es entendida como un elemento referido a la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

acción, sin que sea necesario que se extienda hasta el resultado. Entre los doctrinantes que defendieron esta teoría se encuentran Frank , Liszt , Schmidt , Schónke , Shróder , Konrad Hagen , Lucas , Lóffler , Lacmann y Grossmann .

Las diferentes posturas planteadas en esta última teoría se centraron en concretar el nivel de representación que era necesario para considerar que una conducta era dolosa. La más difundida fue la *teoría de la probabilidad*, que resolvería los límites entre el dolo eventual y la culpa consciente; no obstante, fue criticada por la indeterminación de lo que era "probable", como se explicará más adelante.

Durante el siglo XIX y hasta 1950, dentro de la *teoría de la representación* se presentaron otros planteamientos doctrinales que pueden agruparse en las teorías objetivas y las teorías *de la posibilidad*. De acuerdo con las primeras, para afirmar si había un peligro que fundamentara el dolo lo determinante no era la opinión subjetiva del autor sino, según Hauser y Klee , "el juicio general por medio de la ciencia y la experiencia"{364}. De acuerdo con las segundas, para la afirmación del dolo era suficiente con que el sujeto se hubiera representado la posibilidad de la realización típica y hubiera actuado siendo consciente de ello, tal como lo planteó Schróder .

Karl Engisch, en su obra *Untersuchungen über Vorsatz und FahrLassigkeit im Strafrecht*, publicada en 1930, rechazó las teorías de la posibilidad y las teorías objetivas; propuso incluir el elemento de la *indiferencia*, según el cual habría dolo cuando la realización del tipo resultara indiferente al sujeto{365}. Pero su postura fue criticada por negar el elemento volitivo del dolo, para entonces imprescindible, pues era una forma de la culpabilidad, que era entendida como *nexo psicológico* entre el hecho y su autor.

Las teorías expuestas hasta aquí fueron planteadas dentro del positivismo naturalista y el neokantismo, conocidos también como esquemas causalistas,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

que se caracterizaron no solo por ubicar el dolo en la culpabilidad, sino por concebirlo como *dolus malus,* esto es, que se exigía tanto el conocimiento y la voluntad del aspecto objetivo de la tipicidad como el de la antijuridicidad (conciencia de su prohibición).

A partir de una sentencia proferida en 1955 por el Tribunal Supremo alemán (BGH), en la cual se resolvió el denominado "Caso de la correa de cuero" (*Lederriemenfall*)[{366}], fue reformulado en Alemania el contenido del elemento volitivo del dolo y señaladas pautas para la configuración del elemento cognitivo. Este pronunciamiento coincidió con el auge del finalismo, y desde entonces se han ido unificando las teorías doctrinales, aunque aún existen algunas divergencias.

Las coincidencias doctrinales se centran en que el dolo se fundamenta en dos elementos: uno intelectivo o cognitivo, consistente en que el sujeto haya previsto que puede realizar un tipo penal con su conducta, esto es, que se haya representado un grado de riesgo en la realización del tipo y que esa representación se refiriera concretamente al comportamiento que se llevaba a cabo; y otro elemento emocional-volitivo, consistente en que el individuo acepte, se resigne o se conforme con dicha realización.

Las divergencias en la doctrina recientemente se han expuesto por Jakobs , Rolf D. Herzberg e Ingeborg Puppe , quienes coinciden en eliminar el aspecto volitivo-emocional del dolo[{367}]. Jakobs deja la voluntad o el querer en la acción, y define el dolo como el conocimiento de la acción junto con sus consecuencias[{368}]. Herzberg afirma que el riesgo creado y advertido por el sujeto de que con su conducta producirá un resultado típico no puede depender solo de las representaciones del sujeto, sino también de la calidad objetiva del mismo. Puppe propone que no se deje en manos del sujeto la valoración de la situación objetiva de riesgo, sino que sea el derecho el que decida sobre la relevancia jurídica del peligro de realización del tipo, del cual es consciente el autor. En lo que coinciden estas últimas teorías es en exigir

******ebook converter DEMO Watermarks*******

que el sujeto cuente con conocimientos sobre el riesgo creado.

A partir del finalismo se ha sostenido que el objeto del dolo es la realización del tipo objetivo. Se trata de un *dolo natural* o avalorado, que requiere tan solo el conocer y el querer la realización del tipo de injusto correspondiente{369}, sin que sea necesario advertir que la realización es antijurídica; es decir que no se incluye la conciencia de la antijuridicidad, como se concibió en el *dolus malus* del causalismo.

A manera de síntesis y de acuerdo con lo expuesto puede decirse que dolo *es conocer que con la propia conducta, activa u omisiva, es probable que se incurra en hechos constitutivos de una infracción penal, y con todo y ello querer o aceptar la realización de la conducta*.

2. ELEMENTOS

Como ya ha sido expuesto, se habla generalmente de dos elementos: uno *cognoscitivo-intelectivo* y otro *volitivo.*

El *elemento cognoscitivo* implica el conocimiento por parte del sujeto de que con su conducta activa u omisiva probablemente incurrirá en hechos que constituyen una infracción penal. Tal conocimiento debe cobijar no solo los elementos del tipo objetivo, sino su significación{370}. Estos elementos hacen referencia, principalmente, a la cualificación del sujeto activo, al sujeto pasivo, el objeto material, la conducta, los ingredientes subjetivos y normativos del tipo, y las circunstancias tanto de agravación como de atenuación; además de los presupuestos de la imputación objetiva (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, exceso de límites de un riesgo permitido, relación causal y realización del riesgo){371}.

Para establecer qué grado de conocimiento ha de tener el sujeto se debe acudir al que tendría un hombre medio con su nivel socio-cultural: "valoración paralela en la esfera del lego o del profano"{372}. , en cuanto a la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

clase de conocimiento que se requiere, debe señalarse que debe ser *efectivo y actual*[{373}].

El *elemento volitivo*, cuya existencia ha sido discutida por una parte de la doctrina, como ya se vio, consiste básicamente en que el sujeto "quiera", "acepte" o se "decida" a realizar la conducta, de acción o de omisión, que con probabilidad traiga como consecuencia el acaecimiento de unos hechos constitutivos de infracción penal.

3 . CLASES

En la doctrina han sido propuestas diversas clasificaciones del dolo[{374}]; no obstante, la más importante es aquella que se ha hecho a partir del elemento volitivo, que también ha sido cuestionada[{375}]. Desde esta perspectiva se habla de:

Intención o dolo directo de primer grado; b. Dolo directo de segundo grado, indirecto o de consecuencias necesarias; y c. Dolo eventual o condicionado.

a . INTENCIÓN O DOLO DIRECTO DE PRIMER GRADO

Se caracteriza porque la realización de los hechos constitutivos de infracción penal es la meta de la conducta. El sujeto persigue directamente la acción u omisión típica (en los delitos de peligro), el resultado previsto en el tipo, o ambas cosas. Prevalece el elemento volitivo sobre el cognoscitivo, pues para que se estructure es indiferente que el sujeto se haya representado o no el resultado típico; basta con que lo haya querido y haya ordenado su comportamiento de una forma tal que le permitiera obtenerlo[{376}].

******ebook converter DEMO Watermarks*******

b . DOLO DIRECTO DE SEGUNDO GRADO, INDIRECTO O DE CONSECUENCIAS NECESARIAS

En este evento el sujeto está seguro o casi seguro que su conducta activa u omisiva traerá consigo unas consecuencias que están previstas como infracción penal, porque se presentan como inevitables; incluso le pueden parecer desagradables o puede no desearlas, pero esta disposición anímica no es relevante, porque predomina el aspecto intelectivo o cognoscitivo sobre el volitivo.

Como bien lo ejemplifica Stratenwerth , el que coloca una bomba en el avión en que viaja un político con el objeto de asesinarlo obra con dolo directo de homicidio también con respecto a los acompañantes de la víctima. Incluso cuando lamente tales muertes, o se represente como posible que la bomba será descubierta antes de la explosión, o que fallará, la muerte de los acompañantes se le imputará a título de dolo directo de segundo grado, porque se conecta necesariamente con el atentado tenido en miras{377}.

c. DOLO EVENTUAL O CONDICIONADO

El sujeto se representa como probable que con su conducta activa u omisiva se produzcan los hechos constitutivos de una infracción penal y, no obstante ello, no evita su acaecimiento. Para establecer si el autor se representó tal probabilidad debe analizarse tanto la creación o incremento del riesgo a que dio lugar la conducta como los conocimientos que tenía el autor *ex ante*.

La diferencia entre estas formas de dolo puede explicarse adecuando un ejemplo que traen Maurach y Zipf respecto del acceso carnal con una persona menor de catorce años, que en el Código Penal colombiano es conducta constitutiva de delito (arts. 208 C. P. 2000 y 303 C. P. 1980): si al autor le interesa precisamente consumar la relación sexual con una mujer tan joven,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

actúa con intención o dolo directo de primer grado. Si sabe positivamente que la mujer con la que consuma dicha relación tiene trece años de edad, sin que sea la edad la que lo induzca, actúa con dolo directo de segundo grado. Si, en cambio, no sabe exactamente la edad de la doncella, pero calcula que según su apariencia exterior ella puede ser menor de catorce años, entonces tiene por seriamente posible la realización típica y se contenta con ella: actúa entonces con dolo eventual{378}.

4.DIFERENCIAS ENTRE DOLO EVENTUAL CULPA O IMPRUDENCIA CONSCIENTE

Tanto en el dolo eventual como en la culpa o imprudencia consciente el sujeto se representa como posible el acaecimiento de los hechos constitutivos de infracción penal, y en ninguno de los casos "quiere" que ello ocurra. Es en este punto en el cual se presentan las más importantes consecuencias de las *teorías de la voluntad o consentimiento* y *de la representación* para diferenciar el dolo eventual de la culpa o imprudencia consciente.

a . TEORÍA DE LA VOLUNTAD, DEL CONSENTIMIENTO O DE LA APROBACIÓN

Pese a su origen causalista, sus presupuestos son aceptados actualmente por la doctrina mayoritaria. De acuerdo con ella, lo que distingue el dolo eventual de la culpa consciente es que en el primero el autor aprueba o presta su consentimiento frente a la posibilidad de que con su conducta se generen los hechos descritos como infracción penal. Para expresar esta idea se acude a un juicio hipotético que formulara Robert Von Hippel : "¿cómo se habría comportado el autor si hubiese sabido con seguridad que con el resultado

******ebook converter DEMO Watermarks*******

perseguido se produce necesariamente el resultado antijurídico? Si, a pesar de ello, hubiese actuado [...] *existe dolus eventualis;* en caso contrario, imprudencia consciente"{379}.

Obsérvese que el elemento volitivo en el dolo eventual, que marca la diferencia con la culpa consciente, no es propiamente el "querer", sino el "consentir" en la posibilidad del resultado, aprobándolo. Justamente en este aspecto radica la crítica que se formula contra esta teoría: se exige probar un hecho hipotético, que no ha sucedido en realidad, se deja en manos del funcionario judicial plantearse algo que el agente no se planteó: "si, imaginado el resultado como seguro, habría o no actuado". Es esto derecho de autor y no derecho penal de hecho{380}.

b . TEORÍA DE LA REPRESENTACIÓN -PROBABILIDAD-

Según esta, lo decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor. Habrá dolo eventual cuando el autor advirtió una gran probabilidad de que se produjese el resultado; por el contrario, será culpa consciente cuando la posibilidad reconocida por el autor fue vista como muy lejana. Lo trascendente es el haber querido la conducta, pese a conocer el peligro inherente a ella. La dificultad de esta teoría es cuantificar los porcentajes de posibilidades -30%, 80%...- e identificar la razón para elegir a partir de cuál de ellos es dolo eventual y hasta dónde es culpa consciente.

Lo que separa las teorías de la voluntad y de la representación es que ésta no enfrenta al sujeto con el resultado sino con la situación peligrosa: la primera, en cambio, va más allá de la situación peligrosa y confronta al delincuente con el resultado, imaginándolo como efectivamente acaecido{381}.

c. TEORÍAS ECLÉCTICAS{382}

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Se caracterizan por combinar la consciencia de la peligrosidad de la conducta *-representación-* con un elemento volitivo. Algunos autores han considerado que para el dolo eventual basta con que el sujeto "tome en serio" la posibilidad de que, con su conducta, puede dar lugar al acaecimiento de hechos constitutivos de infracción penal y "se conforme" con tal posibilidad; que, aunque le resulte desagradable, ello no lo haga desistir de su conducta. Desde esta perspectiva, habría culpa consciente cuando el sujeto, a pesar de plantearse la posibilidad de dar lugar con su conducta a los hechos constitutivos de infracción penal, "confía" en que no se producirán{383}.

Otros doctrinantes han propuesto eliminar el elemento volitivo del dolo eventual, pues quien "toma en serio" la probabilidad de que la conducta produzca los hechos constitutivos de infracción penal, y sin embargo incurre en la acción u omisión, está aceptando esa probabilidad y, por ende, los hechos a que da lugar{384}.

5.LEGISLACIÓN COLOMBIANA

a . CÓDIGO PENAL DE 1980

De acuerdo con lo señalado en la normatividad y de manera descriptiva, remitiéndonos a los conceptos que han sido expuestos, podemos decir que en este Código el dolo estaba previsto como una "forma de culpabilidad" (art. 35), siguiendo un esquema causalista{385}.

Al tenor del artículo 36, "la conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización; lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible".

Se concluye del texto citado que el conocimiento del hecho punible implicaba el de la antijuridicidad *(dolus malus),* además de los hechos

******ebook converter DEMO Watermarks*******

descritos en el tipo.

Las expresiones "conoce" y "quiere" reflejan que el dolo debía ser efectivo y actual.

Así mismo, fueron regulados el dolo directo y el dolo eventual. De acuerdo con la última parte del artículo 36, para el dolo eventual prevalecía la "teoría de la voluntad o del consentimiento"{386}.

b . CÓDIGO PENAL DE 2000

El dolo fue regulado dentro del capítulo relativo a la conducta punible, y el artículo 21 lo incluyó dentro de las modalidades de la conducta.

El artículo 22, por su parte, señala:

> La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

De las normas citadas puede concluirse lo siguiente:

El dolo no es ya una forma de culpabilidad, sino una modalidad de la conducta, con lo cual fue trasladado al tipo de injusto.

— El conocimiento que se exige para el dolo versa sobre los hechos constitutivos de la infracción penal, con lo cual queda excluido el conocimiento de la antijuridicidad; se trata de un *dolo natural o avalorado*.

— En la primera parte de la norma fueron recogidas las modalidades de dolo directo de primer y segundo grado.

— El "conocimiento" y el "querer" versan sobre "los hechos constitutivos de la infracción penal", con lo cual quedan incluidos todos los elementos del tipo objetivo.

— Las expresiones "conoce" y "quiere", a que alude la norma al regular el dolo directo, expresan que éste debe ser efectivo y actual.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

— En el dolo eventual se adopta la *teoría de la probabilidad* y se prescinde del "querer, aceptar, o conformarse", que son característicos de las conductas dolosas. Se incluye la "no evitación", cuando se refiere la norma al dejar la producción "librada al azar", lo cual implica la no intervención del agente{387}.

B. OTROS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO O DEL INJUSTO{388}

En ocasiones en la descripción del tipo se incluyen expresiones como las siguientes: el "propósito de obtener provecho" en el hurto (arts. 239 C. P. 2000 y 349 C. P. 1980); o "para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato" en la intervención en política (art. 422 C. P. 2000). Estas expresiones son conocidas como elementos subjetivos del tipo o del injusto, son aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos del dolo, que el tipo prevé para su realización{389}. Consisten básicamente en tendencias o motivos que el legislador exige en algunos casos.

La importancia de estos elementos radica en que deben estar presentes para que la conducta se adecue al tipo penal. Así, en el caso del hurto no basta con conocer y querer apoderarse de una cosa que se sabe es ajena (dolo); es preciso que se realice con el "propósito de obtener provecho". En caso de estar ausente este elemento subjetivo, la conducta no se adecuará a tal delito por atipicidad relativa.

C . IMPRUDENCIA O CULPA

I . CONCEPTO EVOLUCIÓN

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Para el causalismo naturalista o positivismo la culpa era una forma de culpabilidad; ésta, a su vez, era concebida como una *conexión psicológica* del hecho objetivo con la cabeza de su autor (*concepción psicológica de la culpabilidad*). Sus críticos encontraron que, mientras en la culpa consciente había representación del resultado, ésta se encontraba ausente en la culpa inconsciente; de allí que hayan propuesto excluirla del derecho penal, por falta de culpabilidad.

Para superar la teoría psicológica, Exner y Engish contribuyeron a elaborar una *teoría normativa de la culpabilidad.* Exner justificó la punibilidad de la culpa en la ausencia del sentimiento de *cuidado necesario* para evitar que se dañaran las personas o los bienes, lo cual era una exigencia de la vida social. Tal "cuidado", que se consideró era de carácter objetivo-valorativo, no debía formar parte de la culpabilidad sino de la antijuridicidad{390}.

Engisch , en 1930, planteó que la imprudencia fuera trasladada al injusto, pues *no puede ser antijurídica una conducta ajustada a la norma de cuidado.* El fundamento de ello fue el sentido de la acción dentro de la vida social. Para la evolución y el normal desarrollo de la sociedad era preciso que se permitieran determinados riesgos. Consecuencia de lo anterior era que las actividades enmarcadas dentro de los riesgos permitidos no podían ser consideradas antijurídicas (ej., conducir vehículos, aeronaves, etc.).

Con posterioridad, Welsel desarrolló el punto de partida expuesto por Engisch. Actualmente la doctrina respalda las mencionadas propuestas y distingue en la imprudencia o culpa entre: el *aspecto objetivo-normativo,* representado por la infracción del "deber objetivo de cuidado exigible", que se analiza en la antijuridicidad, y el *aspecto individual*, que atiende al poder individual del sujeto de "observar el cuidado debido", que es objeto de estudio en la culpabilidad{391}.

Puede decirse entonces que *es culposa la conducta que produce un*

******ebook converter DEMO Watermarks*******

resultado que era previsible para el autor, a causa de la infracción del deber objetivo de cuidado que le correspondía en esa situación y de acuerdo con sus conocimientos{392}.

2. ELEMENTOS

Aunque el tipo culposo, al igual que el doloso, presenta un aspecto objetivo y otro subjetivo, la doctrina no acostumbra a dividir su estudio en tipo objetivo y subjetivo; las razones de ello son, de una parte, que los elementos descriptivos y normativos de los tipos imprudentes difieren de los dolosos; y de otra, que la voluntad de realización de la conducta por parte del sujeto no se dirige a un resultado jurídico-penalmente relevante{393}.

El *aspecto objetivo de los tipos culposos o imprudentes* está conformado, además de los elementos previstos en la descripción típica, por la infracción a un *deber objetivo de cuidado* y, según la mayoría de la doctrina, también por el resultado{394}.

a. Como quedó establecido en el tema de "imputación objetiva", el *deber objetivo de cuidado* es un concepto normativo. Tales deberes surgen de las siguientes tres fuentes: las "reglas de cuidado" previstas en leyes, normas de carácter administrativo (Código de Minas, Código Nacional de Tránsito, etc.), normas técnicas o procedimientos que rigen determinadas profesiones *(lex artis);* del *principio de confianza*{395}; y de las normas de cuidado que le son exigibles a un hombre diligente y prudente en la situación concreta del autor, tomando en cuenta, *ex ante*, sus conocimientos, su situación personal, psicológica, cultural, etc.{396}.

Debe señalarse que el núcleo del tipo de injusto en el delito imprudente es la divergencia entre la acción realmente realizada y aquella a la cual debió procederse, en virtud del deber objetivo de cuidado que le era preciso observar al sujeto, en la situación concreta{397}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Respecto de la *infracción del deber objetivo de cuidado,* han de distinguirse dos momentos: el "objetivo-intelectual o cognoscitivo" y el "objetivo-conductual o fáctico"{398}. En el primero, de acuerdo con el *criterio de adecuación,* se examina qué procesos eran previsibles *ex ante* y los cuidados que debía adoptar el sujeto para evitar el resultado, partiendo también de sus conocimientos especiales y de las circunstancias que rodearon los hechos. Esta exigencia surge del deber que tienen las personas en el medio social de actuar en forma prudente, lo cual incluye el de advertir la presencia de un peligro en su gravedad aproximada{399}.

El "momento objetivo-conductual o fáctico" conduce a examinar la *teoría del riesgo permitido* en el caso concreto. El sujeto debe valorar, dentro de las actividades peligrosas permitidas, qué conductas suyas pueden generar resultados que constituyen infracción penal, ante lo cual bien puede desistir de ellas o, ajustarlas a las normas de cuidado que sean exigibles. Como consecuencia de lo anterior surgen los siguientes deberes objetivos de cuidado: *el deber de omitir acciones peligrosas* cuando le falta preparación técnica para cierta actividad que la requiere (impericia), por ejemplo, la conducción de vehículos automotores; *el deber de preparación e información previa* antes de emprender una acción peligrosa, como, por ejemplo, en el caso de los médicos, practicar exámenes de laboratorio o de resistencia antes de una intervención quirúrgica; y el *deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas*, que impone la prudencia aún en ejecución de actividades dentro del riesgo permitido.

b. En el *aspecto subjetivo* de los tipos culposos o imprudentes deben analizarse los siguientes tres aspectos: el *volitivo*, para establecer que el sujeto iba a realizar una conducta final que no estaba dirigida a ocasionar hechos constitutivos de infracción penal; el *intelectivo o cognoscitivo,* para concretar la objetiva "previsibilidad, representación o recognoscibilidad" por parte del sujeto de que, a partir de su infracción al deber objetivo de cuidado,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

se podría generar un resultado jurídico-penalmente relevante; en éste *item* deben ser considerados no solo los elementos correspondientes al aspecto objetivo del tipo imprudente, sino la capacidad física, cultural y psíquica del autor, *ex ante,* para reconocerlos{400}; y, por último, la actitud del sujeto frente a ese resultado que se representó: si era de *confianza* en que no sucedería, o en que era lejana su posibilidad, habrá culpa con representación; en caso contrario, dolo eventual, como ya se analizó. El análisis de este último aspecto es irrelevante para la culpa inconsciente.

3 . CLASES

Doctrinalmente se ha clasificado la imprudencia, de una parte, considerando la *previsibilidad, representatividad* o *recognoscibilidad* del resultado, que surge de su aspecto subjetivo (culpa consciente-culpa inconsciente). De otra, desde su aspecto objetivo, partiendo del concepto de *deber objetivo de cuidado* (imprudencia temeraria-imprudencia o negligencia simple).

a . CULPA CONSCIENTE-CULPA INCONSCIENTE

En la *culpa consciente (luxuria)* el sujeto se representa la posibilidad del resultado constitutivo de infracción penal pero, por la infravaloración del grado del peligro, la sobrevaloración de sus propias fuerzas o la simple confianza en su buena suerte considera que aquel no se realizará{401}.

En la *culpa inconsciente (negligentia)* el sujeto al realizar su conducta ni siquiera prevé la posibilidad del resultado; no advierte el peligro que un hombre prudente y diligente en su lugar hubiera percibido{402} .

b . IMPRUDENCIA TEMERARIA E IMPRUDENCIA

******ebook converter DEMO Watermarks*******

O NEGLIGENCIA SIMPLE

En estos casos se atiende a la gravedad de la infracción de la norma objetiva de cuidado.

La *imprudencia temeraria* es la modalidad más grave y se equipara a la *culpa grave* o *lata* del derecho civil. Consiste en no tener ni siquiera el cuidado que las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear. Puede presentarse frente a la culpa consciente o inconsciente.

La imprudencia o negligencia simple se caracteriza por la falta de la diligencia y cuidado mediano u ordinario.

4 . LEGISLACIÓN COLOMBIANA

a . CÓDIGO PENAL DE 1980

La culpa estaba regulada en el capítulo de la culpabilidad y era una de sus formas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35. Puede decirse entonces que dicho Código, en este aspecto, adoptó el sistema propuesto por las escuelas causalistas.

El artículo 37 establecía que "la conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando, habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

De manera congruente con la "concepción psicológica de la culpabilidad", propia de los esquemas causalistas, fueron reguladas la culpa consciente e inconsciente, atendiendo a la "previsibilidad" del resultado y a la "actitud" de confianza del agente respecto a que podría evitarlo (sobrevaloración de las propias fuerzas), cuando se trataba de la culpa consciente.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Se previó un *numerus clausus* para estos eventos en el artículo 39, es decir que las conductas culposas solo eran punibles en los casos expresamente determinados en la ley.

b . CÓDIGO PENAL DE 2000

La culpa fue regulada dentro del capítulo correspondiente a la conducta punible e incluida dentro de sus modalidades (art. 21), con lo cual fue trasladada de la culpabilidad al injusto. También fue prevista como *numerus clausus*.

El artículo 23 señala que "la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

Atendiendo el texto de la norma citada puede comentarse lo siguiente:

— Se acogió el "concepto normativo" de la culpa, al haber incorporado la "infracción al deber objetivo de cuidado".

— Fueron incluidos en la norma tres de los elementos del aspecto objetivo del tipo culposo: infracción del deber objetivo de cuidado, relación de causalidad o determinación, y realización del riesgo en el resultado; como se desprende de la frase "el resultado típico es producto de...".

— Se tuvieron en cuenta elementos del aspecto subjetivo, como son la "previsibilidad o representatividad" del resultado y la "confianza" en evitarlo, cuando se trata de la culpa consciente o con representación.

— La expresión "por ser previsible" incluye un elemento objetivo-normativo para los casos de culpa inconsciente. Dependerá de lo que "sea previsible", para lo cual podrá tomarse como baremo lo recognoscible para un hombre medio, no exclusivamente para el autor.

— Se mantuvo la clasificación de culpa consciente y culpa inconsciente.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

D. PRETERINTENCIÓN

I. NATURALEZA CONCEPTO

El delito preterintencional tiene un tipo subjetivo "compuesto". De una parte, incorpora los hechos constitutivos de infracción penal resultado de una conducta dolosa; y de otra, los que acaecen como consecuencia de una conducta imprudente o culposa. En legislaciones como la española y la alemana no se encuentran regulados, por cuanto que las diversas hipótesis pueden ser resueltas por la vía del concurso de tipos penales{403}.

En cuanto a su estructura, es importante señalar que el tipo básico que forma parte de él constituye en sí mismo un tipo doloso independiente. , como anota Jescheck , "el hecho básico doloso encierra también siempre, como delito de lesión, una infracción del cuidado debido en cuanto a la evitación de la especial consecuencia. Por eso, la imprudencia requerida consiste aquí *únicamente* en la *previsibilidad de la consecuencia más grave* [...] el resultado tiene que haber sido *previsible asimismo para el autor* según sus facultades personales"{404}.

Podría decirse entonces que el delito será preterintencional cuando *el autor quiere realizar una conducta que da lugar a unos hechos constitutivos de infracción penal, pero cuyo resultado, siendo previsible, es diferente al querido*{405}.

2.REQUISITOS

Teniendo en cuenta tanto la estructura dolo-imprudencia del tipo preterintencional como la doctrina{406} puede decirse que sus requisitos son los siguientes:

******ebook converter DEMO Watermarks*******

— Que el tipo preterintencional se encuentre regulado como tal en la parte especial del Código Penal.

— Que pueda imputarse objetivamente el resultado que excedió la intención (relación de causalidad y realización del riesgo en el resultado).

— Que haya identidad de objeto material entre aquel hacia el cual se dirigió la conducta y aquel sobre el cual recayó el resultado excesivo.

— Que exista dolo de realizar una conducta que, con probabilidad, acarree hechos constitutivos de infracción penal.

— Que el resultado sea excesivo frente al que se perseguía con la conducta dolosa.

— Que el resultado sea previsible, de acuerdo con los criterios señalados para la conducta imprudente.

3.LEGISLACIÓN COLOMBIANA

a . CÓDIGO PENAL DE 1980

Fue prevista la preterintención como una forma de la culpabilidad, siguiendo el esquema causalista (art. 35).

El artículo 38 establecía que “la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”.

Al tenor del artículo 39, la preterintención fue regulada como *numerus clausus*. De hecho, el único delito preterintencional tipificado en la parte especial del Código fue el homicidio (art. 325).

La estructura de la conducta preterintencional recogía, de una parte, el comportamiento doloso, como surge de su referencia a la “intención”; y de otra, el culposo, como se desprende de la exigencia de previsibilidad del resultado.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

b . CÓDIGO PENAL DE 2000

La preterintención es una de las modalidades de la conducta, según lo establece el artículo 21, con lo cual se desplaza del ámbito de la culpabilidad al del injusto. Así mismo, fue regulada como *numerus clausus.* Por lo demás, la redacción de la norma se mantuvo idéntica a la del Código de 1980.

La innovación en la parte especial del Código es que, a más del homicidio preterintencional (art. 105), fue previsto el parto o aborto preterintencional (art. Ii8).

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

Lección 15: Aspecto negativo de la tipicidad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. EL ERROR DE TIPO

El error es la creencia equivocada o juicio falso de que algo es real o verdadero; es la no coincidencia entre el mundo ideal y el real, entre lo que se piensa que es y lo que en realidad es.

Si el dolo es conciencia y voluntad de realizar el injusto típico, en su parte objetiva, el mismo no concurre cuando hay falta tanto del conocimiento de los elementos del tipo como de la voluntad de su realización. La ausencia del elemento intelectivo puede darse por una total ignorancia o un conocimiento defectuoso, es decir, erróneo o equivocado de alguno o todos los elementos del tipo; error que determina la ausencia de dolo y, por tanto, de la parte subjetiva del tipo. Este es el error de tipo.

También puede darse el error sobre la antijuridicidad de la conducta, cuando el sujeto conoce todas las circunstancias del hecho y actúa de manera dolosa pero no sabe o no cree, por ignorancia o equivocación, que está prohibida y desvalorada su realización, como cuando alguien accede a un sistema informático de otro sin autorización (art. 269A C. P.), creyendo que su comportamiento no está prohibido penalmente. A pesar de que la doctrina mayoritaria consideraba en el pasado que el error sobre la antijuridicidad de la conducta también excluye el dolo, por no saber o creer el agente que la conducta está prohibida, en la actualidad la doctrina mayoritaria y las legislaciones, entre éstas la colombiana, consideran que dicho error no excluye el dolo, por lo cual debe tratarse de modo diferente al error sobre los elementos de la descripción típica, dado que consiste en el desconocimiento de estar prohibida su realización. Este error es denominado error de prohibición y, a pesar de que no excluye el dolo ni la culpa, sí afecta a la culpabilidad, por lo cual su ubicación sistemática es en esta categoría del delito.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

A. DEL ERROR DE DERECHO EL ERROR DE HECHO AL ERROR DE TIPO EL ERROR DE PROHIBICIÓN

En el derecho penal se ha hecho referencia al error de hecho y al error de derecho, como formas de error diversas. Es error de hecho el que versa sobre elementos objetivos diferentes a los normativos del tipo, como el concepto de cosa en el delito de hurto; y es error de derecho el que recae sobre los elementos normativos, como la noción de ajenidad en el mismo delito patrimonial.

En la doctrina moderna se reemplaza esa distinción por la de error de tipo y error de prohibición, porque si en una descripción legal se señalan elementos normativos el error sobre alguno de éstos, el cual antes era error de derecho, hoy se considera error de tipo y no error de prohibición; por consiguiente, error de hecho no equivale a error de tipo, ni error de derecho a error de prohibición, pues los llamados error de hecho y error de derecho pueden versar sobre elementos que fundamentan la prohibición y constituir error de tipo. Conviene aclarar que un sector del finalismo sostiene que el error sobre las circunstancias fácticas de una causa de justificación, a pesar de ser un error de hecho, es error de prohibición y no error de tipo que excluya el dolo; tesis esta que no tiene aplicación en la legislación colombiana, porque el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación es error de tipo (art. 32.10 C. P.), como se verá luego.

B. MODALIDADES DEL ERROR DE TIPO

1. ERROR SOBRE ELEMENTOS DESCRIPTIVOS NORMATIVOS DEL TIPO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Son elementos descriptivos del tipo aquellos en los que es suficiente la percepción sensorial, la aprehensión por los sentidos, de una situación naturalística; mientras que son elementos normativos los que se refieren a circunstancias determinadas por una norma. Para el conocimiento de los elementos descriptivos es suficiente con la percepción sensorial de tales elementos; y para el conocimiento de los elementos normativos no basta la percepción del sustrato fáctico, sino que se exige, además, el entendimiento de su significado de acuerdo con las normas que los definen (Luzón , 1996).

La distinción entre elementos descriptivos y normativos del tipo tiene gran influencia en materia de error, porque para el conocimiento de los elementos descriptivos basta con el entendimiento intuitivo normal y lógico de las circunstancias o sustrato fáctico de los mismos, mientras que para el conocimiento de los elementos normativos se requiere, además, la comprensión de su significado conforme al ordenamiento jurídico, propia del lego.

La expresión "hecho" contenida en el artículo 32.10 del C. P. ha de interpretarse como "toda circunstancia o dato descrito en el tipo, o como el conjunto de los mismos, sean de carácter meramente fáctico o sean hechos con significado social, ético o jurídico" (Luzón , p. 449), con inclusión de los elementos normativos. Es por ello por lo que el error de tipo puede recaer sobre un elemento descriptivo o uno normativo.

El error sobre los elementos descriptivos del tipo puede versar sobre: 1) el objeto material: la persona autorizada para llevarse una cosa por equivocación se lleva otra diferente; 2) el sujeto activo: el autor cree que no puede ser sujeto activo del delito; 3) el sujeto pasivo: el autor cree que la persona ha muerto y le sepulta no obstante que está viva, y 4) la conducta: el sujeto cree que suministra al enfermo el remedio y le da una sustancia tóxica. No es posible el error sobre la parte subjetiva del tipo.

El error sobre un elemento normativo puede consistir en la equivocación

******ebook converter DEMO Watermarks*******

o ignorancia sobre el significado o sentido del sustrato fáctico del elemento, como, por ejemplo, si el sujeto se lleva una cosa ajena al confundirla con una suya similar y al creer que no era ajena sino propia; o puede recaer sobre el significado jurídico exacto de un elemento normativo, al creerse de manera equivocada que el supuesto de hecho no encaja en el concepto normativo consignado en la descripción legal.

También puede ocurrir que el error del sujeto verse sobre la interpretación del significado jurídico preciso de un elemento normativo, al creer de manera equivocada que el supuesto de hecho no encaja en el elemento normativo descrito en el tipo, como en el caso de que alguien sabe que desempeña una función pública pero no se considera a sí mismo como funcionario público, concretamente cuando un jurado de votación en un debate electoral sabe que desempeña una función pública en forma transitoria pero cree que no es funcionario público, no obstante que lo es por mandato del artículo 20 C. P. Para algunos el supuesto de error sobre el significado del elemento normativo es irrelevante por no constituir error de tipo ni de prohibición, por tratarse de un simple error de subsunción, pero en realidad se da la errada interpretación de un concepto jurídico que obstaculiza la conciencia de los presupuestos de la prohibición, que tiene importancia para el dolo y debe dársele el mismo tratamiento de un error sobre el sustrato fáctico, por ser un error de tipo (así Luzón).

2.ERROR SOBRE EL CURSO CAUSAL O LA CAUSALIDAD

Este error consiste en que el sujeto se equivoca sobre el curso causal que en realidad sigue del acontecimiento; hay relación causal pero se produce la desviación de su curso, que no estaba contenida de antemano en la acción del sujeto. A pesar de que hay dolo inicial la producción del resultado final, que no fue representada por el sujeto, se desvía y excluye la imputación objetiva.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

En el ejemplo clásico de quien dispara con dolo de matar sobre la víctima, la que resulta herida y es trasladada a un centro de asistencia médica, pero muere en un accidente que tiene la ambulancia en la que es transportada, o es trasladada al centro de asistencia médica donde muere como consecuencia de un incendio, es claro que la realización del resultado final no fue comprendido por la representación del sujeto; caso en el cual hay que apreciar sólo una tentativa de homicidio, porque no es objetivamente imputable el resultado en un curso causal que está a la periferia de lo previsto por el autor, y falta el tipo objetivo de la acción de matar, lo que indica que el resultado no es una realización del plan del sujeto (Roxin , pp. 487 y s.).

Con todo, hay casos en los que la desviación del curso causal no es esencial, como en el ejemplo de Roxin de quien lanza a una persona desde un puente alto con dolo de matar, pero aquélla no muere ahogada, como lo había representado el sujeto, sino por el choque contra la base del pilar del puente. En este supuesto no hay duda de que se cumple el tipo objetivo del homicidio, porque el resultado muerte es causado por el peligro creado por el agente, y además se ha cumplido el tipo subjetivo, porque aquél ha querido la muerte de la víctima y la ha causado. Sin duda, en este caso la desviación del curso causal es inesencial, como también lo sería en el de que A quiere matar a B mediante un tiro en la cabeza, pero le impacta en el corazón, porque el resultado es una realización del plan del sujeto; está dentro del plan del sujeto matar y ha matado, por tanto el error sobre el curso causal es irrelevante (Roxin , p. 489).

3.DOLUS GENERALIS

Se da cuando el sujeto quiere producir el hecho típico y lleva a cabo la acción deseada, pero fracasa y cree haberlo realizado, y, a consecuencia de esa creencia errada, lleva a cabo una segunda acción con el propósito de encubrir

******ebook converter DEMO Watermarks*******

la primera, con desconocimiento de que con aquélla está produciendo el hecho típico. El autor cree haber producido el resultado con la primera acción, mientras que en realidad el resultado sólo tiene lugar mediante la segunda, que según la representación del sujeto debería servir para encubrir el hecho ya causado antes. El ejemplo académico es el del sujeto que actúa con dolo de matar y causa heridas a la víctima, y, creyendo que le ha matado, decide ocultar el supuesto cadáver enterrándolo o lanzándolo a un río, o simulando su muerte en un accidente, momento en el cual el sujeto pasivo, que aún estaba vivo, muere por asfixia o ahogamiento o golpe, etc.

En este evento se plantea la cuestión de si hay o no imputación objetiva del resultado a la acción inicial realizada con dolo o a la segunda cumplida con culpa, porque a pesar de que se dan dos acciones diferentes el resultado es uno solo: la muerte de la víctima. La solución correcta es la que admite que en tal caso el peligro creado por la acción desplegada por el autor, al acuchillar o golpear o disparar sobre la víctima, por ejemplo, no se ha realizado en el resultado muerte, porque tal acción dolosa inicial ha fracasado, razón por la cual el resultado muerte no se puede imputar objetivamente a la acción inicial (así Roxin , Luzón , Cerezo ; mientras que Jescheck afirma que el resultado final es objetivamente imputable a la primera acción). A la acción de enterrar o lanzar al agua o golpear de otra manera a quien aún está vivo es a la que se debe vincular el resultado muerte, es decir que éste se debe imputar objetivamente a la segunda acción, en la que no hay dolo, pero que de ninguna manera hace desparecer el dolo de la primera acción. Con relación a la segunda acción, el sujeto no tiene dolo, pues tiene la creencia errada de que se encuentra ante un cadáver y no ante una persona viva, pero como se trata de un error de tipo objetivamente vencible, porque el mismo hubiera podido ser eliminado mediante una diligente actuación de aquél, se tipifica el delito de homicidio culposo (art. 32.10 C. P.). Por consiguiente se da un concurso real entre los delitos de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tentativa de homicidio doloso y homicidio culposo consumado.

Sin embargo, bien puede ocurrir que el autor se represente la posibilidad de que la víctima aún tiene vida y decide realizar la segunda acción de enterrarla o lanzarla a un río, por ejemplo, causándole así la muerte, supuesto en el que habría dolo eventual en la segunda acción a la que se imputa objetivamente el resultado muerte y tipificaría el delito de homicidio doloso consumado, el que subsume el anterior delito de tentativa consumada de homicidio.

4.ERROR SOBRE EL OBJETO O LA PERSONA

Esta forma de error versa sobre la identidad del objeto sobre el cual recae la acción típica (error *in obiecto);* puede también consistir el error sobre la identidad de una persona (error *in persona),* que es una especie del error *in obiecto.* Cabe distinguir dos situaciones:

Error sobre la identidad del objeto material que no provoca cambio de calificación jurídica. Si el objeto o persona cuya identidad se confunde tiene la misma protección penal que posee la cosa o persona representada, de modo que el tipo aplicable es el mismo, tal error es irrelevante y se da el delito doloso consumado, porque al final se ha afectado al mismo bien jurídico representado por el autor. Así, si el autor se apodera de una cosa que cree que pertenece a A y en realidad es de B, incurre en delito doloso de hurto; o, si el autor mata a una persona al creer que es A y resulta que es B, comete homicidio doloso consumado.

Error sobre la identidad que provoca cambio de la calificación típica. En este caso puede darse error directo o error inverso.

- Hay *error directo* si se da el desconocimiento de los elementos del tipo más grave; es decir, cuando el autor desconoce una cualidad del objeto o de la persona sobre la que recae la acción en virtud de la cual el bien jurídico

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tiene una protección especial, caso en el cual el dolo no abarca el subtipo cualificado.

Como se trata de desconocimiento de elementos accidentales de un subtipo agravado, el error excluirá toda responsabilidad penal por dicha cualificación o agravación.

Ejemplo: un sujeto cree que el valor de la cosa hurtada no es demasiado cuantioso -tipo básico del hurto (art. 239 C. P.)-, cuando en realidad vale más de cien salarios mínimos legales mensuales -subtipo cualificado del artículo 267.1 C. P-; en este caso, al recaer el error sobre el subtipo de agravación, aunque sea vencible no responde por éste (además, el hurto no admite la culpa), sino sólo de la comisión dolosa del tipo básico de hurto o del tipo agravado o calificado por otra circunstancia diferente a la de la cuantía. Hay, entonces, error *in obiecto* relevante.

Otro ejemplo: A mata a B con dolo, ignorando que éste es su hijo; es decir, creía que realizaba la conducta del tipo básico de homicidio simple y realiza el tipo objetivo de homicidio agravado por el parentesco (art. 104.1 C. P.). En este caso el autor responde del homicidio simple del tipo básico, pero no del subtipo de agravación.

También se da el *error directo* cuando el sujeto cree adecuar su conducta en un subtipo privilegiado y lo realiza en el tipo básico o en un subtipo cualificado; evento en el cual, al recaer el error sobre el subtipo privilegiado, se responderá por éste y no por el básico ni por el subtipo agravado, tal como lo dispone el artículo 32.10, inciso 2.^{0} C. P.: "cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado". Ejemplo: A cree, erróneamente, que la cosa hurtada tiene un valor inferior a un salario mínimo legal mensual (art. 268 C.P.), cuando en realidad vale más de tal precio; en este caso, al recaer el error sobre el subtipo privilegiado, responderá por éste y no por el tipo básico.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

- Hay *error inverso o al revés* cuando el sujeto cree erróneamente que concurre la cualidad en el objeto o la persona afectada por la conducta que daría lugar a un subtipo cualificado; caso en el cual hay tentativa imposible de este tipo más grave en concurso ideal con la dolosa realización y por lo general consumada del tipo menos grave. Así, si A mata a B creyendo erróneamente que es su hijo, realiza una tentativa imposible de homicidio agravado en concurso ideal con el homicidio doloso consumado; pero, como en la legislación colombiana no se sanciona la tentativa imposible, sólo habría responsabilidad penal por homicidio consumado no agravado por el parentesco. Otro ejemplo: A mata a B al creer erróneamente que éste es persona protegida por el derecho internacional humanitario; en este caso habrá un concurso ideal entre la tentativa imposible de homicidio en persona protegida (art. 135 C. P.) y homicidio simple (art. 103 C. P.) o agravado (art. 104 C. P.), según el caso.

5.ABERRATIO ICTUS

Significa "desviación del golpe", y se da cuando se desvía o modifica el curso causal previsto por el autor y no alcanza al objeto ni al concreto bien jurídico representado y querido por aquél, sino a otro objeto y bien jurídico concreto distinto. Se diferencia del error sobre el curso causal porque el sujeto no se equivoca sobre el curso que realmente sigue el acontecer típico y porque el objeto que se ve afectado por la acción no es el mismo que se ha representado. En la *aberratio ictus* el objeto que se alcanza con la acción es diferente al que se desea lesionar, mientras que en el error sobre el curso causal (o sobre la causalidad) el objeto alcanzado es el mismo cuya vulneración se quiere. Se diferencia del error *in obiecto* en que no hay confusión del objeto por otro, sino que solo se desvía el ataque.

Ejemplos: A dispara contra B con dolo de homicidio, pero el disparo se

******ebook converter DEMO Watermarks*******

desvía y alcanza a c, quien estaba detrás; o A quiere romper a pedradas las ventanas de la casa de B, pero por su mala puntería rompe los cristales de la casa contigua.

Para solucionar esta forma de error se han planteado de manera básica dos posiciones. Un sector doctrinal (Cuello Calón , Jiménez De Asúa , Antón , entre otros) sostiene que, al igual que en el error sobre el objeto o la persona, este error es irrelevante, dado que se quería lesionar un objeto y se ha lesionado otro idéntico con el mismo bien jurídico y, por consiguiente, hay único delito doloso consumado, salvo que el objeto alcanzado sea de distinta naturaleza y dé lugar a un cambio en la calificación típica.

Otro sector (Silva, Mir, Luzón) sostiene que en la *aberratio ictus* se afectan varios bienes jurídicos, tales como diversos patrimonios económicos, vidas, etc., y no un solo bien jurídico vida, integridad, patrimonio económico, etc., por lo que se ponen en peligro tanto el concreto bien jurídico que el autor quería lesionar como el finalmente lesionado, es decir, al desvalor de resultado causado de manera culposa por la lesión al bien jurídico, que da lugar a un delito consumado, se suma el desvalor de la acción desplegada de manera dolosa, que configura una tentativa acabada. Así, en el primero de los ejemplos antes planteados, A es autor de tentativa de homicidio doloso respecto de B en concurso ideal con el homicidio culposo consumado respecto de C; mientras que en el segundo ejemplo A es autor de tentativa de daño en bien ajeno con relación al patrimonio de B, en concurso con daño en bien ajeno culposo consumado respecto del patrimonio del dueño de la casa aledaña, si la legislación admite la modalidad culposa para estos delitos patrimoniales.

De cara a la legislación colombiana, en la *aberratio ictus* es aplicable esta última corriente doctrinaria; por lo cual en los ejemplos arriba mencionados A responde como autor de tentativa acabada de homicidio en B en concurso con homicidio consumado culposo en C, si hubo infracción al deber objetivo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de cuidado y el resultado final era previsible; del mismo modo, en el segundo ejemplo A es autor de tentativa de daño en bien ajeno de propiedad de B, pero como los delitos patrimoniales no admiten culpa no será punible el resultado final. Esto porque en ambos casos se afectan dos bienes jurídicos concretos, es decir diversos objetos y relaciones, diferentes vidas y distintos patrimonios económicos. De manera que también se pone en peligro el concreto bien jurídico que el autor quería lesionar y no sólo el que al final resulta lesionado; por lo cual, junto al desvalor de resultado (del delito consumado) existe el de acción que configura la tentativa acabada.

Si no existe ni siquiera culpa respecto del resultado final, sino la fortuita lesión de este bien jurídico, como en el caso de quien dispara con la precaución de que no haya otra persona en los alrededores, sin que fuese objetivamente previsible que en ese lugar hubiera una persona oculta, la que resulta alcanzada por la bala, no habrá desvalor de acción respecto del resultado final, sino un resultado fortuito; razón por la cual el sujeto sólo responde de tentativa del delito inicial.

Puede haber concurso entre tentativa de delito con dolo directo y delito consumado con dolo eventual cuando el sujeto quiere producir el primer resultado pero deja librados al azar el desvío del golpe y la posible lesión de otro objeto o persona; caso en el cual al primer delito doloso tentado (con dolo directo) hay que agregar, en concurso, otro delito doloso consumado (con dolo eventual). Así, por ejemplo, si A dispara contra B y alcanza a C, quien se encuentra al lado de B, aquél es autor de tentativa de homicidio con dolo directo respecto de B en concurso efectivo con homicidio consumado con dolo eventual con relación a C, porque la producción del resultado previsto, es decir la muerte de éste, la deja librada al azar.

6.ERROR SOBRE PRESUPUESTOS DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

******ebook converter DEMO Watermarks*******

A partir del finalismo se discute si el error sobre la concurrencia de presupuestos objetivos de una causa de justificación debe ser considerado como error de tipo o error de prohibición.

Para la denominada teoría estricta de la culpabilidad sólo el error de tipo excluye el dolo, dado que el error de prohibición deja indemne el dolo (parte subjetiva del tipo) y únicamente afecta a la culpabilidad, por lo cual sostiene que el error sobre las causas de justificación no es error de tipo sino de prohibición. Por consiguiente, es error de prohibición, que no excluye el dolo, la creencia errónea de que existe una causa de justificación inexistente o de que los límites de la causal son más amplios que los jurídicamente señalados, o de que concurren los presupuestos fácticos o normativos de una causa de justificación.

Ejemplo: A observa que B se dirige a apuñalar a C y, para salvar la vida de éste, dispara y mata a B, ignorando que B y C están practicando artes marciales y, por consiguiente, que B no estaba agrediendo a C; a pesar de que A sufre un error sobre la concurrencia fáctica de la agresión que caracteriza a la legítima defensa, esta teoría sostiene que hay homicidio doloso, pero que como a A le falta la conciencia de la antijuridicidad puede darse un error subjetivamente vencible o invencible; si es subjetivamente vencible se atenuará su culpabilidad, y si es subjetivamente invencible se excluirá la misma.

La teoría de la culpabilidad, que distingue entre error de tipo, que elimina el dolo, y error de prohibición, que no lo excluye, acoge la mayoritaria concepción llamada “teoría restringida (o limitada) de la culpabilidad”, cuya denominación se debe a que restringe el ámbito del error excluyente o atenuante de la culpabilidad (el error de prohibición), conforme a la cual el error sobre los presupuestos de la causas de justificación es un error de tipo y no un error de prohibición.

De acuerdo a la teoría restringida o limitada de la culpabilidad, el error

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sobre la existencia misma de una causa de justificación no admitida jurídicamente, o sobre los límites jurídicos o campo de acción de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento, es un error de prohibición; eventos en los cuales el sujeto no se equivoca sobre las circunstancias objetivas, que si concurrieran serían presupuesto de una causa de justificación, sino sobre la valoración y prohibición misma; razón por la cual no se excluye el dolo, sino que se atenúa o excluye la culpabilidad, según se trate de error vencible o invencible.

Ejemplo: ante una agresión ilegítima padecida, y cuando el agresor emprende la retirada, el agredido dispara y mata creyendo que la legítima defensa le permite reaccionar cuando el ataque ya ha cesado; en este caso hay error sobre los límites o alcances de una causa de justificación admitida, el cual es error de prohibición.

La nueva legislación penal colombiana adhiere a la teoría restringida o limitada de la culpabilidad, porque el error sobre las causas de justificación puede ser de tipo o de prohibición. Es error de tipo el error sobre los presupuestos objetivos (fácticos o normativos) de una causa de justificación, el cual excluye el dolo; pues así lo dispone de manera expresa el artículo 32.10 C. P., al señalar como error de tipo el que versa sobre la concurrencia de "los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad". Es error de prohibición el que recae sobre la existencia misma de una causa de justificación no admitida jurídicamente, o sobre los límites jurídicos o el alcance de una causa de justificación reconocida por el ordenamiento, el cual deja indemne el dolo y sólo afecta a la culpabilidad.

C. TRATAMIENTO DEL ERROR DE TIPO

El dolo exige el conocimiento de todos los elementos, positivos y negativos, del tipo de injusto (el tipo global), con inclusión del conocimiento de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ausencia de los presupuestos de las causas de justificación. Por consiguiente, el error sobre cualquier elemento del tipo excluye el dolo.

Debe distinguirse entre error sobre elementos esenciales y elementos accidentales del tipo.

I.ERROR SOBRE ELEMENTOS ESENCIALES DEL TIPO

Elementos esenciales del tipo son aquellos sin los cuales no se da la correspondiente figura delictiva. El error sobre tales elementos puede ser vencible (evitable) o invencible (inevitable). Error vencible es el que hubiera podido evitarse al observarse el cuidado debido o la diligencia debida. Error invencible es el que no hubiera podido evitarse ni aun con la aplicación de la debida diligencia.

Los efectos varían según que el error sea vencible o invencible. Si el error podía ser objetivamente evitado al prestarse la debida atención o diligencia en su constitución (error vencible) se da la culpa; caso en el cual, si el correspondiente tipo admite la comisión culposa, se sancionaría como delito culposo, pues si no la admite el comportamiento es impune; así, por ejemplo, si una enfermera, al creer en una observación precipitada que la droga que le suministra al enfermo es la que le corresponde, mata a éste por darle la de otro, habrá homicidio culposo. Si el error no se hubiera podido evitar ni aun con el debido cuidado, por tratarse de un error de tipo objetivamente invencible, excluye tanto el dolo como la culpa, que da lugar a impunidad, pues se trata de un supuesto de caso fortuito, el que no solo hace desparecer la parte subjetiva del tipo, sino también el desvalor de la acción, a pesar de que hay desvalor de resultado.

Para deducir si el error era o no evitable ha de acudirse a las posibilidades del hombre medio ideal según la particular posición jurídica; es decir, de acuerdo con los conocimientos del autor.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

Este tratamiento del error fue acogido de manera expresa en el nuevo Código Penal, dado que el artículo 32.10 dispone que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando "Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad", de modo que si el error es invencible se excluye la responsabilidad. Por consiguiente, si el error de tipo se concreta en una creencia fundada y es objetivamente inevitable aun para el hombre medio ideal colocado en la situación del autor, con los conocimientos de éste y con el empleo de toda la diligencia debida, no hay dolo ni culpa, por ausencia del desvalor de acción. Así sucede, por ejemplo, si quien cree que va a ser atacado de manera injusta reacciona y mata al supuesto atacante, quien en realidad no se proponía agredir. Por su parte el error vencible no queda impune, tal como lo dispone el mismo artículo 32.10 C. P., al ordenar que "Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa"; es decir, sólo si la ley no ha previsto como culposa la conducta tal error no dará lugar a responsabilidad; así sucede, por ejemplo, en la omisión de socorro (art. 131), que no sanciona el comportamiento de quien no presta ayuda a un accidentado, de quien por error vencible cree que no se encuentra en peligro grave.

A pesar de que la conducta pone en peligro bienes jurídicos ajenos, no constituye una agresión ilegítima ni conducta antijurídica, por lo cual ante ella no se puede anteponer la reacción que caracteriza a la legítima defensa, sino la limitada reacción del estado de necesidad defensivo. Además, puede darse la autoría mediata de parte de quien con dolo provoca o utiliza el error objetivamente invencible del agente y le conduce a la producción de un desvalor de resultado, porque en este caso no se excluye el desvalor de acción, que queda radicado en cabeza del autor mediato.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

2.ERROR SOBRE ELEMENTOS ACCIDENTALES DEL TIPO

Si el error versa sobre los elementos accidentales de tipo se debe distinguir entre elementos que dan lugar a un subtipo cualificado o a uno privilegiado.

a. Si el error recae sobre un elemento que da lugar a una cualificación o agravación, tal error, vencible o invencible, excluye la concurrencia del tipo especial o autónomo o subtipo agravados, por lo cual el sujeto responde sólo por el tipo básico que realiza con dolo, porque no hay suficiente desvalor para hacer responsable penalmente al autor de aquel tipo especial o autónomo o subtipo. Si, por ejemplo, el autor mata a una persona al creer que está protegida por el derecho internacional humanitario, sin que tenga tal protección, no es responsable de homicidio en persona protegida (art. 135 C. P.), sino del homicidio descrito en el tipo básico.

b. Si el error versa sobre un elemento accidental que da lugar a un tipo penal más benigno o a un subtipo privilegiado, el sujeto responderá por el supuesto de hecho privilegiado, pues así lo dispone el inciso 2.^{0} art. 32.10 del Código Penal; es decir, se aplica el tipo más benigno, porque el sujeto tiene la suposición errónea de que no concurre el tipo básico sino el subtipo privilegiado. Así, por ejemplo, si A cree de manera errónea que B padece de una enfermedad grave e incurable y le produce la muerte para ponerle fin a sus intensos sufrimientos, no obstante que la enfermedad sí es curable, responde por el tipo especial de homicidio por piedad (art. 106 C. P.) y no por el básico.

c. Si el error recae sobre una circunstancia que da lugar a una rebaja de la punibilidad, al sujeto se le reconoce la atenuante, tal como lo dispone el artículo 32.12 C. P. Si, por ejemplo, A se apodera de una cosa cuyo valor cree que es inferior a un salario mínimo legal mensual, a pesar de que vale más, responde por el subtipo privilegiado del artículo 268 C. P.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

II. EL CASO FORTUITO LA FUERZA MAOR

El artículo 32.1 C. P. señala de manera expresa como causas de ausencia de responsabilidad al caso fortuito y a la fuerza mayor.

A. EL CASO FORTUITO

La proscripción de la responsabilidad objetiva o por el resultado y el rechazo del *versari in re illicita* se deducen del artículo 12 C. P.; por consiguiente, no es posible que un resultado fortuito pueda ser materia de desvalor de acción, a pesar de la existencia del desvalor de resultado.

El caso fortuito es la realización accidental, es decir, no dolosa ni culposa, de la parte objetiva del tipo, en el que se da el desvalor de resultado pero no el de acción. El caso fortuito cubre a los siguientes supuestos: a) en los que es lícita la actuación en cuyo curso se produce accidentalmente el hecho nocivo; por lo cual puede darse el caso fortuito en aquellos eventos en los cuales el sujeto produce el hecho objetivamente típico sin infringir el deber objetivo de cuidado; como en el caso, por ejemplo, de una intervención quirúrgica en la cual, pese a que el cirujano aplica el cuidado debido, se produce la muerte por una deficiencia cardiaca del paciente no detectable antes de la operación, y b) en los que se produce el resultado accidental en el curso de una inicial actuación antijurídica (dolosa o sólo culposa), es decir, no querido ni debido a infracción del deber objetivo de cuidado, pues en este evento tal hecho está amparado por el caso fortuito, pese a la ilicitud inicial de la actuación, razón por la cual un resultado fortuito no puede calificar un inicial ilícito, porque el resultado final debe realizarse al menos por culpa, como en el delito preterintencional.

Respecto a la ubicación sistemática del caso fortuito, ha de decirse que en el causalismo tradicional se entendía como una causa de exculpación o de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

exclusión de la culpabilidad en un hecho objetivamente antijurídico, al faltar el dolo o la culpa; pero en el finalismo y otras construcciones dogmáticas modernas, que sitúan el dolo y la culpa en el injusto, se considera el caso fortuito como ausencia de injusto típico.

De acuerdo a la legislación colombiana, a pesar de que en un mismo numeral (32.1 C. P.) se establecen como causas de ausencia de responsabilidad el caso fortuito y la fuerza mayor, bien puede decirse que la ubicación sistemática de las mismas es diversa, porque mientras la fuerza mayor es un supuesto de inacción, el caso fortuito lo es de ausencia de antijuridicidad. En efecto, el caso fortuito excluye la parte subjetiva del tipo positivo pero no la parte objetiva del mismo, dado que se produce la lesión al bien jurídico; de modo que no hay desvalor (subjetivo) de la acción, pero sí desvalor de resultado o de hecho. Es, entonces, el caso fortuito una causa de justificación excluyente del desvalor de acción, por lo cual permite atribuir autoría mediata con instrumento que obra lícitamente a quien, provocando u obligando a otro a actuar en caso fortuito, determina la producción de un desvalor de resultado, conservando el sujeto de detrás el desvalor subjetivo de la acción (dolo o culpa); como, por ejemplo, en el caso del médico cardiólogo que, a sabiendas de que el paciente padece una afección cardiaca, autoriza la intervención por parte de cirujano, quien opera con desconocimiento de tal deficiencia.

B. LA FUERZA MAOR

La fuerza mayor, que es la misma fuerza irresistible, anula el control por la voluntad de los movimientos y ante la misma el sujeto no puede oponerse; por tal razón se constituye en causa de ausencia de acción.

En la fuerza mayor, al estar violentada la conducta por fuerza irresistible, la acción no depende de la voluntad del sujeto, sino de la fuerza que se ejerce,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

la cual debe ser *vis fisica,* sin cobijar la *vis moralis* o violencia moral, la cual tiene incidencia sólo en el proceso de motivación del sujeto, sin excluir su voluntad, y constituye insuperable coacción ajena que afectará a la culpabilidad. La fuerza debe ser irresistible, porque debe anular por completo la posibilidad de disponer de la voluntad y de la capacidad de resistencia del sujeto; de modo que exige la *vis absoluta* o *ablativa* sin que comprenda la *vis compulsiva* (en la cual se ejerce fuerza física para amenazar y compeler al coaccionado a actuar o a quedar en posición omisiva).

El origen de la fuerza mayor puede ser: a) natural, como un terremoto que hace atropellar por un vehículo a un peatón, o un vendaval que hace caer a una persona sobre otra, a quien lesiona, o sobre un objeto que daña; b) proveniente de acometida o golpes de animales, como cuando la persona perseguida por un perro furioso que trata de morderle se introduce en habitación ajena; c) causada por movimientos involuntarios de otra persona que a su turno pueden forzar movimientos de un tercero, como en el caso de la persona que al resbalar empuja a un tercero, quien a su turno cae sobre un objeto de valor y lo daña; d) proveniente de fuerza de una persona que actúa dolosamente y obliga a otra a realizar un movimiento corporal lesivo, como quien lleva por la fuerza el brazo y la mano de otro para hacerle clavar el puñal contra la víctima

La fuerza mayor puede compeler movimientos activos de una persona, como en los ejemplos citados, o provocar su inmovilidad involuntaria, como encadenarla o amordazarla para que no actúe y cometa delito de omisión (propia o impropia).

Existen otros casos de falta de control por la voluntad o de ausencia de la conciencia que no quedan cobijados por la causa de la fuerza mayor, pero que con fundamento en el artículo 25 C. P., que dispone que los delitos pueden ser realizados por acción u omisión, son supuestos de ausencia de acción. En estos se encuentran los casos de total falta de control por la voluntad sobre

******ebook converter DEMO Watermarks*******

los movimientos corporales, como en los “actos reflejos”, tales como, por ejemplo, reacciones de dolor ante heridas, pinchazos o quemaduras inesperados, estornudos o movimientos convulsivos de un ataque epiléptico; también quedan comprendidos los estados de inconsciencia, por falta de acción, como en el sueño (la madre que dormida mata a su hijo recién nacido que está su lado) o la pérdida brusca de la conciencia por causas endógenas (intempestiva fuerte baja de tensión) o exógenas (ingestión de fármacos).

Los efectos de esta causa de exclusión de acción son los siguientes: a) exime la responsabilidad penal y civil; b) por razón del principio de accesoriedad de la participación, al no haber conducta típicamente antijurídica en el sujeto no responden penalmente los partícipes (cómplice o determinador), pero quien provoca o se aprovecha de tal estado de falta de acción en otro y determina que éste actúe como instrumento y realice delito responderá (tanto penal como civilmente) como autor mediato del mismo; c) como falta la acción, así sean peligrosos para los bienes jurídicos los movimientos corporales del sujeto no constituyen agresión, y menos agresión antijurídica, por lo cual a ellos no se puede anteponer legítima defensa, sino sólo estado de necesidad defensivo.

III . LA INSUPERABLE COACCIÓN AJENA

El artículo 32.8 C. P. señala como causa de ausencia de responsabilidad la insuperable coacción ajena, la cual excluye la culpabilidad, porque a pesar de que el sujeto actúa por efecto de la fuerza que se ejerce sobre él mantiene una precaria voluntad que le permite tener el dominio del proceso causal; desde luego que el importante dominio de la voluntad lo tiene quien está detrás, quien por tal razón domina el hecho y es autor mediato, mientras que quien realiza objetivamente el hecho es sólo instrumento.

Desde el punto de vista cualitativo se exige para la fuerza mayor que haya

******ebook converter DEMO Watermarks*******

"fuerza" que violente, caso en el cual ha de tratarse de *vis fisica,* con exclusión de la *vis moralis* o *vis compulsiva,* la cual incide en el proceso de motivación del sujeto, sin excluir del todo su voluntad, y afecta a la culpabilidad.

La insuperable coacción ajena consiste en toda amenaza o fuerza aplicada por una persona contra otra, quien actúa en razón de la misma; consiste en emplear fuerza o amenaza para amedrantar a un sujeto, quien ante el temor de que siga la violencia o se realice el mal amenazado actúa o asume una actitud pasiva para dejar de hacer lo que está obligado a hacer. Mediante la insuperable coacción ajena no se anula la voluntad del sujeto sino que sólo se incide en el proceso motivador de su toma de decisión, por lo cual de parte de aquél habrá acción que excluye la culpabilidad

La fuerza que violente debe ser ajena, es decir, proveniente de otro; a diferencia de la fuerza mayor, que puede provenir de la naturaleza, de un animal, de un tercero o del mismo sujeto. Dicha fuerza debe ser irresistible, es decir, sin posibilidad de oponerse a ella ni eludirla, so pena de que se cause el daño amenazado o se sienta el temor de su causación.

El sujeto que actúa por insuperable coacción ajena está amparado en la causal de inculpabilidad, pues actúa como instrumento; mientras que quien aplica la fuerza es autor mediato.

BIBLIOGRAFÍA

Jakobs Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 340 y ss.

Jescheck, Hans-Heinrich.. *Tratado de derecho penal. Parte general,* vol. 1. Trad. Santiago Mir Puig y Francisco MuNoz Conde , Barcelona, Bosch, 1981, pp. 394 y ss.

Luzón Peña, Diego-Manuel *Curso de derecho penal. Parte general* i**,** Madrid, Editorial

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Universitas, 1996, pp. 437 y ss.

Mir Puig, Santiago *Derecho penal. Parte general,* 7.ª ed. Montevideo-Buenos Aires, B. de F, 2004, pp. 270 y ss.

Muñoz Conde, Francisco, García Aran, Mercedes *Derecho penal. Parte general,* 5.a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general,* t. i**.** *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, pp. 456 y ss.

Velásquez Velásquez, Fernando *Derecho penal. Parte general,* 4.a ed., Bogotá, Comlibros, 2009, pp. 640 y ss.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia Alejandro, Slokar Alejandro. *Derecho penal. Parte general,* 2.a ed., Buenos Aires, Temis-Ediar, 2002, pp. 531 y ss.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL

Lección 16: Autoría y participación

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Uno de los temas que mayor polémica genera en la teoría del delito es el de la autoría y participación, pues a través del desarrollo jurídico se han ensayado múltiples teorías para lograr una explicación racional del fenómeno, desde la renuncia a diferenciar entre los distintos intervinientes hasta criterios objetivos de clasificación para efectos de punibilidad, unos con proyección eminentemente naturalista y otros con fundamento jurídico-normativo.

I. TEORÍAS MÁS IMPORTANTES QUE INTENTAN EXPLICAR LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

A. EL DENOMINADO CONCEPTO UNITARIO DE AUTOR

Esta, al parecer, es la primera elaboración doctrinal sobre el tema con base en la denominada teoría de la equivalencia de las condiciones esbozada por Von Buri, según la cual "todo aquel que interpone una condición para la producción del resultado es igualmente causal respecto del mismo, no pudiendo diferenciarse entre causa y condición o causas más importantes o relevantes que otras"{407}.

Con base en esta perspectiva no es posible distinguir entre los distintos intervinientes en el delito, pues todos ponen una condición para la producción del resultado, y todas las condiciones deben tratarse de la misma manera por ser de igual importancia para la realización del hecho punible. Bajo esta consideración tampoco es pertinente someterlos a sanción distinta, pues la necesidad de pena es predicable de todos por igual.

Lo máximo que se hizo en esta teoría fue clasificar diversas formas de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

autoría -por incitación, por apoyo, por determinación y por colaboración (Kienapfel)- pero bajo la premisa de que, con base en la teoría de la causalidad que le servía de fundamento, todos tenían que recibir el mismo tratamiento por ser factor indispensable para el resultado.

B. EL CONCEPTO EXTENSIVO DE AUTOR

El concepto extensivo de autor sigue trabajando bajo el presupuesto de la teoría causal de la equivalencia de las condiciones, y por lo tanto considera que todos los intervinientes en el hecho punible son autores en la medida que ponen una condición igual a la de los demás para la producción del resultado, sin que sea posible, en el plano objetivo, distinguir entre los distintos aportes.

Sin embargo, esta teoría se encuentra con la realidad normativa que distingue entre autores y partícipes: sus disposiciones le asignan una menor punibilidad a intervinientes que sólo desarrollan una actividad de apoyo a los autores, los cuales, tradicionalmente, se han denominado cómplices.

Como no se podía hacer la distinción con base en factores objetivos, porque todas las contribuciones eran iguales, se acudió a un criterio eminentemente subjetivo, y entonces se dijo que sería autor quien tuviera *animus auctoris,* y partícipe quien actuara con *animus socii*.

Surgió, así, el problema de cómo establecer cuándo se actuaba con *animus auctoris* y cuándo con *animus socii:* aparecen entonces varias teorías con el fin de concretar la diferencia, entre las cuales es bien conocida la denominada teoría del dolo, sostenida por Buri y posteriormente por Bockelman . Según el primero, “El cómplice quiere el resultado solo cuando lo quiere el autor, y cuando éste no lo quiere él tampoco lo quiere. El cómplice, por tanto, hace su voluntad dependiente de la del autor”; el segundo de los autores se expresa en la misma dirección cuando afirma que con ayuda de consideraciones psicológicas puede hacerse la diferencia, que

*******ebook converter DEMO Watermarks********

"consiste en un estado de cosas psíquico muy concreto, a saber, en la subordinación del dolo que posee el cómplice a la decisión del autor principal"{408}.

La teoría que mayor importancia y desarrollo obtuvo para identificar el *animus auctoris* y *socii* es la denominada del interés, defendida entre otros por Feuerbach , Henke y Geib en el siglo XIX, según la cual será autor quien persigue un interés propio, y partícipe quien actúa en interés ajeno{409}.

Esta teoría se extremó tanto que finalmente mostró sus falencias en los fallos del Tribunal Supremo alemán conocidos como "caso de la bañera" y "caso Statschinsky". En el primero dos hermanas solteras quedaron embarazadas y una de ellas perdió el niño, circunstancia que aprovechó el padre para amenazarlas si alguna volvía a quedar embarazada; cuando nació el otro pequeño, por ruegos de la madre, la hermana le dio muerte en una bañera. El tribunal condenó a la hermana que le había dado muerte como cómplice y a la madre como autora, con sujeción a la teoría del interés{410}.

Cuando los operadores jurídicos extremaron las consecuencias de la denominada teoría del interés, como lo hizo la jurisprudencia alemana en los dos casos citados, evidenció sus falencias, pues teniendo como única referencia el interés convirtió al ejecutor material doloso en simple cómplice y a quien no había realizado materialmente la conducta típica en autor, trastocando de esta manera categorías reales y desconociendo lo realizado por cada uno de los intervinientes en el hecho punible.

De otra parte, el *animus* no constituye base segura para construir la distinción entre autores y partícipes, distinción que debe tener un ineludible fundamento objetivo, pues a pesar de que se predique un interés propio no puede tenerse como autor a quien no ha realizado, en el plano objetivo, comportamiento que lo sustente; y al contrario, así se predique interés ajeno será autor quien realice el comportamiento previsto en el tipo penal.

El concepto extensivo de autor tiene su origen en el unitario pues, como

******ebook converter DEMO Watermarks*******

éste, parte de la base de que en el plano causal -teoría de la equivalencia de las condiciones- todos los intervinientes son autores, sólo que a algunos de ellos, por consideraciones de *animus,* se les da el tratamiento de partícipes; por manera que si, hipotéticamente, desaparecieran las normas de la participación su situación no sería la impunidad, sino que su tratamiento sería nuevamente el de autores.

C. EL CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Luego aparecen las denominadas teorías restrictivas de autor, según las cuales las categorías de autor y partícipe son naturalísticas y no simplemente normativas; de los tipos penales de la parte especial emana la categoría de autor: en cambio, la punibilidad de los partícipes deviene de los dispositivos amplificadores que se encuentran en la parte general; de manera que si, hipotéticamente, desaparecieran las normas de la parte general sobre participación no se podrían sancionar, porque no cabrían dentro del concepto de autoría. Las principales teorías que se fundamentan en el concepto restrictivo de autor son la objetivo-formal, la objetivo-material y la del dominio del hecho, cuya presentación sintética haremos a continuación.

I. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL

Nace como respuesta a las denominadas teorías unitaria y extensiva de autor; su defensor principal es Beling , seguido por ilustres penalistas alemanes como Liszt, Merkel, Hegler, Mezger, Dohna y Sauer, y españoles como Antón Qneca, Gimbernart y R. Mourullo , entre otros{411}, que lograron que dominara la primera mitad del siglo XX y aún hoy; cuenta con calificados partidarios en España y Latinoamérica y sólo ha logrado desplazarla, de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

manera paulatina, la teoría del dominio del hecho.

Esta teoría parte de un supuesto metodológico como es el tipo penal; a pesar de que trabaja dentro de criterios de causalidad, esta no ocupa el centro de la discusión ni define los fenómenos de autoría y participación, sino que parte de la descripción normativa para identificar a quien la realiza como autor y a los demás como partícipes.

Se le llama objetiva porque la consideración sobre autoría y participación parte del supuesto fáctico realizado por el sujeto activo del hecho punible, y formal porque el punto de referencia para la resolución del problema no es la genérica relación causal sino la conducta descrita en el tipo.

Para esta teoría será autor quien realiza la conducta rectora prevista en el tipo o uno de sus elementos, o lleva a cabo un comportamiento constitutivo de acto ejecutivo que por sí mismo pueda adecuarse al tipo penal. En el primero de los eventos será autor de hurto calificado quien se apodere de los bienes, pero también lo será la persona que mediante las armas intimida a otra para facilitar que su compañero pueda tranquilamente apoderarse del dinero que lleva consigo, pues la violencia es uno de los elementos del hecho punible; y lo será también aquél que, sin lograr apoderarse de los bienes, realiza actos ejecutivos que se subsumen en el tipo penal a través del dispositivo amplificador de la tentativa.

Esta teoría, a pesar de los indiscutibles aportes y de acercarse con mayor fidelidad al principio de legalidad, en la medida en que las distinciones se fundamentan no en un plano subjetivo -*animus*- sino en uno de carácter objetivo -realización de conducta típica-, tiene limitaciones indudables que no pudo superar, pues muchos de los tipos penales están descritos como simple resultado -el ejemplo más socorrido es el homicidio-: fuera de la relación causal entre conducta y muerte enunciada en la norma no hay más elementos, por lo cual sólo sería autor quien causara la muerte, sin posibilidad de aplicación de las demás hipótesis esbozadas por la teoría objetivo-formal.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Tampoco la teoría es consistente para explicar fenómenos como la autoría mediata, en que el autor no ejecuta materialmente la conducta típica; o los denominados delitos de propia manus como el acceso carnal violento, donde es autor quien accede sexualmente y no puede serlo quien desarrolla uno de los elementos del tipo, como es la violencia mediante sujeción; o los delitos especiales, en los cuales sólo puede ser autor quien esté vinculado con el deber; o la coautoría denominada impropia, en las hipótesis en que uno o varios de los autores no realizan comportamientos que constituyan elementos del tipo o actos que por sí mismos se subsuman en la descripción del tipo.

2. TEORÍA OBJETIVO-MATERIAL

Esta teoría debe contarse dentro de las denominadas restrictivas de autor, pues ante los fracasos de las extensivas de autor, y en especial de la subjetiva, pretendió abandonar la teoría de la equivalencia de las condiciones y ensayar otras teorías individualizadoras de la causalidad. Procedió entonces a distinguir entre causa y condición, reservando la primera para los autores y la segunda para los partícipes.

Esta teoría no tuvo mayores partidarios porque la dificultad que pretendió superar solo la desplazó a otro plano, pues no resultó fácil distinguir las nuevas categorías. Con razón, Gimbernart , señaló "Otro sector científico, cuando habla de que la distinción entre autor y cómplice coincide con la existente entre causa y condición lo que hace es, pura y simplemente eludir el problema. Se habla de 'causa' sin detallar qué sea lo que este concepto quiere decir, y, por ello, ni tiene sentido ni es posible enfrentarse críticamente con una postura que pretende resolver el problema de la distinción entre autor y cómplice con el uso de palabras espectaculares de las que no se nos dice cuál es su verdadero sentido"[{412}].

******ebook converter DEMO Watermarks*******

3. TEORÍA DEL HECHO

Esta teoría fue formulada por Welzel como expresión lógica de la escuela finalista, defendida por Maurach y por el gran impulsor, Roxin .

Parte del presupuesto de que es autor quien tiene el dominio del hecho, y lo tendrá "todo cooperador que se encuentra en la situación real, por él percibida, de dejar correr, detener o interrumpir, por su comportamiento, la realización del tipo"{413}; el autor es la figura central del acontecer en forma de acció{414}.

La teoría del dominio del hecho se formuló para los delitos dolosos en el entendido que el dolo está en el tipo; por lo tanto, nadie que no tenga dolo puede tener el dominio de la acción, pero no basta tenerlo para ser autor pues también el partícipe tiene dolo y no por eso se convierte en autor; es necesario, además, tener el dominio del tipo objetivo. En este sentido es claro Stratenwer- TH cuando afirma: "de su conexión sistemática con la teoría de la acción se deduce que el dolo, como voluntad final de realización, resulta imprescindible en el aspecto subjetivo. El que obra sin dolo no puede ser autor de un delito doloso de acción. Pero el dolo, por sí solo, no permite fundamentar todavía el dominio del hecho, lo que ya se pone de manifiesto cuando se comprueba que el partícipe (instigador o cómplice) carece precisamente del dominio del hecho a pesar de obrar con dolo"{415}.

La teoría del dominio del hecho ha reconocido varias formas de dominio. En primer lugar aparece el *dominio de la acción*, que se identifica con la autoría inmediata o unipersonal: "se trata aquí del prototipo de la autoría, de la manifestación más evidente de la figura central, de un supuesto en que coinciden incuestionablemente la concepción natural de la vida y la valoración del legislador. No puede dominarse el hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo; no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano"{416}.

En segundo lugar se tiene el *dominio de la voluntad,* que se conoce en la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

doctrina como la autoría mediata: el autor no ejecuta directamente el presupuesto fáctico del tipo, sino a través de un instrumento humano que obra por lo menos sin culpabilidad. "El concepto de dominio de la voluntad no está orientado a la situación psíquica, sino a la responsabilidad, categoría que, por los motivos expuestos, es capaz de dar cuenta mejor del sentido jurídico del acontecer que un procedimiento meramente psicologizante. La decisión 'determinante' y, consiguientemente, el dominio de la voluntad, tal como ha de entenderse con arreglo a la ley, reside, pues, en el sujeto de detrás, no sólo cuando al agente ya no le es posible, desde el puro punto de vista psíquico, una decisión autónoma, sino cuando el derecho penal ya no la exige de él"{417}.

La doctrina ha reconocido que el autor domina la voluntad del instrumento y por esta vía el acontecer delictuoso cuando se vale de la coacción, de la creación o utilización del error, se vale de un inimputable o domina la voluntad a través de aparatos organizados de poder{418}.

En tercer lugar aparece el llamado *dominio funcional,* que explica el fenómeno de la coautoría: será coautor "todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido. Nada importa al respecto su disposición subjetiva hacia el acontecer"{419}.

Como existen pluralidad de intervinientes y se parte del supuesto de que no todos realizan el todo, sino que se dividen las tareas para la ejecución del hecho punible, la doctrina exige para la existencia el dominio funcional tres requisitos que le son indispensables: un plan común, la esenciabilidad de la contribución y el aporte en la fase ejecutiva o, para algunos autores, la actualización del aporte en el momento de la ejecución{420}.

La teoría del dominio del hecho representó un avance significativo respecto a la formal objetiva pues explicó de manera consistente la autoría

******ebook converter DEMO Watermarks*******

mediata, en la cual el autor no realiza directamente ni el tipo ni ningún elemento del tipo y tampoco lleva a cabo materialmente actos ejecutivos que por sí mismo se subsuman en el tipo penal. Igualmente, da explicación razonable a la denominada coautoría impropia, donde es posible que intervinientes que no realicen elementos del tipo sean coautores.

4. TEORÍA NORMATIVA

Esta teoría, para distinguir entre autores y partícipes, no parte de bases fácticas sino normativas: la persona responde por el rol que le corresponde dentro del grupo social, siendo que en este existen deberes comunes que competen a todos los ciudadanos y deberes institucionales de los cuales responden quienes están especialmente vinculados por ellos. Con base en ello se distingue entre delitos de organización y delitos de infracción de deber.

En los delitos de infracción de deber será autor quien lo infringe, independientemente de su aporte naturalístico, y partícipe quien no está vinculado por ese deber, independientemente de la importancia del aporte desde el punto de vista fáctico. Lesch puntualiza este aspecto en los siguientes términos: " todo quebrantamiento del deber, ya de propia manu, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor"{421}.

Dentro de los delitos de organización se conocen los de *dominio del hecho formal* (intervención de una persona), *dominio de la decisión* (autoría mediata) y *dominio de la configuración* (supuestos de coautoría), y en todo caso será autor quien organice dentro de su ámbito de competencia, y partícipe quien anude su actividad al autor.

Una de las consecuencias de la teoría normativa es la participación imprudente en un hecho doloso y la ausencia de acuerdo común para los

******ebook converter DEMO Watermarks*******

fenómenos de pluralidad de personas que intervienen en un delito. Jakobs lo puntualiza claramente: "También existe participación imprudente en un hecho doloso, que, como acabo de exponer, siempre se denomina autoría imprudente. Por ejemplo, si el poseedor de un arma de fuego la guarda de manera descuidada y otro la usa para cometer un delito, responde por comisión imprudente del delito, tratándose desde el punto de vista material de una participación imprudente en el delito. Por lo tanto, no es correcta la antigua afirmación de que quien actúa imprudentemente detrás de un autor doloso siempre queda libre de responsabilidad en virtud de una prohibición de regreso"{422}.

II . LA AUTORÍA LA PARTICIPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL COLOMBIANA

El Decreto Ley 100 de 1980, bajo el título "De la participación", definió el concepto de autor -el que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo- y el de cómplice (arts. 23 y 24, respectivamente), conceptos que no correspondían a las denominaciones y fenómenos que pacientemente la doctrina había elaborado con relación a la intervención en el hecho punible, a más de echarse de menos reglamentación legal de fenómenos claramente distintos como la coautoría.

El nuevo Código dispone que "concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes" (art. 28), y separa y distingue técnicamente los dos fenómenos en los artículos 29 y 30, reservando para el concepto de autoría la directa, la mediata y la coautoría; y para la participación la determinación y la complicidad; clasificación que consulta la doctrina moderna sobre la materia.

A pesar de que el fenómeno jurídico ha sido tratado por varios juristas nacionales bajo la perspectiva ahora legislada{423}, trataremos, sucintamente,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

como corresponde al propósito de este trabajo, de cada una de las formas de intervención delictiva previstas en el nuevo Código.

A. AUTORÍA DIRECTA

El artículo 29 de la Ley 599 de 2000 señala que "es autor quien realice la conducta punible por sí mismo", lo que supone la ejecución material del comportamiento típico por el agente.

Cuando se afirma la realización del comportamiento punible se supone no solamente la realización del tipo objetivo o de uno de sus elementos, sino también la presencia del dolo-entendido como conocimiento de los hechos y voluntad de realización- o de la culpa, según el caso -tipo subjetivo-, porque a quien carezca de estos elementos no puede señalársele como autor de la conducta punible.

Para la adecuada comprensión de la autoría directa resultan valiosos los aportes de la teoría formal objetiva, en la medida que el punto de partida es la ejecución de la conducta prevista en el tipo y la del dominio del hecho en relación con el denominado dominio de la acción formulada por Roxin , la cual referimos anteriormente. El autor directo se define como "aquel que, reuniendo las exigencias personales objetivas y subjetivas exigidas por el correspondiente tipo legal, realiza el hecho típico"{424}.

Debe, igualmente, precisarse que no desaparece la autoría directa cuando para la realización de la conducta punible se utiliza a una persona que no realiza acción sino que se *cosifica* en las hipótesis de vis absoluta, pues "ejercer fuerza sobre otra persona, eliminando su capacidad de acción para utilizarla en la ejecución de un delito, permite fundamentar la presencia de una autoría directa, pues tal instrumentación para nada impide afirmar que el autor ha realizado de propia mano todos los elementos del tipo"{425}; también será autoría directa y no mediata, contrario a como lo consideró la Corte

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Suprema, “cuando la conducta del autor se realiza utilizando a una persona como instrumento material, como sería el caso de quien empuja a una persona descuidada para dañar o lesionar”{426}, o cuando el autor se vale de los mecanismos reflejos de otra persona para producir el resultado, o de una persona bajo hipnosis.

Se debe puntualizar que en los delitos especiales o de infracción de deber solo puede ser autor quien tenga esa vinculación especial con el bien jurídico, toda vez que este es un factor constitutivo de uno de los elementos del tipo penal sin el cual no puede estructurarse. Así, por ejemplo, del tipo de peculado por apropiación (art. 397) solo será autor, en cualquiera de sus modalidades, quien sea servidor público y, además, tenga la disponibilidad jurídica sobre los bienes que custodia o administra.

B . AUTORÍA MEDIATA

El inciso I° del artículo 29 dispone que también es autor quien realiza la conducta punible utilizando a otro como instrumento, lo que supone la realización del tipo a través de otra persona.

En la autoría mediata se requiere la presencia de tres personas: un sujeto de atrás, un instrumento, y la víctima; el primero será quien domine la ejecución de la conducta punible a través de otro -instrumento- que actúa como ejecutor material. Es oportuno precisar que el ejecutor material debe realizar acción, pues “La esencia de la autoría mediata estriba en que se logra deslindar las acciones de, como mínimo, dos personas; si solo existe una acción, aun existiendo dos sujetos, pero aquélla es atribuible solo a uno de ellos, evidentemente el camino queda muy allanado para la autoría directa”{427}.

La doctrina, sobre todo la del dominio del hecho, que logró la explicación más convincente sobre esta materia, fincó la autoría del sujeto de atrás en el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

dominio de la voluntad del ejecutor material, y sin mayor discusión se ha aceptado por los autores que este se lleva a cabo a través de factores como la coacción, el error (creación o utilización) en el instrumento y la utilización de inimputables{428}; es más discutible y a nuestro juicio no aplicable en nuestro Código la hipótesis de autoría mediata denominada por Roxin "dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas", porque responde con mayor precisión al fenómeno jurídico que denominaremos determinación, toda vez que el ejecutor material también es autor; es decir, se presenta lo que se denomina, por Roxin, el autor detrás del autor{429}, y ambos responden con la misma punibilidad.

La característica esencial de la autoría mediata reside en la ausencia de responsabilidad penal del ejecutor material por actuar de manera atípica, justificada o sin culpabilidad; en cambio la responsabilidad recae, de manera integral, en el sujeto de atrás que lo utiliza como instrumento.

La primera de las formas de autoría mediata es el *ejercicio de la coacción* sobre el instrumento, cuando esta tiene las características señaladas en el numeral 8 del artículo 32 de la Ley 599 de 2.000. No cualquier coacción da lugar a la autoría mediata, pues "aquel que simplemente ejerce sobre el agente directo influencia más o menos intensa, no tiene el dominio en sentido jurídico, porque se mantiene la responsabilidad en el ejecutor. Pero a quien influye en otro de manera que éste *de iure* se ve exonerado de responsabilidad, ha de considerársele titular del dominio de la voluntad"{430}

La segunda modalidad de autoría mediata se refiere a cuando el ejecutor material -instrumento- obra *en error* que ha sido creado o aprovechado por el autor para lograr la realización de la conducta punible; es el ejemplo académico de quien, en un aeropuerto, le solicita al maletero llevar un equipaje del sitio del aeropuerto hasta el vehículo en el cual se desplazará; el maletero lo hace en el convencimiento de que el equipaje es de quien le encomienda la labor, cuando este lo que pretende es apoderarse de un bien

******ebook converter DEMO Watermarks*******

mueble ajeno: en este caso el maletero constituye apenas un instrumento en manos del autor, que lo es quien le solicitó el servicio para que llevara las maletas.

Otro ejemplo de autoría mediata por error se presenta cuando el médico ordena a la enfermera suministrar un medicamento al paciente; ella lo hace a la hora indicada y convencida de que es para restablecer la salud del paciente cuando en verdad se trata de una droga letal con el cual el médico le pretende dar muerte: en este ejemplo, el médico es el autor del delito de homicidio y la enfermera solo el instrumento.

El error en que incurre el instrumento puede ser de tipo o de prohibición, y la solución será distinta si se trata de error invencible o vencible. Cuando el error es invencible -de tipo o de prohibición- siempre habrá autoría mediata y este será el único responsable: el ejecutor material habrá actuado dentro de las hipótesis de ausencia de responsabilidad penal, previstas en los artículos 32.10 y 32.11 C. P.

Cuando el instrumento ha obrado bajo error vencible la respuesta no es uniforme, pues si se trata de error de tipo y la conducta no está prevista en la legislación como culposa se estará frente a la autoría mediata sin responsabilidad para el ejecutor material, pero si la conducta aparece prevista como culposa el ejecutor material responderá como autor de ese hecho punible y quien generó o aprovechó el error como autor del delito doloso, en lo que se denomina autoría accesoria. Es el caso de quien genera en el otra persona la convicción de que un arma está descargada y que con ella debe asustar a un amigo disparándola contra él, pues en este caso quien sufre el error -vencible- responderá por homicidio culposo y quien creó el error y determinó la realización de la conducta lo hará por homicidio doloso.

Cuando se trata de error de prohibición vencible no habrá autoría mediata sino inducción, pues a quien obra bajo esta clase de error se le rebajará la pena en la mitad (art. 32.11 C. P), lo que significa, obviamente, que sigue

******ebook converter DEMO Watermarks*******

siendo responsable, y en el evento de que alguien haya creado o aprovechado el error, responderá por el delito sin atenuantes. Sin embargo, sobre este concreto tema no ha existido unanimidad doctrinal, pues para algunos no debe rechazarse la posibilidad de autoría mediata{431}.

También se ha reconocido como uno de los presupuestos de autoría mediata el obrar justificadamente cuando se trata de orden legítima de autoridad competente, especialmente en la denominada obediencia debida, que sin embargo, tal como lo ha puntualizado la Corte Constitucional, no en todos los casos puede ser eximente de responsabilidad, porque la obligación de respetar la Constitución y la ley corresponde a todos los ciudadanos sin excepción alguna y la orden no legitima la vulneración de bienes jurídicos (art. 91 superior).

La tercera forma de autoría mediata, por dominio de la voluntad, hace relación a la *utilización de inimputables,* pues éstos son incapaces de culpabilidad: si quien está bajo este fenómeno "al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviera la capacidad de comprender la ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión" (art. 33 C. P.); por manera que la persona que se valga de un inimputable para realizar una conducta punible será el verdadero autor, porque la especial situación del instrumento le suministra al sujeto de atrás el dominio del hecho.

Un aspecto problemático de la autoría mediata tiene que ver con los delitos denominados de infracción de deber o de sujeto activo cualificado, pues la doctrina no es uniforme en las soluciones; es así como la mayoría exige que la vinculación de relación de deber debe tenerla el autor mediato por ser la figura central del acontecer delictivo; para otros, cuando la tiene el instrumento, como este no puede ser autor, se está frente a una inducción. Esta postura se advierte en Stratenwerth : "Un partícipe que no reúne los elementos esenciales de la autoría no puede ser autor, ni tampoco autor mediato. Por tanto, reiteradamente se ha propuesto sancionar al *extraneus* en

******ebook converter DEMO Watermarks*******

los casos que entran aquí en consideración como si fuera instigador o cómplice”{432}.

Es igualmente discutible la autoría mediata en los denominados delitos de propia mano, pues en ellos el tipo exige un acto ejecutivo corporalmente inmediato que debe realizar el mismo autor en persona{433}, y esta conducta así llevada a cabo constituye el supuesto necesario del acontecer típico. En últimas, nadie puede acceder carnalmente (arts. 205 y 208 C. P.) ni injuriar ni calumniar (arts. 220 y 221 C. P.) a través de un instrumento humano, para no dar sino los ejemplos más conocidos{434}.

C . COAUTORÍA

El Decreto Ley 100 de 1980 no contenía una norma especial sobre coautoría, en cambio en el inciso 2° del artículo 29 de la Ley 599 de 2000, a diferencia del anterior código, el legislador señaló los requisitos que permiten distinguir la coautoría de las demás formas de intervención en el hecho punible, criterio que optó con base en la mejor doctrina hasta ahora elaborada sobre el tema, y estableció como elementos los siguientes: 1 . El acuerdo común; 2. La división del trabajo criminal, y 3. La importancia del aporte.

Para el análisis de estos elementos se partirá del presupuesto metodológico de que la coautoría es una forma de autoría, por lo cual, para intervenir en tal calidad en la realización del delito, resulta imprescindible reunir los elementos personales necesarios cuando éstos se exigen en el tipo penal. Este criterio es casi unánime por la doctrina, pues “el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto”{435}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. EL ACUERDO O PLAN COMÚN

Como es obvio, la coautoría parte de la base de la intervención de pluralidad de personas en la realización del hecho punible, pero esto no es suficiente, porque a los distintos individuos los debe unir el propósito de realización del supuesto fáctico que fundamenta la conducta punible, sólo esto permite que las acciones no sean simplemente coincidentes sino debidamente coordinadas que impliquen direccionamiento a la realización del delito como objetivo común.

El acuerdo implica que el coautor no sólo conozca que su conducta es un aporte a la realización de un delito sino que debe saber de la actividad de los demás intervinientes en la conducta punible, lo cual se conoce como la reciprocidad en que "todos los sujetos deben tener conocimiento de la conformidad de los demás sobre la actuación conjunta; los demás deben ver en las aportaciones ajenas un complemento a la propia actividad"{436}. La falta de conocimiento de que los demás intervinientes realizarán sus tareas en la comisión del hecho punible no permite la estructuración de la coautoría, pues tal como lo plantea Roxin : "Si de dos intervinientes únicamente uno conoce la interrelación de las partes del hecho, el otro, aun cuando sea autor por su parte, obra entonces a ciegas y el conocedor es autor mediato"{437}.

El acuerdo no necesariamente es formal ni está referido a un tiempo determinado, bien puede uno de los coautores no estar presente en el momento en que se hace el acuerdo pero posteriormente unirse a la tarea criminal con conocimiento del rol que cumplen los demás intervinientes, sin que esto excluya la presencia del requisito de la coautoría; sin embargo, ha de precisarse que el acuerdo debe ser, en todo caso, hasta antes de la terminación de la consumación del hecho punible; tema que permite un mejor manejo por la redacción de la norma del Código Penal colombiano que no alude al denominado "acuerdo previo" que, en criterio de algunos excluiría como aporte de coautor el que se hace en el momento de la realización del

******ebook converter DEMO Watermarks*******

delito{438}, sino que sólo se refiere al "acuerdo común" que puede producirse desde los actos preparatorios hasta en los actos de consumación; pues los actos posteriores a la consumación formal del delito no pueden constituir coautoría por cuanto se violaría el principio constitucional de legalidad{439}, por ello hay unanimidad doctrinal en que el acuerdo puede llevarse a cabo desde la tentativa hasta la terminación de la consumación{440}.

Este aspecto resulta importante en tratándose de los delitos permanentes, pues en ellos un acuerdo con persona distinta a quienes intervinieron en los actos iniciales de consumación pero que se produce cuando ésta aún no ha terminado, si se dan los demás requisitos, puede constituir coautoría. Estas hipótesis no son simplemente de elaboración académica, sino que nuestra realidad las muestra constantemente con múltiples delitos de secuestro que se prolongan por más de seis años.

Tampoco se requiere para la presencia del fenómeno en cuestión que se diseñe "un plan detallado"{441} para la ejecución del delito, sino que basta simplemente que las conductas que cada uno realiza sean convergentes para lograr el resultado que se proponen los que pretenden realizar la conducta punible; de ahí el porqué la doctrina y la jurisprudencia no sólo acepten el acuerdo expreso sino también el tácito para solucionar, entre otros problemas, los de responsabilidad por el exceso.

No es necesario para predicar la existencia del acuerdo común el conocimiento personal de todos los intervinientes, lo importante es que se sepa que el trabajo se ha repartido y que otra u otras personas se encargarán de cumplir las demás tareas, tal como lo afirma Pérez Alonso : "Basta con el conocimiento de que junto a uno intervienen otros con el mismo fin, es decir, siempre y cuando cada uno actúe en división de trabajo consciente y voluntariamente con otros para el logro del plan delictivo común"{442}.

El conocimiento que se exige por el coautor es en relación con el presupuesto fáctico de la conducta punible, no sobre su calificación jurídica,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

lo cual no excluye, obviamente, modificaciones en cuanto a la punibilidad por error en circunstancias diminuentes, bien sea que éstas aparezcan previstas en tipos subordinados y especiales, teniendo en cuenta la clasificación que por su estructura es conocida en la doctrina{443}, tal como lo prevé el numeral 12 del artículo 32 del Código Penal, o en tipos más benignos como se consagra en el inciso segundo del numeral 10 de la norma penal citada.

Una de las características de la coautoría es que cada uno de los intervinientes no realiza la totalidad del delito sino que en éste se integran múltiples comportamientos funcionalmente distribuidos y se imputa la totalidad a cada uno de los coautores en virtud del acuerdo; este elemento permite desarrollar uno de los aspectos más importantes de tal fenómeno jurídico, como es la *imputación recíproca*, la cual consiste en que como ninguno de los coautores realiza integralmente el tipo, la parte realizada por uno de los intervinientes se le imputa a él y a los demás, y la que llevan a cabo los demás coautores también se le imputa; o como lo destaca Kindhauser , en el régimen de cautoría "a cada uno de los agentes no sólo se le imputa como propio aquello que ejecuta de propia mano, sino también la conducta de los demás intervinientes. Por lo tanto, en esta forma de realización del delito, las diferentes aportaciones al hecho se engloban en un único hecho contrario a deber, del que responde cada uno de los cautores como si lo hubiera cometido solo"{444}.

La ausencia de acuerdo común, no sólo para nuestra legislación sino también para la mayoría de la doctrina universal, no permite el tratamiento, como coautores, de los distintos individuos que intervienen sino que cada quien responderá únicamente por la conducta que realizó, denominándose *autoría accesoria*, que se caracteriza porque "dos o más personas sin común acuerdo, actuando cada una de forma independiente y desconociendo la actuación de la o de las otras, producen el resultado típico. Estos casos no

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pueden tratarse como coautoría, pues falta precisamente la decisión común{445}.

2.LA DIVISIÓN DEL TRABAJO

El segundo de los elementos de la coautoría, señalado por el artículo 29 del Código Penal, tiene que ver con la denominada *actuación con división de trabajo,* requisito que supone como es lógico que ninguno de los intervinientes realiza integralmente la conducta prevista en el tipo; sin embargo, debe hacerse una precisión indispensable: el Código Penal nuestro, en materia de coautoría, no optó por la teoría formal objetiva, como puede deducirse de los términos utilizados por la norma, por lo tanto, en nuestra legislación no es presupuesto indispensable que el coautor, dentro de la división de trabajo, cumpla una conducta que por sí misma se subsuma en el tipo penal o sea elemento del tipo o acto ejecutivo que tenga su autónoma adecuación; por el contrario, utilizó una fórmula abierta, vale decir, que el aporte se mide por su importancia en la tarea criminal y no por otra clase de factores, por ello es más adecuado el manejo del instituto a través de la denominada teoría del "dominio del hecho" para distinguirlo de las formas de participación.

El elemento materia de estudio constituye una de las características indispensables de la coautoría, así esté presente también en formas de participación como la complicidad, por eso se dice que "la estructura de la coautoría se basa en el *principio de división de trabajo*, conforme a un plan común acordado para la realización conjunta del tipo, es decir, en la acumulación de esfuerzos y correlación de contribuciones individuales que tomadas en sí complementan la total realización del tipo"{446}.

Cuando la norma exige que haya división de trabajo, apunta a la organización de plurales comportamientos que buscan como fin la realización

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de un delito, pero para llevar a cabo la conducta prevista en el tipo, ordinariamente son necesarios, no sólo los de aquellas personas que ejecutan materialmente el supuesto fáctico rector contenido en la norma, sino también los de otros que lo hacen posible y sin los cuales no se podría llevar a cabo la ejecución; en últimas, la división de trabajo no está circunscrita simplemente a los actos de ejecución típica sino también a aquellos que de manera principal lo condicionan en su concreta realización.

Debe recordarse que con mayor frecuencia el delito no es fruto de una actividad unipersonal sino de verdaderas organizaciones criminales donde cada quien desarrolla su rol, que, en la mayoría de las veces, por sí mismas, no encuentran adecuación en la descripción de conducta que hace el tipo penal, generándose con ello gran discusión en la doctrina, porque algunos consideran que "los actos de coautoría deben mantenerse siempre dentro del marco formal que impone el tipo, pues al coautor se le imputa la realización típica, y no puede ampliarse la coautoría por encima de los límites formales que impone el tipo sin vulnerar el principio de legalidad"{447} , mientras que otros se apartan de la teoría formal objetiva y consideran como coautoría no simplemente los comportamientos que de manera formal y por sí mismos se adecuan en el tipo penal, sino también aquellos que son necesarios para la ejecución típica dentro del plan común.

En todo caso, el requisito de la división de trabajo, por sí solo, nada dice en relación con el fenómeno de la coautoría, pues partícipes como el cómplice también se encargan de una tarea concreta dentro del global plan de realización de la conducta punible, y obviamente esta tarea ha de cumplirse conforme a lo acordado para que resulte concordante y congruente con el propósito global.

Tampoco nuestra legislación exige un momento particular en que deba hacerse el aporte que por división de trabajo corresponde al coautor. Sin embargo, la doctrina mayoritaria, como lo veremos posteriormente, descarta

******ebook converter DEMO Watermarks*******

cualquier forma de coautoría por aportes realizados en la fase preparatoria de la conducta punible, y unánimemente, porque no puede ser de otra manera, consideran los doctrinantes que los aportes posteriores a la consumación del delito en obedecimiento de promesas anteriores serán, en todo caso y sin ninguna discusión, complicidad subsiguiente.

3.IMPORTANCIA DEL APORTE

Este tercer requisito enunciado en los términos anteriores por el Código Penal constituye el de mayor discusión doctrinal, sobre todo por la forma como lo estableció nuestro legislador, pues utilizó expresiones que ni cualifican ni cuantifican adecuadamente el aporte que permita distinguir, con alguna postura igualitaria, el coautor del cómplice.

Cuando la norma estableció como uno de los requisitos para fincar la coautoría "atendiendo la importancia del aporte", le da una orientación al operador del derecho, pero deja sin garantía al destinatario de la norma penal, pues sólo puede entenderse de la redacción del artículo que para que la conducta del interviniente sea coautoría, el aporte tiene que ser importante, pero este juicio se deja librado a la discrecionalidad judicial por ausencia de parámetros para su concreción.

Las distintas formas de intervención en la realización del hecho punible deben constituir un aporte psicológico (determinación o complicidad por reforzamiento del dolo) o material, de esta última especie ha de ser la que sirve de fundamento a la coautoría, pues "ni la mera intervención en el acuerdo, ni la mera presencia en la ejecución (aun si existe una predisposición en el sujeto a actuar en caso necesario), pueden ser suficientes para calificar al sujeto como coautor, ni siquiera cuando las mismas sirvan para reforzar o fortalecer la decisión delictiva previa del ejecutor [...] no resulta plausible afirmar la responsabilidad a título de coautor mediante un

*******ebook converter DEMO Watermarks********

apoyo psíquico”[{448}]; sin embargo, si además del aporte material se brinda el sicológico y el primero es lo suficientemente importante, se calificará la conducta como coautoría y no como determinación o complicidad.

Pero tampoco cualquier aporte material sirve para fundamentar la coautoría, pues ha de tenerse en cuenta que la inmensa mayoría de las formas de complicidad constituyen contribuciones materiales para lograr el buen éxito en la realización delictiva, por ello el aporte para que pueda constituir coautoría debe tener un plus para distinguirla de las formas de participación.

Una de las formas de la denominada teoría del dominio del hecho es la del dominio funcional con la cual pretenden los autores dar una explicación razonable de la coautoría, pues será “coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido”[{449}], según el máximo exponente de la teoría del dominio del hecho y los autores que la comparten; igualmente, destacan como características del aporte de coautoría el que se haga en la etapa ejecutiva y sea esencial para la realización típica, requisito último que ha de mirarse desde un punto de vista *ex ante*[{450}].

El denominado dominio funcional implica no sólo dominio sobre el aporte del coautor, porque en ese caso no habría cómo distinguirlo del partícipe que también domina su contribución, sino dominio del hecho como totalidad; vale decir, que su aporte resulta de tal entidad que unido a los demás es la única posibilidad de lograr el resultado que se busca con el acuerdo; obviamente que estas valoraciones han de hacerse desde una perspectiva concreta y *ex ante,* pues si dentro de las consideraciones que se hagan se incluyen posibles modificaciones que se hubieran podido introducir al plan inicial o se analiza la conducta de cada uno de los intervinientes *ex post*, bien podría concluirse que difícilmente aparecerían comportamientos irremplazables para lograr el resultado inicialmente propuesto, o tal vez

******ebook converter DEMO Watermarks*******

concluiríamos que sin la conducta de uno de los intervinientes también se hubiera podido llevar a cabo la conducta punible.

Un ejemplo claro de la metodología que se debe seguir para establecer si se trata de complicidad o de coautoría es relacionado con el denominado "campanero", pues su situación ha de analizarse de manera concreta y *ex ante* para determinar si se trata de un cómplice o de un coautor. Roxin aconseja tal forma de operar el concepto al expresar: "Así pues, el quedarse vigilando fundamente coautoría o no, depende de las circunstancias del caso concreto y requiere una solución judicial individual"{451}.

Siempre he discrepado de la solución dada por la Corte Suprema de Justicia en casación del 10 de mayo de 1991, por cuanto se hicieron consideraciones que además de no corresponder con la solución legal entonces prevista, pretendió, con base en errónea invocación doctrinal, predicar el fin de la complicidad a favor de la "responsabilidad *in solidum*" y en tal sentido afirmó para fundamentar el concepto extensivo de autor:

> Con esta tendencia nuestro Estatuto -Dcto. 100 de 1980- se adscribe a la corriente legislativa y hermenéutica que trata de imperar en el mundo actual del derecho penal: la complicidad secundaria se bate en retirada bajo la consideración, en especial, de integrar en la autoría todas las actividades de un mutuo acuerdo o plan, que genera una responsabilidad *in solidum* de todos los partícipes cualquiera que fuese el acto de la intervención{452}.

Igualmente, descartó, sin fundamento razonable, la teoría del dominio del hecho y predicó la coautoría de alguien que distrajo a una vendedora de frutas que no tenía posibilidad concreta de avisar a la policía ni de frustrar el proceso de ejecución típica de hurto; la Corte, en decisión mayoritaria, para fundamentar la coautoría, acudió a hipótesis como la posibilidad de evitar un sorprendimien- to en flagrancia o que se avisara a la policía, pero sin que las consideraciones concretas y singulares consultaran esas situaciones especiales, pues no basta afirmar que como en todo caso la vendedora de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

frutas observaría la ejecución del delito, de ello se pudiera deducir la importancia de la intervención del denominado "campanero", para condicionar la realización de la conducta de apoderamiento de bienes ajenos.

De otro lado, hay quienes consideran que la intervención del vigilante será siempre complicidad, pues "por muy importante que sea su función para el plan delictivo, será siempre una figura marginal frente a la central del que toma la cosa me parece fuera de duda"{453}.

Al contrario de esta tesis, se comparte la postura del maestro Roxin , la que fue expuesta con antelación, porque sólo un análisis concreto de la contribución, en un proceso de confrontación con el plan y el trabajo que desarrollan los demás intervinientes, se podrá establecer si en verdad con su aporte tenía el dominio funcional de la ejecución típica.

La doctrina que acoge la teoría del dominio del hecho desarrollada por Roxin , exige dos características en el aporte para que pueda constituir coautoría: la esenciabilidad y el que se lleve a cabo *durante el proceso de ejecución típica*. En relación con el primero, el diccionario de María Moliner define lo esencial como: "Se aplica a lo que constituye la esencia de la cosa de que se trata, o sea que no puede faltar en ella", o, en otra acepción de mayor aplicación para el tema que nos ocupa, "de importancia tan grande que no se puede prescindir de ello", es indudable que la característica expresada en esos términos es de mayor precisión que la utilizada por nuestro legislador, que sólo se refiere a "la importancia del aporte", pero eso no implica que sean incompatibles, por el contrario, el operador del derecho bien puede valerse del recurso del aporte esencial para fundamentar la coautoría.

El carácter esencial del aporte, por ser un concepto axiológico, no excluye la discusión para distinguir entre coautores y cómplices, pero permite una mayor precisión y resta discrecionalidad al juzgador en pro de la garantía del imputado, pero también facilita establecer relaciones de interdependencia entre los distintos intervinientes para que en su conjunto sirva para la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

determinación de la autoría, pues tal como lo expresa Roxin : "Si se quisiera determinar formalmente el punto de vista de la interdependencia, de la imbricación de las aportaciones de una manera adecuada a cualquier situación imaginable, sólo podría decirse que alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la concreta realización del delito. Se trata de un 'principio regulativo': el concepto de la importancia esencial carece de por sí de contenido aprehensible. Sólo tiene sentido de posibilitar al juez, con ayuda de la idea directriz material de la dependencia funcional, una solución que satisfaga las singularidades del caso concreto"{454}.

La doctrina, en forma mayoritaria, ha aceptado el requisito del carácter esencial del aporte para que el interviniente que lo haga tenga el denominado dominio funcional del hecho y por tanto ser considerado como coautor; así, por ejemplo, Pérez Alonso expresa como conclusión que "el tipo de la coautoría exige que las contribuciones prestadas con relevancia objetiva y material desempeñen una función independiente y esencial (escasa, de difícil remplazo), desde la perspectiva *ex ante* del espectador objetivo, para la realización conjunta del tipo, es decir que las mismas deciden y configuran plena y poderosamente el sí y el cómo de la co-realización del tipo: coautoría como dominio (positivo y material) funcional del hecho"{455}; en sentido igual, sobre la necesidad del carácter esencial del aporte del coautor, conforme al plan y de éste como criterio regulativo se pronuncia Gutiérrez Rodríguez5°. Para otros como Gimbernat y quienes comparten su punto de vista, en vez del concepto de esenciabilidad, acuden a la *teoría de los bienes escasos* para determinar la importancia del aporte y definir si se trata de coautoría o complicidad, obviamente, dentro de la legislación española que distingue entre cómplices necesarios y no necesarios. Dice el autor español: "Si el partícipe coopera el delito con un objeto difícil de obtener, con uno del que el autor material no dispone (bien escaso), es coautor [...] prescindiendo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de si, por un azar o realizando un serio esfuerzo, el autor material hubiera podido o no obtener después el bien que el cooperador necesario le proporciona. En cambio, si lo que entrega es algo que abunda, algo que cualquiera puede conseguir, entonces la conducta es de complicidad"{456}.

Desde 1980 nuestro ordenamiento penal, a diferencia de otros como el español, no hace distinciones entre complicidad necesaria y accesoria, y si bien es cierto, la justificación histórica que se dio para acabar con la distinción lo fue que se trataba de una compleja e incierta tarea que no ofrecía seguridad al operador jurídico, bien pronto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia advirtió, con base en un criterio eminentemente causalista, que la que se había conocido, hasta entonces, como complicidad necesaria, era una forma de coautoría. Así se pronunció el alto tribunal, en forma mayoritaria: "La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con sólo obrar o de manera independiente, es decir que ambos al unísono lo realizan como causas coeficientes del mismo"{457}, y en casación posterior puntualizó: "Los cómplices necesarios realizan una fracción del delito tan fundamental que al ser unida al del otro ejecutor, ambas conforman la totalidad del tipo penal de que se trata y que al ser separadas se desintegran"{458}.

Si el cómplice necesario desarrolla una actividad sin la cual no se hubiera podido realizar el hecho punible, como se definía en el Código de 1936 y se hace por algunas legislaciones como la española actual, en el artículo 28 literal b) en términos como: "Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado", no resulta difícil concluir, a la luz de nuestra legislación, que se trata de un coautor porque el aporte es esencial para la realización de la conducta punible, pues nadie dudaría de la "importancia del aporte" para la estructuración de la forma de autoría prevista en el inciso segundo el artículo 29 de nuestra legislación penal, en últimas, tiene el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

dominio funcional del hecho porque sin su aporte éste no se llevaría a cabo.

Obviamente que de esta postura deben exceptuarse los denominados delitos de propia mano, pues en éstos "por más que haya división de trabajo, el único autor es el que realiza personalmente la acción típica, mientras que los restantes serán cooperadores, pero nunca autores porque los aportes no son intercambiables{459}, y los de infracción de deber, por cuanto en éstos por importante que sea el aporte material, si no están vinculados por el deber institucional, no pueden ser coautores.

El propósito de reseñar, brevemente, los más importantes puntos de vista que se han dado sobre la "importancia del aporte" enunciado en esos términos por nuestra legislación como requisito para la coutoría es para que el operador del derecho no convierta cualquier intervención en coautoría, y que, además, cuente con parámetros que garanticen el principio de legalidad y no se regrese a un criterio extensivo de autor donde cualquier contribución, por insignificante que sea, se convierta en coautoría a través de la calificación discrecional de la ponderación del aporte.

La doctrina trae como segundo requisito del aporte para que constituya coautoría el que *la intervención sea en la etapa ejecutiva,* con lo cual excluye la posibilidad de que puedan revestir esta forma de intervención actuaciones cumplidas en la fase preparatoria; lo único que admiten es la no presencia física del coautor en la ejecución, aunque reclaman que de todas maneras en esa etapa se actúe a distancia, coordinando telefónicamente o por otros mecanismos la actuación conjunta{460}. En la doctrina nacional, Suárez Sánchez también descarta la coautoría cuando el jefe de la banda se limita a organizar, planear o dirigir, así las instrucciones las imparta en el momento y lugar de la comisión del hecho{461}.

Para la vigente legislación, de conformidad con la redacción del inciso segundo del artículo 29 del estatuto penal, no es necesario el requisito de la actuación en la fase ejecutiva como absolutamente indispensable para

******ebook converter DEMO Watermarks*******

predicar el fenómeno de la coautoría; inclusive, esta tendencia se percibe en la jurisprudencia, pues basta señalar que nuestra Corte Suprema de Justicia en fallo de febrero del año 2004, sin salvamento de voto, sostuvo:

> Es factible que la teoría objetivo-formal de la *realización* del hecho o de la conducta punible, resulta adecuada para resaltar al autor unitario, no así al plural, puesto que en muchos casos de coautoría el coautor no intervine en *actos de ejecución*, en el sentido objetivo formal, como sucede, por ejemplo, con el organizador de un plan delictivo que está presente en la dirección de la ejecución, pero no materialmente en ella. Su colaboración y aporte es de vital importancia, sin duda, pero no es ejecutiva desde el punto de vista objetivo-formal. Sin embargo, es un coautor, porque dentro de la división de trabajo que complementa el concepto de autor su participación es importante porque está comprendida dentro del *plan de autor*, como así lo admite la doctrina tanto nacional como extranjera{462} (subrayas fuera de texto).

Esta postura responde a una corriente doctrinal que, compartiendo la teoría del dominio del hecho, exceptúa el requisito de la necesidad del aporte en la etapa ejecutiva, pues si bien es cierto, ordinariamente el coautor actúa en la fase de ejecución, entiende que hay aportes que se hacen en la etapa preparatoria que corresponden a verdaderos repartos de funciones dentro del plan común, sin los cuales no podría realizarse la conducta punible. Esta circunstancia habilita para referirnos, brevemente, a la criminalidad organizada en que las características, en lo relacionado con el requisito materia de estudio, resultan de la mayor relevancia.

LOS APORTES EN LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Para nadie que haya administrado justicia penal resulta exótico supuestos fácticos delictivos en los cuales una organización se encarga de la comisión de un delito de homicidio, para lo cual el instigador contrata con el jefe de la banda, y éste organiza la tarea criminal distribuyendo funciones específicas

*******ebook converter DEMO Watermarks********

que pueden ser, por ejemplo, la consecución y suministro de las armas y de las motocicletas que utilizarán los ejecutores materiales, tareas que ordinariamente cumplen las mismas personas dentro de la organización.

Esto que apenas constituye un ejemplo, que no es extraño a nuestra realidad, supone que tanto el jefe de la banda como quienes consiguen las armas y las motocicletas no están presentes en la ejecución del delito de homicidio, pues resultaría irrazonable imaginar siquiera que tanto las armas como las motos sean entregadas en el momento de ejecutar el homicidio a quienes van a utilizarlas, o que para considerar al jefe de banda como coautor deba coordinar por teléfono la actividad delictiva en el momento que ésta se lleva a cabo -según algunos doctrinantes- y se le considere como cómplice cuando previamente ha planificado la actividad, y los intervinientes siguen estrictamente el plan trazado por él, a pesar de no estar en el lugar y momento de la ejecución.

Debe aclararse que las hipótesis a las cuales nos referimos no son aquellas que Roxin llama "Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas"{463}, en las cuales el dominio del hecho depende de la fungibilidad del autor material, sino de organizaciones más simples donde la distribución de trabajo es menos sofisticada y el ejecutor material no se encuentra en la situación de que, si no realiza el hecho, otro lo remplazará de manera inmediata.

No hay mayor razón para limitar el dominio del hecho únicamente a los aportes dados durante la fase ejecutiva, pues hay algunos que se hacen en la etapa preparatoria y *se actualizan por otros intervinientes durante la ejecución del hecho punible,* por tanto, vale la pena hacer algunas consideraciones sobre el denominado "jefe de la banda" que ha ocupado la atención de los doctrinantes.

Gutiérrez Rodríguez no descarta la posibilidad de que el "jefe de la banda" sea coautor, a pesar de no intervenir en el momento de la ejecución

******ebook converter DEMO Watermarks*******

cuando consigna que: "La figura del organizador adquiere en nuestros días una gran actualidad práctica debido al incremento de los delitos que se cometen en el seno de bandas u organizaciones criminales donde la división del trabajo se encuentra estructurada de tal manera que la separación entre los que organizan y los que ejecutan configura uno de sus pilares básicos de su funcionamiento"{464}. la misma autora, con apoyo en algunos tratadistas alemanes, concluye que en principio las actuaciones en fase preparatoria se encuentran más cerca de una intervención delictiva como partícipe, pero si existen otros criterios que hablen a favor de la autoría, como por ejemplo la organización detallada del suceso delictivo o la existencia de una contribución en fase preparatoria que surte efectos en la ejecución, entonces será posible acudir a la coautoría{465}.

Como conclusión, se puede afirmar que en nuestra legislación no es absolutamente necesaria la intervención del coautor en la etapa de ejecución del hecho punible, pues *bien puede ocurrir que aportes indispensables para la realización de la conducta punible se hagan en la fase preparatoria y luego se actualicen en la fase de ejecución sin que esto desvirtúe la calidad de coautor del interviniente;* lo indispensable es que ese aporte no sea una simple cooperación, sino que corresponda a una distribución de trabajo conforme a un plan común y que suministre el dominio funcional del hecho criminal.

Parece una solución legal razonable, en el caso hipotético planteado anteriormente, que la persona encargada de organizar meticulosamente un homicidio, los integrantes de la "banda" que se encargan de conseguir las armas y las motos y demás elementos necesarios en una perfecta distribución de tareas para poder llevar a cabo un magnicidio, respondan como coautores del delito, pues su aporte no sólo ha sido importante sino además condición necesaria para obtener el resultado, necesidad que obviamente se debe mirar, como se afirmó con antelación, desde una perspectiva *ex ante* y concreta

******ebook converter DEMO Watermarks*******

dentro del acuerdo criminal.

No debe olvidarse que muchos de los doctrinantes extranjeros descartan esta solución para dejar a salvo la figura de la cooperación necesaria prevista en esas legislaciones y que punitivamente tratan con igual punibilidad que el autor, supuesto normativo ausente en nuestra legislación que no prevé, específicamente, la denominada complicidad necesaria, por lo cual, como este interviniente da un aporte esencial para la realización típica, debe tratarse como coautor.

El derecho penal, sin renunciar a los principios de legalidad, proporcionalidad y su carácter fragmentario, debe constituir una respuesta adecuada para el tratamiento de fenómenos de criminalidad organizada, pues sólo así las normas pueden adecuarse a las cambiantes formas de criminalidad que muestra al delito como el resultado de una tarea colectiva en la que cada uno de los intervinientes se convierte en "pieza determinante" de la ejecución típica.

D . RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS, DE LAS PERSONAS JURÍDICAS O DE QUIEN ACTÚA A NOMBRE DE OTRO

En el nuevo estatuto penal, dentro del fenómeno de la autoría se estableció una norma que se ocupa de este problema universal, en los siguientes términos:

> También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

La disposición recoge hipótesis de representación legal de personas jurídicas o actuación a nombre de entidades colectivas "de hecho" o de personas naturales -obrar a nombre de otro- y consagra, por vía general, una hipótesis de ampliación del concepto de autor, pues ya no sólo responderá con la pena señalada en el tipo penal quien reúna las calidades exigidas por la disposición penal y quien detente la representación jurídica, sino quien la asuma, obviamente, como lo exige la doctrina, con el consentimiento expreso o tácito de los socios, el cual puede deducirse, en criterio de algunos, de la simple tolerancia{466} .

La responsabilidad penal como autor no deviene simplemente por la posición que se ostenta en la empresa o en el ente colectivo o por la representación asumida, sino por realizar la conducta punible, lo cual debe demostrarse. Un buen ejemplo de aplicación de la norma lo constituye el delito de alzamiento de bienes (art. 253 C. P.) cuando la conducta no la realiza el deudor directamente sino mediante otra persona que asume su representación, evento en el cual quien ejecuta la conducta no tiene la calidad de deudor, y a pesar de ello responderá por el hecho punible.

A pesar de la previsión de la parte general, el legislador estableció en algunas normas de la parte especial una amplia enumeración de personas que pueden ser autores de la conducta punible, como ocurre en la evasión fiscal (art. 313) y la utilización indebida de fondos captados del público (art. 314), entre otros.

E. LA PARTICIPACIÓN

El artículo 30 C. P. señala como partícipes al determinador y al cómplice, personas que no tienen el dominio del hecho y cuya situación jurídica

******ebook converter DEMO Watermarks*******

respecto de la conducta punible depende del autor.

Esta dependencia del partícipe en relación con el autor es lo que la doctrina denomina el *principio de accesoriedad*, que en sus distintas manifestaciones se plantea así: "Las cuatro formas de accesoriedad tomadas en cuenta por Mayer eran, como es bien sabido, la accesoriedad mínima (dependencia de una conducta meramente típica del autor), la limitada (dependencia de una conducta típica y antijurídica), la extrema (dependencia de una conducta típica, antijurídica y culpablemente realizada) y la hiperaccesoriedad (dependencia también de las cualidades personales del autor, de modo que las circunstancias agravantes y atenuantes inherentes a la persona gravan o exoneran al partícipe)"[{467}].

En la legislación de 1980 nada se estableció sobre la accesoriedad; por lo tanto, la solución del problema se dejaba a la doctrina. Hoy, en virtud de lo previsto en el artículo 30, el legislador previó, expresamente, la accesoriedad limitada, pues tanto la determinación como la complicidad sólo se reconocen como punibles frente a conductas antijurídicas del autor.

Este principio de accesoriedad permite el adecuado manejo del dispositivo amplificador del tipo y define la responsabilidad del partícipe, que sólo comenzará cuando el autor realice la conducta que por lo menos quede en el nivel de tentativa; además se precisa que se vulnere o ponga en peligro el bien jurídico, y que no concurran causales que comprometan la ilicitud de la vulneración.

I . LA DETERMINACIÓN

El artículo 30 C. P. sanciona con la pena prevista en el tipo penal a quien determina a otro a realizar una conducta antijurídica, institución que la doctrina denomina también inducción.

En este fenómeno jurídico intervienen tres personas: *determinador,*

******ebook converter DEMO Watermarks*******

determinado y *víctima;* el primero es un partícipe cuya responsabilidad penal se fundamenta en el dispositivo amplificador y se rige por el principio de la accesoriedad limitada; el determinado -ejecutor material- es el verdadero autor que tiene el dominio del hecho y por tanto debe reunir las características personales exigidas en el tipo.

La determinación se distingue claramente de la autoría mediata pues, si bien es cierto en ambas intervienen tres personas, tal como se precisó anteriormente, en ésta el ejecutor material no es autor ni responde penalmente porque ha actuado, como mínimo, sin culpabilidad.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado, por vía de ejemplo, los mecanismos de que se vale el instigador para lograr que el inducido realice la conducta punible; así lo ha puntualizado la Corte: "Determinador es la persona que mediante instigación, mandato, inducción, consejo, coacción -ha de entenderse superable, agregamos nosotros-, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otra realice material o directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal"{468}.

Posteriormente la Corte precisó con indudable acierto, y con base en la mejor doctrina, los requisitos de la determinación, en los siguientes términos:

> En primer lugar, que el inductor genere en el inducido la definitiva resolución de cometer un delito, o refuerce la idea con efecto resolutorio de la idea preexistente, no bastando con realizar una simple cooperación moral ayudándole a perfeccionar el diseño del plan delictivo ya trazado de antemano por el futuro autor material (el denominado *omni modo facturus*); en segundo término, el inducido (autor material) debe realizar un injusto típico, consumado o que al menos alcance el grado de tentativa, pues si su conducta no alcanza a constituir siquiera un comienzo de ejecución, no puede predicarse la punición del inductor; en tercer lugar, debe existir un nexo entre la acción del inductor y el hecho principal, de manera que lo social y jurídicamente relevante es que el hecho antijurídico se produzca como resultado de la actividad del inductor de provocar en el autor la resolución delictiva, a través de medios efectivos y eficaces como los atrás mencionados; en cuarto lugar, que el inductor actúe con conciencia y voluntad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

> inequívocamente dirigida a producir en el inducido la resolución de cometer el hecho y la ejecución del mismo, sin que sea preciso que le señale el cómo y el cuándo de la realización típica; en quinto término, el instigador debe carecer del dominio del hecho, pues éste pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquél despliega una actividad esencial en la ejecución del plan global ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico{469}.

Una de las acepciones del vocablo "determinar", según el *Diccionario de la Lengua Española,* es la de "hacer tomar una resolución", lo que traduce exactamente la actividad que realiza el inductor con el ejecutor material de la conducta punible, pues su actividad es algo más que una simple influencia psicológica sobre el autor; tal como lo ha puntualizado la doctrina, es indispensable que sea el factor esencial para que éste se decida a realizar el comportamiento punible.

El fundamento de la inducción no está en que simplemente originó la idea de realizar el delito, sino en una influencia psíquica determinante de la decisión de realizarlo; la doctrina distingue casos de generación de la idea sin que se estructure la inducción y también fenómenos de determinación frente a personas que ya tienen las ideas e inclusive concebido un plan para realizar el delito. Gómez Rivero se refiere a una de estas hipótesis: "Así pone de manifiesto la posibilidad de que la actuación del inductor no se dirija a hacer surgir la voluntad de ejecución de un plan que él mismo ha propuesto, sino que se limite simplemente a incidir en la voluntad del inducido para que adopte la resolución de ejecución de un plan previamente concebido por éste, ya sea en su totalidad o en sus extremos esenciales, y a cuya ejecución no se acababa de decidir"{470}.

De otra parte, si la influencia psíquica sobre el autor, así se cumpla por cualquiera de los medios enumerados por la jurisprudencia y la doctrina, no es la determinante para la realización de la conducta punible por el autor, se estará frente a una complicidad por reforzamiento de la voluntad, pero no

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ante el fenómeno de la inducción{471}.

Para algún sector de la doctrina{472}, la determinación puede ser también por omisión, sobre todo en aquellos eventos en que se espera de una persona que ocupa una especial función de garantía -autoridad moral- el consejo o la desaprobación sobre la conducta punible que se va a realizar; sin embargo, esta argumentación no resiste su confrontación con la esencia de la inducción, como es el ser factor determinante de la realización delictiva, por lo cual la situación jurídica de quien omite el consejo o la desaprobación de la idea, teniendo la autoridad moral para hacerlo por las especiales circunstancias -padre, por ejemplo-, se encuentra en la situación de complicidad.

La determinación ha de ser para la comisión de un delito concreto y no para la realización de hechos punibles indeterminados; sin embargo, esta exigencia de la concreción ha de mirarse con la amplitud que lo hace Suárez Sánchez cuando expresa: "No es suficiente la general incitación a cometer hechos punibles de cualquier especie, pero tampoco es necesaria una exacta descripción jurídica del acto, pues basta que las indicaciones dadas por el instigador señalen las características del delito hacia el cual se quiere mover la voluntad de otro"{473}.

Este requisito permite establecer las relaciones entre esta forma de participación y el autor, pues cuando no hay correspondencia entre el delito instigado y el efectivamente realizado por el autor material no habrá responsabilidad alguna para quien determinó, por la conducta punible efectivamente cumplida.

En virtud del principio de accesoriedad, la responsabilidad del instigador sólo comenzará en la medida en que el autor material realice, como mínimo, actos ejecutivos constitutivos de tentativa punible; por manera que en el evento en que el instigado se quede solo en los actos preparatorios, ni él ni el instigador responderán por el delito.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Puede ocurrir, también, que el autor material realice no sólo el delito convenido sino, además, otros; hipótesis en la cual el instigador también responderá por estas conductas punibles cuando sean *consecuencia del riesgo creado* por el inicial delito; el dolo en estos casos será eventual. Pero si la decisión de la comisión de la conducta punible no instigada es autónoma del autor material y la realiza sin que sea necesaria para la ejecución de la primera, ni responde al riesgo creado por el delito instigado, no habrá responsabilidad para el determinador por el exceso. También, en ciertos casos podría formularse la posibilidad de responsabilidad del instigador a título de culpa.

2 . LA COMPLICIDAD

El inciso 2° del artículo 30 C. P. define así la complicidad: "Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma".

De ordinario la doctrina ha reconocido que los medios para la contribución a la realización de la conducta punible son ilimitados, y se habla de complicidad física o psíquica, exigiendo de esta última especiales requisitos de conexión causal con el resultado{474}.

El aporte puede darse antes de la realización de la conducta punible -*complicidad antecedente-,* durante la comisión -*complicidad concomitante-* o después de la consumación, siempre y cuando corresponda a promesas anteriores -*complicidad subsiguiente-;* esta última modalidad ha sido discutida por la doctrina por estimar que nunca la complicidad puede ser subsiguiente, en la medida en que hace parte de la conducta punible; tanto es así que la promesa de esconder el botín o venderlo se torna importante como contribución para el momento de la realización, porque se cuenta con ella para la realización típica.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La complicidad debe ser dolosa, vale decir, el cómplice debe conocer que está contribuyendo a la realización de una conducta punible; puede ser por acción o por omisión -siempre y cuando no tenga la posición de garante-, y carece del dominio del hecho pues el interviniente que lo tenga será autor{475}.

Se ha distinguido también entre complicidad necesaria y no necesaria, entendiendo la primera como el aporte sin el cual no se hubiera podido realizar el delito; esta distinción desapareció en el C. P. de 1980 y tampoco aparece en el nuevo estatuto; subsiste sí la norma sobre dosimetría penal que ordena tener en cuenta en la complicidad "el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda" (art. 61 C. P.). La Corte Suprema de Justicia ha considerado, desde la vigencia del Código de 1980, que la complicidad necesaria es una forma de coautoría{476}, y desde la perspectiva moderna del dominio del hecho no queda duda alguna sobre esta solución, menos en tratándose de la nueva normatividad penal, donde la coautoría se define bajo el supuesto de la importancia del aporte.

Varias teorías se han formulado para fundamentar la punibilidad del partícipe; una de ellas ha tomado la complicidad como aportación causal respecto al resultado; otras la definen al margen de la causalidad y se orientan por la teoría del favorecimiento del hecho principal, y entienden este como "la elevación de las oportunidades de producción de resultado. En otras palabras, complicidad consumada es aquella que tiene como consecuencia un incremento del riesgo de ataque al bien jurídico a través del hecho principal"{477}. Como se trata de aportes para contribuir a la ejecución de la conducta punible y con la inducción de formas de participación, estas se pueden dar respecto de delitos de infracción de deber, pero buena parte de la doctrina excluye estos fenómenos con relación a los delitos culposos y omisivos, donde cada interviniente que tenga la obligación de actuar o de no omitir el deber objetivo de cuidado es autor.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

3. EL DENOMINADO " INTERVINIENTE"

El inciso último del artículo 30 de la Ley 599 de 2000 dispone que: "Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte", norma que no aparecía en el código anterior y en cuya interpretación y aplicación no ha sido pacífica ni la doctrina ni la jurisprudencia.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha tenido dos pronunciamientos disímiles sobre los alcances del precepto, y ambos han sido objeto de plurales críticas por parte de la doctrina{478}.

Recién entrado en vigencia el código, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de discurrir sobre el alcance de la norma en comento, para lo cual partió de la consideración de que se trataba de una norma aplicable sólo para los denominados delitos de infracción de deber, que no era una figura autónoma sino un concepto de referencia y destacó las ventajas de la existencia de la norma, porque "zanja de *lege data* toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser inteviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)"{479}. Dos aspectos importantes, de los señalados en la sentencia, han suscitado controversia en la doctrina y en posteriores pronun-ciamientos de la alta Corporación Judicial: el que se extienda el concepto de interviniente a la coautoría y la doble rebaja punitiva que debe hacerse al cómplice, la primera con base en el inciso 2.^{0} del artículo 30, y la otra por cuenta del inciso último del mismo precepto; sobre la viabilidad de la concurrencia de las dos diminuentes nos habíamos pronunciado en la primera edición,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

aparecida antes de la decisión de la Corte.

Posteriormente, la misma Corporación reexaminó el tema jurídico y, por mayoría, decidió que la diminuente punitiva prevista en el numeral último del artículo 30 sólo era aplicable al coautor no cualificado y no lo era en relación con los partícipes (determinador o cómplice). Los argumentos que motivaron el cambio de jurisprudencia partieron del supuesto de que el artículo 30 no se refiere a todas las personas que concurren a la realización del delito "sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición también concurran a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de interviniente para que así se entiendan los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación"{480}, y luego con un argumento basado en el principio constitucional de la igualdad descartó la rebaja de la cuarta parte para los partícipes.

Fue Roxin {481} quien introdujo las categorías de delitos de dominio y delitos de infracción de deber para sustraer a los últimos de la teoría del dominio del hecho como criterio para distinguir entre autores y partícipes; se entiende como delitos de infracción de deber "los tipos penales, en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesiona un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a la formulación del tipo"{482}, vale decir, que lo esencial no es simplemente la cualificación jurídica del sujeto activo prevista en el tipo penal sino la relación de deber cuya violación exige la norma para que pueda estructurarse el delito especial.

Es indudable que en los llamados delitos de infracción de deber, dentro de los cuales se encuentran los denominados por parte de la doctrina como *especiales propios e impropios*, la base del reproche penal no se fundamenta

******ebook converter DEMO Watermarks*******

simplemente en el aspecto fáctico del comportamiento, sino también en la infracción al deber institucional que implica la realización de la conducta; es así como en tratándose del delito de peculado por apropiación, la base de la sanción no es únicamente el atentado contra el patrimonio del Estado, cuya tutela también se predica en relación con los particulares -hurto o abuso de confianza-, sino la infracción al deber de lealtad con la administración pública que tiene el servidor público cuando se le encarga de la administración, tenencia o custodia de bienes.

Nos parecen razonables las respetuosas críticas que se han formulado por la doctrina a las dos sentencias de la Corte Suprema reseñadas anteriormente, a la primera por cuando si bien es cierto, a nuestro juicio, acertó al partir de un supuesto necesario para la interpretación del inciso, como son los delitos de infracción de deber, nos apartamos del fallo únicamente en cuanto extendió la condición de interviniente al coautor; obviamente, respecto del segundo pronunciamiento disentimos en toda su extensión porque creemos que el numeral último del artículo 30 del Código Penal es aplicable, únicamente, a los partícipes, vale decir, determinador y cómplice.

La doctrina, casi en forma unánime, tiene la coautoría como una forma de autoría y, por lo tanto, en los delitos de infracción de deber, para ser coautor, es absolutamente indispensable que la persona que concurra a la realización de la conducta punible esté vinculada por el deber que fundamenta el reproche jurídico- penal. Basta citar algunos reconocidos autores para demostrar este aserto, así, Stratenwerth , en la reelaboración de su obra, señala: "Cuando la ley requiere elementos especiales de la autoría, éstos tienen que concurrir también en caso de coautoría, como en toda forma de autoría, *junto* al (CO-) dominio del curso del acontecer que cumple el tipo. Si ello falta, un interviniente puede ser responsabilizado, incluso si él participa en el dominio del hecho, sólo como partícipe (instigador o cómplice)"{483}. También Maurach , de manera clara, asevera: "Dado que la coautoría es una

******ebook converter DEMO Watermarks*******

forma de autoría, también el coautor debe ser un sujeto idóneo para cometer el hecho, es decir, junto al dominio del hecho debe reunir todos los elementos subjetivos descriptivos especiales en los delitos por propia mano"{484}, y más adelante afirma que igual fenómeno ocurre en los delitos especiales; del mismo criterio son los españoles Santiago Mir, quien señala en forma contundente: "En cuanto verdadero autor, todo coautor debe reunir las condiciones personales necesarias para ser autor de los delitos especiales. *El interviniente no cualificado no puede ser coautor,* sino sólo partícipe"{485}. El profesor Miguel Díaz en su importante obra de autoría se pronuncia en similares términos{486}, y Pérez Alonso predica la necesidad de que concurran en el coautor las cualidades personales y especiales exigidas en el correspondiente tipo{487}, para citar sólo algunos. También, buena parte de nuestros doctrinantes nacionales sostienen que en los delitos de infracción de deber el coautor debe tener la cualificación jurídica. Suárez se pronuncia, a nuestro juicio, fundada y acertadamente, de la siguiente manera: "Tampoco el coautor puede ser interviniente, porque en aquél también deben concurrir las calidades especiales señaladas en el tipo penal, lo cual lo coloca, lo mismo que el autor, al margen de la participación"{488}; con plurales argumentos doctrinales, y de manera clara, también Córdoba Angulo reclama para el coautor la relación de deber y se aparta del criterio jurisprudencial sobre la materia{489}.

La doctrina que se ha invocado constituye sólo un muestreo de la múltiple que coincide en que en los delitos de infracción de deber sólo puede ser coautor quien esté vinculado por el deber extrapenal, cuya violación constituye la esencia del tipo penal, "pues ha de estimarse coautoría siempre que alguien, de acuerdo con otros obligados, mediante cualquier aportación al hecho, incumpliendo las funciones que le están encomendadas, coopera..."{490}.

En los denominados delitos de infracción de deber, nadie que no esté

******ebook converter DEMO Watermarks*******

vinculado por el deber extrapenal previsto en el tipo puede ser autor o coautor, y en esto nos apartamos, respetuosamente, de la providencia de la de la Corte Suprema, pues la figura del interviniente sólo puede referirse a la forma de participación -determinación y complicidad-, no sólo por su ubicación sistemática en el Código -el artículo 30 se refiere a los partícipes-, sino también porque la naturaleza dogmática normativa del fenómeno sólo permite las distintas formas de coautoría dentro de los precisos alcances previstos en el tipo penal, como garantía del principio de legalidad.

Vale la pena destacar, también, que en tratándose de los delitos de infracción de deber el fenómeno de coautoría y participación no se resuelve por la vía del aporte naturalístico como en el dominio del hecho, pues en estos casos el especialmente obligado es autor o coautor, según el caso, por mínimo que sea su aporte naturalístico, en cambio, el no obligado será siempre partícipe y *no tiene la posibilidad de ser autor por importante que sea su aporte naturalístico a la realización de la conducta punible*{491}.

Así por ejemplo, si un servidor público tiene bajo su administración unos bienes y facilita las llaves de la bodega para que otros no funcionarios los sustraigan y se apoderen de ellos, se estará frente a un delito de peculado del cual será autor el servidor público -infringió su deber de lealtad con la administración pública, factor decisivo para lesión al bien jurídico- y los extraneus serán cómplices, así éstos hubieran sacado y transportado los bienes{492}.

La rebaja punitiva prevista en el inciso último del artículo 30 sólo es aplicable al determinador y al cómplice, y tal criterio no rompe el principio de igualdad, pues no puede olvidarse que el particular sólo vulnera un deber general cuando se trata de un delito especial impropio, y en cambio el funcionario vulnera también el deber especial previsto en el tipo, lo cual implica, lógicamente, un mayor reproche; por el contrario, si se compartiera la tesis de la Corte se aplicaría un concepto de igualdad formal que no

******ebook converter DEMO Watermarks*******

consulta los factores que hacen distinto el reproche, y ahí sí se vulneraría el principio contenido en el numeral 13 de la Carta Política que propugna por soluciones distintas frente a fenómenos jurídicos distintos.

Pero aún más, podría argumentarse que no es consistente, desde el punto de vista dogmático, que el "coautor no cualificado de un delito especial" sea acreedor a una rebaja punitiva de una cuarta parte, mientras que el determinador, que tampoco está vinculado por el deber especial, se le imponga la misma pena del autor especialmente obligado. Este argumento es expuesto en forma vehemente por Gómez Pavajeau en los siguientes términos: "El absurdo es tal que se discute en la doctrina si el determinador merece igual o menor pena que el autor, pero nadie ha planteado, ni siquiera en gracia de discusión, que un autor merezca menor pena que un determinador bajo los parámetros de una misma calificación jurídica"{493}.

Siempre he sostenido que al cómplice se le debe hacer la doble rebaja, pues a pesar de que no podrá ser autor por no estar vinculado por la relación especial de deber y esto teóricamente supondría la ausencia de razón, es la norma la que previó tal diminuente y no puede excluirla el operador del derecho sin desconocer importantes principios de larga elaboración por la doctrina penal y constitucional; además no debe olvidarse, tal como lo puntualiza Sánchez-Vera , que "la solución más correcta es la de aminorar la pena en dos ocasiones para el cómplice: una por serlo, y otra por no estar especialmente obligado; en cambio, para el resto de los intervinientes en un delito de infracción de deber, la rebaja de la pena será única, por no encontrarse obligados positivamente"{494}. Lo que sí debe hacer el juez cuando encuentra que el aporte resulta de apreciable importancia es dosificar adecuadamente la pena al cómplice, con rigurosa aplicación de los artículos 30 e inciso último del 61 de la Ley 599 de 2000, por la eficacia de la contribución o ayuda, pero en ningún momento excluir el beneficio que le corresponde como interviniente no vinculado con el deber especial.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

******ebook converter DEMO Watermarks*******

MIGUEL CÓRDOBA ANGULO

Lección 17: Tentativa

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La tentativa[{495}] se encuentra regulada en los artículos 22 del Código Penal de 1980 (Dec. 100) y 27 del nuevo estatuto penal (Ley 599 de 2000).

La tentativa es uno de los dispositivos amplificadores del tipo penal; por tal motivo su ubicación dentro de la teoría del delito se encuentra en sede de tipicidad. Lo anterior en razón a que la parte especial del Código Penal describe los comportamientos en su fase de consumación: por ende, en los supuestos de la misma no es posible realizar el juicio de adecuación típica si no se recurre a un amplificador como el previsto para esta figura.

Para un mejor entendimiento de la tentativa es necesario partir de lo que la escuela clásica denomina el *iter criminis,* y que entre nosotros se conoce con el nombre de camino o recorrido criminal.

I . LAS ETAPAS DE REALIZACIÓN DEL HECHO PUNIBLE ("ITER CRIMINIS")

Por *iter criminis* se entiende el proceso, en parte mental y en parte físico, que va desde que se concibe la idea de cometer una conducta punible hasta su consumación.

Tradicional y mayoritariamente se ha considerado que el delito *doloso* se divide en cuatro etapas fundamentales, como se estudia a continuación.

A . IDEACIÓN

Es el surgimiento o nacimiento de la idea criminal. Se trata de una fase estrictamente subjetiva, ya que sólo existe en la mente del sujeto. Esta primera etapa no es punible en ningún caso, pues rige el principio de que *el*

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pensamiento no delinque. Ejemplo: un sujeto piensa en matar a su enemigo por una venganza.

B. PREPARACIÓN

También denominada actos preparatorios, los que implican una selección de los medios con miras a buscar las condiciones básicas para llevar adelante la comisión de un hecho punible. Se trata de una etapa objetiva-externa, al igual que las siguientes. Ejemplo: comprar el veneno con el que se va a matar.

Los actos preparatorios, por regla general, son impunes, salvo que el legis-la- dor expresamente los haya elevado a la categoría de delito. *Kgr*.: comprar un arma de fuego en el mercado negro configura ya un comportamiento delictivo.

C . EJECUCIÓN

Implica la utilización de los medios elegidos para consumar el hecho. Desde una perspectiva formal, es dar inicio a la realización del hecho típico. Ejemplo: suministrarle a la víctima el veneno.

D . CONSUMACIÓN

Es la obtención del resultado típico perseguido por el autor. Ejemplo: la muerte de su enemigo.

La tentativa, necesariamente, debe ubicarse en la tercera etapa del recorrido criminal, es decir, en la fase de ejecución, por cuanto, como ya dijimos, los actos preparatorios no son punibles, y el último paso daría lugar a una conducta punible consumada mas no tentada. En consecuencia, resulta

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pertinente referirse brevemente a la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos, pues de ello depende que se sancione o no a un individuo, por lo menos en grado de tentativa.

II. DELIMITACIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS ACTOS EJECUTIVOS

Para delimitar actos preparatorios de actos ejecutivos la doctrina ha expuesto innumerables teorías; sin embargo, se pueden agrupar en tres grandes corrientes, a saber: teorías subjetivas, objetivas y mixtas{496}.

A . TEORÍAS SUBJETIVAS

Estas posiciones intentan la delimitación en mención haciendo énfasis en la intención del sujeto agente, es decir, en el plan del autor. Los actos serán ejecutivos si el autor ha realizado todos los actos que él considera necesarios y suficientes para consumar el hecho (teoría subjetiva limitada). Por el contrario, serán meramente preparatorios si de acuerdo al plan del sujeto no ha podido llevar a cabo todos los actos indispensables para ello; ejemplo: si el sujeto pretende matar a otro de varios disparos y efectivamente los realiza pero la víctima no fallece, por la intervención de un tercero, estaremos frente a un acto ejecutivo. En cambio, los actos serán preparatorios cuando este mismo individuo hasta ahora ha comprado el arma para matar a su enemigo de varios impactos.

En nuestra legislación penal no es posible partir de un derecho penal subjetivo, toda vez que entre nosotros impera un derecho penal de acto. Además existen normas rectoras, prevalentes y obligatorias, como son las que consagran los principios de culpabilidad y de antijuridicidad material.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

B . TEORÍAS OBJETIVAS

Dentro de las concepciones objetivas han sido expuestas varias posturas.

Inicialmente se dijo que los actos preparatorios son *equívocos* en tanto los ejecutivos son *inequívocos*. A esta posición se le critica porque un hecho objetivo en realidad no significa nada si no va unido a la intención del sujeto agente.

Otros consideran que los actos ejecutivos empiezan cuando el autor inicia la realización de la conducta descrita en el respectivo tipo penal (teoría objetiva- formal), en tanto los preparatorios son aquellos en que el autor aún no inicia la misma. De esta postura se ha dicho que es "tautológica", ya que no resuelve el problema central de cuándo se empieza, por ejemplo, a matar, y además no sancionaría los actos inmediatamente anteriores a la realización de la acción típica, que sin lugar a dudas configurarían una tentativa, verbigracia, apuntar con el arma al enemigo, con ánimo de matarlo.

Serán actos ejecutivos, para otros, aquellos comportamientos que ponen en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador (teoría objetiva-material), y preparatorios aquellos que todavía no logran poner en peligro el interés protegido por el respectivo tipo penal. Sobre la misma se ha argumentado que no resulta claro lo que por puesta en peligro del bien jurídico debe entenderse.

C . TEORÍAS MIXTAS (OBJETIVO-SUBJETIVAS)

Estas posiciones combinan, a la hora de delimitar actos preparatorios de ejecutivos, criterios subjetivos y objetivos, siendo ampliamente acogidas en nuestro país.

Se parte de que no es posible crear una regla exacta que permita hacer tal diferenciación; por ello debe recurrirse a algunos criterios, para que en cada

******ebook converter DEMO Watermarks*******

caso en particular se resuelva.

Por un lado, debe mirarse el aspecto subjetivo, es decir, el plan del autor. Por otro, el criterio objetivo, es decir, si la conducta desarrollada hasta el momento ha logrado poner ya en peligro el bien jurídico, en cuyo caso hablaremos de acto ejecutivo.

Por peligro debe entenderse, en términos muy generales, la probabilidad de daño al bien jurídico. Es fundamental para los juicios de peligro que la valoración sea *ex ante.*

Ultimamente se ha expuesto como criterio delimitador el concepto de *inmediatez temporal,* el cual se ha definido como "la necesidad de que no falte ninguna fase intermedia entre el acto de que se trate y la estricta realización de alguno o todos los elementos del tipo proyectado"{497}. Como ejemplo, podríamos decir que a quien ya se encuentra apuntando con arma de fuego a su enemigo no le falta sino disparar y consumar el hecho; por tanto no faltan fases intermedias fundamentales y, por ende, se tratará de un acto ejecutivo{498}.

III . CONCEPTO REQUISITOS DE LA TENTATIVA

La figura de la tentativa ha sido regulada expresamente por el artículo 22 del Código Penal de 1980, de la siguiente manera:

> *Tentativa*. El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado.

Cuatro son los requisitos básicos que se exigen para poder configurar la figura de la tentativa.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

A . PROPÓSITO DE COMETER UNA CONDUCTA O HECHO PUNIBLE (DOLO)

El primer requisito de la tentativa es el propósito de realizar una conducta punible, es decir, el dolo. De ahí podemos extractar ya algunas conclusiones, tales como: la tentativa únicamente se predica de delitos dolosos, y por ende no cabe en los culposos ni en los preterintencionales.

El artículo 22 del Código de 1980 presenta una falla de técnica legislativa toda vez que inicialmente menciona "hechos punibles", significando que puede predicarse de la tentativa de los delitos y de las contravenciones; sin embargo, al momento de la disminución punitiva manifiesta que la pena se rebajará del "delito consumado", dando origen a la discusión sobre si cabe o no la misma en las contravenciones. Lo anterior fue corregido por el nuevo Código Penal en el artículo 27, en el cual se unifican dichas expresiones y se habla de "conducta punible" (delitos y contravenciones).

Otra discusión que se presenta frente a la exigencia del dolo como requisito es si los inimputables pueden o no actuar en grado de tentativa. Si partimos de un esquema causal, en el cual se considera que los inimputables actúan sin culpabilidad, es decir sin dolo, no responderán por tentativa, sino por lo efec-tivamente realizado hasta ese momento; esta es la solución que ofrece, según la mayoría, el Código de 1980. Por el contrario, en un esquema final{499} los inimputables actúan con dolo (natural), y en consecuencia podrían responder por tentativa. Esta, al parecer, es la solución que ofrece el nuevo Código Penal al replantear el concepto de dolo (art. 22).

Hoy, mayoritariamente se acepta que la tentativa puede predicarse de los delitos cometidos a título de dolo eventual.

B . PRINCIPIO DE EJECUCIÓN DE LA CONDUCTA PUNIBLE

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Para la existencia de la tentativa no bastan los actos meramente preparatorios, sino que es indispensable que el sujeto agente haya dado inicio a la ejecución de la conducta punible. Lo que se entienda por acto ejecutivo depende de la teoría que se acoja (subjetiva, objetiva o mixta), como tuvimos oportunidad de explicarlo anteriormente.

C . IDONEIDAD UNIVOCIDAD DE LA CONDUCTA

Idónea es la conducta que de acuerdo a reglas de experiencia es apta para producir un determinado resultado. Unívoco es el comportamiento humano que se dirige inequívocamente a un fin específico y determinado.

La idoneidad se predica de la conducta y no de los medios utilizados. Obviamente este concepto es relativo, pues lo que puede ser apto en un caso específico puede no serlo en otro. Ejemplo: un golpe en el rostro de un individuo por parte de otro no puede tildarse de tentativa de homicidio, en condiciones normales; sin embargo, si quien golpea a un niño es un boxeador profesional podría, si se presentan los demás requisitos, configurarse la tentativa de dicho delito.

Es obvio que si la conducta no es idónea no puede hablarse de tentativa, verbigracia: no se puede imputar esta figura a quien intenta matar a otro con una pistola de juguete.

D . NO CONSUMACIÓN DEL HECHO POR CIRCUNSTANCIAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL AGENTE

Este último requisito se refiere a la no consumación del hecho tal como lo quería el sujeto agente, por circunstancias ajenas a su voluntad. Dicho en otras palabras, el resultado perseguido no se consigue por una circunstancia

*******ebook converter DEMO Watermarks********

extraña a la voluntad del individuo. Ejemplo: el ladrón es sorprendido por la policía en el momento en que intentaba apoderarse de un bien mueble ajeno.

IV . CLASES DE TENTATIVA

Si bien nuestro Código de 1980 no consagra diferentes modalidades de tentativa, pues únicamente prevé la del artículo 22, es preciso referirnos a ellas, ya que nuestra legislación anterior (C. P. de 1936) distinguía cuatro clases de ella; algunos ordenamientos penales extranjeros también las regulan y, finalmente, el nuevo Código de 2000 habla de dos modalidades, como lo veremos más adelante.

Cuatro son las clases de tentativa que tradicionalmente se han estudiado.

A. TENTATIVA INACABADA

Se entiende que una tentativa es inacabada cuando se da comienzo a la ejecución del hecho pero el resultado no se logra por una circunstancia ajena a la voluntad del sujeto agente.

La doctrina entendió que eran cuatro los requisitos exigidos por esta figura, que son exactamente los mismos ya citados, es decir: 1 . Propósito de cometer un hecho punible; 2. Principio de ejecución; 3. Idoneidad y univocidad de la conducta y, 4. No consumación del hecho por una circunstancia ajena.

Como ejemplo podríamos citar el caso de la persona que va a disparar contra su enemigo y es detenida en ese instante.

B. TENTATIVA ACABADA

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Se tiene por tentativa acabada aquella en la cual se realizan *todos los actos necesarios* para la consumación de un delito pero éste no se logra por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Para esta clase de tentativa se exigían los siguientes requisitos: 1 . Propósito de cometer un hecho punible{500}; 2. Ejecución de *todos los actos necesarios* para la consumación; 3. Idoneidad y univocidad de la conducta y, 4. No consumación del hecho por una circunstancia ajena{501}.

Si un individuo disparaba sobre su enemigo en cinco oportunidades, con ánimo de matar, y no se conseguía el resultado muerte, se hablaba de una tentativa acabada{502}.

C . TENTATIVA IMPOSIBLE

Característica de la tentativa imposible, decía Reyes Echandía , "también llamada 'inidónea', es la de que la no consumación del hecho no se debe ni a la presencia de factores endógenos o exógenos que paralicen involuntariamente la acción comenzada, ni a la propia determinación del agente, sino a completa inidoneidad de la conducta para alcanzar el fin propuesto o inexistencia o falta de cualificación típicamente exigida del objeto material o del sujeto pasivo"{503}.

En general la doctrina entiende que se presenta la tentativa imposible en los siguientes eventos:

1. Inidoneidad de la conducta: esta a su vez puede ser absoluta o relativa. Ejemplo de la primera, también llamada irreal, sería el intentar matar a otro por medio de un conjuro, y del segundo sería suministrarle un veneno en una cantidad no apta para matar.

2. Inexistencia del sujeto pasivo: verbigracia, cuando se dispara sobre el enemigo creyendo que se encontraba durmiendo en su habitación y en realidad éste ni siquiera se encontraba en la casa; o inexistencia del objeto

******ebook converter DEMO Watermarks*******

material: por ejemplo, se pretendía hurtar un cuadro específico y éste se había prestado a un museo en otra ciudad.

3. La no cualificación del sujeto pasivo: por ejemplo, el individuo que tiene una relación sexual con una persona creyendo que es menor de 14 años cuando en realidad tiene 15 años (error de tipo al revés).

4. Tanto en el Código de 1980 como en el nuevo no es posible imponer una sanción de carácter penal en todos los supuestos contemplados en esta modalidad de tentativa{504}.

D . TENTATIVA DESISTIDA

Se presenta la tentativa desistida cuando un individuo, con el propósito de cometer una conducta punible, da inicio a la ejecución pero voluntariamente se abstiene de consumar el hecho, pudiendo hacerlo.

Se pueden presentar dos situaciones: la primera, cuando lo realizado hasta el momento no configura hecho punible alguno, en cuyo caso el sujeto no responde de nada; por ejemplo: un sujeto abre un vehículo con ánimo de hurtar el radio pero desiste y no lo hace; en estos supuestos no responde de nada; la segunda, cuando lo efectuado hasta ese momento configura un hecho punible, en cuya hipótesis debe responder por ello; verbigracia: un sujeto, con ánimo de matar, dispara contra otro, luego desiste y le salva la vida; en este evento debe responder por las lesiones efectivamente ocasionadas. Esta es la solución que se presenta frente a nuestro ordenamiento punitivo de 1980.

Para efectos del desistimiento se exigen dos requisitos fundamentales: uno, que sea *eficaz,* y dos, que sea *voluntario.*

V . LA TENTATIVA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL (LE 599 DE 2000)

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La tentativa se encuentra regulada en el nuevo Código Penal en el artículo 27 de la siguiente manera:

> El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.
>
> Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.

En el inciso 1° del artículo se regula la figura de la tentativa y en realidad no presenta cambios sustanciales, salvo el unificar la expresión "conducta punible", corrigiendo la falla de técnica legislativa que presenta el artículo 22 del Código de 1980, y que permite de manera clara predicar la tentativa tanto en los delitos como en las contravenciones.

En cuanto a los requisitos de la tentativa, siguen siendo los mismos ya aludidos anteriormente, es decir, propósito de cometer una conducta punible, principio de ejecución, idoneidad y univocidad de la conducta, y no consumación del hecho por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto.

El inciso 2°, que consagra una modalidad de desistimiento, es tal vez el que ha generado mayor controversia.

Para un mejor entendimiento de este inciso vamos a partir de dos ejemplos: un individuo, con ánimo de matar a su enemiga, la lanza al río para que muera ahogada; sin embargo, se arrepiente e intenta sacarla, pero un tercero que está en la orilla es quien la salva; o un sujeto coloca una bomba para que explote a determinada hora, se arrepiente y se dirige al lugar para desactivarla, pero segundos antes la policía ya lo ha hecho.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

En estos supuestos el sujeto agente inicia la ejecución de la conducta punible y posteriormente desiste; sin embargo, el hecho no se produce por una circunstancia ajena, como puede ser la intervención de un tercero.

A nivel legal y doctrinal esta clase de desistimiento ofrece tres alternativas:

— Eximente de responsabilidad penal (art. 16 C. P. español).

— Eximente de punibilidad (art. 24 C. P. alemán y la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera)[{505}].

— Atenuación de la pena, como está regulado en el artículo 27 del nuevo Código Penal.

El problema central radica en el desvalor de resultado, ya que la puesta en peligro al bien jurídico es revertida por un tercero y no por quien lo ocasionó; con base en ello se plantea la discusión de si ello permite prescindir de la pena o simplemente disminuirla. La posibilidad de eximir de responsabilidad penal implicaría considerar que en estos supuestos no existe ni desvalor de acción ni desvalor de resultado.

Ahora bien, y como quiera que el artículo 27 del nuevo estatuto estipuló para esta clase de desistimiento únicamente una disminución punitiva, como alternativa se propone recurrir a la *necesidad de pena* consagrada en el artículo 3°, es decir que, si se considera que la pena no es necesaria, que no cumple funciones de prevención, se puede prescindir de la misma. De esta manera se combinarían la eximente de punibilidad, en algunos supuestos, y la disminución punitiva, en otros.

Con relación al inciso 2° del artículo 27 del nuevo Código es preciso indicar que, respecto de la rebaja de pena ahí prevista para los casos en que el sujeto hace todo lo necesario para evitar el resultado y el hecho no se produce por una circunstancia ajena, dicha rebaja se realiza sobre la pena prevista para el delito que se intentaba *consumar.* Obviamente para estos supuestos la pena siempre va a ser menor que la de la propia tentativa, por cuanto para esta

******ebook converter DEMO Watermarks*******

clase de desistimiento se parte de una pena no menor de la tercera parte del mínimo, en tanto la tentativa parte de una pena no menor de la mitad del mínimo.

Una última dificultad que ofrece el inciso 2° mencionado es que no diferencia ni regula qué sucede si lo realizado hasta el momento configura o no una conducta punible; es decir, daría igual, en el ejemplo de lanzar a la víctima al río, que al caer no le sucediera nada o se le ocasionara una pérdida anatómica de un miembro, lo cual no parece correcto desde el punto de vista punitivo, ya que en el evento de pérdida anatómica ni siquiera se respondería por lo realizado, que es lo mínimo que podría exigirse.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Lección 18: Concurso de tipos penales

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el estudioso del derecho penal se enfrenta al tema del concurso, también denominado unidad y pluralidad de delitos, debe comenzar por distinguir los conceptos de concurso de tipos y concurso de conductas punibles.

Bástenos por ahora manifestar que la concurrencia de tipos penales se presenta bajo cualquiera de las modalidades que se exponen en el artículo 31 del nuevo Código Penal de 2000 (Ley 599), aunque, como lo veremos, la mayoría de estas no son un asunto que atañe a la tipicidad; y el concurso de conductas punibles se presenta cuando el concurso de tipos resulta además antijurídico y culpable, por lo que el asunto se centra en la punibilidad.

Aparece lógico que cuando el funcionario judicial se enfrenta a una conducta típica, que además es antijurídica y culpable, deberá adoptar como consecuencia una pena, precisamente la que le corresponda a la acción típica. De la misma manera, cuando se enfrenta a una pluralidad de acciones debe imponer varias penas, siempre que, repetimos, estas acciones resulten ser punibles. En el primer evento nos encontramos ante un delito, y en el segundo ante un *concurso real de delitos*.

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas en la realidad jurídica, pues en ocasiones puede ocurrir que lo fáctico sea la realización de una sola acción que se adecua perfectamente en dos o más tipos penales a la vez, o que esa plural adecuación sólo sea aparente, eventos denominados *concurso ideal* y *concurso aparente*, respectivamente.

También, y lo pone de manifiesto el parágrafo del artículo 31 mencionado, puede ocurrir que lo aparente no sea la pluralidad de adecuaciones, sino que aparentemente se esté en presencia de una pluralidad de acciones adecuables al mismo tipo penal; es decir, el funcionario o

******ebook converter DEMO Watermarks*******

intérprete observa la existencia de una sola adecuación típica con una aparente pluralidad de acciones, cuando en realidad ella es una sola, caso en el cual nos situamos frente a un *delito continuado* o un *delito masa.*

En lo que hace al concurso cierto, el nuevo Código recoge estos fenómenos que doctrinal y jurisprudencialmente se han conocido como concurso simultáneo o sucesivo y homogéneo o heterogéneo.

No dice nada la ley del tradicional aparente concurso, pues siendo la norma en mención reguladora de punibilidad no es necesario que se ocupe de lo que ya hace el resto del ordenamiento jurídico penal, en el que se indica que para a cada delito hay una pena. En otras palabras, si el aparente concurso no es concurso no hay razón para que la norma se ocupe de regular su punibilidad, cuando se deben seguir las pautas generales.

No ocurre lo mismo con los denominados *delito masa* y *delito continuado* pues, siendo aparentes concursos reales, sí merecen la atención de la norma en mención, lo que se explica por el hecho de haber considerado el legislador que la punibilidad de estos casos varía con respecto a la del delito único.

Ahora bien, como ha quedado planteado el tema del concurso ofrece dos particularidades sustanciales: por un lado, el referente a la adecuación típica, que atañe solo a algunos casos, y por otro, el atinente a la punibilidad, que afecta todos los eventos que atraviesan la tipicidad, pasando por la antijuridicidad y la culpabilidad, llegando a las consecuencias de la declaratoria de responsabilidad. A estos asuntos nos referimos a continuación, sin olvidar que en todo caso el cuestionamiento básico que debemos hacernos es si estamos ante una o ante varias acciones, para lo cual puede, a manera de guía, consultarse a Jescheck en su *Tratado*[1].

II . ADECUACIÓN TÍPICA DE LAS DIVERSAS CONDUCTAS

En la parte final del aparte anterior manifestamos que el tema de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

adecuación típica no es asunto que interese para todos los casos que el Código trata como concurso en el artículo 31, pues es evidente que en algunos de los eventos el proceso no ofrece problema alguno y su consagración legal solo se justifica en razón de la regulación de la punibilidad o para efectos procesales. Veamos.

A . CONCURSO HETEROGÉNEO SIMULTÁNEO

También conocido como concurso ideal, se presenta cuando una misma conducta (acción u omisión) se adecua a varios tipos penales distintos sin que se excluyan entre sí. Son requisitos la unidad de acción, el múltiple desvalor frente a la norma y la unidad de sujeto agente.

B . CONCURSO HETEROGÉNEO SUCESIVO

Aquí nos situamos frente a varias conductas que se adecuan a varios tipos penales, lo que supone interés solamente para efectos de punibilidad y de naturaleza procesal, pero en realidad no ofrece ningún aspecto problemático en sede de tipicidad, pues el funcionario o intérprete simplemente debe hacer la adecuación de cada una de las conductas. Sin más estamos, dogmáticamente hablando, frente a varios delitos únicos que solo concurren porque así lo indican los fines de la pena y lo exige el derecho procesal. Se presenta este concurso, por ejemplo, cuando el sujeto activo mata, al otro día hurta, más tarde viola, etc.

C . CONCURSO HOMOGÉNEO SIMULTÁNEO

Esta clase de concurrencia se presenta cuando una sola acción se adecua

*******ebook converter DEMO Watermarks********

varias veces al mismo tipo penal, sin excluirse entre sí. Por obvias razones los requisitos son la unidad de acción, de agente, y la multiplicidad de desvalores sobre el mismo elemento normativo. Podríamos mostrar este concurso con el ejemplo de quien con una bomba de gran potencia logra matar a varias personas.

D . CONCURSO HOMOGÉNEO SUCESIVO

Al contrario del concurso heterogéneo sucesivo, aquí el autor realiza varias conductas que se adecuan todas, siendo distintas, a varios tipos penales que coinciden en número con el de acciones desplegadas. El principal problema que plantea la realidad jurídica alrededor de esta modalidad concursal es la determinación de la unidad de acción que se opone al concurso homogéneo sucesivo, en el que, lógico, aparecen varias acciones independientes, como lo vimos. Así quien en diferentes oportunidades realiza tortura sobre diferentes personas.

III . APARENTE CONCURSO

Puede ocurrir, como quedó planteado, que el intérprete se enfrente a un escenario en el cual, *prima facie*, aparezca que existe un concurso de tipos penales, bien porque parece que la conducta se adecua a varios tipos penales a la vez o al mismo varias veces o, por otro lado, que aparentemente se esté ante una pluralidad de acciones que se adecuan al mismo tipo penal cuando en realidad es solo una fraccionadamente realizada. Estos dos fenómenos, a los cuales nos referimos a continuación, se conocen como concursos aparentes o aparentes concursos.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

A . APARIENCIA DE ADECUACIONES

A fin de no sancionar dos veces por lo mismo -*non bis in idem*- se debe tener especial cuidado en el proceso de adecuación típica, para no llegar a calificar la actuación como tipicidad plural cuando en realidad es una sola.

En efecto, puede ocurrir que el funcionario judicial observe, al analizar la conducta concreta a la luz del catálogo de delitos, que esta se ajusta a lo dispuesto en varios tipos penales a la vez, pero, estudiado más a fondo el asunto, concluya que en realidad solo se trata de una adecuación perfecta, bien porque una de las normas contentivas del comportamiento es más específica que la otra; porque una absorbe el desvalor de la otra; porque una solo se aplica en defecto de la otra; o porque una de ellas se muestra inaplicable; en síntesis, porque una excluye la otra.

Aparece lógico, como decíamos, que este fenómeno de concurrencia aparente de tipos no esté regulado expresamente en el Código, pero para evitar la doble sanción al hecho único, y conforme a lo dicho, el derecho penal ha ideado algunos criterios de interpretación que le permiten al funcionario concluir lo correcto, es decir, la unidad de adecuación por unidad de tipo. Nos referimos a los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción.

I. ESPECIALIDAD

Un tipo penal excluye a otro por especialidad cuando, a más de contener las mismas características básicas del subordinado, contiene una o más que aparecen presentes en el hecho concreto.

Normalmente el fenómeno se presenta entre los tipos básicos y agravados o atenuados, como en el homicidio y el homicidio por piedad.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

2. SUBSIDIARIEDAD

Resuelve el aparente concurso el principio de subsidiariedad cuando el tipo penal solo se aplica en tanto no haya otro que interfiera la aplicación del primero.

Se reconocen doctrinal y jurisprudencialmente la subsidiariedad expresa y la subsidiariedad tácita. La primera de ellas se presenta cuando el legislador mismo se encarga de señalarla en el tipo penal, como ocurre en el evento del artículo 412 del Código Penal, en el cual se utiliza la fórmula "siempre que la conducta no constituya otro delito". La segunda, como reconoce Velásquez Velásquez [2], habrá que deducirse de la misma ley y se presenta en el caso de los hechos copenados anteriores, como es el caso de la tentativa frente al delito consumado, y de los hechos de concurrencia de grados de participación en el mismo hecho.

3.CONSUNCIÓN

Se presenta exclusión de tipos por consunción cuando uno contiene el desvalor del otro. Así ocurre en los denominados hechos posteriores copenados, como cuando alguien se apodera de cosa mueble ajena y posteriormente la destruye, caso en el cual será hurto, y no concurso entre este y daño en bien ajeno, o en los hechos típicos acompañantes, como cuando la ropa de la víctima sufre daños como consecuencia del disparo propinado por el agente{506}.

Zaffaroni manifiesta que la diferencia entre este criterio y el de especialidad está dada por el hecho de que en la especialidad hay un tipo penal que consume conceptualmente al otro, pudiendo y debiendo darse por realizado el consumido, mientras que en la consunción uno consume a otro pero no conceptualmente sino materialmente, sin que sea necesario que en

******ebook converter DEMO Watermarks*******

todos los eventos los dos se den por cumplidos[{507}].

4. ALTERNATIVIDAD

Algunos consideran la alternatividad como uno más de los criterios de interpretación del concurso aparente, según el cual cuando dos tipos protectores del mismo bien jurídico contienen descripciones totalmente opuestas no pueden concursar porque se excluyen entre sí.

B . APARIENCIA DE CONDUCTAS

Como lo pusimos de manifiesto, es posible que el intérprete se enfrente a una única tipicidad, con aparente pluralidad de conductas, cuando en realidad se trata de una sola que ha sido realizada por el agente de tal manera que pueda aparecer, *prima facie,* como plural.

El tradicional evento es el delito continuado, que ha sido comúnmente ilustrado con el ejemplo del cajero del banco que, habiendo planeado apoderase de una suma de dinero, lo hace por fracciones para no hacerlo notorio, hasta que cumple su cometido. Además se habla del delito masa. Veamos.

I.DELITO CONTINUADO

Se presenta cuando aparentemente se está en presencia de un concurso homogéneo sucesivo, lo que supondría pluralidad de acciones que se adecuan varias veces al mismo tipo penal, pero analizado lo fáctico frente a lo normativo se tiene solo una acción fraccionada, lo que significa un delito, una tipicidad y una pena.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

Obviamente la modalidad de la acción (el ser fraccionada) y la trascendencia del resultado así producido hacen que el desvalor del injusto sea superior al que tendría un delito realizado en un solo acto, lo que justificaría que la punibilidad sea cuantitativamente superior.

Se ha entendido que los requisitos obligatorios del delito continuado son la unidad de propósito, la pluralidad de acciones unidas por un nexo de continuidad que haga que el derecho las asuma como una sola, la homogeneidad del tipo- bien jurídico, la unidad de sujeto pasivo y activo. De ellos el que más discusión suscita, no por su existencia sino por su naturaleza, es el de la pluralidad de acciones, pues hay: quienes entienden que no se trata de un número plural sino que naturalmente es solo una (teoría de la realidad natural); quienes la entienden como una verdadera multiplicidad natural de acciones que el derecho asume ficticiamente como una sola (teoría de la ficción jurídica), y quienes la entienden como una unidad jurídica (teoría de la realidad jurídica) que expone que la acción u omisión jurídico penalmente es distinta a la natural y solo la puede deducir el propio marco normativo.

Por otra parte, en ocasiones se presentan acompañando al delito continuado circunstancias cuya presencia, si bien no indica necesariamente la existencia del mismo, puede orientar al intérprete en su labor para su determinación, como lo son la identidad de *modus operandi* y la realización del delito en un lapso más o menos determinado.

2.DELITO MASA

La verdad es que el delito masa es otra de las modalidades de unidad de acción en que aparentemente se realizan varias acciones. Por ello es una clase de delito continuado, solo que con pluralidad de sujetos pasivos, en el que el agente decide lograr su cometido con varias víctimas a quienes afecta con unidad de propósito{508}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Para ilustración del delito masa en Colombia vale consultar la sentencia de casación de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Carlos Gálvez Argote , del 3 de diciembre de 1996.

IV . PUNIBILIDAD DEL CONCURSO

A . CONCURSO EFECTIVO

Manifiesta el artículo 31 que, para todos los eventos de concurso de conductas punibles, el autor quedará sometido a la pena más grave de las previstas en los tipos que concurren, aumentada hasta en otro tanto sin que se supere la suma aritmética de todas ni el máximo de pena establecido en la ley.

Aunque el contenido de la norma es claro, también lo es que no siempre la punibilidad del concurso se maneja de la misma forma pues, por el contrario, existen varios métodos que dependen de la legislación, encontrándose no pocas que utilizan más de uno. Ellos tradicionalmente son los que siguen.

I. SUMA ARITMÉTICA

Según este principio las penas de los diferentes delitos cometidos se suman; así, si se presenta un concurso efectivo que se decida en sentencia deberá hacerse la suma aritmética de las dos sin que se supere el término máximo de la pena establecido como límite general.

Se critica este criterio fundamentalmente porque por esa vía podría llegarse a sancionar de manera desproporcionada, y desde los fines de la pena puede aparecer doble la actuación de ella en el individuo, en tanto que con la

*******ebook converter DEMO Watermarks********

aplicación de una de las sanciones se tiene por logrado mucho de lo que pretende la otra, lo que le haría perder el sentido.

2. ABSORCIÓN

Según este principio la pena a aplicar es la más grave de las previstas en los tipos concurrentes.

3.ASPERSIÓN

Según este criterio, se parte de la pena más grave de las establecidas para los tipos concurrentes, agravándola dependiendo de las previstas para los demás tipos que concursan, limitándose de ello siempre por máximos que hagan que en la práctica se llegue al uso del criterio de acumulación matemática.

4.COMBINACIÓN

Aunque no corresponde propiamente a un criterio para la regulación punitiva de los concursos, así algunos autores lo mencionen como tal, según este principio, cuando en las varias tipologías concurrentes se establecen penas de distinta naturaleza serán dosificadas conforme al criterio que de las anteriores se escojan las que tienen la misma naturaleza, y las demás se aplicarán normalmente. Así, por ejemplo, si concurren dos delitos, de los cuales uno tiene pena de multa y los dos de prisión, se acumularán, sumarán, asperjarán o absorberán las de prisión, y la resultante se combinará con la de multa.

5. EL CRITERIO RECOGIDO POR LA LE 599 DE 2OOO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Conforme a lo indicado al inicio de este literal, debemos concluir que el Código Penal colombiano acoge el criterio de la aspersión, aunque para efectos de concurso de conductas que prevean sanciones de diferente naturaleza echa mano del criterio, apenas obvio, de la combinación, en tanto que agrava la pena del delito más grave, sin superar ni la suma aritmética de las penas de los tipos concurrentes ni el máximo de la ley, haciendo que el juez, además, imponga las de naturaleza distinta contenidas en las varias disposiciones.

B . DELITO CONTINUADO DELITO MASA

Vale preguntar porqué, en nuestro Código Penal, la punibilidad es mayor en los delitos de apariencia de acciones concurrentes con respecto al delito único si, como quedó establecido, se trata de un solo delito, es decir, de una sola acción que encaja o se adecua en un solo tipo penal.

La verdad es que el legislador considera que, sobre el supuesto del desvalor de acción como elemento cofundante del injusto, la acción fraccionada aumenta dicho desvalor y por ende el injusto. El otro elemento cofundante del injusto, es decir el desvalor de resultado cuantitativamente hablando, no puede ser determinador del aumento del juicio para el delito continuado o el delito masa, pues bien puede ocurrir que este sea superior en un delito realizado con un solo acto respecto de uno cuya acción ha sido fraccionada, y sin embargo la punibilidad del continuado o masa se aumentará en una tercera parte según la fórmula del parágrafo de la norma multicitada. Sin embargo, debe reconocerse que el desvalor de resultado aparece mayor en el delito continuado y el delito masa respecto del común, por la intensidad que significa la lesión fraccionada.

A manera de conclusiones podríamos hacer algunos comentarios acerca de los códigos penales colombianos, el de 1980 y el de 2000:

******ebook converter DEMO Watermarks*******

1. Se mantiene la clasificación tradicional de concurso de tipos penales según la cual este puede ser homogéneo o heterogéneo y sucesivo o simultáneo, de manera que resulta solo posible la existencia de concurso de tipos penales simultáneo homogéneo, simultaneo heterogéneo, sucesivo homogéneo y sucesivo heterogéneo.

Desde el punto de vista procesal y de la punibilidad, es evidente que en los cuatro eventos estamos en presencia de concurso de tipos penales, pero, a decir verdad, desde el punto de vista sustancial, al cual hace referencia el problema, sólo estamos en presencia de concurso en los eventos que se denominan simultáneo homogéneo o heterogéneo.

2. Se mantiene la regulación tácita de lo que se conoce como concurso aparente, según el cual, por respeto al *non bis in idem*, no se puede juzgar como concurso lo que solo en apariencia lo es.

Para determinar el concurso aparente, o aparente concurso (expresión menos confusa), se acude a los criterios tradicionales de especialidad, subsidiariedad, consunción y alternatividad (según algunos).

3. El aparente concurso se puede presentar no solo por apariencia en las adecuaciones típicas, sino por apariencia en la pluralidad de acciones cuando es solo una, como en los casos de delitos continuados y delitos masa.

4. Se mantiene el criterio punitivo de la aspersión unido al de combinación para penas de diferente naturaleza.

5. Se mantiene la prohibición de que la pena jurídicamente acumulada supere el máximo punitivo establecido en el Código Penal, aunque dicho máximo varió en al Ley 599 de 2000 respecto del Código de 1980.

6. Cambia en el nuevo Código Penal la denominación de la figura, pues como puede observarse se pasa de "concurso de hechos punibles" a "concurso de conductas punibles", utilizada por la Ley 599 de 2000.

En realidad la variación o el cambio no corresponde exclusivamente a la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

figura del concurso, pues se presenta a lo largo de toda la exposición legislativa para, como lo afirma la exposición de motivos del nuevo Código, "resaltar el derecho penal de acto".

7. Se exige que el funcionario dosifique las penas de cada una de las conductas que concurren, antes de hacer la acumulación jurídica.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Lección 19: La antijuridicidad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Una vez verifica la tipicidad de una conducta{509} el interprete debe, para lograr la punibilidad de la conducta, determinar la antijuridicidad de la misma, para luego establecer la culpabilidad.

Así, vale preguntarse entonces: ¿qué conforma la antijuridicidad? ¿Qué la excluye? ¿Cuál es el fundamento de su conformación y de su exclusión? Del primero y el último de los cuestionamientos nos ocuparemos aquí.

I . CONTENIDO DE LA ANTIJURIDICI DAD

Luego de que para el derecho civil Rudolf Von Ihering entendiera lo injusto como aquello que se oponía a la norma jurídica, terminando el siglo XIX Franz Von Liszt incluye en su definición de delito la característica "contrario a derecho" del acto culpable, con lo que se acepta la antijuridicidad objetiva como condición para la punibilidad de la acción.

Para comienzos del siglo XX el propio Liszt reconoce lo normativo de la antijuridicidad con la diferenciación que hace de los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material, entendiendo por esta, y como complemento de la objetiva contradicción con el derecho, la lesión del interés protegido por la norma.

Hoy aún se mantiene, incluso por el nuevo Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), la diferenciación, a pesar de ser una sola, entre antijuridicidad formal (entendida como contrariedad entre la acción y el ordenamiento jurídico) y antijuridicidad material (referida a la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos dignos de protección penal), aunque no poco se ha discutido sobre lo que se debe entender por la segunda en un derecho penal en evolución paralela a la del comportamiento social.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

El artículo 11 del Código de 2000 dispone, bajo el título de antijuridicidad, que "Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado por la ley penal".

Con esta norma, sin duda, se acepta que la antijuridicidad en el sistema penal patrio es formal y material, o mejor, para que la conducta sea antijurídica se requiere que, además de ser contraria al derecho, lesione o ponga en peligro el bien jurídico.

A. ANTIJURIDICIDAD FORMAL

Es formalmente antijurídica, penalmente hablando, la conducta que se realiza cuando está prohibida por el ordenamiento jurídico penal o se omite cuando es mandada por el mismo, sin justa causa, siempre que el resto del ordenamiento no la autorice.

Entonces, para que una conducta pueda ser tildada de antijurídica formalmente debe contradecir el derecho en general{510}, aparecer prohibida por el derecho penal (mandada, en el caso de la omisión) y no aparecer circunstanciada por una causal de justificación.

B . ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Por su parte, es materialmente antijurídica la conducta que lesiona o pone en peligro efectivamente el bien jurídico penal.

No puede ser entendida de manera distinta la antijuridicidad en el seno de un derecho penal de estricta protección de bienes jurídicos, en el que solo se limita el derecho general de acción cuando resulta lesionado o amenazado el derecho de otro.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Así pues, para determinar la antijuridicidad material de una conducta debe establecerse la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tomando en consideración el carácter fragmentario del derecho penal que indica que no cualquier lesión o puesta en peligro implica antijuridicidad material, sino solo aquellas que superando la insignificancia alcanzan o alcanzarían a afectar el bien jurídico de manera grave{511}.

De trascendental importancia resulta la inclusión de la expresión "efectivamente" que califica la puesta en peligro, contenida en el artículo 11 de la Ley 599 de 2000, pues normativamente, haciendo caso a la jurisprudencia constitucional, se acaba con la posibilidad de presumirlo, presunción que se hace más común, a pesar de su inconstitucionalidad, en tratándose de acciones generadoras de peligros abstractos{512}.

Hasta aquí entonces, en lo que a este aparte se refiere, puede afirmarse que solo son antijurídicas las conductas (acciones u omisiones) típicas, contrarias a todo el ordenamiento jurídico, prohibidas o mandadas por el ordenamiento, que no aparecen circunstanciadas por una causal que las justifique y que pongan efectivamente en peligro o lesionen uno de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal.

I I . FUNDAMENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD DE SU EXCLUSIÓN

Aunque, como lo manifestamos atrás, Liszt , ya a finales del siglo XIX y para el derecho penal, acuñó un concepto de antijuridicidad exclusivamente objetiva, para los inicios del siglo XX se comenzó a criticar con fuerza y razón tal carácter, con ayuda de la propia legislación vigente en Alemania que mostraba algunos delitos -no todos- en los que debía acudirse a elementos de naturaleza subjetiva para predicar la antijuridicidad de la conducta, pues de la presencia o ausencia de ellos dependía tal calificación en

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tanto daban un especial sentido a la acción. Así, por ejemplo, de la presencia del ánimo de injuriar dependía si la imputación deshonrosa{513} era o no antijurídica, la que, bajo el entendido de una antijuridicidad puramente objetiva, siempre lo sería.

Coincidió en el momento histórico la injerencia de la teoría de los valores en el esquema del delito, lo que le dio cabida a lo subjetivo tanto en el tipo como en la antijuridicidad.

Luego vino una larga etapa en la que se plantearon tesis que manifestaron desde la negación de consideraciones de carácter subjetivo en el injusto, pasando por intentos de objetivar el injusto a partir de normas de determinación de conductas, hasta la subjetivización total del injusto, llegando incluso a acomodar sus planteamientos en aras de la arbitrariedad.

Lo que es claro es que ninguna de las concepciones extremas dio solución completa en el sistema, quedando en cada una aspectos por explicar satisfactoriamente.

Desde entonces y hasta hoy se discute sobre el fundamento del injusto, siendo necesario recordar que, en lo que hace al carácter objetivo o subjetivo de la antijuridicidad, la discusión se mantiene dependiendo del esquema que se acoja para fundamentar una determinada dogmática penal{514}.

A. INJUSTO TEORÍA DE LA NORMA

Que la categoría dogmática de la antijuridicidad sea objetiva o subjetiva depende, sin discusión, de la teoría que sobre la naturaleza de la norma penal se acoja. Mejor, dependiendo de si la norma penal se concibe como objetiva de valoración o subjetiva de determinación, la antijuridicidad tendrá un fundamento objetivo o un fundamento subjetivo. Veamos esto más en detalle.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I.TESIS OBJETIVA

Hay quienes sostienen que la norma penal es de carácter valorativo, en el entendido que lo pretendido por ella es que en sede de antijuridicidad se valore si ha existido o no una lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. La norma, entonces, pretende la evitación de resultados lesivos.

Si esto es lo que se pretende con la norma penal, se tendrá entonces que el juicio de valor que se hace en la antijuridicidad se realiza sobre el resultado causado, de manera que siendo este el objeto del juicio de valor no puede más que decirse que dicho juicio es de carácter objetivo, por lo que la naturaleza de la antijuridicidad será objetiva.

De ahí que, si lo que fundamenta la antijuridicidad es el desvalor de resultado, solo se necesita de él como fundamento de ella, y las consideraciones personales del autor no tendrán cabida en este momento, pues lo atinente a la valoración de la acción se hará en sede de culpabilidad. Así las cosas debemos decir que los objetivistas sostienen que lo que es antijurídico en un homicidio es la muerte causada.

2. TESIS SUBJETIVA

Por el contrario se sostiene, con igual fuerza doctrinal, que la norma tiene un carácter imperativo, de manera que ella manda o prohibe comportamientos cuya omisión o realización produce resultados lesivos, porque lo que se pretende con ella es que el intérprete en sede de antijuridicidad realice un juicio de valor sobre la acción. La norma entonces pretende la evitación de acciones.

Si esto es lo que se pretende con la norma penal, el juicio de valor que comporta la antijuridicidad se hace sobre la acción que causa el resultado, de manera que siendo esta el objeto del juicio de valor no puede más que

*******ebook converter DEMO Watermarks********

concluirse que dicho juicio es de carácter subjetivo, por lo que la naturaleza de la antijuridicidad será subjetiva.

Si lo que fundamenta la antijuridicidad es el desvalor de acción, el fundamento de aquella está dado exclusivamente por este, dejando que el resultado máximo juegue el papel de condición objetiva de punibilidad o de seleccionador de injustos que merecen pena. Así las cosas tenemos que afirmar que los imperativistas sostienen que en un homicidio lo antijurídico es la acción de matar.

B . CONSECUENCIAS EN LA JUSTIFICACIÓN

De la misma manera, siendo coherentes, quienes consideran la norma como objetiva de valoración deben llegar a la conclusión de que la conducta que causó el resultado se encuentra justificada con la simple presencia de un valor de resultado. Por su parte, quienes asumen la norma como determinadora de conductas deben llegar a la conclusión de que ante la presencia del valor de acción la conducta está justificada.

C. EJEMPLIFICACIÓN DEL PROBLEMA

La discusión pareciera a simple vista sin sentido, cuando de determinar la antijuridicidad o la justificación de una conducta se trata. Sin embargo, veamos las cosas con ejemplos, algunos traídos, aunque con variantes, de la literatura sobre el tema{515}, los que nos permitirán dimensionar la trascendencia del asunto:

a. Juan, quien odia a su vecino, decide quebrarle el vidrio de su residencia que da a la calle. Para ello lanza un ladrillo logrando su cometido. Sin embargo, al interior de la habitación del vidrio quebrado se encuentra un niño de dos meses de nacido a punto de morir por asfixia, situación

******ebook converter DEMO Watermarks*******

desconocida por Juan, quien con la ruptura del vidrio salva la vida del menor.

En el caso propuesto nos encontramos frente a un desvalor de acción y un valor de resultado, puesto que la acción de Juan es contraria a derecho (daño en bien ajeno) pero el resultado jurídicamente entendido es conforme al mismo (salvación de un bien jurídico).

Así, quienes consideran que la norma es objetiva de valoración, por lo que la antijuridicidad es objetiva, deberán, ante lo ocurrido, reconocer la causal de justificación del estado de necesidad, pues lo que se proponía el autor no es un asunto que importe en sede de antijuridicidad. Por el contrario, quien acepta como fundamento del injusto el desvalor de acción, por lo que la antijuridicidad es subjetiva, deberán afirmar que la conducta es plenamente antijurídica, o mejor no justificada, por cuanto el sentido de la acción muestra que el autor no se motivó por el imperativo y el resultado no incide en la conformación del injusto.

b. El yate en que viaja Pedro en compañía de su novia y de su suegra naufraga. Pedro logra hacerse a un tronco de madera que le permite flotar. De repente éste nota que su suegra se agarra del mismo tronco, por lo que decide darle un fuerte golpe, causándole la muerte, por considerar que el tronco no podrá resistir el peso de los dos. En al investigación se determina que el tronco hubiera aguantado el peso de Pedro y de su suegra hasta llevarlos a la playa.

Aquí fijémonos en que el autor de la conducta juzga equivocadamente presentes las circunstancias que de ser ciertas justificarían su actuar. Siendo ello así los imperativistas reconocerían la causal de justificación, al contrario de lo que harían los que consideran la norma objetiva de valoración, que concluirían con la conformación del injusto.

c. El yate en que viaja Pedro en compañía de su novia y de su suegra naufraga. Pedro logra hacerse a un tronco de madera que le permite flotar. De repente éste nota que su suegra se agarra del mismo tronco, por lo que decide darle un fuerte golpe, causándole la muerte, por considerar

*******ebook converter DEMO Watermarks********

esa la mejor oportunidad para deshacerse de ella. En la investigación se determina que el tronco no hubiera aguantado el peso de los dos hasta llevarlos a la playa.

Nótese que con esta variante del caso anterior se presenta una situación diversa: desvalor de acto frente a valor de resultado, por lo que sin duda los subjetivistas darían por sentada la antijuridicidad y los objetivistas la justificación por la presencia objetiva de la causal de exclusión.

d. María, cansada de que su esposo llegue todos los días a altas horas de la noche y oliendo a una mezcla extraña de licor y perfume de mujer, decide esperarlo tras la puerta con un sartén para agredirlo sin descanso y así darle una lección. A las cuatro de la madrugada siente que abren la puerta y ataca a sartenazos a quien entra. Al encender la luz se da cuenta de que quien yace en el piso herido no es su marido sino un hombre desconocido que pretendía entrar a ultrajarla.

Coincidiendo con el primer ejemplo propuesto, nos encontramos ante un desvalor de acción frente a un valor de resultado, lo que indicaría la justificación para los objetivistas y el injusto para los imperativistas.

Obviamente las consecuencias de adoptar una u otra teoría normativa no se agotan en lo que hace a la conformación o exclusión del injusto, pues es bien sabido que ello repercute en otros asuntos de la teoría del delito, como lo son, entre otros, el error, la tentativa, la culpa, etc.

D. CONCEPCIONES DUALISTAS

Hasta aquí podemos observar que, por un lado, pareciera que las teorías monistas de la norma (objetiva de valoración y subjetiva de determinación) coinciden con el causalismo y el finalismo; pero, por otro lado, cobrando mayor importancia para efectos de este escrito, lo que se ha expuesto parece que no se corresponde con lo que ha sido nuestra tradición jurídico penal, principalmente en lo que a la jurisprudencia se refiere, pues en Colombia ha

******ebook converter DEMO Watermarks*******

reinado una concepción dual de la norma jurídico penal.

En efecto, al lado de las concepciones monistas se esbozan orientaciones dualistas, que consideran que la norma es objetiva de valoración y subjetiva de determinación. Dentro de estas tendencias se encuentran las que consideran que uno u otro de los dos desvalores es el fundamento de la antijuridicidad y el otro es solo un elemento cofundante{516}, y las que consideran que los dos elementos (desvalor de acto y de resultado), sin prevalencia de uno u otro, fundamentan el injusto{517}.

E . INJUSTO CONSTITUCIÓN

Se ha dicho con razón{518} por parte de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional que el artículo 16 de la Carta de 1991 da fundamento al injusto y que, si bien el derecho penal nacional no aparece atado a ningún esquema particular, también es cierto que la interpretación que de él se dé debe respetar la Constitución, por lo que no cualquier planteamiento dogmático es aplicable con base en la ley penal nacional: solo aquél, insistimos, que no sea contrario a la Carta Política.

Respecto del fundamento del injusto, entonces, todo planteamiento que se pretenda hacer valer al interior del sistema penal colombiano debe coincidir con lo que al artículo 16 constitucional impone para el efecto.

Dicha norma expresa: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que le imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

En consonancia con otras disposiciones de la misma Constitución, el artículo 16 consagra la máxima, propia del Estado democrático y social de derecho, de la libertad general de acción, que solo impide hacer lo que afecte los derechos de los demás y el orden jurídico establecido.

En palabras claras tenemos que, desde la óptica del derecho penal, por

******ebook converter DEMO Watermarks*******

regla general en Colombia se tiene la libertad de actuar siempre que no se realicen injustos, y estos solo son los constituidos por aquellas conductas que lesionan bienes de los demás y chocan con el orden jurídico. Si se quiere, por orden constitucional solo será injusto lo que, siendo formalmente antijurídico, también lo es materialmente.

Vistas así las cosas, el propio constituyente dispuso que en en nuestro país la antijuridicidad está fundamentada en el desvalor de acción y en el desvalor de resultado, entendiendo por ellos la decisión manifiesta de obrar en contra del ordenamiento jurídico y la efectiva puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido causado con la acción.

Tal imposición constitucional aparece lógica en un Estado como el nuestro, en donde el referente material del injusto no puede ser otro que el bien jurídico y el referente personal del mismo la acción, como forma de ataque (antijuridicidad material, art. 2° C. N., y derecho penal de acto, art. 29 C. N.).

Así aparece que en el nuevo Código Penal colombiano se impone el reconocimiento del desvalor de acto y el desvalor de resultado como elementos fundamentadores del injusto, concretamente de la antijuridicidad.

Nótese cómo las expresiones "derechos de los demás y orden jurídico", "antijuridicidad formal y material", "desvalor de acto y desvalor de resultado" siempre son utilizadas conectadas por la conjunción copulativa "y", que cumple la función de unirlas, lo que hace que las limitantes al derecho de libertad general de acción y su contrapartida, los contenidos del injusto, sean, en nuestro ordenamiento acumulativos y no alternativos{519} , lo que indica que la intervención penal estatal en el actuar del ciudadano solo se justifica cuando en conjunto dicho comportamiento choca con el ordenamiento y lesiona un bien jurídico; es decir, porque el hecho comporta un injusto constituido por una acción y un resultado desvalorados.

La Constitución le da así una naturaleza dual a la norma penal

******ebook converter DEMO Watermarks*******

colombiana: subjetiva de determinación y objetiva de valoración, lo que hace que la antijuridicidad sea de naturaleza subjetiva y objetiva.

Podríamos, conforme a lo que hasta aquí se ha dicho, hacernos el cuestionamiento de si alguno de los dos desvalores tiene primacía para el fundamento del injusto, aceptando que la orientación de la norma para el derecho penal colombiano es dualista, por lo que el injusto se conforma con el desvalor de resultado y el desvalor de acción.

Si bien es cierto la Corte Constitucional ha sido reiterativa en poner de manifiesto la importancia que le da a la estricta protección de los bienes jurídicos como teleología del derecho penal, también lo es que la misma corporación, con fundamento en el reconocimiento de la dignidad humana y el derecho penal de acto, ha dejado en claro que la potestad sancionadora solo se justifica en tanto sea reguladora de conductas, por lo que, a parte de la formal inclusión de los límites a la libertad general de actuar que en forma igualitaria hace el artículo 16 de la Carta, no hay razón para dar prevalencia, primacía o calificativo de fundamento a uno de los juicios de valor, ya de acción, ya de resultado, y de acompañante o cofundante al otro.

Como consecuencia de lo anterior para la justificante tendríamos que, si el fundamento del injusto está dado tanto por el desvalor de acto como por el desvalor de resultado, aparece obvio que para la exclusión del mismo por vía de justificación se requiera tanto de la presencia del valor de acto como del valor de resultado; es decir, para reconocer la exclusión de la antijuridicidad se requiere que el hecho aparezca en la realidad circunstanciado por la presencia de los elementos objetivos de la causal de justificación y de la motivación por parte de su autor: no simplemente de actuar bajo el amparo de la causal, sino motivado por lo que ella contiene.

Así, por ejemplo, en el evento de la legítima defensa no solo se requiere la existencia de una agresión injusta, la necesidad de defensa, etc., sino que se hace indispensable que exista el ánimo de defensa como director de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

conducta; de lo contrario se estaría en presencia de un valor de resultado frente a un desvalor de acción que impide el reconocimiento de la justificante.

Por ello el nuevo Código Penal, al positivizar las normas contentivas de las causales de justificación, utiliza preposiciones que en el evento cumplen la función gramatical de dar un contenido subjetivo a la frase que define la causal.

La consecuencia de todo lo expuesto es que ante la presencia de un desvalor de acto y un desvalor de resultado, se establece el injusto; de un valor de acto y de un valor de resultado aparece la justificación; de un valor de acto y un desvalor de resultado habrá injusto, pero circunstanciado por un error; y, por último, ante la presencia de un desvalor de acción y un valor de resultado se estará, siempre que la decisión de obrar contra derecho sea manifiesta, ante el comienzo de la ejecución de una conducta punible cuyo resultado objetivo no se da, lo que equivale a una tentativa imposible.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

WILLIAM MONRO VICTORI

Lección 20: Causales de exclusión de la antijuridicidad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. PRESENTACIÓN

El tema que vamos a abordar obliga a hacer un breve recorrido frente a la evolución dogmática de la teoría del delito, para poder visualizar en una forma panorámica las diferentes concepciones que se han edificado en torno al elemento de la anti-juridicidad en su aspecto postivo y negativo. Durante más de ciento cincuenta años la antijuridicidad ha sido considerada elemento del delito, y por ende para que una conducta típica sea punible debe haberse realizado entre otras cosas con antijuridicidad. De ahí la importancia de comprender este punto.

II . EVOLUCIÓN

El naturalismo se caracterizó por el formalismo -en el sentido en que en el análisis interno de todos los principios jurídicos operaba un criterio estrictamente lógico y abstracto-, pues era un sistema cerrado en sí mismo y ajeno a toda consideración social. Los valores culturales, la forma como estaba organizada la sociedad, no interesan para nada en el sistema descrito.

Por eso sostenemos que la primera expresión del naturalismo era el positivismo jurídico, que se traduce en el estudio de la ley para tomar unos principios y elevarlos en su concepto lógico abstracto.

En el plano de la antijuricidad el delito se entendió como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico; o sea, bastaba modificar un estado de cosas para entender como antijurídica la conducta. En ese momento, lo que interesaba para entender como antijurídica la conducta era un concepto formal.

En el neokantismo, por el contrario, y como reacción a la anterior escuela,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

se produce un replanteamiento total cuya característica básica es el dualismo metodológico: se debe separar claramente lo que son las ciencias de la naturaleza de lo que son las ciencias del espíritu, o sea que nos encontramos frente a dos esferas totalmente separadas; cada una de estas formas del conocimiento y del saber humano tiene método propio{520}.

Las ciencias de la naturaleza se fundamentan en la teoría causal-explicativa, y sobre las ciencias del espíritu (derecho) no se puede trabajar con el método causal explicativo. Aquí lo que es válido es el juicio de valor: "valoraciones culturales y sociales". Este dualismo separa claramente el método de las ciencias naturales y el de las ciencias del espíritu. Ello significa también un replanteamiento total de la teoría del delito: a partir de un concepto neokantiano (sistema cerrado-formalista), es preciso llegar a un sistema abierto a las valoraciones culturales y a las valoraciones sociales.

Al tomarse en cuenta estas variaciones culturales y sociales en la concepción del bien jurídico, pues, no va a interesar al derecho penal la sola puesta en peligro de ese bien jurídico, sino la existencia real de un daño social, lo que está vinculado de manera estrecha al concepto de antijuricidad (contradicción de un hecho con el ordenamiento jurídico, más daño).

"Es tal el método que explica, por ejemplo, la consideración del bien jurídico, en tanto que realización del valor y de su lesión como criterios decisivos de la interpretación de los tipos"{521}.

Se introduce así el problema de las normas de cultura: más exactamente, se dice que tiene que existir una correspondencia entre las normas jurídicas y las normas de cultura, siendo la violación de éstas la concepción de la antijuridicidad; y lo fundamental es, entonces, que nosotros nos alejamos de un sistema formal.

De lo anterior es obligatorio sostener que en el naturalismo las causas de justificación se desprenden de la ley: son taxativas.

En cambio, en el neokantismo las causas de justificación son todas las

******ebook converter DEMO Watermarks*******

que están descritas en la ley, y existen causas supralegales que se desprenden de los principios naturales que dirigen la justificación. Aparecen principios rectores que manejan las causales de justificación, como la ausencia de interés preponderante. Es de acotar que las normas de cultura son utilizadas por Mezger .

El finalismo le agrega a la antijuridicidad, además del disvalor de resultado, el disvalor de acción, que comprende el dolo natural más la infracción al deber de cuidado, sobre el fundamento del concepto de las normas imperativas que están dirigidas a moldear el comportamiento del sujeto.

Hubo épocas en donde la exigencia de una antijuridicidad formal era suficiente; hoy en día la mayoría de legislaciones y la unanimidad de la doctrina consideran que la antijuridicidad material es la exigida, y "es un principio limitador de la legalidad formal"{522}.

Las causales de justificación son en esencia permisiones frente a diversos fundamentos que aceptan la lesión o el menoscabo a bienes jurídicos, en concordancia con el sistema jurídico complementario (unidad del ordenamiento jurídico), pues debe existir concordancia; así, el ejercicio de la protección de los derechos fundamentales es válido y por lo tanto se edifican las causales de exclusión de responsabilidad. Los causalistas las definen como aquellas que "hacen que un acto, inicial y aparentemente delictivo, por estar adecuado a algún tipo legal o tipo penal, esté intrínsecamente justificado, esté perfectamente adecuado a derecho"{523}.

O, como sostiene Jakobs,"Las causas de justificación son los motivos jurídicos bien fundados para ejecutar un comportamiento en sí prohibido. A diferencia de lo que ocurre en el comportamiento atípico, en el justificado se trata de un comportamiento socialmente no anómalo, sino aceptado como socialmente soportable sólo en consideración a su contexto, o sea, a la situación de justificación"{524}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Para la estructuración de las causales se han establecido una serie de elementos objetivos, pero algunos autores y legislaciones han sostenido la necesidad de que se verifique igualmente un factor subjetivo, que consiste en que exista en el agente la intención de defender, pues si otra es su motivación no podrá ser concedida la causal: "para que funcionen las eximientes de justificación no basta que exteriormente se den los requisitos de la misma [...] sino que se debe verificar el factor subjetivo, esto es, actuar con la intención de defender"{525}.

III . CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN O DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

A . LEGÍTIMA DEFENSA{526}

Esta causal se ha conocido y justificado por las legislaciones del mundo{527}, pues no se puede exigir a una persona que no reaccione ante una agresión injusta e inminente, y no evitable de otra manera. Algunos autores consideran que la justificación de la "irresponsabilidad penal" en estos casos se debe a una actuación proporcionada ante una agresión que impide que se sancione al agredido porque actúa de acuerdo con el derecho: es la defensa que resulta indispensable para repeler una agresión actual y antijurídica.

Se ha sostenido por la doctrina y la jurisprudencia que los requisitos para que se estructure esta causal deben ser los siguientes:

a. Que exista una agresión actual o inminente{528}: frente a este elemento la doctrina ha sostenido que la agresión debe ser realizada por una persona contra los bienes jurídicos personales o de terceros y que debe tener un contenido de actualidad o de inminencia que haga colegir que el ataque es o va a hacer de tal naturaleza que causará indefectiblemente un daño o lesión

******ebook converter DEMO Watermarks*******

al bien jurídico si no se reacciona ante él. De lo anterior se impone la obligatoriedad de que el sujeto que invoque esta causal actúe en el mismo tiempo en que se verifica la agresión. Es decir, no se puede sostener la existencia de la causal cuando el agredido tiempo después reacciona, sino cuando enfrenta en el mismo momento esa agresión: es lo que algunos autores han llamado "reacción inmediata". Parafraseando a Fernández Carrasquilla , se predica la actualidad cuando "se está ejerciendo y dura la situación de riesgo para el bien o interés jurídico".

b. Que sea injusta: este requisito deriva de la necesidad de que el comportamiento del agresor sea antijurídico o "de modo no permitido", porque si está justificado no puede entonces invocarse la causal de justificación, como en el caso de quien es detenido por orden de autoridad competente. En palabras sencillas se puede definir como el ataque sin ninguna razón válida.

c. Que no sea evitable de otra manera o que se evidencie la necesidad de defensa: este requisito exigido por algunas legislaciones lleva a comprobar que no existía posibilidad diversa para enfrentar la agresión de ese sujeto que causa el peligro antijurídico para los bienes de quien se defiende o de terceros (en las legislaciones en donde se admite la defensa de terceros).

d. Algunos autores exigen el requisito de la solidaridad mínima que comporta la obligación en el agredido de no actuar sobre los bienes de su agresor si no es necesario.

e. En algunas legislaciones, como la nuestra, se exige como requisito el de la proporcionalidad, refiriéndose a la necesidad de que, si bien es cierto no se le puede exigir al agredido un análisis ponderado de los medios o comportamiento a desarrollar, sí por lo menos que se guarde una relación entre los bienes atacados por el agresor y los dañados con la reacción. El exceso o la falta de proporcionalidad es sancionada en forma atenuada. En

******ebook converter DEMO Watermarks*******

cuanto a los medios es bueno precisar que la proporcionalidad exigida es sobre un factor de "equivalencia de la potencialidad ofensiva".

Existe una clasificación en algunas legislaciones que se conoce como legítima defensa privilegiada: opera cuando hay una intromisión por extraños en el domicilio. En estos casos consideramos que deben darse los elementos de permanencia o conato de violación de domicilio por una persona extraña, para presumir la legítima defensa. Algunos autores reclaman la proporcionalidad en estos eventos; otros, por el contrario, son categóricos en sostener que no se requiere esta verificación y que se protege cualquiera sea la reacción que genere el agredido.

B . ESTADO DE NECESIDAD

Se define por la doctrina como una situación de peligro que obliga a que el sujeto tienda a proteger los bienes jurídicos, pues la actualidad de la situación lo hace actuar para evitar el daño o lesión. "Se permiten jurídicamente los daños que se ocasionan a bienes jurídicos ajenos para evitar un daño superior o al menos igual a un bien jurídico propio o de terceros"{529}.

Se ha discutido dentro de esta causal, frente a la concepción de permisión de ocasionar unos daños a bienes jurídicos, hasta dónde puede legitimarse el comportamiento del que se encuentra ante una situación de peligro de esta naturaleza, encontrando que se han sostenido tres teorías:

a. La primera admite el daño a los otros bienes jurídicos para salvaguardar uno de mayor jerarquía; en palabras de Beling, se sostiene que se permite la lesión cuando "la lesión del último representa jurídicamente un daño menor que el daño que amenaza al bien jurídico"{530}.

b. Se admite cuando existe una equivalencia entre el bien lesionado y el protegido, generando un estado disculpante.

c. se discute muchísimo cuando existe una prevalencia del bien jurídico

******ebook converter DEMO Watermarks*******

que se daña sobre el que se protege.

Las anteriores diferenciaciones llevan a generar un fundamento diverso y por tanto a edificar una serie de tesis en torno a la ubicación de esta causal que nos permiten sostener que en algunos autores se concibe como excluyente de la culpabilidad, mientras que para otros es causal de exclusión de antinjuridicidad. Por ejemplo, para la teoría unitaria de la antijuridicidad cualquiera de las posibilidades es aceptada como causal excluyente de la antijuridicidad.

Por el contrario, la teoría de la diferenciación{531} opta por sostener que en el evento de que el bien salvado sea superior al lesionado será admitida como causal de justificación y en el evento en que sean del mismo valor será disculpante.

En Colombia se ha considerado como causal excluyente de la antijuridicidad.

Según las diferentes concepciones podemos sostener que los requisitos identificadores de la causal del estado de necesidad son los siguientes:

1. La existencia de un peligro actual o inminente; lo anterior genera la certeza de que es probable objetivamente el menoscabo del bien jurídico. La valoración de este acerto se genera *ex ante* sobre la necesidad de actuar de esa manera. Es decir, se acude a la percepción que tuvo el sujeto y al curso causal de acuerdo con la regla de la experiencia del riesgo valorado para poder ponderar el resultado previsto. Ese peligro puede provenir de personas, animales o cosas.
2. No debe ser evitable de otra manera.
3. El sujeto que alega la causal no debe haberse colocado imprudentemente en esa situación de peligro; este aspecto resulta muy interesante ya que no puede ser alegada la causal por quien se colocó frente a ese estado de peligro o a esa situación de peligro, bien dolosa o imprudentemente, tal y como la norma penal en el Código Penal

******ebook converter DEMO Watermarks*******

colombiano lo menciona.

4. No debe existir el deber de soportar ese riesgo; existen imposiciones legales frente a ciertos deberes que deben soportar algunas personas, razón por la cual en estos casos esas personas en ejercicio de los deberes no podrán invocar la causal, ni sacrificar los bienes de otros a favor de los suyos. Claro está que no se pretende exigir comportamientos inútiles o heroicos.

> De nada es responsable un bombero que rompe una ventana para escapar al fuego,luego de tratar inútilmente de rescatar a un niño de las llamas; pero no le sería lícito arrojar el niño al aire para descender él en forma más rápida y segura por las escaleras de emergencia{532}

C . CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL{533} OBEDIENCIA DEBIDA

En algunas legislaciones se han consagrado estas dos causales{534}. Se entiende que la obediencia debida u obediencia jerárquica es una especie del cumplimiento de un deber. El Código Penal de 1980 consagra en forma independiente estas causales. Los hechos que se realizan en cumplimiento de esta orden no pueden ser sancionados y al ser exigidos son obligatorios y por ende jurídicos. Lo anterior implica el reconocimiento de ciertos requisitos para poder conceder la causal o causales. Los abusos o excesos no pueden ser justificados y por ende el comportamiento debe estar encuadrado en lo previsto por la norma jurídica. Como requisitos pueden estructurarse los siguientes:

a. Una norma jurídica: disposición normativa que prevea un comportamiento.

b. Una imposición de un deber: la necesidad de que se verifique el cumplimiento a ese deber impuesto, que genera la licitud del

******ebook converter DEMO Watermarks*******

comportamiento.

c. una actuación en cumplimiento de ese deber: a *contrario sensu* si no se lleva a cabo esa conducta ordenada se desatiende la norma y una violación al ordenamiento jurídico por el sujeto obligado a determinado proceder.

D . CUMPLIMIENTO DE ORDEN LEGÍTIMA DE AUTORIDAD COMPETENTE

Esta causal implica la necesaria relación de subordinación y expectativa de cumplimiento de las órdenes impartidas por el superior jerárquico.

Los elementos que ha requerido la doctrina para la existencia de esa causal pueden resumirse en los siguientes:

a. Existencia de una relación jerárquica superior-subordinado.
b. Que la orden sea legítima.
c. Que sea competente el superior para proferir esa orden.
d. Que se imparta conforme a lo establecido por la ley.
e. que exista la obligación por parte del subordinado de cumplirla.

Esta causal fue objeto de análisis muy interesante en punto de las órdenes impartidas entre los militares, en consecuencia de la naturaleza de la institución castrense, pues estos trataban de invocar esta causal en el cumplimiento de todas las órdenes, razón por la cual el debate se incrementó, llegando a sostener la doctrina y la jusrisprudencia que "la estructura burocrática del Estado gira en torno al principio de jerarquización de sus órganos en los que unos, por su propia naturaleza, expiden mandatos, y otros se encargan de ejecutarlos [...] Esta estructura jerárquica reclama, entonces, el establecimiento de formalidades y rigorismos que deben tener las órdenes expedidas para que adquieran un carácter vinculante, del cual se desprenda la posibilidad de determinar responsabilidades penales y disciplinarias, ante su

******ebook converter DEMO Watermarks*******

desobedecimiento o incorrecta ejecución [...] Por su parte, la orden como justificante [...] contiene en sí misma unos requisitos que obligan a examinar si el mandato es legítimo"[{535}].

Lo anterior implica que si la orden no es jurídica no podrá invocarse la protección de esta causal. En otras palabras, hay un consenso en que la orden entre militares no es ciega[{536}] sino reflexiva, y por lo tanto se le impone al subordinado la obligación de la verificación de los elementos mencionados para poder alegar la protección de esta causal en desarrollo de un obedecimiento jerarquizado.

E . EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN, ACTIVIDAD LÍCITA

Si toda persona es libre de escoger profesión u oficio de acuerdo con el marco constitucional, entendemos que el ejercerla debe estar protegido por la ley y a nadie se le puede sancionar por ejercer una actividad lícita. Consideramos que esta causal es una consecuencia del fundamento exacto de que lo que está permitido no puede ser prohibido, ya que si en el resto del ordenamiento legal la conducta es jurídica no puede ser diferente en el derecho penal: *qui jure suo utitur neminem laedit* (quien usa su derecho a nadie daña).

En otros términos, las actividades lícitas deben lograr el respaldo legal y por ende, a pesar de existir una vulneración a bienes jurídicos, esta se tolera en aras del beneficio que pueden acarrear. En esta causal encuadran los casos del ejercicio de una actividad médica, deportiva, el ejercicio de un cargo público, etc.

F . CONSENTIMIENTO DEL SUJETO PASIVO[{537}]

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Analizando la evolución dogmática en algunos países se considera que la causal debe ser considerada como extrapenal de justificación. Sin embargo, esta causal se debate entre la discución de si la concesión de autorización por parte del titular puede ser tomada como causal de atipicidad o como causal de exclusión de antijuridicidad. Durante mucho tiempo en el derecho penal colombiano se manejó el tema dentro de las causales extrapenales de justificación, y hoy en la Ley 599 de 2000 se edifica taxativamente como causal de exclusión de responsabilidad.

Bien sea una causal que excluye la tipicidad (cuando en el tipo se encuentre como elemento la inexistencia del consentimiento, pues a *contrario sensu* se destipificaría el hecho; o aun no encontrándose este elemento cuando se entiende la disponibilidad del bien en cabeza de su titular) o la antijuridicidad (ya que, otorgado el consentimiento del titular del bien jurídico, se permitiría por el ordenamiento penal, en consecuencia con el derecho de libertad de los coasociados, quienes pueden disponer de sus bienes), es una eximente de responsabilidad.

Los requisitos que se han elaborado por la doctrina para que se edifique la causal los siguientes:

1. Que el bien sea susceptible de disposición.
2. Que exista capacidad del titular del bien.
3. Que haya consentimiento anterior o concomitante.
4. Que este sea expreso o presunto. Frente al consentimiento la jurisprudencia y la doctrina responden afirmativamente si este es expreso; que no hay duda que si se dan los demás elementos estamos frente a un consentimiento válido para efectos de conceder la causal. Es decir, se prefiere el consentimiento expreso; pero cuando no existe la posibilidad de conocer en qué sentido fue la decisión del titular del bien jurídico se configura la posibilidad de permitir la existencia de un consentimiento presunto para conceder la causal.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Hay sin embargo un punto bien interesante frente al consentimiento presunto, que ha sido objeto de varias posiciones, llegándose a aceptar en algunos eventos. La doctrina ha construido este concepto y se ha sostenido que lo introduce Mezger con dos variantes. Así, se acepta cuando el comportamiento del sujeto activo va en beneficio del titular del bien y con un interés que radica sólo y exclusivamente en ese titular (teoría del interés preponderante); o ante una renuncia del interés personal a favor de terceros (teoría de la renuncia del propio interés)[{538}].

Es de todos modos importante resaltar que, cualquiera sea la teoría que se acoja, lo verdaderamente importante sería establecer que, de haberse enterado el sujeto, habría dado su consentimiento, y que por esta razón actuó el sujeto activo; algunos autores precisan que se requiere para dilucidar este punto un juicio objetivo.

Para concluir este acápite debemos mencionar que el exceso en cualquiera de las causales de justificación siempre ha sido considerado como punible, pues se justifica un reproche cuando se ha excedido la causal de justificación.

En la Ley 599 de 2000, que entró a regir el 24 de julio de 2001, se previó un artículo en donde se refunden todas las causales de justificación e inculpabilidad en una sóla denominada "Ausencia de responsabilidad"; sin embargo, se mantienen en esencia los mismos requisitos para cada una de ellas. La intención del legislador tal vez fue la de acabar con la discución de si pueden ser eventualmente tomadas las causales como justificantes o disculpantes, y si estamos dentro de una causal que exonera de antijuridicidad o culpabilidad, para considerarlas simple y llanamente causales de ausencia de responsabilidad, incluyendo de manera expresa la causal del consentimiento del sujeto pasivo o derechohabiente.

Es así como la Ley 599 prevé entonces estos fenómenos:

> Artículo 32. *Ausencia de responsabilidad.* No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

******ebook converter DEMO Watermarks*******

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.

2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.

3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

   No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

   Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7.Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

   El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más

*******ebook converter DEMO Watermarks********

benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

11. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuente.

BIBLIOGRAFÍA

Bacigalupo, Enrique *Lineamientos de la teoría del delito, 2*[3] ed., Hammurabi, 1989.

Barragán Matamoros. *La legítima defensa actual,* Barcelona, Bosch, 1987.

Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio ; Luis Arroyo Zapatero , Nicolás García Rivas , Juan Carlos Ferré Olivé José Ramón Piedecasas *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Paxis, 1996.

Bodero, Edmundo René. *Derecho penal básico,* 1992.

Bustos Ramírez, Juan.*Manual de derecho penal. Parte general,* 3a ed., Barcelona, Ariel, 1989.

De La Mata, Norberto J. "Política criminal y nuevo derecho penal", en *Libro homenaje a Claus Roxin,* Barcelona, Bosch, 1997.

Fernández Carrasquilla Juan. *Derecho penal fundamental,* 2a ed., vol. 11, Bogotá, Temis, 1989.

Fernández Carrasquilla, Juan *Principios y normas rectoras del derecho penal,* Bogotá, Leyer.

Fletcher, George P.. *Conceptos básicos de derecho penal,* Tirant lo Blanch, 1997.

Grisanti Aveledo, Hernando. *Causas de justificación. Lecciones de derecho penal,* Caracas, Mobil, 1991.

Jakobs, Günther. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación,* Madrid, Marcial Pons, 1995.

Molina Fernández, Fernando*Antijuridicidad penal y sistema del delito,* Barcelona, Bosch,

*******ebook converter DEMO Watermarks********

2001.

Munoz Conde, Francisco.*Teoría general del delito, 2* ed., Bogotá, Temis, 1999.

Roxin, Claus , Günther Arzt Tiedemann .*Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona, Ariel, 1989.

Silva Sánchez, Jesús María.*Aproximaciones al derecho penal contemporáneo,* Barcelona, Bosch, 1992.

Sisco, Luis P. *La defensa justa,* Buenos Aires, Librería El Ateneo.

on Beling, Ernest.*Esquema de derecho penal,* Buenos Aires, Depalma, 1944.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

MIGUEL CÓRDOBA ANGULO

Lección 21: Culpabilidad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La expresión culpabilidad tiene diferentes significados en derecho penal. En algunos casos se utiliza como sinónimo de responsabilidad penal, como cuando alguien en lenguaje coloquial le dice a otro: usted es culpable de este hecho; en otras oportunidades se refiere a un principio de política criminal, tal y como aparece consagrado en los artículos 5° del Código Penal de 1980 o 12 del nuevo Código (Ley 599 de 2000), norma rectora a través de la cual se prohibe expresamente la responsabilidad objetiva; y también se utiliza la culpabilidad como categoría dogmática, junto a la tipicidad y la antijuridicidad. De la culpabilidad, en este último sentido, nos vamos a ocupar a continuación, es decir, como elemento estructural de la conducta punible.

La culpabilidad puede definirse, desde una perspectiva meramente formal, como aquel conjunto de condiciones necesarias que permiten justificar la imposición de una pena a un sujeto que ha realizado una conducta típica y antijurídica. La culpabilidad es, entonces, el fundamento de la pena.

I . TEORÍAS SOBRE LA CULPABILIDAD

La doctrina nacional y extranjera no ha logrado ponerse de acuerdo sobre el fundamento de la culpabilidad{539} ; ello ha dado lugar a la creación de diversas teorías que pasamos a analizar brevemente.

A . TEORÍA PSICOLÓGICA

La primera teoría que intentó explicar y desarrollar sistemáticamente la culpabilidad como categoría dogmática fue la teoría psicológica, la cual

******ebook converter DEMO Watermarks*******

corresponde al esquema clásico del delito.

Por culpabilidad se entiende la mera relación psicológica entre el autor y el resultado; dicho en otras palabras, la relación subjetiva entre el acto y el autor.

Para la teoría psicológica, el dolo y la culpa representan dos especies de culpabilidad, es decir, las dos maneras de vincular psicológicamente al autor con el hecho cometido. Se puede afirmar que el hombre actúa con culpabilidad por haber obrado dolosa o culposamente.

La teoría psicológica tuvo el mérito de oponerse a la responsabilidad objetiva.

A esta postura se le han formulado básicamente dos grandes críticas:

La primera se relaciona con la culpa inconsciente o culpa sin representación, en la cual el individuo actúa con culpabilidad pese a no existir nexo psicológico: por ejemplo, el médico que olvida un instrumento dentro de un paciente al intervenirlo quirúrgicamente ocasionándole unas lesiones personales.

La segunda corresponde a los eventos del estado de necesidad disculpante, es decir, en aquellos supuestos en que los bienes jurídicos en disputa tienen igual valor, que al decir de algún sector doctrinal debe tratarse como una causal de inculpabilidad y no de justificación, en cuyo caso, pese a existir nexo psicológico entre autor y resultado, no existe culpabilidad: verbigracia, el repetido ejemplo de la tabla, en el que uno de los náufragos mata al otro para salvar su vida, ya que la tabla solo resiste a uno.

Estas críticas hicieron que la teoría psicológica tuviera poca vigencia y diera paso a la teoría normativa de la culpabilidad.

B . TEORÍA NORMATIVA (PSICOLÓGICA NORMATIVA)

La evolución de la teoría psicológica a la teoría normativa de la culpabilidad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tiene que ver con el surgimiento del concepto neoclásico del delito; así mismo, con el avance de las ciencias del positivismo a la valoración (neokantismo)[{540}].

La teoría normativa define a la culpabilidad como un juicio de valor, como un juicio de reproche contra una persona que ha realizado un hecho típico y antijurídico, cuando le era exigible actuar de otra manera.

Para esta teoría el fundamento de la culpabilidad radica en la libertad de voluntad (libre albedrío), en la libertad de actuar de otra manera. Es decir que al individuo el Estado le hace un juicio de reproche cuando, siendo libre, decide realizar una conducta típica y antijurídica.

La concepción psicológica normativa de la culpabilidad no constituye en rigor una concreta posición doctrinal, ya que se trata más bien de una serie de ideas o sugerencias orientadas a rechazar las posturas psicológicas; por ello es que para algunos el dolo y la culpa son considerados como formas o elementos de la culpabilidad; para otros son especies de la misma. Por estudiarse en sede de culpabilidad el dolo y la culpa es por lo que la teoría se denomina psicológica normativa. También dentro de estas corrientes existe una gran discusión en torno a la imputabilidad, en el sentido de si ésta es un presupuesto o un elemento de la culpabilidad[{541}].

Pese a esa disparidad de criterios, hoy en día y de manera mayoritaria se considera que en sede de culpabilidad se deben estudiar:

a. La imputabilidad.
b. Las formas de culpabilidad (dolo, culpa y preterintención).

Podríamos decir que en Colombia la teoría psicológica normativa de la

culpabilidad es la que ha imperado mayoritariamente, toda vez que el Código Penal de 1980 en sus artículos 35 y siguientes consagra, dentro del capítulo de la culpabilidad, el dolo, la culpa y la preterintención como formas de la misma, entre otras razones.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

C . TEORÍA NORMATIVA (FINALISMO)

El neokantismo dio paso al esquema denominado finalismo. Este, dentro de la evolución de la teoría del delito, trató de llevar al máximo lo ya iniciado por la teoría psicológica normativa, es decir, despojar a la culpabilidad de los elementos subjetivos para crear una teoría puramente normativa de culpabilidad. Por ello, el esquema final considera que el dolo y la culpa se encuentran ubicados en sede de tipicidad.

La culpabilidad, dentro del esquema final, se sigue considerando como un juicio de reproche realizado a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a que podía actuar de otra manera.

Si la culpabilidad sigue siendo considerada por el esquema final como un juicio de valor, como un juicio de reproche contra un sujeto que libremente ha realizado una conducta típica y antijurídica, la pregunta que surge es cuál es entonces la diferencia entre la culpabilidad predicada por el esquema causal y el final. La diferencia radica, no en el concepto normativo de culpabilidad, sino en el contenido de la misma, es decir en los elementos que la integran, los cuales difieren sustancialmente, pues como ya se ha planteado el finalismo ubica el dolo y la culpa en la tipicidad, elementos que en el esquema causal forman parte de la culpabilidad.

Tenemos, entonces, que para el esquema final los elementos que integran la culpabilidad son:

a. La imputabilidad.

b. El conocimiento de la antijuridicidad.

c. La exigibilidad de otra conducta.

Para el finalismo, el fundamento de la culpabilidad también es la libertad de voluntad (libre albedrío), la autoderminación de la voluntad humana.

II . POSTULADOS CRÍTICAS A LA TEORÍA NORMATIVA

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La teoría normativa de la culpabilidad, que comprende tanto el esquema causal como el final, a pesar de las diferencias sustanciales en cuanto a los elementos que la integran, se estructura en los siguientes postulados básicos:

1. El hombre es un ser libre.

2. El individuo, pese a estar en posibilidad de obrar de otro modo, contraviene el ordenamiento jurídico penal.

3. Este actuar libremente constituye el fundamento del juicio de reproche al individuo: culpabilidad es, entonces, reprochabilidad.

4. Este juicio de reproche legitima al Estado para retribuir dicho comportamiento con una pena.

La pena tiene carácter retribucionista.

A la teoría normativa se le han formulado, entre otras, las siguientes críticas:

— La objeción más importante radica en el hecho de que la libertad de voluntad, el libre albedrío, es un dato empíricamente indemostrable{542}, ya que a las ciencias del comportamiento les es imposible demostrar que un individuo, en una caso concreto y bajo unas determinadas circunstancias específicas, podía controlar sus impulsos y sus emociones. Al respecto sostiene Gimbernat :

> ... pretender fundar el derecho penal en el -por lo menos respecto de cada delincuente concreto- indemostrable libre albedrío es, pues, una batalla perdida de antemano; librarla, a pesar de todo, solo puede tener como resultado aumentar la irritación de los científicos empíricos; pues es simplemente una provocación que los juristas, en materias en las que no son especialistas, pretenden darles lecciones a los que sí lo son, o rechazar cualquier clase de diálogo con ellos, decidiéndose "irracionalmente" (esto es: es una esfera no accesible a la argu-mentación) a favor del libre albedrío{543}.

— También se le ha objetado a la teoría normativa que en la práctica judicial a los funcionarios judiciales les resulta imposible, con los medios a

******ebook converter DEMO Watermarks*******

su alcance, intentar siquiera demostrar la libertad de voluntad al momento de la realización de la conducta punible.

— Igualmente se afirma que esta teoría termina invirtiendo la carga de la prueba, ya que si es indemostrable la libertad de voluntad el Estado, a través de sus servidores, presume la culpabilidad, presume que el hombre actúo libremente, y entonces al ciudadano le corresponde demostrar que no pudo actuar libremente, lo cual termina siendo imposible.

— Se critica también a esta teoría normativa de la culpabilidad el hecho de propugnar por la retribución de la pena, ya que los fines de la misma en la actualidad deben mirarse desde la prevención.

En síntesis, si el poder actuar de otra manera constituye una hipótesis no verificable empíricamente, ello no solo priva de fundamento al concepto normativo de culpabilidad, sino que además implica la imposibilidad de realizar un juicio de reproche al sujeto. sin ese juicio de reproche no resulta posible la imposición de una pena.

III . ALTERNATIVAS AL CONCEPTO NORMATIVO DE CULPABILIDAD

La teoría normativa de la culpabilidad en sus diversas modalidades (neokantiana y finalista) imperó hasta aproximadamente los años 70. En esta época se elaboran algunos trabajos doctrinales, especialmente en Alemania y España, que pretenden darle un nuevo contenido al derecho penal y con ello a la culpabilidad.

Este nuevo enfoque de la ciencia penal moderna surgió a raíz de la propia revisión de su objeto de estudio e implicó el abandono del análisis estrictamente positivista de las normas, para buscar una aproximación entre el derecho penal y la realidad que pretendía regular. En otras palabras, implicó un cambio general del pensamiento-sistema al pensamiento-problema.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

El paso del pensamiento-sistema al pensamiento-problema tuvo su origen en la crisis por la que atravesaba la dogmática penal, debido al largo y a veces infructuoso enfrentamiento entre causalistas y finalistas, ante la supervaloración que se le venía dando al sistema. Lo fundamental no es la discusión de si el dolo es una forma de culpabilidad (causalistas) o se encuentra en sede de tipicidad (finalistas), o si el error de tipo es causal de inculpabilidad o atipicidad, etc.; lo que realmente interesa al pensamiento-problema es si la pena, en últimas, es justa y necesaria. Se intenta superar la dualidad de ciencia estrictamente jurídica, por un lado, y política criminal, por otro, y se trata de reconducirlos bajo un solo concepto.

Estas alternativas al concepto tradicional de culpabilidad se empiezan a proponer cuando se observa un renacimiento cada vez mayor de la política criminal, especialmente por influencia del pensamiento del alemán Claus Roxin .

Uno de los primeros trabajos de Roxin sobre este tema fue, precisamente, *Política criminal y sistema de derecho penal*{544}. En él intenta, retomando la posición de Liszt, unir bajo un solo concepto la dogmática penal y la política criminal. Este cambio de orientación de la ciencia penal permitió a Roxin fundamentar el concepto dogmático de culpabilidad en los fines de la pena.

Pero es también en España, por esta misma época y paralelamente a los planteamientos de Roxin , cuando se empiezan a elaborar algunas alternativas de cara a la concepción tradicional de culpabilidad. Efectivamente, uno de los trabajos que contribuye a la crisis de la teoría normativa es el de Enrique Gimbernat titulado *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*{545}. En él se recalca la imposibilidad de demostrar empíricamente el poder actuar de manera diferente (libertad de voluntad) y se recurre a la necesidad de pena como fundamento de la misma. Insiste dicho autor en esta misma dirección en un escrito posterior denominado *El sistema de derecho penal en la actualidad*{546}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

En líneas muy generales podríamos decir que para este nuevo enfoque ya no es suficiente, para fundamentar una pena, la demostración de la culpabilidad (teoría normativa), sino que es necesario, además, probar la necesidad de la pena; dicho en otras palabras, que la pena sea justa y necesaria.

Tenemos, entonces, que para causalistas y finalistas, una vez demostrada la culpabilidad, obligatoriamente debía imponerse una pena; en cambio, para los seguidores del pensamiento-problema una vez probada la culpabilidad aún les falta demostrar la necesidad de pena, lo que permite en algunos casos prescindir o rebajar la sanción, si ésta no es justa ni necesaria.

Por razones obvias, nos limitaremos aquí simplemente a enunciar algunas de las alternativas más importantes{547} que se han formulado frente al concepto normativo de culpabilidad: Gimbernat {548} propone, por ejemplo, la negación y sustitución de la idea de culpabilidad por la necesidad de pena. También presenta una idea similar, aunque no partiendo de la necesidad de pena, Fernández Carrasquilla {549}. Otras teorías buscan replantear el contenido mismo de la culpabilidad: así, Cerezo Mir {550} señala la culpabilidad como uno de los fundamentos de la pena. Córdoba Roda {551} habla de la necesidad de pena como requisito adicional a la culpabilidad. Roxin {552}, por su parte, analiza la culpabilidad desde una perspectiva de los fines de la pena. Otros recurren a la función motivadora de la norma penal como fundamento de la culpabilidad; entre éstos se pueden citar: Muñoz Conde {553}, Mir Puig {554}, Gómez Benítez {555}, De Toledo y Huerta Tocildo {556}. Un concepto crítico de la culpabilidad, partiendo del sujeto responsable y de la relación social concreta, es el sustentado por Bustos Ramírez {557}. La culpabilidad, dice Jakobs {558}, tiene una finalidad, y ese fin no es otro que el de la prevención general, entendida no como intimidación, sino como el ejercicio de la fidelidad al derecho: culpabilidad es infidelidad al derecho.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

IV . LA CULPABILIDAD EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

El nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), a diferencia del Código Penal de 1980, no dedica un título o capítulo específico a la culpabilidad como categoría dogmática; sin embargo, se podría afirmar que sigue imperando entre nosotros la teoría normativa de la misma, es decir, aquella que la entiende como un juicio de valor, como un juicio de reproche que se le hace a un individuo que ha realizado una conducta típica y antijurídica, pese a haber podido actuar de otra manera y conforme a sentido.

Un análisis detallado del nuevo Código permite aseverar que éste se aproxima más a un esquema final que a uno causal. Esta afirmación se hace teniendo en cuenta, por ejemplo, la definición de dolo del artículo 22, la fórmula consagrada para resolver el error vencible de tipo y de prohibición en los artículos 32.10 y 32.11, la consagración específica del conocimiento potencial de la antijuridicidad, etc.

Si ello es así, como elementos de la culpabilidad se entenderían:

1. La imputabilidad.
2. El conocimiento de la antijuridicidad.
3. La exigibilidad de otra conducta.

Ahora bien, el nuevo Código Penal consagra como norma rectora en el artículo 3° el principio de necesidad de pena{559}, luego ello necesariamente implica, como ocurrió con el pensamiento-problema, que para la imposición de una pena no basta demostrar la culpabilidad, entendida como juicio de reproche, sino que es indispensable, además, probar que la pena es justa y necesaria.

En efecto, el nuevo estatuto punitivo permite, con fundamento en la necesidad de pena, prescindir de la sanción penal en algunos supuestos, pese a estar demostrada la culpabilidad, como ocurre en el evento de un delito culposo cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o parientes más cercanos{560}, de conformidad con el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

artículo 34; igual sucede en los casos del aborto cuando es realizado en extraordinarias condiciones anormales de motivación, como expresamente lo señala el parágrafo del artículo 124 de la Ley 599 de 2000.

En conclusión, la culpabilidad, de conformidad con el nuevo ordenamiento penal, se sigue entendiendo como un juicio de reproche realizado a un sujeto que pudiendo actuar de otra manera decide realizar una conducta típica y antijurídica. Pero ésta por sí sola no es suficiente para imponer una pena: es indispensable, además, demostrar que la pena es justa y necesaria, de conformidad con el principio de necesidad de pena.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

NODIER AGUDELO BETANCUR

Lección 22: Elementos de la culpabilidad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. IMPUTABILIDAD

A . CONCEPTO

La imputabilidad es la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y la de determinarse de acuerdo con tal comprensión; el concepto tiene dos componentes esenciales: *intelectivo* y *volitivo.*

En relación con el primer pilar sobre el que se asienta, nótese que se la define, no como la capacidad de *conocer el hecho,* sino como la capacidad de *comprender*, pues en verdad son distintos los conceptos: conocer es darse cuenta de la materialidad del hecho, mientras que comprender es percatarse del significado del comportamiento, es saber la trascendencia o el sentido de lo que se hace; en pocas palabras: es ponderar, valorar, discriminar; en otros términos: es capacidad de juicio. Con razón anota Zaffaroni : "la comprensión, siendo el más alto nivel de captación humana (internalización o introyección), encierra y presupone el simple conocimiento"{561}; y Carrara ya había planteado, con referencia al Código Penal toscano, el cual define como inimputable al que no tiene "conciencia de sus actos", que "tal vez sería mejor que dijera *maldad de los actos*, porque el hombre puede tener conciencia de los propios actos en su aspecto puramente material, *sin tener conciencia de sus aspectos morales y jurídicos'"*{562}.

En cuanto al aspecto volitivo, podemos decir: es la capacidad que tiene el sujeto para determinarse, para decidir entre varias opciones; es la posibilidad de autorregular su comportamiento, de autodirigirse.

De lo anterior se deduce el concepto de inimputabilidad: esta existe cuando el sujeto no tiene esa capacidad para comprender y/o determinarse. Mientras que para la existencia de la imputabilidad se precisan la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

comprensión y la determinación, la inimputabilidad puede darse cuando falten los dos elementos o cuando falte uno de los dos.

B . TEORÍAS

Se ha dicho que las escuelas penales se caracterizan por lo que piensan en relación con tan importante tema; en la *escuela clásica* la responsabilidad penal se asienta en la imputabilidad tenida como capacidad de comprender y de determinarse: la libertad es la base de la responsabilidad penal. En cambio, en la escuela positivista, todos los sujetos, normales o anormales, son responsables: la responsabilidad no se asienta en la libertad sino en el hecho de vivir en sociedad; tal es el principio de responsabilidad social o legal.

Mientras en la escuela clásica el derecho penal sólo se ocupa de los sujetos imputables y los inimputables salen del derecho penal, en la escuela positivista tanto los unos como los otros deben quedar comprendidos por el derecho penal; precisamente, esta corriente de pensamiento postuló esto y, además, el carácter *juridiccional* de las medidas de seguridad.

En la dogmática la discusión se ha centrado a veces en el punto de si la imputabilidad es presupuesto o elemento de la culpabilidad; esta discusión no nos parece demasiado trascendente, a condición de que no exista duda sobre el axioma que enseña que *no hay culpabilidad sin previa imputabilidad,* o dicho en otras palabras, que sólo *el imputable puede ser culpable.*

C . SISTEMAS DE REGULACIÓN CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN E INCULPABILIDAD PARA LOS DENOMINADOS "INIMPUTABLES"

Tres sistemas se conocen, a saber: el sistema *biológico* o *psiquiátrico,* en el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

que se enuncia la *causa* por la cual el sujeto es inimputable (o inculpable), y cuyo modelo es el Código Penal de Napoleón de 1810; el sistema *psicológico,* en el cual no se alude a la causa sino al *efecto* que la patología produce: tal el Código Penal toscano, cuando, según se acaba de ver, dice que es inimputable el que no tiene "conciencia de sus actos ni libertad de elección"; finalmente, el sistema *mixto,* que alude tanto a la *causa* como al *efecto,* tal como sucede con el nuevo Código Penal colombiano, pues alude a las causas del fenómeno: "la inmadurez psicológica, el trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares", y al efecto que deben producir esas causas: deben afectar "la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión".

Lo anterior quiere decir que la inimputabilidad no es la inmadurez, ni el trastorno, ni la diversidad sociocultural, sino la incapacidad de comprender y/o de determinarse *por* esas causas. De aquí se desprende que un trastornado, un inmaduro, etc., *pueden ser penalmente responsables* cuando el hecho no sea un producto de las mencionadas causas, cuando estas no se hayan trasuntado o expresado en el comportamiento: así, si un paranoico mata porque cree que lo persiguen será inimputable y sometido a una medida de seguridad; pero si gira un cheque sin provisión de fondos de forma que nada tiene que ver su paranoia será culpable y responsable, así como pasible de pena.

De otra parte, el inmaduro, el trastornado o el representante de una diversidad sociocultural pueden no ser penalmente responsables, porque obren dentro de una causal de justificación o de inculpabilidad. Así, si se ataca a un trastornado mental y él se defiende, hay que reconocerle la legítima defensa; lo mismo si es coaccionado u obra dentro de una situación de error. En este punto, el nuevo Código Penal es la culminación de un largo proceso de la doctrina y la jurisprudencia: por tiempos se responsabilizó a los denominados "inimputables" de manera objetiva; luego, en 1982,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

replanteamos metodológicamente la inquietud que habían presentado algunos autores de superar esa calamitosa situación (Jesús Bernal Pinzón , Alfonso Reyes Echandía y Ferederico Estrada Vélez), con base en el estudio de los sistemas de regulación{563}. Llegábamos a la conclusión que la inimputabilidad es un fenómeno *derivado* y *residual*, pues deriva del trastorno, o la inmadurez, etc., y sólo se examina cuando se han descartado las causales de justificación y de inculpabilidad.

O sea: cuando existe una causal de justificación o de inculpabilidad en la conducta de un enajenado o inmaduro psicológico o en una persona con diversa visión sociocultural tales causales se deben reconocer sin duda alguna; pero no es que se las esté reconociendo a un sujeto inimputable, pues aquí la inimputabilidad no cuenta, en la medida en que el hecho no es un producto de esa inmadurez, o trastorno, o diversidad sociocultural.

Las ideas anteriores fueron siendo corrientes en la doctrina{564} y en la jurisprudencia, al punto que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia dijo en sentencia del 28 de octubre de 1986, con ponencia de Rodolfo Mantilla Jácome : "No existe ningún obstáculo para aceptar que un sujeto que padezca trastorno mental o inmadurez psicológica pueda actuar justificadamente o que en su acción ha concurrido circunstancia de exclusión de la culpabilidad, sin que sea dable calificarlo solo por ese padecimiento como inimputable. Con relación a las causas de justificación, por cuanto son de naturaleza preponderantemente objetivas, y frente a las causas de inculpabilidad, porque si ellas realmente se presentaron la causa determinante del hecho no fue el trastorno o la inmadurez, sino la presencia de una cualquiera de las razones expresamente señaladas en el artículo 40 del Código Penal, esto es, porque en este supuesto no se da la necesaria relación causal entre la inimputabilidad y el hecho, que conduzca a descartar su incapacidad de ser culpable, sino que fue una razón diversa, como fue el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción o el error, la que condujo a esa persona

******ebook converter DEMO Watermarks*******

a la realización de comportamiento típicamente antijurídico"{565}.

Aun cuando en el Código Penal de 1980 a tal conclusión se podía llegar a partir de la forma de regulación del fenómeno en el artículo 31, ahora, en el del año 2000, de manera expresa se dice en el artículo 9° segunda parte: "Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la ausencia de ausencia de responsabilidad", con lo que culminan grandes esfuerzos en la doctrina y la jurisprudencia.

D . CAUSALES DE INIMPUTABILIDAD

Según el artículo 33, pueden llevar a la inimputabilidad la inmadurez psicológica, el trastorno mental, la diversidad sociocultural y los estados similares; hay una diferencia de tratamiento con el Código Penal de 1980, pues en éste hay un "número cerrado" de causales, siendo dos y sólo dos: la inmadurez y el trastorno mental; ahora se introduce la diversidad sociocultural y "estados similares". Veámoslas por separado.

I . INMADUREZ PSICOLÓGICA

Si se entiende por *madurez* un "estado de completo desarrollo", aplicado a células, órganos, funciones y organismos{566}, la inmadurez psicológica implica una deficiente o incompleta estructura de la personalidad en sus integrantes pulsionales, afectivas, volitivas e intelectivas, en todas ellas, o con acento en alguna de ellas, lo cual le impide introyectar los valores positivos de su contexto social o dirigirse conforme a ellos.

Ricardo Mora Izquierdo ha dado una noción aceptada en nuestra doctrina, diciendo que es una "falta de maduración global, severa y perfectamente instaurada, que cobija varias de las áreas de la personalidad del individuo";

******ebook converter DEMO Watermarks*******

por su parte, los psiquiatras Lisandro Durán Robles y María Idalid Carreño Salazar enuncian una serie de síntomas que conforman el concepto: falla en la identidad personal clara, dificultad importante del inmaduro para responder por sí mismo, incapacidad para que otras personas dependan de él (él tiene que depender de otros), incapacidad para aceptar las decisiones de otros que tienen autoridad, incapacidad para ser independiente, no lograr disfrutar de las relaciones interpersonales, incapacidad para establecer una relación íntima, satisfactoria y amorosa con un miembro maduro del sexo opuesto, intolerancia a las deficiencias de los demás, sin prospección clara o con prospección poco realista{567}.

El Código Penal de 1980 incluía en este concepto también a los indígenas, por lo cual fue criticado por la doctrina, con razón, diciéndose que así se desconocían "los más elementales fundamentos de la antropología"{568}; ahora los indígenas quedan comprendidos dentro de la expresión lingüística "diversidad sociocultural".

Estrictamente, desde el punto de vista de la psicología evolutiva no puede decirse que los menores de edad sean inmaduros psicológicos, a condición de que exista correlación entre la capacidad intelectual, emotiva y afectiva y la edad cronológica; en pocas palabras, el menor de edad no es por sí mismo inmaduro, pues él tendrá la madurez acorde con el desarrollo que corresponde. No obstante, nuestra ley contempla a los menores de 18 años como inimputables diciendo que "estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil".

Mucho se ha discutido sobre la conveniencia de la consagración de un sistema biológico de regulación de la inimputabilidad en relación con los menores, según el cual basta la comprobación de la edad para que con presunción de derecho se opte por la no capacidad de comprender y/o de determinarse; como todos sabemos, esto no es cierto en muchos casos. Por esto sería de desear que se estableciera una edad por debajo de la cual el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sujeto quedara por fuera de las previsiones de la imputabilidad y otra a partir de la cual se pudiera determinar en cada caso la capacidad o incapacidad.

Finalmente, hay que anotar que hoy por hoy parece existir acuerdo en la psiquiatría forense en cuanto a implicar en el concepto de inmadurez psicológica a los denominados *deficientes mentales*, es decir, personas afectas en su desarrollo intelectual, como los casos de idiocia, imbecilidad y oligofrenia. Aun cuando desde el punto de vista de la psiquiatría general en alguna clasificación de enfermedades mentales se pudieran ubicar como "enfermedad mental permanente", para los efectos de su eventual inimputabilidad se les considera como correspondientes a inmaduros psicológicos.

2. TRASTORNO MENTAL

Se entiende por tal cualquier perturbación de la personalidad en sus esferas afectiva, volitiva o intelectiva, o en su conjunto, que lleve a la supresión o la disminución de la capacidad de comprender y/o de determinarse del sujeto que se juzga. La fórmula "trastorno mental" se introdujo en el Código Penal español de 1932, y supera la tradicional expresión de "enfermedad mental", con dos sentidos: para dejar claro que no necesariamente se exigen situaciones morbosas o patológicas, con carácter de permanencia o "trastornos psíquicos somáticamente originados"{569}; de otra parte, para evitar la expresión "inconciencia" y entonces abarcar situaciones en las que hay conciencia pero "siempre que no pueda el sujeto dirigir sus acciones", como dice Luis Jiménez De Asúa {570}.

Para el concepto psiquiátrico de trastorno mental y su clasificación debemos remitirnos a las distintas clasificaciones de las enfermedades mentales, bien sea de la OMS o del "Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales" de la *American Psychiatric Association*; desde el punto

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de vista jurídicopenal, el trastorno mental puede ser *permanente*, entendido como cualquier afección que de manera permanente afecte las esferas de la personalidad y cuya intensidad sea tal que suprima o debilite la capacidad del sujeto para insertar su comportamiento en el mundo de los valores o la capacidad de autorregular su conducta conforme a ellos a pesar de tener conciencia de lo que hace; entran aquí las psicosis maniaco-depresivas, la paranoia, la esquizofrenia, la epilepsia, etc.; las neurosis también pueden ser consideradas trastornos mentales permanentes, a condición de que hagan crisis que lleven al sujeto a la incapacidad de comprender y/o de determinarse; más problemático es el tema de las psicopatías, pues mientras la generalidad de la doctrina niega que los afectados por ellas puedan llegar a ser considerados inimputables, algunos autores, como Zaffaroni , admiten tal posibilidad: "El psicópata no puede internalizar valores y, por consiguiente, es absurdo que el derecho penal pretenda exigirle que los internalice, y reprocharle porque no lo haya hecho. Es algo tan absurdo como reprocharle a un ciego que no haya visto"{571}.

El trastorno mental puede ser *transitorio,* si cesa en un período de tiempo más o menos corto{572}, el cual puede ser, a su vez, *con base patológica o sin base patológica.* La jurisprudencia española ha definido el trastorno mental transitorio como "todo aquel de causa inmediata, necesaria y fácilmente evidenciable, de aparición más o menos brusca, de duración, en general, no muy extensa y que termina por la curación sin dejar huella, producido por el choque de un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza: es decir, una verdadera reacción de situación que produce en el individuo la alteración de su mente, en términos tales que le hacen irresponsable de los actos en aquel momento ejecutados por él mismo"{573}.

Fenómenos constitutivos de trastorno mental transitorio serían los casos siguientes.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

a. SIDERACIÓN EMOTIVA

Se produce por choques psíquicos producidos por la intervención brusca de un factor inesperado en una actitud afectiva dada, que lleven al sujeto a la incapacidad de responder mediante una reacción adaptada y paralicen las instancias elevadas de la personalidad: puede tratarse de una muerte, una ruptura (amor, amistad), un fracaso, una pérdida material, un aislamiento repentino (detención, exilio), una sorpresa, una intuición brusca, etc.{574}.

b. EMBRIAGUEZ DEL SUEÑO

Krafft-Ebing enseña que "los estados de embriaguez del sueño resultan de que el retorno inmediato de la conciencia y la conciencia del espíritu que acompañan al despertar se retardan; tanto, que las representaciones, los errores de los sentidos, las *apercepciones* falsas, son el resultado del sueño e impiden la percepción clara del mundo exterior, determinando un estado de confusión mental comparable al de la embriaguez"{575}. También se le conoce como *síndrome de Elpenor*{576}*,* y se caracteriza por el obrar con un despertar incompleto, con trastornos predominantes de la memoria, obnubilación de la conciencia, con reacciones imprevistas, bruscas y rápidas; el comer o beber demasiado antes de acostarse, el acostarse en lugares desacostumbrados, el excesivo cansancio, etc., pueden propiciar este fenómeno.

c. EMBRIAGUEZ PATOLÓGICA

Es importante tener en cuenta la sintomatología clínica de la embriaguez "normal" o aguda, con sus diversas fases: *eufórica*: sensación de bienestar, agilidad mental, hilaridad, aceleración de la ideación, bonomía, placidez, etc.; *agresiva*: pérdida del equilibrio, lentitud en el razonamiento, trastornos

******ebook converter DEMO Watermarks*******

motores y del habla, estereotipia verbal, logorrea, manifestaciones de agresividad, exaltación de la libido, relajamiento de los frenos inhibitorios; *coma:* terminación en sueño, dependiendo, claro está, de la cantidad de la ingestión.

Pues bien, frente a esta tenemos la sintomatología de la embriaguez patológica: subitaneidad, poca dosis (algunos autores no la descartan tampoco dentro de una gran embriaguez), motivo fútil, desorientación, gran fiereza, gran fuerza, no trastornos motores ni del habla, terminación en sueño, amnesia total o parcial de los hechos: "La conciencia está alterada, dice Kolb, y el paciente está confuso, desorientado, sufre ilusiones, alucinaciones visuales e ideas delirantes transitorias. Su actividad es exagerada, impulsiva y agresiva e incluso llega hasta la destructividad. Los trastornos emocionales son profundos y pueden consistir en furia, angustia o depresión, a veces con intentos suicidas. El cuadro dura de unos cuantos minutos a un día o más, y habitualmente es seguido de un sueño prolongado, después del cual el paciente sufre amnesia respecto de todo el episodio"{577}; otro autor, Kurt Kolle , dice que la amnesia puede ser total o parcial, y de manera macabramente hermosa afirma: "No habla en contra de la existencia de una embriaguez epileptoide la presencia de recuerdos de fragmentos, a modo de islotes en el mar sin orillas de su amnesia"{578}.

Las causas pueden ser: la epilepsia, los traumas del cráneo, los fuertes fríos o calores desacostumbrados para el sujeto, las fuertes tensiones afectivas, el excesivo cansancio; puede darse en personas neurópatas, epilépticas, psicópatas, esquizoides, etc.

Ahora bien, la sintomatología clínica y la etiología nos sirven para hacer el diagnóstico diferencial: para saber cuándo estamos en presencia de una embriaguez normal o en presencia de una embriaguez patológica, pues son claras las consecuencias que se siguen de dar por existente una u otra forma de embriaguez.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

d . EMOCIÓN VIOLENTA EN GRADO SUMO

Mucho se ha discutido en la doctrina si una emoción violenta puede generar inimputabilidad; hoy por hoy no se discute ello, claro está, a condición de que la emoción haya alcanzado grados altos, de tal forma que lleve a la supresión o gran debilitamiento de la capacidad de comprender y/o de determinarse. Precisamente, Luis Jiménez De Asúa , al hablar de la fórmula de "trastorno mental", afirmaba que dicha expresión no sólo abarcaría casos de individuos en estados morbosos, "sino también aquellos otros que, presa de una pasión violentísima, causada por justo dolor, no pudieron, por haber caído en inconsciencia, discriminar la naturaleza de sus acciones o, aun cuando sean conscientes, por el carácter compulsivo de las emociones padecidas no sean capaces de inhibir sus impulsos delictivos"{579}.

El miedo, la ira o el amor son conocidos como emociones primitivas, ligadas las dos primeras respectivamente a las tendencias defensiva y ofensiva, unidas al instinto de conservación individual, y la última conectada a la tendencia reproductiva o sexual, constitutiva del instinto de conservación de la especie{580}; estas emociones pueden llevar al sujeto a la incapacidad de comprender y de determinarse; claro, aquí hay que observar que el sujeto puede darse cuenta del hecho en su aspecto material; empero, por la exacerbación anímica no puede ponderar la significación de su comportamiento; normalmente hay un oscurecimiento de la conciencia que lleva a esto: existe una conciencia crepuscular o primitiva, que no permite darse cuenta de la trascendencia de lo que se hace; a veces también hay *estrechamiento* de la conciencia, situación en la cual se merma el campo de las percepciones y se produce una focalización sólo al estímulo fobígeno (o sea que se teme) o nociseptivo (que causa el daño).

Ahora bien, ¿cuándo los fenómenos anteriores constituyen trastorno mental transitorio con base patológica o sin base patológica? Todo depende de su etiología y de que perduren secuelas que hagan necesaria la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

observación del sujeto o el sometimiento al tratamiento contemplado en la ley; así, por ejemplo, una embriaguez patológica que tenga como fundamento una epilepsia normalmente será considerada como trastorno mental transitorio con base patológica, lo que no sucedería si tuviese como base una situación eminentemente circunstancial, como un excesivo agotamiento.

3 . DIVERSIDAD SOCIOCULTURAL

Como se ha dicho, en el Código Penal de 1980 los indígenas quedaban comprendidos entre los inmaduros psicológicos; este absurdo fue criticado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia cuando con ponencia de Luis Enrique Aldana Rozo dijo, en providencia del 20 de septiembre de 1984: "el hecho de que el indígena tenga un desarrollo cultural diverso del correspondiente al llamado hombre civilizado en manera alguna permite aseverar que aquél sea inmaduro en el sentido estricto del vocablo. Se trata simplemente de dos visiones diferentes sobre el mundo y, en últimas, de la presencia de dos distintas escalas de valores, sin que sea dable dar preeminencia a alguna de ellas, a no ser como el resultado de la imposición de quienes detentan los factores reales de dominación".

En el nuevo Código se cataloga a los indígenas como inimputables siempre y cuando por su condición de indígenas hayan obrado en virtud de su cultura; en otras palabras, no se trata de establecer los rasgos físicos para establecer la pertenencia a una u otra comunidad indígena mediante un dictamen de antropología física, sino de establecer si esa persona tiene una "visión del mundo" correspondiente a tal o cual comunidad.

El artículo 246 de la Constitución Nacional consagra la jurisdicción especial indígena; y el artículo 7° reconoce que Colombia es un país de diversidad étnica y pluricultural. Estos artículos están íntimamente vinculados con el i° que define al Estado colombiano como "Estado social de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

derecho [...] *pluralista*"; como por siglos en el país se ha manejado el poder a espaldas de los grupos minoritarios, lo que unido a la injusta distribución de la riqueza y a la desigualdad en las oportunidades ha sido fuente de descontento justificado, en la Constituyente de los años 90 del siglo XX la sociedad colombiana se vio en la necesidad de replan-tear el fenómeno del poder dando participación a todos los grupos integrantes de la nacionalidad y contando con los grupos que habían estado tradicionalmente marginados; entre estos, los indígenas fueron reconocidos en su existencia en importancia.

Pero los grupos minoritarios ya existían antes de la Constitución y luchaban por su reconocimiento; esto lleva a la siguiente consideración: la *creación* de la jurisdicción indígena no es de la Constitución, pues lo que ella hizo solamente fue *reconocerla*; es más, la propuesta hecha por los grupos indigenistas en la Constituyente encabezaba así: "Se *reconoce* la jurisdicción de las autoridades propias de los grupos étnicos nacionales". Ahora bien, la jurisdicción, los procedimientos y las conductas prohibidas han tenido una regulación consuetudinaria a la cual se remite el artículo 246, "siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República"; esto último es bastante complejo y creemos que al respecto no se pueden dar pautas *a priori*, debiéndose en cada caso valorar la situación. Se espera que el Congreso cumpla con el deber de dictar la ley que integre, armonice o coordine la jurisdicción especial indígena "con el sistema judicial nacional". Lo que queda claro es que la Constitución reconoce a una minoría dentro de la nacionalidad: se trata de una "discriminación inversa" o "discriminación justificable"[{581}], para asegurar un tratamiento más igualitario y justo.

Siempre ha sido problemática la regulación de la situación de los indígenas en el país: estos no se contemplaban en el Código Penal de 1890 pero sí en la Ley 89 de 1890 que distinguía entre indios salvajes y semi-salvajes, con discusión sobre su constitucionalidad o inconstitucionalidad[{582}]. De todas formas, nos parece que es conveniente hacer la siguiente reflexión:

******ebook converter DEMO Watermarks*******

es de preguntarse si tienen sentido los artículos 33 y 73, este último que consagra la medida de seguridad consistente en la reintegración al medio ambiente natural propio; en efecto, si se considera que el indígena obró en virtud de su cualidad de indígena corresponde enviarlo a su jurisdicción; ahora bien, dentro de su jurisdicción será tratado de acuerdo con el derecho consuetudinario que en su grupo se tenga, y allí su hecho será justificado, o inculpable, o atenuado, según las reglas del grupo; en estos casos no tiene sentido el artículo 33, a no ser que se entienda que, como está regulado el tema, la autoridad judicial indígena queda *convertida en un mero ejecutor penitenciario*{583}; creemos, en cambio, que se podría ensayar otra interpretación según la cual no sea necesario que el juez ordinario deba declarar al sujeto inimputable para ser enviado a su jurisdicción, porque entonces no tendría sentido la jurisdicción especial *reconocida* por la Constitución.

Por lo anterior, dudamos que el artículo 33 tenga sentido en relación con la inimputabilidad de los indígenas; ahora bien, si el procesado es físicamente indígena, pero no lo es culturalmente, entonces no se aplica respecto de él el artículo 33 en lo que respecta a la "diversidad sociocultural": tendría que ser tratado como un ciudadano común y corriente; pensamos, por ejemplo, en el caso de un indígena que lo es físicamente pero que es completamente ajeno a su cultura y se halla integrado a la cultura mayoritaria.

Por lo demás, nos parece que siguen siendo válidos los argumentos de la Corte Constitucional en la sentencia T-496 de 1996, con ponencia de Carlos Gavira Díaz , al señalar que cuando el indígena no comprende el alcance social de su conducta, ello no es debido a inferioridad psíquica de su parte, sino a la diferencia en la visión del mundo; esto nos lleva a la siguiente reflexión final: ¿se podrá algún día llegar a hablar de *causales culturales de justificación* en relación con los indígenas? Es decir, si no hay cultura superior a otra cultura, sino que cada cual tiene un valor en sí misma según su

******ebook converter DEMO Watermarks*******

decurso histórico, puede pensarse que el indígena que obra de acuerdo con su cultura obra de manera justificada si así lo considera la cultura en la cual él está inmerso. Si, en cambio, nosotros como fiscales o jueces de la cultura mayoritaria le decimos al indígena que ha obrado según sus pautas culturales, que su obrar es típico y *antijurídico* pero que lo consideramos a él como inimputable, de todas formas le estamos haciendo un juicio negativo, nosotros, prevalidos de la cultura "blanca", hegemónica, exclusiva y excluyente. ¿En qué nos estaríamos diferenciando del conquistador o del colonizador foráneo ?. Acaso no es esto *resultado de la imposición de quienes detentan los factores reales de dominación*, para usar las palabras de la Sala Penal de la Corte en la decisión transcrita? La antijuridicidad es un juicio negativo de desvalor; entonces, ¿con qué legitimidad le dice una cultura a otra que el obrar de acuerdo con esa otra cultura es *antijurídico*?

Nos parece que la expresión lingüística "diversidad sociocultural" no sólo abarca el caso de los indígenas sino también otras situaciones no vinculadas con tal calidad; pensemos en un habitante de algún país asiático o africano que tenga por costumbre cortar el clítoris a sus hijas de corta edad; pensemos que se encuentre de súbito inmerso en nuestro medio y obre conforme a las pautas de su cultura. Esto plantea el difícil problema de los conflictos de cultura, tema de un bello libro de Giovanni Sartori que gira alrededor de la siguiente pregunta: "¿Cómo se hace para integrar al extranjero, al inmigrado de otra cultura, religión y etnia muy diferentes?". No vacila este autor en decir que el problema ciertamente trasciende el interés económico: "es eminentemente no económico. Es fundamentalmente social y ético-político"{584}.

4. ESTADOS SIMILARES

Aquí quedan comprendidas todas aquellas situaciones en las cuales el sujeto,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

por no haber estado en contacto con su entorno social, no ha podido introyectar o internalizar los valores de su comunidad; por esto no puede comprender el significado del comportamiento, y menos determinarse de acuerdo con tal comprensión; pensemos, como ejemplo, en los "niño lobos", aquellas personas que, perdidas en la selva, han vivido aisladas de la sociedad y no conocen las pautas de comportamiento que rigen en el medio al cual de súbito regresan{585}.

Insistimos, los estados similares deben ser situaciones de no captación de los valores de nuestra cultura por aislamiento o alejamiento de esos mismos valores, pero jamás podrán comprender los casos del "autor por conciencia", en situación en la cual se es consciente de la existencia de unos principios morales, éticos y jurídicos, pero a ellos se oponen otros valores que rigen para el individuo como imperativos de su conciencia. Pensemos en un testigo de Jehová que no admite transfusiones sanguíneas y cuyo hijo por alguna circunstancia muere cuando si hubiera acudido a la medicina tradicional hubiera sobrevivido. Habría que estudiar en qué estrato del delito se puede resolver el caso, pero lo que está claro es que de ninguna manera será en el estrato del delito del que nos ocupamos: ¡ay del día que hablemos de inimputabilidad aquí!: la cámara del silencio y el lavado del cerebro estará para "curar" también al disidente, al contestatario, a quien piense diferente.

E . CONSECUENCIAS JURÍDICAS

En el capítulo IV del Código Penal se prevén las consecuencias de la inimputabilidad, es decir las medidas de seguridad: el internamiento para el trastornado mental permanente, internación en establecimiento psiquiátrico, clínica o institución de carácter oficial o privado; aun cuando en las ideas de la escuela positivista las medidas de seguridad tienen la característica de ser indeterminadas, en nuestra legislación, por influencia de la doctrina que ha

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sostenido el carácter de sanción (a veces no menos aflictivas que las penas) {586} se ha tratado de limitarlas a lo estrictamente necesario; es más, se ha puesto como límite de la intervención estatal la cantidad de injusto, y por esto dice el artículo 70 *in fine* que la medida de seguridad no puede ser superior la máximo fijado para la pena privativa de la libertad.

Desde luego, en la regulación actual de las medidas de seguridad ha influido en gran medida la jurisprudencia de la Corte Constitucional, institución que a partir de la sentencia del 3 de junio de 1992 declaró inconstitucionales los mínimos previstos y el máximo indeterminado; así mismo, la sentencia del 6 de mayo de 1993 fue la que dispuso que el injusto fuera una limitante de la duración máxima.

La ley prevé otras medias como la libertad vigilada, la internación en casa de estudio o de trabajo, la reintegración al medio cultural propio.

En el caso de trastorno mental transitorio sin base patológica no se aplicará medida de seguridad alguna; dispone el artículo 75 *in fine* del Código Penal que en este caso y en el transitorio con base patológica, "cuando esta desaparezca antes de proferirse la sentencia", el funcionario judicial podrá terminar el procedimiento si las víctimas del delito son indemnizadas.

Lo anterior parece correcto en el caso del trastorno mental con base patológica; en caso de que no exista esa base patológica nos parece cuestionable, pues se deja vigente la polémica sobre si el trastorno mental transitorio sin base patológica o sin secuelas es una causal de no punición, tal como pensaba Reyes Echandía {587}, o es una causa que impide el surgimiento de la responsabilidad, como lo hemos venido pregonando{588}; en efecto, si la base de la responsabilidad penal se funda o en el libre albedrío, conforme a la escuela clásica, o en la peligrosidad o necesidad de protección, conforme a la escuela positivista u otras corrientes, y si en el caso que nos ocupa el sujeto, pasado el hecho, regresa totalmente a la normalidad, no se ve cómo puede

******ebook converter DEMO Watermarks*******

surgir la responsabilidad; el problema no es de las hojas, sino del tallo: este no surge porque no tiene raíces. Distinto es que haya un problema práctico cuando existe parte civil o reclamo de perjuicios; sin embargo, pensamos que sucede lo mismo que cuando hay otra causal de no responsabilidad: no porque exista constitución de parte civil se puede llevar a un sujeto hasta la sentencia, negando la preclusión o la cesación de procedimiento, so pretexto de que hay que cubrir a la víctima; esta tendrá la vía civil para reclamar.

II. CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD

El lugar y el concepto del conocimiento de la antijuridicidad dependen de la sistemática que se adopte en relación con la estructura del delito; esto es, según que se adopte o la denominada teoría del dolo o la llamada teoría de la culpabilidad, lo cual merece una explicación.

A . TEORÍA DEL DOLO

Aquí la conciencia de la antijuridicidad se estudia como constitutiva de la esencia del dolo; en efecto, bien sabemos que se entiende por dolo, en su concepción tradicional, el conocer y el querer el comportamiento, con conciencia de la ilicitud; esto, en la concepción tradicional de los esquemas clásico y neoclásico: se trata del denominado "dolo malo", o "teoría del dolo", que siempre ha exigido la conciencia de la ilicitud por parte del sujeto como requisito *sine qua non* para la existencia del concepto: es preciso que la persona obre de mala fe.

Pero, a su vez, la teoría del dolo se subdivide en:

- Teoría *estricta* del dolo: la conciencia de la antijuridicidad se exige de manera actual y no meramente potencial; pero aquí se objetó que existen

******ebook converter DEMO Watermarks*******

situaciones en las que no se presenta esa actualidad: se citan, por ejemplo, los casos de comportamientos en estados de gran turbión emocional.

- Teoría *limitada* del dolo: sucede que a veces el sujeto obra de manera indolente, sin reflexionar en las consecuencias nocivas de su comportamiento; para no afirmar la inexistencia del dolo en estos casos se optó por no exigir esa conciencia actual y se introdujo la expresión "ceguera jurídica" *(Rechtsblindheit),* entendida como *incapacidad para reconocer lo justo y lo injusto:* esta fue la expresión que usó Mezger en 1944, desandando el camino de su *Tratado* de 1931; luego, en 1950, habló de "enemistad jurídica" *(Rechtsfeindschaft),* expresión que tiene en cuenta en el sujeto "la conducción de su vida" y la "'actitud' que el autor ha mantenido en el transcurso de su vida pasada en relación con el derecho como totalidad"{589}. De esta forma se castiga a los sujetos que alegan la no conciencia de valores elementales, "como si" obraran con esa conciencia de ilicitud, exigiéndose sólo la conciencia potencial. El autor dice que su nueva concepción se basa "en las imperiosas necesidades de la vida práctica jurídica"{590}. Como se ve, el manejode estas expresiones es muy peligroso desde el punto de vista político, pues no hay duda que ellas son *hijas de la culpabilidad de autor*{591}.

B . TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

La teoría finalista del delito concibe el dolo como "el saber y querer la realización del tipo"{592}, lo concibe como la parte subjetiva del tipo, o mejor, como tipo subjetivo; aquí el dolo no implica la conciencia de la antijuridicidad, pues esta se estudia dentro de la culpabilidad, pero no como parte del dolo (ya ubicado en la tipicidad), sino como elemento del *juicio de reproche*, que es en lo que consiste la culpabilidad.

La concepción normativa de la culpabilidad sostenida por la teoría finalista sostiene que la culpabilidad es un juicio de reproche que tiene como

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sus fundamentos la imputabilidad, la exigibilidad de la conducta y la conciencia de la antijuridicidad. Ahora bien, basta con que esta conciencia sea potencial para que se dé el reproche. En otras palabras, si el sujeto pudo tener conciencia en su caso de la ilicitud del comportamiento, ya basta con esto para la culpabilidad; claro que en el establecimiento del dolo, entendido como conocer y querer del hecho, se ha hecho la exigencia del conocimiento actual. Por esto, la culpabilidad se satisface con la conciencia potencial; desde luego, si esa conciencia existe con actualidad mayor será el reproche.

Aceptar que la mera conciencia potencial de ilicitud sea o no suficiente en orden a la existencia de la culpabilidad es algo que depende de que se acepte o no la denominada *ética de responsabilidad* o la *ética de conocimiento;* Welzel precisamente parte de la primera y sostiene que el hombre en sociedad no sólo debe abstenerse cuando sabe que está obrando mal, sino también cuando no está seguro que está obrando bien; en relación con la ética de responsabilidad, dice que "aquí y sólo aquí radica la decisiva diferencia entre la teoría del dolo y la teoría de la culpabilidad"[{593}]. Como se ve, crece el nivel de exigencias para el ciudadano frente al Estado, y ello será correcto sólo si la sociedad y el Estado brindan al individuo posibilidades de realización; empero, cuando disminuye la libertad personal como posibilidad de optar, porque cada día hay menos nutrición, salud, vivienda y educación, no es adecuado ampliar los márgenes de la punición, tal como acontece con la ultima parte del artículo 32.11.

Lo anterior tiene influencia en la regulación del error: el error sobre la permisión descartará el dolo por faltar entonces la conciencia de la ilicitud, en la teoría tradicional o causalista del delito; esto si el error es invencible, con la posibilidad de la punición por el delito culposo si existe culposo en caso de que sea vencible; en cambio, en la teoría normativa de la culpabilidad el error que versa sobre la permisión da lugar al error de prohibición, con absolución si el error es invencible y con rebaja de la sanción en caso de que sea

******ebook converter DEMO Watermarks*******

vencible, pero permaneciendo en este caso intacta la realización dolosa.

Este Manual se ha elaborado sobre la base de la segunda sistemática aludida; empero, a nuestro modo de ver, el estatuto penal actual admite distintos conceptos del delito. Por esto, lo que se diga aquí es sobre la base de la sistemática adoptada, sin que sea ello entonces absoluto. Así, cabría la siguiente interpretación de la parte última del artículo 32.11: cuando se dice que para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, *de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta*, se podría entender que el conocimiento de lo injusto ya existe, y lo que se le exige al sujeto es que lo actualice efectivamente, y si no lo hace de todas formas se le tendrá por existente{594}; así se resuelve la dificultad que radica en la evidencia de que lo que es apenas *potencial* en realidad no existe.

Entonces podría ser aplicable, también en relación con el tema de la conciencia de la antijuridicidad, el pensamiento de Platzgumer , cuando con base en Rohracher en su tesis de la co-conciencia sostuvo que los elementos del tipo no tenían que estar presentes en la conciencia actual, en el foco principal de ella, pudiendo existir algunos sólo de manera co-consciente *(Mitbewusstsein),* es decir, muy cercana a ese foco principal: hay cosas que el sujeto sabe aunque no piense en ello de manera actual; así, dice, el funcionario público que se apropia de un bien no tiene que pensar en su calidad de funcionario en el momento que toma el dinero, pues cuando el sujeto se dice "*yo* quiero hacer esto", por ejemplo apropiarse del dinero que por razón de sus funciones administra, en ese "*yo*" está implícita la cualidad de funcionario público{595}; cuando el sujeto se apropia de una maleta o equipaje en una estación de transporte no tiene que pensar en la estación en el preciso momento en que pone la mano en el objeto material del hurto, pues él sabe, de manera co-consciente, que está en una estación.

Nos parece que es de temer que, si no se hace una interpretación en tal

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sentido, será muy difícil dar aplicación al error vencible de prohibición.

Pues bien, ¿a qué está referido ese conocimiento de la antijuridicidad, al conocimiento de la formalidad de la ley o al injusto material? A nuestra manera de ver, la voluntad del sujeto debe estar encaminada a la realización de un comportamiento que se sabe es contrario a lo debido; es preciso saber que su comportamiento es ilícito y que con él daña; no basta la conciencia de la inmoralidad de la conducta: el sujeto debe saber que su comportamiento es contrario al derecho y que con él lastima a otro. No se necesita que sepa que está previsto en tal o cual norma pues, como se ha dicho con razón, si así fuera sólo los juristas podrían delinquir. Basta con que, como dijo Mezger, exista "una valoración paralela en la esfera del profano"{596}, siendo determinante, como lo enseña el mismo autor, la consideración del círculo de pensamientos del autor y de su ambiente.

En resumen, para que se dé por existente la conciencia de la antijuridicidad el sujeto debe saber o *conocer* que está realizando el hecho en su aspecto material, esto es, darse cuenta de ello; pero también es preciso que sepa que *daña* y que *comprenda* que su obrar es indebido.

III . EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Aunque el concepto de inexigibilidad de otra conducta puede remontarse a Aristóteles y Carmignani , tal como lo destacara desde hace tiempo Luigi Sacarano , se debe a Frank el haber introducido este concepto en la moderna sistemática del delito{597}. Como se ha visto, según la teoría normativa de la culpabilidad, esta no se agota en la mera actitud consciente de la voluntad que tiende al delito, sino que también implica la noción de *reproche*, el cual es el desvalor que predica el juez en relación con aquella actitud consciente de la voluntad en la medida en que el sujeto pudo obrar conforme a derecho y no lo respetó. En otras palabras, no basta con el mero nexo psicológico para que

******ebook converter DEMO Watermarks*******

haya culpabilidad: es preciso que también exista *reprochabilidad de la conducta,* la que sólo puede darse si el sujeto estaba en posibilidad de respetar el derecho, de obrar conforme a sus exigencias; es decir que la reprochabilidad de la conducta existe sólo cuando el sujeto está en condiciones de respetar la norma, cuando está en circunstancias normales de motivación que le permitían obedecer el derecho{598}.

Como hemos dicho, aunque con algunos antecedentes, se debe a Reinhard Frank haber comenzado a concebir la culpabilidad no como mero nexo psicológico entre el autor y el resultado, sino además como reprochabilidad; en su opúsculo, *Estructura del concepto de culpabilidad* planteó la culpabilidad como reprochabilidad, a propósito del conocido como "Caso Leienfanger" o "Caso del caballo resabiado": el caballo tenía el resabio de alzar la cola, aprisionar las riendas y desbocarse; el patrón ordenó a su empleado atar el caballo al coche para salir a la calle, a lo cual éste le objetó el peligro; entonces el jefe amenazó con el despido laboral. Dijo entonces el Tribunal Supremo alemán en relación con la culpa y las *circunstancias* en las cuales el sujeto obró: es propio de la imprudencia "la no satisfacción de aquella medida de cuidado y de consideración para el bienestar general [...] que podía exigirse al actor razonablemente".

Según la transcripción que hace de la providencia Frank , también dijo el Tribunal que debe balancearse "si debe considerarse al acusado obligado a sustraerse a la orden de su principal aceptando la pérdida de su puesto, toda vez que, al emplear el caballo que le asignaran para viajar, conscientemente colocábase en la posibilidad de lesionar a alguien, o bien si debió haber hecho prevalecer esta última consideración sobre el motivo que lo impulsaba al acatamiento de la orden del patrón".

Entonces, dice el autor: "es bien claro que con estas expresiones las circunstancias concomitantes, las condiciones bajo las cuales el acusado se encontraba en el momento crítico, son traídas a la culpabilidad. De este

******ebook converter DEMO Watermarks*******

modo, tratándose de comportamiento *imprudente,* el juez tendría un campo más amplio dentro del cual moverse para considerar, según su libre arbitrio, la totalidad de las circunstancias excluyentes de culpabilidad"{599}. más claro aún: "un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido"{600}.

En el concepto de culpabilidad se introdujo, como parte esencial del mismo, la reprochabilidad, ligado a la *exigibilidad de otra* conducta: sólo son culpables los comportamientos dolosos y culposos que el sujeto realiza cuando estaba en circunstancias de poder respetar el derecho, o sea *cuando le era exigible la conducta.* Bien sabemos que la teoría normativa de la culpabilidad ha llegado a tener importancia hoy día no sólo para delitos culposos, sino también para los dolosos, pero fue precisamente en relación con los delitos culposos como comenzó la teoría.

En el esquema neoclásico el dolo, la culpa y la preterintención siguen estando en la culpabilidad como *elementos* de ella; sólo que la culpabilidad deja de ser mero *nexo psicológico,* para ser ahora un "compuesto mixto", integrado por la imputabilidad, el dolo, la culpa y la preterintención, y por la *exigibilidad de otra conducta*; por esto se dice que tal esquema del delito adopta una concepción psicológico-normativa de culpabilidad. En cambio, del esquema finalista del delito se dice que acepta una teoría normativa pura, pues la culpabilidad se define como un *puro juicio de reproche* que se hace al sujeto por no haber respetado el derecho, reproche que se hace cuando, siendo imputable, obró con conciencia al menos potencial de la antijuridicidad y su conducta le era exigible porque estaba en condiciones de obedecer los mandatos de la norma.

En nuestra doctrina Reyes Echandía , al hablar del concepto de culpabilidad, la definía como "la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio de reproche en cuanto el agente actúa en forma antijurídica pudiendo y debiendo actuar diversamente"{601}. Como puede verse, la definía

******ebook converter DEMO Watermarks*******

según el esquema neoclásico, que hace radicar la esencia de la culpabilidad en la existencia de un nexo psicológico, pero exigiendo además la reprochabilidad. No profesaba un normativismo puro, a la manera de Welzel y la teoría finalista de la acción, pero sí tiene el mérito de haber iniciado el camino del normativismo en nuestra doctrina.

En resumen, el reproche de la culpabilidad sólo puede hacerse cuando el sujeto, en sus circunstancias, pudo respetar el derecho y no lo hizo.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Lección 23: Error de prohibición

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Tal vez uno de los pocos aspectos en que coinciden los distintos esquemas del hecho punible es en la exigencia del conocimiento de la antijuridicidad como condición o elemento de la culpabilidad; en otros términos, como regla general, el derecho penal no califica de *culpable* un comportamiento que se realiza sin conciencia de que es antijurídico. En los esquemas *causalistas*, porque el conocimiento de la antijuridicidad hace parte del *dolo* y éste se ubica en la culpabilidad; en los restantes, el conocimiento de la antijuridicidad es uno de los elementos del juicio de reproche de la culpabilidad.

La falta de conciencia sobre la antijuridicidad de una conducta puede tener origen en deficiencias individuales de comprensión, en simple "ignorancia" (una mujer ignora, por ejemplo, que el aborto está tipificado en la ley penal colombiana), en percepciones erróneas acerca de la norma prohibitiva (su alcance, su vigencia, su existencia misma), o en la creencia equivocada de que concurre una causal excluyente de antijuridicidad o de inculpabilidad en la situación concreta. En el primer caso (incapacidad individual para comprender el carácter antijurídico de una conducta) el fenómeno radicará en la esfera de la inimputabilidad; los restantes, la doctrina los estudia bajo la denominación genérica de "error sobre la antijuridicidad" o "error de prohibición".

El error de prohibición constituye uno de los temas que mayor controversia ha suscitado en el derecho penal. no es para menos, pues el error sobre la prohibición concentra buena parte de los contenidos ideológicos de las distintas tendencias de la teoría del delito, expresa las consecuencias prácticas del sustrato material de la culpabilidad, y hace evidentes las incoherencias lógicas del sistema y las injusticias implícitas del mismo{602} .

La expresión "error de prohibición" es el resultado de muchos años de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

discusión{603}, durante los cuales se fue decantando la nomenclatura{604}, a partir del llamado *error de derecho.* En efecto, durante un largo periodo, en materia de *error* el derecho penal distinguió los errores de hecho (falsos juicios que recaen sobre el contexto fáctico) y los errores de derecho (falsos juicios sobre aspectos jurídicos, penales o extrapenales){605}. Esta clasificación, caprichosa como todas, si bien era razonable, resultaba poco útil para la dogmática penal, pues no permitía sistematizar soluciones a partir de la diferenciación de grupos de casos, y además propiciaba controversias de muy difícil, si no imposible, solución *(v. gr*., equivocarse sobre la naturaleza mueble o inmueble de un bien, ¿es un error de hecho o un error de derecho?). A pesar de que esta nomenclatura sigue vigente en algunos campos del derecho colombiano (en el recurso extraordinario de casación, por ejemplo), puede decirse que la dogmática penal contemporánea prácticamente prescindió de ella.

El esquema del delito planteado por el finalismo, que ubica el conocimiento de los hechos en el tipo subjetivo (dolo avalorado), y el conocimiento o conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad, trajo como consecuencia la necesidad de diferenciar con precisión el conocimiento exigible como condición de la tipicidad, y el requerido, para que la conducta sea culpable. Tal diferencia no es solo sistemática (el error sobre elementos del tipo excluye la tipicidad y el error sobre la antijuridicidad excluye la culpabilidad); cada sistema conlleva lógicamente diversas consecuencias, entre otras:

- En el causalismo neoclásico el dolo (ubicado en la culpabilidad) se compone por un elemento cognoscitivo y uno volitivo; la ausencia de cualquiera, en un caso concreto, excluye el dolo. En este contexto, no hay diferencia práctica entre un error invencible sobre los elementos del tipo penal (de carácter esencialmente fáctico) y un error invencible sobre la naturaleza antijurídica de la conducta.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

- En el causalismo neoclásico el rezago del juicio psíquico-normativo de la culpabilidad conduce a que tanto el conocimiento de los elementos fácticos constitutivos del tipo penal, como el conocimiento acerca de la antijuridicidad -la prohibición-, sean indistintamente conocimientos *actuales*, es decir, lo que se valora es lo que sabía la persona al momento de actuar. Por esta razón, no saber lo que es posible saber y debe saberse (error vencible) se valora como falta de diligencia constitutiva de *culpa.* El error vencible, en este contexto teórico, sigue siendo error y, por tanto, excluye el dolo; pero si la ley contempla la modalidad culposa para ese comportamiento, la falta de diligencia para vencer el error permite el reproche culposo; si la conducta no está prevista en modalidad culposa, el error, así sea vencible, excluye la culpabilidad.

- En el finalismo, al ubicarse el conocimiento de los hechos en el dolo (tipo subjetivo), el error vencible sobre un elemento del tipo penal se considera una infracción al deber objetivo de cuidado, lo cual da lugar a un desplazamiento de la imputación subjetiva, del dolo a la culpa, cuando esta modalidad está prevista para el comportamiento respectivo. Dolo o culpa es cuestión que se analiza en la tipicidad, razón por la cual en este esquema teórico un error vencible que recae sobre el conocimiento de la antijuridicidad (elemento de la culpabilidad) lógicamente no puede modificar el tipo subjetivo. En el finalismo, en consecuencia, el error de prohibición vencible no puede, en ningún caso, tener consecuencias en la imputación subjetiva.

- El énfasis normativo del juicio de culpabilidad en el finalismo (que dio lugar a la adopción de la "no exigibilidad de otra conducta" como elemento de la culpabilidad) conllevó la valoración del conocimiento de la antijuridicidad como un conocimiento posible (exigible, actualizable o potencial) y no como un conocimiento actual; no hay que olvidar que la esencia del reproche culpabilista del finalismo consiste en actuar

******ebook converter DEMO Watermarks*******

antijurídicamente pudiendo obrar conforme a derecho, y quien puede conocer la antijuridicidad de sus actos y no lo hace es tan digno de reproche como quien actúa con conciencia actual sobre la antijuridicidad de lo que hace. Aquí radica otra diferencia importante con el causalismo neoclásico, porque el carácter potencial del conocimiento sobre la antijuridicidad hace irrelevante, para efectos de excluir la culpabilidad, el error vencible de prohibición. La única eventual diferencia entre actuar con plena conciencia de la antijuridicidad o bajo un error vencible sobre la prohibición tiene que ver con la punibilidad, pues en la segunda hipótesis se entiende que la persona actúa con culpabilidad, pero en un grado menor que en la primera.

En síntesis, en el causalismo neoclásico el error de prohibición invencible excluye el dolo y la culpabilidad; el error de prohibición vencible excluye el dolo pero permite la imputación culposa si el comportamiento está previsto legalmente en esta modalidad. A esta forma de resolver las consecuencias del error de prohibición se le denomina teoría estricta del dolo (Binding en sus comienzos; actualmente, en versión modificada, Schmithauser, Langer, Otto , etc.). Por su parte, en el finalismo solo el error invencible sobre la prohibición puede excluir la culpabilidad; el error de prohibición vencible no es causal de inculpabilidad, pero puede tener incidencia en la punibilidad (en virtud del principio de proporcionalidad) al ser posible la graduación de la culpabilidad. A esta forma de resolver las consecuencias del error de prohibición se le denomina teoría estricta de la culpabilidad, acogida por los sectores ortodoxos del finalismo{606}.

Dentro de los seguidores del causalismo surgió una tendencia que cuestionó la excesiva laxitud de la teoría estricta del dolo, por cuanto con fundamento en ella podría darse lugar a impunidad en casos inadmisibles de indiferencia jurídica, en eventos en los que la persona simplemente dice no estar interesada en conocer la normatividad vigente, o en los de ceguera jurídica, cuando se afirma, por ejemplo, no saber que el homicidio es un

******ebook converter DEMO Watermarks*******

delito. Para dar solución a esta problemática se sugirió por algunos (Gürtner, Schróder, Schonke) la creación de tipos residuales culposos, genéricos (tipo de desconocimiento de la legislación) o específicos (modalidad culposa de todos los tipos dolosos). De otra parte se planteó excluir los casos de ceguera jurídica de la eximiente de culpabilidad{607}. A estas posturas que pretenden corregir los excesos de la teoría estricta del dolo se les denomina genéricamente teoría limitada del dolo.

En lo que tiene que ver con el finalismo, por razones opuestas a las que motivaron la teoría limitada del dolo, se formuló también una teoría limitada de la culpabilidad. Según ésta, la teoría estricta de la culpabilidad es extremadamente severa y llega hasta el extremo de la injusticia al no diferenciar las distintas hipótesis en que puede presentarse el error de prohibición{608} para la valoración de sus consecuencias; la teoría limitada de la culpabilidad (Jeschek, Gallas, Stratenwerth , el propio Welzel , Jakobs , etc.){609} propone, en términos generales, que a los errores de prohibición que tengan origen en una falsa percepción de hechos se les asignen consecuencias similares a las de un error de tipo; esto es, que si el error es vencible se desplace la imputación subjetiva del tipo doloso al culposo, y de no existir tipo culposo para ese comportamiento en particular se admita la exclusión de responsabilidad como una respuesta político-criminal razonable. Algunos de quienes defienden esta tesis admiten la inconsistencia sistemática de la solución, pero al momento de decidir entre el rigor de la teoría y la justicia material se inclinan en favor de esta última.

1. Error directo. Si se entiende por *error* una falsa o equivocada percepción de la realidad, el error será directo de prohibición (o recaerá sobre la prohibición en abstracto) cuando la falsa percepción tiene que ver con una de tres hipótesis, a saber{610}: 1. La existencia del tipo penal{611}; 2. La vigencia del tipo penal{612}; y 3. El alcance (o sentido) de la prohibición{613}.

2. Error indirecto. El error de prohibición es indirecto cuando a la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

creencia equivocada de que no se está realizando un comportamiento antijurídico se llega por vía de un falso juicio sobre la concurrencia de una causal excluyente de antijuridicidad. Tal situación puede concretarse en cinco grupos de casos:

— La persona percibe equivocadamente los hechos y asume de manera errada que concurren los requisitos fácticos de una causal de justificación.

— La persona incurre en un error de valoración jurídica (no fáctica) sobre los presupuestos de una causal de justificación.

— La persona actúa bajo la convicción de que existe una justificante que en realidad no está prevista legalmente como tal.

— La persona actúa bajo la convicción de que concurren los supuestos fácticos de una causal excluyente de culpabilidad (obviamente distinta al error).

— La persona incurre en un error de valoración sobre los presupuestos jurídicos de una causal excluyente de culpabilidad.

El error de prohibición en la legislación colombiana. El Código Penal de 1980, en el inciso 3° del artículo 40, contempló como causal excluyente de culpabilidad la hipótesis de quien realiza el hecho bajo la "... convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación". La redacción de esta norma, claramente orientada hacia el error de prohibición indirecto, no impidió que, interpretativamente, tanto la jurisprudencia como la doctrina la tomaran como la regulación integral del error de prohibición (directo e indirecto). Es de observar que este precepto hace expresa referencia a la convicción "errada e invencible" como presupuesto de la exclusión de culpabilidad; no obstante, la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Supre de Justicia siempre entendió que el inciso final del artículo 40 se refiere tanto al inciso 3° (error de prohibición) como al inciso 4° (error de tipo), y de esta manera al unificar las consecuencias de ambas modalides de error acogió la denominada teoría del dolo.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

El Codigo Penal de 2000 regula de manera conjunta todas las causales de exclusión de la responsabilidad, sin distinguir expresamente las que excluyen la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad. A pesar de ello, una lectura en conjunto de las normas que regulan la problemática del error (art. 32.10, 11 y 12) permite identificar los rasgos fundamentales de la teoría limitada de la culpabilidad. En efecto:

— El numeral 12 preceptúa expresamente que la conciencia de la antijuridicidad es actualizable (o exigible), con lo cual se excluye en definitiva el conocimiento actual de la antijuridicidad, que es propio de la teoría del dolo.

— Se diferencian las hipótesis de error vencible que pueden dar lugar a la modificación de la imputación subjetiva (desplazamiento de la imputación dolosa a la culposa -art.32.10 *in fine-)* de aquellas que no toleran tal consecuencia en el error vencible y que solo dan lugar a una reducción punitiva (art. 32.11). No obstante, a diferencia de la teoría limitada de la culpabilidad que lo deja en manos del juez, el nuevo Código Penal especifica el grado de reducción punitiva en caso de error vencible de prohibición.

— Aunque diferencia error de tipo y error de prohibición, no acoge las consecuencias extremas de la teoría estricta de la culpabilidad para los casos de error sobre fundamentos fácticos de causales de justificación e inculpabilidad, sino que les da a estas hipótesis un tratamiento análogo al de los errores sobre el tipo.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

NODIER AGUDELO BETANCUR

Lección 24: Causales de inculpabilidad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. MIEDO INSUPERABLE

El nuevo Código Penal trae una novedad en nuestra legislación: la consagración del miedo insuperable como una causal de no responsabilidad. El estudio del fenómeno hay que abordarlo tanto desde el punto de vista psicológico como desde el punto de vista jurídico, pues las repercusiones que tiene en la estructura del delito nos parece que dependerán del grado de intensidad del miedo.

A . ASPECTO PSICOLÓGICO

Ubicándonos en el ámbito psicológico, podemos decir que hay que partir de la consideración de lo que es la emoción; y entonces bien se puede afirmar que las emociones no son más que la manera como el mundo objetivo se refleja en el sujeto; ellas son las vivencias de que los objetos y fenómenos corresponden o no a las necesidades del hombre y a las exigencias de la sociedad{614} ; las emociones surgen cuando quiera que un estímulo contribuye a ser al ser o cuando, por el contrario, incide en su no ser; el sentimiento es la vivencia de placer o de displacer que surge cuando el ser se siente disminuido o acrecentado; las vivencias placenteras o penosas reflejan entonces el mundo en su significado positivo o negativo para el ser. Por ello se habla de la *impresionabilidad* o *emotividad* como de una disposición de discriminación defensiva que tiende a la seguridad del yo, a la conservación de su integridad, a la manera de un centinela que ha de reconocer al amigo o al enemigo; en resumen, la emotividad es la facultad de conmoverse, de guardarse o de defenderse{615}.

Las emociones primarias, el miedo, la ira o el amor se presentan, como se

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ha visto, cuando por instinto de conservación del individuo o de la especie una u otra se involucra. El miedo fue definido por Aristóteles como "la espera de un mal", pero ese mal puede ser actual o inminente; así lo destaca Emilio Mira y López : el ser viviente reacciona, por asociación, ante cualquier estímulo que sea signo condicionante o anticipador de sufrimiento: "es así como se origina, no ya el miedo ante el daño sino el miedo ante el 'indicio' de daño, o sea, el peligro"{616}.

Ahora bien: según el autor últimamente citado[4] existen fases o grados en el miedo:

Primera fase, prudencia: actitud modesta, autolimitación voluntaria; en el plano objetivo el sujeto quiere pasar desapercibido, no quiere entrar en conflicto,hay huida profiláctica de precaución, el miedo asoma su faz en el umbral consciente; en el *plano subjetivo* hay abundantes racionalizaciones para convencerse que su comportamiento es el adecuado; el sujeto llega a decirse que es previsor y reflexivo, y critica a los *valientes:* más vale ser como él, previsor, y, se dice, no es cobarde.

Segunda fase, cautela: en el *plano objetivo,* aparece el "gigante negro", el sujeto está atemorizado, pero domina sus respuestas ante la situación; los movimientos son severamente controlados, hay hipertensión conativa; en el *plano subjetivo*, aparece en la intimidad consciente una gran preocupación y duda sobre si podrá controlar la situación; hay temor al fracaso, hay pesimismo, la conciencia ya no está en paz, pero se disimula: el sujeto fuma, camina, tamborilea los dedos, echa un chiste.

Tercera fase, alarma: en el *plano objetivo,* el sujeto ya es consciente de la situación intimidante, ya es consciente del miedo; hay alarma y gran desconfianza, así como reducción de la percepción por la concentración, alteraciones en el ritmo e inseguridad de la conducta motriz: temblores, sacudidas flexoras de las extremidades; en el *plano subjetivo*, ya no hay duda sino perfecta conciecia de la imposibilidad de controlar el curso del

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pensamiento: el sujeto se obsesiona por el inminente daño, hay penosa sensación de insuficiencia.

Cuarta fase, angustia: en el *plano objetivo*, se destruye la unidad intencional, desaparece el equilibrio normal entre excitación e inhibición; hay anárquicas y contradictorias descargas en las vías efectoras propioceptivas y exteroceptivas: "tempestad visceral"; en el *plano subjetivo*, hay ánimo ansioso y angustiado; aparece también la cólera, hay mezcla de temor y furor incontenibles, y el sufrimiento llega al máximo al ser incompatibles las actitudes motoras de una y otra emoción; el sujeto se "siente enoloquecer", "siente perder la cabeza".

Quinta fase, pánico: en el *plano objetivo,* hay una dirección automática de la conducta; muerte temporal de la corteza cerebral, por la absoluta invasión del miedo; liberación incontrolada de los dispositivos y deflejos ancestrales; impulsos motores de extraordinaria violencia en los cuales no se puede interferir: no valen ni consejos, ni llamadas de atención, ni esfuerzos de la voluntad; reflejo catastrofal; puede haber crisis convulsivas, histeroepileptiformes; gran fuerza muscular, pero ciegamente liberada en actos que sólo por casualidad resultan adecuados; a veces hay comportamientos heroicos de los cuales el sujeto sólo *a posteriori* se percata: son las fugas o huidas "hacia delante"; en el *plano subjetivo,* el sujeto escasamente se da cuenta de cuanto le ocurre o realiza; tiene vivencias de pesadilla, oniroides, deliriosas, incoherentes, seguidas de rápida amnesia.

Sexta fase, terror: en el *plano objetivo,* se da el grado máximo de intensidad del miedo: anulación individual; inhibición también de los centros subcorticales y mesencefálicos; ahora no existen movimientos: se ha perdido intelección, sensibilidad y toda potencia reaccional motriz; el sujeto yace "petrificado", confundido con la tierra, aterrorizado, "muerto de miedo"; no hay vida personal psíquica y puede llegar hasta la muerte; en el *plano subjetivo*, ya no existe vida personal o subjetiva y sólo se conservan las

******ebook converter DEMO Watermarks*******

actividades neurovegetativas mínimas para asegurar la persistencia del ser; absoluta apatía, indolencia e indiferencia: "el individuo semeja un muñeco de cuerdas rotas, que permanece como un mueble u objeto en el campo situacional, absolutamente ajeno a cuanto en él se desarrolla"; absoluta e irreductible amnesia.

B. ASPECTO JURÍDICO

Ahora bien, ¿cuál es la repercusión del miedo en la estructura del delito?; en este punto nos parece acertada la posición de Luis Jiménez De Asúa cuando dice que todo depende de la diversa intensidad, según los grados estudiados{617}. Empero, creemos que didácticamente es mejor proceder a la inversa del maestro español, y por esto iniciamos con la acción y terminamos con la culpabilidad.

1. EN EL ÁMBITO DE LA CONDUCTA

El miedo repercute en el campo de la conducta, sea ella activa u omisiva; la conducta exige un mínimo de coeficiente psíquico o estar en posibilidad física de obrar, situaciones ausentes en el último grado del miedo: en su obra *Psiquiatría en la guerra* nos dice Mira y López que en tal fase de miedo el sujeto "es tan inactivo como una piedra: se halla, en realidad 'petrificado', o aparentemente muerto"{618}; y Ernst Kretschmer señala: "Como efectos agudos de shoks de terror encontramos en el hombre llamativas rigideces motoras y estupores que, con muchas gradaciones, acaban por desembocar en terreno propiamente histérico, o que tienen desde el primer momento tal carácter. Sitelin cuenta, entre otras cosas del terremoto de Messina, que 'una mujer se quedó por tres veces muda e inmóvil durane 24 horas, en su cama en

******ebook converter DEMO Watermarks*******

un tercer piso, aunque habría podido salvarse fácilmente: su hijo murió en ese lapso de tiempo'"{619}.

Como puede verse, puede existir paralización de los centros del movimiento aunque perdure la conciencia, o puede estar esta suprimida: en ninguna de las dos situaciones existe lo mínimo para que exista acción en sentido jurídico penal: "el individuo está absolutamente ajeno a cuanto en él se desarrolla"{620}.

2 . EN EL ÁMBITO DE LA ANTIJURIDICIDAD

Mucho se ha discutido el fundamento de las justificantes y, más concretamente, el de la legitima defensa y del estado de necesidad; en nuestra opinión, el miedo no es la base para "justificar" las justificantes mencionadas, pero sí generalmente sirve para explicarlas. Al fina y al cabo, se ha dicho que la legítima defensa es el instinto de conservación en acción; como dice Cicerón , "hay, pues, jueces, una ley, no escrita, sino natural; ley que no hemos aprendido, ni oído, ni leído; que la tomamos, bebimos y sacamos de la misma naturaleza; que no se nos ha enseñado, sino inspirado; que no se nos ha impuesto, sino imbuido; ley que consiste en que, si nuestra vida corriera riesgo en alguna emboscada o nos acometieran violentamente ladrones o enemigos armados, todos los medios de salvación son justos y legítimos. En medio de las armas, las leyes callan y no demandan ser cumplidas, cuando el que quisiera hacerlo antes se expone a pena justa que a justa satisfacción"{621}.

Claro, cuando se da la justificante ella es prevalente y el miedo sólo es explicación psicológica de ella; lo que decimos es que este debe ser atendido para poder explicar situaciones que de otra forma no podemos entender. Piénsese, por ejemplo, en muchos casos de exceso en la legítima defensa, en los cuales existe exceso objetivo pero no subjetivamente: la exaltación

******ebook converter DEMO Watermarks*******

anímica debe llevar a rechazar el exceso, si razonablemente el sujeto, por el miedo, fue llevado a obrar más allá de los límites que le eran necesarios. En virtud de fenómenos afectivos, como la *holotimia,* es posible que para el sujeto, en el *campo conductal,* perduren las condiciones psicológicas de la legítima defensa, cuando en el *campo geográfico* tal peligro ya no existe. Si el sujeto es atacado y en su defensa da muchos golpes ello no siempre es exceso, pues en virtud del fenómeno aludido "nuestra ulterior e inmediata conducta ya no depende exclusivamente de los acontecimientos que sobrevengan, sino del estado previo del ánimo que haya engendrado el proceso holotímico"{622}.

En relación con el tema anterior, es bueno recordar la orientación que nos da Enrico Altavilla : "Así como muchas veces el miedo hace prevenir cualquier ademán defensivo, así también en otras ocasiones no agota su preocupación por desarmar o por herir, ya que subsiste la ansiedad de que pueda mudarse la condición de los contendientes, y por esto la acción obedece siempre a una finalidad defensiva, de modo especial cuando hay grade desproporción física con el adversario o éste es persona muy temible. Por lo tanto, no puede regir sin control alguno el principio de que ha cesado el peligro, que vimos imperante en la corte de Perusa como elemento diferenciador entre la provocación y la legítima defensa, pues queda en pie la finalidad preventiva de defensa"{623}. Suyas también estas palabras para indicar que a veces la repetición de golpes expresa precisamente la emoción del miedo: "Estamos, pues, examinando individuos impulsados por una oleada emotiva a un acto defensivo, en que la reiteración misma de los tiros o golpes expresa el miedo de una posible reacción del ofensor, convertido en víctima de una actividad con fines preventivos"{624}.

3 . EN EL ÁMBITO DE LA INIMPUTABILIDAD

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Según los grados descritos por Mira López , entrarían aquí las personas que hayan llegado a la cuarta fase, cuando se llega a la angustia, cuando hay tempestad visceral, cuando el diencéfalo ha adquirido un relevante dominio sobre la corteza; y en la quinta fase ya no hay ninguna duda, es decir, cuando el sujeto llega hasta el pánico.

También, desde luego, quedan comprendidos en situación de inimputabilidad los casos de miedos patológicos o fobias; en estos casos, el tema queda comprendido dentro de la expresión "trastorno mental".

4. EN EL ÁMBITO DE LA CULPABILIDAD

Quedan en el ámbito de discusión de la culpabilidad las fases de alarma y de angustia, cuando la situación haya llevado al sujeto a circunstancias tales que no se le pueda exigir una conducta adecuada al derecho.

Hay que aceptar que el miedo puede llevar a situaciones de inculpabilidad, ya que de lo contrario no tendría sentido su consagración expresa en el numeral 9 del artículo 32 del Código Penal: "se obre impulsado por miedo insuperable". Es bien conocida la problemática doctrinal y jurisprudencial que esta norma ha suscitado en España, de cuyo Código Penal fue tomada{625}; en primer lugar, respecto del tema de la ubicación de sus consecuencias en la culpabilidad: parece ir habiendo acuerdo mayoritario en que en este caso la inculpabilidad se funda en la no exigibilidad de otra conducta; además se discuten sus requisitos: aquí la doctrina generalmente exige la *exaltación emocional,* aunque la serenidad y el cálculo sí puedan darse cuando el miedo no ha alcanzado niveles muy altos; tampoco se puede descartar el miedo cuando hay *transcurso de tiempo* entre la amenaza y la acción salvadora; puede haber la inculpabilidad cuando, junto al miedo, hay *otros móviles*: así, puede haber odio y calor en la respuesta, lo cual es natural, pues la amenaza causa miedo, pero también ira en quien la sufre.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Además de la discusión sobre los puntos anteriores, también se discute si al graduar la exigibilidad se debe atender a un criterio objetivo o subjetivo: en este punto se ha llegado a la fórmula del "hombre medio en la posición del autor"; lo del "hombre medio", porque es ineludible un criterio objetivo o parámetro de valoración objetiva que plantea el legislador; lo segundo, para tener en cuenta al individuo en su concreta situación: edad, lugar, relación con el agresor, etc.

Establecido lo anterior, se han señalado por la doctrina los siguientes requisitos: la necesidad de evitar un mal actual o inminente, la ilicitud del mal amenazado, la no causación responsable del peligro, la gravedad del mal amenazante para sí o para una persona con vínculos de afecto, la inevitabilidad del mal por otros medios, la no obligación de soportar el peligro{626}.

Hay veces que el miedo es, a su vez, explicación de situaciones de error: pensemos en casos comunes de errores de prohibición, en el caso de la defensa putativa y del estado de necesidad putativo. La *catatimia* es un fenómeno afectivo según el cual deformamos la percepción debido a una tendencia afectiva predominante: el amor, la ira o el miedo pueden llevar a "ver" las cosas no como son, sino como se quiere que ellas sean (catatimia positiva) o como no se quiere que ellas sean (catatimia negativa). Así se lee en el *Manual de psicología jurídica*: "tanto el deseo positivo como el deseo negativo (miedo) de que algo ocurra pueden dar lugar a hacer creer al sujeto que ese algo ha ocurrido ya"{627}. Es el manido caso de la discusión entre varios sujetos, uno de los cuales, ante un movimiento equívoco de otro, cree que es atacado, reacciona y mata; a la postre se comprueba que el peligro no existía como entidad real. Todas estas circunstancias y fenómenos hay que tenerlos en cuenta en orden a establecer el error y también su invencibilidad o vencibilidad.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

******ebook converter DEMO Watermarks*******

IVÁN GONZÁLEZ AMADO

Lección 25: La punibilidad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. INTRODUCCIÓN{628}

A . EL MARCO CONSTITUCIONAL

De acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, toda persona a la que se impute la comisión de un delito debe ser procesada y sancionada de conformidad con las leyes existentes en el momento de la realización de la conducta punible, mandato que se conoce con el nombre de principio de legalidad del delito y de la pena.

En nuestra opinión este principio no tiene dificultades de desarrollo en el nuevo Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) (salvo lo que más adelante se anotará respecto de la pena de arresto), como quiera que está incorporado claramente al texto de conformidad con lo previsto en su artículo 6° que expresamente establece, a continuación del enunciado de la disposición constitucional, que la ley permisiva o favorable rige también para los condenados, de manera que ninguna duda deja acerca del alcance del principio de la ley previa a la imposición de la sanción.

Ha de anotarse que el principio de legalidad, con todo y su indesconocible importancia como mecanismo de control del poder punitivo del Estado, no es el más importante de los que deben examinarse al momento de establecer, imponer o ejecutar (en las fases legislativa, judicial o administrativa, respectivamente) las penas, puesto que en una categoría superior se encuentran los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Desde la perspectiva constitucional el principio de legalidad (y las garantías en él implicadas) es necesario para el establecimiento de las sanciones penales -pudiéramos decir que es su presupuesto-, pero tiene que

******ebook converter DEMO Watermarks*******

estar informado por los valores superiores constitucionalmente definidos a los que acabamos de hacer referencia.

Los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, como lo ha dicho la Corte Constitucional, son los fundamentales en la respuesta punitiva del Estado y deben consultar tanto la definición legislativa como la imposición judicial y la ejecución administrativa de las sanciones penales, de manera que con ellos se pueda asignar a la pena una función compatible con los propósitos del Estado democrático y social de derecho, y sea posible esperar que ella cumpla un servicio a la comunidad{629}.

En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 1 ° de la Constitución Política consagra el principio de dignidad humana como una de las bases fundamentales del Estado, y luego se halla desarrollado en el título 11 de la Carta, en el cual se reconocen, con rango superior, los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Igualmente, el Código Penal expedido mediante la Ley 599 de 2000 ha querido resaltar la primacía del principio de dignidad humana como límite del derecho penal, y por consiguiente de la pena, al establecerlo en su artículo 1 ° con el siguiente texto:

> *Dignidad humana.* El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana.

De conformidad con estos mandatos, la dignidad humana es el parámetro de comparación de todas las respuestas que el Estado puede dar a la conducta punible, pues el reconocimiento de tal calidad inherente a la persona humana determina que las sanciones no pueden afectar dicha nota esencial del hombre, ni atentar contra las condiciones que le permitan alcanzar la dignidad propia del ser humano.

Hemos de anotar, empero, que, desde nuestra perspectiva, la reforma penal se adaptó sólo en forma teórica a estos contenidos constitucionales,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pues en la realidad la ejecución de la pena privativa de la libertad continúa siendo una sanción que atenta contra la dignidad humana y que, pese a que el Código Penitenciario y Carcelario -que no se reformó en el año 2000 y mantiene el principio de legalidad como el primero de los rectores de su normativa- declara que la prisión debe buscar la resocialización del condenado{630}, mas no contiene normas adecuadas a esa finalidad ni, en la práctica, se desarrollan las que allí están previstas con dicho objetivo.

Es necesario recordar que en Colombia el principio de dignidad humana se ve atacado por la forma como opera el sistema penitenciario, dadas las precarias condiciones de nuestras cárceles, lo que llevó a la Corte Constitucional a declarar el sistema de prisiones como un estado de cosas inconstitucional{631} y a solicitar al Gobierno Nacional la adopción de los mecanismos necesarios para poner fin a la lesión ilegítima de los derechos fundamentales de quienes están siendo sometidos a internamiento carcelario.

Las consideraciones que sustentaron la declaración de inconstitucionalidad, empero, no han sido debidamente observadas por el Gobierno, y así venció la mayoría de los plazos que se le habían dado a este para la corrección de la situación, sin que se hayan mejorado los establecimientos penitenciarios; razón por la cual podemos aseverar que el principio de dignidad humana en materia de punibilidad no es más que una declaración legal de buenas intenciones que no observa las condiciones materiales en las que se aplican las penas privativas de la libertad, que han sido y continúan siendo las de mayor utilización en el régimen penal colombiano.

De otra parte, también el artículo 16 superior, que reconoce el libre desarrollo de la personalidad, es fuente fundamental de las sanciones penales, en tanto que establece la necesaria obligación del Estado de abandonar los esquemas punitivos meramente correccionalistas, para buscar como finalidad de la pena un objetivo concreto y material de reinserción social{632},

******ebook converter DEMO Watermarks*******

respetando las condiciones de formación personal del individuo.

También informan la regulación de las sanciones penales los artículos 11 , 17 y 28 de la Constitución Política, que prohíben la pena de muerte, los tratos inhumanos o degradantes y la imprescriptibilidad de la pena, respectivamente, mandatos con los cuales se configura el marco de las disposiciones superiores que orientan el establecimiento, la imposición y la ejecución de las sanciones penales en Colombia, en lo que la legislación nacional sigue los lineamientos del derecho de los derechos humanos{633}.

De otra parte, la pena, para que sea constitucionalmente legítima, debe cumplir una función social acorde con los mandatos superiores, de manera que, respetando el principio de dignidad humana, busque trascender la persona del condenado para proporcionar a éste y a la comunidad beneficios que contribuyan al establecimiento de un orden social justo y democrático.

Es esto lo que ha dicho la Corte Constitucional:

> En el modelo de Estado social y democrático de derecho del cual parte nuestro sistema político, según el artículo 1° de la Constitución Nacional, y, por tanto, jurídico, la pena ha de cumplir una misión política de regulación activa de la vida social que asegure su funcionamiento satisfactorio, mediante la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Ello supone la necesidad de conferir a la pena la función de prevención de los hechos y delitos que atenten contra estos bienes{634}.

En la misma sentencia, agregó la Corte que el ejercicio del *ius puniendi "no puede desconocer las garantías propias del Estado de derecho*" ligadas al principio de legalidad, y debe asegurar un servicio real a los ciudadanos. Con este ingrediente adicional la Corte dio un tímido paso hacia la declaración de que no se impondrá pena en un caso concreto si con ella no se contribuye a los servicios de "*prevención*" o "*protección*" que con ella se quieren prestar al ciudadano. Empero, no continuó la Corte con el desarrollo de la idea y dejó al legislador sin criterios adecuados para delimitar el principio de necesidad

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de la pena.

El Código Penal de 2000 recogió este mismo pensamiento de la Corte Constitucional y, al igual que ella, consagró el principio de necesidad de la pena, si bien en el articulado restringió su utilización, según se verá adelante.

B . EL MARCO LEGAL

Interesa resaltar, en este punto, que el nuevo Código Penal establece en su artículo 3° los principios de las sanciones penales, con el siguiente texto:

> *Principios de las sanciones penales.* La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.
>
> El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan.

Esta disposición, que era necesaria en las normas legales relativas a la sanción, tiene, empero, una gran deficiencia, como quiera que remite el principio de necesidad de la pena (y así las normas que le dan el escaso desarrollo que alcanza en el Código) al *"marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan*", expresión con la cual, a nuestro entender, se resta toda discrecionalidad al juez para determinar los casos en los que puede ser necesaria la sanción penal, según los siguientes argumentos{635}.

En efecto, el marco de la prevención está constituido por la prevención general y la prevención especial. Dentro de la primera, podemos afirmar que está considerada a partir de la protección de la colectividad frente al autor de delitos, la protección genérica de la comunidad frente a los delitos o *"prevención general general*", que implica intimidación de los posibles infractores a la ley penal, como dijera Schmidhauser , y la defensa del

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ordenamiento jurídico, entendida como mantenimiento y afianzamiento de la fidelidad al derecho de la población, en términos de Maurach y Zipf 9.

Las instituciones que desarrollan la prevención general son, principalmente, las campañas de "*ley y orden*", la restricción de las libertades ciudadanas, el incremento sistemático de las sanciones penales y la imposición de las sanciones con fines de ejemplarización a la comunidad, muy utilizadas dentro de la política criminal colombiana.

De esta manera, la pena siempre resultaría necesaria con el propósito de prevenir en la comunidad la repetición de las conductas delictivas, y siempre debería aplicarse a fin de mantener y afianzar la fidelidad al derecho en la colectividad, en particular en sociedades altamente conflictivas y de escasa disciplina ciudadana, como la nuestra. No obstante, para el juez este marco no debe incidir en el momento de decidir si una pena es aplicable, puesto que la Corte Constitucional, en la sentencia citada, estableció, de acuerdo con las reglas superiores, que la función preventiva general de la pena corresponde "*al momento estático de su descripción legislativa*", por manera que los criterios de prevención general se estiman analizados e incorporados a la norma por el legislador, sin que ello pueda pertenecer al ámbito de competencia del juez.

Más crítica es la situación si examinamos la norma a la luz de lo que se entiende por prevención especial y sus instituciones{636}. La prevención especial, en efecto, se concibe como aquella función de la pena orientada a suprimir la reincidencia, brindar al responsable de un delito un adecuado tratamiento penitenciario, intimidar al autor de un hecho punible (intimidación preventivo-individual), resocializar al penado, asegurar al delincuente cuya resocialización es imposible (delincuente irrecuperable, que es tanto como negar la dignidad de un sentenciado), estudiar la personalidad del autor para determinar la pena que debe imponérsele y hacer una adecuada prognosis criminal, esto es, una afirmación anticipada acerca de las

******ebook converter DEMO Watermarks*******

evoluciones futuras del comportamiento del delincuente o de la conducta que éste podrá observar después de la imposición de la pena{637} .

Obviamente, dentro de este marco parecería más adecuado entregar al juez la discrecionalidad necesaria para determinar cuándo debe imponer una pena que, en concreto, intimide al autor del hecho, pero también aquellos casos en los cuales el responsable de un delito está dispuesto a aceptar la imposición de un tratamiento penitenciario resocializador (la pena, para ser legítima y constitucionalmente admisible, debe cumplir una función rehabilitadora) o cuando la Constitución permite imponer la pena como un mecanismo de aseguramiento del delincuente incorregible, en caso de que pueda reconocerse que existe alguno que pueda ser considerado como tal sin contrariar los postulados constitucionales y las normas de derecho de los derechos humanos incorporadas al orden constitucional por expreso mandato del artículo 93 de la Carta{638}.

Las instituciones ligadas a la prevención especial son: el tratamiento penitenciario progresivo, la protección de la moral social, el castigo de la reincidencia y el castigo de la personalidad del autor del hecho. Las dos últimas han sido superadas por los avances dogmáticos del derecho penal, aunque no han desaparecido totalmente de la mentalidad de los jueces colombianos.

La institución del tratamiento progresivo es, quizás, la más importante de las que se desprenden de la prevención especial y orienta en Colombia la ejecución de la pena privativa de la libertad. Ello, a pesar de su importancia, implica que el juez, al momento de determinar la pena que corresponde al infractor de la norma penal, debe considerar siempre la necesidad de que el delincuente sea sometido a él, a fin de agotar una serie de etapas que lo conduzcan a alcanzar la madurez necesaria para vivir en comunidad, bajo los valores de la solidaridad, la paz y la democracia, que están enunciados en la Constitución Política como elementos fundamentales de la nacionalidad{639}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

No obstante las anteriores dificultades, consideramos que el juez tiene la obligación de interpretar las normas jurídicas buscando definitivamente sus mayores posibilidades de aplicación con el mayor beneficio posible para el destinatario concreto de ellas. De esta manera, el principio de necesidad de pena deberá examinarse exclusivamente en el marco de la prevención especial, para determinar si el sentenciado requiere tratamiento penitenciario resocializador, en lugar de buscar otros objetivos de prevención (general o especial) con la imposición de la sanción.

No consideramos acertada, por ello, las tesis de Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco , para quienes "La pena nunca es necesaria respecto al hecho pasado, y tampoco lo es frente a quien no es peligroso, pero puede ser necesaria para crear inhibiciones en los demás. No es de recibo, por ello, la imposición de penas a sujetos carentes de peligrosidad, a no ser que lo exija la prevención general"{640}.

El principio de proporcionalidad de las sanciones penales tiene que ver con su graduación adecuada a la gravedad del delito{641} y a la culpabilidad de su autor. Estos dos aspectos debe tenerlos en cuenta el juez al momento de imponer la sanción penal, pero en todo caso sólo puede hacer una aplicación limitada de dicho principio, por virtud de que el legislador ha graduado de alguna forma las penas correspondientes a las conductas descritas como criminales mediante su tipificación legal. Poco queda al juez en el ámbito de su discrecionalidad, aun cuando de hecho debe aplicar algunos preceptos que orientan la tasación de la pena en la fase judicial.

En algunos otros casos el legislador ha anticipado las condiciones de proporcionalidad de la sanción penal específica, y en esa medida ha invadido la órbita de discrecionalidad del juez. En estos eventos, sin embargo, consideramos no solamente necesaria la definición de los límites de la discrecionalidad, sino adecuada a las condiciones del derecho penal colombiano.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La principal de estas limitaciones la encontramos en el artículo 31 del nuevo Código Penal, relativo a la punibilidad en el concurso de hechos punibles, en el cual se establece que el juez impondrá la pena que corresponda al delito que tenga fijada legalmente la pena más alta, aumentada hasta en otro tanto, pero *"sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas*". Esta disposición es nueva dentro del régimen penal y aclara que el juez debe graduar independientemente las sanciones que correspondan a cada una de las infracciones juzgadas en concurso, a fin de establecer, de esta forma, el límite máximo de sanción imponible.

El mismo artículo 31 , sin que constituya una innovación la determinación del límite máximo de duración de la pena privativa de la libertad, establece el máximo de la pena de prisión en cuarenta años. Esta disposición la consideramos adecuada al principio de razonabilidad de la pena (ignorado por la Corte Constitucional en la sentencia C-542/93) teniendo en cuenta que la edad mínima de responsabilidad penal es de dieciocho años y el promedio de vida de los colombianos es de sesenta y cinco años, aproximadamente: de manera que a quien se le imponga la máxima sanción por un hecho punible se le preserva la posibilidad de alcanzar la resocialización en la cárcel y salir de ella a gozar de su vida en libertad después de que el sistema penitenciario haya hecho su trabajo resocializador.

Es de anotar también que el nuevo Código Penal establece una situación contraria al principio general de proporcionalidad{642} de la pena que debe operar en el caso de concursos homogéneos en el caso específico de los llamados "*delitos masa*", que en la legislación colombiana se venían castigando como concurso homogéneo de delitos y, por ello, eran sancionados con la pena que correspondiera al tipo *"aumentada hasta en otro tanto*", por manera que el condenado podía ser sancionado con el doble de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sanción asignada al tipo penal.

A partir de la entrada en vigencia del Código de 2000, esta punibilidad simplemente se incrementa en una tercera parte de la señalada en el tipo, de acuerdo con lo previsto en el parágrafo de su artículo 31. De esta manera, limitada la discrecionalidad del juez, siempre y en todo caso de delito masa la situación vendrá a ser más favorable que la que regía hasta el año 2001 y a la que le correspondería a un concurso homogéneo de delitos que no pueda calificarse como delito masa.

Por su parte, el principio de razonabilidad{643} , entendido como lo hace también la Corte Constitucional, tiene que ver con la necesidad y la proporcionalidad de la sanción respecto de la gravedad del hecho punible y de la culpabilidad de su autor, y con la protección que con la norma punitiva se busca para determinados bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente y merecedores de la drástica respuesta punitiva, por manera que en la jurisprudencia nacional queda resumido este principio en lo que ya anteriormente tratamos.

En efecto, lo razonable es lo constitucionalmente admisible, es decir, aquello que es compatible con los mandatos superiores de la Carta; se debe perseguir, por lo tanto, una finalidad legítima que, para efectos de las sanciones penales, se encuentra primordialmente establecida por el objetivo de respetar el libre desarrollo de la personalidad, ofreciendo al condenado las condiciones necesarias para que acepte como regla de vida, con beneficio propio y para la comunidad, el respeto por las reglas de convivencia, seguridad y solidaridad; una pena razonable es aquella que resulta proporcional y adecuada a los supuestos de hecho que la originan.

II . CLASES DE PENAS

Según lo establecido en el nuevo Código Penal, las penas dejaron de tener la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

tradicional clasificación legal en principales y accesorias, para asumir una división tripartita que, sin embargo, materialmente conserva la misma naturaleza jurídica dual, a pesar de que en el Código de 2000 se introduce el concepto de sanciones sustitutivas{644}, pues éstas no operan para todos los casos ni abandonan el referente de la prisión, a la que dejan como amenaza concreta en caso de que se incumplan las condiciones de la sustitución. A partir de la vigencia del nuevo Código de 2000, las penas se clasifican, entonces, en tres clases:

Principales: son aquellas que se determinan legislativamente en cada tipo penal como consecuencia punitiva específica de la conducta que se define como punible. De esta naturaleza son las penas de: prisión, multa, y privativas de otros derechos.

El arresto, antaño considerado como una pena principal{645}, no ha sido definido en este Código como tal ni ha sido previsto como consecuencia específica de ninguna conducta punible. Esta sanción tiene, a partir de ahora, el carácter de pena sustitutiva, si bien hemos de anotar que ha pasado a ser una de las zonas más oscuras de la ejecución de la pena, pues el Código carece de definición legal que permita determinar, previamente a su ejecución, el régimen aplicable, las consecuencias concretas que debe esperar el penado y el establecimiento en donde se debe purgar.

Podría pensarse que esta deficiencia de la ley puede superarse mediante la integración del Código Penal, que habla del "arresto de fin de semana" y del "arresto ininterrumpido" en el artículo 40, con el actual Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993); y más precisamente con los reglamentos de las cárceles, que deben prever la forma como debe ejecutarse la pena de arresto. Sin embargo esta tesis, que pretendería dar contenido a la pena de arresto para permitir su aplicación sin violar el principio de legalidad de la sanción penal, no la consideramos garantista, pues el arresto al que se refería el Código Penal de 1980, y que, por lo tanto, debería aplicarse de acuerdo con

******ebook converter DEMO Watermarks*******

los principios del Código Penitenciario y Carcelario vigente, anterior a la reforma, es una pena principal, no sustitutiva, para los casos de menor dañosidad de la conducta; no como amenaza para el infractor que se sustrae a la obligación de pagar la multa -si hablamos del arresto de fin de semana- o al deber de presentarse al establecimiento en donde debe cumplir el arresto -en el caso del arresto ininterrumpido-, y por consiguiente su regulación, hecha sobre otros presupuestos, resulta inadecuada a las condiciones surgidas de la reforma del Código Penal.

Acotamos, en relación con las penas privativas de otros derechos: que se establecen como principales; que tienen tal carácter solamente las enumeradas en los ordinales i°, 2°, 3°, 5°, y 6° del artículo 43 del Código de 2000, y que, aun cuando en los textos legales se usan diferentes nombres para algunas de ellas, en realidad se trata de penas de la misma especie.

Así, la pena de "inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas" aparece también como interdicción de derechos y funciones públicas e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas; y la "inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio" también se denomina inhabilitación para el ejercicio de la profesión.

Sustitutivas: son las penas expresamente determinadas en la ley y que reemplazan a las sanciones principales de prisión o multa cuando se cumplen las condiciones necesarias para su aplicación, las cuales se establecen de manera general por el legislador. De esta clase son la prisión domiciliaria, prevista como reemplazo de la pena de prisión, y el arresto de fin de semana, que está llamado a sustituir la pena de multa.

En relación con estas penas sustitutivas es preciso aclarar que, aun cuando en el artículo 36 del nuevo Código Penal se establece que "el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa", lo que parecería indicar que también el arresto ininterrumpido es una

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pena sustitutiva, en realidad ello no es así porque esta última forma de ejecutar el arresto es una manera más drástica de castigar a quien no ha pagado la pena de multa que se le ha impuesto, así sea por una sola vez, el arresto de fin de semana sustitutivo.

Accesorias privativas de otros derechos: son penas específicamente determinadas en la parte general del Código y pueden ser aplicadas por el juez como consecuencia secundaria de la conducta punible, siempre y cuando ellas sean compatibles con la forma de delincuencia que motiva la sentencia.

De esta clase son la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la pérdida del empleo o cargo público, la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, la expulsión del territorio nacional para los extranjeros, que constituyen, de alguna manera, respuestas adicionales del Estado a la conducta punible de los sujetos a los cuales, por su peligrosidad, es menester aplicar restricciones adicionales de derechos con fines de prevención especial{646}.

A . INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

La pena privativa de la libertad de prisión está prevista como pena principal para la mayoría de los delitos descritos en la nueva legislación -situación que no es nueva en el derecho penal colombiano-{647} y su aplicación se halla regulada detalladamente en las normas correspondientes.

La máxima duración de la pena de prisión se ajustó, en el nuevo Código, al máximo de cuarenta años, regresando de esta forma al límite legal que se había establecido en el Decreto 100 de 1980){648} y que fue reformado por la Ley 40 de 1993. A nuestro juicio esta disminución del límite máximo de la pena de prisión es compatible, cuando menos teóricamente, tanto con el principio de dignidad humana como con el de la proporcionalidad de las

******ebook converter DEMO Watermarks*******

penas{649}. Con el primero, porque aun en el evento de que el sentenciado deba cumplir el máximo de la pena puede contar con la real posibilidad de sobrevivir a su ejecución e integrarse posteriormente para vivir en la sociedad para la cual se ha resocializado mediante el tratamiento penitenciario que supuestamente se le aplicó por tantos años. Con el segundo, porque si bien la vida, la libertad y la condición propia de la especie humana son bienes jurídicos de incalculable valor, la pena proporcional no es aquella que suprime al autor del delito cualquier posibilidad de reintegrarse a la comunidad en la que ha delinquido, sino la que corresponde a su culpabilidad y a la afectación del bien jurídico, tendiendo en cuenta, además, que el condenado no puede ser privado de la oportunidad de demostrar que purgó su culpa, aprendió del tratamiento penitenciario y puede vivir nuevamente dentro de los valores de la convivencia.

Al igual que en el Código de 1980{650}, en el de 2000 se ha establecido que la prisión preventiva no tiene el carácter de pena pero el tiempo que el procesado haya pasado en dicha situación debe computarse como parte cumplida de ella, en caso de que ésta llegara a imponerse y fuere privativa de la libertad. Debe aclararse, sin embargo, que esta prisión preventiva se abona a la pena fijada al delincuente, en caso de ser condenado, solo respecto del delito por el cual sufrió la medida preventiva: de esta forma, si fuere condenado por varios delitos en forma separada, la prisión preventiva solamente se le abonará a aquél que la motivó, salvo los casos de acumulación de penas regulados en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000).

A este propósito, en la interpretación sistemática de las normas relativas a la punibilidad aparece una dificultad: ¿el tiempo que eventualmente haya estado privado de su libertad el procesado puede abonarse a los arrestos de fin de semana o al arresto ininterrumpido en caso de que la calificación jurídica de la infracción se haya modificado al momento de dictar sentencia o

******ebook converter DEMO Watermarks*******

el procesado haya sido absuelto del delito que daba lugar a la detención preventiva y finalmente fue condenado solamente a la pena pecuniaria?

Para dar respuesta a este interrogante pueden hacerse dos tipos de consideraciones. El primero de ellos apuntaría a defender la necesidad de la imposición de la pena pecuniaria sin tener en cuenta el período que permaneció el sentenciado en detención preventiva, y a estimar, en estos casos, al delincuente como un sujeto que busca hacer fraude a la ley; se trata de argumentos fundamentalmente peligrosistas y defensistas que conducirían a exigir el cumplimiento del arresto, sin considerar que el imputado estuvo privado de la libertad por el mismo hecho que motivó la condena y, por consiguiente, no puede ser penado dos veces por el mismo hecho.

El segundo tipo de argumentos, que compartimos, tiene de presente que el principio de libertad debe regir en todo momento la interpretación de las normas sancionatorias y que no pueden ponerse a la cuenta del sentenciado ni las eventualidades -de la modificación a la calificación del delito, por ejemplo- ni los errores de la jurisdicción; de manera que si el procesado ha cumplido en detención preventiva todo o una parte del arresto que le correspondería como sustitución de la pena pecuniaria, o del arresto ininterrumpido, la totalidad o la porción cumplida en prisión preventiva deberá abonarse como parte de la ejecución de la pena.

Junto a las normas generales de regulación de la pena de prisión, el Código de 2000 contiene innovaciones respecto de la dosificación punitiva que es preciso explicar, como se hará más adelante. Todas ellas, sin embargo, no son en realidad más que la incorporación a la ley de tesis sostenidas por la jurisprudencia de tiempo atrás, o la renovación de criterios doctrinarios, o la incorporación a la ley penal de disposiciones antiguamente contenidas en leyes relativas a su interpretación.

Para establecer de manera adecuada la forma de dosificar la sanción, en especial la pena privativa de la libertad de prisión, deben tenerse en cuenta

******ebook converter DEMO Watermarks*******

dos tipos de fundamentos reales que inciden tanto en el procedimiento de su imposición como en su naturaleza y efectos. Unos se denominan fundamentos reales modificadores de los límites de la pena, y los otros fundamentos no modificadores de tales límites.

I . FUNDAMENTOS REALES MODIFICADORES DE LOS LÍMITES DE LA PENA

Se conocen como fundamentos reales modificadores de los límites de la pena todas aquellas circunstancias que afectan el hecho objeto de juzgamiento (por ello se denominan reales o que afectan "la cosa" objeto del proceso, no el sujeto pasivo del mismo), previstas en la ley (por lo general en la parte especial del Código Penal -lo que no obsta para que algunos se regulen en la parte general-), que tienen el efecto de variar los marcos punitivos, bien en su mínimo o en su máximo, porque constituyen, en realidad, circunstancias específicas del hecho que hacen de él una forma especial de delincuencia para la cual el legislador ha reservado una sanción distinta de la del tipo básico{651}.

Ejemplo de un fundamento real modificador de la pena previsto en la parte general del Código de 2000 lo encontramos en el artículo 57 que regula las situaciones de ira y de dolor intenso como morigeradores de la sanción en todos aquellos casos en los que el hecho punible haya sido consecuencia de una temporal perturbación anímica ocasionada por un comportamiento ajeno grave e injustificado.

Un fundamento real modificador de los límites de la pena contemplado en la parte especial del nuevo Código Penal es el contenido en el artículo 267, que contempla la agravación de la sanción para los delitos contra el patrimonio económico cuando la cosa sobre la que recaiga la conducta fuere superior a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Obsérvese, para estos dos casos, que la circunstancia modificadora de la sanción en realidad hace una nueva descripción de la conducta, constituyendo un nuevo tipo penal. Así, si una persona comete un homicidio en estado de ira estamos frente a una nueva descripción del tipo -a un nuevo tipo penal- que tendría la siguiente descripción: "El que matare a otro en estado de ira motivada por comportamiento ajeno, grave e injustificado, incurrirá en prisión de dos años y dos meses (sexta parte del mínimo) a doce años y seis meses (mitad del máximo)". si se trata de un hurto en cuantía superior a la especificada en el artículo 267, el nuevo tipo diría: "El que se apodere de una cosa mueble ajena cuyo valor sea superior a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos meses (el mínimo aumentado en una tercera parte) a nueve años (el máximo aumentado en la mitad)".

En conclusión, siempre que se pretenda establecer la naturaleza jurídica de un fundamento real que afecte la sanción será es conveniente examinar si la circunstancia correspondiente tiene relación con la conducta descrita en el tipo penal para hacer de ella una nueva descripción típica, caso en el cual el fundamento será modificador de los límites de la pena. Si la condición tiene que ver con la personalidad del sujeto, el dolo de su actuar o cualquiera otra condición que no modifique la conducta misma, el fundamento no modificará los límites de la pena.

Estos fundamentos reales modificadores, en tanto que afectan la descripción típica de la conducta, siempre debe tenerlos en cuenta el juez al momento de determinar la sanción, antes de cualquiera otra consideración relativa a la individualización de ella, pues determinan el marco punitivo dentro del cual debe moverse el juzgador al momento de la declaración de responsabilidad correspondiente. Así lo dispone el artículo 61 del Código de 2000 mediante la expresión: "Efectuado el procedimiento anterior...", que remite al artículo 60 en donde se regula la forma como deben hacerse los

******ebook converter DEMO Watermarks*******

incrementos o decrementos de la pena, según sea la forma como se establezcan las modificaciones correspondientes.

La forma como los fundamentos reales modificadores afectan la cantidad de pena puede estar descrita de distintas maneras. Tanto en la parte general como en la especial, con frecuencia estas condiciones que afectan la punibilidad aparecen expresadas no en cifras absolutas, sino con incrementos o decrementos proporcionales que se refieren genéricamente a la sanción legalmente prevista para el tipo básico, sin determinar si ellos se deben aplicar al máximo o al mínimo de ella.

La labor de determinación de la cantidad que se aplica al mínimo de la pena y al máximo de ella venía siendo labor, tradicionalmente, de la doctrina y de la jurisprudencia. A partir de la vigencia del Código de 2000 los problemas de interpretación quedan superados por las disposiciones legales pertinentes bajo la denominación "Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables"[{652}].

De acuerdo con ellos, se establece de manera absolutamente clara en la ley la forma como deben hacerse los aumentos o disminuciones de los mínimos y máximos de la sanción. La norma es tan elemental que no necesita explicación alguna. Las dificultades pueden aparecer, para el abogado, sobre las fracciones que resulten de hacer las operaciones aritméticas respectivas. Para superar este inconveniente, sin embargo, resulta adecuado hacer las conversiones de años a meses y de meses a días (a razón de treinta días por mes).

Finalmente, a este respecto debemos llamar la atención sobre la diferencia que existe entre los denominados fundamentos reales modificadores de los límites de la pena y las circunstancias que afectan la sanción contenidas en un tipo subordinado, como sucede, por ejemplo, en el inciso 3° del artículo 386 del nuevo Código, que fija un incremento de la pena establecida en el tipo básico descrito en el inciso 1° del mismo artículo, para los eventos en los que

******ebook converter DEMO Watermarks*******

la conducta sea cometida por un servidor público. Esta condición (servidor público) no es un fundamento real modificador de los límites de la pena, pues no se refiere a la "*cosa*" objeto del proceso -la conducta- sino al sujeto agente, y lleva implícita una sanción mayor no porque la conducta del servidor público sea distinta de la que puede realizar un particular, sino porque el legislador considera que a este tipo de sujetos se les debe exigir una mayor fidelidad al orden jurídico y, en concreto, a la transparencia que debe regir el proceso electoral como forma fundamental de la democracia.

2 . FUNDAMENTOS NO MODIFICADORES DE LOS LÍMITES DE LA PENA

Bajo este concepto se comprenden todas aquellas circunstancias que permiten al juez la individualización de la sanción que debe imponer al responsable de un hecho punible, sin que se alteren los límites mínimo o máximo de la pena correspondiente. Es decir, las circunstancias y condiciones que permiten al juez establecer, para cada caso concreto, el quántum de pena que le corresponde a un específico sujeto y, por consiguiente, moverse entre mínimo y el máximo de la pena descrita en la ley, o sea, dentro del "ámbito punitivo de movilidad".

Estos fundamentos no modificadores se encuentran previstos principalmente en la parte general del Código Penal o en leyes especiales, y tienen como función permitir la graduación de la sanción para el caso específico.

Un ejemplo de tales fundamentos no modificadores de los límites de la pena lo encontramos en el artículo 58 del Código de 2000 bajo la denominación de "Circunstancias de mayor punibilidad", llamadas, en el Código de 1980 de "agravación punitiva"{653}.

Dada su naturaleza jurídica de ser criterios que permiten la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

individualización de la sanción, esos fundamentos no modificadores deben ser considerados luego de la determinación de los límites de la pena, tal como lo establece el artículo 61 del Código de 2000.

Es necesario diferenciar estos fundamentos no modificadores de los límites de la pena (que se computan después de establecidos los límites de ella) de otras circunstancias que reducen la punibilidad, pero no se juzgan con los mismos criterios de dosificación punitiva por constituir factores relacionados con la conducta procesal del condenado que le otorgan rebajas punitivas a consecuencia de comportamientos o actividades que el legislador ha considerado como muestras de readaptación social, de menor peligrosidad o de arrepentimiento, como es el caso de la confesión, la colaboración con la administración de justicia o el trabajo en el establecimiento carcelario, todos los cuales llevan implícitos, desde su expedición, los criterios de política criminal que autorizan las modificaciones punitivas correspondientes y deben aplicarse, en los casos en los que sea procedente, después de individualizada judicialmente la pena.

Vistos los conceptos de fundamentos reales modificadores y no modificadores de los límites de la pena, podemos abordar, en concreto, el proceso de individualización de la pena de prisión.

Dice al respecto el inciso 1° del artículo 61 del Código de 2000:

> *Fundamentos para la individualización de la pena.* Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

Como lo dijéramos anteriormente, “efectuado el procedimiento anterior” (esto es, el regulado en el artículo 60 del Código de 2000) quiere decir que al momento de entrar a dosificar la pena el juez debe, en todo caso, establecer primero si respecto del tipo especial de delincuencia que motiva la sentencia existen fundamentos reales modificadores de los límites de la pena y, en caso

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de que así sea deberá aplicarlos a la punibilidad establecida en el tipo legal al que se refiere la modificación de la sanción, para determinar qué cantidad de pena corresponde al caso específicamente juzgado, en su máximo y en su mínimo.

Hecho lo anterior, el juez debe dividir en cuartos "el ámbito punitivo de movilidad previsto en la ley". Este ámbito de movilidad, que puede parecer un concepto extraño en la doctrina penal, no es más que la diferencia aritmética que resulta de restar al máximo de la pena establecido en la ley el mínimo previsto para ella, para obtener una cifra absoluta que posteriormente debe ser dividida en cuartos.

Un ejemplo aclarará el concepto. Piénsese que el juez debe dictar sentencia por un homicidio preterintencional.

1. El primer procedimiento que debe realizar, de acuerdo con el artículo 60, es establecer el mínimo y el máximo de la pena aplicable. Para ello procederá así:

a. Pena de prisión establecida para el delito de homicidio, según el artículo 103 del Código de 2000: "de trece (13) a veinticinco (25) años".

Es decir, la pena legalmente asignada para el delito de homicidio es de un mínimo de ciento cincuenta y seis (156) meses y un máximo de trescientos (300) meses, pues

13 (años) x 12 (meses) = 156 meses

25 (años) x 12 (meses) = 300 meses

b. Pena correspondiente al homicidio preterintencional, de conformidad con el artículo 105 *ibidem:* la misma del homicidio, disminuida "de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2)".

c. Según el artículo 60.5, "la mayor (proporción) se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica"; es decir que la mitad (1/2)

******ebook converter DEMO Watermarks*******

sedebe restar al mínimo, y la tercera parte (1/3) es el factor en el que se debe disminuir el máximo. Así se obtiene que para el homicidio perterintencional la pena legalmente asignada es de seis años y medio (6,5 años), o sea setenta y ocho (78) meses, a dieciseis años y siete décimas (16,7 años), equivalentes a doscientos (200) meses:

156/2 = 78 (meses)

De donde el mínimo se establece a partir del mínimo fijado para el delito base, menos la reducción autorizada por el artículo 105 (la mitad):

156 - 78 = 78 (meses) (mínimo)

300/3 = 100 (meses),

De donde el máximo para el homicidio preterintencional se establecerá restando, al máximo de la pena fijada en el artículo 103, la menor proporción de la establecida en el artículo 105, es decir:

300 - 100 = 200 (meses) (máximo)

2. Establecidos los límites mínimo y máximo de la pena, el juez debe determinar el ámbito punitivo de movilidad al que se refiere el artículo 61 , mediante el procedimiento de la resta en el cual el diminuendo es el máximo de la sanción y el sustraendo el mínimo de ella, así: doscientos (200) meses, menos setenta y ocho (78) meses, para obtener una cifra de ciento veintidós (122) meses, que es el ámbito de movilidad para el delito de homicidio preterintencional:

200 - 78 = 122

a. Este ámbito de movilidad se debe dividir en cuartos, de manera que se

******ebook converter DEMO Watermarks*******

obtiene con la simple división de la cifra anteriormente calculada, entre cuatro: ciento veintidós (122) meses, dividido entre cuatro, da treinta meses y cinco décimas (30,5), esto es, treinta (30) meses y quince (15) días. Es decir, cada cuarto del ámbito de movilidad se establece cada treinta (30) meses y quince (15) días:

122/4 = 30,5 (meses)

0,5 (meses) x 30 (días) = 15 (días)

30,5 meses = 30 meses y 15 días

b. De esta manera, el cuarto mínimo comprende desde setenta y ocho (78) meses, hasta ciento ocho (108) meses y quince (15) días; el segundo cuarto abarca desde ciento ocho (108) meses y quince (15) días, hasta ciento treinta y nueve (139) meses; el tercer cuarto va de ciento treinta y nueve (139) meses, hasta ciento sesenta y nueve (169) meses y quince (15) días, y el último cuarto irá desde ciento sesenta y nueve (169) meses y quince (15) días, hasta doscientos (200) meses:

78 meses + 30,5 meses = 108 meses y 15 días

108 meses 15 días + 30,5 meses = 139 meses

139 meses + 30,5 meses = 169 meses 15 días

169 meses y 15 días + 30,5 meses = 200 meses

c. Atendiendo a los criterios individualizadores de la pena determinados en el inciso 3° del artículo 61 , el juez graduará la pena así:

- Si solamente concurren circunstancias de atenuación punitiva o no existen atenuantes ni agravantes{654}, el juez debe fijar la pena entre un mínimo de setenta y ocho (78) meses y un máximo de ciento ocho (108) meses y quince (15) días.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

- Si solamente concurren circunstancias de agravación punitiva[{655}], el juez graduará la pena entre un mínimo de ciento sesenta y nueve (169) meses y quince (15) días, y un máximo de doscientos (200) meses.

- Si concurren tanto circunstancias de atenuación punitiva como de agravación de la sanción[{656}], el juez establecerá la pena entre un mínimo de ciento ocho (108) meses y quince (15) días, y un máximo de ciento sesenta y nueve (169) meses y quince (15) días.

Cabe aquí resaltar que, frente a un criterio meramente matemático, parecería absurdo que la ley ordenara al juez dividir el ámbito de movilidad punitiva en cuartos, cuando apenas se va a hacer uso, en la individualización de la sanción, de una división tripartita por virtud de la cual se conjugan en uno solo los dos cuartos de la mitad. Este procedimiento, sin embargo, lo estimamos acorde con la exigencia legal de proporcionalidad de la asignación de una sanción, porque permite al juez acercarse más a los criterios de justicia en los diferentes casos contemplados en la norma.

Por último, en relación con el proceso de individualización de la pena privativa de la libertad de prisión es necesario anotar que en el inciso 3° del artículo 61 del Código de 2000 se modificaron los criterios que permiten al juez fijar el monto de la sanción en cada caso concreto.

Así, en el Código de 1980 se hablaba de "la gravedad y modalidades del hecho punible"[{657}], al paso que en la nueva ley penal de 2000 se define como factor individualizador de la pena "la mayor o menor gravedad de la conducta"; de manera que las modalidades o formas de comisión no se deben tener en cuenta para individualizar la pena, avanzando en ello frente a un derecho penal de culpabilidad, ya que no serán ni los instrumentos ni la forma de realizar el delito los que incidan en la determinación específica de la pena, sino que se deberá atender a la gravedad de la conducta, que se establece fundamentalmente (pero no exclusivamente) a partir de la culpabilidad del autor y del daño causado, cuando estas condiciones no estén

******ebook converter DEMO Watermarks*******

contempladas como causas de agravación punitiva o no sean valoradas por el juez dentro del concepto de daño causado.

De la misma manera, el concepto de "*las circunstancias de atenuación o agravación*" que establecía el artículo 61 del Código de 1980, han sido sustituidas en el nuevo Código por *"la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad*", de manera que ahora no es solamente la cantidad de dichas causales la que incidirá en el proceso de individualización de la pena, sino su entidad.

Obsérvese, finalmente{658} que el inciso 3° del artículo 61 del Código de 2000, que comentamos, establece como un criterio para determinar la cantidad de pena aplicable en cada caso "*la necesidad de pena*", como si las demás normas del ordenamiento permitieran considerar dicha necesidad como un criterio que puede ser pacíficamente definido por el juez al momento de fijar la sanción.

No obstante las críticas que puedan surgir, tanto para mantener la lógica del sistema que constituye el Código Penal, como para dar una vigencia al principio de necesidad de pena acorde con los postulados constitucionales, es preciso que los jueces consideren, en cada caso concreto, si la sanción es necesaria de conformidad con las instituciones que desarrollan la prevención, a fin de que, cuando menos en los aspectos de proporcionalidad, se eviten los abusos de penas largas privativas de la libertad con el simple fundamento de la ejemplarización hacia quienes no son aún transgresores de la ley penal.

B. LOS SUBROGADOS PENALES

En punto de los subrogados penales (ahora denominados "mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad"), el nuevo Código Penal introduce algunas modificaciones que comentaremos.

La primera de ellas se relaciona con el acercamiento del vocabulario

******ebook converter DEMO Watermarks*******

jurídico a las nuevas doctrinas penales, que implica la adopción de una nueva filosofía en materia punitiva. Así, por ejemplo, se habla de los "mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad", y se regula más propiamente la "suspensión condicional de la ejecución de la pena", la cual, además, en lugar de estar condicionada en su concesión a un pronóstico del juez sobre los beneficios del tratamiento penitenciario, se supedita a un juicio razonado sobre la "necesidad de ejecución de *la pena*".

I. LA CONDENA DE EJECUCIÓN CONDICIONAL

La condena de ejecución condicional, ahora denominada más técnicamente *"suspensión condicional de la ejecución de la pena",* ha sufrido un importante cambio en el artículo 63 del nuevo Código, el que evitará, sin duda, la arbitrariedad de los jueces, que venían negando la posibilidad de suspender condicionalmente la ejecución de la pena con fundamentos meramente peligrosistas que los impulsaban a formarse un pronóstico subjetivo sobre los efectos del tratamiento penitenciario, el cual, de acuerdo con la ley, debería aportar al condenado un beneficio concreto de reinserción social.

En lugar de exigir para la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena *"que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho punible, permitan al juez suponer que el condenado no requiere tratamiento penitenciario"*{659}, la nueva ley exige examinar los *"antecedentes personales, sociales y familiares"* del sentenciado, no su personalidad, con el propósito de establecer si *"existe necesidad*" de ejecutar la pena.

La modificación, filosóficamente, no es de poca monta. La nueva legislación abandona por completo el estudio de la personalidad del delincuente para estos efectos, de manera que se aproxima cada vez más al

******ebook converter DEMO Watermarks*******

derecho penal de culpabilidad, en la medida en que la suspensión de ejecución de la condena no está determinada por la manera de ser del sancionado, sino por criterios que, objetivamente examinados frente a la sociedad concreta en la cual debe llevar su vida en libertad, deben permitir al juez establecer si es preciso aplicar al reo un tratamiento penitenciario que cumpla efectos resocializadores y de prevención especial, como que éstas son las instituciones de la prevención que operan en la fase de la ejecución de la sentencia, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 4° del Código de 2000.

2 . LA LIBERTAD CONDICIONAL

En materia de libertad condicional, la nueva legislación amplió el término de la pena privativa de la libertad (por razón de la desaparición del arresto como pena principal) a tres años y rebajó el quántum de la pena que debe cumplir el sentenciado antes de tener derecho a este mecanismo sustitutivo de ejecución de la pena (de dos terceras partes pasó a tres quintas partes); precisó así mismo que el derecho se adquiere por la buena conducta en el establecimiento carcelario como parámetro para establecer si no existe necesidad de continuar con la ejecución de la pena.

En la anterior legislación se debía determinar la procedencia del subrogado con sustento en un pronóstico sobre la readaptación social, que se fundaba en la personalidad del delincuente, su buena conducta en el establecimiento carcelario y sus antecedentes de todo orden, lo cual abría paso a la arbitrariedad judicial, que no examinaba los efectos del tratamiento penitenciario sino que, de hecho, acudía a criterios relativos a la forma de ser del sentenciado, aun con base en comportamientos anteriores a la comisión del delito, para negar la libertad condicional.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

C . INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA DE MULTA

Otro de los aspectos aparentemente problemáticos del nuevo Código Penal es el relacionado con la individualización de la pena de multa. No obstante, la verdad es que este proceso no reviste dificultad alguna si atendemos estrictamente la regulación contenida en el propio Código, que no hace nada distinto a racionalizar las operaciones tendientes al cálculo de la multa que corresponde a cada tipo de delincuencia{660}.

Para un adecuado procedimiento, es preciso tener en cuenta, primero, que con el propósito de preservar la proporcionalidad de la sanción, el legislador del año 2000 clasificó a los sentenciados en tres grupos o estratos sociales (denominados "*grados*" en el art. 39.2) dependiendo de la cantidad de ingresos que hubieren obtenido en al año inmediatamente anterior (al pronunciamiento de la sentencia, según opinamos{661}): el primer grado, que comprende a quienes hayan obtenido ingresos en el rango comprendido entre cero pesos y diez salarios mínimos legales mensuales vigentes; el segundo grado, constituido por las personas de ingresos superiores a diez salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta cincuenta de ellos; y el tercer grado, en el cual se ubican los sentenciados que hayan obtenido ingresos superiores a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Una vez que el juez ha establecido el nivel promedio de ingresos del sentenciado, puede entonces conocer la suma a la que equivale una unidad de multa, expresada en salarios mínimos legales mensuales vigentes. En el primer grado, esta unidad corresponderá a un (1) salario; en el segundo a diez (10) y en el tercero a cien (100). De esta forma, si el salario mínimo legal mensual vigente es, por ejemplo, de doscientos noventa mil pesos ($290.000), la unidad de multa para quien en el año inmediatamente anterior ha obtenido, en promedio, ingresos hasta diez salarios mínimos, será de doscientos noventa mil pesos ($290.000); para quien se halle en el segundo grado, la unidad de multa será de dos millones novecientos mil pesos

******ebook converter DEMO Watermarks*******

($2.900.000), y quien haya obtenido ingresos superiores a cincuenta salarios mínimos, tendrá que pagar por cada unidad de multa la suma de veintinueve millones de pesos ($29.000.000).

En cualquiera de los tres grados, el tope mínimo de la multa es de una unidad y el máximo de diez unidades multa. Para fijar la que corresponde al sentenciado, el juez debe tener en cuenta los factores previstos en el artículo 39.3, bajo el nombre de *"determinación'"":*

a. El daño causado con la infracción.

b. La intensidad de la culpabilidad.

c. El valor del objeto del delito o del beneficio reportado por el mismo.

d. La situación económica del condenado, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares, y

e. Las demás circunstancias que indiquen su posibilidad de pagar.

Como se puede advertir de lo expuesto, las mayores dificultades para la determinación de la pena de multa no surgen del procedimiento que se debe observar en su individualización, sino de los problemas que procesalmente se puedan presentar para conocer el promedio de ingresos del sentenciado durante el año inmediatamente anterior a la sentencia pues, salvo los casos en los cuales la totalidad de los ingresos vengan directa y exclusivamente de un empleo formal o estrictamente regulado por la ley, será muy difícil para el juez determinar la cantidad de ingresos del condenado.

Por ello, recobran en este campo particular importancia los poderes instructores del juez, la actividad de la fiscalía como sujeto procesal y la intervención del agente del Ministerio Público, quienes deben preocuparse de buscar los elementos de juicio suficientes que permitan al juez tasar la pena pecuniaria correspondiente de una manera cierta y justa.

En nuestra opinión, cuando el juez no cuente con la prueba necesaria para la determinación exacta del grado que corresponde a la multa (es decir, no pueda establecer el promedio de ingresos del condenado) debe resolver el

******ebook converter DEMO Watermarks*******

asunto con fundamento en el criterio de interpretación favorable, de manera que tendrá que individualizar la multa como si el procesado se encontrara en el primer grado.

III . CAUSAS QUE EXCLUEN LA PUNIBILIDAD

Bajo este nombre se conocen todas aquellas causas que, por disposición de la ley, impiden al juez aplicar la pena que correspondería a quien ha sido declarado responsable de un hecho punible. Ellas pueden estar reguladas tanto en el Código Penal como en el Código de Procedimiento Penal o en leyes especiales y, por regla general, son establecidas de manera particular para casos específicos, por razones de política criminal que pueden atender a la forma como se ha cometido el hecho punible, a la afectación del bien jurídico o al daño sufrido por el agente del hecho punible.

Frente a la nueva regulación se debe comentar, sin embargo, que el inciso 2° del artículo 34 del Código establece una causa genérica de exclusión de la punibilidad, con el siguiente texto:

> En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

Aparte de los cuestionamientos que merece la parte final de la norma, que condiciona la prescindencia de la pena a la necesidad de ella (fijada bajo el marco de la prevención y de las instituciones que la desarrollan, según lo enseña el artículo 3°), debe decirse que esta posibilidad de no imponer la pena, en lo que hace a los delitos culposos, en realidad se circunscribe a los delitos de homicidio, lesiones personales y lesiones culposas al feto, porque

*******ebook converter DEMO Watermarks********

en los demás delitos culposos el daño trasciende el ámbito familiar de su autor{662}.

En relación con los delitos sancionados con penas no privativas de la libertad, en este campo de no imposición de la pena quedarían contemplados solamente los eventos de violación de habitación ajena, violación en (*sic*) lugar de trabajo, emisión y transferencia ilegal de cheque en cuantía inferior a diez salarios mínimos legales mensuales, y sustracción de bien propio, pues en todos los demás las consecuencias del hecho punible, objetivamente, van más allá del ámbito personal del autor y de sus parientes relacionados en la norma.

Sobre este tema insistimos en que, a pesar las dificultades dogmáticas que se presentan, el juez debe buscar una interpretación de la disposición que la haga operante, porque si puede prescindir de la pena *"cuando ella no resulte necesaria*", esta necesidad no debe consultar los fines de prevención general.

Otra forma de exclusión de la punibilidad se halla establecida en el parágrafo del artículo 124 del nuevo Código Penal para los casos de aborto sin consentimiento, "cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación". Esta disposición, que ha sido ampliamente discutida por la Iglesia Católica, pretende reconocer como una causal eximente de pena aquellas especiales circunstancias psicológicas por las que atraviesa una mujer durante su embarazo, motivadas no solamente por la alteración de su metabolismo biológico sino por la circunstancia de un embarazo no deseado, que opera exclusivamente cuando "el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas".

Aun cuando de forma antitécnica, según creemos, se establece una causal de ausencia de responsabilidad para los delitos de calumnia e injuria cuando el autor del hecho se retracte voluntariamente antes de proferirse sentencia de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

primera o única instancia en el artículo 225 del nuevo Código; consideramos que éste es un motivo de exclusión de la punibilidad, no eximente de responsabilidad, en la medida en que se trata de un acto posterior al hecho punible que demuestra el arrepentimiento del autor del delito y, por consiguiente, no relacionado con la condición subjetiva del agente al momento de la comisión del hecho -que permitiría examinar la situación de la responsabilidad por el hecho-.

I V . CAUSAS QUE EXTINGUEN LA PUNIBILIDAD

En este acápite no es necesario comentar más que la regulación de la rehabilitación como causa que extingue la punibilidad, establecida en el artículo 92 del Código de 2000. En este punto, la innovación se presenta con la determinación de las condiciones en las cuales opera dicha rehabilitación.

Al igual que sucede en el Código de 1980, la rehabilitación en el nuevo estatuto está reservada para las penas accesorias, lo que implica desigualdad frente a las penas privativas de otros derechos{663} que se impongan como principales y, materialmente, constituyan la misma consecuencia penal.

Dígase, además, que el nuevo Código Penal ha dejado abierta la posibilidad de que, en casos especiales, la prescripción de la sanción quede sometida a las reglas internacionales ratificadas por Colombia, como quiera que el artículo 89 establece:

> La pena privativa de la libertad, salvo lo previsto en tratados internacionales debidamente incorporados al ordenamiento jurídico, prescribe en el término fijado para ella en la sentencia o en el que falte por ejecutar, pero en ningún caso podrá ser inferior a cinco (5) años. La pena no privativa de la libertad prescribe en cinco (5) años.

Frente a este texto legal es preciso acotar que si un tratado internacional eventualmente fijara la imprescriptibilidad de las penas privativas de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

libertad éste no podría ser aprobado en Colombia, porque implicaría contradecir lo establecido en el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política, que proscribe las penas imprescriptibles.

Bajo este mismo marco constitucional, los aumentos exagerados en la prescripción de las penas pueden resultar contrarios a la Carta, en la medida en que ellos puedan significar la ruptura de los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad que, de acuerdo con los principios superiores, informan la determinación y aplicación de las penas.

V . LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A.CONCEPTO

Las medidas de seguridad son la consecuencia jurídica que la ley asigna a los inimputables que han cometido un delito{664}. Desde esta perspectiva, las medidas de seguridad son el equivalente de las penas y deben regirse, en todo aquello que no se oponga a los principios particulares de las medidas de seguridad, por los principios y reglas que regulan la imposición de sanciones.

En el nuevo Código las medidas de seguridad no tienen, como en algunas legislaciones, la connotación de respuestas penales a la peligrosidad del delincuente, de manera que son aplicadas a discrecionalidad del juez para lograr rehabilitar al autor de un hecho punible o corregir alguna de las deficiencias ligadas a la causa de su peligrosidad.

En tanto que consecuencia jurídica por la comisión de un delito, las medidas de seguridad deben estar orientadas por los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que se enuncian en el artículo 3° del Código, y deben cumplir las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

B. CLASES

En el artículo 69 del Código de 2000 se establecen cuatro distintas medidas de seguridad{665}, dentro de las cuales se introdujo la "reintegración al medio cultural propio" como una específica clase de ellas, modificando de esta forma las previsiones del Código de 1980 que, aun cuando contemplaba la "reintegración a su medio ambiente natural"{666} para el indígena inimputable, no describía este tipo de sanción en el artículo 93 que fijaba las especies de las medidas de seguridad.

Esta especie de medida de seguridad, si bien parece aplicable en el nuevo Código a cualquier tipo de inimputable, en realidad continúa reservada fundamentalmente para los indígenas, puesto que en el artículo 73 se establece que se debe imponer a quien "sea inimputable por diversidad sociocultural" y debe coordinarse con "la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca".

En este aspecto, consideramos que se podrán presentar algunas dificultades en la determinación de esta medida de seguridad, pues ya existen antecedentes en algunas culturas indígenas en las que la reintegración del delincuente a su medio cultural puede representar una alteración del medio cultural indígena en donde, mitiga, se conserva la venganza (principio talional) como respuesta del ofendido a la conducta punible{667}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO

Lección 26: Consecuencias civiles del delito

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. CONCEPTO

Según el artículo 103 del Código Penal de 1980, el hecho punible origina la obligación de reparar los perjuicios materiales y morales que de él provengan, previsión, ésta, armónica con la del artículo 1494 del Código Civil, según el cual las obligaciones pueden nacer "a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos", lo mismo que con el artículo 2341 *ibidem* que preceptúa: "El que ha cometido un delito o culpa que ha ocasionado daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la sanción penal".

Así lo anterior, es claro que el daño que se encierra en el hecho punible genera una doble responsabilidad, esto es, penal y civil, por manera que, en principio, cuando una persona desarrolla una conducta que es considerada típica, antijurídica y culpable quedará expuesta a la correspondiente sanción penal (prisión, arresto, multa) y a la obligación de indemnizar los perjuicios materiales, morales y fisiológicos que se hayan generado con la conducta, lo cual también es predicable respecto de los inimputables, pues a ellos también se les exige resarcir los perjuicios ocasionados, así la consecuencia para su conducta sea la aplicación de una medida de seguridad.

No obstante, es posible que en determinados eventos el delito no ocasione un daño resarcible o que sea de tan poca entidad que resulte imperceptible y por ende no sujeto a indemnización. Así mismo, la conducta puede generar daño resarcible sin que por ello se predique la existencia de delito alguno, pues no todo hecho que ocasiona perjuicio tiene la calidad de delito.

En todo caso, lo que importa destacar es que de ordinario el delito, aparte de generar una responsabilidad penal, también produce unas consecuencias civiles, las cuales pueden ser establecidas dentro del proceso penal, pues desde épocas remotas nuestra legislación penal ha permitido que la acción

*******ebook converter DEMO Watermarks********

civil se tramite conjuntamente con la penal dentro de una misma actuación judicial, para lo cual no se requiere que el perjudicado con el delito presente demanda de constitución en parte civil; en en efecto, el funcionario judicial debe oficiosamente investigar no solo la ocurrencia del delito y la determinación de la responsabilidad penal, sino también la causación de los perjuicios generados por el delito, la naturaleza de los mismos y su monto; lo cual no significa que el perjudicado con el delito pierda la oportunidad o el derecho de accionar en contra del victimario, pues bien puede demandar civilmente a éste, a su elección, dentro del proceso penal o bien directamente ante los jueces civiles.

Despréndese de lo anterior que la acción civil no es *accesoria* a la penal, como frecuentemente se suele afirmar, sino que es también *principal*, pues, si accesorio es lo que depende de lo principal, por fuerza la acción civil siempre debería depender del ejercicio de la acción penal y estaría destinada a correr la misma suerte de ésta, lo cual no ocurre en muchos casos; ya que, a manera de ejemplo, cuando se determina la no responsabilidad del sujeto agente por haber actuado en estado de necesidad, aunque no haya lugar a imponerle sanción penal alguna, sí queda obligado a indemnizar los perjuicios que se ocasionaron con su conducta.

Importa también precisar que el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal no implica que su trámite "se gobierne por reglas de índole penal, pues está contemplada en el derecho sustantivo y a ella se aplican los principios inspiradores de la responsabilidad de carácter extracontractual imperantes en dicho ámbito"{668}.

No existe la menor duda, entonces, de que la obligación de indemnizar que tiene el responsable del hecho punible, y quien de acuerdo con la ley sustancial civil está llamado a indemnizar, tiene un contenido eminentemente civil y que, de contera, dicha obligación no muta o cambia su naturaleza ni sus consecuencias por su ejercicio dentro del proceso penal paralelamente a

******ebook converter DEMO Watermarks*******

la acción penal.

“ es básico dejar sentada esa característica de la obligación emanada del delito, ese contenido puramente civil, por cuanto son muy dados nuestros jueces penales a considerar que esa obligación tiene unos alcances diversos en lo que a naturaleza jurídica concierne de cualquiera de las otras fuentes de las obligaciones, ejemplo, el negocio jurídico, cuando es lo cierto que se trata de obligaciones de idéntica naturaleza, se insiste, civil, aun cuando con diversa fuente”{669}.

Así, de aceptarse que la acción civil que nace del delito tiene distintas características dependiendo de la jurisdicción ante la cual se ventila, resultaría ilógico que dicha acción pudiera adelantarse, a elección del perjudicado, dentro del proceso penal o directamente ante los jueces civiles. Se reitera: si la acción puede adelantarse ante las autoridades judiciales en lo penal o en lo civil es precisamente por cuanto se trata de la misma acción, y si ello es así no resulta conforme a derecho que al ser tramitada dentro del proceso penal, se le someta a principios o regulaciones distintas a las que habría de considerar el juez civil al fallar las pretensiones de la demanda. Si la acción es la misma, es de simple lógica que se tramite y resuelva bajo una misma normatividad y principios.

Sobre su naturaleza, Levene apunta que, “mientras que la acción penal nace forzosamente del derecho que se pretende violado, la civil es facultativa, ya que la parte ofendida puede o no promoverla, y si bien en principio la acción civil pertenece al derecho privado y la penal al público, la civil que nace del delito también pertenece al público, en cuyo caso hay entre ambas gran relación; tanto así que puede acumularse a la penal y son resueltas por el juez en lo criminal, en la misma sentencia”{670}.

Pese a las anteriores consideraciones, puede afirmarse que el concepto de *acción* no admite clasificaciones, como sí es predicable respecto de las *pretensiones*. Hablar de acción civil, penal, etc., resultaría equivocado, pues

******ebook converter DEMO Watermarks*******

lo correcto sería hablar de *pretensión*, siendo incluso aún mejor hablar de *responsabilidad*.

Responsabilidad es la obligación de asumir las consecuencias de un hecho, acto o conducta. Como enseña Valencia {671} la responsabilidad civil siempre supone la relación de dos personas, una de las cuales ha causado el daño, al paso que la otra lo ha soportado, siendo aquella la consecuencia jurídica de dicha relación de hecho, por manera que corresponde al causante del daño repararlo, y correlativamente el perjudicado ostenta el derecho a ser resarcido. Así las cosas, es de destacar que en todos los casos la responsabilidad civil se resuelve en una obligación de reparación. "Por tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable quien a pesar de haber causado daño a otro, no obstante, no es obligado a repararlo".

La responsabilidad es *moral* y *jurídica,* siendo ésta la que produce consecuencias externas de interés para el derecho; pudiendo ser, a su vez y según se dijo, penal o civil.

La responsabilidad *civil* tiene distintas formas: *contractual* y *extracontractual*. La primera implica la obligación de asumir las consecuencias derivadas del hecho, acto o conducta que comporta la violación de un deber regulado por la autonomía de las personas; hay pues un deber de conducta específico que resulta desatendido. La segunda, esto es la *extracontractual*, también llamada *culpa aquiliana,* es aquella que implica la obligación de atender las consecuencias del hecho, acto o conducta, violatorio de un deber genérico de comportamiento. Aquí, al contrario de lo que acontece en la responsabilidad contractual, el deber no está regulado por las partes.

"Factor común a la culpa contractual y la aquiliana -ha dicho la Corte- es que la primera se presume cuando la prestación incumplida conlleva una obligación de resultado. Que es el mismo fenómeno que se presenta en la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

segunda cuando el daño a reparar ha tenido lugar en desarrollo de actividades reputadas por la doctrina como peligrosas, de las cuales da claro ejemplo el artículo 2356 del Código Civil. Por los demás aspectos una y otra presentan las diferencias fundamentales, como lo ha dicho repetidamente la Corte, principalmente en lo que tiene que ver con su trato jurídico, el sistema probatorio aplicable y la titularidad de la acción que una y otra generan, fuera de que, como ya se dijo, tienen distinto origen [...] Dado el distinto tratamiento que el estatuto civil da a una y otra en títulos diversos del mismo, y la manifiesta diferencia que hay entre ellas, no se ha aceptado que se pueden aplicar a la culpa contractual los preceptos que rigen la extracontractual, ni al contrario, sino que cada una se regula por las disposiciones propias"{672}.

La *responsabilidad extracontractual* puede acometerse de dos maneras, como sigue.

A. DIRECTA

Implica que la persona convocada a atender las consecuencias del acto, hecho o conducta es la misma que produjo la violación del deber genérico de comportamiento. Esta clase de responsabilidad extracontractual está regulada por el artículo 2341 del Código Civil y descansa sobre tres exigencias básicas: a. El dolo o culpa de quien de manera personal y directa está llamado a responder -como al efecto lo contemplan los artículos 105 del Código de 1980 y 96 del Código de 2000-; b. Un daño, lesión o perjuicio que sufre la víctima o perjudicado, quien por consecuencia se convierte en acreedor de la pretensión indemnizatoria *(iure propio*), o bien lo serán sus herederos *(iure hereditario*); y, c. Una relación de causalidad entre dolo o culpa y perjuicios, aspectos que necesaria y obligatoriamente es menester sean plenamente probados dentro del proceso, como que su no demostración imposibilita un

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pronunciamiento o fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda indemnizatoria, carga que compete al actor o demandante, e incluso, para el ejercicio de la acción dentro del proceso penal, al funcionario judicial, a quien se le asignan expresas obligaciones o facultades para investigar la ocurrencia de los perjuicios, su valoración y la relación de causalidad de éstos con la conducta del civilmente responsable, a efectos de que la sentencia condene en concreto al pago de la indemnización que corresponda.

B. INDIRECTA

En este caso la persona llamada a responder por las consecuencias de la violación del deber genérico de comportamiento no fue la causante directa de la violación, sino que lo fue una persona o una cosa, sea esta animada (animal) o inanimada (automóvil, pared), respecto de la cual debía ejercer vigilancia o control; aquí, entonces, el concepto de peligrosidad juega papel importante.

En esta clase de responsabilidad la persona es llamada a responder no por cuenta del hecho propio que ejecutó o no ejecutó (delitos de omisión), sino por el hecho que realizó una persona diferente, o por el hecho que se produjo por causa de una cosa bajo su responsabilidad, a condición, en el primer caso, de que la persona se encontrara bajo su subordinación o dependencia, como ocurre en el caso del padre sobre sus hijos o del profesor respecto de sus alumnos, lo cual ha determinado que a esta responsabilidad se le denomine *responsabilidad por el hecho de otro*, donde, en principio, se fundaría la responsabilidad que desde el punto civil tiene dentro del proceso penal el llamado “tercero civilmente responsable”.

II . TITULARES DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Según el artículo 95 del nuevo Código Penal, disposición que en esencia reproduce el artículo 104 del Código de 1980, las personas naturales o sus sucesores, y las jurídicas, perjudicadas directamente por la conducta punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejerce en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal. Se agrega que el actor popular tendrá la titularidad de la acción civil cuando se trate de lesión directa de bienes jurídicos colectivos.

A su vez y en similares términos a los del artículo 43 del Código de Procedimiento Penal de 1991 , el artículo 45 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) dispone:

> *Titulares*. La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquellas, por el Ministerio Público o por el actor popular cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos. En este último evento, sólo podrá actuar un ciudadano y será reconocido quien primero se constituya. El actor popular gozará del beneficio de amparo de pobreza de que trata el Código de Procedimiento Civil.
>
> Si el titular de la acción indemnizatoria no tuviere la libre administración de sus bienes y optare por ejercerla en el proceso penal, se constituirá en parte civil mediante demanda presentada por su representante legal.

Retomando lo expuesto, la acción civil, tanto individual como popular, para el resarcimiento de los daños causados con el hecho punible, corresponde en su ejercicio a las personas naturales o jurídicas perjudicadas, o a los herederos o sucesores de aquellas, o al Ministerio Público o al actor popular cuando se afecten intereses colectivos, otorgándose además la potestad de ejercitarla dentro del proceso penal o bien, independientemente de él, ante la jurisdicción civil.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

A . LA VÍCTIMA LOS HEREDEROS O SUCESORES

Como se dijo, las personas naturales y las personas jurídicas perjudicadas con el hecho punible, lo mismo que los herederos o sucesores de aquellas, tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, cuyo ejercicio se efectuará en la forma prescrita por el Código de Procedimiento Penal. Contrario a lo que pudiere pensarse, las alusiones a los términos *heredero* y *sucesor* no son una innecesaria repetición pues es claro que se trata de conceptos diferentes; en efecto, si bien el heredero puede ser considerado sucesor del causante, el sucesor no es siempre un heredero, pues puede serlo quien sustituye a otro en la titularidad de una relación, entrando a tomar el lugar de otro, lo cual puede ocurrir por diversas causas, entre ellas la sucesión *mortis causa.*

Así lo anterior, es titular de la acción civil no solo quien se vio perjudicado con el delito o el heredero de éste, sino también quien los sucede en la relación litigiosa por virtud de una cesión de crédito (art. 1959 C. C.) o del derecho de herencia (art. 1967 *ibid.),* o, más concretamente, cuando se cede el derecho litigioso a que se refiere el artículo 1969 del mismo estatuto, al disponer que se cede un derecho litigioso "cuando el objeto directo de la cesión es el evento de la litis del que no se hace responsable el cedente".

Carnelutti, sentando la diferencia existente entre *parte del proceso* y *parte del delito,* señala a quien denomina *el dañado* como parte sustancial pasiva del delito, entendiendo por tal a cualquier persona que sufre un daño. agrega el citado autor que "precisamente el daño se extiende en torno del delito como un cerco: ninguna imagen es, a este respecto, más eficaz que la de la piedra que al caer sobre la superficie de un agua tranquila dibuja en ella, al propagarse las pequeñas ondas, una serie de círculos concéntricos cada vez más amplios y cada vez menos claros, hasta hacerse imperceptibles. La verificación de esta idea puede hacerse, con mucha eficacia, sobre una hipótesis de lesión personal grave, que ocasione inhabilitación permanente y

*******ebook converter DEMO Watermarks********

absoluta para el trabajo; sería una equivocación creer que el perjudicado sea solamente aquél cuyo cuerpo ha padecido la lesión; cualquiera comprende que el daño se extiende a sus parientes, o a aquellos que se benefician de su trabajo o de sus ganancias, a sus amigos, y así, sucesivamente, a la sociedad entera; si, cuando se trata de un trabajador ordinario, la sociedad entera aparece tan levemente dañada que la onda, en este caso, a simple vista no se percibe ya, cuando en su lugar se ponga a un hombre de ciencia o a un artista de altísima fama puede resultar perceptible no solo el daño de la nación sino hasta el de la humanidad"{673}.

Evidente resulta entonces que, teniendo el delito la potencialidad para ocasionar daño, éste no lo recibe de manera exclusiva el titular del bien jurídico ofendido, sino que también pueden resultar perjudicadas con él otras personas, en virtud de su relación directa o indirecta con la víctima de la conducta, como podría ocurrir en el evento en que un temible criminal huye de la cárcel (fuga de presos) y esta conducta le ocasiona perjuicios morales al testigo valeroso que con su atestación permitió la condena de aquel.

El concepto de *sujeto pasivo del delito*, entendido como la persona titular del bien jurídico que el legislador protege con el respectivo tipo penal y que resulta afectado por la conducta del sujeto agente{674}, no siempre coincide con el de víctima o perjudicado con el delito, pues éste, se reitera, es la persona que recibe perjuicio como consecuencia del ilícito. De ordinario, apunta Reyes Echandía , las dos calidades coinciden en el mismo individuo, como cuando la cosa sustraída en el hurto lo fue en cabeza de su dueño; otras veces, en cambio, se distinguen claramente: tal el caso del homicidio, en el que es sujeto pasivo la persona muerta, y perjudicados sus familiares inmediatos y, en general, quienes de él dependan{675}.

Ahora bien, y al contrario de lo que ocurre con el sujeto activo del delito, todas las personas naturales, como las jurídicas, pueden tener dicha calidad de sujetos pasivos y de perjudicados, pues la titularidad de los bienes

******ebook converter DEMO Watermarks*******

jurídicos protegidos no es patrimonio exclusivo de las personas naturales{676}. En todo caso resultan importantes las anteriores precisiones, pues ellas son de interés para efectos del ejercicio de la acción civil, pues cuando las calidades de sujeto pasivo del delito y perjudicado coinciden la parte civil sólo podrá ejercitarse por el sujeto pasivo del delito; pero siendo diversas podrán ejercitarla uno y otro, siempre y cuando ese sujeto pasivo se haya perjudicado con el delito.

Conviene precisar, igualmente, que la calidad que tenga el sujeto pasivo no es un factor determinante que impida la concurrencia de diversas personas perjudicadas con el delito, ni puede sostenerse tampoco que respecto de bienes jurídicos cuya titularidad esté en el Estado, como ocurre en principio con los delitos contra la administración de justicia, no hay cabida para la existencia de perjudicados diferentes al Estado, pues, a guisa de ejemplo, el falso testimonio bien puede perjudicar a persona que resulta vulnerada en sus intereses, al perder un litigio fallado con base en la atestación espuria. En tal caso, uno es el sujeto pasivo del delito y otro el perjudicado con dicho ilícito.

Hechas las anteriores precisiones debemos, en primer lugar, definir el concepto de *víctima.* Nuestro Código Penal no define el concepto de víctima, aunque jurídicamente podría ser entendido como la persona natural o jurídica, o la colectividad, a quien se le infieren daños materiales, morales y/o fisiológicos que de una u otra forma son consecuencia del delito, con independencia de que la conducta delictiva se haya desarrollado directamente sobre ella, o que sea el titular del bien jurídico que resultó ofendido con la conducta dañina. Así lo anterior, la calidad de víctima del delito la ostentaría no solo quien era propietario del taxi que había prestado a un amigo y que fue hurtado por desconocidos, sino también los familiares que dependían económicamente de dicha persona, en la medida en que la satisfacción de necesidades primarias como el vestido, techo, alimentación, estudio, afecto, resultará afectada con la conducta punible.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

B . EL ACTOR POPULAR

Cuando se trata de lesión a bienes jurídicos colectivos permite la ley que un actor popular se constituya como parte civil a efectos de obtener la correspondiente indemnización de perjuicios. Diferente será la *acción de grupo*, que pueden ejercitar un número plural de perjudicados determinables, a efectos de evitar la constitución de tantas partes civiles como perjudicados; luego como parte civil puede encontrarse: 1. Al perjudicado con el delito, sus herederos o sucesores; 2 Al actor popular que representa a la colectividad cuando el delito implica lesión a bienes jurídicos colectivos; y 3. A un número plural de perjudicados que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa, a través de una acción civil de grupo.

Las *acciones populares* propiamente dichas fueron reguladas por la Ley 472 de 1998 y de esta normatividad se desprende que pueden ser utilizadas, sin que se requiera lesión o perjuicio individual, para defender derechos e intereses colectivos como el goce de un ambiente sano, la moralidad administrativa, el equilibrio ecológico, el patrimonio público, la seguridad y la salubridad públicas, entre otros, según se desprende de la enumeración taxativa del artículo 4°.

III . QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS A INDEMNIZAR

Según el artículo 96 del nuevo Código Penal, los daños causados con la infracción a la ley penal deben ser indemnizados por los penalmente responsables, en forma solidaria, y por quienes de conformidad con la ley sustancial están obligados a responder; previsión de la cual se desprende que, en esencia, la responsabilidad civil por los perjuicios *ex delicti* es predicable: 1 . De los penalmente responsables, sean éstos autores o partícipes del delito, y 2. De aquellos que, sin haber aportado energía criminal a la realización de

*******ebook converter DEMO Watermarks********

la conducta, tienen la obligación, por expresa disposición legal y en razón de la responsabilidad civil extracontractual directa o indirecta que de ellos puede ser predicable, de atender las consecuencias civiles del delito, predicándose entre todos ellos el concepto de *solidaridad pasiva* a que se refiere el artículo 1568 del C. C., por virtud del cual todos y cada uno de ellos están obligados a indemnizar *in integrum*, de modo que el acreedor puede demandar a todos conjuntamente, a varios de ellos o sólo a alguno, y en este caso el deudor que satisface la obligación se subroga en los derechos del acreedor para exigir de los demás deudores el reintegro de la parte que a cada cual correspondía pagar y que fue solucionada por él.

En esta materia de la responsabilidad civil extracontractual, tanto directa como indirecta, los artículos 105 del Código Penal de 1980 y 44 del Código de Procedimiento Penal de 1991 establecían la responsabilidad extracontractual, como a su vez lo hacen los artículos 96 del Código Penal de 2000 y 46 del estatuto procesal penal de 2000. Si bien los términos de los artículos 105 del Código Penal de 1980 y 96 del Código Penal de 2000 son en esencia idénticos, no puede afirmarse lo mismo respecto de las normas de los estatutos procesales que se refieren a las personas obligadas a indemnizar.

En efecto, el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal de 1991 disponía, según se dijo, que están obligados solidariamente a indemnizar: 1. Las personas que resulten responsables penalmente; 2. Quienes de acuerdo con la ley sustancial deben reparar el daño, y 3. Aquellas que se hubieren beneficiado del enriquecimiento ilícito, al paso que el artículo 46 del estatuto procesal de 2000 solamente enumera como obligados a indemnizar a los dos primeros, omitiendo cualquier referencia a las personas que resultaren beneficiadas con el enriquecimiento ilícito, lo que permite pensar que para éstas, por virtud de la nueva legislación, desaparece la obligación indemnizatoria.

Sobre el particular dígase, en primer lugar, que esta modificación fue

******ebook converter DEMO Watermarks*******

incluida en el artículo 45 del proyecto de Código de Procedimiento Penal que la Fiscalía General de la Nación presentó a consideración del Congreso de la República; desconocemos las razones que orientaron la supresión antes referida. Sin embargo, el enriquecimiento ilícito es delito de rango constitucional al decir el artículo 34 de la Carta que por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social, regulación a la que llegó el Constituyente de 1991 por virtud del deterioro de la moral social y de los valores éticos que ha venido soportando la sociedad colombiana, con sus secuelas de corrupción en todos los órdenes. Con todo, siendo evidente que la obligación indemnizatoria para quien se ha beneficiado del enriquecimiento ilícito desapareció en la nueva legislación, no por ello puede afirmarse que quien se encuentra en dicha posición queda exonerado de la carga, pues es lo cierto que la obligación de indemnizar surgirá en cuanto se condene a la persona que ha resultado responsable de dicho delito o de testaferrato o de lavado de activos, etc., pues es claro que en tal caso las previsiones de los artículos 44 del Código de Procedimiento Penal de 1991 y 46 del nuevo estatuto procedimental les serán aplicables a condición, se itera, de que resulten penalmente responsables.

A . EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Bajo el imperio del Código Penal de 1936 y según los términos del artículo 92 del Decreto 2300 de 1936 (que acoge el texto definitivo de la Ley 95 de 1936), se establecía la responsabilidad extracontractual *directa*, mas no así la *indirecta*, la cual vino a ser admitida, por lo menos bajo el marco teórico, con el Código Penal de 1980, al establecer que la obligación indemnizatoria se extendía a quienes “de acuerdo con la ley están obligados a reparar”. Pese a lo anterior, e incluso a algunos excepcionales esfuerzos jurisprudenciales

*******ebook converter DEMO Watermarks********

aislados, *de lege data* no se admitió por mucho tiempo la posibilidad de que al interior del proceso penal se produjera sentencia condenatoria contra el tercero obligado a reparar, lo cual expresamente se aceptó, desde el punto de vista procesal, bajo el marco legal, con la expedición del Decreto 050 de 1987, donde se contempló un capítulo dedicado al *tercero civilmente responsable*, el cual fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia el 3 de diciembre de 1987, en consideración a que la normatividad que recogía la institución era violatoria del derecho de defensa y del debido proceso, pues según la Corporación el proceso civil es más amplio y garantista en cuanto a la ventilación del punto de la responsabilidad civil extracontractual indirecta.

El instituto en cuestión fue reproducido por el Decreto 2700 de 1991 -con modificaciones introducidas por la Ley 81 de 1993-, y luego por el artículo 96 del Código Penal de 2000, lo mismo que por el estatuto procedimental penal del mismo año, reiterando la obligación que tiene dicho sujeto procesal de atender las consecuencias civiles del delito, así la conducta delictiva haya sido realizada naturalísticamente por otro.

IV . PERJUICIOS INDEMNIZABLES

Dispone el artículo 97 del Código Penal que, en relación con el daño derivado de la conducta punible, el juez podrá señalar como indemnización una suma equivalente, en moneda nacional, hasta de un mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, tasación que se efectuará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño ocasionado, agregándose en el inciso 3° que los daños materiales deben probarse en el proceso.

La norma en cuestión vino a reemplazar -por cierto con desafortunada redacción- a los artículos 106 y 107 del Código Penal de 1980, disposiciones

*******ebook converter DEMO Watermarks********

éstas donde se establecía, respectivamente, que cuando no fuere posible cuantificar los perjuicios morales y los materiales el juez los determinaría prudencialmente en hasta 1.000 gramos oro aquellos y 4.000 gramos oro éstos, pese a lo cual tradicionalmente se interpretaron mal las regulaciones y se entendió que los artículos 106 y 107 podían aplicarse en aquellos eventos en que no se habían probado los perjuicios dentro del proceso, caso en el cual podían ser estimados en gramos oro.

No obstante lo anterior, es lo cierto que las normas referidas establecen algo diametralmente diferente, como que su verdadero sentido y alcance no es otro que el de permitir, en aquellos eventos en que se probaron los perjuicios materiales y morales, pero que por su naturaleza resultan de difícil cuantificación monetariamente, que los mismos sean tasados en gramos oro.

Pese a la redacción del nuevo artículo 97, en manera alguna puede entenderse que éste está indicando que la máxima cuantificación de perjuicios que puede hacerse en el proceso penal es de 1.000 salarios mínimos legales mensuales, pues si en el proceso se prueban y cuantifican perjuicios por una suma superior es obligatorio para el juez condenar de conformidad con lo probado. Cuestión diferente es que se demuestren los perjuicios pero que resulte difícil cuantificarlos habida cuenta de su naturaleza -como de ordinario ocurre con los perjuicios morales-, caso en el cual el juez puede valorarlos hasta en 1.000 salarios mínimos Dicho en otras palabras, cuando se prueben los perjuicios pero no sea posible cuantificarlos, el juez podrá tasarlos hasta en 1.000 salarios mínimos; cuando se prueben perjuicios y se hayan cuantificado los mismos dentro del proceso, el juez condenará a su pago en suma igual a la cuantificada, sin que importe que ésta sea superior a los 1.000 salarios referidos.

De otra parte, no puede entenderse que, habida cuenta de lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 97 del nuevo Código Penal, los únicos perjuicios que deban probarse dentro del proceso sean los materiales, pues tal exigencia,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia, también se hace extensiva para los perjuicios morales, por manera que debe tenerse presente que una cosa es la demostración de los perjuicios y otra diferente es la cuantificación de los mismos, luego frente a la no demostración de los daños no le resultará posible al juez hacer uso del artículo 97 citado; éste, se repite, sólo puede ser aplicado cuando los perjuicios se demostraron pero no resultó posible cuantificarlos.

A . PERJUICIOS OCASIONADOS POR EL DELITO

Sin entrar a precisar si los conceptos de *daño* y *perjuicio* son diferentes o, si por el contrario, las regulaciones legales donde se les enuncia conjuntamente constituyen un pleonasmo, el Código Penal solamente enuncia los perjuicios materiales y los morales, pese a que de tiempo atrás la jurisprudencia ha aceptado la existencia de otra clase de perjuicios también indemnizables: los fisiológicos.

I. PERJUICIOS MATERIALES

Partiendo de la consideración generalizada de que perjuicios materiales son los que se ocasionan al patrimonio de la persona, con clara referencia a los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, la determinación de aquellos debe haberse teniendo en cuenta los conceptos de *daño emergente* y *lucro cesante.*

a . EL DAÑO EMERGENTE (“DAMNUM EMERGENS”)

Según Martínez Rave , es “el valor que sale del patrimonio del perjudicado para atender las consecuencias del daño”{677}, es decir, sería la pérdida

******ebook converter DEMO Watermarks*******

patrimonial sufrida como consecuencia del delito, como se desprende del artículo 1106 del Código Civil español, disposición que si bien se relaciona, como ocurre en el caso colombiano, con la responsabilidad contractual, se ha hecho extensiva a la responsabilidad civil *ex delito*. Implica el *daño emergente* la mutilación de activos patrimoniales ya existentes, lo cual supone, dice Montes {678}, situarse en una visión justa de los hechos cuando se pretende indemnizar tales perjuicios, lo cual en definitiva revela una sensibilidad racional y propia de una civilización avanzada.

b . EL LUCRO CESANTE ("LUCRUM CESSANS")

Entendido como lo que la persona deja de ganar, o la ganancia de la que se ve privada, bien por el incumplimiento de una obligación en cabeza de su deudor, bien por la ocurrencia de una conducta punible, constituye la otra base a considerar para determinar los perjuicios materiales.

Naturalmente la determinación de los perjuicios crecerá en dificultad según la clase de delito, pues serán mayores las variantes a considerar, por ejemplo, frente a un delito de lesiones personales con secuelas permanentes que frente a uno de efectos sólo transitorios, pudiéndose decir otro tanto cuando acontece la muerte, pues que en estos casos es fundamental, para fijar la productividad de la persona, analizar variantes como la vida probable o supervivencia, aspectos todos a los que se refiere ampliamente Martínez Rave en su obra sobre la responsabilidad extracontractual en Colombia, documento de obligada referencia para un adecuado entendimiento de los varios procedimientos a seguir para cuantificar los perjuicios ocasionados por la conducta que ocasiona daño.

2 . PERJUICIOS MORALES

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Son aquellos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea patrimonial: "Todo tipo de quebrantos, de carácter no patrimonial, que la víctima sufre"{679} como consecuencia del hecho punible. Se trata de daños de muy difícil cuantificación pecuniaria, pues por su misma naturaleza normalmente no registran una evidencia física del perjuicio; de ahí que la legislación colombiana haya optado tradicionalmente por una fórmula de cuantificación en gramos oro, donde el *arbitrium iudicis* juega papel preponderante o, si se quiere, exclusivo. El Código Civil solo se refiere a los perjuicios materiales, pero desde hace tiempo tanto la jurisprudencia como la doctrina colombianas han aceptado la clasificación de esta clase de perjuicios en *morales objetivados* y *morales subjetivos* o *pretium doloris*.

Siendo que los perjuicios morales *objetivados* tienen que ver con las repercusiones económicas de las angustias o impactos psicológicos, y los *subjetivos* con la angustia, dolor o malestar que, a guisa de ejemplo, se sufren por la pérdida de un ser querido -dice Martínez Rave-, no existirían mayores dificultades para valorar los primeros, pese a que en ocasiones pueden confundirse con el lucro cesante, siempre y cuando se cuente con elementos que "permitan tasar, de manera económica hablando, las repercusiones de las angustias o complejos. Inclusive se ha aceptado que pueden ser materia de dictamen pericial"{680}.

Por el contrario, cuando se trata de cuantificar los perjuicios morales subjetivos la dificultad es innegable, pues es tarea harto difícil la de ponerle precio al dolor y a la tristeza sufrida por la muerte de un ser querido, razón por la cual en la tarea de su cuantificación entran en juego las propias emociones y el subjetivismo de quien debe adelantar dicha labor; de ahí que se haya llegado a afirmar que como el dolor no tiene precio no es susceptible de ser indemnizado, con lo cual se desconocía el concepto de indemnización, que implica dejar indemne a la persona, lo cual puede tener lugar cuando se le compensa por el dolor padecido. En todo caso, es lo cierto que solamente

******ebook converter DEMO Watermarks*******

pueden ser indemnizados los perjuicios ciertos, cualquiera que sea su naturaleza y aun siendo futuros. Pero los perjuicios hipotéticos no son objeto de reparación.

Siendo claro que la persona natural puede recibir perjuicios materiales y morales, e incluso fisiológicos, en cuanto atañe a la persona jurídica tradicionalmente se dijo que, si bien era susceptible de recibir perjuicios materiales, de manera alguna podía sostenerse que pudiera padecer daños morales, pues en esencia se estimaba que, al corresponder su existencia a una ficción legal, no resultaba posible que sufriera dolor, ni preocupación, siendo ello atributo exclusivo de la persona natural. Hoy, la jurisprudencia ha variado, primero al reconocer a la persona jurídica la existencia de un patrimonio moral, a punto que puede resultar ser sujeto pasivo del delito de injuria, y luego al aceptarse concretamente que puede sufrir perjuicios morales objetivados cuando la conducta punible coloca en riesgo su existencia o merma de manera significativa su desenvolvimiento, precisión que sería predicable respecto de las personas jurídicas de derecho privado, mas no así para las de derecho público. En cuanto a los perjuicios morales subjetivos o *pretium doloris,* se continúa sosteniendo no pueden ocasionarse a la persona jurídica, pues ésta no puede sentir dolor.

3. PERJUICIOS FISIOLÓGICOS O A LA VIDA DE RELACIÓN

Aunque se discute por la jurisprudencia si ésta debe ser su correcta denominación, o si más correctamente debe hablarse de perjuicios de placer, el Consejo de Estado ha aceptado su existencia y la necesidad de ser indemnizados cuando así expresamente se solicite, al señalar que esta clase de perjuicios se diferencian de los materiales y de los morales, pues si bien existen ciertas actividades vitales que, aunque carecen de productividad patrimonial, sí hacen más placentera la existencia humana, como acontece,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

verbi gratia, con las relaciones sexuales.

V . EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL

Según el artículo 99 del nuevo Código Penal, la acción civil se extingue por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil, luego es obligatoria la remisión al artículo 1625 del Código Penal, donde entre otros se citan, como modos de extinguir las obligaciones, la solución o pago, la novación, la transacción, la compensación, la prescripción, etc.; por manera que la obligación de indemnizar puede extinguirse a través de cualquiera de los modos que contempla la legislación civil, lo cual no implicará, por principio, que al solucionarse el tema de la responsabilidad civil también se resuelva la responsabilidad penal; en efecto, solamente permite la legislación procedimental, en sus artículos 41 y 42, la extinción de la acción penal por virtud de la satisfacción de la pretensión civil para un reducido grupo de delitos, entre ellos los delitos culposos de homicidio y lesiones personales, las lesiones personales dolosas sin secuelas, los delitos contra el patrimonio económico, exceptuada la extorsión y el hurto calificado, los delitos contra los derechos de autor y los delitos querellables. Así lo anterior, los institutos de la conciliación y la indemnización integral de los perjuicios (arts. 41 y 42 C. P. P., respectivamente), tienen la virtud de extinguir la acción penal y, en la mayoría de los casos, que no en todos, la civil.

Agrega el artículo 99 citado que la muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia y, en general, las causas que extinguen la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación no extinguen la acción civil.

VI . PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Según el artículo 98 del estatuto punitivo, cuando la acción civil se ejercita dentro del proceso penal por el perjudicado con el delito prescribe, en relación con los penalmente responsables (autor y partícipes), en el mismo tiempo en que prescribe la respectiva acción penal.

Agrega la disposición que en los demás casos la prescripción de la acción civil se determina de conformidad con las normas pertinentes de la legislación civil, por manera que se entiende por "los demás casos": 1 . El evento en que el perjudicado no ejercita la acción civil dentro del proceso penal, sino que acude directamente a la jurisdicción civil, caso en el cual se entiende que la acción prescribe en 20 años, según lo preceptuado por el artículo 2536 inciso 1°, y 2. El evento de la prescripción de la acción en contra de quien, sin ser penalmente responsable, tiene obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados con el delito, esto es, el llamado *tercero civilmente responsable.*

En cuanto dice relación con la prescripción de la acción civil en contra del tercero civilmente responsable, debe tenerse cuidado en no interpretar erróneamente el inciso 2° del artículo 2358 del Código Civil, pues en esta disposición se indica que "las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra terceros responsables" prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto, lo cual permitiría entender, con una ligera interpretación, que la acción contra los denominados terceros civilmente responsables prescribe, independientemente de la jurisdicción ante la cual se ventile, en tres años.

En realidad, tal interpretación es equivocada. El sentido correcto del inciso 2° del artículo 2358 del Código Penal debe ser el siguiente: prescribe en tres años la acción civil contra el tercero civilmente responsable cuando la responsabilidad extracontractual predicable de éste es *indirecta* (el caso de la responsabilidad del padre por el hecho dañoso de su hijo); cuando es *directa* (el caso de la responsabilidad de la empresa por el hecho de sus trabajadores)

*******ebook converter DEMO Watermarks********

la acción prescribirá en 20 años, como lo ordena el artículo 2526 *ut supra,* si se ejercita por fuera del proceso penal, y en el mismo tiempo en que prescribe la acción penal, si se ejercita dentro del proceso penal; pues, aunque no haya norma que así lo indique expresamente, resultaría inadmisible que dentro del proceso penal la acción civil contra el tercero cuya responsabilidad civil extracontractual es directa prescribiera en tiempo superior a aquel en que prescribe la acción penal{681}.

BIBLIOGRAFÍA

Carnelutti, Francesco.*Lecciones sobre el proceso penal,* vol. i. Buenos Aires, Jurídicas Europa-América y Bosch, 1950.

Gaviria Londoño, Vicente Emilio. *Temas civiles en el proceso penal,* Bogotá, Universidad Externando de Colombia, 2001, en prensa.

Levene, Ricardo.*Manual de derecho procesal penal,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1953.

López Blanco, Hernán Fabio .“Las medidas cautelares reales dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal”, en *Tribuna Penal,* n.° 5, Medellín, 1987.

Martínez Rave, Gilberto*La responsabilidad civil en Colombia,* 4“ ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1988.

Montes, Cristóbal.*El incumplimiento de la obligaciones,* Madrid, 1989.

Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho penal. Parte general,* reimp. 11“ ed., Bogotá, Temis, 1988.

Reyes Echandía, Alfonso. *La tipicidad,* 5“ ed., Bogotá, Temis, 1984.

Roca, Encarna.*Derecho de daños,* 2“ ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.

Valencia Zea, Arturo.*Derecho civil,* t. iii, Bogotá, Temis, 1979.

Velásquez Velásquez, Fernando.*Derecho penal. Parte general,* Bogotá, Temis, 1994.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA

*Lección 27: Imputación objetiva y delito imprudente**

******ebook converter DEMO Watermarks*******

La teoría de la norma y la teoría del bien jurídico, que en su momento protagonizaron toda la importancia en la teoría del delito, han sido superadas en trascendencia por la teoría de la imputación. Al punto que Jakobs ha dicho que hay que cambiarle la denominación a la teoría del delito para preferiblemente llamarla teoría de la imputación. Penalistas del más alto nivel científico en el mundo, conscientes de ello, tales como Roxin, Hruschka y Jakobs , han dedicado el mayor centro de atención en sus obras al concepto de imputación.

I I . ORIGEN DESARROLLO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El término imputación ocupó un lugar central en la doctrina del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII , y en los penalistas hegelianos del siglo XIX, más tarde cayó en desuso a consecuencia del protagonismo asumido por la causalidad naturalística propuesta por el sistema Liszt-Beling .

a a principios de siglo y hasta los años treinta el enfoque hacia el sentido valorativo de las categorías del delito condujo a numerosos penalistas (algunos tan importantes como Sauer -1912-1921-, Radbruch 1904, o Engisch 19301931) a advertir que los resultados imprevisibles debían excluirse del delito no porque fueran causados por la conducta del autor, contra lo que sostenía la teoría de la causalidad adecuada, sino por la imposibilidad de desvalorar jurídico-penalmente tales procesos, por lo que en ellos faltaba era su antijuridicidad o incluso su propia tipicidad. Ello fue la base teórica que llevó a Mezger a formular su “teoría de la relevancia”, que vio en la adecuación una exigencia impuesta por el tipo. El concepto de

*******ebook converter DEMO Watermarks********

“imputación objetiva” nace en este clima en 1927, aunque por obra de un civilista hegeliano, Larenz , y ya en 1930 Honig la propuso para el derecho penal{682} .

Con Larenz la imputación ocupa la función de delimitar un hecho propio de una persona del acontecer fortuito, de esa manera lo que se imputa es lo que depende de la voluntad del sujeto y no aquello que es producto del caso fortuito. Ese juicio de atribución es objetivo porque se configura por los hechos queridos voluntariamente por el agente y por los que podrían haber constituido objeto de su voluntad; los primeros serían dolosos y los segundos imprudentes.

Por su parte, Honig sostuvo que el mero acontecer causal no es suficiente para imputar un resultado, para ello es necesario que el hecho sea producto de la manifestación de la voluntad del hombre. Lo que es atribuible objetivamente al individuo es aquello que es configurado a partir de la voluntad, no lo accidental o lo fortuito. Lo predicado por Honig no es mantenido en la actualidad por la más moderna concepción de la imputación objetiva, pues mientras para aquél lo que tiene importancia en el juicio de atribución es una realidad previa, es decir, prejurídica, que el derecho debe entrar a considerar, la imputación objetiva se vale de criterios normativos, jurídicos, para fundamentar la imputación o para descartarla.

La imputación objetiva ha venido a solventar la problemática de la causalidad, valiéndose de ella, es decir, reconoce la necesaria existencia de una relación causal entre la acción y el resultado para ciertos tipos penales, pero además exige criterios normativos para poder atribuir ese resultado a la conducta realizada por el agente. Con la imputación objetiva quedaron atrás las teorías de la causalidad: equivalencia de las condiciones, causalidad adecuada y de la relevancia típica. La imputación objetiva en últimas lo que hace es fijar criterios normativos, en sede del tipo objetivo, en virtud de los cuales un resultado lesivo de bienes jurídicos se le atribuye a un

******ebook converter DEMO Watermarks*******

comportamiento activo u omisivo del hombre.

III . LA MODERNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Es Claus Roxin {683} uno de los precursores de la moderna teoría de la imputación objetiva. Para elaborar su postura se apartó de los conceptos de estructuras lógico objetivas, acción final y del de adecuación social del finalismo. Para él no se puede solucionar ningún problema jurídico acudiendo a conceptos que son previos a los contenidos de sentido jurídico. Fuera del mundo de los valores sociales y de las normas jurídicas no se puede decir de ninguna forma de conducta si es o no final, por cuanto no se puede determinar apriorísticamente respecto del derecho qué elementos de sentido han de incluirse en ese concepto.

Para Roxin lo correcto es invertir la relación entre acción, finalidad y tipo, de forma tal que no sea la acción final como estructura lógico objetiva de carácter prejurídico la que determine el contenido de la finalidad del tipo, sino que, por el contrario, el tipo surgido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo, en esa medida habría que sustituir la acción final por una teoría final del tipo. Esta teoría del tipo no describe procesos causales, sino que intenta determinar el contenido social de significado de los distintos tipos de la parte especial, por lo que los tradicionales problemas de causalidad serían problemas de imputación.

De ahí que para el profesor de Munich la teoría de la imputación objetiva tenga como misión fundamental el averiguar el ámbito de protección de los distintos tipos penales. Consecuente con ello, la exclusión de la imputación penal en el caso fortuito, en los cursos causales anómalos y en los de disminución de riesgos así como la limitación a la finalidad de la norma y al

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ámbito del tipo son presupuestos de la imputación objetiva que limitan la responsabilidad penal de una forma más certera a como lo hacían los causalistas y los finalistas. De esa manera, la imputación objetiva está en el mismo rango limitador de la responsabilidad penal en el que está el principio de legalidad.

Los criterios rectores con los cuales Roxin elabora su teoría de la imputación objetiva son, de manera esquemática, los siguientes: a) disminución del riesgo, b) creación de un riesgo jurídicamente relevante, c) aumento del riesgo permitido, y d) esfera de protección de la norma. El primer criterio sirve más que nada para la exclusión de la imputación, conforme con él quien reduce la probabilidad de lesión de un bien jurídico no comete la acción típica dirigida a la producción del resultado, por lo tanto no se le puede atribuir el menoscabo de ese bien jurídico. De esta forma, en el caso en que Juan para evitar que una piedra lanzada contra José le impacte en el rostro, la desvía produciéndose el golpe en otra parte del cuerpo donde le causa un menor daño, a Juan no se le puede imputar su acto como acción típica de lesiones, por cuanto precisamente ha reducido el riesgo de lesión en la humanidad del sujeto pasivo de la conducta.

En virtud del segundo presupuesto, un resultado no es imputable si la acción del autor no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico, ello permite resolver los problemas de las desviaciones del curso causal. Si alguien es atropellado por un vehículo, recogido por una ambulancia, si se produce la muerte a consecuencia de un accidente en el camino al hospital, el resultado no es imputable al primer conductor, pues la conducción del vehículo dentro del ámbito del deber objetivo de cuidado no implica la creación de un riesgo jurídicamente relevante en el ámbito del tipo de homicidio. Si el primer conductor violó el deber objetivo de cuidado, pero la muerte se produce por el accidente de la ambulancia, el riesgo creado no es el mismo que se produce en el resultado, por lo tanto el conductor sólo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

responderá por las lesiones culposas determinables causadas, más no por el homicidio, pues el riesgo creado no fue el mismo que se realizó en el resultado.

En el tercer criterio sólo habrá imputación si la conducta del agente posibilita un aumento considerable del riesgo permitido; el médico que renuncia a adoptar las medidas de esterilización de los instrumentos dando lugar a que se produzca la muerte del paciente por una grave infección, ese acto voluntario del galeno incrementó el riesgo de la actividad, por lo tanto el resultado le es imputable.

El último de los criterios está reservado para aquellos eventos no cobijados por los anteriores y opera cuando se determina que el legislador no quiso hacer responsable de la conducta a la persona que la realiza, valga como ejemplo el caso de la madre que recibe la noticia que su hijo ha sido atropellado por un vehículo, lo que le produce un *shock* nervioso a consecuencia de lo cual fallece. Desde el punto de vista del ámbito de protección de la norma, sólo se imputan los daños directos; en este caso se imputaría el acto del atropellamiento del hijo, mas no la muerte de la madre.

Otra visión moderna de la imputación objetiva es expuesta por el profesor de Bonn, Gunther Jakobs , para quien la imputación penal no se debe realizar con base en la diferenciación entre acción y omisión, distinción que es eminentemente naturalística, sino entre las formas de adquirir la competencia o el dominio normativo sobre un resultado típico. Ese dominio normativo puede venir generado en virtud de la organización del propio ámbito de responsabilidad o en virtud de la posesión de un rol especial que tiene su origen en una institución y que establece especiales deberes de solidaridad más contundentes que los ordinarios deberes de solidaridad que incumben a todos los ciudadanos. Para tal efecto, habrían delitos que responden a la competencia en virtud de una organización y otros que tendrían su origen en competencias institucionales.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

En el contexto de la imputación objetiva en Jakobs [{684}], dos fases la conforman: una primera, referida a la imputación objetiva del comportamiento típico al autor y la otra, en el género de los delitos de resultado, la imputación objetiva del resultado. El juicio de constatación de la tipicidad para la verificación de la primera fase se logra a través de las instituciones: a) riesgo permitido, b) principio de confianza, c) prohibición de regreso, y d) actuación a riesgo propio de la víctima. Estas instituciones son estrictamente normativas, de esa manera el riesgo permitido será ese estado normal de libertades en el que interactúan y se relacionan los hombres en sociedad. El principio de confianza representa el conjunto de expectativas normativas que la sociedad impone al individuo y que se preservan cuando cada uno de ellos respeta ese rol social asignado; cada persona confía seriamente en el cumplimiento de los deberes por parte de los demás.

La prohibición de regreso es un criterio limitante de la responsabilidad penal que tiene aplicación principalmente en los ámbitos de la participación y en las posiciones de garantes, en todas las formas de los tipos penales. No es responsable quien interviene en la realización de una conducta cuando ella responde al cumplimiento de su rol social. De ahí que todos los intervinientes en un hecho delictivo tengan un mismo fundamento para que se les impute la conducta, la diferencia está en el plano cuantitativo, esto es, hay que observar en cada caso en concreto el grado de significancia comunicativa con el que se intervino en su realización. Por su parte, la actuación a riesgo propio de la víctima determina normativamente hasta qué punto la conducta de la víctima incidió en la producción de la conducta típica.

En la segunda fase de la imputación objetiva, realización del riesgo en el resultado, Jakobs es del criterio que el riesgo se realiza en el resultado cuando la producción del mismo surge de modo planificable. La desautorización de la norma penal se ve completada con el resultado, el cual se explica a partir de la conducta defectuosa del autor. Si el resultado no se explica a partir del

******ebook converter DEMO Watermarks*******

riesgo desaprobado por la norma, sino a partir del riesgo general de la vida o de un riesgo permitido, no se podrá imputar el resultado.

Es del caso precisar que la teoría de la imputación objetiva sigue estando en elaboración, surgió con y para el delito imprudente y fue propuesta posteriormente para los demás tipos, en esto hay que coincidir con Armin Kaufmann cuando dijo que "la teoría de la imputación objetiva es una teoría que llevaba escrita en la frente, que tenía su origen en el ámbito del delito imprudente"[4]. Sin embargo Roxin con su sistema teleológico y Jakobs con su funcionalismo sistémico han pretendido implementar, para hacerlos válidos, los criterios de imputación tanto en el ámbito del delito imprudente como para el tipo doloso. Allí ha habido una variación central, mientras que para los sistemas causalistas y finalistas existía un problema fundamental en la explicación del delito imprudente, en los sistemas funcionalistas, moderados y radicales, se encontraron razones válidas para una explicación coherente del delito imprudente que fueron extendidas para los tipos dolosos. Hoy en día los principales reparos que se hacen a la imputación objetiva son en el contexto del delito doloso, en el ámbito del delito imprudente la imputación objetiva ha sido considerada una correcta solución.

IV . LA IMPUTACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

Nuestro Código Penal en su artículo 9.[0] señala:

> La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Esa disposición viene a convertirse en la expresión legal del adelanto de la teoría del delito en nuestro país. No quiere decirse con ello que sea una novedad, pues en verdad la doctrina más moderna a nivel nacional, para conectar la conducta con el resultado agregaba a la pura causalidad naturalística criterios normativos y jurídicos. En materia jurisprudencial,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

salvo contados casos{685}, se sigue razonando con pura causalidad.

Esta regulación legal nos introduce a los criterios de imputación jurídica, dejando, como debe ser, el que primero deba demostrarse la causalidad en los delitos en los que es admisible (no es necesaria en los delitos de omisión impropia), para posteriormente utilizar los criterios normativos y poder imputar la conducta al resultado. Debe determinarse en sede del tipo objetivo si la conducta realizada creó un riesgo jurídicamente relevante y si ese riesgo se realizó en el resultado.

Ahora bien, la norma en comento no selecciona los presupuestos normativos con los que debe operar la imputación objetiva, motivo por el cual corresponde al operador jurídico valerse de los que la doctrina ha desarrollado y que sean compatibles con la filosofía y la estructura del Código Penal. Nada se opone a la combinación de ciertos criterios, entre los que se exponen por parte de Roxin y Jakobs , ejemplo, creación del riesgo, disminución del riesgo, principio de confianza con sus matizaciones, aumento del riesgo, ámbito de protección de la norma y culpa de la víctima. Estos son más cercanos con nuestros desarrollos dogmáticos. La prohibición de regreso no es muy compatible con nuestros desarrollos teóricos. Para su aplicación es menester un mayor análisis por sus complejidades y las críticas que se le han formulado. En términos generales, podemos asentar que en el ámbito de la imputación, el Código es más afín con las posturas roxinianas, en tanto el estatuto está penetrado político criminalmente y porque el concepto de bien jurídico de Roxin y su fundamentación dogmática es más cercano al nuestro.

V . EL DELITO IMPRUDENTE

Cabe advertir que en el delito imprudente{686}, en la forma como se consagra ahora en nuestro Código Penal, no se desaprueba la mera causalidad sino la contrariedad de la conducta a la norma, y por lo tanto sólo puede y debe ser

******ebook converter DEMO Watermarks*******

explicado desde un punto de vista normativo. Para que haya imputación imprudente será necesario que se constate la relación de causalidad entre la conducta y el resultado y que ese resultado sea la consecuencia de la violación al deber objetivo de cuidado.

Correspondió a Welzel{687} el privilegio de haber asentado para siempre que el tipo imprudente tiene un elemento normativo que es la violación al deber objetivo de cuidado. Deber objetivo que era establecido por el profesor alemán a partir de la valoración efectuada respecto del parámetro -conducta que una persona prudente y razonable en la situación del autor habría adoptado en la situación concreta-. De ahí que el contenido del cuidado objetivo se hiciera depender del concepto previsibilidad objetiva, elemento intelectual, y del elemento normativo riesgo permitido. Sólo infringiría el deber objetivo de cuidado aquel riesgo que supera la medida normal en el tráfico. El riesgo permitido se configuraría conforme a una medida objetiva: la acción u omisión final, que correspondería a una persona razonable y cuidadosa en la posición en la específica situación. Las motivaciones internas, los conocimientos especiales del autor o la voluntad interna contraria a la norma no serían problemas relativos a la determinación del riesgo permitido o del cuidado necesario en el tráfico, sino que serían cuestiones verificables en el juicio de culpabilidad.

Roth le diría a Welzel que ese concepto del hombre medio, utilizado como baremo es un patrón de medida "evanescente" que corre el peligro de convertirse en un medio de argumentación circular[8]. En esto le asistía razón al contradictor, pues en una conducta imprudente no se desvalora el actuar de un hombre medio inexistente, sino el comportamiento de alguien en concreto, un ser de carne y hueso.

VI . EL DELITO IMPRUDENTE EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Nuestro Código Penal, en su artículo 23, ha recogido de forma expresa ese elemento normativo de la imprudencia, la violación al deber objetivo de cuidado, con ello la legislación penal ha entronizado la más moderna concepción de este tipo penal al país. Así reza esa disposición:

Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

El estatuto deriva ese elemento normativo de lo que la Constitución Política expresa en su artículo 26: "Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social". Allí se contempla el fundamento constitucional para entronizar el criterio de imputación del riesgo permitido, y por supuesto el deber objetivo de cuidado, de suerte que la actividad riesgosa debe estar o puede estarlo de forma reglada o normativizada. La regulación se convertirá entonces en el baremo para establecer el límite de lo permitido y lo prohibido.

Ahora bien, esa disposición constitucional deja sentada la posibilidad de deberes o estándares no regulados de forma legal o reglamentaria, cuando resalta la "libertad de ocupación y oficios", ejemplo de ello sería la actividad doméstica. En este sentido el parámetro de medición debe venir ligado a la situación normal y ordinaria, a las reglas de la experiencia y a la misma costumbre en el desarrollo de la labor.

Conforme con la regulación legal de la imprudencia existe ahora en nuestro país una nueva forma de realización típica. Existe un nuevo tipo penal: el tipo penal culposo o imprudente, por acción o por omisión. Antes era una forma de culpabilidad.

En el ámbito del elemento normativo: deber objetivo de cuidado. Desde Bockelmann se ha extendido la distinción entre violación al deber objetivo de cuidado interno y violación al deber objetivo de cuidado externo. Conforme con el primero, el agente está obligado a tener una previsibilidad individual

******ebook converter DEMO Watermarks*******

del riesgo que puede crear con su actuar. Con el segundo, tiene el deber de acomodar su conducta a la situación de peligro advertida, con la finalidad de impedir la producción del resultado típico. De esa manera, la realización de actividades riesgosas impone en el plano del cuidado interno el cumplimiento de deberes de preparación e información; por ejemplo, en la realización de cirugías el médico debe tener cierta preparación y debe informar al paciente de los riesgos de la intervención. El deber de información impone el conocimiento de las normas jurídicas o técnicas que tienen aplicación en esa determinada actividad.

En la violación al deber objetivo de cuidado externo inciden de forma determinante la ley en sentido general como fuente, los reglamentos técnicos, de empresas, estatutos autónomos y, sobre todo, las reglas generales de cuidado que vienen impuestas por la experiencia o que la jurisprudencia ha elaborado o asumido como propias de esa actividad o del ejercicio de esa profesión.Verificada o contemplada *ex ante* la situación en la que acaece, la conducta es un patrón determinante para definir la posibilidad o no de advertir el peligro del comportamiento estándar -dato objetivo- de si tal circunstancia se hubiera presentado teniendo de presente el comportamiento de un hombre consciente y prudente, perteneciente al mismo sector de tráfico del autor. En tal situación corresponde al operador jurídico hacer una comparación entre el hombre concreto, el de carne y hueso, con el dato objetivo formal que le proporciona la conducta del hombre consciente y prudente que pertenece al mismo nivel y rol del autor, para determinar si la conducta se mantuvo o no dentro del riesgo permitido.

El operador del derecho debe establecer, en sede del delito imprudente, en el plano de la tipicidad, en el ámbito de la imputación la relación de causalidad o nexo causal o más certeramente el nexo de lo antijurídico, pues la norma infringida con el comportamiento imprudente debe surgir como consecuencia inmediata de la inobservancia de esa disposición.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

En el plano de la culpabilidad, constatada la violación al deber objetivo de cuidado y su evitabilidad personal, se verificará la imputabilidad del agente, la conciencia de la antijuridicidad, es decir, la capacidad de acceder a las normas y la autorregulación del comportamiento conforme con esa comprensión, en concreto la accesibilidad normativa, y consecuentemente la exigibilidad de comportamiento diverso, previo el establecimiento de la ausencia de causales de inculpabilidad.

La posición que aquí se defiende estructura el tipo del delito imprudente con la inclusión en el ámbito del tipo objetivo del elemento normativo deber objetivo de cuidado, penetrado por las fuentes regladas y no regladas que lo sustentan, un tipo subjetivo en el que se analizan las capacidades personales y conocimientos especiales del autor para verificar la posibilidad de advertir el peligro y su evitabilidad, esto es, la culpa con representación y la sin representación son problemas del tipo subjetivo. Por su parte, la accesibilidad normativa, la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad de comportamiento diverso serán temas concernientes a la culpabilidad del tipo imprudente.

VII . RELACIÓN IMPUTACIÓN OBJETIVA DELITO IMPRUDENTE

Esos conceptos que se manejan en el delito imprudente, violación al deber objetivo de cuidado, y en la imputación objetiva, creación de un riesgo no permitido, presentan divergencias formales, empero materialmente apuntan a lo mismo: hay infracción al deber objetivo de cuidado cuando se crea un riesgo típicamente desaprobado. De esta manera la imputación objetiva del resultado, y de esa misma forma, la tipicidad son excluidas si la acción se mantiene dentro del riesgo permitido.

Vale la pena precisar que la expresión deber objetivo de cuidado se

******ebook converter DEMO Watermarks*******

refiere a los cuidados que debió adoptar el autor al momento de realizar la conducta. En el ámbito de la imputación objetiva lo que interesa, lo relevante, no es lo que se debió hacer o se dejó de hacer, sino lo que se hizo, lo que el autor ha hecho. En los dos términos lo importante en últimas es que si una acción es realizada conforme al riesgo permitido no puede considerarse como violatoria del deber objetivo de cuidado, no puede decirse de ella que es una acción descuidada, porque el riesgo permitido excluye la tipicidad de la acción al excluir el desvalor de la conducta.

El elemento infracción al deber objetivo de cuidado conduce indefectiblemente a las reglas generales de imputación objetiva. La violación al deber objetivo de cuidado no es más que un problema de imputación objetiva relativo al primero de sus presupuestos, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado{688}.

Una aproximación de los criterios o presupuestos de la imputación objetiva en el ámbito de los tipos imprudentes de resultado podría iniciarse con los siguientes puntos, que nos permitirían imputar conductas siempre que ellos se presenten: a) relación de causalidad entre acción y resultado, b) creación de un riesgo típicamente desaprobado, que es lo mismo que la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado, c) realización del riesgo no permitido y, d) el fin de protección del tipo. En la realización del riesgo en el resultado y el ámbito de protección del tipo en materia de imprudencia es oportuna la regulación que hace el artículo 110 del Código Penal, en el que se expresa como causal de agravación del homicidio culposo la ingestión de bebidas embriagantes, de droga o sustancia que produzca dependencia física o psíquica y "ello haya sido determinante para su ocurrencia", es decir, ese consumo debe ser el dato determinante para la producción del resultado, de lo contrario no se podría atribuir la agravante a pesar de que el autor haya realizado la conducta bajo el influjo de la sustancia.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

BIBLIOGRAFÍA

Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El delito imprudente. Criterios de imputación de resultados,* Barcelona, Bosch, 1989.

Feijóo Sánchez, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia,* Barcelona, Bosch, 2001.

Jakobs, Günther. *Estudios de Derecho Penal,* Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá (trads. y estudio preliminar), Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Civitas, 1997.

Mir Puig, Santiago . "Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal", en *Entre el funcionalismo y elprincipialismo y las instituciones dogmáticas,* Esiquio Manuel Sánchez Herrera (coord.), Bogotá, Nueva Jurídica, 2002.

Roxin, Claus. *Problemas básicos del derecho penal,* Diego Manuel Luzón Peña (trad.), Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Reus, 1976.

Sainz Cantero Caparros, José Eduardo. *La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995,* Madrid, Marcial Pons, 2001.

Welzel, Hans. *Derecho penal alemán,* Juan Bustos Ramírez y Sergio áñez Pérez (trads.), Santiago, Ediciones Jurídicas del Sur, 1980.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

JASON ALEXANDER ANDRADE CASTRO

Lección 28: El delito de omisión

******ebook converter DEMO Watermarks*******

I. CONCEPTO

La literatura científica entiende que existen dos modalidades básicas del tipo penal, dependiendo de qué clase de norma contienen: son tipos de *acción* (*comisión)* los que recogen una prohibición, que se infringe con la realización de la acción proscrita; y son tipos penales de *omisión* aquellos que incorporan una norma preceptiva o de mandato, cuyo quebrantamiento se da con la no realización de la conducta ordenada por la disposición{689}. A partir de la anterior distinción, la estructura del delito omisivo se construye sobre la base de la infracción de una norma preceptiva o de mandato.

La delimitación entre acción y omisión es un tema que ha generado álgidas polémicas en la dogmática penal{690}, por lo cual es factible encontrar diversidad de propuestas teóricas encaminadas a establecer si, en un caso concreto, al individuo se le debe imputar un comportamiento activo o uno omisivo; en general, tales elaboraciones se dirigen a responder la pregunta ¿qué es la omisión? En este escenario, es posible identificar dos grandes tendencias en la evolución de la discusión, a saber, una de corte causal-naturalista y otra de índole normativa:

Orientación causal-naturalista: utiliza criterios estrictamente naturalistas, anclados en el concepto de causalidad. De acuerdo con este enfoque se estima que el delito de acción se exterioriza por medio de un movimiento corporal caracterizado por la aplicación de energía, mediante el cual sólo es posible realizar un tipo penal de comisión; mientras que el comportamiento omisivo implica *por definición* inactividad absoluta, no hacer nada, cuya principal particularidad es la ausencia de movimiento perceptible empíricamente, que sólo se puede adecuar a un tipo de omisión{691}.

Orientación normativa: emplea parámetros valorativos-normativos para decidir sobre el carácter activo u omisivo de un comportamiento. Esta

******ebook converter DEMO Watermarks*******

perspectiva sostiene que la omisión jurídico-penalmente relevante no puede definirse como inactividad absoluta, porque es posible que un sujeto haga un movimiento corporal perceptible por los sentidos (acción) y simultáneamente omita el cumplimiento de un deber jurídico{692}, de suerte que la distinción entre acción y omisión pertenece a un ámbito de valoración de la conducta del autor.

Por tal razón, se señala que en el mundo del derecho penal un delito de omisión se comete, no sólo cuando media inactividad absoluta, sino también cuando el individuo actúa de manera distinta a lo ordenado por la norma que contiene un mandato de acción, con lo cual, correlativamente, se explica de forma coherente que un delito de comisión pueda ser realizado tanto por acción como por omisión (comisión por omisión).

En la actualidad, la doctrina mayoritaria se inscribe en esta tendencia: existe acuerdo en que la omisión penalmente relevante no existe *per se*, sino sólo cuando la conducta es objeto de una valoración edificada sobre el contenido de una norma: el concepto de omisión se enmarca en un *deber ser*, pues -dicho de modo general- consiste en la no realización de un comportamiento activo mandado por el ordenamiento jurídico{693}.

II. ACCIÓN OMISIÓN EN LA EVOLUCIÓN DE LA DOGMÁTICA PENAL

Gustav Radbruch señaló que acción y omisión son contradictorias y, por ende, es imposible reconducirlas bajo un concepto unitario{694}. A pesar de la influencia que ha ejercido esta formulación, la construcción de un *supraconcepto* de comportamiento jurídico-penalmente relevante, comprensivo de ambas formas de conducta, ha ocupado una posición destacada en la evolución de la dogmática penal. No obstante, en la mayoría de ocasiones la delineación del concepto de omisión no ha guardado

******ebook converter DEMO Watermarks*******

coherencia con los presupuestos metodológicos sobre los que se ha edificado el correspondiente concepto del delito. A continuación se expone de forma sintética la evolución del concepto de comportamiento jurídico penalmente relevante, en lo que atañe a la omisión:

A. Causalismo naturalista. La dogmática causalista, construida en esencia por Franz von Liszt y Ernst Beling con sustento en un método ontológico causal-mecanicista, sostuvo que la acción es un acto voluntario que causa una transformación del mundo exterior; dicho acto puede consistir en la realización o en la omisión de un movimiento del cuerpo: la comisión es causar un resultado y la omisión consiste en no impedirlo voluntariamente{695}.

Este modelo recibió dos críticas fundamentales: 1) el *supraconcepto* de acción causal-naturalista no puede abarcar la omisión, porque ella no 'causa' algo y, por ende, no es factible predicar la relación causa-efecto en sentido físico-mecánico, y 2) la omisión no es un concepto prejurídico, no existe *per se,* sino que constituye el producto de una valoración normativa, que está ausente en el concepto de acción jurídico-penalmente relevante formulado por el causalismo.

B. Causalismo neokantiano. Según la corriente neokantiana (impulsada principalmente por Edmund Mezger), el concepto de acción en sentido amplio tiene un carácter neutral, porque no contiene valoraciones, y "abarca toda conducta humana concreta": la actividad positiva (acción en sentido estricto) y la conducta pasiva u omisión, que consiste en "no hacer algo", cuyo fundamento es una "acción esperada". No obstante, en rigor, la "teoría de la relación causal y del deber jurídico de actuar" en el delito de omisión "no corresponde a la teoría de la acción, sino a la teoría de la antijuridicidad"{696}.

La principal crítica que ameritó esta propuesta radica en que tampoco está en capacidad de explicar por qué la omisión encaja en el *supraconcepto* de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

comportamiento penalmente relevante, por dos razones: 1) continuó aferrada a referentes naturalistas, pues, a pesar de admitir que son distintos los criterios que rigen los mundos del ser (causalidad) y el deber ser (valores), le otorgó preponderancia a la causalidad y relegó los aspectos valorativos a un segundo plano, por lo que le son predicables las críticas formuladas contra el esquema causal, y 2) si una función dogmática del concepto de acción es delimitar el círculo de comportamientos que luego serán examinados a la luz de la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, no existe razón que justifique que la acción satisfaga dicha exigencia y la omisión implique una valoración posterior, en la antijuridicidad{697}.

C. Finalismo. Hans Welzel, desde una perspectiva ontologicista (no de base causal-naturalista, sino enmarcada en el mundo del hombre como ser inteligente, responsable, capaz de regirse por los criterios del sentido, la verdad y el valor), adujo que la finalidad es el aspecto definitorio de la conducta humana jurídico-penalmente relevante: "la acción humana es ejercicio de actividad final" y "es, por tanto, un acontecer 'final' y no solamente 'causal', cuya espina dorsal es la voluntad que, por ser un factor que configura objetivamente el acontecer real, pertenece a la acción"; y la omisión es "la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción"{698}; en otros términos, la omisión se concreta en haber podido realizar la acción.

La crítica esencial que se opuso al finalismo estriba en que no es factible predicar de la omisión ni la causalidad ni la finalidad, por lo que no explica de modo coherente la inclusión de la omisión dentro del supraconcepto de acción, porque acción y omisión tienen elementos estructurales divergentes, que impiden hablar de una concepción unitaria de la conducta humana en sentido jurídico penal, por dos razones: 1) mientras que la acción exige verificar la causalidad, en la omisión no se puede predicar ese nexo causal, pues no causa 'algo', y 2) en la conducta activa existe una finalidad efectiva y

******ebook converter DEMO Watermarks*******

actual, al paso que en la omisión subyace una finalidad meramente potencial o posible.

D. Funcionalismo. Concibe el comportamiento humano penalmente relevante desde un enfoque normativo: su definición se elabora en el marco de un deber ser, pues el derecho penal es el encargado de construir sus bases de conocimiento, creando conceptos propios con arreglo a la función que debe cumplir en el sistema social. En lugar de fundar el concepto de acción jurídico penal sobre la existencia de un sustrato material común a acción y omisión, encuentra que el elemento de vinculación entre ambas se enmarca en un principio normativo: la infracción de la norma penal{699}. Así, la distinción entre acción y omisión pierde importancia, porque la esencia del concepto de comportamiento penalmente relevante es la defraudación de una expectativa normativa: no interesa que sea por acción, por omisión o por una conducta compleja (acción-omisión). A continuación se sintetiza la postura que, en materia del delito de omisión, defienden sus principales exponentes:

1. Claus Roxin . Construye su sistema del delito bajo el entendido que el pensamiento sistemático debe estar orientado por el método problemático, con el fin de encontrar soluciones materialmente justas. Por tal motivo, las categorías del delito se conciben desde el prisma de su función político criminal: "hay que admitir las quiebras, motivadas político criminalmente, de la regla estricta" impuesta por el sistema, permitiendo que las decisiones valorativas político criminales penetren en el sistema de derecho penal{700}. Por lo anterior, en el ámbito de la teoría del tipo, Roxin encuentra que el criterio diferenciador es la forma en que el legislador concreta las exigencias del principio *nullum crimen sine lege,* para lo cual emplea dos métodos distintos, de forma alternativa{701}:

El primero consiste en describir acciones, de la manera más precisa posible. Esta categoría corresponde a los *delitos de dominio*: es autor quien domina la respectiva acción típica; el aspecto decisivo es el dominio del

******ebook converter DEMO Watermarks*******

hecho.

Dado que con una conducta omisiva no es posible dominar un acontecimiento, Roxin afirma que, tratándose de la omisión, las lesiones a bienes jurídicos -que en los supuestos de acción serían delitos de dominio- constituyen *delitos de infracción de deber,* que materializan el segundo método empleado por el legislador: se trata de eventos en los que no interesa la cualidad externa de la conducta del autor (acción u omisión), porque el fundamento de la sanción radica en que alguien infringe las exigencias de conducta derivadas del papel social que desempeña.

En los *delitos de infracción de deber* se trata de sectores de la vida conformados ya jurídicamente (relaciones entre vigilante y preso, administrador y mandante, madre e hijo, etc.), por lo que no interesa el dominio del suceso externo: la distinción entre acción y omisión pierde jerarquía y lo relevante es la defraudación de la expectativa normativa de conducta.

2. Gunther Jakobs. S eñala que la dogmática penal creó un problema inexistente al establecer una separación más o menos tajante entre acción y omisión, porque una expectativa normativa puede ser defraudada igualmente por ambas formas de comportamiento, de modo que hacer u omitir resultan indiferentes para el derecho penal{702}.

La responsabilidad penal se fundamenta sobre dos supuestos alternativos{703}: la libertad para configurar el mundo exterior (competencia por organización) y la existencia de un mundo socialmente configurado (competencia por institución); en ambos casos, las expectativas normativas propias del rol que cumple una persona pueden ser defraudadas tanto por acción como por omisión, por lo que la responsabilidad penal radica siempre en la lesión de las reglas del estatus (de organización o de institución){704}:

a. Competencia por organización. Los seres humanos gozan de *libertad para configurar el mundo externo,* pero dicha libertad se encuentra limitada,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

de modo que la responsabilidad penal se asienta en la vulneración de esos límites que tiene todo ciudadano (*estatus general*). De esta relación entre libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias surge un deber negativo: no dañar a otro, prohibición que deriva del reconocimiento del otro como persona{705}. Entre los deberes negativos se encuentran:

i) Los *deberes generales de aseguramiento en el tráfico*: obligan a configurar el propio ámbito de organización de manera que no interfiera órbitas ajenas. Este deber de aseguramiento se extiende al control de las máquinas que se usen, de los animales de los que se es dueño, de los automóviles, e incluso sobre el propio cuerpo (el que mata a golpes a otro lesiona el deber que toda persona tiene de controlar su psique y su cuerpo) {706}.

ii) Los *deberes provenientes de la asunción*: surgen cuando una persona disminuye las protecciones ya existentes que actúan en una organización ajena. Esto se presenta, por ejemplo, cuando una niñera asuma el cuidado de un menor de edad mientras los padres están ausentes.

iii) Los *deberes de salvamento*: nacen cuando se desata un curso lesivo que alcanzó una órbita de organización ajena, de modo que el sujeto está en la obligación de neutralizarlo o revocarlo *(injerencia)*.

b. Competencia por institución. Para algunos efectos, se entiende que los seres humanos viven en un *mundo socialmente configurado* de una manera específica, donde se origina una serie de derechos y deberes previamente definida. La responsabilidad penal deriva de la inobservancia de los límites trazados por la especial situación que se ocupa, por ejemplo, como madre, como hijo, como servidor público, etc. (*estatus especial*). Esta situación crea un deber positivo: proporcionar ayuda a otra persona, construir con ella, aunque sea de forma parcial, un mundo en común{707}. Entre el haz de *deberes positivos* pueden ser mencionados aquellos que surgen del matrimonio, de la relación paterno-filial, de relaciones de confianza especial

******ebook converter DEMO Watermarks*******

y los que pesan sobre los empleados estatales.

Desde la perspectiva esbozada, Jakobs propone un replanteamiento dogmático profundo: la distinción entre acción y omisión resulta indiferente para toda clase de delitos (dolosos y culposos, de competencia organizacional e institucional), porque el eje central de imputación es la infracción de los deberes surgidos del estatus, con lo cual extrema las consecuencias dogmáticas de la propuesta de Roxin en materia de delitos de infracción de deber. Corolario de lo anterior, pierde toda importancia establecer si el sujeto actuó u omitió, porque el análisis se concentra en esclarecer si respetó o no las reglas de conducta que le imponía su rol: determinar si defraudó o no una expectativa normativa de comportamiento.

Como veremos a continuación, las posturas dogmáticas que anteceden a Jakobs partían de una premisa: la posición de garante es un criterio de imputación penal propio y exclusivo de los delitos de comisión por omisión, por lo que la fijación de una posición de garante sólo resultaba necesaria tratándose de esta categoría de delitos. En contraposición a ello, Jakobs concibe la existencia de posiciones de garante como presupuesto necesario e ineludible de imputación penal para *toda* clase de delitos (de acción y de omisión, culposos y dolosos){708}. Un individuo responderá, en este sentido, por aquello que se encuentre dentro de su órbita de competencias, circunscrita por el rol que ostenta al interior de la organización social. En consecuencia, bajo el prisma de Jakobs la posición de garante es el primer criterio de imputación jurídico-penal, con independencia de qué clase de delito se trate.

Lo expuesto hasta el momento muestra que esta concepción estima que acción y omisión son intercambiables, prácticamente convertibles, lo que se refleja sobre todo en eventos en los que el individuo cumple determinadas funciones mediante la utilización de máquinas. Por ejemplo: que un conductor, para no atropellar a un peatón, tenga que frenar (hacer) o no seguir acelerando (omitir) depende de circunstancias (construcción de la máquina,

******ebook converter DEMO Watermarks*******

comportamiento previo del conductor, etc.) ajenas a la decisión axiológica de que el autor no debe continuar avanzando a costa de la salud y la vida de otros{709}; en otros términos, para no atropellar un peatón no sólo se prohíbe acelerar, sino que también se ordena frenar para detener el vehículo, pues lo que realmente atañe al derecho penal es que no se atropelle a esa persona.

III. CLASES DE OMISIÓN{710}

La opinión dominante señala a Heinrich Luden como el autor que acuñó la distinción entre omisión propia y omisión impropia (1836-1840), esfuerzo al que se sumaron las elaboraciones de August Otto Krug (1855) y Julius Glaser (1858), tendientes en conjunto a diferenciar nítidamente estas dos sub-categorías del delito omisivo; desde entonces la doctrina mayoritaria acepta dicha clasificación{711}:

A. Omisión propia. La *omisión propia, simple o pura* consiste en la sola infracción de un mandato (un deber de actuar), que no exige la presencia de un resultado material, por lo cual se considera equivalente a los tipos penales (comisivos) de mera conducta. El delito de omisión propia tiene varias características fundamentales: 1) el deber se encuentra contenido de manera expresa y directa en la norma penal; 2) puede o no exigir la presencia de un sujeto activo cualificado, y 3) lesiona sólo un deber general de ayuda (no un deber de garante, como ocurre en la omisión impropia), puesto que el principio de solidaridad es su fundamento básico de punición{712}.

Son delitos de omisión propia, por ejemplo, la omisión de socorro{713}, el abuso de autoridad por omisión de denuncia{714} y la omisión de denuncia de particular{715}.

B. Omisión impropia o comisión por omisión. La *omisión impropia o comisión por omisión* consiste en que, mediante una conducta omisiva de quien ostenta posición de garante, se realiza el resultado previsto en un tipo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

penal en principio descrito como de comisión activa (su definición normativa no prevé la conducta de omisión). Esta clase de delitos se caracteriza por los siguientes aspectos esenciales: 1) exige necesariamente la producción de un resultado típico, por lo cual se consideran equivalentes a los tipos penales (comisivos) de resultado; 2) siempre tiene un sujeto activo cualificado, que es el llamado *garante*, al cual se le imputa el resultado producido como consecuencia de su conducta omisiva, y 3) lesiona un deber especial (de garante) de ayuda, no contenido de forma expresa y directa en el tipo penal, que se funda principalmente en el principio de autonomía, en tanto que el autor decidió ser asegurador de un bien jurídico concreto o de una fuente de peligro{716}.

La fórmula legislativa más empleada para consagrar esta clase de delito consiste en introducir en la parte general del código penal una cláusula de equivalencia entre la conducta omisiva y la definición típica activa de los delitos de resultado contenidos en la parte especial{717}.

Constituyen ejemplos de delito de omisión impropia: la madre que omite alimentar a su hijo, causándole la muerte; la niñera que asumió el cuidado de un niño de cuatro años de edad durante una noche y permite que su novio acceda carnalmente al menor; el conductor que transita a exceso de velocidad, atropella a un peatón, le causa una grave lesión y huye sin prestarle auxilio al herido, a consecuencia de lo cual el transeúnte muere; un miembro de las fuerzas militares permite que un grupo armado al margen de la ley asesine a varias personas. Sobra decir que, en todos los eventos, es ineludible constatar la presencia del elemento subjetivo (dolo, culpa, preterintención).

IV. ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO

La configuración del tipo objetivo de los delitos de omisión exige la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

presencia cumulativa de los elementos que se enuncian a continuación, por lo que, faltando uno de ellos, debe salir avante la afirmación de atipicidad objetiva de la conducta.

A. Omisión propia. El tipo objetivo está conformado por los siguientes factores:

1. Situación típica, de peligro o supuesto de hecho. Previsión que origina el deber de realización de la conducta y se concreta en la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico: las circunstancias fácticas contenidas en el tipo{718} que "han de eliminarse, modificarse, protegerse o en general verse influidas por la acción prescrita"{719} o mandada.

Por ejemplo, la situación típica en el delito de omisión de socorro es la existencia de grave peligro para la vida o salud de una persona, lo que constituye la constelación fáctica que genera el deber de prestar auxilio; en el delito de omisión de denuncia de particular, el supuesto de hecho está dado por el conocimiento que llegue a tener un particular de la comisión de alguno de los delitos contemplados de manera taxativa en el tipo penal, aspecto que marca la diferencia con la situación típica del delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia, dado que en este evento, si bien se está en presencia de un delito de omisión propia, el deber de denunciar nace cuando el servidor público (sujeto activo calificado) adquiere el conocimiento de la realización de *cualquier* delito que deba investigarse oficiosamente.

2. No realización de la acción prescrita o mandada. Es la infracción del deber de actuar impuesto por la norma, derivado de la situación típica{720}. Para continuar con los ejemplos propuestos en el literal anterior, la acción mandada consiste en: auxiliar a una persona (omisión de socorro), informar a la autoridad sobre la realización del delito (omisión de denuncia de particular y abuso de autoridad por omisión de denuncia).

3. Capacidad individual de realización de la conducta. Elemento que remite a examinar las circunstancias en las cuales tuvo lugar la conducta

******ebook converter DEMO Watermarks*******

omisiva: se requiere constatar que el sujeto estuvo en posibilidad, física y psicológica, de realizar la conducta mandada, lo cual se erige como un límite tácito del deber de actuar{721}.

B. Omisión impropia o comisión por omisión. La estructura del tipo objetivo del delito de omisión impropia está conformada por los tres elementos, antes mencionados, del delito de omisión propia, a saber: 1) situación típica; 2) ausencia de la acción ordenada por la norma, y 3) capacidad individual de realización de la conducta. No obstante, cada uno de ellos se complementa con un elemento adicional, respectivamente, i) la posición de garante; 2) la producción de un resultado típico, y 3) la posibilidad de evitación del resultado.

1. Situación típica-posición de garante. Es necesario que, en el contexto fáctico concreto (situación típica), sobre el sujeto concurra un deber jurídico especial -posición de garante- de evitación del resultado.

En los ejemplos mencionados con anterioridad, la posición social concreta (en *ese* contexto fáctico) de la madre, la niñera, el conductor y el militar es la situación que fundamenta la imposición de un deber especial, que los obliga a evitar ese específico resultado dañoso para los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su esfera de protección (garante). Ésta es la razón por la cual, en los eventos propuestos, no es posible imputar el resultado (homicidio, acceso carnal violento), a título de autor, al tercero sobre el que no pesa el deber jurídico de evitación del resultado (no garante) que, sin prestar auxilio de ninguna naturaleza, observa impasible la ocurrencia de tales situaciones, quedando a salvo, claro está, el análisis correspondiente a una eventual infracción a los deberes de solidaridad mínima (omisión de socorro, por ejemplo).

Desde el punto de vista teórico es factible hacer distinción entre el deber de actuar y la posición de garante: el deber delimita qué está obligado a evitar el sujeto, al paso que la posición de garante indica quién es la persona

******ebook converter DEMO Watermarks*******

obligada y, en tal medida, se refiere al sujeto que ocupa la posición social específica que sustenta la imposición del deber. La principal repercusión práctica de esta diferenciación estriba en el examen del aspecto subjetivo, que en el delito de comisión por omisión requiere que el garante tenga conocimiento de la concurrencia del deber de actuar{722}.

a. EL CONCEPTO 'POSICIÓN DE GARANTE'

Johannes Nagler (1911) sostuvo que al obligado a evitar el resultado debe calificársele como "garante jurídico de la intangibilidad del valor protegido"{723} y, en esa medida, añadió para los delitos de omisión impropia un nuevo elemento implícito del tipo: la posición de garante. A partir de entonces, se admitió que la posición de garante es el elemento dogmático central que, en el ámbito del delito de comisión por omisión (recuérdese que Jakobs reformula este punto de vista), permite imputar el resultado a quien no lo evitó, razón por la cual se trata de tipos penales abiertos{724}.

En otros términos: la posición de garante es la especial situación que un individuo ostenta en el marco de las relaciones sociales, por razón de la cual se le impone un deber de evitación de un resultado lesivo para un bien jurídico, esto es, tiene posición de garante aquél sujeto al que, en virtud de la posición social que ocupa, se le adscribe un deber jurídico que lo obliga a actuar para evitar un específico resultado{725}.

A quien ostenta una posición de garante le incumben especiales deberes de cuidado o vigilancia del bien jurídico garantizado, de modo tal que sobre él no pesa solamente el deber genérico de no dañar a otro, sino que cumple además una función de protección, conservación, mejoramiento o fomento de ese bien jurídico del cual es garante y, por ende, está obligado a revocar cualquier tipo de amenazas que se ciernan sobre el mismo, obviamente, siempre y cuando esté en capacidad de hacerlo{726}.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

En este orden de ideas, el omitente que ocupa una posición de garante será autor del correspondiente delito de omisión impropia, sin que sea posible considerarlo partícipe (determinador o cómplice) del mismo, toda vez que sobre él recae un deber especial de evitación del resultado, que infringe con su conducta omisiva{727}. En este sentido, se ha entendido que se trata de *delitos de infracción de deber,* puesto que no todo sujeto que omite es autor, sino que lo será exclusivamente aquel sobre quien recae el específico deber especial de evitar el resultado{728}.

b. LAS FUENTES DEL DEBER JURÍDICO DE ACTUAR (POSICIÓN DE GARANTE)

A lo largo del desarrollo histórico se han propuesto múltiples tesis que pretenden explicar cuáles son las fuentes o situaciones de las que surge el deber jurídico de actuar (posición de garante). Las posturas más descollantes en esta materia son: la teoría formal del deber jurídico, la teoría material de las funciones, y la propuesta de Jakobs (ya vista); a continuación abordamos el estudio sintético de las dos primeras:

Teoría formal del deber jurídico. A principios del siglo xix (1826), Feuerbach se ocupó por primera vez de los delitos de omisión y, partiendo de la base de que la obligación originaria de todo individuo se concreta en el deber de no llevar a cabo actos ilegales, concluyó que el delito de omisión requiere de un fundamento jurídico especial, que solamente es la *ley* o el *contrato*{729}.

Así mismo, sostuvo que el contenido de los delitos de acción consiste en el deber de omitir (no llevar a cabo actos ilegales), de suerte que se realizan mediante un actuar; en cambio, los delitos de omisión se sustentan en un deber *especial* o *causa jurídica específica*, que emerge únicamente de la ley o el contrato, fuentes en virtud de las cuales nace para el sujeto un deber de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

actuar, por lo que esta de clase delitos tiene un carácter residual o excepcional. Uno de los principales méritos de Feuerbach es haber establecido una separación categórica entre los deberes morales y los deberes legales, descartando la posibilidad de encontrar un origen ético al deber de actuar con relevancia penal{730}.

Spangenberg y Henke , siguiendo los lineamientos generales trazados por Feuerbach, plantearon que la configuración de una posición de garante se puede afirmar tratándose de *relaciones jurídicas especiales* o *estrechas relaciones personales*, que son situaciones que, si bien no encajan en la excesivamente formalista bipartición de las fuentes del deber jurídico de actuar (ley o contrato), se caracterizan porque existe una íntima relación entre personas, en virtud de la cual surge el deber de prestar protección y ayuda; dentro de tales *relaciones jurídicas especiales* se incluyen el matrimonio y el parentesco en línea directa. No obstante, esta nueva concepción no implica una superación de la clasificación formal y bipartita propuesta por Feuerbach , porque Spangenberg y Henke consideran que la fuente del deber jurídico sigue siendo la ley, bien de manera directa o bien de forma indirecta{731}.

Christoph Carl Stübel (1828) dio inicio a una concepción tripartita de las fuentes de la posición de garante: además de la ley y el contrato, el deber de actuar se genera en el actuar precedente antijurídico que pone a otro en situación de peligro (injerencia){732}.

Los planteamientos de Feuerbach , Spangenberg, Henke y Stübel , en conjunto, han recibido la denominación de *teoría formal del deber jurídico*, o simplemente, *teoría del deber jurídico*{733}.

Con posterioridad a la formulación de estas propuestas, la dogmática penal se centró en establecer el sustento de equiparación entre la comisión activa y la comisión omisiva, a partir de parámetros estrictamente naturalistas; las teorías que hicieron aparición en esa etapa estuvieron encaminadas a demostrar la causalidad de la omisión respecto de la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

producción del resultado, relegando la discusión sobre la fundamentación y determinación de las fuentes del deber jurídico de actuar. Por tal motivo, durante un amplio período imperó la concepción tripartita de las fuentes de la posición de garante (ley, contrato e injerencia)[{734}].

Teoría material de las funciones. Armin Kaufmann (1959) pretendió dar una fundamentación material a las fuentes de la posición de garante: a partir del supuesto según el cual los delitos de omisión impropia son una forma autónoma y especial de delito, y no un caso específico del delito comisivo, entendió que el delito de omisión no debe concebirse como la infracción de una prohibición, sino como la infracción de un mandato de garante. De acuerdo con esta orientación dogmática, la existencia de un delito de omisión impropia depende de la concurrencia cumulativa de dos supuestos: 1) la existencia de un mandato de evitación del resultado, cuyo contenido es impedir la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y 2) la presencia de una especial vinculación entre el sujeto del mandato y el objeto garantizado (posición de garante)[{735}].

Para Kaufmann, la función de protección de un bien jurídico es el elemento (material) común a todas las posiciones de garante, que puede orientarse en dos direcciones[{736}]:

– El sujeto del mandato debe mantenerse 'vigilante' para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, sin importar su proveniencia (*garante de custodia o protección*). El cumplimiento de esta función prevalece en aquellas posiciones de garante: contempladas directamente en la ley (por ejemplo, matrimonio y relación paterno-filial); derivadas de la asunción de deberes contractuales; y las surgidas de una comunidad de vida o de peligro (relaciones de confianza especial).

– La posición de garante puede consistir en la supervisión y control de específicas fuentes de peligro, sin que interese cuál sea el bien jurídico amenazado por ellas (*garante de aseguramiento o vigilancia*), como sucede

******ebook converter DEMO Watermarks*******

con las situaciones de: injerencia, los peligros surgidos en el ámbito de dominio de una persona, la responsabilidad por la actuación de una persona (un inimputable, por ejemplo) y en algunos eventos de relaciones de confianza especial.

2. No realización de la acción mandada -producción de un resultado típico-. La ausencia de acción mandada debe producir, según la doctrina mayoritaria, un resultado material, por ejemplo, la muerte. Para estos efectos, por acción mandada se entiende una conducta que, desde una perspectiva *ex ante,* es objetivamente apropiada para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico. Este elemento se estructura con la constatación de que, en el evento de haberse realizado la acción mandada normativamente, existe probabilidad, *rayana en la certeza,* de evitación del resultado típico{737}.

En los casos que se vienen examinando, la conducta omisiva de cada uno de los garantes (madre, niñera, conductor, militar) produce el resultado típico, a saber, la muerte del hijo es la realización del riesgo creado por el no suministro de alimentos por parte de su madre; el acceso carnal del menor de edad se produce como consecuencia de que la niñera no hace nada para evitarlo; el atropellado muere debido a la falta de prestación de auxilio por parte del conductor; y la masacre se consuma dada la inactividad del militar.

En la dogmática tradicional se discutió ampliamente sobre la relación de causalidad entre la omisión de la acción mandada y la producción del resultado típico{738}. No obstante, a partir del supuesto según el cual la omisión nada es y, por ende, nada puede causar, se aseveró que la relación de causalidad respecto del resultado producido no tiene carácter material, sino meramente hipotético. La causalidad hipotética es un juicio en virtud del cual debe suponerse la realización de la acción mandada por la norma: si, imaginada la ocurrencia de la conducta, el resultado de todos modos se produce, se excluye la relación de causalidad (hipotética){739}; a la inversa, en caso de encontrar que el resultado se habría evitado, se afirmará la hipotética

******ebook converter DEMO Watermarks*******

relación causal.

La doctrina exige constatar que la evitación del resultado se habría producido con una probabilidad *rayana* en la certeza, por tratarse de un juicio hipotético que, por esencia, está sujeto a un insuperable y amplio margen de error, porque no es factible decidir con *absoluta* certeza si la acción omitida habría o no impedido el resultado{740}.

Sin embargo, en la dogmática actual la existencia del resultado plantea un problema distinto: su imputación objetiva a la omisión del comportamiento que lo habría evitado. Con ello, la discusión en torno a la causalidad de la omisión ha quedado relegada, porque hoy el análisis discurre, no en determinar la existencia de dicha relación hipotética, sino en establecer si el resultado es o no imputable a la conducta de una persona, dado que, en definitiva, se considera que en los delitos de omisión impropia la simple relación de causalidad constituye también un criterio de imputación objetiva{741}.

3. Capacidad individual de realización de la conducta y de evitación del resultado. Este elemento impone la necesidad de verificar que el autor estuvo en posibilidad de realizar la conducta tendiente a evitar la producción del resultado, por lo que es necesario constatar también la evitabilidad del resultado{742}.

Para cerrar este apartado, basta anotar que algunos autores{743} entienden que, además de los tres elementos del delito de omisión propia, la producción de un resultado típico y la posición de garante son dos elementos independientes, aunque igualmente cumulativos, del delito de omisión impropia.

V. EL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

******ebook converter DEMO Watermarks*******

A. Elementos de la regulación legal. La parte general del Código Penal colombiano contiene dos normas fundamentales sobre el delito de comisión por omisión: el inciso 2.° del artículo 10.° que, al consagrar el principio de tipicidad como norma rectora, dispone que "en los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley"; y el artículo 25, que define sus elementos básicos{744}. Con relación a la estructura del la última norma citada, vale la pena mencionar lo siguiente:

1. La primera parte del segundo inciso esboza los elementos básicos del tipo objetivo del delito de omisión impropia, a saber: la posición de garante ("quien tuviere el deber jurídico de impedir"), la producción de un resultado típico y la no realización de la acción mandada por la norma ("un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo") y la capacidad de realización de la conducta y de evitación individual del resultado ("estando en posibilidad de hacerlo").

El artículo 25 contiene una cláusula de equivalencia entre la no evitación (omisión) y la producción (acción) del resultado, cuando establece que estará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal de la parte especial quien, estando obligado a evitar la producción de un resultado típico, no impide su realización mediante una conducta activa{745}.

2. Una interpretación sistemática de las normas aludidas permite concluir que, en lo relacionado con las fuentes de la posición de garante, el Código Penal colombiano adoptó una postura dogmática mixta: se inscribe dentro de la llamada *teoría formal del deber jurídico,* porque los artículos 10.° y 25 exigen que el deber jurídico esté contemplado en la Constitución o en la ley; al mismo tiempo, acoge criterios propios de la *teoría de las funciones*, al exigir que "el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido" (garante de custodia o protección) "o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de

******ebook converter DEMO Watermarks*******

riesgo" (garante de aseguramiento o vigilancia), esto es, para la derivación de la posición de garante, la regulación legal contempla la función específica que cumpla el individuo en una situación concreta.

El inciso 2.° del artículo 25 exige, entonces, que 1) el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o 2) que esté obligado a la vigilancia de una determinada fuente de riesgo. A renglón seguido, se presenta una enunciación de las situaciones que generan la posición de garantía, las cuales pueden enmarcarse bien sea dentro de la función de protección de un bien jurídico (como las previstas en los numerales 1.° -parcialmente- 2.° y 3.°) o bien como pertenecientes a la función de control de una fuente de peligro (numerales 1.° -parcialmente- y 4.°).

En cuanto a la cláusula contenida en el artículo 25 del Código Penal colombiano, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que

> existe posición de garante en todos aquellos eventos en los cuales, frente a cualquier bien jurídico, la persona tiene la obligación constitucional o legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe posición de garante en los casos en que, frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente{746}.

Consecuencia de lo anterior, para la imputación de responsabilidad jurídico penal a título de comisión por omisión será necesario verificar: que la persona se encuentra en una situación generadora de posición de garante y la existencia de un deber de actuar consagrado en la Constitución o la ley.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

B. POSICIONES DE GARANTE CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

1. La asunción voluntaria de la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. El legislador condensó en el numeral 1.° situaciones en las que el individuo tiene a cargo diversas funciones: una de protección de un bien jurídico y otra de control de una fuente de peligro:

– La asunción voluntaria de la protección real de una persona *(garante de custodia o protección)*. Ejemplos: la niñera que asume el cuidado de un menor de edad mientras sus padres se encuentran de viaje; el médico que asume el cuidado de sus pacientes; el profesor de natación que debe cuidar de su alumno; o, el salvavidas que debe proteger a los bañistas.

– La asunción voluntaria de la vigilancia o control de una fuente de peligro *(garante de aseguramiento o vigilancia)*. Ejemplos: la tenencia de animales peligrosos; el manejo de maquinaria -automóviles, armas-; la custodia de personas cuya conducta eventualmente puede reportar alguna clase de peligro (inimputables, por ejemplo)[{747}].

2. Estrecha comunidad de vida entre personas[{748}]. Se estructura cuando existe una relación intersubjetiva, en cuyo desarrollo se ejerce un rol especial que genera confianza dirigida a la satisfacción de una expectativa de auxilio o ayuda; acá el garante cumple una función de protección del bien jurídico.

En este concepto se enmarcan eventos en los cuales, por razón de la cercanía y especial vinculación surgida de una relación entre personas, nace entre quienes la conforman una situación de confianza recíproca en cuanto a que, ante una situación de necesidad, el *otro* le prestará al garantido ayuda y auxilio, por lo cual el deber de prestación de auxilio por lo general adquiere carácter mutuo. Por ejemplo, ostentan posición de garante quienes forman parte de una relación extramatrimonial -heterosexual u homosexual- como el caso del noviazgo, siempre que revista cierta permanencia.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Aspectos fundamentales para decidir sobre la existencia de esta posición de garante son: el surgimiento de confianza y expectativas de ayuda y socorro mutuos ante una situación de necesidad; la habitualidad de la relación; la especial intensidad de vinculación entre quienes la conforman; la promesa de auxilio frente a un peligro futuro, entre otras.

3. El emprendimiento de la realización de una actividad riesgosa por varias personas (comunidad de peligro). Esta situación generadora del deber de actuar es lo que se conoce en la doctrina bajo la denominación comunidad de riesgo o peligro, en la cual el garante tiene una función de protección del bien jurídico que se estructura cuando varias personas, de manera voluntaria, deciden llevar a cabo una actividad de la cual se pueda generar un peligro para los bienes jurídicos de quienes en ella intervienen. Así, por ejemplo, en actividades tales como las excursiones a lugares alejados y / o desconocidos, el alpinismo, el canotaje de alto riesgo o, en general, cualquier actividad peligrosa que cumpla con las especificaciones descritas, surge posición de garante para quienes llevan a cabo la actividad de forma mancomunada.

El fundamento de imputación de la producción del resultado antijurídico no evitado, en estos casos, es la confianza que surge entre quienes emprenden la actividad, que se concreta en la expectativa de que, si llegare a surgir un peligro para los bienes jurídicos de alguno de los participantes, sus compañeros proporcionarán la ayuda necesaria para mantenerse a salvo.

La imputación del resultado no evitado, tratándose de las comunidades de peligro, sólo podrá efectuarse cuando el objetivo de la comunidad es la prestación de auxilio mutuo en caso de necesidad.

4. La creación precedente de una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico (injerencia). Situación generadora del deber de actuar denominada injerencia, que se configura con la existencia de un comportamiento anterior antijurídico que pone en peligro un bien jurídico, en virtud de lo cual surge para el autor la obligación de actuar en aras de evitar

******ebook converter DEMO Watermarks*******

la producción de un resultado lesivo mayor al que ya se ha concretado como consecuencia de su conducta. Por ejemplo: un perro peligroso escapa del control de su dueño y ataca a un tercero, causándole graves lesiones; el dueño del perro huye, a causa de lo cual el transeúnte muere.

En este evento, el propietario o tenedor del perro debía prestar el auxilio necesario (como prestar los primeros auxilios, llamar una ambulancia o llevar a la víctima a un hospital) para evitar que el atacado sufriera una lesión de mayor magnitud; su omisión sustenta la imputación, a título de comisión por omisión, del resultado muerte (homicidio).

El Código Penal colombiano señala expresamente que el comportamiento precedente debe tener carácter antijurídico. De esta manera, es evidente que no existirá posición de garante tratándose de comportamientos que ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, pero que se encuentran dentro de los niveles de riesgo permitido.

BIBLIOGRAFÍA

Andrade Cde, Jason Alexander. *La posición de garantía en virtud de una estrecha comunidad de vida,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

Corte Constitucional. Sentencias SU-1184 de 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett, y T-980 de 2003, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencias del 4 de abril de 2003, M. P: Alvaro Orlando Pérez Pinzón ; 14 de noviembre de 2007, M. P: Julio Enrique Socha Salamanca; y 27 de julio de 2006, M. P: Alvaro Orlando Pérez Pinzón

Cruz Bolívar, Leonardo. "Los fundamentos de la omisión impropia y su tratamiento en el nuevo código penal", en *Estudios sobre omisión,* Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2002.

Gimbernat Ordei, Enrique. "Sobre los conceptos de omisión y comportamiento", en *Derecho*

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Penal y Criminología, vol. x, n.° 36, septiembre-diciembre de 1988, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal,* Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal. Segunda parte,* Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

Huerta Tocild, Susana. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión,* Madrid, 1987, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.

Jakobs, Günther. "El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de derecho penal.* Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá (trads.), Madrid, UAM Ediciones-Editorial Civitas, 1997.

Jakobs, Günther. "La omisión: estado de la cuestión", en Claus Roxin, et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trads.), Madrid, Editorial Civitas, 2000.

Jakobs, Günther. *Acción y omisión en derecho penal.* Luis Carlos Rey Sanfiz, Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Jakobs, Günther. *Derecho penal, parte general,* 2.ª ed., Joaquín Cuello Contreras,

José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, Marcial Pons, 1997.

Jakobs, Günther. *La competencia por organización en el delito omisivo.* Enrique Peñaranda Ramos (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.

Jescheck, Hans-Heinrich, Thomas Weigend. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Miguel Olmedo Cardenete (trad.), 5.a ed., Granada, Edit. Comares, 2002.

Kaufmann, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión.* Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (trad.), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte general, 7?* ed., Montevideo-Buenos Aires, B. de F, 2004.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Montealegre Lynett, Eduardo . "Orientación dogmática del nuevo código penal colombiano", en *Comisión redactora del Código Penal tipo para Iberoamérica,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

Perdomo Torre, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Perdomo Torre, Jorge Fernando. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

Ritter Von Feuerbach, Paul Johann Anselm. *Tratado de derecho penal,* Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1989.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal,* Barcelona, Marcial Pons, 1998.

Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal,* Barcelona, Bosch, 1972.

Sánchez-Vera Gómez-Trelles, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva,* Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.

Silva Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión. Concepto y sistema,* 2/ ed., Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2003.

Von Liszt, Franz. *Tratado de derecho penal,* t. II, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, vol. XXvi, Madrid, Edit. Reus, 1927.

Welzel, Hans. *Derecho penal alemán,* 4.a ed. en español, Juan Bustos Ramírez Sergio áNez Pérez (trads.), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2002.

Welzel, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista.* José Cerezo Mir (trad.), Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2002.

Welzel, Hans. *Estudios de derecho penal.* Gustavo Eduardo Aboso, Tea Lów (trads.), Montevideo-Buenos Aires, B de F., 2002.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia, et ál. *Derecho penal. Parte general,* 2.a ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

LOS AUTORES

Jaime Bernal Cuellar

Abogado de la Universidad Externado de Colombia con posgrado en Técnicas de Casación y de Instituciones Procesales (Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario). Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, ha sido Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y Procurador General de la Nación. Miembro de diversas comisiones redactoras de los códigos penal y procesal penal y autor de numerosas obras especializadas.

José Joaquín Urbano Martiínez

Abogado de la Universidad de Nariño con posgrados en la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Penal (universidades Santo Tomás, del Rosario, Nacional y Externado), y magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá.

Carmen Eloísa Ruiz

Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especializada en Derecho Penal y Criminología y doctora en Derecho de la misma universidad. Docente y abogada litigante.

Hernando Barreto Ardila

Abogado de la Universidad Externado de Colombia con posgrados en Ciencias Penales y Criminológicas y Derechos Humanos. Se desempeña como docente de Derecho Penal General y es magistrado auxiliar de la Corte Suprema de Justicia. Autor de varias obras especializadas.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

Cielo Marino Rojas
Abogada de la Universidad Externado de Colombia con posgrados en Bolonia y Barcelona. Ha sido juez, litigante, asesora e investigadora. Profesora de Criminología en la Universidad Externado de Colombia, ha publicado diversos estudios.
angela maría buitrago ruizAbogada de la Universidad Externado de Colombia, especializada en Derecho Penal en el Externado y en la Universidad de Salamanca. Abogada litigante y docente de Derecho Penal.

Jorge Caldas Vera
Abogado de la Universidad Externado de Colombia con posgrados en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesor de Derecho Penal y magistrado auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura.

Guillermo Ferro Torres
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesor de Derecho Penal y abogado litigante.

Darío Bazzani Montoya
Abogado de la Universidad Externado de Colombia con posgrados en las universidades de Roma y Externado. Profesor y litigante, ha sido procurador auxiliar y asesor del Procurador General y del Ministerio de Justicia. Autor de diversas obras especializadas.

Carlos A. Gómez pavajeau
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Ciencias Penales y Criminológicas. Se ha desempeñado como

*******ebook converter DEMO Watermarks********

Viceprocurador General de la Nación. Autor, entre otras obras, de *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal* (2000). Actualmente es profesor de Derecho Penal y Disciplinario y abogado litigante.

Nodier Agudelo Betancur
Abogado de la Universidad de Antioquia con posgrados en París y Bonn. Profesor universitario, autor de numerosos estudios, se desempeña como abogado litigante.

Leonardo Cruz Bolívar
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con posgrados en Ciencias Penales y Criminológicas. Docente y abogado litigante.

Gerardo Barbosa Castillo
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesor de pregrado y postgrado, abogado litigante, coautor, entre otras obras, de *Bien Jurídico y derechos fundamentales.*

Sandra Jeannette Castro
Abogada de la Universidad Externado de Colombia, doctora de la Universidad de Barcelona. Profesora y conferencista, ha publicado varios trabajos especializados.

Alberto Suárez Sánchez
Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especializado en la Universidad Externado de Colombia y doctor en Dereho de la Universidad de Alcalá de Henares. Catedrático de Derecho Penal

*******ebook converter DEMO Watermarks********

Especial, abogado consultor y litigante, es autor de diversos estudios de derecho penal.

Alberto Hernández Esquivel
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Penal y Criminología. Ha sido juez, magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, procurador delegado y Viceprocurador General (E).

Miguel Córdoba Ángulo
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, doctor en derecho de la Universidad de Salamanca. Abogado litigante y profesor.

Camilo Sampedro Arrubla
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con posgrados en Derecho Penal y Criminología. Profesor y abogado litigante.

William Monroy Victoria
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con posgrados en Derecho Penal y Ciencias Criminalísticas y Criminológicas. Profesor y abogado litigante, autor de diversos estudios.

Iván González Amado
Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Docente universitario, es coautor de *Lecciones de*
Criminología y *El periodismo ante la ley penal*. Se desempeña como abogado litigante.

Vicente Emilio Gaviria Londoño

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con posgrados en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesor titular, es consultor y litigante.

Esiquio Manuel Sánchez Herrera
Abogado de la Universidad Católica de Colombia, con posgrados en las universidades Externado de Colombia, Pompeu Fabra y Central de Barcelona. Profesor y abogado litigante.

Jason Alexander Andrade Castro
Abogado y magister en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeña como profesor y abogado litigante.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{1} Juan Bustos Ramírez. *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis, 1994, pp. 4 y ss.

{2} Emilio Octavio de Toledo y übieto. *Sobre el concepto de derecho pena*l, Madrid, Universidad de Madrid, 1981, p. 20 y ss.

{3} Fernando velásquez velásquez. *Derecho penal. Parte general,* Bogotá, Temis, 1994, pp. 24 y ss.

{4} Una presentación didáctica de las funciones del derecho, del derecho penal y de la pena puede consultarse en Sandra Jeannette Castro Ospina . *Influencias del funcionalismo en el sistema penal,* Bogotá, Librería del Profesional, 1996, pp. 55 y ss.

{5} Una propuesta de un derecho penal legítimo construido a partir de sus funciones en Jesús María Silva Sánchez. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

{6} Una presentación muy completa de la evolución del bien jurídico, de su conceptualización e implicaciones en el actual pensamiento penal en Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau . *Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

{7} Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón. Teoría del garantismo pena*l, Madrid, Trotta, 1995, pp. 334 y 335.

{8} En un sistema democrático la imputación penal sólo puede tener fundamentos derivados de una ética intersubjetiva, fundamentos que remiten a la autonomía ética de la persona, a su inviolabilidad y a la dignidad humana. De acuerdo con ello, la imputación penal sólo puede apoyarse en la interferencia de los derechos de los demás y no en el simple incumplimiento de deberes para consigo mismo o con los demás. Por esto en nuestro país el sistema de imputación penal debe forjarse a partir del artículo 16 de la Carta: "Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que impongan los derechos de los demás y el orden jurídico".

{9} Cfr. Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Mallare . "Pena y Estado", en Papers de la *Revista de Sociología*, n.° 13, "Sociedad y delito", Barcelona, Península, 1980, p. 121.

{10} Cfr. Claus Roxin . *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, p. 98.

{11} Cfr. Hans Schultz , citado por Roxin . Culpabilidad, cit., p. 98.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{12} Cfr. Stratenweth , citado por Agustín Zugaldía Espinar . "Acerca de la evolución del concepto de culpabilidad", en *Homenaje al profesor Anton Oneca*, Universidad de Salamanca, 1982, p. 569.

{13} Cfr. Bustos Ramírez y Hormazábal Mallare . "Pena y Estado", cit., pp. 99 y ss.

{14} Sobre la evolución y desarrollo de los diferentes modelos de Estado; véase R. H. S. Crossmian . *Bio*grafía del Estado moderno, Madrid, Colección Popular, 1986, y Wolfgang Abendroth y Kurt Lenk. *Introducción a la ciencia política*, Barcelona, Anagrama, 1971.

{15} Consideramos apropiado hablar de fines de la pena, y no de funciones; en reiteradas ocasiones la doctrina ha señalado que cuando se habla de función de la pena se hace referencia al ser, es decir, al por qué se impone una pena; o, como lo ha señalado el profesor Bustos, la función de la pena en un Estado social y democrático de derecho no es otra que la autoconstatación del propio sistema, mediante la cual se protegen bienes jurídicos que se han fijado como producto de las relaciones sociales; por el contrario, cuando se habla de fines de la pena se hace referencia al deber ser, qué busca el Estado con la imposición de una pena, respondiendo a la pregunta para qué. Hacemos una simple referencia al tema que deberá ser objeto de desarrollo en posteriores trabajos.

{16} Cfr. Heiko Lesch . *La función de la pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 18 y ss.

{17} Cfr. Bustos . "Pena", cit., p. 103.

{18} Consideramos que, tratándose de teorías absolutas, sí se puede hablar de funciones de la pena y no de fines.

{19} Cfr. Ignacio Berdugo . *El concepto, el método y las fuentes del derecho penal*, p. 75.

{20} Cfr. Kant, citado por Roxin en *Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Reus, p. 12. Véase también Santiago Mir Puig . *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1982, pp. 26 y ss.

{21} Kant, citado por lesch. *La función,* cit., p. 21.

{22} Cfr. ibid.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{23} Véase con más detenimiento y con bibliografía Mir Puig. *Función de la pena,* cit., pp. 26 y ss.

{24} En este sentido ampliamente Diego Manuel Luzón Peña . Medición de la pena y sustitutivos penales, Universidad Complutense de Madrid, 1979, pp. 23 a 25.

{25} *Ibid*., pp. 59 a 60. Lo anterior no obsta para reconocer que la mayoría de ordenamientos penales parten de planteamientos retribucionistas.

{26} Cfr. Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal,* Barcelona, Bosch, 1976.

{27} Cfr. Juan Bustos. *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986, p. 74

{28} En este sentido cfr. Berdugo. El *concepto*, cit., p. 77

{29} Cfr. Bustos. *Introducción*, cit., p. 76.

{30} Cesare Beccaria. De *los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1982.

{31} Cfr. Mir. Puig. *Función*, cit., p. 31. En terminología de Hassemer, "Prevención general-especial".

{32} Cfr. Luzón Peña. *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Universidad Complutense de Madrid,I979, p- 26.

{33} Cfr. Claus Roxin. *Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Reus, 1976, p. 18.

{34} Cfr. Mir Puig. *Función*, cit., p. 31.

{35} Cfr. Bustos. Pena, cit., p. 105 y ss.

{36} Sobre todo el desarrollo del modo de producción capitalista véase Eric Hobsbawm. *La era del capitalismo*, Barcelona, Guadarrama, 1981, pp. 15 y ss. En cuanto a la relación del capitalismo y la pena en Bustos. Pena , cit., pp. 105 y ss.

{37} Liszt ha presentado tres formas como puede operar la prevención especial: corrigiendo al corregible, lo que comúnmente conocemos como resocialización; intimidando a quien es susceptible de ello, y, por último, haciendo inofensivo al sujeto que no es ni corregible ni intimidable, a través de la privación de la libertad (inocuización).

*******ebook converter DEMO Watermarks********

{38} Cfr. Gerardo Landrove Díaz . *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3 a ed., Barcelona, Bosch, 1984, pp. 5 y ss.

{39} Ampliamente sobre este aspecto, Roxin. *Sentido*, cit., pp. 15 y ss.

{40} En esta dirección Berdugo. El concepto, cit., p. 108. También Mir Puig. *Función*, cit., pp. 33 y ss.; del mismo, *Función fundamentadora*, cit., pp. 50 y ss.

{41} Cfr. Baratta. *Integración-prevención: una nueva fundamentación dentro de la teoría sistémica*, pp. 543 y 544. En igual sentido véase Massimo Pavarini y Darío Melossi . *Cárcel y fábrica, los orígenes del sistema penitenciario*, México, Siglo XXI, 1980.

{42} Cfr. Antonio García Pablos de Molina. *Estudios penales*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 18 y ss.

{43} Cfr. Roxin. *Sentido*, cit., p. 19. Una amplia crítica a las teorías unificadoras en Luzón Peña. *Medición de la pena*, cit., pp. 13 y ss.

{44} En ese sentido se pronuncia Feuerbach , quien vinculó a la ley la función de intimidación de la pena, mediante su famosa teoría de la coacción psicológica.

{45} Hans Welzel, citado por Mir Puig. *Función fundamentadora*, cit., p. 52.

{46} Cfr. Baratta. "Integración-prevención", cit., pp. 533 y ss.

{47} Cfr. Mir Puig . *Función fundamentadora*, cit., p.57.

{48} F. Muñoz Conde. *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, pp. 42 y 43.

{49} Véase ampliamente y con bibliografía Hassemer . "Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico social", en *Revista de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, Barcelona, 1982, pp. 132 y ss.; Winfried Hassemer. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 380 y ss.; *Claus Roxin. Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, pp. 93 y ss.; del mismo, *Sentido*, cit., pp. 19 y ss.; del mismo, *Derecho penal. Parte general*, t. i, Madrid, Civitas, 1997, pp. 78 y ss.; Mir Puig. *Función fundamentadora*, cit., pp. 54 y ss.; del mismo, *Función de la pena*, cit., pp. 25 y ss.

{50} Cfr. Hassemer. *Fines de la pena,* cit., p. 134.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{51} Cfr. Roxin. *Sentido*, cit., pp. 33 y ss.

{52} Schmidhauser, citado por Berdugo. *El concepto*, cit., p. 116.

{53} Con relación a la tesis expuesta por Roxin debemos resaltar cómo este autor ha tenido posiciones diversas frente a la retribución, ya que en un comienzo insinúa que debe empezar a cuestionarse la retribución como fin de la pena (lo deja ver en *Sentido y límites de la pena estatal*), y más adelante, al publicar su *Derecho penal. Parte genera*l, señala de manera expresa su renuncia a la retribución como fin de la pena, es más, considera que no es posible compaginar fines de prevención (especial y general) con un fin retributivo de la pena.

{54} Roxin es partidario de aplicar excepcionalmente una pena inferior al grado de culpabilidad correspondiente (o prescindir de la misma) cuando circunstancias de prevención especial así lo ameriten. Como condición impone que la disminución de la pena o el prescindir de la misma no implique un efecto contrario a la defensa del orden jurídico. A esto lo denomina "la reserva mínima del derecho penal".

{55} Corte Constitucional. Sentencia C-157 del 19 de marzo de 1997, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo .

{56} Corte Constitucional. Sentencia C-144 del 19 marzo de 1997, M. P.: Alejandro Martínez Caballero .

{57} Frente al fin de prevención especial positiva de igual forma ha señalado: "La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no sólo desde el punto de vista fundamental de la dignidad (art. 1° C. P.) , sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana (art. 16 C. P.). La función de reeducación y reinserción social del condenado debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal" (Corte Constitucional. Sentencia C-261 del 13 de junio de 1996, M. P.: Alejandro Martínez Caballero).

{58} Cfr. Hans Welzel . *Introdución a la filosofía del derecho*, Madrid, Aguilar, 1977, p. 252; del

******ebook converter DEMO Watermarks*******

mismo, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, pp. 36 y 42; Gustav Radbruch. Filosofía del derecho, Madrid, 1959, p. 44.

{59} Cfr. Hernando Barreto Ardila . *Derechos humanos. Aproximación a sus fuentes*, Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública, 1995, p. 134.

{60} Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997.

{61} Cfr. Mario Madri d-Malo . *Estudios sobre derechos fundamentales*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1995,p. 81.

{62} Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-333 del 29 de marzo de 2001.

{63} Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-654 del 7 de diciembre de 1993.

{64} Cfr. Blanca Nélida Barreto Ardila y Hernando Barreto Ardila. *Principios de derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, pp. 49 y ss.

{65} Cfr. Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau . *Bien jurídico y derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 101 y ss.

{66} Este autor, en su libro *Dei delitti e delle pene*, partiendo del contrato social formula el principio de la legalidad de los delitos y de las penas. Entre quienes piensan que se debe ubicar allí el inicio de la criminología se encuentran, entre otros, Taylor , Walton y oung ; cfr. Ian Taylor , Paul Walton y Jock oung. *La nueva criminología: Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, 2ª reimp., Buenos Aires, Amorrortu, 1997, pp. 19 a 28.

{67} Juan Bustos Ramírez . "Criminología y evolución de las ideas sociales", en Roberto Bergalli , Juan Ramírez Bustos y Teresa Miralles . *El pensamiento criminológico*, i: *Un análisis crítico*, Bogotá, Temis,

{68} Ibid., *p.* 35.

{69} Cfr. Alessandro Baratta . "The Role of Criminal Law Science within the System of Social Control and its Attitude Toward New Criminology", en *Escritos seleccionados*, I, del *Common Study Programme on Criminal Justice and Critical Criminology*, Rotterdam, Universidad Erasmus, 1987, p. 8.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{70} Cfr. Alessandro Baratta. *Criminologia critica e critica del diritto penale*: *Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 37.

{71} Robert Merton desarrolla la teoría de la anomia a partir de las obras de E. Durkheim .

{72} Los estudios sobre criminalidad de cuello blanco fueron la base de su teoría: cfr. Edwin H. Sutherland . "Is 'White Collar Crime' Crime?", en *American Sociological Review*, x, 1045, pp. 132 a 139.

{73} Cfr. Baratta. *Criminologia critica e critica del diritto penale*, cit., p. 154.

{74} Cfr. Cielo Marino Rojas . "Hacia una nueva infancia", en CD xi Congreso Internacional de Derecho de Familia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000

{75} Cfr. Juan Bustos Ramírez. *Manual de derecho penal español. Parte general,* Barcelona, Ariel, 1984, p. 367.

{76} Cuyo libro acerca de las instituciones totales devela los procesos que a su interior se realizan, cuestionando con ello la ideología del tratamiento: Asylums: *Le istituzioni totali*, i meccanismi dell'esclusione e della violenza, 7^a ed., Turin, Einaudi, 1980.

{77} Cfr. Lola Aniyar de Castro. *Conocimiento y orden* social: Criminología como legitimación y criminología de la liberación, Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, 1981, p. 6.

{78} Peter Berger y Thomas Luckmann . Construcción social de la realidad, 15a reimpr., Buenos Aires, Amorrortu, 1998, p. 204.

{79} Dentro de esta corriente se encuentra, entre otros, H. Becker con su obra *Outsiders*, traducida al español como *Los extraños*. Respecto a este aspecto selectivo cfr. John Kitsuse y Aaron Cicourel. "A Note on the Uses of Official Statistics", en *Social Problems*, vol. 2, 1963, pp. 131 a 139.

{80} La criminología latinoamericana ha hecho investigaciones al respecto: cfr. Lola Aniyar de Castro . *Criminología de la liberación*, Maracaibo, Universidad de Zulia, 1987, p. 194.

{81} Cfr. Massimo Pavarini . *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, México, Siglo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

XXI, 1980, p. 195 y ^{ss}.

{82} Cfr. Dennis Chapman. Lo stereotipo del criminale: Componenti ideologiche e di classe nella definizione del criminale, 3^{a} ed., Turin, Einaudi, 1971, pp. 61 y ss.

{83} Cfr. P Mc Naughton-Smith. "The Second-Code. Toward (or Away From) an Empiric Theory of Crime and Delinquency", *en Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 5, 1969, pp. 189 a 197.

{84} Cfr. Massimo Pavarini. *I* nuovi confini della penalità: Introduzione alla sociologia della pena, Bolonia, Martina, 1994, pp. 33 a 56.

{85} Mauricio Martínez. *¿Quépasa en la criminología moderna?*, Bogotá, Temis, 1990, p. 51.

{86} Cfr. Louk Hulsman y Bernat de Celis . *Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una alternativa,* Barcelona, Ariel, 1984.

{87} Cfr. Bustos Ramírez. *Criminología y evolución de las ideas sociales,* cit., p. 43.

{88} Eugenio Raúl Zaffaroni . *En busca de las penas perdidas: Deslegitimación y dogmática jurídico-penal,* 2^{a} ed., Bogotá, Temis, 1993, p. 91.

{89} La legislación penal es manifestación concreta de la política criminal del Estado. La decisión política que determina los objetivos del sistema penal y la adecuada aplicación de los medios legales para luchar contra el crimen y alcanzar los mejores resultados se plasma en el texto de la ley penal. En este sentido, la norma penal, una vez promulgada, se independiza de la decisión política que le da origen, conservando la finalidad buscada por su redactor en el elemento teleológico de la norma. Sobre estos dos momentos de la creación del derecho penal actúa la doctrina jurídica. Su labor consiste en precisar el alcance de las instituciones jurídicas, integrar en un sistema interpretativo lógico las decisiones legislativas muchas veces divergentes y hasta contrarias, elaborar reglas de lenguaje con poder conceptual y de definición de las determinaciones de política criminal y servir de sustrato crítico que posibilite una futura modificación de la política penal.

{90} El Estado moderno se estructuró con base en la supremacía de la Constitución. Han transcurrido doscientos años desde que la humanidad decidió darse un estatuto que sometiera a los gobernantes y les determinara su conducta y los objetivos de su cargo. El

*******ebook converter DEMO Watermarks********

corolario lógico de la jerarquía de normas en cuya cima se encuentra la Constitución, es la necesidad de un control de constitucionalidad que haga eficaz el principio de la superioridad. Cfr. *Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Legis, p. 666.

{91} Corte Constitucional. Sentencia C-531 del ii de noviembre de 1993, M. P: Eduardo Cifuentes Muñoz .

{92} Corte Constitucional. Sentencia C-131 del i° de abril de 1993, sobre prevalencia de normas constitucionales, M. P.: Alejandro Martínez Caballero .

{93} Humberto Sierra Porto. *Conceptos y tipos de ley en la Constitución colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 43: de conformidad con la Constitución Política de Colombia, elsujeto encargado de producir las normas a las cuales se someten todos los residentes en este Estado es el Congreso de la República a través de las leyes; excepcionalmente, y por casos expresamente establecidos en la propia Carta Política, lo pueden hacer otros sujetos, como el Presidente de la República, las asambleas departamentales, los entes autónomos; estos últimos con un ámbito de obligatoriedad limitado a la esfera de sus competencias determinadas constitucionalmente.

{94} Juan Fernández Carrasquilla. *Concepto y límites del derecho penal,* 2 ed., Bogotá, Temis, 1994, p.i.

{95}José Cid Moliné y José Juan Moreso Mateos . "Derecho penal y filosofía analítica ('A propósito de Diritto e ragione' de Luigi Ferrajoli", en adp, 1991, n.° 44, p. 144.

{96} Juan Fernández Carrasquilla. *Principios y normas rectoras del derecho penal*, Bogotá, Leyer, 1998, p. 36.

{97} Francisco Rubio Llórente . *Derechos fundamentales y principios constitucionales. Doctrina jurisprudencial*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 4.

{98} "En la jurisprudencia y la doctrina reina cierto grado de desconocimiento respecto de la extensión de las garantías fundamentales en materia penal. Los autores latinoamericanos en general reconocen ampliamente el significado trascendente de los principios garantizadores del derecho penal, pero es frecuente observar una carencia de profundidad en la aplicación de los mismos a la tarea dogmática concreta": Eugenio Raúl Zaffaroni. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina,* Buenos Aires, Depalma, i986, p. 8.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{99} Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995: "A la luz de las normas constitucionales que le otorgan plena validez en el orden interno a las normas de derecho internacional humanitario, la Corte estableció que las reglas y principios que conforman dicho derecho tiene valor constitucional y, por consiguiente, junto a las normas de la Constitución que consagran los derechos humanos, constituyen un único bloque de constitucionalidad".

{100} "No tenemos duda de que el objeto de estudio de la criminología son las consecuencias antisociales y por lo tanto los sujetos que las cometen": Elbert Carlos. *Criminología latinoamericana. Teoría y propuesta sobre el control social del tercer milenio,* Buenos Aires, Universidad, 1996, p. 50.

{101} Winfried Hassemer y Francisco Muñoz Conde. *Introducción a la criminología y al derecho penal,* Tirant lo Blanch, 1989, p. 15.

{102} Alfonso Reyes Echandía. *Criminología*, 8a ed., Bogotá, Temis, pp. 2 a 10.

{103} "La criminología es una ciencia del ser empírica; el derecho, una ciencia cultural, del deber ser, normativa. En consecuencia, mientras la primera se sirve de un método inductivo, empírico, basado en el análisis y la observación de la realidad, las disciplinas jurídicas utilizan un razonamiento lógico abstracto-deductivo. Saber empírico y saber normativo son dos categorías antagónicas. Que la criminología pertenezca al ámbito de las ciencias empíricas significa, en primer lugar, que su objeto (delito, delincuente, víctima y control social) se inserta en el mundo de lo real, de lo verificable de lo mesurable y no en el de los valores. Que cuenta con un sólido substrato ontológico, presentándose al investigador como un hecho más, como un fenómeno de la realidad. Estructuralmente ello descarta cualquier enfoque normativo. La criminología pretende conocer la realidad para explicarla. El derecho valora, orienta aquélla con una serie de criterios axiológicos": Antonio García Pablos de Molina . *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas,* Tirant lo Blanch, 1992, pp. 19 y 20.

{104} "Dado que la criminología se puede definir como la ciencia empírica, interdisciplinar, que estudia las circunstancias de la esfera humana y social relacionadas con el surgimiento, la comisión y evitación del crimen y de ciertas conductas desviadas; dado que investiga sobre el tratamiento y la sanción de los infractores de la ley, sin olvidar las consideraciones sobre la génesis y aplicación de las normas legales...". Antonio Beristain. *Nueva criminología desde el derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1994, p..27

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{105} Cfr. Reyes Echandía. *Criminología*, cit., p. 15.

{106} *Huellas forenses*, Biblioteca Jurídica Dike, 2000, p. 33.

{107} Cfr. Gaspar. *Nociones de criminalística e investigación criminal,* Buenos Aires, Universidad, 1993, p.28.

{108} A través de la acción comunicativa el potencial de racionalidad del lenguaje se utiliza, se moviliza, y en el curso de la evolución queda liberado, para funciones de la integración social. El derecho moderno viene a llenar los huecos funcionales de órdenes sociales que en sus operaciones de integración social se ven sometidos a exigencias que no pueden cumplir": Jürgen Habermas. *Faticidady validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 105.

{109} Metodológicamente, la especial originalidad de su concepción sistémica estriba en el hecho de que la fórmula dogmática jurídico penal en los conceptos y categorías de la teoría de los sistemas sociales sobre todo la de Luhmann. la peculiaridad más discutida del contenido de su teoría del delito consiste en que para él la culpabilidad queda totalmente absorbida en el concepto de prevención general, o sea que no la considera como algo objetivamente dado, sino que simplemente la adscribe conforme al criterio de lo que es necesario para el ejercitamiento en la finalidad del derecho, sin tomar en consideración las capacidades del autor. Claus Roxin. *Derecho penal Parte general*, t. 1, "Fundamentos de la estructura de la teoría del delito", Madrid, Civitas, 1997, pp. 204 y 205.

{110} Ramón Soriano. *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 51.

{111} Filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 29.

{112} María Dolores González Soler , Jesús Lima T orrado , María Luisa Marín Castrán y Aurelio de Prada García . *Cuestiones y textos de la filosofía y teoría del derecho*, Madrid, Reus, 1993, p. 41.

{113} Ramón García Pelayo Gross. *Pequeño* Larousse ilustrado, París, Larousse, 1984, p. 485.

{114} Manuel Osorio . *Diccionario de las ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1981,p. 3[28].

{115} Julio Cueto Rúa. *Las fuentes del derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 18, 24 y 25.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{116} Eduardo García Maynez. I*ntroducción al estudio del derecho*, Buenos Aires, Porrúa, 1995, p. 52.

{117} Fernando Velásquez Velásquez. *Manual de derecho penal. Parte general,* Bogotá, Temis, 1994, p. 66.

{118} El artículo 1.° de la Constitución Política de Colombia establece que el nuestro es un Estado social de derecho, lo cual implica -como acertadamente lo indican los profesores Blanca Nélida y Hernando Barreto, en su monografía "Principios del derecho penal"- que se coloca como valor esencial y superior a la persona humana y sus derechos fundamentales en atención a su dignidad.

{119} Humberto A. Sierra Porto. *Concepto y tipos de ley en la Constitución Política*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 45

{120} Sierra Porto. Ob. cit., p. 47.

{121} El clasificar las fuentes del derecho penal en "principales" y "subsidiarias" responde a la nomencla tura que de las fuentes trae la Constitución Política de 1991, ya que conforme a lo predicado por el artículo 230, los jueces en sus actuaciones están sometidos al imperio de la ley -lineamiento que ha tenido evolución jurisprudencial y que se planteará más adelante-; al tiempo, indica que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Sierra Porto explica el tema en los siguientes términos: "Además de referirse a la ley y el reglamento como fuentes principales, la Constitución reconoce otras fuentes de carácter subsidiario. El artículo 230 de la Carta establece que los jueces, en su actuación, están sometidos al 'imperio de la ley', esto es, a la ley entendida como 'el derecho estatuido por los órganos del Estado a los que la Constitución otorga la potestad legislativa o la potestad reglamentaria' (principio de legalidad y principio de juridicidad), pero junto con esta afirmación establece que los jueces deben tener en cuenta la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina como *criterios auxiliares de la actividad judicial*, esto es, como fuentes aplicables en caso de ausencia de ley, en el sentido que hemos expresado".

{122} Cfr. Velásquez Velásquez. Ob. cit., p. 68.

{123} Cfr. Sierra Porto. Ob. cit., p. 67.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{124} El valor normativo de la Constitución colombiana fue incluido por primera vez en el Acto Legislativo 03 de 1910. En ese sentido se recuerda que con anterioridad a esa fecha la ley tenía un poder demasiado amplio puesto que era ella la que modificaba a la Constitución; con la reforma constitucional de 1910 se otorga el control y la guarda de la Carta a la Corte Suprema de Justicia, lo que implica que ese cuerpo judicial debía realizar el control de constitucionalidad de las leyes y los decretos, dando así un giro de 180 grados el nivel jerárquico de las fuentes, ya que ahora era la ley la que debía respetar los postulados constitucionales. Sobre el particular Sierra Porto remite a los comentarios de Diego Uribe Vargas (*Las constituciones de Colombia*, t. I, Madrid, Cultura Hispánica, 1977, p. 216), y de Gerardo Molina *(Las ideas liberales en Colombia*, t. I, Bogotá, 1970. p. 245).

{125} Vladimiro Naranjo Mesa. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 1994, pp. 289 y ss. Este autor reseña el pensamiento de varios tratadistas que han influido en el desarrollo constitucional moderno, como es el caso de Carl Schmitt , quien plantea que todo lo imaginable aparece en una Constitución. Cuando se habla de Constitución del Estado debe dársele el calificativo de política para distinguirla de otras constituciones que no son las del Estado. Para Monstesquieu, la palabra Constitución se refiere a "la complexión tradicional, histórica de la nación"; Rousseau llamó "forma de gobierno" a la estructura del poder, "leyes fundamentales" a la sobre-estructura jurídica de aquella, y "contrato social" a la decisión originaria fundadora de la comunidad política; Carlos Marx entiende la Constitución como la organización del Estado como modo de existencia y actividad de las cualidades sociales de los hombres y no de su naturaleza abstracta o cualidad particular; Kelsen opina que la Constitución es la norma que regula la creación de las demás normas jurídicas esenciales del Estado, determina los órganos que legislan y los procedimientos para hacerlo, y que además establece las relaciones básicas entre los asociados y las formas de aplicación del derecho, esto es, que contiene una superlegalidad.

{126} Hermann Heller. *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 268.

{127} Cfr. Sierra Porto. Ob. cit., p. 60.

{128} Alfonso Reyes Echandía. *Derecho penal*, *ii*/ edición, Bogotá, Temis, 1990, p. 47.

{129} Rodrigo Uprimny epes. "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal", en *Plan integral de formación y capacitación en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{130} Cfr. Velásquez Velásquez . Ob. cit., p. 73.

{131} Cfr. Sierra Porto . Ob. cit., p. 113.

{132} Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, Bogotá, 2000, pp. 112 y ss.

{133} H. L. A. Hart. *El concepto de derecho*. Trad. Genaro R. Carrió, 2.a ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 34.

{134} Carlos Bernal Pulido. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p* ^{I} 33.

{135} Aura Helena Peñas Felizzola. *Génesis del sistema penal colombiano. Utilitarismo y tradicionalismo en el Código Penal neogranadino de* 1837, Monografías de Ciencias Penales, n.° 5, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006, p. 38.

{136} Cfr. Sierra Porto. Ob. cit., pp. 128 y ss.

{137} Ver sobre el particular los artículo 154, 155 y 156 de la Constitución Política de Colombia, y 140 a 143 de la Ley 5.a de 1992, es decir la Ley Orgánica del Congreso de la República.

{138} Cfr. Velásquez Velásquez . Ob. cit., p. 74.

{139} Jacobo Pérez Escobar. *Derecho constitucional colombiano*, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 2004, p. 510.

{140} Pérez Escobar. Ob. cit., p. 512.

{141} Cfr. Sierra Porto . Ob. cit., p. 170.

{142} El último inciso del numeral 10.° del artículo 150 constitucional prohíbe al Congreso conceder facultades extraordinarias al Presidente de la República para expedir códigos, lo cual implica que en materia penal los códigos sólo pueden ser expedidos por el Congreso de la República en virtud de la reserva de ley.

{143} Cfr. Sierra Porto. Ob. cit., p. 349.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{144} Es conveniente precisar que durante los estados de excepción el Presidente de la República sólo puede dictar los decretos legislativos que se refieran a las materias que tengan relación directa y específica con la situación que ha originado la declaratoria del estado de excepción. Como es entendible, la vigencia de un estado de excepción supone la existencia de un marco legal diferente pero temporal, más restrictivo de los derechos y libertades ciudadanas, tendiente al restablecimiento de la normalidad; aunque no se pueden suspender los derechos fundamentales, sí es posible limitarlos, de lo cual se desprende que el Gobierno podrá legislar en materia penal para solucionar la situación de crisis. Se concluye pues que lo normal en un Estado social de derecho es que quien legisle en materia penal sea el Congreso; pero por vía de excepción y para poner fin a una situación de crisis, el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, podrá crear normas de carácter penal, en virtud de un estado de excepción, como sería el caso del estado de conmoción interior.

{145} Libardo Rodríguez Rodríguez . *Derecho administrativo. General y colombiano*, 14.a ed., Bogotá, Temis, 2005, p. 235.

{146} Cfr. Sierra Porto. Ob. cit., p. 6i.

{147} Juan Bustos Ramírez, Hernán Hormazábal Malaree. *Lecciones de derecho penal*, vol. I., Madrid, Trotta, 1997, p. 123. Los posibles problemas de constitucionalidad que con frecuencia se le atribuyen a los tipos penales en blanco y a los abiertos, podrían dar lugar a un amplio debate sobre el planteamiento propuesto. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée se refieren a la ley penal en blanco así: "Se trata de aquellos supuestos en que la descripción de la materia prohibida no aparece en todos sus extremos en la ley que castiga el acto prohibido, sino que dicha descripción se complementa en una disposición de rango inferior, como por ejemplo en una ley ordinaria (estatal o autonómica), un reglamento o una ordenanza. El problema es de su constitucionalidad o inconstitucionalidad.El recurso a esta técnica legislativa podría representar una contradicción con el principio de legalidad ya que el legislador está haciendo abandono de una potestad que de acuerdo con la Constitución le corresponde en exclusiva. Lo cierto es que, aceptando los riesgos que representa la ley penal en blanco desde el punto de vista garantista, determinadas materias, por su propia naturaleza, no pueden ser abarcadas totalmente dentro de un tipo penal y resulta indispensable la remisión a otra norma que puede ser inferior: un reglamento, por ejemplo. Se trata de materias que requieren de gran flexibilidad y dinamismo y que son de gran complejidad. Esto hace que el tipo penal no pueda abarcarlas con la precisión debida. Por tanto, no aparecería en sí contradictoria esta técnica legislativa con la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

constitucionalidad de la ley penal. incluso podría ser recomendable dentro de una adecuada técnica legislativa".

{148} Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée reseñan la sentencia del 5 de julio de 1990 en la que el Tribunal Constitucional español se pronunció sobre las leyes penales en blanco, al señalar que: "son constitucionalmente posibles 'siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente contaminada'".

{149} Sobre el tema afirma Bernal Pulido que "el precedente constitucional es entonces una parte de toda sentencia de la Corte Constitucional, en donde se concreta el alcance de una disposición constitucional, es decir, donde se explicita qué es aquello que la Constitución prohíbe, permite, ordena o habilita para un tipo concreto de supuesto de hecho, a partir de una de sus indeterminadas y lapidarias cláusulas. (...) su obligatoriedad depende de la obligatoriedad que se atribuya a la jurisprudencia en el sistema jurídico que se trate". Carlos Bernal Pulido. *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. *151.*

{150} Corte Constitucional. Auto 204 de 2006. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

{151} Diego Eduardo López Medina. *El derecho de los jueces*, 2.a ed., Bogotá, Legis, Universidad de los Andes, 2006, p. 141.

{152} Corte Constitucional. Auto 204 de 2006.

{153} Tal como lo define López Medida en su obra *El derecho de los jueces*, pp. 206, 213 a 215.

{154} López Medina. Ob. cit., 206.

{155} Emilssen González de Cancino. *Manual de derecho romano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 62.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{156} Cfr. Velásquez Velásquez. Ob. cit., p. 72.

{157} Cfr. Reyes Echandía. Ob. cit., p. 48.

{158} Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée, en sus *Lecciones de derecho penal,* explican la importancia de la jurisprudencia como fuente subsidiaria del derecho penal, y puntualizan que "Ha sido a través de la jurisprudencia que se ha determinado el contenido de voces como 'imprudencia', 'escalamiento' o 'intimidación'".

{159} Mario Madrid Malo. *Diccionario de la Constitución Política de Colombia*, 2.a ed., Bogotá, Legis, 1998, p. 263.

{160} Juan Bustos Ramírez. *Manual de derecho penal*, Barcelona, ppu, 1994, p. 162.

{161} Madrid Malo. Ob. cit., p. 114.

{162} Corte Constitucional. Sentencia C-187 de 2006, M. P.: Clara Inés Vargas Hernández.

{163} Juan Fernández Carrasquilla . *Derecho penalfundamental* 1, 3." ed., Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez , 2004, p. 153.

{164} Arthur Kaufmann. *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 210.

{165} Cfr. VelásquezVelásquez. Ob. cit., pp. 70 y ss.

{166} Cfr. Bustos Ramírez. Ob. cit., p. 162.

{167} Fernández Carrasquilla. Ob. cit., pp. 156 y ss.

{168} Corte Constitucional. Sentencia SU-837 de 2002, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa .

{169} Alf Ross. *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Losada, 1963, p. 125.

{170} Cfr. Carlos Santiago Nino. *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Ariel, 1997, pp. 245 y ss.

{171} Cfr. H. L. A. Hart. *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p.

*******ebook converter DEMO Watermarks********

2.

{172} Cfr. Pablo Rodríguez Grez. Teoría de la interpretación jurídica, Santiago, Jurídica de Chile, pp. 51 y ss.

{173} Cfr. Emilio Betti. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, Madrid, Rev. Derecho Privado, 1975, pp. 125 y ss.

{174} Cfr. Riccardo Guastini. "La interpretación: objetos, conceptos y teoría", en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 1998, p. 35.

{175} Cfr. Federico Carlos Sáinz de Robles. *Diccionario de la Literatura*, Madrid, Aguilar, 1965, p. 1085.

{176} Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal Parte general*, 2 ed., Bogotá, Temis, 1995, p. ii4.

{177} Cfr. Luwig Wittgenstein. *Observaciones*, México, Siglo XXI, 1981, p. 88.

{178} *Digesto*, Ley 69, De Legalis 3, Libro 32.

{179} Digesto, Regla 67, Tit. 17, Libro 50.

{180} Cfr. Arthur Kaufmann. *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 246 y ss.

{181} Ronald Dworkin. *Tras la justicia*, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 137 y ss.

{182} Cfr. Isabel Lifante. *La interpretación en la teoría del derecho contemporánea*, Alicante, tesis de grado, 1997, pp- 495 y 496, citado por Juan Antonio Cruz Parcero. *El concepto de derecho subjetivo*, México, Doctrina de Derecho Contemporánea, 1999, p. 227.

{183} Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1997, p. 144, y Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho penal fundamental*, t. i, Bogotá, Temis, 1993, p. 131.

{184} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2001.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{185} Así lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-1189 del 13 de septiembre de 2000.

{186} Aún en vigencia de la Constitución de 1886 ya se había consagrado un tratamiento especial para estos delitos en el artículo 139 del Código Penal de 1936.

{187} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 25 de abril de 1950, M. P.: Agustín Gómez Prada.

{188} Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Penal. Conc. 26 de mayo de 1982.

{189} En la sentencia C-009 de 1995, la Corte Constitucional ya había precisado que "El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes prescritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios, no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas".

{190} A.V. C-186 de 1996.

{191} Declarado exequible en sentencia C-543 de 1998 por la Corte Constitucional.

{192} Artículo 35: "La extradición se podrá solicitar, conceder u ofrecer de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley. Además, la extradición de los colombianos por nacimiento se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación penal colombiana. La extradición no procederá por delitos políticos. "No procederá la extradición cuando se trate de hechos cometidos con anterioridad a la promulgación de la presente norma".

{193} Ver Sentencia SU-047 de 199, donde en extenso se habla de la inmunidad parlamentaria.

{194} Al revisar la Ley 195 del 12 de julio de 1995, "por medio de la cual se aprueba el Convenio para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional, suscrito en Nueva ork el 2 de febrero de 1971".

{195} Luis María Cazorla Prieto , Enrique Arnaldo Alcubilla y Fernando Román García . "Los

******ebook converter DEMO Watermarks*******

principios constitucionales, el Estado social y democrático de derecho", en *Temas de Derecho Constitucional,* Aranzadi, 2000, pp. 135 y 136. Así también Santiago Mir Puig, quien afirma que el Estado social se erige en motor activo de la vida social y se considera llamado a modificar las efectivas relaciones sociales: *Función de la pena y teoría del delito en un Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 21.

{196} Cazorla Prieto et al. Op. cit., p. 130.

{197} *Ibid*., pp. 111 y 112.

{198} *Ibid*., pp. 27, 28, 29 y 30.

{199} *Ibid*. , p. 39.

{200} Cfr. José Miguel Zugaldía Espinar. *Fundamentos de derecho penal*, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 71 a 74.

{201} "Comportamientos dominables por el hombre, que favorecen o perjudican el mantenimiento de los bienes jurídicos", según anota Joaquín Cuello Contreras. *El derecho penal español. Parte general,* Madrid, Civitas, 1996, p. 364.

{202} Así Zugaldía Espinar. Op. cit., pp. 33 y ss.

{203} Claus Roxin . *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch,

2000, p. 24.

{204} Cfr. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 25 y ss. y 51 y ss. Así también Mir Puig. *Función de la pena*, cit., p. 44. Enrique Gimbernat Ordeig. *Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 12 y 13: afirma este autor que la sociedad tiene que acudir a la pena "para reforzar aquellas prohibiciones cuya observancia es absolutamente necesaria, para evitar, en la mayor medida posible, la ejecución de acciones que atacan las bases de la convivencia social, para conferir, en fin, a tales prohibiciones -con la amenaza y con la ejecución de la pena cuando no sean respetadas— un especial vigor que eleve a la instancia de la conciencia su efecto inhibidor". en *El sistema del derecho penal en la actualidad*, publicado genéricamente bajo el mismo nombre anterior, afirma: "El tipo tiene una función

*******ebook converter DEMO Watermarks********

motivadora. En él tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya no comisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar" (p. 63).

{205} Op. cit., pp. 41 y 42.

{206} Armin Kaufmann. *Teoría de las normas*, Depalma, 1977, p. 3.

{207} *Ibid*., pp. 3 a 7.

{208} *Ibid*. , p. 5 a 13.

{209} *Ibid*. , p. 13 y 19.

{210} *Ibid*. , p. 64.

{211} Gonzalo Quintero Olivares. *Manual de derecho penal. Parte general,* Aranzadi, 2000, pp. 48, 49 y 50.

{212} Diethart Zielinski . *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Hammurabi, 1990, pp. 5 y 6.

{213} *Ibid*., pp. 7 a 10.

{214} Cfr. Kaufmann. *Teoría* de las normas, cit., pp. 144 y ss.

{215} Zielinski. *Op. cit*., pp. 6 y 7.

{216} Citado por Kaufmann. *Teoría de las normas,* cit., pp. 12 y ss.

{217} *Ibid.*, p. 174.

{218} *Ibid*., p. 11.

{219} *Ibid*., p. 343.

{220} Gonzalo Rodríguez Mourullo. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 83 y 325.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{221} Georges Kalinowski . *Lógica de las normas y lógica deóntica,* Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1996, p. 9

{222} *Ibid*., p. 51.

{223} *Ibid*., p. 53.

{224} *Ibid*., pp. 52, 53, 54, 55 y 56.

{225} *Ibid*., p. 68.

{226} Ibid., p. 10.

{227} *Ibid*., p. 12.

{228} *Ibid*., pp. 12 y 13.

{229} Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin . *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política, 1997, pp. 41 a 44.

{230} José Ferrater Mora . *Diccionario de filosofía,* vol. II, Barcelona, Ariel, 1994.

{231} Con toda razón se dice que "las normas que subyacen a la ley penal tienen que dirigirse a la voluntad humana"; Günter Stratenwerth. *Acción y resultado en derecho penal,* Hammurabi, 1991, p. 41.

{232} Alchourron y Bulygin , *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, cit., pp. 18, 19, 41 a 44.

{233} Ibid., p. 9.

{234} *Ibid*., *p.48.*

{235} *Ibid*. , p. 62.

{236} Para profundizar en el tema consúltese Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 29 a 51; Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. *Sobre el concepto del derecho penal*, Universidad de Madrid, 1981, pp. 71 a 185; Jesús-María Silva Sánchez. *Aproximación al derecho penal contemporáneo,* Barcelona, Bosch, 1992, pp. 311 a

*******ebook converter DEMO Watermarks********

420; Francisco Muñoz Conde. *Derecho penal y control social,* Bogotá, Temis, 1999; Günter Stratenwerth. *Acción y resultado en el derecho penal*, Hammurabi, 1991.

{237} Así Kalinowski, *Lógica de las normas*, cit., p. 10.

{238} Así García-Pablos de Molina. *Derecho penal*, cit., p. 272.

{239} Susana Huerta Tocildo. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17 y 18.

{240} *Ibid*., p. 273.

{241} Hans-Heirinch Jescheck. *Tratado de derecho penal. Parte genera*l, vol. I, Bosch, 1981, pp. 318 y 319.

{242} García-Pablos de Molina. *Derecho penal*, cit., p. 274.

{243} Emilio Octavio de Toledo y Ubieto y Susana Huerta Tocildo. *Derecho penal. Parte general, Rafael Castellanos* , 1986, pp. 185 y 186.

{244} Quintero Olivares. *Manua*l, cit., p. 285.

{245} Rodríguez Mourullo, *Derecho penal,* cit., p. 327.

{246} Cfr. García-Pablos de Molina. *Derecho penal,* cit., pp. 274 y 278.

{247} *Ibid*. , p. 283.

{248} ".. .Un conjunto de declaraciones de voluntad dirigidas y concebidas para configurar el comportamiento de los súbditos del derecho en la forma deseada [.] El ordenamiento penal consta de *declaraciones de voluntad* del legislador, que reclaman un determinado comportamiento de los ciudadanos; sus normas, por ello, han de comprenderse como expresión de un deber ser dirigido a cada uno, como *imperativos*": García-Pablos de Molina. Derecho penal, cit., p. 279.

{249} Santiago Mir Puig. *Derecho penal. Parte general*, ppu, 1990, pp. 43 y 44.

{250} Quintero Olivares. *Manual,* cit., p. 52.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{251} Jescheck. *Tratado,* cit., p. 320.

{252} Mir Puig. Derecho penal, cit., pp. 44 y 45.

{253} Miguel Polaino Navarrete. *Derecho penal.* Parte general, t. ii, vol. i, Barcelona, Bosch, 2000, p. 50.

{254} Mirentxu Corcoy Bidasolo. *El delito imprudente*, ppu, 1989, p. 90.

{255} Quintero Olivares, *Manual*, cit., p. 291.

{256} De Toledo y Ubieto y Huerta Tocildo. *Derecho penal,* cit., pp. 168 y 169.

{257} Así Quintero Olivares. *Op. cit*., p. 57.

{258} Por ejemplo, José Manuel Gómez Benítez pone el acento en la norma subjetiva de determinación:"El desvalor de resultado no es, pues, un elemento independiente o autónomo en el plano de lo injusto,sino dependiente del desvalor de la acción, del que forma parte": *Teoría jurídica del delito. Parte general,* Madrid, Civitas, 1992, p. 82.

{259} García-Pablos de Molina. *Derecho penal, c*it., p. 285.

{260} Así Huerta Tocildo, *Sobre el contenido, cit*., pp. 32 y 50.

{261} Rodríguez Mourullo. Derecho penal, cit., p. 332.

{262} *Ibid*., pp. 100 y 389.

{263} *Ibid*., pp. 25 y ss.

{264} Igual consecuencia en Cuello Contreras. Op. cit., p. 357.

{265} Quintero Olivares. *Manual*, cit., p. 291.

{266} Sentencia C-739 del 22 junio de 2000, M. P.: Fabio Morón Díaz.

{267} Alchourron y Bulygin . *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, *cit*., p. 30.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{268} Siguiendo a Mir Puig se ha dicho: "El injusto total se da únicamente cuando la infracción de la normade cuidado va acompañada de la ausencia de causas de justificación, ya que sólo en este caso se habráinfringido el imperativo dirigido al ciudadano (ya sea en forma de prohibición o de prescripción)":Corcoy Bidasolo. *El delito, cit*., p. 58.

{269} *Ibid*., pp. 52 y 53.

{270} Kalinowski, *Lógica de las normas, cit*., p. 23.

{271} Así Silva Sánchez, *Aproximación, cit*., p. 313.

{272} Así Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Bien jurídico y derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 50 y 51.

{273} Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las siguientes sentencias: C-176 de 1993, C-301 de 1993, C-542 de 1993, C-221 de 1994, C-549 de 1994, C-070 de 1996, C-364 de 1996, C-430 de 1996, C-285 de 1997, C-309 de 1997, C-327 de 1997, C-616 de 1997, C-846 de 1999, T-090 de 1996, T- 248 de 1996 y SU-047 de 1999.

{274} Tal orientación admitiría coherentemente, si tuviese la naturaleza de monista, como prototipo de lo punible las figuras de la tentativa inacabada y acabada. Como lo importante es el desvalor de acción, en la primera es posible afirmar que no se ha completado la decisión de realización de la voluntad, lo que sí sucede en la segunda, lo cual marca la distinción punitiva entre una y otra. Importa la afectación al bien jurídico tutelado, por tanto, pese a que se permiten los delitos de peligro abstracto: ellos se constituyen a partir del puro desvalor de acción.

{275} En efecto, como lo anotan M. Cobo del Rosal y t. s. Vives Antón, "Directa o indirectamente, todosistema en el que el injusto no pueda determinarse sin una referencia al ánimo del agente se apoya en la*teoría de los imperativos,* pues sólo si se integra en el plano de la antijuridicidad el aspecto preceptivo de la norma jurídica puede afirmarse que la dirección de la voluntad constituye un componente esenciale imprescindible del injusto": *Derecho penal. Parte general,* Tirant lo Blanch, 1990, p. 211.

{276} Lo anterior se comprende mejor si se hace referencia a aquella posición doctrinal donde se equipara desvalor de acción con *desvalor de intención*: José Luis Serrano González de Murillo. *Teoría del* delito imprudente, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, p. 46.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{277} Francesco Carrara. *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1978, vol. i, p. 32.

{278} *Ibid*., p. 36.

{279} Cesare Beccaria. De *los delitos y de las penas*, Bogotá, Nuevo Foro, 1998, pp. 18 y 21.

{280} Nodier Agudelo Betancur. *Grandes corrientes del derecho penal*, 5a reimp., Bogotá, Nuevo Foro, 1997.

{281} Cfr. Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*, T. 11, Buenos Aires, Losada, 1950, p. 65.

{282} Rafael Garófalo. *La criminología*, Madrid, La España Moderna, sin fecha, p. 405.

{283} Rafael Garófalo. *Di un criterio positivo* della penalità, Napoli, Vallari, 1880, p. 52.

{284} Ferri. *Principios de derecho criminal, cit.*, p. 51.

{285} Lombroso , criticando el aislamiento celular continuo y la cárcel en concreto decía: "Las cárceles, reputadas como el lugar más seguro de corrección, son el principal centro de corrupción e incorregibilidad": *Los criminales*, Buenos Aires, Tor, 1943, p. 95.

{286} César Lombroso. *El delito, sus causas y remedios*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1902, p. 604.

{287} Ferri. *Principios de derecho criminal, cit*., p. 51.

{288} *Ibid.*, p. 269.

{289} Enrique Ferri. *Homicida en la psicología y en la psicopatología criminal*, Madrid, Reus, 1930, p. 337; las notas del pasional, en especial pp. 339 a 343.

{290} Ferri. *Principios de derecho criminal, cit*., p. 22.

{291} *Ibid.,* p. 575.

{292} *Idem.*

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{293} Carrara. *Programa de derecho criminal, cit.,* p. 218.

{294} Ferri. *Principios de derecho criminal, cit*., p. 292.

{295} *Ibid.*, p. 694.

{296} *Ibid.*, pp. 700 y 701.

{297} Franz von Liszt. "Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts", en *Strafrechtliche Aufsätze un Vorträge*, vol. 2, Berlín, Guttentag, I9°5, PP. 75 y ss.; este artículo saldrá publicado en la Universidad Externado de Colombia, con el título "Dogmática y Política Criminal", con traducción mía revisada por Fernando Velásquez Velasquez.

{298} Sobre esto puede verse Enrique Bacigalupo . "Sobre la dogmática penal y la criminología", en *Nuevo Foro Penal,* n.° 12, Bogotá, Temis, 1982, pp. 396 y ss.

{299} Arturo Rocco. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1999, p. 6.

{300} *Ibid.*, p. 8.

{301} Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, p.192 .

{302} Cfr. Hans Welzel. *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material,* Madrid, Civitas, 1979, p. 192.

{303} Cfr. Karl Larenz. *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994 , p. 46 .

{304} Jesús María Silva Sánchez. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p. 53.

{305} Cfr. Carlos Santiago Niño . Introducción al análisis del derecho, Barcelona Ariel, 1994, p. 335.

{306} Cfr. Miguel Polaino Navarrete. *Derecho penal, Parte general*, t. ii, "Teoría jurídica del delito",Barcelona, Bosch, 2000. En el mismo sentido, Hans-Heinrich zzzzzzzzzzz. *Tratado de derecho penal,* Colmares-Granada, 1993, p. 181.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{307} Este movimiento se desarrolla desde la llamada "escuela sudoccidental alemana"; al respecto cfr. Santiago Mir Puig. *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 233.

{308} Cfr. Bernd Schunemann. *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales,* Madrid, Tecnos, p. 54, y Mir Puig. *Introducción, cit*., p. 256.

{309} Cfr. en extenso, sobre el método fenomenológico y sus exponentes, dentro de los que se resalta a Welzel, Larenz. *Metodología, cit*., p.133.

{310} Welzel. *Introducción, cit*., p. 253.

{311} Silva Sánchez. *Aproximación, cit*., p. 58

{312} Ibid., p. 67 , y Schunemann. *El sistema moderno del derecho penal, cit.*, p.19 .

{313} Momento fundamental de este ataque a la forma tradicional de ver el derecho penal lo encontramos en 1966 al liderar Claus Roxin el conocido proyecto alternativo que influyó sobre la reforma al derecho penal de ese país. Al respecto, en extenso, cfr. Claus Roxin . Problemas básicos del derecho penal, Madrid, Reus, 1976.

{314} Cfr. en extenso Claus Roxin. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1980.

{315} Cfr. Günther Jakobs . "Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en condiciones de vigencia de la norma", en *Revista del Poder Judicial,* n.° 49, 1998, pp. 288 y 289.

{316} Cfr. Schunemann. *El sistema moderno del derecho penal, cit*., p. 70.

{317} Cfr. Silva Sánchez. *Aproximación, cit*., p. 70.

{318} Cfr. Muñoz Conde . *Derecho penal y control social*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 10 y ss.

{319} Cfr. Carlos Pérez del Valle. "Las categorías dogmáticas en el funcionalismo penal", en *Sentido y contenidos del derecho penal en la civilización*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, p. 309.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{320} Cfr. Roxin . Derecho penal, cit., p. 51.

{321} *Ibid*., nota I4.

{322} Cfr. Jesús María Silva Sánchez . *Política criminal y nuevo derecho penal, Barcelona*, Bosch, 1997, p. I7.

{323} Cfr. Juan Fernandez Carrasquilla. *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1989 ; Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 20000

{324} Fernando Velásquez Velásquez. *La problemática del error en la doctrina y jurisprudencia actuales,* Bogotá, Nuevo Foro Penal y Temis, 1984, p. 187.

{325} Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, p. 11 .

{326} *Ibid*., p. 20 .

{327} Antes de Beling se entendía por *Tatbestand* el hecho delictivo concreto o el cuerpo del delito. Cfr. Juárez E. X. Tavares. *Teorías del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 21.

{328} Cfr. Günther Jakobs. *Derecho penal. Parte general,* Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 190.

{329} Hans Welzel . *Derecho Penal Alemán,* 4^a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1993, p. 58.

{330} Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1995 , pp. 326 y ss.

{331} Welzel. *Derecho penal alemán, cit*., p. 75 .

{332} Cfr. Franz von Liszt. *Tratado de derecho penal*, t. II, 3^a ed., Madrid, Reus, p. 297.

{333} Cfr. José María Rodriguez Devesa y Alfonso Serrano Gómez. *Derecho penal. Parte general,* Madrid, Dykynson, 1995 , pp. 371 y ss.

{334} Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general,* t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 348.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{335} La teoría de la equivalencia de las condiciones ha sido objeto de fundadas críticas, entre las que cabe destacar: a. Su incapacidad para resolver eficientemente los casos de causas alternativas o accesorias, es decir, los eventos en que el suceso de todas formas puede producirse a pesar a la supresión mental de una verdadera causa, como cuando alguien dispara contra un reo al momento de su ejecución por el verdugo. b. No permite identificar las causas, porque si se desconoce el desarrollo de un determinado acontecer, esta teoría no lo revela; en tal hipótesis la fórmula de la *conditio sine qua non* es inoperante; c. Genera una regresión al infinito, por cuanto no establece límites "hacia atrás" respecto de aquello que puede entenderse como un antecedente necesario para la producción de un resultado.

{336} Cfr. Reinhart Maurach y Heiz Zipf. *Derecho penal. Parte general,* t. i, Buenos Aires, Astrea, 1994 , pp. 317 y ss.

{337} *Ibid*., p. 313 .

{338} Cfr. Jakobs. Derecho penal alemán, cit., pp. 11 y ss.

{339} A modo de ejemplo se menciona la hipótesis de la persona que conduce en exceso de velocidad durante un largo tramo de su recorrido y, cuando ya ha ajustado su conducta a los reglamentos de tránsito atropella a un peatón que se lanza intempestivamente a la calzada. El nexo causal es inobjetable, la creación de un riesgo desaprobado también es evidente, pero el riesgo que se realiza es uno distinto, atribuible al peatón. Cfr. Maurach y Zipf. *Derecho penal, cit.,* p. 320.

{340} Cfr. Nodier Agudelo Betancur. *Curso de derecho penal,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 38.

{341} No obstante, Mezger opinaba (entre otros) que solo la omisión propia admitiría esta diferenciación, porque la omisión impropia coincide con la estructura de la acción.

{342} Cfr. Reinhart Maurach y Heinz Zipf. *Derecho penal Parte general*, t. 1, trad. de la 7^{a} ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 58 y 59.

{343} Se hace referencia a ella en los términos que lo hace la mayor part de la doctrina; no obstante, debe tenerse en cuenta lo que Zaffaroni , con razón, señala: "Cuando se produjo el enfrentamiento de los positivistas con todo el pensamiento penal anterior, a Ferri se le ocurrió la fantasiosa idea de agruparlos a todos en el rótulo de 'escuela clásica',

******ebook converter DEMO Watermarks*******

considerando que Beccaria había sido su fundador y Carrara su máximo exponente. Semejante 'escuela' no existió jamás". Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni . *Manual de derecho penal. Parte general*, 6a ed., Buenos Aires, Ediar, 1988, pp. 221, 243 y 244

{344} Cfr. Alfonso Reyes Echandia. *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984 , p.42.

{345} Cfr. Mariana Sacher de Köster. *Evolución del tipo subjetivo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998 , pp. 34 a 38 .

{346} *Ibid.*, pp. 39 a 44 .

{347} *Ibid.*, pp. 45 a 49.

{348} *Ibid.*, pp.55 a 58.

{349} *Ibid.*, pp. 64 a 66.

{350} Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal. Parte general,* 2a ed., Bogotá, Temis, 1995, p. 287.

{351} Cfr. Nodier Agudelo Betancur. *Curso de derecho penal* (Esquemas del delito), Bogotá, Linotipia Bolívar, 1992, p. 43.

{352} Cfr. Hans Welzel. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 30.

{353} *Ibid.,* p. 34. Schünemann, respecto del finalismo, señala: "se produjo el reconocimiento de la existencia de un '*tipo subjetivo*', que aparecía junto al tipo objetivo. De ello resultaba, por otra parte, que los delitos dolosos y los imprudentes se distinguían ya en el plano de la tipicidad y que, en los delitos dolosos, el dolo típico pasaba a constituir elemento central del tipo subjetivo, completado, en determinadas clases de delitos, por los elementos subjetivos del injusto, como, por ejemplo, el ánimo de apropiación en el hurto". Cfr. Bernd Schünemann . "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales,* Madrid, Tecnos, 1991, p. 55.

{354} Cfr. Welzel. *El nuevo sistema*, cit., p. 69.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{355} Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*, t. i, trad. de la ﾎª ed. alemana, Madrid, Civitas, 1997 ,pp. 201 a 203 .

{356} Cfr. Schünemann. *Introducción*, cit., p. 71.

{357} Crítico respecto de la doble posición del dolo Schünemann. Op. cit., p. 74.

{358} Cfr. Hans-Joachim Rudolphi . "El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 91.

{359} Cfr. Roxin. *Derecho penal, cit*., p. 303. A pesar de las divergencias, en este aspecto coincide Jakobs cuando señala: "Esta separación de tipo objetivo y tipo subjetivo no significa falta de relación entre ambas partes: el tipo subjetivo es la condición del tipo objetivo [...] La exposición individualizada del tipo objetivo y del tipo subjetivo no debe inducir a suponer que cada una de las partes es de por sí, cualitativamente, injusto; más bien, una realización exclusivamente objetiva del tipo —p. ej., un homicidio inevitable— es una desgracia, pero no injusto, y un dolo de cometer delito sin aspecto externo no constituye ni siquiera tentativa" Cfr. Günther Jakobs. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación,* Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 200.

{360} Este concepto es una síntesis de diversas posturas que definen en forma genérica el tipo subjetivo. Así Muñoz Conde y García Arán lo definen como "el contenido de la voluntad que rige la acción". Cfr. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho penal Parte general*, 2a ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 281. Jakobs , por su parte, afirma que el tipo subjetivo "es la actitud psíquica (interna) del sujeto que en cada caso toma parte", y agrega, que es "la evitabilidad de la realización del objetivo". Cfr. Jakobs. *Derecho penal*, cit., p. 200. Desde una perspectiva sociológica comunicativa, Juan Bustos Ramírez considera que los elementos subjetivos de la tipicidad implican "la atribución de un comportamiento conforme a su sentido dentro de un determinado ámbito situacional". Cfr. Juan Bustos Ramírez. *Manual de derecho penal. Parte general.* 4a ed., Barcelona, ppu, 1994, p. 298.

{361} Cfr. Ramón Ragués i Valles . *El dolo y su prueba en el proceso penal,* Barcelona, Bosch, 1999, pp. 54 a 59.

{362} Ibid., pp. 57 a 60 .

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{363} *Ibid*., pp. 61 y 62.

{364} *Ibid.*, p. 72.

{365} Ibid., pp. 77 y 78 .

{366} *Ibid*., pp. 83 y ss. Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento citado por este autor fueron los siguientes: "El joven de casi 20 años de edad K. había conocido en 1953 al vendedor de seguros M., con quien había accedido a mantener ciertos contactos sexuales, probablemente a cambio de dinero. También por aquellas fechas, el citado K. entabló amistad con J. para poder comprar ropa y pagar el alquiler de una habitación; a estos dos últimos sujetos se les ocurrió la idea de sustraer a M. cierta cantidad de dinero, pensando que éste no los denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, por aquel entonces delictivas. Con este fin planearon que, una vez dentro de su vivienda, dejarían a M. inconsciente dándole un golpe con un saco de arena en la cabeza, habiendo descartado antes la posibilidad de hacerlo cortándole la respiración con una correa de cuero por el temor de causarle la muerte. El 25 de febrero de 1954 K. y J. convencieron a M. para que les permitiera pasar la noche en su casa, a lo que éste accedió. A las cuatro de la madrugada, y de acuerdo con el plan, J. golpeó a M. con el saco de arena en la cabeza, mientras éste dormía, acción que solo sirvió para despertarle. En aquel preciso momento K. recurrió a la correa de cuero que había llevado consigo y, con la ayuda de J., consiguió colocarla alrededor del cuello de M., tirando con fuerza de ambos extremos hasta que éste dejó de moverse, procediendo entonces a maniatarlo. Seguidamente se apoderaron de una serie de objetos y, tras intentar en vano algunas maniobras de reanimación, abandonaron la vivienda. A consecuencia del uso de la correa se produjo la muerte de M. El Tribunal del Jurado condenó a J. y K. como autores dolosos de dicha muerte". En el caso planteado, los acusados pretendieron directamente obtener un provecho económico ilícito, pero para lograrlo tuvieron que acudir a un procedimiento que lesionó otro bien jurídico (la vida del sujeto pasivo del hurto), resultado que no deseaban. El BGH , hasta entonces partidario de la *teoría del consentimiento*, no pudo acudir a ella por faltar la aprobación interna del resultado muerte; introdujo como criterio el de la "*aprobación del resultado en sentido jurídico*"", consistente en que cuando se persigue un objetivo y éste no se logra sino a través de una alternativa de acción que es peligrosa para un bien jurídico se entiende que el autor se conforma con el resultado, aunque en el evento concreto no lo haya querido. Con el planteamiento expuesto se estaba depurando el dolo de elementos emocionales; lo cual históricamente puede explicarse por que en la época en la cual se profirió la sentencia estaba en auge el finalismo, que promovió el concepto de dolo natural o avalorado; además

******ebook converter DEMO Watermarks*******

ideas como las de adecuación social y riesgo permitido permitían prescindir de elementos emocionales.

{367} Ver las diversas posiciones en Ragúes i Valles. *El dolo*, cit., pp. 127 a 153.

{368} Cfr. Jakobs. *Derecho penal*... Cit. p. 316.

{369} Cfr. Santiago Mir Puig. *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, ppu, 1990, pp. 255 y 256. Agrega este autor que para precisar el contenido del "tipo de injusto" se debe tomar una postura a ese respecto: "Si se utiliza el concepto clásico de tipo de injusto, como conjunto de elementos que fundamentan positivamente lo injusto del hecho (así, en el homicidio, el matar a otro), el dolo típico requerirá sólo el conocimiento y voluntad de realización de los elementos objetivos de esta naturaleza. En cambio, si se entiende el tipo como descripción del hecho antijurídico completo, que presupone la ausencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, el tipo doloso exigirá también conocer y querer la ausencia de estos presupuestos de la justificación".

{370} Cfr. Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte general*, 1, El hecho punible, trad. de la 2a ed. alemana (1976), Madrid, Edersa, 1982, p. 95: "El supuesto de hecho típico del delito no se compone de hechos valorativamente indiferentes o acromáticos, sino de circunstancias de hecho que se agrupan en una determinada significación. El dolo requiere la comprensión de esta significación".

{371} Acerca del dolo en las leyes en blanco y los elementos normativos del tipo cfr. Jakobs. *Derecho penal, cit.*, pp. 345 a 354.

{372} Fue una doctrina expuesta por Mezger y Arthur Kaufmann , que ha sido aceptada mayoritariamente. Según el primero de ellos, "es necesaria una apreciación de la característica del tipo en el círculo de pensamiento de la persona individual y en el ambiente del autor, que marche en la misma dirección y sentido que la valoración legal-judicial". Señala Mir Puig que ello significa que basta con que se conozca el significado que posee el elemento normativo al nivel del *profano*, es decir del no especialista, y debe concretarse todavía más, acudiendo al mismo nivel social en que se halla el autor. Cfr. Mir Puig . *Derecho penal,* cit., p. 259. También Hans-Heinrich Jescheck. *Tratado de derecho penal*. Parte general, 4a ed., Granada, Comares, 1993, p. 265. Reinhart Maurach y Heinz Zipf. *Derecho penal*, cit., t. 1, p. 394.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{373} Al conocimiento *efectivo* que es el realmente poseído por el agente se opone el *potencial*, que equivale a la mera posibilidad de advertir algo. El conocimiento actual es el que posee el sujeto al momento de estar cometiendo el hecho, y el *actualizable* es aquel que, a pesar de poseerse y tenerse disponible, no se considera al instante de actuar. Cfr. Velásquez Velásquez. *Derecho penal*, cit., p. 363. Este autor opina que el conocimiento que requiere el dolo también puede ser el "actualizable". En contra de esta postura, entre otros, Bustos Ramírez. *Manual,* cit., p. 303; Muñoz Conde y García Arán. *Derecho penal*, cit., p. 285, y Stratenwerth. *Derecho penal*, cit., p. 97, quien cita el siguiente caso: "Si, por ejemplo, un médico sabe que un medicamento, bajo determinadas condiciones, puede causar un colapso peligroso para la vida, y lo utiliza sin pensar que se dan nuevamente las mismas condiciones, tendrá un conocimiento *actualizable* de los momentos en que tales situaciones caracterizan a ese medicamento como 'veneno', pero carecerá, por cierto, de la conciencia y del dolo de envenenar".

{374} Sobre otras clasificaciones del dolo ver Velásquez Velásquez. *Derecho penal,* cit., pp. 365 y 366. También Reyes Echandía. *Derecho penal*, cit., pp. 268 a 271.

{375} RaguÉs iValles. *El dolo*, cit., pp. 177 a 186, cuestiona la clasificación tripartita del dolo que se justificaba en las teorías de la voluntad, porque el dolo directo de primer grado era la modalidad más perfecta de dolo. Pero en el dolo eventual el elemento volitivo no tiene que desempeñar papel alguno; basta para esta modalidad con que el sujeto atribuya a su conducta la capacidad de realizar un tipo penal. El dolo directo de primer grado es dolo, porque en él es necesario que el sujeto se represente la capacidad lesiva de su conducta; la intención no aporta nada; si ésta desaparece, el dolo se mantiene; en cambio, si falta la representación, aunque haya intención, no habrá dolo. Además, el que concurra una u otra modalidad de dolo no modifica la tipicidad ni la pena. Eliminado el elemento volitivo en el dolo, en el cual se basaba la clasificación, solo existe una forma de dolo

{376} Cfr. por todos Jescheck. Tratado, cit., pp. 267 y 268 .

{377} Cfr. Stratenwerth. *Derecho penal*, cit., p. 107. Otro ejemplo académico es el del caso Thomas, sucedido en 1875; éste pretendía explotar un barco con la finalidad de cometer una estafa de seguro, previendo como segura la muerte de la tripulación, aunque este resultado le era desagradable. Cfr. Roxin . *Derecho penal,* Cit., pp. 423 y 424. También Mir Puig. *Derecho penal,* cit., p. 261.

{378} Cfr. Maurach y Zipf. *Derecho penal,* cit., t. 1, p. 385.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{379} Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig. "Acerca del dolo eventual", en *Estudios de derecho penal,* 2a ed., Madrid, Civitas, 1981, p. 178. También es tomada la fórmula de Frank elaborada en 1901: "Si el autor se dice: 'Suceda así o de otra manera, en cualquier caso actúo', su culpabilidad es dolosa". Cfr. Juan Bustos Ramírez , y Hernán Hormazábal Malarée . "Política criminal y dolo eventual", en *Control social y sistema penal,* Barcelona, ppu , 1987, p. 237. Mir Puig. Derecho penal, cit., p. 262.

{380} Cfr. Gimbernat Ordeig . "Acerca del dolo eventual", cit., pp. 185 a 187. Agrega este autor: "lo que en verdad se decide en la teoría del consentimiento es si el agente tiene aspecto de facineroso o de buena persona. En el primer caso, se llegará a la conclusión de que habría dicho sí a la causación del resultado antijurídico antes que renunciar al propósito que directamente perseguía. en el segundo caso, su aspecto bonachón inclinará a pensar que si el resultado se lo hubiera imaginado como cierto no habría actuado como lo hizo, con la consecuencia de que sólo podrá ser castigado por imprudencia".

{381} Cfr. *Ibid*., pp. 184 y 185.

{382} Debe mencionarse que, dadas las dificultades de diferenciar el dolo eventual de la culpa consciente, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée han sostenido que el dolo eventual es culpa, con un elemento subjetivo agravatorio del injusto que consiste en una decisión en contra del bien jurídico. Cfr. Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée. *Política criminal,* cit., pp. 253 y 254. Parten de las teorías de la representación o del injusto para afirmar que en ellas la estructura del dolo eventual es la de una actividad que aumenta excesivamente riesgos, más allá de lo permisible social y jurídicamente; si desaparece ese riesgo excesivo desaparece el dolo eventual por mucho que haya una actitud anímica de "contar con" o una posición anímica de "decisión contra". Tales aspectos subjetivos solo cobran relieve en la medida de la existencia material objetiva del riesgo excesivo. Esta estructura de la violación de normas de cuidado es propia de los delitos imprudentes.

{383} Algunos autores introducen límites objetivos a la confianza exigiendo que ésta pueda considerarse racional para que lleve a la exclusión del dolo. Luzón Peña plantea una *teoría restringida del consentimiento de la aceptación,* según la cual la aceptación no se excluye por una confianza irracional e infundada en la no producción del hecho, sino que "la aceptación o consentimiento sólo se excluye por una confianza mínimamente fundada objetivamente, aunque errónea, en que no se produzca el hecho". Cfr. RaguÉs Valles. *El dolo,* cit., p. 106.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{384} Cfr. Mir Puig. Derecho penal, cit., pp. 265 y 266. Debe señalarse que el austríaco Platzgummer ha demostrado que respecto de cierta clase de elementos del tipo, existentes en el momento de la acción, ni siquiera hace falta tener consciencia de ellos para afirmar el dolo, basta una "co-consciencia". Así el elemento típico "funcionario": es muy posible que el funcionario que malversa no piense, al realizar el delito, en esa cualidad personal suya, pero no por ello podrá alegar que ha actuado sin dolo respecto de su cualidad funcionarial. Conocer el resultado típico es presupuesto para quererlo y, habiendo "co- consciencia" de los elementos del tipo, no puede negarse que hay voluntad en ellos y por ende están cobijados por el dolo. Cfr. Gimbernat Ordeig . "Acerca del dolo eventual", cit., pp. 188 y 189.

{385} Velásquez Velásquez consideró equivocada esta conclusión. Cfr. *Derecho penal,* cit., p. 361 .

{386} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de noviembre de 1997. Aplicó la Corte la "teoría de la voluntad o del consentimiento", como se desprende del siguiente aparte: " es precisamente en esta intencionalidad en donde radica la diferencia entre el dolo eventual y la llamada culpa con representación".

{387} "Al azar", como locución, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es: "Sin rumbo ni orden".

{388} Jescheck . Tratado, cit., pp. 284 a 288. Señala que "las dos denominaciones 'elementos subjetivos del injusto' y 'elementos subjetivos del tipo' son equivalentes: la primera se fija en la inclusión de todo el grupo de elementos en los factores que caracterizan el injusto de una clase de delito, mientras que la segunda indica que estos elementos se utilizan en la estructura del *tipo*. Por lo común, los elementos subjetivos del tipo sirven para constituir el injusto de una determinada clase de delito, pero se emplean también, con menor frecuencia, para construir *figuras cualificadas o privilegiadas* a partir de un delito base".

{389} Cfr. Mir Puig. *Derecho penal,* cit., p. 279 .

{390} 49 Cfr. Bustos Ramírez. *Manual,* cit., pp. 380 a 382.

{391} Cfr. Mir Puig. *Derecho penal,* cit., pp. 293 y 294.

{392} Jakobs define la imprudencia como "aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse". Cfr. Derecho penal, cit., p. 382. En otro de sus escritos manifiesta que "la imprudencia delata una falta de dominio sobre la propia

******ebook converter DEMO Watermarks*******

organización, es decir, incompetencia para 'gobernarse', y afecta, por tanto, al prestigio social". Cfr. "Sobre la función de la parte subjetiva del delito en derecho penal", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, 1989, p. 642. (original publicado en 1987 en *Der psychiatrische Sachverständige in Strafrecht)*.

{393} Cfr. Velásquez Velásquez. Derecho penal, cit., pp. 386 y 390. También Stratenwerth, citado por Roxin. *Derecho penal*, cit., pp. 1021 y 1022.

{394} Otros consideran que el resultado es condición objetiva de punibilidad. Sobre las diversas posturas acerca del desvalor de acción y el desvalor de resultado y su posición sistemática cfr. Roxin . Derecho penal, cit., p. 998. También Mir Puig. *Derecho penal,* cit., pp. 301 a 303.

{395} Cfr. Velásquez Velásquez. *Derecho penal*, cit., pp. 387 y 388.

{396} Cfr. Mir Puig. *Derecho penal,* cit., pp. 297 a 300. También Muñoz Conde y García Arán. *Derecho* penal, cit., pp. 304 y 305; Stratenwerth. *Derecho pena*l, cit., pp. 324 y 325. Velásquez Velásquez. *Derecho penal,* cit., p. 387.

{397} Cfr. Muñoz Conde y García Arán. *Derecho penal,* cit., p. 301.

{398} Cfr. Bustos Ramírez. *Manual,* cit., p. 386.

{399} Cfr. Mir Puig. *Derecho penal,* cit., p. 295 .

{400} Cfr. Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf. *Derecho penal Parte general*, t. 2, trad. de la 7a ed. alemana, Buenos Aires, Astrea, I995, pp. IS3 y IS4.

{401} Cfr. Jescheck. *Tratado*, cit., p. 516.

{402} Señalan Maurach y Zipf que la culpa consciente es un defecto del querer: el autor actúa pese a haber previsto la posibilidad de configuración del tipo. La culpa inconsciente es, por el contrario, un defecto en la representación y la voluntad: el autor actúa porque no previó la realización del tipo. agregan que para la culpa inconsciente rige el dicho de FouchÉ : "C'*est plus qu'un crime, c'est une faute*", "ya que frecuentemente la omisión en la utilización de las capacidades de comprensión y de voluntad resulta mayor que la ligereza contenida en la culpa consciente": cfr. *Derecho penal,* cit., t. 2, pp. 180 y 181. Crítico respecto de la perspectiva normativa de la culpa inconsciente Díez Ripolles , por cuanto la referencia

******ebook converter DEMO Watermarks*******

subjetiva de la representatividad es sustituida por una exigencia normativa, consistente en percibir un peligro. En este caso el sujeto ha actuado en forma neutral frente a las exigencias normativas del derecho, pues no se ha percatado de que debe evitar la situación de peligro, o ser cuidadoso: cfr. José Luis Díez Ripolles. *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 152 y 153.

{403} Cfr. Muñoz Conde y García Arán. *Derecho penal,* cit., pp. 312 y 313. Respecto de la regulación en España antes del Código Penal de 1995, cfr. Mir Puig. *Derecho penal,* cit., pp. 308 a 315.

{404} Cfr. Jescheck. *Tratado,* cit., pp. 519 y 520.

{405} Cfr. Mir Puig . Derecho penal, cit., p. 308.

{406} Cfr. Augusto Ibáñez Guzmán. *Apuntes de derecho penal. Parte general,* Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, pp. 369 a 378. También Alfonso Gómez Méndez. D*elitos contra la vida y la integridad personal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 180 a 187.

{407} Miguel Díaz y García Conlledo. *La autoría en derecho penal*, Barcelona, ppu, 1991 , p. 67 .

{408} Cfr. *Ibid*., p. 315.

{409} Cfr. Jacobo López Barja de Quiroga. *Autoría y participación*, Madrid, Akal, 1996, p.23.

{410} Díaz y García Conlledo. *Op. cit*., p.322 .

{411} Cfr. *Ibid.*, pp. 421 y ss.

{412} Enrique Gimbernant Ordeing. *Autor y cómplice en derecho penal,* Universidad de Madrid, 1966, p. 117.

{413} Reinhart Maurach. *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962, p. 309.

{414} Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal,* Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 42 .

{415} Günter Stratenwerth. *Derecho penal. Parte general*, I, Madrid, Edersa, 1982, p. 232.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{416} Roxin. *Autoría,* cit., p. 149.

{417} *Ibid.*, p. 169.

{418} Cfr. Díaz y García Conlledo. *La autoría,* cit., p. 596.

{419} Roxin. *Autoría*, cit., p. 309 .

{420} Cfr. Díaz y García Conlledo. *La autoría,* cit., pp. 653 y ss.

{421} Heiko H. Lesch. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995 , p. 70 .

{422} Günther Jakobs. *La imputación objetiva en derecho penal,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, '994' p- 8l.

{423} Alberto Suárez Sánchez . *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; Mario Salazar Marín . *Autor y partícipe en el injusto penal,* Bogotá, Temis, 1992; Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal. Parte general,* Bogotá, Temis, 1994; Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho penal fundamental,* Bogotá, Temis, 1987, entre otros.

{424} Juan J. Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de derecho penal,* vol. II, Madrid, Trotta, 1999, p. 289.

{425} José Ulises Hernández Plasencia. La autoría mediata en derecho penal, Granada, Comares, 1996, p. 95.

{426} Corte Suprema de Justicia. Casación del 3 junio de 1983 , M. P. Luis Enrique Aldana Rozo.

{427} Hernández Plasencia. *La autoría*, cit., p. 96.

{428} Díaz y García Conlledo. *La autoría*, cit., p. 596.

{429} Cfr. Roxin. *Autoría*, cit., pp. 267 y ss.

{430} Ibid., p. 170 .

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{431} Cfr. López Barja de Quiroga. *Autoría,* cit., p. 52 .

{432} Stratenwerth. *Derecho penal,* cit., p. 246.

{433} Cfr. Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de derecho penal*, vol. iv, Buenos Aires, Edair, 1982, p. 340.

{434} Suárez Sánchez . *Autoría y participación*, cit., p. 120.

{435} Enrique Bacigalupo Zapater. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999 , p.501 .

{436} María Gutiérrez Rodríguez. *La responsabilidad penal del coautor,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 135.

{437} Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en materia penal*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 1998, p* 314.

{438} Alberto Suárez Sánchez . *Autoría y participación,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 188 y ss.

{439} Cfr. Gutiérrez Rodríguez. *Op. cit*., p. 168.

{440} Cfr. Esteban Juan Pérez Alonso. *La coautoría y la complicidad necesaria en derecho penal,* Granada, Edit. Comares, 1998, p. 286.

{441} Miguel Díaz y García Conlledo. *Autoría en derecho penal,* Barcelona, Edit. ppu, 1991, p. 653.

{442} Pérez Alonso. *Op. cit.*, p. 286.

{443} Alfonso Reyes Echandía. *Obras completas*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1998 , p. 112 .

{444} Urs Kindhauser. *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, Manuel Cancio Meliá (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 7.

{445} Jacobo López Barja de Quiroga. *Autoría y participación*, Madrid, Edit. Akal/Iure, 1996, p. 74; en el mismo sentido Suárez Sánchez. Op. cit., p. 274.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{446} Pérez Alonso. *Op. cit*., p. 204.

{447} Cfr. Carolina Bolea Bordón. "La coautoría: concepto y delimitación", en xiv *Jornadas de Derecho Penal,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 250.

{448} Gutiérrez Rodríguez. *Op. cit.*, p. 300 .

{449} Roxin. Op. *cit.*, p. 308.

{450} Gutiérrez Rodríguez. Op. *cit.,* p. 320.

{451} Roxin. Op. *cit.*, p. 311 .

{452} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de mayo de 1991, rad. 4.392, M.

{453}P.: Gustavo Gómez Velásquez .

{454} Roxin. Op. cit., p. 312 .

{455} Pérez Alonso. Op. *cit*., p. 280.

{456} Gimbernat Ordeig. Op. *cit*., p. 159.

{457} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de febrero de 1983, M. P.: Fabio Calderón Botero

{458} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del ✈ de abril de 1983 .

{459} Eugenio Raúl Zaffaroni. *Derecho penal. Parte general,* Buenos Aires, Edit. Ediar, 2000, p. 757.

{460} Pérez Alonso. Op. *cit*., p. 239.

{461} Suárez Sánchez. Op. *cit.*, p.245 .

{462} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 18de febrero de 2004 , rad. 17 .252 ,M. P.: Hermán Galán Castellanos.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{463} Roxin. Op. *cit*., pp. 267 y ss.

{464} Gutiérrez Rodríguez. Op. *cit*., p. 431 .

{465} Ibíd., p. 435 .

{466} Percy García Cavero. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación,* Barcelona, Bosh, 1999, p. 119.

{467} Enrique Peñaranda Ramos . *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, Tecnos, ^90 p* ² 55.

{468} Casación del i° de diciembre de 1983, M. P. Alfonso Reyes Echandía; en el mismo sentido casaciones del 29 de julio de 1992 y 20 de junio de 1994, M. P. Edgar Saavedra Rojas .

{469} Corte Suprema de Justicia. Sentencia de única instancia del 26 de octubre de 2000, M. P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

{470} María del Carmen Gómez Rivero. *La inducción a cometer el delito,* Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 66.

{471} Cfr. Welzel. Op. *cit*., pp. 166 y ss.

{472} Gómez Rivero. *La inducción*, cit., p. 207.

{473} Suárez Sánchez. *Autoría,* cit., p. 342 .

{474} Cfr. López Barja de Quiroga. *Autoría...*, cit., p. 148.

{475} Velásquez Velásquez. *Derecho penal,* cit., p553 .

{476} Corte Suprema de Justicia. Casaciones del 2 de febrero, y 19 de abril de 1983.

{477} María del Carmen López Peregrín. *La complicidad en el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 202.

{478} Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Intervención y omisión,* Giro Editores, 2005; Miguel

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Córdoba Angulo . "La figura del interviniente en el Derecho Penal colombiano", Revista Derecho Penal y Criminología, vol. XXv, n° 75; y Miguel Díaz y García Conlledo. "La problemática de la delincuencia en el Código Penal colombiano", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XXvi, n° 77.

{479} Corte Suprema de Justicia. Casación 12 .191 del 25 de abril de 2002 .

{480} Corte Suprema de Justicia. Segunda Instancia n° 20.704 del 8 de julio de 2003, M. P.: Carlos Augusto Gálvez Argote .

{481} Roxin. Op. *cit*., pp. 389 y ss.

{482} Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Delito de infracción de deber y participación delictiva,* Madrid, Edit. Marcial Pons, 2002, p. 30.

{483} Günter Stratenwerth. *Derecho Penal. Parte General,* Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. San- cinetti (trads.), Navarra, Edit. Aranzadi, 2005, p. 340.

{484} Reinharth Maurach, Karl Heinz Gössel y Heinz Zipf. *Derecho Penal. Parte General,* Buenos Aires, Edit. Astrea, 1995, pp. 370 y 394.

{485} Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Parte General,* 5" ed., Barcelona, Corregrafic, 2000, p. 392.

{486} Díaz y García Conlledo. *La autoría*, cit., p. 691.

{487} Pérez Alonso. *La coautoría*, cit., p. 393.

{488} Alberto Suárez Sánchez . "El interviniente", *Revista Derecho Penal y Criminología* n° 72.

{489} Miguel Córdoba Angulo. "La figura del interviniente en el derecho penal colombiano", *Revista Derecho Penal y Criminología*, n° 75, enero/junio 2004.

{490} Roxin. *Autoría…*, cit., p. 389.

{491} Cfr. Heiko H. Lesch. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 69 y ss.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{492} En contra, entre otros Angelo Rafaela Latagliata. *El concurso de personas en el delito,* Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 263: "El estudio del concurso de varias personas en los delitos propios ha puesto de manifiesto que para la responsabilidad en el título del 'delito propio' no basta con el hecho exterior de la presencia, entre los concurrentes, de un sujeto calificado por el tipo de incriminación: si el tesoro de una administración pública aconseja a su amigo, que atraviesa por dificultades financieras, sustraer el dinero custodiado en la caja de la oficina, y para facilitar la empresa delictuosa deja intencionalmente abierta la caja de seguridad, el solo hecho de haber participado, con una actividad de instigación y de facilitación, en la sustracción del dinero público -cuya decisión de cometer o desistir compete a un tercero-, no resulta aún suficiente como para encuadrar la acción colectiva en el esquema del delito de peculado".

{493} Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Intervención y omisión*, Bogotá, Giro Editores, 2005, p. 45.

{494} Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 268.

{495} Para realizar un estudio más a fondo sobre la tentativa cfr. Miguel Córdoba Angulo. *La tentativa,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993; Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Bogotá, Temis, pp. 585 a 605; Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho penalfundamental*, t. II, 2a ed., Bogotá, Temis, 1995, pp. 370 a 390; Elena Farre Trepat. *La tentativa de delito*, Barcelona, Bosch, 1986.

{496} Sobre delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos cfr. Córdoba Angulo. *La tentativa,* cit., pp. 20 y ss.

{497} Santiago Mir Puig. *Derecho penal. Parte general,* 3a ed., Barcelona, ppu, 1990, p. 368.

{498} La Corte Suprema de Justicia, erróneamente a nuestro juicio, no acogió el criterio de inmediatez temporal al resolver un caso de estafa. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 26 de junio de 1992, M. P. Jorge Carreño .

{499} Cuando utilizamos la expresión "esquema final" hacemos alusión a aquellas posturas que ubican el dolo en sede de tipicidad.

{500} En el Código Penal de 1936 no se hablaba de hecho punible sino de "delito", tanto en la acabada como en la incabada.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{501} Sobre las distintas posiciones para distinguir tentativa acabada de inacabada cfr. Córdoba Angulo . *La tentaviva,* cit., pp. 49 y ss.

{502} La pena de la tentativa acabada era superior a la de la inacabada en vigencia del Código Penal de 1936, artículos 16 y 17.

{503} Alfonso Reyes Echandía. *Tipicidad,* 5ª ed., Bogotá, Temis, 1989, p. 160.

{504} En los casos de tentativa imposible el Código Penal de 1936 en su artículo 18 permitía imponer como sanción la del delito consumado y hasta prescindirse de ella.

{505} El Código Penal Militar (Ley 522 de 1999) consagraba esta modalidad de desistimiento como eximente de punibilidad, así como en caso de desistimiento de un partícipe, en los incisos segundos de los artículos 25 y 29; sin embargo, fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-368 del 29 marzo de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz .

{506} Cfr. Luis Enrique Romero Soto. *Concurso aparente de leyes. Hechos copenados,* Bogotá, Temis, 1993.

{507} Eugenio Raúl Zaff aroni. *Tratado de derecho penal. Parte general*, t. iv, Buenos Aires, Ediar, p. 562.

{508} Francisco Muñoz Conde. *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, p. 227.

{509} Lo que impone reconocer la tipicidad como categoría dogmática previa a la antijuridicidad, conforme el artículo 9° del Código de 2000.

{510} El derecho penal, como última razón de Estado, no puede prohibir o mandar lo que el resto del ordenamiento jurídico permite hacer o no hacer.

{511} Persiste sin embargo la discusión en torno a si las acciones de bagatela o insignificantes son un asunto que se resuelva por atipicidad o si son acciones típicas que no alcanzan a ser antijurídicas materialmente y, en uno u otro caso, sobre los criterios del funcionario para limitar lo insignificante o lo que no alcanza a ser considerado grave para efectos de antijuridicidad.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{512} Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau . Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 80.

{513} En palabras de nuestro Código Penal.

{514} En el mismo sentido Carlos Arturo Gómez Pavajeau . Algunas consideraciones sobre el nuevo Código Penal (en prensa), p. 10.

{515} Angel Sanz Morán. *Elemento subjetivos de la justificación*, Barcelona, Bosch, 1993.

{516} Por ejemplo Gómez Pavajeau. *Constitución*, cit., p. 25, dando prevalencia al desvalor de resultado; y Santiago Mir Puig. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 57 y ss. Dando prevalencia al desvalor de acción.

{517} Gonzalo Quintero Olivares. *Derecho penal,* Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 300.

{518} Gómez Pavajeau. Op. *cit*., pp. 17 y ss

{519} *Ibid*., pp. 19 y ss.

{520}Juan J. BustosRamírez. *Manual de derecho penal. Parte genera*l, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, p.110.

{521} Jesús María Silva Sánchez. *Aproximaciones al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, p* 57.

{522} Juan Fernández Carrasquilla. *Principios y nvormas rectoras del derecho penal,* Bogotá, Leyer, p. 206.

{523} Hernando Grisanti Aveledo . *Causas de justificación. Lecciones de derecho penal*, Caracas, Mobil, 1991, p. 129.

{524} Günther Jakobs . *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 419.

{525} Edmundo René Bodero. *Derecho penal básico,* ia ed., 1992, p. 67.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{526} Barragán Matamoros. *La legítima defensa actual,* Barcelona, Bosch, 1987, p. 23.

{527} El penalista alemán Geib ha dicho que la legítima defensa no tiene historia. No quiere significar esto que no se puedan señalar las principales etapas de la evolución histórica de la legítima defensa, sino

{528} Luis P. Sisco. *La defensa justa*, Buenos Aires, Librería El Ateneo, p. 128.

{529} Juan Fernández Carrasquilla . *Derecho penal fundamental*, 2 ed., Vol. 11, Bogotá, Temis, 1989, p. 347.

{530} Ernest von Beling. *Esquema de derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 26.

{531} "Desde Kant no deja de intentarse sustraerse a las consecuencias de decidirse por la justificación o la exculpación aceptando un actuar simplemente no prohibido en tanto que actuar en un ámbito libre o exento de derecho": Jakobs. *Derecho Penal,* cit., p. 494.

{532} Fernández Carrasquilla. *Derecho penal fundamental,* cit., p. 355.

{533} "La obediencia debida es una institución jurídica más compleja que el cumplimiento del deber legal y postula las siguientes diferencias: a. En el cumplimiento del deber legal se establece una relación directa e inmediata entre sujeto activo y la ley, en tanto que en la debida obediencia se interpone entre ambos la voluntad del superior; b. En el deber, pues, la interpretación de la norma le corresponde al mismo funcionario, mientras que en la obediencia le incumbe al superior": José María Rodríguez Devesa. *Derecho penal español. Parte general,* 8a ed., Madrid, Gráficas Carasa, 1981, p. 50.

{534} Dos situaciones caben dentro de este concepto: la de quien actúa o deja de hacerlo porque una norma legal se lo impone o permite, y la de quien realiza una conducta determinada en virtud de orden superior de autoridad.

{535} Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. junio 13 de 1995, M. P. Carlos Mejía Escobar, rad. 9785.

{536} Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 1995: "La doctrina de la Corte Constitucional, desde un principio, ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la

******ebook converter DEMO Watermarks*******

concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. El principio no absoluto de obediencia debida que prohija la Corte, no solamente corresponde a la noción aceptada por la conciencia jurídica universal como fruto de la evolución histórica y filosófica de tal concepto, sino que también coincide con el alcance que la doctrina del derecho penal le concede".

{537} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 30 de noviembre de 1983: "El consentimiento del sujeto pasivo como causal extrapenal de justificación aceptada doctrinariamente se presenta únicamente cuando se dan a plenitud las exigencias que también doctrinariamente han sido precisadas, esto es, que se trate de un derecho suceptible de disposición; que el consentimiento se otorgue previa o coetáneamente a la acción típica, que la persona sea capaz de consentir, y que el consentimiento sea voluntario y manifiesto".

{538} Cfr. Norberto J. de La Mata. "Política criminal y nuevo derecho penal", en *Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 398.

{539} Sobre el fundamento de la culpabilidad cfr. Miguel Córdoba Angulo . "Algunas reflexiones sobre el fundamento de la culpabilidad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.° 37, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 75 y ss.; Fernando elásquez elásquez. *Derecho penal. Parte general*, 3a ed., Bogotá, Temis, 1997, pp. 527 y ss.

{540} Nodier Agudelo Betancur. *Curso de derecho penal. Esquemas del delito*, Bogotá, 1992, pp. 45 y ss.

{541} En este sentido cfr. Córdoba. "Algunas reflexiones", cit., p. 81.

{542} Sobre la imposibilidad de demostrar la libertad de voluntad cfr. Enrique Gimbernat Ordeig . "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?", en *Estudios de derecho penal,* Madrid, Civitas, 1976, pp. 62 y ss.; Mercedes Pérez Manzano . *Culpabilidad y prevención*: *las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid, 1990, pp. 93 y ss.; Winfried Hassemer. "Alternativas al principio de culpabilidad", en Revista Doctrina Penal, año 5, Buenos Aires, Depalma, 1982, pp. 240 y ss.; Claus Roxin. *Sentido y límites de la pena estatal*, Madrid, Reus, 1976, pp. 13 y ss.

{543} Gimbernat Ordeig. "¿Tiene futuro?", cit., p. 62.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{544} Este trabajo fue traducido al español por Francisco Muñoz Conde , y corresponde a la conferencia pronunciada en mayo de 1979 en la Universidad de Berlín.

{545} Este trabajo se publicó en *Problemas actuales del derecho penal y procesal,* Universidad de Salamanca, 1971, pp. 87 y ss., y posteriormente en Estudios de derecho penal, Madrid, Civitas, 1976.

{546} Enrique Gimbernat Ordeig. "El sistema del derecho penal en la actualidad", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Civitas, 1976. Este trabajo corresponde a la ponencia con que intervino el autor en las "Jornadas Internacionales de Derecho Penal Argentino", Buenos Aires, octubre de 1971.

{547} Cfr. Córdoba . "Algunas reflexiones", cit., pp. 87 y 88.

{548} Cfr. Gimbernat Ordeig . "El sistema", cit., pp. 62 y ss.

{549} Cfr. Juan Fernández Carrasquilla. "Hacia una dogmática penal sin culpabilidad", en *Nuevo Foro Penal*, n.º 16, Bogotá, Temis, 1982, pp. 954 y ss.

{550} Cfr. José Cerezo Mir. "Culpabilidad y pena", en adpcp, 33, t. XXxiv, Madrid, mayo-agosto de 1980.

{551} Cfr. Juan Córdoba Roda . *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Bosch, 1977.

{552} Cfr. Claus Roxin . *Culpabilidad y prevención de derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, y *Problemas básicos de derecho penal,* Madrid, Reus, 1976.

{553} Cfr. Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran . *Derecho penal Parte general*, 3^a ed.,Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, pp. 389 y ss.

{554} Cfr. Santiago Mir Puig. *Derecho Penal. Parte general*, 4 ed., Barcelona, 1996, pp. 527 y ss.

{555} Cfr. José Manuel Gómez Benítez. *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general,* Madrid, Civitas, 1984, pp. 446 y ss.

{556} Cfr. Emilio Octavio de Toledo y übieto y Susana Huerta Tocildo. *Derecho penal Parte general Teoría jurídica del delito i*, Madrid, Rafael Castellanos, 1985, pp. 294 y ss.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{557} Cfr. Juan Bustos Ramírez. *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 371 y ss.

{558} Cfr. Günther Jakobs . "El principio de culpabilidad", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.° 50, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 125 y ss.

{559} El artículo 3° del nuevo Código Penal señala: "La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad. "El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan".

{560} El artículo 34 en su parte pertinente dice: "En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de las conductas han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o campañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria".

{561} Eugenio Raúl Zaffaroni. *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, pp. 559 y 560.

{562} Francesco Carrara. *Programa de derecho criminal*, p. 184 .

{563} Nodier Agudelo Betancur . *Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad,* Bogotá, Temis, 1982.

{564} Así Juan Fernández Carrasquilla. *Derecho penal fundamental,* t. ii, 2ª ed., Bogotá, Temis, 1989 , p.67 .

{565} Véase J*urisprudencia y Doctrina,* n.° 182, febrero de 1987, pp. 117 a 127; la cita en p. 124.

{566} Warren C. Howard. *Diccionario de psicología,* México, Fondo de Cultura Económica, p.211 .

{567} Ricardo Mora Izquierdo. "Psiquiatría forense y nuevo Código Penal", en *Revista Colombiana de Psiquiatría,* Bogotá, marzo de 1982, Vol. xi, p. 33; Lisandro Durán Robles y María Idalid Carreño Salazar . *Principios de psiquiatría forense*, Bogotá, Universidad Nacional, 1989, p. 181.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{568} Así Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal. Parte general,* 3ª ed., Bogotá, Temis, 1997 , p.570.

{569} Kurt Schneider. *Psicopatologia* clínica, Madrid, Paz y Montalvo, 1951, p. 77.

{570} Luis Jiménez de Asúa. *La ley y el delito*, México y Buenos Aires, Hermes, 1959, p. 348.

{571} Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de derecho penal,* t. iv, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 156.

{572} Velásquez Velásquez. *Derecho penal*, cit., p. 573.

{573} Citada por Luis Jiménez de Asúa. "Trastorno mental transitorio", en *El criminalista,* t. 2, Buenos Aires, La Ley, 1942, p. 266.

{574} Puede verse a Th. Kammerer , en *Manuel* Alphabétique de Psychiatrie, de Antoine Porot , París, Presses Univesitaries de France, p. 19; W. Weigandt . *Psiquiatría forense*, México, Nacional, 1959, p. 32.

{575} R. von Kraft-Ebing. *Medicina legal*, t. ii, Madrid, La España Moderna, sin fecha, p. 159.

{576} B. J. Logre. *Psiquiatría clínica*, Buenos Aires, Troquel, 1965, p. 123.

{577} Lawrence Kolb. *Psiquiatría clínica moderna,* 3ª ed., México, La Prensa Médica Mexicana, 1977 , pp.256 y 257.

{578} Kurt Kolle. *Psiquiatría*, Madrid, Alambra, 1964, p.303.

{579} Jiménez de Asúa . *La ley y el delito*, cit., p. 351; en le mismo sentido dice Edmundo Mezger : "también el afecto puede conducir a una compresión y perturbación de alto grado de la conciencia; así, verbigracia, en casos extremos de cólera o temor": *Tratado de derecho penal*, cit., T. 2, pp. 71 y 72.

{580} Así las denomina Emilio Mira y López . *Manual de psicología jurídica,* Buenos Aires, Librería El Ateneo, 1961, p. 36; también en Cuatro gigantes del alma, Buenos Aires, Librería El Ateneo, 1957.

{581} Las expresiones son tomas de Nicolás Becerra. *Derecho penal y diversidad cultural La cuestión indígena*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 21.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{582} Alfonso Reyes Echandía. *La imputabilidad*, 3a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 213 y ss.

{583} A esta conclusión llega Hernán Darío Benítez en el documento "Aventuras y desventuras de la diversidad étnica y cultural en la legislación penal colombiana para el siglo XXI", el cual me ha permitido consultar amablemente el autor.

{584} Giovanni Sartori . *La sociedad multiétnica. Pluralismo,* multiculturalismo y extranjeros, Madrid, Taurus, 2001, pp . 8 y 9.

{585} Véase a Harlan Lañe. *El niño salvaje de Aveyron*, Madrid, Alianza, 1984.

{586} Puede verse en nuestra *Inimputabilidad y responsabilidad penal*, Bogotá, Temis, 1984 .

{587} Reyes Echandía. *La imputabilidad,* cit., p. 203.

{588} *El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad penal*, 3a ed., Bogotá, Nuevo Foro, 1997, pp. 69 y ss.

{589} Edmundo Mezger. *Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 69.

{590} *Ibid*., p. 69 .

{591} La expresión corresponde a Eugenio Raúl Zaffaroni . *Tratado de derecho penal*, t. iv, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 85.

{592} Hans Welzel. *Derecho penal alemán,* Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1970, p. 95.

{593} Hans Welzel . "Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordung", en *Süddeutsche Juristen-Zeitung,*agosto de 1947, n.° 8, pp. 407 y ss.

{594} Esta es la interpretación que dice Juan Oberto Sotomayor, de la Universidad de Antioquia, es posible hacer.

{595} Winfried Platzgumer. *Die Bewussteinform des Vorsatzes*, Viena, Springer, 1964 , p. 89.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{596} Edmundo Mezger. *Tratado de derecho penal,* t. 11, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1949, p. 143.

{597} Luigi Scarano. La non esigibilità nel diritto penale, Nápoles, Humus, 1948, p. 11: "no constituye ni puede constituir una conquista reciente de la ciencia moderna".

{598} Sobre el tema puede verse el *excelente José Antonio Sainz Cantero. La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en el derecho penal,* Universidad de Granada, 1965.

{599} Reinhard Frank. *Estructura del concepto de culpabilidad,* Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1966, pp. 33 y 34.

{600} Reinhard. *Estructura del concepto de culpabilidad*, cit., p. 29 .

{601} Alfonso Reyes Echandía. *Derecho penal. Parte general,* 9ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984 , p. 261 .

{602} El conocimiento de la antijuridicidad es una de las principales manifestaciones del principio de culpabilidad en su concepción original; si el derecho penal reprochara indistintamente a quien actúa con conocimiento de la ilicitud de lo que hace y a quien obra sin tal conciencia, se dificultaría en extremo diferenciar la responsabilidad objetiva y la responsabilidad culpabilista.

{603} Para ahondar sobre la evolución del concepto de error cfr. Hernando Londoño Berrío. *El error en la moderna teoría del delito,* Bogotá, Temis, 1982.

{604} Algunos autores consideran desafortunada, sin embargo, la denominación "error de prohibición", por ser la expresión del imperativismo en el derecho penal. Cfr. Juan Fernández Carrasquilla. *Delito y error*, Bogotá, Temis, 1990, pp. 30 y ss.

{605} Como regla general, el único error relevante era el error de hecho, pues al presumirse el conocimiento de la ley el error de derecho debía ser intrascendente. Sin embargo, un importante sector de la doctrina le atribuyó carácter exculpatorio al error de derecho extrapenal.

{606} La jurisprudencia alemana acogió la teoría de la culpabilidad en 1957 . Cfr. Claus Roxin. *Derecho penal.Parte general*, t. 1, Madrid, Civitas, 1997 , p. 863 .

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{607} Sobre este particular pueden consultarse, entre otros, Hans Welzel. *Derecho penal alemán*, Santiago, Jurídica de Chile, 1993, pp. 190 y ss.; Günther Jakobs. *Derecho penal. Parte general,* Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 662 y ss.; Johannes Wessels. Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Depalma, 1980, pp. 130 y ss.

{608} El ejemplo más tradicional tiene que ver con la llamada "legítima defensa putativa": una persona, por error vencible pero cierto, cree equivocadamente ser objeto de una inminente agresión injusta y quita la vida a su supuesto agresor. Por una falsa percepción del contexto fáctico mata a otro bajo la convicción de que su comportamiento típico (matar a otro) en esas circunstancias particulares está justificado y, por lo tanto, no es antijurídico.

{609} Crf. Jakobs. *Derecho penal*, cit., pp. 665 y ss.

{610} Para complementar la información sobre las diversas hipótesis de error de prohibición cfr. Albín Esser y Björn Burkhardt. *Derecho penal,* Madrid, Colex, 1995, pp. 313 y ss.

{611} En este caso la persona no presume siquiera que su comportamiento esté tipificado penalmente. En una particular interpretación de esta hipótesis, Reyes Echandía entiende (a partir de un esquema causalista del hecho punible) que el error sobre la existencia del tipo es equivalente a la suma de todos sus elementos, por lo que ésta también sería una forma de error sobre el tipo. Cfr. Alfonso Reyes Echandía. "Derecho penal", en *Obras Completas,* vol. 1, Bogotá, Temis, 1998, p. 236.

{612} En este evento, la persona sabe sobre la existencia de un tipo penal que describe su conducta, pero por error cree que no ha entrado en vigencia o que ya la perdió.

{613} En esta tercera hipótesis la persona conoce la normatividad penal, pero cree equivocadamente (por una errónea interpretación de la misma) que no actúa en forma antijurídica.

{614} A. A. Smirnov y A. N. Leontiev. *Psicología*, México, Grijalbo, 1965, p. 355.

{615} F. Achille Delmas y Marcel Boll. *La personalidad humana,* Madrid, Aguilar, 1953, p. 61.

{616} Emilio Mira y López. *Cuatro gigantes del alma,* Buenos Aires, El Ateneo, 1957, p. 23.

{617} Luis Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal*, t. vi, 2ª ed., Buenos Aires, Losada, 1962, p.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

904.

{618} Emilio Mira y López. *Psiquiatría en la guerra*, Buenos Aires, Médico-Quirúrgica, 1944, pp. 42 y 43.

{619} Ernst Kretschmer. *Histeria, reflejo e instinto*, Barcelona, Labor, 1963 , p. 32.

{620} Jiménez de Asúa. *Tratado de derecho penal,* cit., p. 904.

{621} Marco Tulio Cicerón. "En defensa de T. A. Milón", en *Obras completas de Marco* Tulio Cicerón, t. vi, Buenos Aires, Anaconda, 1946, pp. 194 y 195.

{622} Antonio Vallejo Nágera. *Tratado de psiquiatría,* Barcelona, Salvat,1954 , p. 211 .

{623} Enrico Altavilla . *La dinámica del delito*, Bogotá, Temis, 1961, t. i, p. 120.

{624} *Ibid*., p. 121.

{625} Cfr. Juan-Felipe Higuera Guimera . La *eximente de miedo insuperable en el derecho penal común y militar español*, Barcelona, Bosch, 1991; y Daniel Varona Gómez. *El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia*, Granada, Comares, 2000.

{626} *Ibid*., pp. 142 y ss.

{627} Emilio Mira y López. *Manual de psicología jurídica*, Buenos Aires, El Ateneo, 1961 , p.117 .

{628} La punibidad, en este escrito, se tratará exclusivamente de manera descriptiva para analizar algunas de las normas recientemente expedidas, con el ánimo de permitir la comprensión de aquellas que presentan dificultades de interpretación y reseñar los principales cambios que se han hecho a la legislación.No se trata de hacer un desarrollo de la dogmática de la pena, por manera que este aspecto deberá ser consultado en los distintos manuales.

{629} La Corte Constitucional, en la sentencia C-565 de 1993, considera de especial importancia, en un Estado democrático de derecho, que la pena cumpla una función específica y un

******ebook converter DEMO Watermarks*******

servicio social. Dijo al respecto que acaso "una de las formas, quizás la más idónea, para asegurar los fines del Estado sea la de garantizar la convivencia pacífica, la cual se logra a través de la prevención y represión de las conductas delictivas mediante la imposición de penas y sanciones que sean verdaderamente proporcionales a la gravedad del hecho punible y a la mayor o menor afectación de los derechos fundamentales de las persona".

{630} El artículo 9º de la Ley 65 de 1993 dispone: "*Funciones y finalidad de la pena y de las medidas de seguridad.* La pena tiene función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización. Las medidas de seguridad persiguen fines de curación, tutela y rehabilitación".

{631} Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-153/98.

{632} La reinserción social como finalidad de la pena, por consiguiente, debe buscar que el condenado interiorice y se comporte de acuerdo con las reglas mínimas de convivencia social (base del respeto de los derechos de los demás), sin afectar su libertad de desarrollo personal.

{633} También el Código Penitenciario y Carcelario incorpora a la legislación, a través de su artículo 10, el derecho al trabajo, a la educación, a la cultura, al deporte y a la recreación, así como el principio de solidaridad, como normas constitucionales que orientan la ejecución de las sanciones penales.

{634} Corte Constitucional. Sentencia C-565 de 1993. Obsérvese que cuando la Corte se refiere a la necesidad de proteger, con la pena, los bienes jurídicos, hace expresa mención de que éstos deben ser "de los ciudadanos", con lo cual incorpora a la función preventiva de la pena también la finalidad de protección de los bienes jurídicos de los condenados, esto es, su dignidad, su libertad, su libre desarrollo de la personalidad, entre otros, de manera que la dimensión preventiva de la pena no puede fundarse exclusivamente en las necesidades de protección del orden social.

{635} La Corte Constitucional, en la sentencia C-565 de 1993 ya citada, dice respecto de la función preventiva de la pena: "La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva

{636} En la sentencia C-565 de 1993 la Corte Constitucional, a la ligera, concibió la prevención

******ebook converter DEMO Watermarks*******

especial como retribución justa, al decir que esta función de prevención especial se cumple con la "represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables".

{637} Vives Antón y Cobo del Rosal dicen, a propósito de la prevención: "El derecho penal preventivo o, mejor, la dimensión preventiva del derecho penal, ha girado en torno a dos instituciones básicas. La primera de ellas, la peligrosidad criminal. la segunda, las medidas de seguridad. Ambas han sido contrapuestas, respectivamente, a la noción de delito y a la pena" *(Manual de derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991, p. 775).

{638} Obviamente, dentro de nuestro enfoque, no creemos posible que existan condenados incorregibles, de manera que jamás podría admitirse que un juez pensara en la necesidad de pena para el cumplimiento de una función preventivo especial fundada, exclusivamente, en la retribución del mal causado con el delito o en la "inocuización" del sentenciado.

{639} La declaración legal de la existencia de un tratamiento progesivo resocializador ha sido rebatida ampliamente por la realidad, tal como quedó consignado en la sentencia de la Corte Constitucional T-153 de 1998, con lo cual pierde fuerza cualquier pretensión de estimar el tratamiento como un factor realmente incidente en el principio de necesidad de pena a no ser que se establezca previamente, en el proceso, que la cárcel a la cual debe ir el condenado a purgar su pena, cuente con las condiciones mínimas necesarias para cumplir ese fin resocializador del internamiento carcelario.

{640} Borja Mapelli Caffarena y Juan Terradillos Basoco . *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Civitas, 1990, p. 37.

{641} Algunos autores se refieren a la lesividad de la conducta.

{642} La norma resulta contraria al principio de proporcionalidad, en tanto que establece una sanción privilegiada para una sola especie de los concursos homogéneos.

{643} La Corte Constitucional dice respecto al principio de razonabilidad en su sentencia C-565 de 1993: "La tercera condición es que la diferenciación debe reunir el requisito de la razonabilidad. No basta con que se persiga una finalidad cualquiera: ha de ser una finalidad constitucionalmente admisible o, dicho con otras palabras, razonable. Ello implica que la diferenciación deba ser determinada no desde la perspectiva de la óptima realización de los valores constitucionales —decisión política de oportunidad—, sino de la perspectiva de lo

******ebook converter DEMO Watermarks*******

constitucionalmente legítimo o admisible".

{644} La naturaleza meramente explicativa de esta obra impide que nos adentremos en la crítica que merece la nueva legislación penal por haber desaprovechado la oportunidad de introducir en el sistema penal colombiano verdaderas penas sustitutivas de la prisión, de acuerdo con las modernas tendencias de algunos países desarrollados, con la necesidad de construir nuevos paradigmas que garanticen a la sociedad la reinserción del delincuente y la descongestión de las cárceles, asunto particularmente importante en los últimos tiempos, cuando los continuos motines en los centros de reclusión dejan decenas de víctimas cada mes.

{645} Artículo 41 del Decreto 100 de 1980 .

{646} Estas penas accesorias son llamadas en otras legislaciones medidas de seguridad postdelictuales.

{647} En el nuevo Código Penal hay solamente cuarenta y dos tipos penales que tienen prevista como sanción principal una pena no privativa de la libertad. Son los artículos 189 a 195, 198, 200, 202 a 204, 242, 248 inciso final, 254, 258, 272, 279, 281, 283, 284, 295, 296, 300, 322, 348, 355, 416 a 422, 426, 430 a 432 439' 4^{6}I 4^{62} y $4^{6}5$.

{648} Artículo 44.

{649} Debe tenerse en cuenta que las modernas teorías punitivas abogan por la supresión de penas largas privativas de la libertad porque, como dicen Mapelli Caffarena y Terradillos Basoco (*Las con secuencias jurídicas del delito*, p. 67), "la prisión perpetua o por un período excesivamente largo hace desaparecer total o parcialmente el tiempo para que el individuo puede rehacer su vida en libertad después del cumplimiento de la pena".

{650} Artículo 54 del Código Penal de 1980 .

{651} Cuando hacemos referencia a "una forma especial de delincuencia" queremos significar que los fundamentos reales modificadores de los límites de la pena constituyen, con el tipo básico al que califican, un nuevo tipo penal de mayor o menor punibilidad.

{652} Artículo 60 .

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{653} Artículo 66 .

{654} Inciso 2° del artículo 61, primera parte.

{655} Inciso 2° del artículo 61, in fine.

{656} Inciso 2º del artículo 61 , parte media.

{657} Artículo 61 .

{658} Este punto es necesario desarrollarlo más ampliamente porque presenta muchísimos aspectos que es preciso considerar, los cuales desbordan el propósito de esta obra.

{659} Artículo 68 .2 Código Penal de 1980 .

{660} Al igual que en todos los demás temas, la presentación de éste se hace con una intención meramente expositiva y explicativa, sin ocuparnos de las críticas que pueden hacerse a la pena de multa en tanto consecuencia del hecho punible que puede incrementar la desigualad social, ni de las dificultades procesales que implica su aplicación.

{661} En efecto, si con la regulación de la pena de multa lo que se pretende es racionalizar su aplicación y evitar la discriminación del sentenciado por su capacidad económica, no sería justo que la graduación del monto de la pena pecuniaria se hiciera con fundamento en el promedio de los ingresos recibidos en el último año anterior a la realización del delito (aun cuando este criterio parecería ser más ajustado al principio de legalidad de la pena), porque las contingencias propias del proceso penal podrían imponer al sentenciado una carga imposible de cumplir.

{662} Son delitos culposos, además de los enunciados: daños en los recursos naturales, contaminación ambiental, delitos de peligro común o que puedan ocasionar grave perjuicio para la comunidad, peculado y fuga de presos.

{663} Artículo 35.

{664} Para determinar las diferencias que existen entre las medidas de seguridad como respuesta sancionatoria a la conducta delictiva del inimputable y las medidas de seguridad como medio asistencial del estado (predelictual o postdelictual) orientadas a la prevención

******ebook converter DEMO Watermarks*******

especial, véase, por todos, Lorenzo Morillas Cueva . *Teoría de las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Tecnos, 1991, cap. vil.

{665} La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, la internación en casa de estudio o de trabajo, la libertad vigilada y la reintegración al medio cultural propio.

{666} Inciso 3° del artículo 96.

{667} Así sucede, por ejemplo, en la cultura emberá chamí, en donde subsisten algunos fundamentos taliónicos (venganza de sangre) en relación con las penas y, por consiguiente, una respuesta de la jurisdicción estatal que los indígenas consideren inadecuada a una conducta punible puede desencadenar la venganza del ofendido o de sus familiares, de manera que la reintegración al medio cultural propio puede ser un factor criminógeno adicional en el ámbito cultural correspondiente.

{668} Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho penal. Parte general,* Bogotá, Temis, 1994, p. 682.

{669} Hernán Fabio López Blanco . "Las medidas cautelares reales dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal", en *Tribuna Penal*, n.° 5, Medellín, 1987, p. 54.

{670} Ricardo Levene . *Manual de derecho procesal penal,* Buenos Aires, Abeledo Pierrot, 1953, p. 123.

{671} Arturo Valencia Zea. *Derecho civil*, t. III, Bogotá, Temis, 1979 , p. 202 .

{672} Corte Suprema de Justicia, Casación Civil. Sentencia del 19 de abril de 1993, M. P. Pedro Lafont PlANETTA.

{673} Francesco Carnelutti. *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. 1, Buenos Aires, Jurídicas Europa-América y Bosch,i950, pp. 187 y 188.

{674} Alfonso Reyes Echandía. Derecho penal. Parte general, reimp. 11" ed., Bogotá, Temis, 1988, p.104.

{675} *Ibid*., p. 105.

{676} Alfonso Reyes Echandía. *La tipicidad*, 5ª ed., Bogotá, Temis, 1984, p.43.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{677} Gilberto Martínez Rave. *La responsabilidad civil* en Colombia, 4ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1988, p. 380.

{678} Cristóbal Montes. *El incumplimiento de la obligaciones*, Madrid, 1989, pp. 249 y 250, citado por Mariano zquierdo Tolsada .

{679} Encarna Roca. *Derecho de daños*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998 , p. 125 .

{680} *Ibid*., p 343.

{681} Vicente Emilio Gaviria Londoño. *Temas civiles en el proceso penal*, Bogotá, Universidad Externando

de Colombia, 2001 , en prensa.

{682} Cfr. Santiago Mir Puig . "Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho Penal", en *Entre elfuncionalismo y el principialismo y las instituciones dogmáticas*, Esiquio Manuel Sánchez Herrera (coord.), Bogotá, Nueva Jurídica, 2002, p. 31.

{683} Al respecto, se puede consultar sobre todo su obra, que nos ha servido de fuente al lado de su manual de Derecho Penal general, *Problemas Básicos del Derecho Penal,* Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, Diego Manuel Luzón Peña (trad.), Madrid, Reus, 1976, pp. 114 a 119.

{684} El estudio fue realizado con base en la obra de Jakobs, pero sobre todo en *Estudios de Derecho Penal*, de Enrique Peñaranda Ramos , Carlos J. Súarez González y Manuel Cancio Meliá (trads. y estudio preliminar), Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Edit. Civitas, 1997.

{685} Una de esas excepciones lo constituye la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 4 de abril de 2003, proceso 12.742, M. P.: Alvaro O. Pérez Pinzón .

{686} Sobre la evolución del tipo imprudente se puede consultar Mirentxu Corcoy Bidasolo. *El delito imprudente. Criterios de imputación de resultados*, Barcelona, Bosch, 1989.

{687} Véase al respecto Hans Welzel . *Derecho Penal Alemán,* Juan Bustos Ramírez y Sergio áñez Pérez (trads.), Santiago, Ediciones Jurídicas del Sur, 1980, pp. 182 a 196. De igual manera, *El*

******ebook converter DEMO Watermarks*******

nuevo sistema de Derecho Penal, José Cerezo Mir (trad.), Barcelona, 1964.

{688} Esa relación íntima que hoy se puede presenciar entre imputación objetiva y delito imprudente ha sido clarificada por la doctrina extranjera de la siguiente manera: "En el delito imprudente no existe un deber objetivo de cuidado si no existe un peligro no permitido, por lo que se ha entremezclado la cuestión del riesgo no permitido con la determinación de la infracción del deber de cuidado. Es decir, en este punto se fusionan la teoría tradicional de la imprudencia con la teoría de la imputación objetiva y se integran de forma sencilla institutos para la determinación del deber de cuidado como el principio de confianza". Feijóo Sánchez. *Resultado lesivo*..., cit., pp. 187 a 190.

{689} Cfr. Santiago Mir Puig. *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2004, pp. 308-309; Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal*, parte general. Miguel Olmedo Cardenete (Trad.), 5.a ed., Granada, Editorial Comares, 2002, p. 648.

{690} Por todos, sobre la discusión doctrinal en torno a la diferenciación entre acción y omisión, cfr. Jesús María Silva Sánchez. *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 2.a ed., Montevideo-Buenos Aires, B. de F, 2003, pp. 245 y ss.

{691} Cfr. Mir Puig. *Derecho penal*..., cit.,p. 308.

{692} Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 253.

{693} En este sentido, cfr. entre otros: Leonardo Cruz Bolívar. "Los fundamentos de la omisión impropia y su tratamiento en el nuevo código penal", en *Estudios sobre omisión*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2002, pp. 83-84; Edmund Mezger. *Derecho penal. Parte general*, t. i, 6.a ed., Buenos Aires,Valletta Ediciones, 2004, p. 118; Susana Huerta Tocildo. *Problemas fundamentales de los delitos de omisión.* Madrid, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1987, p. 308; Hans Welzel. *Derecho penal alemán,* 4.a ed. en español, Juan Bustos Ramírez y Sergio áñez Pérez (trads.), Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 2002, p. 238; Armin Kaufmann. *Dogmática de los delitos de omisión.* Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, pp. 45-46.

{694} Cfr. por todos Enrique Gimbernat Ordeig. "Sobre los conceptos de omisión y

******ebook converter DEMO Watermarks*******

comportamiento", en *Derecho Penal y Criminología,* vol. x, n.° 36, septiembre-diciembre de 1988, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, pp. 96 y ss.

{695} Cfr. Franz von Liszt. *Tratado de derecho penal*, t. II., Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, vol. XXVI, Edit. Reus, 1927, pp. 285-288, 291-303.

{696} Cfr. Mezger. *Derecho Penal.*, cit., pp. 59, 69-72.

{697} Eduardo Montealegre Lynett. "Orientación dogmática del nuevo código penal colombiano",

{698} Cfr. Hans Welzel. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. José Cerezo Mir (trad.), Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2002, pp. 32-33, 42; Hans Welzel. *Estudios de derecho penal.* Gustavo Eduardo Aboso, Tea Löw (trads.), Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2002, pp. 30-31; Welzel. *Derecho penal alemán*..., cit., pp. 29-33, 39, 237-238.

{699} Cfr. Silva Sánchez. *El delito de omisión*..., cit., pp. 141-144; Cruz Bolívar. "Los fundamentos de la omisión..., cit., p. 82.

{700} Cfr. Claus Roxin. *Política criminal y sistema del derecho penal,* Barcelona, Bosch, 1972, pp. 19, 20, 27, 33, 4°.

{701} En lo que sigue, Cfr. Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 383-386, 496, 5°°.

{702} Cfr. Günther Jakobs. *Derecho penal. Parte general,* 2.ª ed., Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 940 y ss.; Günther Jakobs. *La competencia por organización en el delito omisivo*. Enrique Peñaranda Ramos (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 12.

{703} Este planteamiento teórico fue aplicado por la Corte Constitucional colombiana en sentencias SU- 1184 de 2001, M. P: Eduardo Montealegre Lynett y T- 980 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, en las que resuelve los casos sometidos a examen con sustento en el criterio de la posición de garante en virtud de incumbencia institucional, por razón de la pertenencia a la fuerza pública y al sistema de seguridad social en salud, respectivamente.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{704} Cfr. Günther Jakobs. "El concepto jurídico-penal de acción", en *Estudios de derecho penal*. Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González, Manuel Cancio Meliá (trads.), Madrid, uam Ediciones-Editorial Civitas, 1997, pp. 115-116.

{705} Cfr. Günther Jakobs. "La omisión: estado de la cuestión", en Claus Roxin, et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trads.), Madrid, Editorial Civitas, 2000, p. 131.

{706} Cfr. Günther Jakobs. *Acción y omisión en derecho penal*. Luis Carlos Rey Sanfiz, Javier Sánchez- Vera Gómez-Trelles (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 14.

{707} Cfr. Jakobs. "La omisión: estado…, cit., p. 131; Günther Jakobs. *La competencia por organización*…, cit., p. 13.

{708} Cfr. Jakobs. "El concepto jurídico-penal de acción…, cit., p. 115.

{709} Jorge Fernando Perdomo Torres. *El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 14; Jakobs, Derecho penal…, cit., p. 948.

{710} La doctrina ha clasificado las omisiones acogiendo diversidad de criterios. En el presente trabajo se han seleccionado aquellos que por su simpleza facilitan la comprensión del fenómeno. En profundidad sobre las diferentes clasificaciones de la omisión, cfr. Silva Sánchez, *El delito de omisión* , cit., pp. 389 y ss.

{711} Cfr., por todos, Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, et al. *Derecho penal, parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 570; Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend. *Tratado de derecho*…, cit., p. 652; Huerta Tocildo. *Problemas fundamentales*…, cit., p. 32; Kaufmann. *Dogmática*., cit., p. 252

{712} Cfr. Huerta Tocildo. *Problemas fundamentales*…, cit., p. 32; Hans Welzel. *Derecho penal alemán*…, cit., pp. 239-240; Mir Puig. Derecho penal…, cit., p. 312; Jescheck, Weigend. *Tratado de derecho*…,cit., p. 652.

{713} El artículo 131 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) lo define en los siguientes términos: "Artículo 131. *Omisión de socorro*. El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una

******ebook converter DEMO Watermarks*******

persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de ".

{714} Delito contemplado en el artículo 417 del código penal colombiano así: "Artículo 417. *Abuso de autoridad por omision de denuncia*. El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en ".

{715} El artículo 441 del código penal colombiano lo define de la siguiente manera: "Artículo 441. *Omisión de denuncia de particular*. El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contempladas en el Título ii y en el Capítulo iv del Título iv de este libro, en este último caso cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de ".

{716} Cfr. Cruz Bolívar. "Los fundamentos de la omisión , cit., p. 89; Jakobs. *Derecho penal*..., cit., p. 946; Mir Puig. *Derecho penalcit*., p. 312; Jescheck, Weigend. *Tratado de Derecho*..., cit., p. 652.

{717} Cfr. Gómez Pavajeau. *Estudios de dogmática*..., cit., p. 262.

{718} Cfr. Silva Sánchez. *El delito de omisión* , cit., p. 353; Welzel. *Derecho penal alemán* , cit., pp. 241-242; Zaffaroni, Alagia, et al. *Derecho penal*... cit., p. 573.

{719} Kaufmann. *Dogmáticacit*., p. 113.

{720} Cfr. Zaff aroni, Alagia, et al. *Derecho penal*..., cit., pp. 573-574.

{721} Cfr. Gómez Pavajeau. *Estudios de dogmática*..., cit., p. 262; Zaffaroni, Alagia, et al. *Derecho penal*. cit., p. 574; Mir Puig. *Derecho penal*., cit., p. 310.

{722} Cfr. Cruz Bolívar. "Los fundamentos de la omisión..., cit., pp. 106-109,

{723} Citado por Kaufmann. *Dogmática*., cit., p. 258.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{724} Cfr. por todos Welzel. *Derecho penal alemán*..., cit., pp. 249; Kaufmann. *Dogmática*., cit., p. 259. Es importante destacar que los tipos penales abiertos son aquellos "en los cuales la ley describe sólo una parte de los caracteres y confía al juez la labor de completar la otra, al indicarle sólo el criterio con arreglo al cual ha de completar el tipo. A estos 'tipos abiertos', o que 'necesitan ser completados', los encontramos, ante todo (...) en los delitos impropios de omisión // [donde] queda sin precisar el círculo de los autores y tiene que ser completado por el juez mediante el criterio de la 'posición de garante'. Por esta razón, los tipos de (...) los delitos impropios de omisión son (...) 'tipos que deben ser completados por el juez' (Welzel. *El nuevo sistema del derecho penal*., cit., pp. 73-74).

{725} En este sentido, cfr. Roxin. *Autoría y dominio*..., cit., p. 496; Jescheck, Weigend. *Tratado de derecho*..., cit., p. 668; Mir Puig. *Derecho penal*., cit., pp. 313, 317, 320; Silva Sánchez. *El delito de omisión*, cit., pp. 217, 271, 275, 294; 385, 420; 462.

{726} Cfr. Roxin. *Autoría y dominio*..., cit., p. 497; Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002, pp. 104, 105,

{727} Cfr., entre otros, Jescheck, Weigend. *Tratado de derecho*..., cit., p. 668; Welzel . *Derecho penal alemán*., cit., pp. 244-245, 263. En contraste con esta postura doctrinal, casi absolutamente dominante, puede ser consultada la tesis expuesta por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia , en sentencias del 4 de abril de 2003, M. P.: Alvaro Orlando Pérez Pinzón; y del 14 de noviembre de 2007, M. P.: Julio Enrique Socha Salamanca ; en las que el alto tribunal sostiene que el cómplice de un delito omisivo impropio debe ostentar posición de garante, postura que resulta criticable porque desconoce los desarrollos doctrinales en la materia, dado que quien es garante únicamente puede ser autor, con independencia de la importancia de su contribución al hecho. En el mismo sentido acá propuesto, sobre una de las jurisprudencias citadas se pronuncia Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal. Segunda parte*, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003,p. *115*.

{728} Cfr. Roxin. *Autoría y dominio*..., cit., p. 496; Roxin. *Política criminal*, cit., pp. 43-45; Jakobs. *Derecho penal*..., cit., p. 946.

{729} Cfr. Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. *Tratado* de derecho penal, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1989, pp. 65 y ss.; Jescheck, Weigend. *Tratado de derecho*..., cit., p. 647.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{730} Cfr. Huerta Tocildo. *Problemas* fundamentales..., cit., pp. 26-29.

{731} Cfr. Jescheck, Weigend. *Tratado* de derecho..., cit., p. 647; Huerta Tocildo. *Problemas fundamentales*..., cit., p. 30.

{732} Cfr. Jescheck, Weigend. *Tratado* de derecho..., cit., p. 647; Jorge Fernando Perdomo Torres. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 24 25.

{733} Cfr. Von Liszt. *Tratado de derecho*..., cit., p. 304.

{734} Cfr. Perdomo Torres. *La problemática de*..., cit., pp. 32-33; Huerta Tocildo. *Problemas fundamentales*..., cit., p. 75.

{735} Cfr. Kaufmann. *Dogmática*..., cit., pp. 253 y ss., 281-282, 289-291, 311-308.

{736} Cfr. Kaufmann. *Dogmática*..., cit., pp. 289-290.

{737} Cfr. Jescheck, Weigend. *Tratado de derecho*..., cit., p. 652; Mir Puig. *Derecho penal*., cit., pp. 312, 328; Gómez Pavajeau. "Dogmática, cit., p. 31; Silva Sánchez. *El delito de omisión*, cit., p. 361.

{738} Al respecto, cfr. Von Liszt. *Tratado de derecho*., cit., pp. 305-307; Mezger. *Derecho penal. Parte general.*, cit., p. 83; Welzel . *Derecho penal alemán*..., cit., p. 251; Antolisei. *Manual de derecho penal.*, cit., p. 177.

{739} Sobre la causalidad hipotética, cfr. por todos, Zaffaroni, Alagia, et al. *Derecho penal*., cit., pp. 574575.

{740} Por todos, cfr. Mir Puig. *Derecho penal.*, cit., p. 329.

{741} Cfr., por todos, Jakobs. *Derecho penal*..., cit., pp. 959-961; Silva Sánchez. El delito de omisión, cit., pp. 8, 237, 262.

{742} Cfr. Mir Puig. *Derecho penal*., cit., p. 317.

{743} En este sentido, Gómez Pavajeau. *Estudios de dogmática*..., cit., pp. 264-265.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

{744} La norma dispone literalmente:Artículo 25. *Acción y omisión*. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley. Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales".

{745} Cfr. Cruz Bolívar. "Los fundamentos de la omisión", cit., p. 122; Gómez Pavajeau. *Estudios de dogmática…*, cit., pp. 288-289.

{746}Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia de 27 de julio de 2006, M. P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, rad. 25536.

{747} En el mismo sentido, Cfr. Cruz Bolívar. "Los fundamentos de la omisión", cit., p. 123.

{748} En extenso sobre esta situación generadora de posición de garante, cfr. Andrade Castro. *La posición de garantía en virtud de una estrecha*, cit., pp. 68 y ss.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

Universidad Externado de Colombia

Lecciones de derecho penal. Parte general sistematiza diversos estudios teóricos, elaborados por profesores del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia que con total autonomía conceptual abordan el análisis sintético de los tópicos fundamentales de dicha área del conocimiento.

La elaboración de la presente obra fue promovida por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia, con la finalidad esencial de poner a disposición de los lectores –con particular orientación a los estudiantes de la Facultad de Derecho de esta Alma Mater– un texto de consulta básica, pero con profundidad y rigor científico, que los dote de las herramientas mínimas para el aprendizaje de los principales desarrollos que se han dado en esta materia, desde los enfoques dogmático, legal y jurisprudencial.

Por tal motivo, esta obra constituye instrumento ineludible para el desempeño de estudiantes, funcionarios judiciales, abogados litigantes y, en general, los estudiosos del tema.

******ebook converter DEMO Watermarks*******

******ebook converter DEMO Watermarks*******