TERCERA EDICIÓN

Jason Alexander Andrade Castro
Nódier Agudelo Betancur
Gerardo Barbosa Castillo
Hernando Barreto Ardila
Darío Bazzani Montoya
Ángela María Buitrago Ruiz
Jorge Calcías Vera
Miguel Córdoba Angulo
Leonardo Cruz Bolívar
José Manuel Díaz Soto
Guillermo Ferro Torres
Vicente E. Gaviria Londoño
Carlos A. Gómez Pavajeau
Iván González Amado
Alberto Hernández Esquivel
Camilo Sampedro Arrubla
Cielo Mariño Rojas
William Monroy Victoria
Carmen Eloísa Ruiz López
Alberto Suárez Sánchez
Esiquio M. Sánchez Herrera
José Joaquín Urbano Martínez

LECCIONES DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Universidad Externado de Colombia

Table of Contents

Cover Page

Cubierta

Portada

Créditos

Contenido

Lección 1: Concepto y función del derecho penal

Lección 2: Teoría de los fines de la pena

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

Lección 4: Relaciones de la criminología con el derecho penal

Lección 5: Relaciones del derecho penal con otras disciplinas

Lección 6: Fuentes del derecho penal

Lección 7: Interpretación de la ley penal

Lección 8: Ámbito de validez temporal de la ley penal

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

Lección 10: Teoría de la norma

Lección 11: Evolución del método dogmático

Lección 12: Transformación del método dogmático

Lección 13: Teoría del delito. Tipo objetivo

Lección 14: Imputación objetiva y delito imprudente*

Lección 15: El delito de omisión

Lección 16: Aspecto negativo de la tipicidad

Lección 17: Autoría y participación

Lección 18: Tentativa

Lección 19: Concurso de tipos penales

Lección 20: Tipo subjetivo

Lección 21: La antijuridicidad

Lección 22: Causales de exclusión de responsabilidad

Lección 23: Cuestiones básicas del estado de necesidad justificante

Lección 24: Culpabilidad

Lección 25: Elementos de la culpabilidad

Lección 26: Error de prohibición

Lección 27: Causales de inculpabilidad

Lección 28: La punibilidad

Lección 29: Consecuencias civiles del delito

Notas Al Pie

Los autores

Contracubierta

TERCERA EDICIÓN

Jason Alexander Andrade Castro
Nódier Agudelo Betancur
Gerardo Barbosa Castillo
Hernando Barreto Ardila
Darío Bazzani Montoya
Ángela María Buitrago Ruiz
Jorge Calcías Vera
Miguel Córdoba Angulo
Leonardo Cruz Bolívar
José Manuel Díaz Soto
Guillermo Ferro Torres
Vicente E. Gaviria Londoño
Carlos A. Gómez Pavajeau
Iván González Amado
Alberto Hernández Esquivel
Camilo Sampedro Arrubla
Cielo Mariño Rojas
William Monroy Victoria
Carmen Eloísa Ruiz López
Alberto Suárez Sánchez
Esiquio M. Sánchez Herrera
José Joaquín Urbano Martínez

LECCIONES DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

Universidad Externado de Colombia

LECCIONES DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

TERCERA EDICIÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

Lecciones de derecho penal : parte general / Jaime Bernal Cuéllar [y otros] – Bogotá : Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología. 2019. Tercera edición.

670 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 9789587901238

1. Derecho penal 2. Criminología 3. Culpa jurídica 4. Delitos 5. Ilegalidad I. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología II. Título

343 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.

Abril de 2019

ISBN 978-958-790-123-8

©2019, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 3420288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.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

Tercera edición: abril de 2019

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Corrección de estilo: Óscar Torres Angarita

Composición: María Libia Rubiano

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres

Tiraje: de I a I.000 ejemplares

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.

Diseño epub:

Hipertexto – Netizen Digital Solutions

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ
CARMEN ELOÍSA RUIZ MIGUEL
CÓRDOBA ANGULO HERNANDO
BARRETO ARDILA CIELO MARIÑO
ROJAS ÁNGELA MARÍA BUITRAGO
RUIZ JORGE CALDAS VERA
GUILLERMO FERRO TORRES DARÍO
BAZZANI MONTOYA CARLOS
ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU
NÓDIER AGUDELO BETANCUR
LEONARDO CRUZ BOLÍVAR
GERARDO BARBOSA CASTILLO
ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ
HERRERA JASON ALEXANDER
ANDRADE CASTRO ALBERTO SUÁREZ
SÁNCHEZ ALBERTO HERNÁNDEZ
ESQUIVEL JOSÉ MANUEL DÍAZ SOTO
CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA
ADRIANA MERCADO CRUZ ELENA
SUÁREZ DÍAZ WILLIAM MONROY
VICTORIA JORGE FERNANDO
PERDOMO TORRES IVÁN GONZÁLEZ AMADO

VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO

CONTENIDO

Presentación

Jaime Bernal Cuéllar

Lección 1

Concepto y función del derecho penal

José Joaquín Urbano Martínez

Lección 2

Teoría de los fines de la pena

Carmen Eloísa Ruiz

Miguel Córdoba Angulo

Lección 3

Concepción del Estado y su influencia en la teoría del delito

Hernando Barreto Ardila

Lección 4

Relaciones de la criminología con el derecho penal

Cielo Mariño Rojas

Lección 5

Relaciones del derecho penal con otras disciplinas

Ángela María Buitrago Ruiz

Lección 6

Fuentes del derecho penal

Jorge Caldas Vera

Lección 7

Interpretación de la ley penal

Guillermo Ferro Torres

Lección 8

Ámbito de validez de la ley penal

Hernando Barreto Ardila

Lección 9

Ámbito espacial y personal de validez de la ley penal

Darío Bazzani Montoya

Hernando Barreto Ardila

Lección 10

Teoría de la norma

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

Lección 11

Evolución del método dogmático

Nódier Agudelo Betancur

Lección 12

Transformación del método dogmático

Leonardo Cruz Bolívar

Lección 13

Teoría del delito. Tipo objetivo

Gerardo Barbosa Castillo

Lección 14

Imputación objetiva y delito imprudente

Esiquio Manuel Sánchez Herrera

Lección 15

El delito de omisión

Jason Alexander Andrade Castro

Lección 16

Aspecto negativo de la tipicidad

Alberto Suárez Sánchez

Lección 17

Autoría y participación

Alberto Hernández Esquivel

José Manuel Díaz Soto

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

Lección 18

Tentativa

Miguel Córdoba Angulo

Lección 19

Concurso de tipos penales

Camilo Sampedro Arrubla

Lección 20

Tipo subjetivo

Adriana Mercado Cruz

Elena Suárez Díaz

Lección 21

La antijuridicidad

Camilo Sampedro Arrubla

Lección 22

Causales de exclusión de responsabilidad

William Monroy Victoria

Lección 23

Cuestiones básicas del estado de necesidad justificante

Jorge Fernando Perdomo Torres

Lección 24

Culpabilidad

Miguel Córdoba Angulo

Lección 25

Elementos de la culpabilidad

Nódier Agudelo Betancur

Lección 26

Error de prohibición

Gerardo Barbosa Castillo

Lección 27

Causales de inculpabilidad

Nódier Agudelo Betancur

Lección 28

La punibilidad

Iván González Amado

Lección 29

Consecuencias civiles del delito

Vicente Emilio Gaviria Londoño

Los autores

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, con 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 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 es una herramienta útil para los profesionales que requieren 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 labor constructiva de ofrecer alternativas de interpretación y aplicación del 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, escribieron una primera edición de esta obra como aporte innovador para la celebración de los 125 años de la Universidad Externado de Colombia. En esta ocasión, los docentes del departamento realizaron un nuevo esfuerzo colectivo para actualizar estas lecciones y brindar a los estudiantes y a la comunidad académica y profesional un libro que incluya las últimas tendencias del derecho penal. A ellos, por su esfuerzo y celeridad en la culminación de sus aportes, nuestros reconocimientos por esta, que seguirá siendo, con certeza, una obra de consulta y referencia obligada.

JAIME BERNAL CUÉLLAR

Director Departamento de Derecho Penal y Criminología

Universidad Externado de Colombia

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

Lección 1: Concepto y función del derecho penal

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].

Y 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 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 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 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 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.

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.

II. 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 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 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 legitimadoras 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.

1. 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 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 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

Ya 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 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.

1. 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 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. FUNCION SIMBOLICA

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 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.

BIBLIOGRAFÍA

BARBOSA CASTILLO, GERARDO y 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 penal, Bogotá, Librería del Profesional, 1996.

DE TOLEDO Y 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.

CARMEN ELOÍSA RUIZ

MIGUEL CÓRDOBA ANGULO

Lección 2: Teoría de los fines de la pena

Frente al concepto de pena han 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[1]. 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 línea con lo señalado, actualmente, Peñaranda[2] propone como definición:

La pena (criminal) es una privación o restricción de bienes jurídicos, prevista por la ley e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes a través del procedimiento legalmente establecido, como castigo por la realización de un hecho jurídicamente desaprobado y constitutivo de delito a aquel a quien se considera responsable de su comisión.

Ahora bien, 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[3]. 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”[4]. 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[5].

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[6]. A medida que este evoluciona y se transforma[7], la pena también lo hace. Nos referiremos brevemente 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 aquellas.

En este orden de ideas, podemos agrupar de la siguiente manera las teorías que sobre los fines[8] de la pena se han expuesto.

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[9]. No obstante, 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[10].

La función[11] 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 mediante 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[12].

Para Kant[13], 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. Al hilo de lo anterior, el hombre es considerado un “fin en sí mismo”, que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad. De modo que la ley penal se presenta como un imperativo categórico, es decir, como exigencia incondicionada de la justicia[14].

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 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[15].

La posición central de estas teorías absolutistas gira en torno a la idea de que el hombre es un fin en sí mismo; en donde la pena no se justifica por sus positivas consecuencias sociales, por su necesidad o su utilidad para la comunidad, sino por principio —como se tuvo ocasión de señalar— por la propia exigencia categórica absoluta de justicia de que quien ha cometido el delito reciba lo que se merece[16].

Debemos recordar la época histórica 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[17].

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 esta indemostrable empíricamente. Tampoco es aceptable como retribución del hecho injusto[18], 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.[19]

3. En cuanto a la función del Estado, 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 consista solo en un mal: otra cosa es que lleve como consecuencia un mal[20].

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, mediante la pena, determinados fines, ya sea por intermedio de la prevención general o bien por la prevención especial. Las cuales procuran evitar la comisión de nuevos comportamientos punibles; es decir, la pena debe tener un carácter estrictamente preventivo[21].

Las siguientes son las corrientes que orientan estas teorías.

A. PREVENCIÓN GENERAL

Es el fin de la pena que ofrece como alternativa el Estado liberal no intervencionista, en el que se da prioridad al Estado de derecho; en esta propuesta dominan las corrientes racionalistas utilitarias laicas[22].

Entre sus exponentes se destacan Beccaria[23], 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[24]. Al ver la pena como la amenaza de un mal, su fin es intimidar a los individuos que se pudieran inclinar por el camino del delito. Se trata de obtener ello 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[25].

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 intimidatorio sobre la colectividad, llegando incluso al terror penal. Crítica que da origen a la prevención general positiva, fin de la pena que desarrollaremos adelante.

2. Presenta imposibilidad de romper el dilema relativo a sobre qué comportamientos puede o no el Estado ejercer la intimidación[26].

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[27], la prevención general no puede perseguirse únicamente por medio 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 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[28]: se creó la necesidad de una intervención mayor del Estado en todos los procesos sociales y un asentamiento del modo de producción capitalista[29].

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[30] 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 características especiales. 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 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[31].

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[32].

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[33].

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[34]. 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[35].

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, 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 a 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 esas teorías radica en la retribución, con la cual se buscan fines de prevención general y prevención especial.

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. Sumado a lo anterior, actualmente se acoge la concepción en virtud de la cual se entiende que la retribución, la prevención general y la

especial son distintos aspectos de un fenómeno complejo como la pena[36].

En este orden de ideas, 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 exigencias de resocialización. De modo que se opta por desechar los puntos críticos de las diversas posturas y de rescatar los beneficios de cada una[37].

IV. TEORÍAS MODERNAS 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 posibles infractores de la ley penal[38].

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 el ius puniendi del Estado. 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[39].

También Jakobs propugna la prevención general positiva fundamentadora, y coincide con Welzel en buscar que la colectividad sea fiel 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 protección inmediata de bienes jurídicos ni la prevención especial.

Baratta y otros autores han señalado objeciones a la concepción fundamentadora, 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[40].

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 esta 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[41].

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[42].

B. PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA LIMITADORA

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, son seguidas por un amplio sector de la doctrina[43].

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[44]; entre ellos, y como última ratio, el derecho penal que debe traer penas limitadas. Esa limitación la encontramos no solo 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, con su “teoría unificadora dialéctica”[45], y Schmidhauser[46], 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[47].

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 la amenaza penal, es decisivo el carácter de prevención general, pues es cuando el legislador prohíbe 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 una 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.

Al hilo de lo señalado, la retribución es aceptada en la sede que nos ocupa, en la medida en que el autor es castigado con arreglo a su culpabilidad, que es el único aspecto de la retribución admitido por Roxin, quien rechaza abiertamente que la pena no pueda ser inferior a lo que imponga la culpabilidad, como se estima en el retribucionismo[48].

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[49].

V. CONSTITUCIÓN POLÍTICA, LEY 599 DE 2000 Y 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 particular la pena y los fines de esta.

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

Con relación a los principios de las sanciones penales, el artículo 3.º 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.

Por su parte, en lo relativo a las funciones de la pena, el artículo 4.º establece:

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.

Ahora bien, frente a la disposición que señala las funciones de la pena en el Código Penal podemos determinar que:

1. El artículo 4.º, al igual que el artículo 12 del anterior estatuto punitivo (Decreto 100 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 Código Penal 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 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 hablar simplemente de prevención especial positiva, es decir, resocialización, sin incurrir en reiteraciones como es hablar de prevención especial y reinserción social.

4. La Ley 599 de 2000, 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 aquella.

Del estudio de la norma en cuestión podemos concluir que el Código Penal acoge una postura mixta frente a los fines de la pena. Y, de igual forma, que, pese a tener algunos elementos en común, no se ha optado por la teoría que sobre los fines de la pena expone Roxin.

En línea con lo expuesto, la Corte Suprema ha refrendado la adopción de la teoría mixta en nuestro ordenamiento jurídico en Sentencia de 27 de febrero de 2013, rad. 33254, M. P. José Leonidas Bustos Martínez, declarando que:

De esta manera, hablar de la función preventiva de la pena es entenderla, en una apropiada conjugación con su carácter retributivo, como una medida de control social institucional que, por medio de un doble efecto disuasivo, tiende a la evitación del delito: de un lado, a través de la conminación a la colectividad para que se abstenga de incurrir en conductas criminales (prevención general); de otro, mediante la intimidación, corrección y aislamiento del delincuente (prevención especial), a manera de instrumento pensado para evitar su reincidencia.

[...]

La prevención general no puede fundarse exclusivamente en su efecto intimidatorio derivado (prevención general negativa), sino que, apuntando a fortalecer el consenso social, la pena también debe dirigirse a reforzar en la conciencia colectiva la vigencia del ordenamiento jurídico (prevención general positiva).

Por último, 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[50].

En otra oportunidad señaló:

[...] 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[51].

Y 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[52].

De esta forma, lo dicho hasta aquí sirve para poner de manifiesto los planteamientos generales de la teoría de los fines de la pena y su implementación por parte del legislador penal en la configuración del estatuto punitivo de 2000.

HERNANDO BARRETO ARDILA

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

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:

I. 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 con pretensiones religiosas, espirituales o trascendentes, mediante un castigo cruento.

II. ESTADO DE DERECHO

Se consideraba por antonomasia a la persona humana como un individuo. El Estado liberal o de derecho se sustentaba especialmente en los postulados de un contrato social; daba primacía a los derechos naturales del hombre, porque evidenció que como creación política se justificaba en la medida que protegiera los derechos de los miembros de la sociedad. Cobraron especial valía las libertades 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 reconocidas y no concedidas por el poder.

En suma, el individuo fue colocado frente al Estado, del cual demandaba la protección de sus derechos y libertades inherentes por ser persona, y la mínima, excepcional y reglada intervención en su órbita propia, privada y 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; rechaza la tortura como medio de investigación; solo puede tipificarse y castigarse como delito el daño al Estado, la sociedad o al individuo; únicamente la ley puede crear delitos y penas; el fin de la sanción penal es impedir que el reo cometa nuevos hechos y obviar que los demás imiten su comportamiento; la pena debe ser pública, pronta, necesaria y proporcionada.

Los derechos de libertad del Estado de derecho a) constituyen herramientas de defensa del individuo frente al Estado, resultando su intervención en la órbita de la persona excepcional, mínima y reglada [dejar hacer dejar pasar]; b) se construyen a partir de la noción de libertad individual como órbita propia, privada y esfera restrictiva del individuo a donde no puede ingresar legítimamente el Estado; c) la libertad individual supone exclusión del Estado; d) corresponden a un ámbito no regulado en el que transita la autodeterminación del individuo; e) conforman obligaciones de no hacer por parte del Estado y posibilidades de hacer para el individuo; son derechos de vigencia inmediata; no tienen un costo económico especialmente sentido para el Estado, pues basta con su no hacer, no interferir; f) en consecuencia, los órganos judiciales y de policía en el Estado de derecho son mínimos, como mínimo también resulta ser su derecho penal; g) su policía no tiene carácter preventivo o proactivo, sino reactivo, frente a unas especiales circunstancias suficientemente regladas.

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 (1878-1949), 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 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, en cuanto 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[1].

Sobre lo anterior expresaba el filósofo del derecho, penalista y profesor Hans Welzel (1904-1977):

Obligación y persona responsable son dos conceptos unidos inseparablemente. En toda obligación, el obligado es tomado como persona responsable. Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto norma jurídica tiene que reconocer a esta persona como persona. El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si este no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que derecho[2].

III. ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Constituciones contemporáneas como las de Alemania, Italia y España, y nuestra Carta Política 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 protege la salud pública, la seguridad social, los derechos de los trabajadores y se enfatiza en el principio de solidaridad.

IV. DEL ESTADO DE DERECHO AL SOCIAL Y DEMOCRÁTICO EN COLOMBIA

En el Estado de derecho como modelo asumido por la Constitución de 1886 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, teleología y 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, 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.

En ese ortodoxo Estado de derecho, se parte del principio de autoridad, en el entendido de que las personas vivían en una situación de normal normalidad, configurándose de esta forma un modelo de buen ciudadano, de acuerdo al cual se verificaban y juzgaban las expectativas de la persona; así entonces, el comportamiento diferente o desviado propio de la normal anormalidad era criminalizado, no se creaban canales de expresión de la disidencia y se partía de un orden general artificial.

Con ocasión de la Carta de 1991 se adoptó un modelo de Estado social y democrático de derecho, que colocó como valor esencial y superior a la persona humana y sus derechos fundamentales, cuyo respeto le es debido 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 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 normal anormalidad, de conflicto de intereses, propia de las sociedades democráticas, de manera que el derecho penal sólo aparece legítimamente cuando se transita a la anormal anormalidad.

No se parte ya del principio de autoridad, por cuanto esta no tendrá tal calidad porque mande, obligue o tenga potestad coercitiva; será autoridad en la medida que todos los actos del poder se legitimen por el respeto de la autonomía ética de la persona, pues ya no podrá someter al individuo con el valor de la fuerza impositiva del Estado, sino en tanto sea tratado como sujeto libre y responsable a partir del imperativo categórico de ser fin en sí mismo; esta consideración, entonces, se torna en referente material condicionante de cada uno de los actos del Estado.

Es pertinente señalar que, posiblemente sin adentrarse en la hondura del concepto, el Constituyente de 1991 alude a la “convivencia pacífica” como uno de los fines esenciales del Estado (artículo 2.º) y como uno de los deberes del ciudadano (artículo 95-4).

En efecto, en punto estricto de la noción democrática del Estado se tiene que en la concepción de John Locke (1632-1704) equivale a la voluntad de la mayoría, cuestionada por

comportar la tiranía de las mayorías. Por su parte, en su visión contractualista, Juan Jacobo Rousseau (1712-1778) pretende que la democracia sea el punto común de acuerdo entre diferentes, de modo que el objetivo de la ley debe ser, además del bien común, el mantenimiento de una situación de convivencia sí, pero tolerante, no pacífica.

No en vano en el preámbulo de la Carta Política se afirma que la Asamblea Nacional Constituyente tiene como fin asegurar a los integrantes de la nación "la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz", sin que califique dicha convivencia como pacífica.

Lo anterior resulta evidente, si se tiene que la democracia supone pugna constante e intensa de intereses, de manera que lo importante no será el querer de la mayoría, sino arribar a acuerdos fundamentales sobre mínimos de convivencia para que sea tolerante.

En tal sentido, el propósito del Estado democrático no es, no puede ser, la convivencia pacífica, propia del Estado de derecho (normal normalidad), sino la convivencia tolerante (normal anormalidad) inherente a las sociedades democráticas, y por ello, el derecho penal intervendrá legítimamente cuando se ocupe de aquellos comportamientos lesivos de bienes jurídicos necesarios para mantener tal convivencia (anormal anormalidad).

De otra parte, la ley penal debe 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 se coloca como supuesto de exigencia al Estado para tener legitimidad en su actuar.

En síntesis, se revaluó el fundamento político del principio de autoridad y supremacía de la ley, por el principio de imperio de la persona humana y su dignidad; entonces, es necesario que tanto la formulación como la aplicación de las

leyes tengan el carácter teleológico de facilitar el desarrollo del individuo dentro de la sociedad; el sujeto no es un ser humano ajeno o aislado del grupo, es esencialmente un ser social sin derechos por sí y ante sí, sino frente a los demás, y es allí donde puede satisfacer sus necesidades, exigir y ser exigido, escoger libremente, así como también responder por su libertad.

Así, ontológicamente el ser del Estado no radica ahora en el principio de autoridad, obligando a los gobernados a través de una distribución vertical del poder hasta llegar al ciudadano que era quien menos poder tenía, sino por el contrario la persona humana es quien entrega poder al Estado precisamente para que pueda ejercer el poder, no para someterla, sino para dignificarla por vía de entregarle lo merecido en atención a su condición.

Los derechos sociales o de prestación del Estado social: a) propugnan conseguir las circunstancias materiales de libertad dentro del Estado, siendo su intervención sobre el individuo amplia y flexible; b) se fundan en la libertad social que supone la participación y provisión de los medios necesarios por parte del Estado para que pueda ser materializada; c) la libertad social comporta participación estatal; d) se concretan en su regulación, que establece procedimientos, formas y clases de prestaciones a las que está llamado el Estado; e) son obligaciones de hacer por parte del Estado; f) son concebidos como derechos con un desarrollo progresivo; g) suponen erogaciones económicas capaces de hacer efectivas las necesidades y circunstancias materiales de los individuos en sociedad para realizar su libertad; h) los órganos judiciales y de policía son máximos, el derecho penal se maximiza al ser integrado con tipos penales de peligro, a la vez que tipos penales de deber y responsabilidades por omisión, consiguiendo de esta manera lo que algunos llaman una especie de disciplinarización del derecho penal[3] que tiende a asimilar al ciudadano con el funcionario; i) resulta insuficiente adelantar comportamientos de abstención, pues el Estado está llamado a promover, conseguir, disponer, proveer, etc.; j) el derecho penal y la policía del Estado social tienen carácter esencialmente preventivo.

V. ESTADO DE PREVENCION, UN ESTADO DE PERVERSIÓN[4]

Con gran preocupación surge con frecuencia un fenómeno que ha sido llamado Estado de prevención. En efecto, así como el Estado de derecho hizo crisis para el advenimiento del Estado social, también este por razones prácticas, no legítimas, ha resultado desueto e inconveniente para ciertos gobernantes, dando esta vez lugar al denominado Estado de prevención, construido a partir de la multiplicidad de riesgos que impone la sociedad contemporánea y la manera en que se estima —más con un criterio utilitarista que axiológico— deben conjurarse los nuevos males de nuestro tiempo.

En el Estado de Prevención los derechos de libertad del individuo son totalmente desplazados por derechos sociales, y más precisamente por derechos funcionales, es decir, por derechos que suponen como condición esencial de su ejercicio la asunción de papeles dentro del Estado y con unos fines y objetivos, también definidos por la organización política.

Vale decir, son derechos que no se conciben en su ejercicio sino dentro y para el Estado, justificados políticamente en el mito de la prevención, entendida no en su posición proactiva de evitación del peligro, sino en su comprensión de globalización integral de las relaciones de los individuos; debe prevenirse, no siempre se sabe con certeza qué, pero sí se sabe, con total certidumbre, que ello facultará una especie de injerencia en el quehacer de las personas, que se cree por ello legitimada, dando lugar a la gran, pero conveniente confusión, entre legitimidad y seguridad, en veces auspiciada por los mismos ciudadanos que se muestran solícitos a sacrificar sus derechos individuales a cambio de una política pública de seguridad cuyos alcances no son siempre claros y precisos, y por el contrario, han dado, siguen dando y darán lugar a arbitrariedades.

A. NORMAS RECTORAS

Siguiendo metodológicamente el orden postulado por la Ley 599 del 2000, se desarrollan a continuación, así:

1. 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[5].

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[6]; proscribe la prohibición de ciertas conductas erróneas, censurables, heterodoxas o 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[7].

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

2. INTEGRACIÓN

Las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la C. P., 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.

3. 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 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.

4. 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.

Nos referimos aquí a las funciones expresamente plasmadas en el Código Penal, y no a otras que se erigen en funciones reales de la sanción, no reconocidas por el Estado, tales como la separación y reclusión de los desviados, además del retiro del medio social de quienes son producto de la misma sociedad que los ha llevado a delinquir, cuyas penas resultan ilegítimas.

Si bien hay autores que recientemente fundamentan la legitimidad del derecho penal en la prevención general por encima de la retribución y la reinserción, lo cierto es que resulta necesario reconocer que el ejercicio del ius puniendi comporta diversas funciones de la pena, entre las cuales están la retribución, la prevención general negativa y positiva, la prevención especial negativa y positiva (reinserción) y la protección del condenado (artículo 4.º de la Ley 599 de 2000).

4.1. TEORÍAS ABSOLUTAS. RETRIBUCIÓN

La función retributiva supone causar 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.

Como teoría absoluta de la pena (compensación de la culpabilidad), encuentra su fundamentación en los planteamientos de Kant (1724-1804) y Hegel (1770-1831). Para Kant, la sanción tiene un carácter retrospectivo porque

se ha delinquido, esto es, se causa un mal a quien ha causado un mal (punitur quia peccatum est). Se trata de una satisfacción de justicia, cuya cuantificación se debe realizar con base en el ius talionis.

Por el contrario, en la retribución de la pena en Hegel, esta se impone no por venganza, sino para acreditar que el delito no tiene vigencia, pues con el actuar delictivo su autor ha declarado que un determinado comportamiento ilícito puede ser cometido y surge entonces la necesidad de demostrar al infractor y a la sociedad en general que la pretendida derogatoria de la ley a partir de una voluntad particular no ha logrado su cometido y que, por tanto, la norma permanece inalterable y vigente para todos. El delito no es algo positivo al que sigue una pena como negativo, pues el delito es algo negativo cuya pena también es negativa, se trata de la negación de la negación.

Dentro de las teorías absolutas de la pena también se encuentra la de la expiación que supone reconciliación del delincuente consigo mismo por vía del arrepentimiento, la cual es criticada pues si la expiación es interna no puede ser obligada por el Estado, fallaría frente a los no arrepentidos y sería un asunto metafísico sin legitimidad[8].

4.2. TEORÍAS RELATIVAS DE LA PENA

Se trata de teorías preventivas con carácter prospectivo pues se sanciona para que en el futuro no se delinca; ya desde Beccaria se decía que

el fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Luego deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y durable sobre los ánimos

de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo[9].

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. También se presenta al imponer una pena en concreto, momento en el cual se envía un mensaje a todos los ciudadanos de que el delito no paga y que quien realice dicha conducta será objeto de sanción.

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.

Dentro de estas tenemos:

4.2.1. Prevención general negativa de la pena, la cual se orienta a persuadir a los demás de no realizar determinados comportamientos, dada la conminación de una sanción que en verdad se hará efectiva.

4.2.2. Prevención general positiva, encaminada a conseguir que la sociedad tome conciencia y refuerce valores alrededor del beneficio derivado de la norma penal.

4.2.3. Prevención especial negativa, que intenta convencer al infractor que en el futuro no debe incurrir en el mismo comportamiento o en conductas sancionables, pues de hacerlo, una vez más será objeto de punición.

4.2.4. Prevención especial positiva de la pena, que no es asunto diverso a la corrección, resocialización o reinserción del delincuente a la sociedad, motivo por el cual no se las puede presentar como funciones de la pena autónomas e independientes. 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 con total respeto por su dignidad y por su autonomía, sin que sea viable, entonces, la inoculación de valores de cultura dominante.

4.2.5. Protección del condenado, que constituye una función preventiva de la pena que 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, es decir, su pretensión se concreta en evitar la venganza y la justicia privada, imponiendo como contraprestación a ello una sanción formal, judicial e institucional.

Obviamente, la impunidad, en tratándose de cualquier delito y con mayor razón de crímenes atroces, constituye un factor que determina las respuestas privadas, generalmente incontroladas e ilimitadas.

5. 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. Y 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.

6. LEGALIDAD

Tiene referencias normativas internacionales en los artículos 11-2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 15-1 del Pacto de Nueva York y 9.° de la Convención de San José de Costa Rica. En la C. P. halla su soporte en los artículos 6.° 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 procedimientos de investigación y juzgamiento; así pues, el artículo 150-10 de la C. P. 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 no 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 C. P. 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 les

está permitido, con ocasión del ejercicio de sus funciones, realizar única y exclusivamente aquello para lo cual se encuentran expresamente facultados (artículo 121 de la C. P.).

Si el Estado social y democrático de derecho garantiza la existencia de la diversidad, del 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—; solo 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 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 lo precisó la Corte Suprema de Justicia con relación a la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria sobre tasas de intereses respecto del delito de usura[10].

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.

7. 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 son iguales, pero, en sede de su individualización, debe extraerse de las disposiciones legales un igual tratamiento a situaciones iguales, pero 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.

8. PROHIBICIÓN DE DOBLE INCRIMINACIÓN

El principio non bis in idem se encuentra en los artículos 14-7 del Pacto de Nueva York 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 fenomenológicamente considerados, y no en su calificación legal o penal.

9. 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 noción de persona, pues como ser racional está 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 a partir de ahí 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 se estructura solamente a partir de la existencia de referentes subjetivos en la decisión de vulnerar la norma, habida cuenta de que verificar lo prohibido para concluir lo permitido solo 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[11].

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 1.° 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[12]— 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.

10. TIPICIDAD

Única 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 para 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 es pertinente que el deber no realizado se encuentre expresamente 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 tienen presunción de conocimiento por todos, en especial por sus destinatarios.

11. 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 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. g. en las conductas inocuas que carecen de aptitud para lesionar el bien jurídico, como cuando el testigo de un accidente de tránsito declara bajo juramento que el vehículo involucrado era modelo 2017, cuando en realidad era 2015, falta a la verdad que en el marco de su exposición no atenta contra la recta impartición de justicia. También puede ocurrir que no haya antijuridicidad material porque la lesión es ínfima e insignificante, v. g. en los delitos de bagatela, como cuando un indigente constriñe en la calle a un conductor para que le dé algunas monedas o de lo contrario le arrancará el espejo del vehículo y el constreñido accede (extorsión que no comporta afrenta de importancia al patrimonio económico ni a la libertad personal).

12. CULPABILIDAD

Únicamente 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 C. P. en materia penal.

Si el autor ha sido compelido por otra persona o por sus circunstancias a la realización de la conducta típica y antijurídica, no hay culpabilidad. Por ejemplo, en la insuperable coacción ajena o en el estado de necesidad disculpante.

13. NORMAS RECTORAS Y 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 C. P., 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.

B. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO PENAL

1. 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 tolerante 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 únicamente aquellas que efectivamente 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 interesan aquellos fragmentos de las relaciones sociales, económicas, políticas, etc., que alteren de manera sensible la convivencia tolerante.

2. SUBSIDIARIO (ULTIMA RATIO)

La misión del derecho penal no es primaria, es decir, no le corresponde en primer término la protección de bienes jurídicos tutelados, pues ello compete inicialmente a los medios de control social informales (televisión, educación, religión, escuela, etc.) y luego a otros mecanismos judicializados como el derecho de policía, el derecho disciplinario, laboral, civil, etc. Únicamente cuando han fracasado los anteriores instrumentos será legítimo que el legislador proceda a utilizar el derecho penal, esto es, a conminar con una sanción, la mayoría de veces privativa de la libertad personal, a quien realice determinado supuesto de hecho, y de ahí su carácter sucedáneo, subsidiario o de ultima ratio.

La Corte Constitucional ha sostenido que

el derecho penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado no está obligado a sancionar penalmente todas las conductas antisociales, pero tampoco puede tipificar las que no ofrecen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; como también ha precisado que la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo

al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la ultima ratio del derecho sancionatorio[13].

Por ejemplo, el incumplimiento en pago del precio pactado por parte del arrendatario al arrendador comporta un proceder ilícito, en cuanto el contrato es ley para las partes; no obstante, tal conducta no interesa en principio al derecho penal, pues se han creado otros mecanismos para responder a tal situación como son las correspondientes acciones civiles.

También se tiene que caminar desnudo por la calle es un comportamiento objeto de respuesta por vía del derecho de policía, e inclusive del control social informal dada la forma en que los transeúntes observarían al infractor, pero no amerita que se eleve tal conducta a la categoría de delito.

3. MÍNIMO

El derecho penal ontológicamente está determinado por el principio de mínima intervención. El derecho penal mínimo "es la denominación que se da a aquellas corrientes que buscan la máxima reducción de la intervención penal, la mayor ampliación o extensión de los límites de los derechos y garantías y la rígida exclusión de otros medios de intromisión coercitiva comenzando por los instrumentos extradelito o extrajuicio"[14].

La verdad es que hablar de un derecho penal mínimo es una tautología, es decir, el derecho penal única y exclusivamente puede ser concebido como mínimo. No hay un derecho penal mínimo y un derecho penal máximo, pues este último, con ocasión de tal predicado, necesaria y

fatalmente ha dejado de ser derecho penal, o por lo menos derecho, quedando reducido simplemente a la imposición punitiva de la fuerza ilegítima y arbitraria del Estado.

Diferente es que por vía doctrinaria y hasta jurisprudencial se intente precisar cuál es el mínimo, o mejor, cuál es el contenido estrictamente necesario del derecho penal.

En virtud de lo anterior, algunos propugnan porque ese mínimo en el cual se encuentra legitimado el Estado para intervenir a través de los procesos de selección, definición y asignación de pena, investigación, acusación y condena, y tratamiento penitenciario, esté constituido única y exclusivamente por la protección de los derechos humanos.

Entonces, el único derecho penal legítimo, válido, obligatorio y vinculante es aquel que entra en acción después de fracasar la política social en punto de los sistemas de control social informal y formal diferentes al recurso punitivo, siempre que se ocupe de asegurar únicamente los bienes jurídicos requeridos para mantener la convivencia tolerante propia de las sociedades democráticas, dando espacio a mecanismos que permitan no despojar a los involucrados del conflicto; en suma, corresponde al mínimo de regulación para el logro del máximo de libertad.

La característica de mínima intervención, como supuesto necesario del derecho penal, apunta, de acuerdo con lo ya expuesto, a las denominadas doctrinariamente categorías del DES, es decir, los procesos de desjudicialización, desprisionalización y descriminalización, así:

3.1. DESJUDICIALIZACIÓN

Se orienta a evitar al máximo que los conflictos sociales sean sometidos a las instancias judiciales, y que en caso de acudir a ellas se procure primeramente la solución del conflicto mediante fórmulas de arreglo.

Ello se logra no despojando a las personas de su propio conflicto de exigencias, para permitir que inicialmente ensayen fórmulas de arreglo, y solo si no llegan a un acuerdo lo lleven a las instancias judiciales, avalando, entonces, institutos tales como los amigables componedores, los jueces de paz, los centros de conciliación, la querella, el desistimiento, etc., e inclusive figuras como la terminación del diligenciamiento por pago de indemnización integral, pues ya se han desvirtuado las fuentes del conflicto.

Se pretende que únicamente las graves vulneraciones de bienes jurídicos lleguen al conocimiento de los funcionarios judiciales, a quienes se les confía no una misión de verificación del daño y asignación de pena, sino particularmente una gestión encaminada a construir canales de solución de conflictos, lo que solo se logra en la medida en que no se despoje a los individuos de sus pretensiones específicas.

Lo anterior impone al legislador la evaluación de mecanismos dirigidos a que los particulares puedan acudir a otros procedimientos diversos del recurso penal en la solución de sus diferencias y, en caso de proceder ante los funcionarios judiciales, conserven la titularidad del conflicto para poder darlo por terminado, aclarado o solucionado.

Ampliar la lista de los delitos querellables es una buena práctica para desjudicializar, pues en cualquier momento el sujeto pasivo del delito puede desistir de la querella, y evitar que muy a su pesar el Estado continúe con el proceso, muchas veces más allá de cuando ha cesado totalmente el interés de la víctima en el trámite judicial.

3.2. DESPRISIONALIZACIÓN

Pretende encontrar mecanismos alternativos a la imposición de la pena privativa de libertad, en cuanto se ha demostrado que esta no cumple con las funciones formalmente declaradas —preventiva, retributiva, de reinserción y

protectora—, sino que entra a cumplir funciones no declaradas, como la simple separación del individuo de la sociedad, lo que no es otra cosa que utilizarlo y no considerarlo en su dignidad, pues se recortan sus derechos y libertades en beneficio de la colectividad, decisión que es contraria al Estado social y democrático de derecho, en el que la persona no puede ser instrumentalizada para el logro de los fines colectivos o la satisfacción de las necesidades sociales.

Además, reconoce que la prisión no soluciona el conflicto con ocasión del cual se impuso y, por el contrario, involucra personas ajenas a él, tales como los familiares del privado de libertad, por vía de comprometer sus condiciones económicas, sociales, etc., con la consiguiente aflicción que una tal situación produce.

Exige que tanto el legislador como los funcionarios judiciales constaten fundadamente los casos en los que realmente se impone que el procesado permanezca en un establecimiento carcelario o, de lo contrario, permitir su reclusión domiciliaria, y aún más, garantizar que pueda seguir trabajando mediante el debido control de horarios, para evitar que se incremente el daño derivado de la privación de libertad para él y su familia.

También es pertinente que el legislador acuda moderadamente a la asignación de pena privativa de libertad, únicamente frente a aquellos comportamientos delictivos de especial gravedad, y no respecto de toda conducta que se estime de interés penal, pudiendo en estos casos imponer otra clase de pena, v. gr. multa, interdicción de derechos, suspensión temporal en el ejercicio de arte, profesión u oficio, etc., pues se ha de acudir a sucedáneos económicos, laborales o de servicio público o social, en los cuales el hombre no sea degradado bajo el falaz pretexto de su resocialización[15].

Supone igualmente que en el curso de la investigación, y hasta tanto el sindicado sea declarado responsable, la detención preventiva sea sustituida por subrogados tales como la detención domiciliaria, la caución, la libertad provisional, la detención parcial en el lugar de trabajo, pues opera en este momento la presunción de inocencia, que en consecuencia pugna con el encarcelamiento previo de quien

aún no ha sido condenado; además, surge el imperativo internacional que “la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general”, sino la excepción, según lo establece el artículo 9.º numeral 3.º del Pacto de Nueva York, ratificado por Colombia.

Ahora, si las penas privativas de la libertad son de corta duración, deben crearse mecanismos para que el condenado no sea efectivamente recluido en la cárcel, pues se reconoce que es proporcionalmente mayor el daño al delincuente durante su permanencia en un establecimiento carcelario que el daño por él causado con ocasión de su delito, v. gr. condena de ejecución condicional.

Tratándose de penas privativas de la libertad de larga duración, se exige que, una vez se evidencie el cumplimiento de los fines que supone su imposición, cese el estado de encarcelamiento, mediante sucedáneos como la libertad condicional, la parole, la libertad vigilada, etc.

3.3. DESCRIMINALIZACIÓN

También denominada despenalización, alude a quitar la categoría de delitos a ciertas conductas que no afecten gravemente a los derechos fundamentales, ya que pueden ser debidamente tratadas por otros controles sociales del Estado, por ejemplo, el derecho policivo, el administrativo, el disciplinario, etc.

No acudir al sistema penal como solución recurrente, por vía de la intimidación que con él se logra, a efectos de manejar todos los conflictos de la sociedad. A la categoría de delito pueden elevarse solo aquellas conductas relevantes y verdaderamente graves, una vez fracasados otros sistemas de control social formal, y no antes.

Se orienta a racionalizar la respuesta punitiva del Estado, al predicarla de unos escasos comportamientos, proscribiendo en consecuencia que cualquier tipo de conflicto sea tratado por la vía penal, y sugiriendo, entonces, que otros

mecanismos sean utilizados como respuesta al conflicto permanente, inherente a las sociedades democráticas (normal anormalidad); por ejemplo, en el Código Penal del 2000 se despenalizaron los delitos de bigamia y estupro.

Así pues, delitos como la usurpación de marcas y patentes (artículo 306), uso ilegítimo de patentes (artículo 307), violación de reserva industrial o comercial (artículo 308), sustracción de cosa propia del cumplimiento de deberes constitucionales (artículo 309) y ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico (artículo 312), por solo colocar algunos ejemplos, denotan que se trata de comportamientos lesivos de intereses ajenos a la convivencia tolerante, que bien podrían ser tratados con otros instrumentos de control social como el derecho administrativo, el derecho civil, además de mecanismos inmediatos de recomposición como el decomiso o con multas y restricciones en el ejercicio de ciertas actividades, pero no con el recurso penal, y tanto menos con la imposición de penas privativas de la libertad.

También punibles como el porte ilegal de armas de fuego de defensa personal o el concierto para delinquir podrían dejar de ser tratados como delitos autónomos contra el bien jurídico de la seguridad pública, para erigirlos, el primero, en una contravención susceptible de decomiso y multa para quien porta y el propietario del arma, e inclusive tener el porte y el concierto como circunstancias de agravación punitiva una vez se cometan otros delitos, v. g. homicidio, hurtos, etc. Parece que solo de esta manera se consigue evitar la simple y llana sanción de comportamientos en los que no se advierte con nitidez la efectiva lesión o puesta en peligro del referido bien jurídico tutelado.

Siendo el derecho penal el instrumento más violento que posee el Estado para controlar, se requiere su utilización únicamente necesaria, proporcional, inevitable y racional, a fin de que no se generalice y pierda su aptitud de motivación, pues, cuando todo está definido como delito, se crea el terror e inseguridad de estar delinquiendo con ocasión de realizar cualquier conducta, y en tal sentido el derecho penal pierde seriedad y contundencia.

4. PROPORCIONAL

No basta que la punición se realice únicamente respecto de aquellas lesiones serias a importantes bienes jurídicos objeto de tutela penal; es preciso también que el quantum punitivo asignado por el legislador responda a unos criterios de ponderación y proporcionalidad, sin olvidar que desde Beccaria se ha señalado que “no es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas, y por consiguiente la vigilancia de los magistrados, y aquella severidad inexorable del juez que para ser virtud útil debe estar acompañada de una legislación suave. La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad”[16]. Así mismo, escribía Juan Pablo Marat (1743-1793): “Los más dulces castigos son preferibles cuando consiguen su objeto”, para concluir que “Se teme un mal inevitable y se desprecia un peligro incierto. La impunidad de los crímenes y no la dulzura de las penas es la que vuelve las leyes impotentes”[17].

Esto es, si se reconoce desde una comprensión realista —más allá de las sofísticas elaboraciones conceptuales que muestran los beneficios del tratamiento penitenciario— que la pena privativa de libertad es indudablemente un mal gravísimo para las personas a quienes se les impone, así como para sus familias y amigos, ha de concluirse y exigirse que ese mal sea o intente ser proporcional al daño causado por el sujeto activo del delito.

No puede el Estado, con legitimidad y validez, causar más daño que el ocasionado por quien ha delinquido, lo cual deriva en fijarle un límite soportado en la proporcionalidad, pues, insistimos, solo hay legitimidad para asignar pena privativa de libertad siempre que sea necesaria, mínima y proporcional con el daño.

La proporcionalidad tiene que hallar soporte en la motivación exigible de las valoraciones efectuadas por el legislador, previamente al proceso de definición de conductas y asignación de penas; momentos estos en los que ha de observar categorías axiológicas de acuerdo con

los bienes jurídicos cuya protección pretende. Así pues, a un delito contra el patrimonio económico no podría serle asignada una pena mayor que la señalada para un delito contra la vida, en atención a que este último protege un bien jurídico de mayor valía que el patrimonio, por expreso mandato constitucional.

Igualmente, este criterio exige del funcionario judicial el respeto por categorías diferenciales referidas al grado de injusto o intensidad de puesta en peligro y vulneración de los bienes jurídicos, así como al grado de culpabilidad (directamente proporcional al grado de exigibilidad) del agente; no puede imponerse igual pena con ocasión de una lesión personal con incapacidad de 30 días que al autor de una lesión por pérdida anatómica de un miembro; resulta diferente ocasionar la muerte a otro en un estado de ira e intenso dolor que causar la muerte por precio o promesa remuneratoria, etc.

Naturalmente, la proporcionalidad supone también que las penas privativas de libertad, además de proporcionales, no sean inhumanas, pues causar un daño con ocasión de la restricción a la libertad de locomoción y lo que esto conlleva ya es más que suficiente, y no puede hacerse más gravosa la situación del sujeto a quien se le impone.

Vale decir, de un lado se ha de garantizar que la pena impuesta es la señalada en la disposición legal, en cuanto se refiere a la privación de la libertad, pues los tratos inhumanos, crueles o degradantes, vendrían a ser penas adicionales no contenidas en el texto legal, y de esta manera se violaría el principio de legalidad predicable de la pena.

La prohibición de penas inhumanas encuentra soporte en lo dispuesto en los artículos 5.° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 7.° del Pacto de Nueva York y 5.° numeral 2.° de la Convención de San José de Costa Rica.

5. 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. Salvo en los casos de delitos querellables, la investigación es de índole oficiosa, dado el carácter público del derecho penal.

6. 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. g. 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 sobre ello será de estricta naturaleza judicial.

7. 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 persona humana y dignidad integran la noción de 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[18], 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.

8. 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.

Así, Cesare Beccaria (1735-1794), uno de los representantes de la Ilustración, en su texto De los delitos y de las penas, puesto en circulación de manera clandestina, se opone fundamentalmente a la crueldad del derecho penal, la tortura, la arbitrariedad judicial, la desigualdad de las personas ante la ley penal y la pena de muerte.

Postula que únicamente el legislador como representante de la sociedad puede definir delitos y penas en leyes claras y sencillas para que sean entendidas por todos los individuos; la responsabilidad penal se mide por el daño causado, no por la intención del autor; el juez es la boca de la ley y no está llamado a interpretarla; el proceso penal debe ser público; deplora la tortura como mecanismo para obtener una confesión, pues la tortura hace libre al hombre fuerte, y culpable al débil; el imputado debe ser juzgado por juez designado anteriormente al hecho motivo del proceso penal; todo individuo se presume inocente hasta que se pruebe lo contrario y por ello tiene derecho a ser oído y presentar descargos; la pena debe ser proporcional al delito, pronta, aflictiva y cierta, y tiene como fin primordial la prevención general (intimidación) para evitar que otros imiten el comportamiento dañoso. Por regla general no debe imponerse la pena de muerte, pues en el contrato social los individuos no ceden su derecho a la vida en cuanto no pueden disponer de ella, salvo cuando el procesado privado de la libertad tenga relaciones y poder sobre la seguridad

de la nación, y cuando pueda dar lugar a una revolución peligrosa contra el gobierno.

9. 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.

10. VALORATIVO Y NORMATIVO

Si bien el derecho penal no puede identificarse con un conjunto de disposiciones legales, no hay duda que en estas 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 que se dice que es también valorativo.

11. DUALISTA O BINARIO

Conforme a las consecuencias jurídicas que disponen sus reglas, se afirma que el derecho penal es dualista porque para los imputables dispone penas, en tanto que para los inimputables señala medidas de seguridad.

CIELO MARIÑO ROJAS

Lección 4: Relaciones de la criminología con el derecho penal

La evolución del pensamiento en Occidente, a partir de finales del siglo XVIII, 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 la escuela liberal clásica del derecho penal, en cuanto se considera un antecedente de la criminología moderna. Ello en tanto el pensamiento penal italiano parte de una concepción jurídica, filosóficamente fundada, de los conceptos de delito, responsabilidad penal y pena nutrida del iluminismo europeo, que se encuentra en la obra, entre otros, de Cesare Beccaria, señala Baratta[1]. Este autor indica que a partir del libro Dei delitti e delle pene, de 1764, se puede ver que la "invención" de los crímenes "depende de sus definiciones legales: nullum crimen sine lege; nulla poena sine crimine", lo que ubica en la legalidad el origen y la legitimación de la reacción punitiva del Estado[2]. Ello lleva a considerar que con los clásicos nace la criminología[3], al aportar una lectura política de lo penal que permite arribar a conclusiones que solo llegarían 200 años después, dentro de la evolución de las ideas criminológicas.

En este periodo, siglo XVIII y primera parte del siglo XIX, "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[4].

II. EL POSITIVISMO EN EL DERECHO PENAL Y 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. El positivismo es la ideología de la naciente burguesía industrial. Para este modelo de pensamiento el orden social es un absoluto que no admite cuestionamiento. Dentro del positivismo, la relación causa-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. No se toma en cuenta a quien conoce o los procesos que han mediado en la creación del conocimiento.

En el derecho penal el pensamiento positivista se vio reflejado en el positivismo jurídico penal; Binding fue 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"[5]. De la misma manera, el pensamiento positivista se reflejó 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.

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, basado en características biológicas o psicológicas, según el postulado lombrosiano. Esta criminología negaba el libre albedrío y adoptaba un determinismo que explicaba el comportamiento criminal por causas patológicas. De acuerdo con estas premisas, la

criminología tuvo 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[6]. Tal fundamento ontológico toma lo criminal como un dato preconstituido, independiente de los procesos que lo producen.

La criminología positivista y la mayor parte de la criminología liberal toman su objeto de investigación de una población seleccionada por el sistema de justicia penal, 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[7].

Así, en la relación entre la escuela positivista del derecho penal y la criminología positivista, esta última tenía una posición auxiliar y de dependencia, al partir de los mismos presupuestos del derecho penal y tomar de este su objeto de investigación, seleccionado por las dinámicas y categorías de la justicia penal.

III. EL FUNCIONALISMO EN LAS DOS CIENCIAS

El funcionalismo se considera continuador del positivismo al situar al individuo en una relación antagónica con la sociedad, que parte, igual que el positivismo, de un modelo consensual. Su objetivo es el de ofrecer elementos desde la sociología, para el 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 concepto de función, central en esta perspectiva, le permite concebir a la sociedad como un proceso que no se estudia aisladamente sino en relación con el 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.

El funcionalismo estudia la conducta social delictiva y su concepto central es 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.

La influencia que tuvo el funcionalismo sobre la criminología se ve en la teoría de la anomia y de la desviación (Merton y Parsons), las teorías de las subculturas criminales (Sellin, Cohen, Cloward y Ohlin), la teoría del contacto diferencial (Sutherland) y la teoría de las técnicas de neutralización (Sykes y Matza). Los resultados de investigación, sobre todo en Norteamérica, llevaron a la sociología criminal liberal a alcanzar mayores resultados que aquellos de la sociología criminal positivista.

Estas teorías constituyeron la criminología liberal, que no ofreció una alternativa suficiente para superar el paradigma tradicional respecto a la criminalidad, pero que brindó los elementos para la superación del modelo integral del derecho penal. Esta criminología dio las bases para una nueva estrategia de control acorde con las características del capitalismo de ese momento (welfare state) que se desarrollaba más allá de las instancias jurídico-penales, por medio de los métodos menos formales de control social, distantes de las garantías del Estado de derecho respecto de la pena[8]. Se trataba, básicamente, de instancias de tipo administrativo y de organizaciones asistenciales.

Respecto al derecho penal, la influencia del funcionalismo no fue tan fuerte como la 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 dar un alcance teleológico a la acción, donde se presentaron 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 quiso superar al positivismo sin alejarse definitivamente de él[9].

IV. a. INTERACCIONISMO SIMBOLICO, LABELLING APPROACH Y TEORÍAS DEL CONFLICTO

En la década de los sesenta se dieron manifestaciones antiarmamentistas, luchas raciales, surgieron el movimiento hippy, el feminismo, así como propuestas de nuevas percepciones del mundo desde la conciencia expandida, en medio de un modelo consumista. La causalidad se rebatió, la sincronicidad, de Carl Gustav Jung, como multiplicidad de procesos causales que convergen, ofrece otra perspectiva para la explicación de los fenómenos. Interesa saber cómo se construye la realidad, los procesos que la definen en su dimensión objetiva y subjetiva.

Las bases teóricas del interaccionismo simbólico vienen desde antes de la Primera Guerra Mundial, con Georg H. Mead. El interaccionismo se desarrolla en diferentes direcciones, entre las cuales se encuentra el enfoque "dramatúrgico" de Erving Goffman[10]. Entre las corrientes de la sociología norteamericana que se le relacionan se encuentran la fenomenología[11] de Alfred Schutz y la etnometodología de H. Garfinkel, entre otras.

El interaccionismo se centra en el sujeto y en el proceso de comunicación y cuestiona la neutralidad del conocimiento. Estudia por tanto el proceso de significación que implica la intercomunicación, adjudicando un carácter social a tal comunicación. En el campo criminológico, los interaccionistas plantearon el carácter criminógeno del proceso de control y ubican los orígenes de la problemática delictiva y de la distribución diferencial de la criminalidad en la selectividad debida a factores sociales.

A estas teorías se las ha criticado por cuanto tienen una lectura microsociológica, aunque algunos autores plantean la necesidad de "tener como trasfondo una comprensión macrosociológica de sus aspectos estructurales"[12].

El interaccionismo simbólico y la etnometodología dieron origen a la teoría del labelling approach, en el ámbito de la criminología. Desde el interaccionismo simbólico, en cuanto la realidad social está constituida por procesos comunicativos entre los individuos, procesos que crean y

asignan significados que se proyectan y permanecen mediante el lenguaje. Bajo la etnometodología, inspirada en la fenomenología sociológica de Alfred Schutz, en tanto se propone que la realidad social es histórica y debe ser entendida como un todo de dimensiones objetivas y subjetivas que se construye en un proceso constante y dialéctico entre las dos dimensiones, como lo exponen Berger y Luckmann[13], quienes señalan que "es justamente el carácter dual de la sociedad en términos de facticidad objetiva y significado subjetivo lo que constituye su realidad sui generis"[14].

La teoría del labelling approach influyó decididamente, junto con las teorías del conflicto, en la criminología, por cuanto marcó un cambio de paradigma: del etiológico al de la reacción social. La criminalidad, para el labelling approach o teoría del etiquetamiento, es el resultado del proceso de adjudicación exitosa del status de criminal, por medio de procesos de definición y selección[15].

Quienes trabajan las teorías sociológicas del conflicto (Vold, Quinney, Turk) hacen un análisis macrosocial, ya que para ellos las relaciones de poder y la posibilidad o no de ejercerlo son las determinantes de la posición que se ocupa en el proceso de definición. En este contexto, la integración social no es producto del consenso, como lo pretendía el modelo armónico de la sociedad, sino producto de los procesos que la aseguran. Estas teorías se centraron en la desigual distribución del status de criminal y del poder de definición entre los grupos sociales.

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 "un complejo dinámico de funciones (proceso de criminalización) al cual concurre la actividad de las diversas instancias oficiales, desde la del legislador hasta la de los órganos de ejecución y de los mecanismos informales de la reacción social"[16].

De esta manera, la criminología extendió su objeto de estudio, más allá de las instancias oficiales, a la totalidad del sistema de control social. Se ocupa de los mecanismos informales de reacción social, que preceden y activan la

reacción formal, así como de los mecanismos más distantes, como las definiciones comunes de la criminalidad, o los que se dan en la escuela o la fábrica[17], donde se disciplina y ocurren procesos de selección y exclusión. Estos mecanismos inciden en las instancias oficiales de control social de manera selectiva, tanto en la definición como en la aplicación, donde las decisiones de los operadores de la justicia están afectadas por una serie de prejuicios y estereotipos producidos en el ámbito informal de control[18]. Desde esta perspectiva, las investigaciones han mostrado que, de las múltiples variables que intervienen en la decisión del juez, la variable jurídica, que corresponde a las pautas penales sustantivas y procesales, es solo una variable dentro de la complejidad de mecanismos reguladores que actúan en la sociedad en general[19].

IV. b. PARADIGMA INTERPRETATIVO Y POSMODERNISMO

Para finales del siglo pasado y comienzos del presente, se puede observar en la investigación criminológica de tipo cualitativo, utilizada para la lectura de los mecanismos de control social, tanto informales como formales, la convergencia de una gran diversidad de perspectivas y enfoques. Todos ellos bajo la premisa de que cada sistema social tiene una manera específica de "entender cosas y eventos"[20] y con la asunción de la investigación cualitativa como aquella donde los investigadores "estudian la realidad en su contexto natural, tal y como sucede, intentando sacar sentido de, o interpretar, los fenómenos de acuerdo con los significados que tienen para las personas implicadas"[21].

Estas perspectivas hacen parte del paradigma interpretativo. Según Piergiorgio Corbetta, en investigación social se incluyen bajo el término "interpretativismo", en oposición al positivismo, "todas las perspectivas teóricas para las que la realidad no puede ser solo observada, sino que debe ser 'interpretada'"[22], entre las cuales está la sociología comprensiva de Max Weber, con la

reinterpretación del planteamiento original dada en los años sesenta por la sociología fenomenológica, el interaccionismo simbólico y la etnometodología, como sus principales manifestaciones que han dado forma a sus métodos y técnicas[23].

A finales del siglo pasado se dio, según Corbetta, una "crítica generalizada a cualquier explicación teórica y el cuestionamiento del carácter científico de la sociología", tendencia que se radicalizó "en una corriente intelectual de características variadas y poco precisas, que se resume bajo la etiqueta de 'posmodernismo'"[24]. Para Corbeta:

El posmodernismo implicaría "ir más allá", y en contra, de los logros del modernismo, en una crítica que podemos resumir brevemente en cuatro puntos: a) rechazo de las teorías generales, universales, acusadas de totalitarismo uniformador, de imperialismo cultural, de negación y represión de las diferencias entre las sociedades con el fin de perpetuar las aspiraciones hegemónicas del mundo y la cultura occidentales, a favor de planteamientos y lenguajes teóricos diversos, en una exaltación de la fragmentación y de la no unidad de la explicación científica; b) rechazo de la racionalidad, la linealidad y la simplicidad del conocimiento científico, a favor de la paradoja, la contradicción, la opacidad y la idea de que existen múltiples facetas alternativas e irreconciliables; c) exaltación de las diferencias, la diversidad, la multiplicidad de verdades particulares y contextuales, rechazo del carácter cumulativo de la ciencia; y d) exaltación de lo "otro", lo distinto, las minorías, identificación con los oprimidos, consideración del "poder" como categoría explicativa y origen de todas las relaciones y estructuras sociales[25].

De esta manera, las nuevas tendencias y perspectivas dentro de esta corriente "no han provocado grandes revoluciones en las técnicas de investigación social, a excepción de una mayor legitimidad y aceptación de las técnicas de investigación cualitativas y un uso mucho más

frecuente de las mismas, sin añadir, en ningún caso, grandes novedades a las técnicas empleadas”[26].

Con respecto a esta fase, la autonomía de ambas disciplinas es clara. El derecho penal no determina ya el objeto de la criminología en tanto esta, como teoría crítica, va más allá de la criminalidad, ocupándose del sistema penal en su totalidad. De la misma manera que la criminología dio un giro radical y tomó como objeto los procesos de control, así también, dice Juan Bustos Ramírez, el derecho penal dio un cambio, del esquema dogmático del delito al estudio político criminal de la pena, que llevó a una interrelación, en tanto ambos campos se centran en el control[27].

Este derecho penal, junto con la criminología, señala Eugenio Raúl Zaffaroni[28], puede realizar un modelo integrado diferente, con una ética de la que surgiría la actividad doctrinaria y judicial, con elementos para una estricta reconstrucción de las garantías. Así, la efectividad de los derechos humanos sería la finalidad compartida a través de la cual penalistas y criminólogos podrían contribuir a la realización de un sistema de justicia penal realmente democrático.

V. NUEVOS RETOS DE LA CRIMINOLOGÍA Y DEL DERECHO PENAL

Entre los nuevos retos de la criminología frente a los genocidios, hambre, enfermedades, desastres ambientales causados por la economía neoliberal y el mercado financiero, Ferrajoli plantea que su objeto debe incluir no solo a la criminalidad individual, sino a la criminalidad global. El autor señala que

una criminología refundada críticamente realizaría dos funciones, una descriptiva y otra prescriptiva. La descriptiva efectuaría un análisis conceptual de los diversos tipos de crímenes del poder y una investigación empírica sobre su

variedad fenomenológica; mientras que en la función prescriptiva promocionaría una serie de políticas y medidas de reformulación de la jerarquía de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal[29].

Ferrajoli plantea que la autonomía de la criminología crítica respecto de los ordenamientos y los filtros selectivos formulados por esos mismos ordenamientos se debe mantener, de manera que se cuente con un punto de vista externo que le permita ver la existencia "incluso de crímenes que no están previstos como delitos por ningún ordenamiento penal y, en sentido contrario, la existencia de delitos que no son crímenes sino sólo el fruto de los filtros selectivos adoptados por los diversos ordenamientos"[30]. En esa dirección, esta criminología debe tener como objeto privilegiado de investigación la "criminalidad del poder".

El derecho penal tiene el mismo reto, el de definir, investigar y sancionar infracciones que representan una vulneración grave de los derechos humanos en el plano global, por medio del "desarrollo mucho más amplio del derecho penal internacional comercial, financiero y del medio ambiente, y por lo tanto, la configuración como delitos de muchas de las actuales actividades delictivas industriales o especulativas, que se encuentran hoy en la impunidad"[31].

De esta manera, de acuerdo con Ferrajoli, la criminología debe permitir, mediante su investigación empírica, la identificación de crímenes que no están definidos como delitos en las diferentes legislaciones, así como una intervención penal, acorde a la ofensa de los derechos humanos. De otra parte, el derecho penal debe definir como delitos actividades que se desarrollan en el ámbito financiero o comercial que afectan los derechos fundamentales. Ello llevaría a un trabajo común de la criminología y el derecho penal, desde la autonomía de las dos disciplinas, frente a estos nuevos retos, en busca de la garantía de los derechos humanos.

REFERENCIAS

BARATTA, A., “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”. En: Papers Revista de criminología, 13, 1980, pp. 13-48.

BARATTA, A., Criminologia critica e critica del diritto penale, Bolonia, Il Mulino, 1982.

BARATTA, A., “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”. En: Revista Poder y Control n.° 0, 1986.

BARATTA, A., The Role of Criminal Law Science within the System of Social Control and its Attitude Toward New Criminology, Rotterdam, Universidad Erasmus, 1987.

BERGER, P. & LUCKMANN, T., La construcción social de la realidad, Buenos Aires, Amorrortu, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, J., “Criminología y evolución de las ideas sociales”. En: BERGALLI, BUSTOS RAMÍREZ y MIRALLES, El pensamiento criminológico I: Un análisis crítico, Bogotá, Temis, 1983.

BUSTOS RAMÍREZ, J., Manual de Derecho Penal español. Parte general, Barcelona, Ariel, 1984.

CHAPMAN, D., Lo stereotipo del criminale: Componenti ideologiche e di classe nella definizione del criminale, 3.ª

ed., Turín, Einaudi, 1971.

CORBETTA, P., Metodología y técnicas de investigación social, Madrid, McGraw-Hill, 2007.

FERRAJOLI, L., “Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología contemporánea”. En: Revista crítica penal y poder (4), 2013, pp. 224-235.

GOFFMAN, E., Estigma: la identidad deteriorada, Buenos Aires, Amorrortu, 1970.

HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C. & BAPTISTA, P., Metodología de la investigación, 3.ª ed., México, McGraw-Hill, 2004.

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, 5, 1969, pp. 189-197.

PAVARINI, M., Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, México, Siglo XXI, 1980.

RODRÍGUEZ, GIL & GARCÍA, Metodología de la investigación cualitativa, Málaga, Aljibe, 1999.

TAYLOR, S. y BOGDAN, R., Introducción a los métodos cualitativos de investigación: la búsqueda de significado, Barcelona, Paidós, 1996.

TAYLOR, WALTON & YOUNG, La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada, Buenos Aires, Amorrortu, 1997.

VASILACHIS, I., Estrategias de investigación cualitativa, Barcelona, Gedisa, 2006.

ZAFFARONI, E., En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1996.

ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ

Lección 5: Relaciones del derecho penal con otras disciplinas

PRESENTACIÓN

Es importante comenzar sosteniendo que el derecho en genérico, así como el derecho penal, nacen dentro de un contexto de ciencias e ideologías que determinan su identidad. Por esa razón debemos aseverar que cada escuela que asumió posiciones dogmáticas y definió elementos del delito traspasó criterios que correspondían a la cultura, filosofía, sociología e incluso a la economía.

Poder conocer el derecho penal nos permite advertir que toda su evolución corresponde a avances de otras ciencias y a visiones particulares de la sociedad, de su estructura, de su funcionamiento y de su desarrollo, así como de los sujetos que la componen.

Para el derecho penal, desde sus comienzos ha sido fundamental el sujeto como punto de partida, y por tanto, también los conceptos de acción y conducta, que determinan la responsabilidad. Pero, como podremos observar, el derecho penal no es autónomo en sus conceptos. Siempre traslada contenidos que vienen referidos de otras ciencias como por ejemplo la sociología, la filosofía, la economía, la tradición, la cultura e incluso la neurociencia. Por consiguiente, las relaciones del derecho con otras disciplinas es una realidad que puede verse reflejada en cada una de las evoluciones dogmáticas que han significado el avance del derecho penal.

Así mismo, el derecho penal realiza una amalgama con la criminología, que le permite también definir aspectos centrales de las nuevas concepciones del delito y de la pena, que nutren en esa interrelación aspectos fundamentales de aquel. Por esa razón, como el derecho penal no es autosuficiente, sino que asume realidades sociales y conceptos dados para poder interpretar su campo de aplicación e igualmente utiliza métodos de otras ciencias para poder definir su ámbito de competencia, las relaciones con varias disciplinas surgen de manera imperativa.

El derecho penal se reinventa por medio de los límites de los principios e incluso de los derechos humanos, que promueven un catálogo de derechos que permiten diseñar en perfecta correlación sus bases.

Es entre otros Carrara[1] el que permite también entender que todo el derecho penal es construcción fundamentada en las ideas que gobiernan cada uno de los momentos históricos, y son las creencias sustentadas en determinadas ideologías las que construyen el derecho penal. Baste ver cómo este autor menciona:

La naturaleza reveló por medio de signos inequívocos esa destinación del hombre a una forma de asociación permanente, no precaria y fugaz [...] y de ese modo le muestran la condición de ser moral, absolutamente exclusiva del hombre, y el fin para el cual Dios lo ha creado. La ley eterna del orden impulsa al hombre a la Sociedad. Y el creador que lo conforma a esta ley lo guía a ello [...] las leyes físicas tenían en sí mismas una fuerza de coacción y una sanción que hacía indefectible su observancia [...].

Por tanto, teorías inspiradas en la teología, en la ciencia, incorporan conceptos acordes con ellas y justificaciones de la humanidad, del orden o de la sociedad coherentes con ellas. Estas mismas bases que mencionaba Carrara, por ejemplo, las encontramos en la ley natural de Santo Tomás. Si explicitáramos los conceptos de otros tantos autores de la ciencia penal, podríamos determinar cuáles son los fundamentos teóricos que les permite construir su teoría. Y como sostiene Zaffaroni, “nuestra ciencia no escapa a las reglas que muestran el avance del conocimiento de todas las ciencias”[2].

El derecho penal, como ningún otro, utiliza conocimientos de todas las ciencias sociales, que forman, transforman y determinan los aspectos nucleares de la ciencia penal, como son los conceptos de sujeto, acción, conducta, responsabilidad y culpabilidad.

A lo largo de la historia todos estos elementos han sido construidos con la ayuda de otras disciplinas. Por consiguiente, podemos aseverar que la relación que el derecho penal tiene con varias ciencias sociales es indiscutible y evidente.

I. DISCIPLINAS SOCIALES

Dentro de este contexto debemos mencionar que deben relacionarse como disciplinas sociales que se vinculan con el derecho penal por lo menos la antropología, la sociología, la ciencia política, la economía, la comunicación, la psicología, la criminalística, las ciencias forenses y la neurociencias. Con cada una de ellas el derecho penal se relaciona e interrelaciona. De manera directa o indirecta, la vinculación con estas ciencias es evidente. Ya Comte[3] afirmaba que “Nos dirigimos a un mundo dominado por la ciencia”.

A. ANTROPOLOGÍA

En este caso podemos decir que esta ciencia —la antropología— estudia la humanidad y al hombre. Así mismo, tiene una fascinación por explicar el comportamiento de este y, por ende, estudia su origen y la evolución a lo largo del tiempo. La antropología social permite compartir con el derecho estructuras y métodos semejantes.

Así pues, sus aportes al derecho fueron y son fundamentales. Baste reparar por ejemplo en la antropología estructural de Lévi-Strauss, que permitía comprender la coerción, la norma y la regla que constituyeron las estructuras del derecho. Así mismo, otros autores aportaron visiones importantes que quizás de

alguna manera permearon el derecho penal, como sucede por ejemplo con la percepción de los riesgos en cada cultura, permitiendo determinar qué clase de riesgos afectaban a cada sociedad.

En la antropología de Mary Douglas se señalan aspectos fundamentales respecto a los riesgos que cada sociedad tolera o no. Mediante la antropología podemos considerar un riesgo general y un riesgo diferenciado.

Es así como se construyen a partir del riesgo valores dentro de una sociedad. Y, por tanto, vemos cómo el derecho penal, también dentro de la imputación objetiva, trabajó sobre el elemento de riesgo permitido o riesgo jurídicamente desaprobado, que se constituía en el límite entre el eunómico y el anómico.

De manera que vemos cómo el aporte de la antropología es fundamental para explicar aspectos propios de la sociedad, que han servido para estratificar, entre otros, elementos de imputación en el derecho penal. En consecuencia, obras como La aceptabilidad del riesgo en las ciencias sociales, de Douglas, permiten comprender los criterios de legitimación del riesgo que fueron traspasados al derecho penal, que después sirvieron para determinar cuáles son los criterios para aceptar el riesgo y qué elementos pueden entrar a desvirtuarlo.

B. SOCIOLOGÍA

Nace como una ciencia que estudia a los seres humanos y sus interrelaciones, determinando los elementos, hechos, fenómenos y estructuras de una sociedad. La sociología, por tanto, permite conocer aspectos sociales por medio de un "cuerpo de conocimientos"[4] que resultan fundamentales para el derecho penal. La sociología estudia el comportamiento del sujeto, la forma de interrelacionarse. E igualmente estudia la acción individual y la acción social, tratando de analizar cómo se desarrolla en sociedad un individuo, cuál es la estructura y a qué se le considera

fundamental dentro de una sociedad. De igual manera, permite determinar cómo se pueden descomponer los elementos sociales.

Por esta razón la sociología le brinda al derecho penal herramientas para comprender las acciones de los individuos, costumbres, tradiciones y culturas que pueden incluso explicar algunos comportamientos que se configuran en pautas dentro de un seno social.

La evolución de la sociología permite así mismo construir la sociedad desde diversos conceptos. En primera instancia el sujeto era el punto de partida para todo el análisis. El sujeto y su acción, según las sociologías de la comprensión, era el elemento central. Después se consideró que la estructura fundamental de la sociedad ya no era el sujeto individual, sino su función, que permite construir una serie de expectativas sociales que garantizan el desempeño de una sociedad. Y así sucesivamente.

Si realizamos un seguimiento a la evolución del derecho penal, tendremos evidencia de que las teorías que se construyeron desde el punto de vista de la dogmática penal respondían a cada cambio que la sociología determinaba. Así mismo, podremos observar cómo el concepto de acción que desde la sociología se construía dentro de cada una de las teorías, y que a su vez era variable, dependiendo de los fundamentos, le permite al derecho penal asumir una u otra posición para definir los aspectos centrales del elemento por esencia penal —la acción—. Por consiguiente, la relevancia de la sociología, en nuestro criterio, es fundamental respecto del derecho penal.

Como lo afirmábamos, la teoría de la comprensión situaba al sujeto en el centro de estudio, pero a la vez la transformación de los argumentos generaba posiciones que constituían la evolución de los diversos movimientos sociológicos, y a su vez se construyen puntos de vista diversos que alimentan el estructuralismo y el funcionalismo, que por su parte promueven el centro en “el objeto social”[5]. En consecuencia, la teoría de la estructuración genera una tercera categoría: “prácticas sociales ordenadas en un espacio y un tiempo”[6].

Por consiguiente, la sociología ha permitido analizar aspectos que han sido asumidos por el derecho penal y que al asumirlos fundamentan los aspectos de imputación, responsabilidad y sanción, entre otros, con particularidades propias de estas discusiones científicas. E incluso el mismo concepto de acción permitió elaborar las teorías dogmáticas del derecho penal, que constituyeron posiciones bien diferenciadas como lo son la clásica, la neoclásica, la finalista, la imputacionista y la funcionalista. Basta con mirar el contenido que se le da a este elemento del delito para observar que su origen depende claramente de la sociología comprensiva de Weber y a la vez de las definiciones que se lograron estratificar, y que responden a evoluciones que confieren categorizaciones diversas. E incluso el método también se modifica, por influencia de la misma sociología.

Y si miramos por ejemplo cuándo se empieza a configurar la teoría de los roles y las concepciones de expectativas, también son conceptos que tienen su origen en la sociología de Parsons y de Luhmann. Por ende, no hay duda de que la sociología ha permeado al derecho penal con todas sus construcciones teóricas, y ha permitido que se vaya modificando, a la par que se observan nuevas realidades sociales o se intentan nuevas categorías. De igual manera, la concepción de sistema como elemento estructurante de la sociedad permitió construir la teoría como la de Günter Jakobs, que acogió algunos de los elementos constitutivos de tendencias funcionalistas —en particular sistémicos— para construir su propuesta de la teoría del derecho penal.

C. FILOSOFÍA

Como vemos hasta aquí, las ciencias descritas tienen una preocupación central por el hombre. La filosofía no podía ser la excepción, y por tanto se encarga de reflexionar sobre el hombre y otros temas que aportan un caudal impresionante de discusiones que se debaten entre el ser y el deber ser, las cuales dan elementos operativos para que el derecho penal construya figuras, justifique las bases de

ciertas concepciones y acuda a la filosofía para argumentar temas centrales de la ciencia penal.

Es claro cómo la influencia de la filosofía marcó aspectos fundamentales y definiciones del derecho penal. No hay duda de que la utilización de esta ciencia marcó hitos decisivos entre la determinación de posiciones respecto de la pena, de la condición del ser humano, de premisas como libre albedrío o determinismo que fueron construyendo el desarrollo del derecho penal y que llevó a un debate importante en la forma de asumir esta ciencia.

Recordemos por ejemplo que en el siglo XIX la influencia de Hegel y Kant constituyó puntos de partida para concebir la condición del sujeto y aspectos de justificación de la teoría de la pena. O cómo dentro de la teoría hegeliana, el elemento de la consciencia fue fundamental, y a la par que se desarrollaba la concepción de Hegel, se ofrecían las bases para justificar la pena como la negación del delito y por tanto la restauración de la norma.

El krausismo español es, ante todo, un amplio movimiento de reforma moral, política y jurídica “cuya historia e influencia en las distintas épocas de la historia reciente están bastante bien documentadas”. El interés, ahora, se circunscribirá a un par de nombres, los de Sanz del Río y Giner de los Ríos, los padres del krausismo español; y, más específicamente, a algunas de sus obras (las anotaciones al Ideal de la humanidad y la Introducción de la Metafísica analítica de Sanz del Rio, y los Principios de derecho natural y las Lecciones de Psicología de Giner de los Ríos), por su interés para el derecho penal y su carácter de fundamento de la nueva filosofía. La filosofía de K. Cr. Krause se inserta en el ámbito del idealismo, alemán, uno de cuyos herederos y superadores quiere ser él. Dentro de este movimiento filosófico se dan tradiciones muy diversas, pero existen una serie de rasgos que lo definen desde Kant[7].

D. CIENCIA POLÍTICA

En este caso, el objeto de estudio de la ciencia política son los hechos políticos, y como estos son siempre un producto humano, podría hablarse con mayor propiedad de actos políticos. La política es ciencia porque tiene un método científico que conduce al conocimiento objetivo de los hechos políticos. No trata solo de valorar o legitimar ciertas formas de organización política, sino también de describir la realidad social que las rodea... A lo largo del tiempo han variado las definiciones sobre la ciencia política y su objeto de estudio. Algunas de las más importantes la han caracterizado como el análisis de: 1) las condiciones para ser más virtuosos y mejores ciudadanos; 2) el monopolio del uso de la violencia física legítima; 3) la autoritaria distribución de valores para una sociedad; 3) las formas de organización y ejercicio del poder, entre otras. Dentro de esta última se han abierto dos posiciones: la del estudio del poder dentro del Estado y la que lo hace extensivo a la sociedad[8].

Los hechos políticos son hechos sociales, que permiten también analizar los efectos de estos en la sociedad, por lo que también ayudarán al equilibrio o al conflicto dentro de los núcleos sociales. Es fundamental que la ciencia política analice y evidencie las diferentes formas de poder, así como el ejercicio, ya que como fenómeno social el derecho puede causar también entropías.

E. ECONOMÍA

Esta disciplina ha tenido una relación con el derecho desde sus orígenes; es así como podemos afirmar que muchos de los fundamentos que se desarrollaron en la economía se trasladaron al derecho. Las estructuras económicas permiten explicar los comportamientos sociales. Y precisamente algunos autores vincularon la economía con el derecho para tratar de explicitar el funcionamiento de la ley. Otros autores como Bentham también utilizaron esta ciencia para justificar elementos del derecho.

El tema de la demanda y de la oferta de la norma o regulación jurídica son puntos cardinales en la definición de las teorías de costos, demanda y consecuencias, lo cual permite advertir que la teoría económica ha sido uno de los baluartes del derecho.

La interrelación de la economía y el derecho llevó a construir teorías como el teorema de Coase, que analiza costo social, distribución y riqueza. Pero además evidencia la asignación que el derecho hace de expectativas, de recursos y de regulación. Por tanto, el aporte de la economía al derecho penal es significativo. Así mismo, la obra de Max Weber permitió también observar algunas relaciones evidentes entre la economía y el derecho.

Según la primera tesis, que se denomina “teorema de Coase”, el derecho contemporáneo es sorprendentemente superfluo: los individuos, por sí solos y sin intervención del derecho, pueden hacer la asignación más eficaz de los recursos productivos de la sociedad siempre y cuando los “costos de transacción” tiendan a cero. El derecho regulatorio contemporáneo, además, tiende a ser generador de estos costos de transacción y, por tanto, de ineficiencias. Por estas razones el derecho debe ser estrictamente supletivo. Su contenido, además, debe ser lo más parecido a lo que las partes pactarían en un libre mercado. Desde esta primera tesis, por tanto, existe una visión altamente desfavorable del derecho: en primer lugar, sus normas regulatorias e intervencionistas generan ineficiencias; en segundo lugar, su contenido debe extraerse mediante el estudio de las asignaciones de recursos que haría el mercado cuando funciona libre y sin trabas.

La segunda tesis de la economía contemporánea (usualmente imputada a Douglas North) no piensa que el derecho sea superfluo. Todo lo contrario: piensa que el crecimiento económico se logra siempre y cuando exista un cierto marco jurídico de protección a la propiedad. Desde esta visión, el crecimiento económico se logra cuando el derecho consolida de la forma más fuerte posible el derecho de propiedad. El significado de esta fórmula general es

ambiguo, pero su punto principal consiste en afirmar que el derecho debe impedir la apropiación de rentas por parte de terceros que no hayan aportado el capital o la tierra usados en la producción.

Tomadas en su conjunto, estas dos teorías económicas le dicen al derecho lo siguiente: primero, que las normas jurídicas deben verse desde el punto de vista de la optimización de la asignación de los recursos productivos; segundo, que tal optimización, en general, recomienda la adopción de un derecho liberal, espontáneo y no intervencionista; tercero, que el derecho, como ciencia, debe tender a replicar los resultados que el mercado obtendría si pudiera funcionar adecuadamente; cuarto, que los derechos de propiedad deben ser reforzados y consolidados dentro de una estrategia general para lograr el crecimiento económico[9].

Entonces por medio de herramientas propias de la economía se estudia la eficiencia de las normas.

F. PSICOLOGÍA

Al igual que otras ciencias, la psicología le aporta al derecho penal aspectos relacionados con la mente del individuo; por consiguiente, debemos manifestar que esta disciplina contribuye a constituir elementos fundamentales para comprender las capacidades mentales del sujeto y a la vez nos permite afirmar que estudia también la conducta humana.

A su vez, incluso existe una rama de la psicología que se encarga de evaluar en el campo jurídico estos aspectos y que se conoce como psicología jurídica, psicología criminal, etc. Lo que significa que la psicología está especializándose

en cada uno de los campos que interesan al derecho penal y pueden aportar elementos esenciales para la comprensión del sujeto, del delincuente, del delito, así como de la conducta, de la personalidad del sujeto.

De esa manera, la psicología ofrece grandes réditos en materia de la culpabilidad, de la voluntariedad, del testimonio que permite analizarlo y valorarlo, generando entonces un interesante aporte para comprender las capacidades mentales de cognición, percepción, memoria y atención que pueden determinar un adecuado proceso en la valoración de la situación, en la decisión de la realización de la acción y en la producción del testimonio.

La psicología entonces también aportó innumerables contribuciones a teorías del principio de la culpabilidad, como lo fue la teoría psicológica, que fundamentó durante mucho tiempo el campo de la responsabilidad penal y permitió comprender el valor de la relación entre lo querido y lo realizado por el sujeto, como consecuencia de la relación causal como mecanismo de delimitación del juicio de culpabilidad.

G. CRIMINOLOGÍA

Esta disciplina ha sido desde el comienzo una ciencia que se dedica al estudio del delito (en la esfera de lo social), del sujeto y la víctima; también, después se dedica en su atención al control social. “La criminología, en primer lugar, no agota su cometido en la mera acumulación de datos sobre el delito, sino que ha de transformar estos en información, interpretándolos, sistematizándolos y valorándolos [...]”[10].

En consecuencia, esta ciencia permite conocer por qué el sujeto delinque, y desde esa perspectiva, la relación con el derecho penal es palmaria. Pero, además, el análisis o estudio del delito desde la perspectiva social abre un mundo de posibilidades para entender las causas del porqué el

sujeto delinque y con la finalidad de empezar a determinar aspectos que problematizan al núcleo social.

El criminólogo, por tanto, se ocupa en observar un hecho en la sociedad —el delito— y a su vez al sujeto dentro del papel social de transgresor. A su vez, y dentro de la concepción generalizada de que el derecho cumple una función de control social, podemos afirmar que la criminología estudia entonces cómo el derecho penal cumple esa función en los hechos cometidos por los delincuentes y cómo en esa sociedad en concreto se verifica su eficacia. De manera que la criminología le aporta al derecho penal también herramientas que pueden ser utilizadas en todos los órdenes de competencia de esta área. Más aún si comprendemos que la criminología ha centrado la mayor parte de su atención en el objeto del derecho penal: el sujeto delincuente.

Muchas de las teorías que se construyeron en la sociología dieron fundamento a las diversas etapas de la criminología. Esto demuestra que existe una interrelación permanente entre todas las ciencias.

H. CIENCIAS FORENSES/CRIMINALÍSTICA

Esta ciencia permite aportar una serie de procesos para garantizar la recuperación de datos que permitan determinar la recolección de material probatorio que se expondrá en un proceso, para procesar a los responsables en la realización del comportamiento delictivo.

A su vez, la criminalística hace uso de varias ciencias que permiten arrojar resultados sobre la identificación del autor; de los medios con los cuales se cometió el delito; e incluso permite descubrir la manera en que se llevó a cabo el hecho.

La investigación criminal, por ende, como lo sostiene González de Álvarez y Gómez Salinas Framis[11], “[...] se refiere a la realización de diligencias para aclarar conductas

ilegales o penadas por la ley, voluntarias o imprudentes y graves que llevan a cabo ciertas personas". La criminalística acude a su vez a otras ciencias como la medicina, la psicología, la balística, la química, la microbiología y la informática, que permiten cumplir el objetivo de la ciencia.

La criminalística entonces dota de herramientas al derecho penal, para poner en evidencia los elementos que permitan determinar el hecho, el autor y la clase de responsabilidad penal que le compete. A su vez la criminalística o ciencias forenses permiten aportar al proceso la prueba para que el juez pueda determinar si el sujeto que es presentado por el organismo acusador es el autor de un delito, en qué proporción, y valiéndose de qué medios realizó el comportamiento.

I. NEUROCIENCIA

Esta disciplina, que se encarga de estudiar el cerebro y el sistema nervioso, ha permitido en diferentes etapas aportar estudios y conclusiones a las formas en que está constituido el cerebro y a la vez determinar elementos internos del sujeto que pueden influir en la realización del delito.

No hay duda de que en la actualidad la neurociencia parece ocupar todos los espacios del derecho penal. En particular promete aportar elementos para explicitar el elemento de culpabilidad. Baste con mirar cómo se considera en la actualidad que muchos de los métodos que utiliza la neurociencia prometen dar respuesta a la existencia del libre albedrío, de la intención y de la voluntad en el sujeto. Como sostiene Gómez[12], "los científicos han logrado demostrar cómo el modelo ideo-motor de las acciones humanas" ya es posible verlo reflejado con ayuda de esta ciencia.

Así mismo, en temas como el positivismo fueron los estudios sobre el cerebro los que llevaron a la afirmación de que el sujeto viene configurado para delinquir. Es evidente que la neurociencia dedica su objeto de estudio a determinar si

existen daños cerebrales que condicionen la acción delictiva en el sujeto, es decir, que lo predispongan por su conformación cerebral al delito y le afecten sin remedio sus condiciones volitivas o cognitivas.

Por tanto, las nuevas realidades nos hacen pensar que la neurociencia ofrece un sinnúmero de posibilidades (que habrán de mirarse con precaución) para ser utilizadas tanto en el derecho penal sustancial —conocimiento, voluntariedad, antijuridicidad— como en el campo procesal o adjetivo para servir de prueba.

Taruffo[13] indica que la "neurociencia ha desarrollado una serie de métodos" que según él "tienen una base científica sólida". La neurociencia empieza a promover la neurobiología de la toma de decisiones, y por ende podrían, como lo sostiene Molina[14], influir en el derecho. Pero además es evidente que esta área tendría directa relación con los aspectos que siempre han estado presentes en el carácter volitivo y cognoscitivo del sujeto y en los elementos de culpabilidad o de tipicidad subjetiva.

II. OTRAS RELACIONES

A. DERECHO INTERNACIONAL

Hoy día la relación del derecho penal con el derecho internacional es innegable, sobre todo en tratándose del establecimiento de los límites y protección de los derechos humanos. El derecho internacional ha permitido entender que existen bienes jurídicos internacionales que son irrenunciables para el derecho penal y que principios como la dignidad humana orientan toda la estructura del sistema jurídico penal. Así, encontramos que el derecho internacional le impone cargas de configuración y de actuación al derecho penal.

Ese derecho internacional ha convertido el campo del derecho penal en una trilogía irreductible: 1) el presunto autor de la conducta, 2) el Estado y 3) la víctima. En la actualidad, de igual manera el derecho internacional ha modificado los conceptos de territorialidad y de bien jurídico, puesto que ante delitos que se consideran de lesa humanidad la competencia será universal, la responsabilidad será por el incumplimiento de normas internacionales y el bien jurídico es un objeto de protección universal.

El derecho penal, entonces, deja de ser un concepto interno para transformarse en un derecho global que permite ejercer acciones en tribunales internacionales frente a determinados delitos. Los sistemas de protección respecto de estos comportamientos son tanto de nivel interno como externo. La responsabilidad penal que es individual en esta clase de comportamientos puede ser ejercida por la justicia nacional y por la justicia internacional. Tenemos mecanismos que desde antaño han garantizado que así sea, pero que hoy se estructuran por medio del Estatuto de Roma o la denominada Corte Penal Internacional.

El derecho penal internacional entonces depende de consensos mundiales en los cuales se establecen principios absolutamente irrebatibles para el derecho penal de nuestros Estados y que parten de la convicción de que la humanidad no está dispuesta a renunciar.

El derecho internacional, por tanto, construye los principios de responsabilidad subjetiva y su consecuente prohibición de responsabilidad objetiva; a su vez asume la responsabilidad subjetiva y la prohibición de una responsabilidad objetiva exigiendo la comprobación de elementos de conocimiento y voluntad que hacen que el derecho internacional diseñe una responsabilidad penal individual que comparte los principios del derecho penal interno.

B. DERECHO CONVENCIONAL

Corresponde a un criterio de niveles de tutela superiores al del marco interno. En este contexto es claro cómo los límites construidos mediante este derecho convencional, fundamentado en los derechos humanos, también han señalado las características del derecho penal que se deben conservar para garantizar los principios democráticos.

Por esa razón encontramos cómo por ejemplo la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que por ejemplo el derecho penal "es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita [...] por lo tanto, el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón del derecho penal como última ratio"[15]. Esto permite aseverar que el derecho convencional define principios, directrices y estándares que deben respetar los derechos internos y además diseñar sus normas en perfecta consonancia con esos desarrollos.

A su vez, es un eslabón más que interrelaciona con otras áreas e integran un sistema de garantías, lo que implica un sistema de varios niveles que a lo único que apunta es a delimitar los mínimos admisibles por el derecho internacional en cuestiones de derechos humanos y fundamentales.

Es así como también dispone el principio de complementariedad, que lleva a entender que la justicia interna tendrá su complemento en un sistema jurídico internacional, y compele no solo a la investigación y juzgamiento de los hechos considerados de competencia internacional, sino además garantiza la identificación de todos los autores y partícipes de estos comportamientos delictivos.

En consecuencia, surgen obligaciones claras para las justicias internas y a la vez responsabilidades por la vulneración de estos principios. La utilidad de una interpretación convencionalmente consonante es en particular relevante, si no imperativa, en el campo de la protección de derechos humanos.

En Colombia, los límites impuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las garantías reconocidas son obligatorios. Y así mismo, es importante

señalar que, si bien los jueces y tribunales internos deben sujetarse a la ley, no debe olvidarse que los tratados internacionales como la Convención Americana obligan a estos. Sentencias como la proferida en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile[16] o en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México[17] así lo disponen.

Así mismo, la exclusión de la figura penal de amnistías para delitos de graves violaciones de derechos humanos se convierte, con las propias disposiciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una máxima irreductible que también condiciona la libertad del legislador colombiano. Así pues, la relación del derecho penal con el derecho internacional es evidente y superlativa.

C. DERECHO CONSTITUCIONAL

Finalmente, y entendiendo que estas específicas clases de derecho van íntimamente unidas, puesto que la relación multinivel es evidente, debemos señalar también que la Corte Constitucional[18] ha considerado que los derechos y deberes constitucionales desprenden de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados. Baste comprobar lo que la misma Corte señaló:

En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales[19].

Por tanto, en el derecho penal se deben seguir las mismas pautas, es decir, establecer los límites, los niveles y sobre todo los principios que gobiernan el derecho penal a partir de esta exigencia.

BIBLIOGRAFÍA

BERISTAIN, ANTONIO, Nueva criminología desde el derecho penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

CARBONNIER, JEAN, Sociología jurídica, Madrid, Tecnos, 1977.

CARRARA, FRANCESCO, Programa de derecho criminal, Parte General, vol. I, reimpresión, Bogotá, Temis, 1988.

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.º 44, 1991.

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, Udeba, 1996.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Concepto y límites del derecho penal, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1994.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Principios y normas rectoras del derecho penal, Bogotá, Leyer, 1998.

FITCHER, JOSEPH, Sociología (versión castellana de Alejandro Esteban Lator Ros), 18.ª ed., Barcelona, Libergraf, 1974.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos (edición castellana para Latinoamérica), 1.ª reimp., Lima-San Marcos, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP)-Iuris Consulti, 2010.

GASPAR, GASPAR, Nociones de criminalística e investigación criminal, Buenos Aires, Udeba, 1993.

GIDDENS, ANTHONY, La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración (José Luis Etcheverry, trad.), 2.ª ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2011.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS ANDREA y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Investigación Criminal. Principios, técnicas y aplicaciones, 1.ª ed., Madrid, Lid, 2015.

GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO y CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Neurociencias y derecho. Reflexiones de la cognición social, el libre albedrío,

la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017.

HABERMAS, JÜRGEN, Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 1998.

KAUFMANN, ARTHUR, Filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

LAMPREA RODRÍGUEZ, PEDRO ANTONIo y ÁLVARO TAFUR GALVIS, Derecho constitucional y administrativo en la Constitución Política de Colombia, 10.ª ed., Bogotá, Diké-Ediciones Rosaristas, 1997.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, Curso de derecho penal. Parte general, Madrid, Universitas, 1996.

PABLOS DE MOLINA, ANTONIO GARCÍA, Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.

PALACIO RUDAS, ALFONSO, El Congreso en la Constitución de 1991, 2.ª ed., Bogotá, Thomas Greg & Sons de Colombia-Tercer Mundo, 1994.

PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO, Introducción al derecho penal, Forum Pacis, 1992.

REYES ECHANDIA, ALFONSO, Criminología, 8.ª ed., Bogotá, Temis, 1987.

RITZER, GEORGE, Teoría sociológica clásica (María Teresa Casado Rodríguez, trad.), 3.ª ed., México, D. F., McGraw-Hill, 2007.

ROXIN, CLAUS, Derecho penal. Parte general, t. I, Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito, Madrid, Civitas, 1997.

TARUFFO, MICHELE, "Proceso y neurociencia", en Neurociencia y proceso judicial (Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll, dirs.), Madrid, Marcial Pons, 2013.

VELÁSQUEZ GÓMEZ, IVÁN y VÍCTOR JAVIER VELÁSQUEZ GIL, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Extractos de jurisprudencia, t. I, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2017.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Sistemas penales y derechos humanos en América Latina, Buenos Aires, Depalma, 1986.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Tratado de derecho penal, Parte General, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1987.

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

CUELLO CONTRERAS, JOAQUIN, “Las raíces filosóficas jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo”, en Anuario de Filosofía del Derecho, vol. VII, 1989. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985295.pdf>.

BOLÍVAR MEZA, ROSENDO, La política como ciencia. Disponible en <http://revistas.unam.mx/index.php/rep/article/viewFile/37515/34079>.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO E., “Las relaciones entre derecho y economía”, en De Justicia. Derecho Justicia y Sociedad. Disponible en <https://www.dejusticia.org/las-relaciones-entre-derecho-y-economia/>.

JORGE CALDAS VERA

Lección 6: Fuentes del derecho penal

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—[1]. 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[2]. A su vez, son los criterios de objetividad de que disponen los jueces, abogados y juristas, para alcanzar respuestas a los interrogantes de la vida social[3]. 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[4].

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[5], 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[6].

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[7], y de ellas identificar su regulación y

funcionamiento dentro del sistema consagrado por la Constitución Política de 1991. Es pues el Estado el 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[8], 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[9].

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[10]. 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

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[11].

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 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[12], y el precedente constitucional. De las cuales nos ocuparemos a continuación, indicando su merecimiento como fuente propia del derecho penal.

1. 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[13], al ser norma de normas, según la expresión del artículo 4.º 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[14], podríamos afirmar —con palabras nuestras— que una Constitución Política es un instrumento 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[15] 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.º 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 alguno[16].

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 y valores referidos a la persona humana que consagra la Carta Superior, como lo es el "respeto por la dignidad humana" (art. 1.º); "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.º), el de la retroactividad de la ley penal más favorable (art. 26 inc. 2.º), el de la abolición de la pena capital (art. 29) y de la pena de confiscación (art. 34), entre otros[17].

— 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 consiguiente, conforman el sistema de fuentes del derecho. Así, como lo estudia ampliamente Uprimny Yepes[18] 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[19].

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.

a. EL CONCEPTO DE LEY

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[20]. 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[22]. 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, cualesquiera sean los deseos de éstos[23]”.

Así, concretando un poco más el concepto ley al de ley penal, se tiene que 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”[24]. 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”[25].

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[26]; no obstante la puntualidad de tal clasificación, nos parece más ajustado al texto constitucional de 1991 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[27].

— 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[28].

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.º 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[29], 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 tributos (art. 154, inc. 4.º 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.º 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 Y 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[30]. Posteriormente, se requiere la aprobación del proyecto 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.

C. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE LA RESERVA DE LEY

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[31]. 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[32], 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[33], 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[34].

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.

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[35].

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[36]. 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[37], 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[38]. 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 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[39].

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"[40], decisiones que al reiterarse en el tiempo forman una línea jurisprudencial o una "idea abstracta[41]".

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 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 legítima e igualdad en la aplicación de la ley[42].

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[43]". A su vez, es legítima cuando existe distinción de hechos relevantes o materiales, indeterminación de la jurisprudencia previa y cambio de jurisprudencia[44], 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

La Constitución Política (art. 230 inc. 2.º) 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.

1. LA JURISPRUDENCIA

Es un conjunto de decisiones expresadas por los distintos tribunales y jueces con fundamento en su conocimiento del derecho[46]. Podría decirse que la jurisprudencia es el conjunto de pronunciamientos judiciales dictados por los órganos judiciales y administrativos[47]. 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[48].

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[49].

2. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

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[50].

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[51] 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[52]. 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[53]”.

Por consiguiente, denominamos al derecho internacional como fuente subsidiaria del derecho penal en aquellos eventos en que la ley penal se 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.º 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[54]”. 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[55]. De tal forma, la doctrina[56] 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[57] 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 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 penal[58].

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 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[60].

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.

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.ª 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.

LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO. 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.º 5, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006.

PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. Derecho constitucional colombiano, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 2004.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO. Derecho penal, 11.ª ed., Bogotá, Temis, 1990.

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.

UPRIMNY YEPES, 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.

GUILLERMO FERRO TORRES

Lección 7: Interpretación de la ley penal

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 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 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 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.

Ya Alf Ross[1] 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 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[2].

II. EVOLUCIÓN Y 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.º y 3.º del 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, HansGeorg Gadamer, Paul Ricoeur, Emilio Betti, KarlOtto Apel, Jürgen Habermas, Umberto Eco y Jörg Zimmermann.

Las contribuciones de H. L. Hart y Ronald Dworkin 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"[3]. 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 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[4]. 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.

1. 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

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[5].

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[6]

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 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 “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 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[7].

Le asiste la razón a Velásquez Velásquez cuando menciona a las categorías gramatical, sintáctica, filológica y jurídica como especies de lo semántico; también a nuestro juicio así deben ser clasificadas[8].

Ya 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[9]. 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 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[10], 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 est[11].

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 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. 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

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 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[12].

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, 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[13]. 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 “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[14]. 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.º 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.º art. 6.º) 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, 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 York, 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.

NINO, CARLOS SANTIAGO. Introducción al análisis del derecho, 8ª ed., Barcelona, Ariel, 1997.

SÁINZ DE ROBLES, FEDERICO CARLOS. Diccionario de la literatura, Madrid, Aguilar, 1965.

SCHÖKEL, 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.

HERNANDO BARRETO ARDILA

Lección 8: Ámbito de validez temporal de la ley penal

El inciso 2.º del artículo 6.º del Código Penal de 2000 establece: “La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados”.

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 (artículo 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 (artículo 53 ibidem).

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

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 de 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 cuando se produzca el resultado.

El artículo 29-2 de la Constitución Política, los artículos 1.º y 10 del Código Penal de 1980 y el 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 en vigencia; ello se encuentra acorde con lo establecido en el artículo 11-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 15-1 del Pacto de Nueva York (Ley 74 de 1968) y el 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 previamente 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: una ley subsiguiente a la conducta eleva a la categoría de delito un comportamiento que no se encontraba anteriormente penalizado; v. g., la Ley 599 del 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, solo podrán castigarse las conductas que se produzcan en vigencia de la nueva ley, pues las anteriores no eran susceptibles de pena.

La ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Así se dispone en el artículo 29-3 de la Constitución y en los artículos 6.° del Código Penal de 1980 y 6-2 de la Ley 599 de 2000. 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 (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 por regla general tránsito de legislación, vale decir, que una disposición legal sea sustituida por otra, pues no constituye un principio de interpretación de la legislación punitiva. 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.

También hay lugar para el principio de favorabilidad cuando se trata de normativas con vigencia sincrónica, como ocurre con los actuales códigos procesales penales, leyes 600 de 2000 y 906 de 2004.

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

(i) La ley promulgada con posterioridad al hecho le quita la categoría de delito; v. g., la Ley 599 de 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.

(ii) La nueva ley aminora la pena dispuesta por el ordenamiento vigente para el momento de comisión de los hechos; v. g., el delito de prevaricato por omisión era sancionado en el ordenamiento de 1980 (artículo 150) con pena de 3 a 8 años de prisión y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales, en tanto que la Ley 599 de 2000 (artículo 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 condenados se aplicará de manera retroactiva la reglamentación del 2000.

(iii) La disposición promulgada luego de producido el hecho investigado reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo; v. g., el Código Penal de 2000 dispuso para el delito de falsedad ideológica en documento público (artículo 286) una pena de 4 a 8 años de prisión, que en el Decreto 100 de 1980 (artículo 218) tenía una sanción de 3 a 10 años de prisión. En este caso corresponde al funcionario judicial verificar cuál es la más favorable en la medida que los factores ameriten imponer el mínimo o el máximo, conforme al régimen de cuartos dispuesto para cuantificar la sanción, es decir, se debe evaluar cuál de las dos disposiciones resulta más favorable, pues en la medida que se acerque al mínimo se aplicará el estatuto penal de 1980 de manera ultraactiva, pero si se está cerca del máximo se deberá utilizar la Ley 599 de 2000 con carácter retroactivo.

(iv) La reglamentación legal posterior al hecho disminuye la sanción privativa de la libertad y aumenta la pena pecuniaria; v. g., 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 normativa 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.

(v) 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.

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

Entre otros ejemplos, tenemos:

(a) La nueva ley dispone de una pena más gravosa para un hecho punible que también se hallaba en la ley anterior; v. g., 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 Estatuto Penal de 2000 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.

(b) Si la nueva ley reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, pero de acuerdo con las circunstancias es pertinente imponer una sanción cercana al mínimo; v. g., el Código Penal de 2000 dispuso para el delito de falsedad material de particular en documento público (artículo 287-1) una pena de 3 a 6 años de prisión, que en el estatuto anterior (artículo 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.

Entre algunas vicisitudes del principio de favorabilidad tenemos:

1. LEY PENAL INTERMEDIA

Es aquella disposición legal que sin estar vigente en el 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 2014 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 2015 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 del 2017 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 2014, y luego de transcurrido el proceso penal se va a proferir sentencia de condena el 25 de noviembre del 2018, 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.

2. TERCERA LEY (LEX TERTIA)

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. g., 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. g., los códigos penales, situación en la que el cotejo no se hace evidente y 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.

Con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, la Corte Suprema señaló que en su artículo 6.º dispuso dos modificaciones: la primera, incluyó la 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[1].

En consecuencia, frente a la concurrencia de penas —expuso 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 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 de 100 a 500 salarios mínimos legales mensuales, y el artículo 169 del Código del 2000 señala para el mismo delito una pena de 18 a 28 años de prisión y multa de 2000 a 4000 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.

En decisiones posteriores la Corte Suprema ha precisado que la lex tertia no supone una aplicación automática, en cuanto es necesario constatar ciertos elementos y similitudes en las normas cuyos fragmentos se articulan, a fin de no desfigurar los institutos, pero sin que de ello pueda deducirse que tenga como proscrita la tercera ley. En tal sentido señaló[2]:

Tampoco fue acertado haber accedido a las pretensiones del postulado, parcelando los presupuestos previstos en la ley (arts. 18A de la Ley 975 de 2005 y 35 de la Ley 1820 de 2016) y sometiendo solamente a escrutinio aquellos requisitos que asume el juzgador le resultaban más favorables, por cuanto ello implica ni más ni menos la creación de una lex tertia que no tiene en dicha hipótesis una construcción razonable, menos haciendo una subjetiva distinción entre 'beneficio' e 'instituto', que para esos efectos deviene artificial, pues siempre que de verificar su viabilidad se trata, ello sólo sería posible aplicando la figura —llámese si se quiere instituto o beneficio— en su integridad normativa, y no extrayendo aquellos requisitos que se estimen la posibilitan indistintamente de cada una.

Precisa la Corte que de acuerdo con reiterado y unánime criterio jurisprudencial "no sería posible tomar de cada una de estas normas lo que resulte más conveniente para el procesado, para crear una tercera ley (lex tertia), por las razones ampliamente explicadas por esta Corporación en otras oportunidades (CSJ AP, 24 feb. 2014, rad. 34099; CSJ SP, 12 mar. 2014, rad. 42623, entre otras)", lo cual finiquitó la discusión acerca de la supuesta aplicación de la favorabilidad con el alcance que se ha señalado.

Así lo ha indicado tal colegiatura en las decisiones citadas como apoyo. En la primera[3]:

La Corte ha condicionado la admisibilidad de la combinación de leyes por vía de favorabilidad, lo que implicaba argumentar o al menos plantear a guisa de ejemplo, que las decisiones que han tutelado el principio de favorabilidad por vía de ese mecanismo, guardan semejanza con el asunto pretendido, en tanto los aspectos tomados de una y otra norma no modifican la estructura del precepto jurídico porque cada uno de sus elementos puede escindirse en su concepción teórica y práctica, como lo ha considerado la Corte al seccionar la pena de prisión prevista para un determinado delito y la multa concurrente, tomando lo

favorable para una y otra, de las disposiciones que se suceden en el tiempo (cursivas fuera de texto).

En la segunda[4]:

Y no puede acudirse a una combinación inapropiada de requisitos de una y otra normas, porque si bien, la Corte ha aceptado en algunas ocasiones la posibilidad de aplicar la llamada lex tertia, ello opera en circunstancias muy particulares, también desarrolladas ya por la jurisprudencia de la Sala (CSJ SP, 3 sep. 2001,16837), que refieren la posibilidad de realizar esa mixtura cuando los preceptos confrontados remiten a institutos, subrogados o sanciones diferentes, y no en los casos en que se busca aplicar un beneficio concreto a partir de tomar en consideración elementos disonantes de las diferentes normatividades en juego.

Actuar en contrario de lo dicho, vale decir, tomar factores favorables de una y otra normatividades, para así construir el beneficio o subrogado, no solo implica una suplantación ilegal del legislador, sino que finalmente la combinación normativa desnaturaliza por completo la figura del beneficio, desdice de su finalidad y, no por último menos importante, termina por violentar el principio de igualdad (cursivas fuera de texto).

3. APLICACIÓN ULTRAACTIVA DE LEYES INEXEQUIBLES

Aunque algunos autores[5] propugnan la procedencia de la aplicación favorable de una ley con posterioridad a su declaratoria de inexequibilidad, en virtud del artículo 243-2 de la Constitución, los fallos de constitucionalidad hacen tránsito a cosa juzgada constitucional y ninguna autoridad

puede reproducir el contenido material del acto declarado inexequible.

Sobre el particular se tiene que, si los motivos de tal declaratoria han sido de fondo, no es viable la aplicación ultraactiva de tal disposición, pero si las razones han sido meramente formales, se acepta la aplicación del precepto más allá de cuando fue declarado contrario a la Constitución.

4. TRATAMIENTO DE LOS DELITOS PERMANENTES[6]

Si la comisión de uno de estos delitos (v. g., secuestro, inasistencia alimentaria, rebelión, concierto para delinquir) comenzó en vigencia de una ley, pero se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normativa[7], de acuerdo con las siguientes razones:

Primera, no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado.

Siendo ello así, no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normativa más benévola[8].

Segunda, si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, en virtud de los cuales la ley gobierna los hechos cometidos durante su vigencia, es claro que, si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa.

Tercera, si de acuerdo con el artículo 6.º de la Carta Política las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, es evidente que, cuando acomodan su proceder a un tipo penal sin justificación atendible, se hacen acreedoras a la pena dispuesta en el precepto respectivo.

Cuarta, si a quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultraactiva con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave, trato desigual que impone corregir la inequidad, con mayor razón si en virtud del principio de proporcionalidad de la pena el delito cuya permanencia se haya extendido más en el tiempo debe tener una sanción superior a la derivada de un punible de duración inferior[9].

Quinta, si uno de los propósitos de la lex previa se orienta a cumplir con la función de prevención general de la pena, en el entendido de que cuando el legislador dentro de su libertad de configuración normativa eleva a delito un determinado comportamiento está enviando un mensaje a la sociedad para que las personas se abstengan de cometer tal conducta, so pena de estar llamadas a soportar la sanción anunciada, no hay duda que el aumento de punibilidad de un delito como producto de la política criminal del Estado supone para quienes se encuentran en tal predicamento dos posibilidades: una, dejar de cometer la conducta antes de que empiece a regir la nueva punibilidad, v. g., liberar al plagiado en el delito de secuestro, abandonar el alzamiento en armas en el punible de rebelión, o dejar el grupo acordado para cometer delitos en el ilícito de concierto para delinquir, respondiendo únicamente de conformidad con la pena establecida en la ley para tal momento vigente.

La otra, continuar con la comisión del delito permanente dentro de su autonomía y posibilidad efectiva de determinación, pero, desde luego, asumiendo los nuevos costos punitivos más gravosos dispuestos por el legislador, pues no se aviene con una política criminal coherente que el incremento de penas para los delitos permanentes ya iniciados no se traduzca efectivamente en su imposición, con lo cual se estimularía la prolongación en el tiempo de tales comportamientos con la correlativa afrenta persistente para el bien jurídico objeto de tutela.

A manera de ejemplo destáquese que si una persona tiene en su poder determinada sustancia, cuya tenencia a partir de cierta fecha futura será punible al ser incluida como precursora para el procesamiento de estupefacientes, esa tenencia lícita inicial no la faculta para continuar con la sustancia una vez entre en vigencia la prohibición, pues, por el contrario, está llamada a deshacerse de tal producto para no incurrir en la comisión del delito, y obviamente, de no proceder a ello, esa inicial licitud no tiene la virtud de volver también lícita la fase del comportamiento permanente cometida bajo el imperio de la nueva legislación, y por tanto se hará acreedora a la condigna pena.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito permanente de desaparición forzada de personas señaló en fallo del 26 de noviembre de 2008 en el caso Tiu Tojin contra Guatemala:

Por tratarse de un delito de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable.

En sentido similar dijo la misma Corte en fallo del 23 de noviembre de 2009, en el caso Rosendo Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos:

El Tribunal reitera, como lo ha hecho en otros casos, que por tratarse de un delito de ejecución permanente, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el Estado, la nueva ley resulta aplicable por mantenerse en ejecución la conducta delictiva, sin que ello represente una aplicación retroactiva.

[...] Al respecto, cabe reiterar que por tratarse de un crimen de ejecución permanente, es decir, cuya consumación se prolonga en el tiempo, al entrar en vigor en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable (cursivas fuera de texto).

Si la nueva ley se aplica cuando el comportamiento no era considerado antes de su vigencia como delito, con mayor razón habrá que hacerlo cuando en la legislación anterior tenía el carácter de punible, pero su sanción era menor.

En conclusión, cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévola pero que continúan cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es esta última la normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia.

En segundo término, si la situación es inversa, esto es, el delito permanente comienza bajo la vigencia de una ley más gravosa, pero posteriormente entra a regir una legislación más benévola, también se aplicará la nueva ley conforme con la anunciada regla, en cuanto expresión de la política criminal del Estado.

5. LEYES 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 (artículos 212 a 215 C. P.) 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 de 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, esta 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 con el 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.

En tales condiciones, salvo que el Presidente de la República consiga a partir de su iniciativa legislativa que las normas excepcionales adquieran la condición de ordinarias al ser expedidas por el Congreso antes de cumplirse el tiempo de duración del estado excepcional, lo cierto es que los incrementos punitivos dispuestos en tales circunstancias vienen a cumplir solo una función meramente simbólica, pues no serán efectivamente aplicables y ejecutables conforme al principio de favorabilidad.

6. LEYES PROCESALES

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 es expresamente señalado en el artículo 6-2 de la Ley 600 de 2000.

Por ejemplo, con base en el referido principio, la Corte decidió aplicar el instituto de la reparación integral, consagrado en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal de 2000, como causal de extinción de la acción penal, en un asunto gobernado por el Estatuto Procesal Penal de 2004, en momentos posteriores a la audiencia de juzgamiento o de juicio oral cuando ya había expirado la posibilidad de tramitarlo por vía del principio de oportunidad, y por tanto declaró extinta por indemnización integral la acción penal derivada de un delito de lesiones personales culposas[10].

DARÍO BAZZANI MONTOYA

HERNANDO BARRETO ARDILA

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

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 que podrían resultar aplicables legislaciones penales de países diversos. Por ello, se han establecido varias reglas consuetudinarias, las cuales conforman verdaderos principios de derecho internacional[1] que, junto a la regla general de la territorialidad, son de utilidad para determinar en qué casos procede aplicar la ley penal colombiana. Esos principios serán analizados 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 adoptada por la legislación nacional, en la cual cobran 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 esta, 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 esta se aplica a nacionales y extranjeros que la

infrinjan en el territorio nacional —entendido este como el señalado en el artículo 101 de la Carta Política—, salvo las excepciones del derecho internacional, las cuales 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 de 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 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 este 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:

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 o incurra en el delito de financiación de terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, 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 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, este 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 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.

c. 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, 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, residual y complementaria 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 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 que siendo solicitado en extradición esta 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[2], que son impredicables de los delitos comunes, salvo que estos 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 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[3].

Y posteriormente precisó que son características de esta clase de delitos: 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 —inspirados 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[4].

Este criterio, que emergió en vigencia de la Constitución anterior, fue finalmente adoptado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-456 de 1997[5], 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 esta 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

1. CONCEPTO

La extradición es un mecanismo de cooperación internacional contra la 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 490 a 514 de la Ley 906 de 2004.

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 estos 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[6], “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”.

Posteriormente se modificó el texto constitucional mediante el artículo 1.° del Acto Legislativo 01 del 16 de diciembre de 1997[7], en el sentido de permitir la extradición de colombianos por nacimiento, por conductas punibles cometidas con posterioridad a la promulgación de dicho acto[8].

2. CLASES

La doctrina ha elaborado diversas clasificaciones de la extradición:

a. Atendiendo a las diversas formas de operación de la extradición, puede ser: activa: cuando un Estado solicita la entrega de la persona que ha delinquido en su territorio al Estado donde esta 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, esta 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, 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 este 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.

El sistema mixto es el acogido por Colombia, pues, según el artículo 492 de la Ley 906 de 2004, la oferta o concesión de la extradición es facultativa del Gobierno, pero requiere concepto previo y favorable de la Corte Suprema de Justicia.

El Estado requirente solicita la extradición por vía diplomática por medio de su embajada en Colombia. Debe anexar copia de la acusación o sentencia dictada, indicar el lugar y fecha o época de los hechos, aportar los datos que permitan identificar al solicitado y allegar copia de las disposiciones normativas internas atinentes al asunto; todos los documentos deben ser traducidos al español si fuere necesario.

Recibida la documentación, el Ministerio de Relaciones Exteriores dispone que las diligencias pasen al Ministerio del Interior para que indique las disposiciones internacionales o internas aplicables (según lo dispuesto en el tratado internacional respectivo o, en su defecto, en la ley interna, acatando la preceptiva superior y la normatividad complementaria), y verifique que el expediente esté completo.

Luego, el diligenciamiento se envía a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia para que emita concepto sobre[9]:

(a) La validez formal de la documentación presentada: auscultar si los documentos fueron remitidos por vía

diplomática y, de manera excepcional, por la consular o de gobierno a gobierno, aportando los documentos atrás referidos;

(b) La plena de la identidad del solicitado: establecer si existe plena coincidencia entre la persona solicitada y aquella cuya entrega se encuentra en curso de resolver, desde luego, sin que sea de su resorte cuestionar si la persona solicitada e identificada por el Estado requirente fue o no la que cometió el delito por el cual se le acusa allí.

(c) El principio de doble incriminación: verificar si los comportamientos atribuidos al reclamado como ilícitos en el país extranjero tienen en Colombia la misma connotación, y si comportan aquí una pena mínima no inferior a cuatro años de privación de la libertad;

(d) La equivalencia de la providencia proferida en el extranjero: constatar que la pieza procesal ofrecida por el país requirente es equivalente, por lo menos, a la acusación prevista en el ordenamiento procesal penal interno, es decir, si da paso a la fase del juicio.

(e) Cumplimiento de los requisitos establecidos o derivados de la Constitución: principalmente verificar que no se trate de la extradición por la comisión de delitos políticos o de opinión, ni por hechos anteriores a la expedición del Acto Legislativo 01 de 1997, en el caso de la extradición de colombianos por nacimiento, según lo previsto en el artículo 35 de la Carta Política; ni que se impongan en la nación requirente tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni penas proscritas en Colombia como la de muerte o la prisión perpetua.

Quien finalmente concede o niega la extradición es el Presidente de la República. En tal caso, el concepto de la Corte lo obliga si es desfavorable a la petición, pero no si es favorable, caso en el cual la concesión o negación de la extradición corresponde a su discrecionalidad, pues según el artículo 189 de la Carta Política es el encargado de “dirigir las relaciones internacionales” como “Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa”.

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 solo 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 el trámite que desarrolla tanto 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 este y no por tribunales de 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 Constitución Política, la cual proscribe la pena de muerte (art. 12), de tal forma que si esta 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 basan 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, no procede la extradición si en el momento de la solicitud ya se ha proferido sentencia

ejecutoriada en el Estado donde se encuentra 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 VII 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. 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 del tratamiento privilegiado de esta clase de reatos consagrado, como se dijo, desde las constituciones nacionales de inicios del siglo XIX.

j. Principio de no devolución o non refoulement

Se trata de una figura que tuvo su origen en la protección de los refugiados, pero su alcance se ha ampliado al ámbito de la extradición. Consiste en no disponer a otro Estado la entrega de un individuo cuando haya elementos de juicio que permitan suponer fundadamente que será sometido a la violación de sus derechos, es decir, corresponde al Estado colombiano verificar que el requirente brindará las

garantías necesarias para proteger los derechos de la persona requerida en extradición.

k. Principio de extraditar o juzgar (aut dedere aut judicare)

A fin de evitar la impunidad, los Estados tienen la obligación de extraditar o de juzgar conforme a su legislación. Si bien se trata de dos obligaciones alternativas, la decisión de extraditar o juzgar es discrecional del Estado, pero en todo caso la obligación de judicialización subsiste con independencia de la existencia de una solicitud previa de extradición.

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 la ley penal, esto es: que exista resolución de acusación o sentencia condenatoria en contra del solicitado o sus equivalentes; que no se haya proferido sentencia ejecutoriada en Colombia por la misma conducta punible. Si existe tratado de extradición con el país solicitante, que el delito esté incluido en el tratado o, sin mediar tratado público, que 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

El ámbito de validez personal de la ley penal impone el examen de la persona destinataria de esta 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 estas o su aplicación se reserva a determinadas autoridades.

Como principio general se tiene que la ley penal rige para las conductas cometidas por todas las personas que se encuentren en Colombia, sin importar si son nacionales o extranjeros.

No obstante, es necesario distinguir si se trata de personas menores de 14 años o de mayores de 14 y menores de 18 años.

Respecto de las primeras, el artículo 142 de la Ley 1098 de 2006, Código de Infancia y Adolescencia, dispone que no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible, de modo que si cometen un delito se les aplicarán solamente medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (artículo 143 idem).

Con relación a las segundas, mayores de 14 y menores de 18 años, están sometidos al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, adelantado por autoridades judiciales especializadas y entes administrativos, cuyas medidas tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa y se aplicarán con el apoyo de la familia y de especialistas, con sanciones tales como la amonestación, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, libertad asistida, internación en medio semicerrado y privación de libertad en centro de atención especializado (artículos 139, 140 y 177 ejusdem).

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 estas. 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 de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, aprobada por Ley 6.a 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”.

Algunos confunden la inviolabilidad de la residencia de aquellos con la noción de extraterritorialidad, pues lo cierto es que dichos lugares no son extensiones de los países que representan los embajadores y agentes diplomáticos, pero sí están protegidos.

Los miembros de la familia de los agentes diplomáticos que formen parte de su casa también gozarán de la referida inmunidad, siempre que no sean nacionales del Estado receptor.

El personal administrativo, técnico y de servicio de la misión y sus familias que formen parte de sus casas, siempre que no sean nacionales del Estado receptor ni tengan en él residencia permanente, gozarán de inmunidad únicamente respecto de actos realizados en el desempeño de sus funciones.

Como en el artículo 13 del Acto Legislativo 02 del 1.° de junio de 2015, que modifica el numeral 4.° del artículo 235 de la Carta Política, se establece que corresponde a la Corte Suprema de Justicia, previa acusación del fiscal general, juzgar a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, debe entenderse que se trata de aquellos casos en que dichos funcionarios sean colombianos, con ocasión de conductas cometidas en el exterior (Estatuto personal en el ámbito de la extraterritorialidad: la ley penal colombiana persigue a sus nacionales), no cuando se trate de embajadores o jefes de misión de otros países con representación en Colombia, pues estos, conforme a la citada Convención de Viena de 1991, se encuentran protegidos por el instituto de la inmunidad.

C. INDEMNIDAD

[10]

La figura de la indemnidad, llamada respecto de los congresistas inviolabilidad parlamentaria (artículo 185 de la Constitución), significa que estos en sus actuaciones se encuentran excluidos de responsabilidad penal si cumplen dos condiciones: la primera, que se trate de una opinión o de un voto, es decir, no quedan allí amparados otros comportamientos, inclusive si los desarrollan en el recinto parlamentario; la segunda, dicho voto u opinión deben ser emitidos en el marco del ejercicio de sus funciones como congresistas, y en tal sentido no son inviolables aquellas opiniones expuestas por un senador o representante a la cámara por fuera de los debates parlamentarios, por ejemplo, cuando actúa como un simple ciudadano.

La irresponsabilidad de los parlamentarios es inherente a la democracia constitucional, en cuanto expresión tanto de la separación de poderes como de la soberanía popular (artículo 3.° de la Constitución). De una parte, asegura la independencia del Congreso al imposibilitar toda suerte de injerencias de las otras ramas del poder sobre los senadores y representantes en el ejercicio de sus funciones, conquista

que tiene su antecedente más destacado en el artículo 9.° de la Bill of Rights en Inglaterra (1689), según la cual, la "libertad de expresión, los debates y las actuaciones en el Parlamento no pueden ser juzgados ni investigados por otro Tribunal distinto del Parlamento".

Y de otra, dota de libertad el debate democrático en el congreso, en cuanto sus miembros, como representantes del pueblo que los ha elegido, no deben tener limitaciones o cortapisas en la expresión de sus criterios o en el sentido de sus votos.

Como características de la indemnidad o inviolabilidad parlamentaria pueden señalarse: (i) No corresponde a un privilegio en favor de los congresistas individualmente considerados, sino una garantía institucional en favor del parlamento y la democracia; (ii) Es perpetua, en cuanto los congresistas no pueden ser objeto de persecución judicial por sus votos u opiniones, ni aun después de haber cesado en sus funciones; (iii) Tiene carácter específico o exclusivo, pues solo opera respecto de votos u opiniones emitidos en el ejercicio de la función congresional; y (iv) Es absoluta, porque cobija todas las opiniones y votos en la formación de la voluntad colectiva del parlamento, incluyendo no únicamente la formación de las leyes, sino también las decisiones derivadas de investigar a altos dignatarios como el Presidente de la República, labor que comporta un alcance jurisdiccional sustentado en el principio de legalidad, pero también un importante cariz político regido por criterios de oportunidad[11].

Por ejemplo, mediante sentencia de revisión de tutela del 29 de enero de 1999, la Corte Constitucional dispuso amparar el derecho fundamental al debido proceso de la congresista Viviane Morales Hoyos, al considerar que la garantía institucional de la inviolabilidad parlamentaria priva, de manera absoluta, a la Corte Suprema de justicia de competencia para investigarla por delitos relacionados con las opiniones y votos que emitió en desarrollo del proceso seguido en la Cámara de Representantes contra el entonces Presidente de la República Ernesto Samper Pizano, trámite que culminó con preclusión de la investigación por resultado mayoritario de 111 votos a favor y 43 en contra.

Es pertinente señalar que también por voluntad del legislador (artículo 228 de la Ley 599 de 2000) se encuentran amparadas por el instituto de la indemnidad las injurias expresadas por los abogados litigantes en sus escritos o intervenciones orales ante los despachos judiciales, siempre que sus autores no les hayan dado publicidad. En tal caso, únicamente procederán las acciones disciplinarias a que haya lugar.

Se trata de una garantía para que quienes representan jurídicamente los intereses propios o ajenos puedan ejercer su encargo sin limitaciones derivadas de su léxico, siempre que cumplan dos exigencias: una, que se produzcan en sus intervenciones ante las autoridades; y dos, que no las hayan divulgado.

D. FUERO

Corresponde a un instituto dispuesto para asegurar el equilibrio entre quienes son objeto de investigación y juzgamiento y quienes realizan tales funciones jurisdiccionales; en tal sentido, no se garantizaría el principio de imparcialidad e independencia judicial si un juez penal municipal adelantara un juicio y sentenciara al Presidente de la República o a un ministro, amén de que también podría darse lugar a desafueros por parte de quien ejerce tal labor jurisdiccional.

No se trata de una prerrogativa o beneficio a favor del procesado, sino de una garantía en pro de mantener incólume su actividad, libre de posibles injerencias indebidas y con la pretensión de evitar que funcionarios de menor rango investiguen y juzguen a aquellos de mayor importancia en la escala jerárquica del Estado.

Hay varias clases de fueros, entre ellas, el constitucional, el legal, el militar y el indígena.

1. FUERO CONSTITUCIONAL

Derivado del texto de la Carta Política, se refiere a los congresistas, al Presidente de la República y a otros altos funcionarios del Estado.

(i) Respecto de los senadores y representantes a la cámara se tiene que, de conformidad con el artículo 1.° del Acto Legislativo 01 del 18 de enero de 2018, serán investigados por la Sala de Instrucción de la Corte Suprema de Justicia y serán juzgados por la Sala de Juzgamiento de la misma Corporación. La segunda instancia será surtida por la Sala de Casación Penal de aquella colegiatura.

El fuero especial de congresistas obedece histórica y políticamente a la necesidad de salvaguardar a los representantes del pueblo (artículo 133 de la Constitución) de eventuales persecuciones políticas que vayan en desmedro de su labor en la división del poder público, de manera que el fuero se erige en una garantía de carácter institucional, pues, más allá de proteger individuos en especial, se orienta a asegurar su investidura.

No corresponde a un privilegio de índole personal, sino a una protección de la independencia y autonomía del órgano legislativo; circunstancia de la cual se deduce que su operatividad no se predica solamente de aquellas conductas cometidas cuando el incriminado tiene la condición de senador o representante, sino también respecto de las realizadas antes de su posesión, siempre y cuando el diligenciamiento curse al contar con su especial investidura, o cuando aquellas tengan relación con su labor congresional.

La competencia dispuesta en los artículos 186 y 235 numeral 3.° de la Carta Política, modificados por el Acto Legislativo 01 de 2018, para que las salas especiales de instrucción y juzgamiento de la Corte Suprema investiguen y juzguen a los congresistas comporta una máxima garantía en cuanto al asignarla al órgano límite de la jurisdicción ordinaria se consigue evitar, de una parte, que jueces de menor jerarquía investiguen y juzguen a los representantes del pueblo en desmedro del equilibrio propio de la

interrelación entre las ramas del poder público y, de otra, que el congresista deba encarar trámites judiciales en su contra en diferentes lugares del país en detrimento del tiempo que debe dedicar a su función constitucional.

A su vez, como los congresistas pueden ostentar, sin duda, poder político de orden territorial y/o nacional, capaz de incidir en la autonomía de los funcionarios judiciales, deberá concluirse que si su juez natural es la Corte Suprema de Justicia se consigue garantizar el principio de independencia judicial y el imperio de la ley en la toma de decisiones, pues el control de las ramas del poder público permite conservar los fines del Estado de Derecho en un marco de equilibrio e imparcialidad.

Para mantener el fuero respecto de los congresistas que han cesado en el desempeño de sus labores, es necesario que se proceda por un delito de los denominados "propios", esto es, conductas inherentes al ejercicio de la función pública que corresponde a senadores y representantes (artículo 150 ss. de la Carta Política), o también, conforme al referido parágrafo del artículo 235 de la Constitución, cuando se trata de punibles "que tengan relación con las funciones desempeñadas" por los congresistas, siempre que de su contexto se advierta el vínculo con la función pública propia del Parlamento.

La relación del delito con la función pública tiene lugar cuando se realiza por causa del servicio, con ocasión de este o en ejercicio de funciones inherentes al cargo; esto es, que la conducta tenga origen en la actividad congresional, o sea su necesaria consecuencia, o que el ejercicio de las funciones propias del congresista se constituya en medio y oportunidad propicia para la ejecución del punible, o que represente un desviado o abusivo ejercicio de funciones.

(ii) Con relación al Presidente de la República, los artículos 5.° y 7.° del Acto Legislativo 02 del 1.° de julio de 2015, que reformaron los artículos 174 y 178 de la Constitución, disponen que el Senado conocerá de las acusaciones formuladas por la Cámara de Representes contra el Primer Mandatario respecto de delitos cometidos antes y luego de posesionarse, pero la competencia se prorrogará solo una vez cese en sus funciones, con relación a los hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de su cargo.

(iii) En cuanto atañe a otros altos funcionarios del Estado, como los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el Fiscal General de la Nación, serán juzgados por la Sala Especial de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia (Acto Legislativo 01 de 2018) previa investigación y acusación de la Cámara de Representantes y el Senado, con relación a hechos cometidos antes y luego de su posesión, pero se mantendrá la competencia cuando cesen en su funciones respecto de conductas vinculadas al ejercicio de su cargos.

Finalmente, conforme al Acto Legislativo 01 de 2018, corresponde a la Sala Especial de Juzgamiento de la Corte Suprema de Justicia juzgar, previa acusación del Fiscal General de la Nación o de sus delegados ante dicha Corporación, al vicepresidente de la República, a los ministros, al Procurador General, al Defensor del Pueblo, a los agentes del Ministerio Público ante la Corte, ante el Consejo de Estado y ante los Tribunales; a los directores de departamentos administrativos, al Contralor General, a los embajadores y jefes de misión diplomática o consular, a los gobernadores, a los magistrados de tribunales y a los generales y almirantes de la Fuerza Pública.

2. FUERO LEGAL

Derivado de la ley, es desarrollado en los estatutos de procedimiento penal; por ejemplo, el artículo 32-9 de la Ley 906 de 2004 dispone que corresponde a la Corte Suprema de Justicia (Sala Especial de Juzgamiento, según el Acto Legislativo 01 de 2018) el juicio, entre otros, del viceprocurador, vicefiscal, magistrados del Tribunal Superior Militar y del Consejo Nacional Electoral, fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia y tribunales, procuradores delegados, procuradores judiciales II, registrador nacional del estado civil, director nacional de fiscalía y directores seccionales de fiscalía, y precisa que, cuando dichos funcionarios hayan cesado en el ejercicio de sus cargos, el fuero se mantendrá solamente para los delitos que tengan relación con las funciones desempeñadas.

A su vez, el artículo 34 del mismo ordenamiento procesal penal establece que corresponde a los tribunales superiores de distrito conocer de los procesos seguidos contra jueces del circuito, de ejecución de penas y medidas de seguridad, municipales, de menores, de familia, penales militares, procuradores provinciales, procuradores grado I, personeros distritales y municipales cuando actúan como agentes del Ministerio Público en la actuación penal, y fiscales delegados ante los jueces penales del circuito, municipales o promiscuos, por los delitos que cometan en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

3. FUERO MILITAR[12]

La investigación y juzgamiento de un delito es de competencia de la justicia penal militar cuando se encuentra vinculado claramente con la actividad del servicio, en cuanto comporte extralimitación o abuso de poder acaecido en el marco de un procedimiento que corresponde normativamente a las Fuerzas Militares o de Policía (artículo 221 de la Carta Política).

Entonces, se excluyen de la referida jurisdicción los comportamientos realizados por personal militar o de policía en actividades no vinculadas con el servicio. Por ejemplo, cuando un soldado profesional que se encuentra de vacaciones tiene una riña y causa la muerte a su contrincante.

Desde luego, dicho vínculo se descarta cuando se establece que desde un principio el agente tenía un propósito criminal, caso en el cual el ejercicio de las funciones militares o de policía corresponde únicamente a una fachada para la actividad delictiva.

También hay fractura del vínculo cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad, en el entendido de que en ningún caso podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellos que desconocen

abiertamente el principio de dignidad humana y de manera ostensible comportan la violación de derechos constitucionales de las personas.

No quedan amparadas por el fuero penal militar las siguientes conductas:

(i) Las que se producen en el contexto de una operación que ab initio buscaba fines contrarios a los valores, principios o derechos consagrados en la Constitución. Por ejemplo, cuando se escenifica una situación de combate con el fin de dar muerte a indefensos ciudadanos que luego son presentados como bajas de grupos armados insurgentes;

(ii) Aquellas que surgen de una operación iniciada legítimamente, pero en su desarrollo tiene lugar una desviación esencial del curso de la actividad. Por ejemplo, cuando, luego de capturar en flagrancia a un delincuente, agentes de la policía le ocasionan la muerte;

(iii) Las que no evitan graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario. Por ejemplo, un oficial del ejército tiene conocimiento de una masacre que será perpetrada en determinado municipio por un grupo paramilitar, pese a lo cual, teniendo posición de garante por institución y contando con los medios logísticos necesarios, no emprende acción alguna para evitar tal situación, caso en el cual, si no inicia una acción de salvamento para proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su ámbito de responsabilidad, se le atribuye la violación a los derechos humanos por tratarse de una comisión por omisión[13].

En la reforma al fuero penal militar dispuesta en 2015 se modificó el artículo 221 de la Carta Política, con el siguiente texto:

De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio conocerán las Cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o tribunales estarán integrados por

miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro. En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario se aplicarán las normas y principios de éste. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la justicia penal militar o policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del DIH. La justicia penal militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.

Con dicha enmienda a la Carta, los procesos penales contra militares, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la castrense, se regirán por los postulados del Derecho Internacional Humanitario, esto es, particularmente por los convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos facultativos, normativa que no prohíbe el conflicto armado, sino que protege a quienes no tienen el estatuto de combatientes, v. g., civiles, combatientes vencidos, personal de la Cruz Roja y la Luna Roja, etc. Tales investigaciones y juzgamientos deben ser adelantados por funcionarios judiciales expertos en Derecho Internacional Humanitario.

4. FUERO INDÍGENA[14]

Según la preceptiva del artículo 246 de la Carta Política,

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

A su vez, en los artículos 9.° del Convenio 169 de 1989 sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” de la Organización Internacional del Trabajo (aprobado mediante Ley 21 de 1991), 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, modificado por el artículo 5.° de la Ley 1285 de 2009, y 11 de la Ley 600 de 2000, se encuentra reconocida la jurisdicción indígena, respecto de la cual la Corte Constitucional ha construido una línea jurisprudencial (cfr. CC T-617/2010) sustentada en el principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”, y en la identificación de cuatro elementos que integran el fuero indígena: territorial, objetivo, institucional y personal, además del denominado factor congruencia (cfr. CC T-349/96, citada en CC T-364/11).

El elemento territorial se configura cuando los hechos investigados ocurrieron en el ámbito espacial indígena, por ejemplo, en un resguardo.

El elemento objetivo hace referencia a la naturaleza del sujeto u objeto sobre el cual recae la conducta (cfr. CC T-617/10). Al respecto es oportuno señalar que, si bien en la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura ha existido controversia acerca de si la condición de indígena de la víctima hace parte del elemento personal o del elemento objetivo, la Corte Constitucional definió en la citada providencia que la identidad étnica de la víctima hace parte del elemento objetivo, pues esa posición es consistente con la separación entre el concepto de fuero indígena y criterios de definición de competencia de la jurisdicción especial indígena.

El elemento institucional, también denominado orgánico, se ocupa de establecer si hay instituciones, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales y (ii) un concepto genérico de nocividad social. Además, la dimensión institucional de la jurisdicción especial indígena se relaciona con la protección de las víctimas y con el debido proceso, tanto de la víctima como del agresor.

El elemento personal alude a la pertenencia del procesado a una comunidad indígena, aspecto en el cual se pondera la

“aculturación”, entendida como la pérdida de la identidad cultural del acusado, desde luego, en cuanto tiene incidencia con el delito cometido y corresponde a un fenómeno que trasciende las barreras de lo simple y llanamente jurídico o legal, en cuanto comporta una ponderación sociológica.

En efecto, así como hipotéticamente debería conocer la jurisdicción indígena de un delito cometido por una persona que no tenga la condición de indígena, cuando se demuestre su estrecha y prolongada vinculación y coexistencia con los usos, prácticas y costumbres de una determinada comunidad indígena, siempre que, desde luego, se cumpla con los otros elementos ya referidos, también se impone reconocer que la condición de indígena para efectos de acceder a la jurisdicción especial no se consigue porque el gobernador de un cabildo así lo declare, o porque el nacimiento haya tenido lugar en un resguardo, en cuanto es menester que no se haya producido la aducida aculturación, esto es, que el indígena por nacimiento haya perdido su identidad nativa al mantenerse en estrecho vínculo, y por un tiempo importante, con la cultura dominante.

El factor congruencia se refiere que “el orden jurídico tradicional de la comunidad indígena no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley” (cfr. CC T-349/96, citada en CC T-364/11).

E. ASILO POLÍTICO

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

Sobre la naturaleza de esta figura jurídica la Corte Constitucional, en la Sentencia C-186 de 1996[15], 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". Y 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, FERNANDO. Derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1997.

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

Lección 10: Teoría de la norma

I. TEORÍA DE LA NORMA Y 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.º 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.º 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"[1]. 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"[2] .

El artículo 1.º 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 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”[3].

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.º 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.º 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”[6] .

En este sentido, si es función del Estado “la evitación de los delitos como forma de proteger a la sociedad”[7], 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 —preven-ción especial negativa o inocuización temporal, y prevención especial positiva o resocialización—[8].

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[9]— compatibles con la convivencia pacífica de los ciudadanos[10], 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”[11].

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[12]. 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[13].

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[14] .

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 rezan, pues, simplemente: no debes robar, no debes matar, etc.”[15].

Binding concluyó que la norma debe ser desarrollada “mediante la trans-formación 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”[16].

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[17].

Concluye Kaufmann así: “una proposición 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 funda-mentar 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”[18].

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 consiguiente, la norma puede averiguarse por inducción a partir del tipo”[19].

II. TEORÍA DE LA NORMA Y TEORÍA IMPERATIVISTA DE LA NORMA COMO DOMINANTE Y 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’”[20]. 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[21].

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[22].

Son estas las características sobresalientes del imperativismo normativo. Por tal línea conceptual cabalga el entendimiento de la norma penal como norma subjetiva de determinación.

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"[23].

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[24]. 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"[25].

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 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"[26].

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"[28]. Así también Rodríguez Mourullo[29].

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 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 Y 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"[30]. Así mismo, las "tesis de la lógica deóntica presuponen las tesis de la lógica de las normas"[31]. La lógica

de las normas es lógica práctica aplicada y “se enuncian es esquemas de inferencia y en consecuencia en inferencias”[32]. Hablamos aquí de inferencias normativas[33]; por tanto, el lenguaje de la lógica deóntica es un metalenguaje en relación al lenguaje de las normas, el cual tiene naturaleza prescriptiva[34].

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”[35]. Las normas deben ser promulgadas: en consecuencia, la promulgación no es otra cosa que la comunicación de un contenido inteligible[36]. 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”[37].

Muy a pesar de que de las anteriores formulaciones, llevadas a cabo por Kalinowski, puede pensarse que nos encontramos frente a una teoría 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"[40].

Proponen estos autores la que denominan "concepción hilética", caracte-rizada 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"[41], como tal la 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[42].

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"[43].

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[44].

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 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"[45]. 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[46]. 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[47] Y 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[48] 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[49].

No se involucra en esta discusión, por lo general, el significado de la culpabilidad, salvo en una posición ya desueta como la de Mezger y Rodríguez Mourullo, según se vio. Ya 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"[50].

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"[51].

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[52];

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”[53].

Lo que afecte, por puesta en peligro o lesión, a los bienes jurídicos 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 recono-cimiento 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 inter-subjetiva 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 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"[54].

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)"[55].

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"[56]. Responde a una orientación monista de la norma.

No puede pretenderse, como lo afirman algunos, que tal valoración es 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[57]: "La valoración o desvaloración es un momento previo, esencial, incluso para la interpretación de la ley, y para su propia aplicación"[58].

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[59]. 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"[60].

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"[61]. 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"[62].

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 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”[63]. “El delito es, pues, la rebelión de la voluntad individual a la voluntad colectiva”[64].

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”[65].

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.

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”[66]. 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[67].

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[68-69]. Responden a las orientaciones dualistas de la norma: “posturas eclécticas, mixtas, que son hoy dominantes”[70].

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”[71]. “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”[72].

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[73]. 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[74], [75].

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 desvinculán-dolo 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"[76].

V. TEORÍA DE LA NORMA, CARTA POLÍTICA Y DERECHO PENAL

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"[77].

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"[78].

Tampoco las normas de derogación son explicadas por la teoría imperativa, puesto que las mismas, lejos de imperar, lo que hacen es dejar sin 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[79]. Como afirman Alchourron y 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"[80].

Así las cosas, debe aceptarse que la teoría de la norma es la teoría de "la significación de un acto de voluntad"[81], 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 mismo también opera la norma imperativa en orden a que cumpla cabalmente con su función[82]. 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-pres-cripción 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 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[83].

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 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[84].

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 ex post.

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 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[85]. 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[86-87].

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”.

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Lección 11: Evolución del método dogmático

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, Rousseau, 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.

– 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 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, Filangieri, Romagnosi, Bentham, Feurbach y Lardizábal como sus constructores.

Los siguientes son sus postulados fundamentales:

1. POSTULADOS FUNDAMENTALES DE LA ESCUELA CLÁSICA

a. DUALISMO NORMATIVO: JUSNATURALISMO

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 funda-mento 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 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[2].

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 con-tundente:

Sólo después que tenga el resultado de estas tres proposiciones, podrá el juez decirle al ciudadano: te imputo este hecho como delito[3].

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 Y SUJETOS INIMPUTABLES

Distinguió la escuela clásica entre sujetos imputables y sujetos inimputables: aquellos son los que tienen capacidad de comprender y/o de 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 responsa-bilidad 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 Y LA RESPONSABILIDAD Y 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 los delitos es el daño hecho a la sociedad”[4].

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[5].

1. 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”[6].

b. RECHAZO DEL LIBRE ALBEDRÍO Y 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 po-sitivistas, 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 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"[8].

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"[9].

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[10].

d. LA SANCION COMO TRATAMIENTO. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD Y 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[11] 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 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"[12].

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 trata-miento 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”[13].

f. LA SANCIÓN DEBE SER ADAPTADA AL DELINCUENTE Y 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.

g. CONSAGRACIÓN DEL DELITO IMPOSIBLE Y 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”[14].

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 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. Y 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[15].

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 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[16].

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 Y 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[17].

En segundo lugar, se sostuvo el carácter jurisdiccional de las medidas de 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”[18].

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 Y 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”[19].

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 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 imputa-bilidad”, escrita en 1878; al final de sus días destacaba cómo de ese criterio se convencía cada vez más; dice en sus Principios:

Yo 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[20].

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[21]: “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 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 absolu-ción, que por lo demás no podría sinceramente conseguirse sino mediante el perdón judicial"[22].

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. Y 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.

D. LA CIENCIA CRIMINAL CONJUNTA DE FRANZ VON LISZT Y 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"[23].

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 Asociación Internacional de Derecho Penal: tal es el sentido de la "ciencia criminal conjunta" o integración de los conocimientos jurídicos y empíricos[24].

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”[25].

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”[26].

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; finalmente, se preguntaría el estudioso si ese derecho tiene razón de ser o si debe establecerse otro, acorde con las necesidades.

LEONARDO CRUZ BOLÍVAR

Lección 12: Transformación del método dogmático

I. PRESENTACIÓN

A. LA DOGMÁTICA

Son muchas las definiciones que pueden encontrarse en la doctrina acerca de lo que se entiende por dogmática penal, mas por su trascendencia recurrimos a uno de los penalistas más importantes del siglo XX, Claus Roxin, quien la ha entendido como “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal”[1]. La dogmática penal en un sentido más particular es entendida como “teoría del delito”[2] y al paso del avance de la ciencia jurídico-penal ha originado variadas formas de entender el hecho punible como un sistema ordenado de conceptos encaminados a que el juez o intérprete encuentre una solución jurídicamente admisible para un caso concreto en el cual deba aplicarse la ley penal. Para lograr este cometido se han utilizado herramientas tomadas del pensamiento científico en los diversos momentos históricos, principalmente a partir del siglo XIX[3].

La dogmática se ha construido a partir del método, de ahí que en el presente aporte se mencionan no solo aquellas estructuras o esquemas del delito, sino también se hará especial referencia a las diferentes tendencias dogmáticas analizando el método utilizado para fundamentar sus conclusiones.

Pero ante todo la dogmática debe ser un instrumento para la justicia, ausente de componentes ideológicos, religiosos o políticos que pretendan utilizar las instituciones del derecho penal para fines diferentes a establecer la responsabilidad penal o ausencia de ella en un caso concreto, teniendo el imperativo constitucional como límite.

En este sentido, la dogmática en su concepto más amplio debe ser entendida como un camino para evitar la extralimitación o el desafuero en el momento de resolver un caso determinado, de tal manera que los jueces y demás actores del sistema penal puedan tener cierta predictibilidad[4] al analizar la ley penal de cara a una determinada situación tocante con el ordenamiento punitivo y así asegurar la garantía de que los intervinientes en el conflicto penal puedan, por así decirlo, hablar el mismo idioma, sin que ello implique recurrir al cerramiento de las posiciones positivistas, pues la interpretación de la dogmática deberá tener siempre un referente teleológico basado en la perspectiva constitucional y de los derechos fundamentales.

B. CONCEPTOS PRELIMINARES

El delito como construcción, como estructura lógica, organizada y sistemática, ha tenido diversas formas de aparición. Entre ellas sobresalen en su influencia sobre el sistema colombiano tanto la tradición alemana como la italiana.

Ambas corrientes han inspirado la legislación nacional en diferentes momentos históricos. Así ocurrió con el llamado positivismo italiano, para el Código Penal de 1936[5], y con la marcada influencia que tuvo el esquema del causalismo neoclásico alemán para la legislación de 1980[6], momento a partir del cual predomina una construcción tendiente a seguir los fundamentos de la dogmática germana. Por tanto, la presente introducción se centrará en el método dogmático en lo que han sido las bases de construcción de la sistemática del delito 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 que solo las ciencias físicas podían acceder a un grado superior de conocimiento, por encima de las llamadas ciencias sociales, de las que esta corriente de pensamiento incluso trató de prescindir en la medida que tuvo como objetivo imponerles 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 Comte, Durkheim o Darwin fueron los gestores de una verdadera revolución de la ciencia a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX en toda Europa; crearon una doctrina que momentáneamente logró desplazar formas de pensamiento catalogadas como inferiores, como la metafísica o el idealismo, considerando a estos entelequias que debían ser superadas por el método “infalible” de las ciencias físicas[7].

1. EL POSITIVISMO EN EL DERECHO PENAL

1.1 EL ESQUEMA CLÁSICO ALEMÁN

Esta tendencia del pensamiento influyó en la ciencia del derecho en Alemania y en general en toda Europa. En cuanto los exponentes de esta teoría, la doctrina ha sostenido que el primer jurista en fundamentarse en ideas positivistas fue Von Ihering[8]; es en Alemania un alumno de este, Von Liszt, quien ya para finalizar el siglo XIX inicia en compañía de Beling y Binding la construcción del delito con

fundamento en el método positivista pretendiendo que la teoría del delito se construyera de manera sistemática y organizada, buscando crear premisas generales a las que se adaptaran las diferentes posibilidades del delito, todo esto sin separarse del Estado de derecho[9].

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. En dicha tarea sobresalió Beling con su teoría del tipo[10].

Conjuntamente con el autor antes indicado, los papeles protagónicos del positivismo en Alemania los tuvieron Von Liszt y Binding como reconocidos representantes de esta vertiente, lo que no quiere decir necesariamente que ambos juristas tuvieran idénticas concepciones del derecho penal, pues el primero tenía una marcada tendencia a la inclusión de la política criminal en la dogmática, lo que involucraba variados elementos de otras ciencias, como la antropología o la psicología[11], fundamentos teóricos estos que en buena parte lo llevaron, por ejemplo, a tomar partido por concebir la pena desde la función de prevención especial. De otro lado, Binding construyó una reconocida teoría de las normas en la cual mostró una tendencia que se ha catalogado, sin salirse de los parámetros del positivismo, en un sentido más formalista y un entendimiento de la pena como retribución[12].

En estos autores, la aplicación del método inductivo al ordenamiento tuvo consecuencias para la organización de los conceptos y llegó en verdad a dotar al delito de una dimensión organizada, coherente, clasificada, que se fundamenta en conceptos generales surgidos del análisis de la norma penal.

El positivismo, como sistema emprendedor de un método experimental inductivo para el derecho penal, que tuviera solo 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[13]. 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 enfática que a partir del positivismo nació la dogmática, sí resulta admisible considerar que el grado de elaboración de la sistemática del positivismo[14] llevó al derecho penal a un punto de partida que marcó a los estudiosos del siglo XX y que perdura en el siglo XXI, pues en términos generales el positivismo jurídico en la teoría del delito permitió que este fuera entendido como un hecho típico, antijurídico y culpable[15].

En su estructura fundamental, el delito para el esquema positivista comenzó basándose en una teoría de la acción que entendía esta como un impulso de la voluntad que produce una inervación muscular que a su vez deviene en la modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, creando de esta manera un concepto exclusivamente objetivo y causal. En cuanto al tipo, el sistema positivista clásico buscaba también la plena objetividad al ser expresado como una descripción general y abstracta que el legislador hace de una conducta, igualmente sin caracteres subjetivos ni valorativos, ello bajo el paradigma formalista de esta tendencia. En cuanto a la antijuridicidad, mostraba su carácter igualmente cerrado, objetivo y formal, lo que tenía como efecto que para la configuración de esta categoría bastaba la realización del tipo y la no concurrencia de causales de justificación, sin incluir el concepto de antijuridicidad material o por lo menos dejando el componente formal como imperante. Como elemento final, la culpabilidad era el único elemento de la tripartición del delito que se adentraba en los elementos subjetivos de la conducta y se encontraba compuesta por la relación sicológica entre el hecho y el autor; sus formas eran el dolo y la culpa.

B. EL NEOKANTISMO O VALORATIVISMO

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 la infalible exactitud que supuestamente

tenían las ciencias físicas o naturales. Ello, aproximadamente, para la tercera década del siglo XX.

De esta forma se retomó el camino de lo valorativo en el derecho, bajo el método del neokantismo y para algunos el historicismo[16], doctrinas 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[17], aunque ello sin separarse del concepto de ley como dato fundamental que se considera en el positivismo, lo que para algunos constituyó un gran error[18].

Sobre un marco legalista-formal y aun causal del delito se reconoció la validez de la valoración que sobre dicha "realidad formal" pueda hacer el intérprete; el neokantismo reconoció así la trascendencia de los elementos sociales, culturales e históricos que pueden tener relevancia para el mejor desarrollo de la dogmática.

A partir de estas premisas se admitió que la tipicidad podría tener ingredientes subjetivos y normativos y se vio una mayor trascendencia al concepto de "antijuridicidad material", al tiempo que en la culpabilidad se rechazó la fundamentación sicológica para introducir el concepto de culpabilidad normativa, que fue desarrollada por varios de los neokantianos más representativos como Frank, Freudenthal y Goldschmidt, quienes concibieron el juicio de reproche que se hace al autor del hecho antijurídico, cuando le era exigible actuar conforme a derecho, desarrollando el concepto de exigibilidad[19].

Si bien es verdad que el sistema analizado en este aparte introdujo algunos cambios al positivismo jurídico-penal que no fueron radicales, tampoco estos pueden ser considerados en extremo elementales como en un principio puede llegarse a considerar, esto debido a que la construcción dogmática basada en elementos valorativos implicó abrir la teoría del delito hacia un escenario de interpretación, lo que resultaría esencial para el funcionamiento de la sistemática jurídico-penal de los años posteriores, en razón de que otorgó más relieve a planteamientos como el del bien jurídico, eje de la antijuridicidad material, que según buena parte de la doctrina penal contemporánea constituye una base del entendimiento del derecho penal.

El problema más relevante que afrontó el neokantismo fue el de no crear una perspectiva jurídica suficientemente convincente desde la cual realizar la valoración que orientara la dogmática penal: así, la versión teleológica de la teoría del delito no se basó claramente en el bien jurídico, la constitución o los fines del Estado, ni tampoco en la cultura, como se llegó a exponer con base en un concepto en extremo ambiguo.

A pesar de lo anterior y de que este sistema sucumbió en algunos puntos esenciales de su estructura al embate del finalismo, sin duda marcó la dogmática, sobre todo aquella que se vendría a imponer a partir de los años sesenta del siglo XX, luego su aporte es decisivo en las concepciones del derecho penal contemporáneo.

C. EL FINALISMO

Terminada la Segunda Guerra Mundial, quien entonces fuera un joven penalista alemán, Hans Welzel, buscó que el derecho penal justificara su capacidad sancionatoria más allá de la simple norma positiva[20], ello en reacción a los abusos que con esta se consolidaron dentro de la llamada "perspectiva totalizadora" o "irracionalismo", protagonizado por el derecho penal nacional-socialista[21].

Era entonces de esperarse que el derecho penal alemán de la posguerra encontrara su razón de ser más allá de la ley como expresión del legislador. Debido a esto el finalismo, antes que construcción dogmática, es en sentido ideológico una pretensión de independencia respecto del positivismo y una apuesta a los conceptos extrajurídicos, como límite al ius puniendi del Estado.

Welzel basa su construcción del delito en el método fenomenológico[22] y una visión aristotélica del hombre tuvo sus raíces en el derecho natural[23]. De esta conceptualización provienen las "estructuras lógico-objetivas", que son aquellos predicados extrajurídicos inamovibles que deben ser respetados por el legislador[24].

En este marco la acción humana como estructura lógico-objetiva fue entendida en su componente subjetivo como final, lo que significa que toda acción proyecta un objetivo determinado y los medios para realizarlo, de modo que se condensan en ella aspectos objetivos y subjetivos[25]. Ello significó, por tanto, que ningún comportamiento humano entendido como acción puede ser carente de finalidad. Tal razonamiento refleja en buena parte la idea fundamental de Welzel, en tanto que el legislador al regular las acciones humanas con trascendencia penal deberá partir del ser de la cosa sin modificarla, y si toda acción es final el legislador no puede considerarla de manera diferente, a diferencia de aquel entendimiento de la acción propia del causalismo que extrajo el componente subjetivo de aquella, entendiéndose como un impulso humano modificador del mundo exterior.

Continuando con el concepto de acción, esta perspectiva llevó a entender que las acciones de todo ser humano en la realidad usual de cualquier persona no serían en nada diferentes a las acciones que se analizan en el derecho penal. De tal manera, la acción común de comprar un vestido en su sentido natural no tiene diferencia estructural con atacar mortalmente a otra persona. Ambas acciones son dolosas; sin embargo, la diferencia entre ellas radica en que la segunda se encuentra descrita como delito en el código penal.

Dichas consideraciones tuvieron como efecto que para la dogmática del finalismo el tipo penal tuviese un elemento subjetivo compuesto por el dolo y la culpa, siempre bajo la perspectiva de que estos aún no tenían valoración jurídica, o por lo menos pretendió Welzel que la valoración en el tipo fuera mínima en lo que se refiere al tipo culposo, pues este mostraba como característica especial la realización de una conducta —final— lícita pero utilizando medios inadecuados al desconocer el deber de cuidado[26].

En cuanto a la antijuridicidad del delito, muestra algunas variaciones en sus contornos frente a los conceptos del causalismo, en tanto los elementos subjetivos de la justificación tienen lugar especial en la teoría welzeliana. Conjuntamente con dichos elementos, Welzel la concibió como teoría de la adecuación social[27], la cual tuvo variaciones a lo largo de su obra y que puede ser considerada como un primer llamado a posteriores

consideraciones de la dogmática de uno de sus discípulos: Jakobs[28].

En la culpabilidad, la fundamentación aristotélica de Welzel llevó a la admisión del libre albedrío en el sentido que autor culpable sería quien pudiera motivarse conforme a la norma penal[29] y concibió como elementos constitutivos de la reprochabilidad, como llamaba a la culpabilidad, a la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta, dando así pleno sentido a lo que se consideró como la culpabilidad verdaderamente normativa, pues si bien el neokantismo había dado ya algunos pasos en ese sentido, a criterio del pensamiento finalista estos resultaron insuficientes.

Para algunos críticos, su pretendida separación del positivismo nunca llegó, entre otras cosas, porque hacia los años sesenta y setenta del siglo XX se presentó un no muy afortunado fenómeno que se conoció como la “lucha de escuelas” en que se discutió arduamente sobre la estructura dogmática del delito, dejando de lado aspectos de especial importancia y mostrando que realmente se estaba fundando la vertiente finalista sobre un pensamiento abstracto sistemático[30], en realidad distante de lo que el mismo padre del finalismo planteó al inicio de su teoría.

D. EL TELEOLOGISMO O FUNCIONALISMO

1. EL FUNCIONALISMO MODERADO DE ROXIN

El teleologismo se origina con las tendencias del neokantismo de los años treinta y cuarenta del siglo XX, con el esquema neoclásico del delito[31], y se ve renovado con fuerza 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 la teoría del delito en particular, sin tener en cuenta el derecho penal en sentido más amplio.

En dicha discusión, que se tornó insulsa, para comienzos de los años sesenta ya indicados, el entonces joven Roxin pretendió orientar una 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 dedicar demasiadas consideraciones a 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[32].

Desde una perspectiva neokantiana, es decir, valorativista y abierta, pretende el funcionalismo moderado de Roxin, sin mayores modificaciones estructurales de aquello que ya planteó la configuración del delito en el finalismo, modificar cada uno de los elementos del delito en su concepción: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad —esta última se entiende como responsabilidad—, en su contenido, para que se orienten en sentido político-criminal[33]. De esta manera, más que simples estructuras, los pilares del delito deben ser el reflejo de la justicia material que el Estado democrático está llamado a 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 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[34].

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 este organiza Roxin el concepto de teoría de la imputación objetiva, que originó, y aún lo hace, una gran discusión en torno a los conceptos de causalidad e imputación en el derecho penal y que en la estructura del delito planteada por dicho autor complementa el tipo objetivo.

En Roxin, la teoría de la pena parte del planteamiento de exigir que en el derecho penal puede aceptarse solamente la

función preventiva de la pena, la cual ha sido otro de los aportes trascendentales de Roxin en la medida que su concepción integradora preventiva, que rechaza los fines retribucionistas, ha tenido fuerte influencia en la doctrina aun en la actualidad.

De otro lado, Roxin reconoce en la tipicidad, más que una estructura diferente a las tradicionales, su importancia como elemento de garantía y de desarrollo del nullum crimen, nulla poena. A lo anterior, como se ha indicado, se agrega en la dogmática de este autor el concepto de imputación al tipo, que recurriendo al criterio del riesgo permitido pretende corregir las falencias que en sede de tipicidad se habían originado tanto por el causalismo como por el finalismo.

La antijuridicidad en el funcionalismo moderado se representa como un elemento dependiente de la materialidad en funcionalidad con el bien jurídico y de su papel decisivo para determinar el contenido de las causales de justificación[35], como ocurre en el caso de la ponderación de intereses en el estado de necesidad.

La culpabilidad es un concepto parcial para Roxin, en el entendido que este debe ir unido al de necesidad de prevención para de allí establecer el elemento de responsabilidad que es en realidad, según su criterio, el tercer componente de la estructura del delito. La culpabilidad en este esquema se encuentra fundamentada en lo que Roxin llama asequibilidad normativa, la cual construye para evitar la discusión del libre albedrío que le ocasionó fuertes críticas al finalismo. Dicha asequibilidad consiste en que el autor del hecho antijurídico está en condición de recibir el mensaje de la norma, esto en cuanto se admite que la psicología y la psiquiatría pueden establecer criterios demostrables para determinar cuándo una persona está en posibilidad de autocontrolarse[36].

En síntesis, esta modalidad de funcionalismo pretende construir una teoría del delito desde la política criminal, es decir, desde el uso democrático, constitucional y racional del ius puniendi del Estado, sin que las estructuras dogmáticas por sí mismas impidan el desarrollo efectivo 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 se concreta en conceptos como la trascendencia de la teoría del bien jurídico en el análisis dogmático del delito, el desarrollo de la imputación objetiva como elemento intermedio entre la acción y el tipo penal, o la culpabilidad fundamentada en la necesidad de pena preventiva[37].

2. EL FUNCIONALISMO RADICAL DE GÜNTHER JAKOBS

Este autor ha generado muchas polémicas dado lo radical de su propuesta, pues en ella otorga una fundamentación claramente funcional no solo a la teoría del delito, sino al derecho penal en sentido general bajo la comprensión de que este tiene una función simbólica consistente en mantener la identidad normativa[38].

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 carece de validez, defraudando así las expectativas sociales. Ante esta situación, la labor del derecho penal está precisamente en aplicar la pena y demostrar que la norma, como creación social, está vigente. En palabras de Jakobs, la norma queda "estabilizada" para el conglomerado[39].

En tal perspectiva, el llamado a los ciudadanos es simple y consiste en "ser fieles al derecho"[40]; en otras palabras, el ciudadano está en una sociedad que asigna deberes. Por dicha razón, el derecho penal no debe girar en torno a la protección de bienes jurídicos —como en buena parte ocurre en Roxin—, sino en función del cumplimiento 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 funcional 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, o responsabilidad. Esto puede reconocerse como llevar el neokantismo hasta su más elevada expresión, aunque recurriendo a la llamada teoría de los sistemas o teoría sistemática del derecho penal.

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[41]. Incluso críticas muy descalificadoras en lo que se refiere a su justificación del ius puniendi del Estado han llovido sobre Jakobs[42].

Al entender el delito como desconocimiento del deber socialmente asignado y plantear la absoluta normativización del sistema de derecho penal, Jakobs desarrolla una dogmática en la que sus elementos constitutivos cambian en su concepción, aunque esto en manera alguna quiera decir que se separe por completo de la dogmática contemporánea en cuanto a la estructura del delito, pues la concepción metodológica de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se mantiene, aunque con particularidades que se explican desde su perspectiva funcional, incluyendo esto los componentes tradicionales internos que la dogmática plantea, de tripartición, como es el caso de los dispositivos amplificadores del tipo, la tentativa, errores de tipo y prohibición, justificación y en general todas las instituciones dogmáticas creadas a lo largo de los movimientos analizados de manera muy somera en los apartes anteriores.

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 indiscutiblemente más aceptación en el concierto internacional general y principalmente en el de habla hispana.

III. ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN DOGMÁTICA

Lo que se busca con unanimidad por los exponentes contemporáneos del derecho penal no es otra cosa que construir una dogmática que le permita a este cumplir una función concreta, basados en su entendimiento de la sociedad y el Estado[43], sin que ello implique el desconocimiento de muchos avances pretéritos de la construcción de la teoría del delito en lo que a la estructura del delito se refiere.

En la discusión actual de la dogmática penal no puede prescindirse del debate acerca de la misión del derecho penal y de una armonización de la dogmática encaminada a cumplir con esa tarea conceptual y real. La argumentación, en estas condiciones, comienza por una definición de la teoría de la pena, pues ella es la consecuencia de la aplicación de las concepciones y estructuras dogmáticas al ciudadano.

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[44]; de otro lado, si se sigue una teoría que evidentemente es minoritaria y que tiene como fin último la estabilización de la norma como expresión social, allí igualmente se desarrollará una dogmática que siga de modo atento los postulados constitucionales fundamentales[45].

Lo anterior nos lleva a pensar que no es admisible en la realidad del derecho penal de hoy una discusión en extremo radical en relación con el fundamento de la dogmática penal, en la medida que existe una clara dependencia de la teoría del delito, tanto de los derechos fundamentales en el ámbito constitucional interno como del espectro internacional, que incluye el componente relacionado con la protección de la infancia y la adolescencia, como de lo étnico, de la perspectiva de género e incluso de los derechos exigibles en el ámbito económico y demás imperativos[46] que ejercen un control externo a la dogmática penal encaminado a que esta no pueda ser utilizada como instrumento para penetrar la justicia de idearios políticos, religiosos o de cualquier otra índole que no sean armónicos con el entorno constitucional e internacional de los derechos humanos en toda su extensión.

En conclusión de todo lo expuesto, la dogmática tiene hoy como propósito esencial en primer lugar el erigirse como instrumento de dinamización de lo que un Estado democrático espera que sea el derecho penal en su conjunto, y su segundo pilar fundamental lo constituye el organizar y sistematizar los conceptos de la teoría del delito en cuanto puedan proyectarse hacia ese fin inicial y primordial[47].

IV. LA TRANSFORMACIÓN DOGMÁTICA Y EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

A. EL CÓDIGO DE 1980

Esta normatividad fue dogmáticamente organizada y en términos generales coherente y adoptó comúnmente el concepto del causalismo valorativo. A dicha conclusión se llega analizando algunos de sus preceptos fundamentales.

1. LA TIPICIDAD

El código de 1980 incluyó los elementos normativos y subjetivos del tipo, que apuntan a un esquema de valoración en el seno del injusto.

A pesar de ello, el tipo es auténticamente causal al excluirse la posibilidad de que dolo y culpa sean elementos del tipo subjetivo y fueran concebidos como formas de culpabilidad, tal como lo establecía el art. 35 de tal normatividad.

2. LA ANTIJURIDICIDAD

El código de 1980 también anunció como principio la “antijuridicidad material”, en su artículo 4.°, y desarrolló así un postulado muy cercano al esquema neokantiano o neoclásico alemán.

3. LA CULPABILIDAD

Así mismo, el estatuto proscribió en su artículo 5.° toda forma de responsabilidad objetiva. Incluyó el dolo y la culpa dentro de sus “formas” en el ya mencionado artículo 35. De esta manera, el esquema del último código del siglo XX acogió una culpabilidad 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 tal y como la doctrina lo expresó con ahínco[48].

B. LA PERSPECTIVA DOGMÁTICA DE LA LEY 599 DE 2000

La Ley 599 de 2000 tuvo su origen en una iniciativa legislativa que ejerció la Fiscalía General de la Nación[49]; en el trámite correspondiente plasmó algunas de sus intenciones con la reforma al Código Penal de 1980:

Con este proyecto se logrará la consecuencia de una política criminal coherente, que parte de una realidad social y que permite la interpretación a través de la normatividad constitucional, lo que proporciona una adaptabilidad permanente a los cambios de nuestra sociedad [...] Por esta 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[50].

Se deja entrever que en la manifestación de los autores del proyecto se planteó una legislación orientada hacia la política criminal basada en el desarrollo constitucional del Estado Social de Derecho, lo que nos lleva a pensar que existe una marcada tendencia del código a seguir un método teleológico funcional, atenuado, no radical, en donde la idea fundamental sobre la que gira la dogmática está contenida en los principios fundamentales de la Carta, ello a pesar de que los mismos inspiradores del código indicaron que el proyecto se orientó, principalmente, por no encasillar la normatividad en alguna corriente dogmática en especial. Reflejo de ello es la no división en capítulos y la no utilización de expresiones constitutivas de camisas de fuerza. La idea general es que la jurisprudencia y la doctrina permitan flexiblemente la adecuación de la interpretación a la evolución de corrientes modernas[51].

Desde una perspectiva más concreta, encontramos que instituciones del código penal tendientes a la predominancia, no absoluta, de la función preventiva integradora de la pena, art. 4.°, al igual que lo establecido en el art. 9.° cuando expresa "[...] La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado", que plantea cierta remisión a la imputación objetiva del resultado; el concepto de antijuridicidad basado en el bien jurídico tutelado conforme al art. 11.°, la aplicación de la exclusión de la pena por su ausencia de necesidad político-criminal, establecida en el art. 34 inc. 2.°, muestran una tendencia hacia las tesis funcionalistas de Roxin, sin que por ello pueda sostenerse que sea un código absolutamente cerrado respecto a sus planteamientos, como ocurre, por ejemplo, con el mismo art. 4.° ya citado donde al lado de la prevención admite la retribución "justa" dentro de las funciones de la pena, cuestión que sería inaceptable para los conceptos defendidos por Roxin y sus seguidores.

Se trata pues de una legislación ecléctica con orientación a los fines del derecho penal que son orientados por la Constitución y su desarrollo jurisprudencial, 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, y queda

siempre como correctivo funcional que ninguna interpretación pueda ir más allá o en contra de los principios constitucionales.

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Lección 13: Teoría del delito. Tipo objetivo

I. INTRODUCCIÓN

La noción de delito no se ha conceptualizado de manera unánime por la doctrina. Después de poco más de doscientos 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 ético-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 acción típica, antijurídica y culpable, aunque los contenidos de cada una de estas categorías dogmáticas varían según el esquema lógico y metodológico que se seleccione. Así, por ejemplo, la

tipicidad del esquema clásico únicamente contiene elementos objetivo-descriptivos, en tanto que la tipicidad del esquema finalista consta de tipo objetivo y tipo subjetivo. Y el supraconcepto de acción ha evolucionado de la acción causal a la acción comunicativa, pasando por la acción social y la acción final.

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 el análisis 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[1] (aproximadamente, 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 y Unrechtstyp[2].

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 estricta (causalismo clásico) o preponderantemente objetiva (causalismo neoclásico), en tanto que en un esquema finalista o posfinalista 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 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 el enunciado y sus componentes gramaticales. Si bien el enunciado normativo 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 los 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"[3]. 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[4].

A. TIPO OBJETIVO

1. CONCEPTO

La noción de tipo en su comienzo se entendió como modelo o forma de conducta previsto en un enunciado normativo 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 propio del siglo XIX, fue

superada al advertirse la necesaria presencia de consideraciones valorativas (Mayer) y subjetivas (Frank, Mezgler, 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; por ejemplo, la noción de cosa mueble ajena incorporada al tipo de hurto, y de ingredientes subjetivos, o motivos específicos del sujeto activo, 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"[5], 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 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 trascendencia (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[6]. 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[7].

Al evolucionar la teoría del delito se advirtió que al derecho penal no solo le interesan las acciones (en el sentido causal de cambiar el mundo por medio de un movimiento corporal), sino que también son relevantes las omisiones (que no hacen parte del mundo del ser, sino del deber ser, es decir, del universo de los valores). 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 diversas teorías, entre las

cuales destacaremos la “equivalencia de las condiciones”, la “causalidad adecuada” y la “relevancia 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[8], 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 este, 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, denominada 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 constituye una factor “sin el cual no” se habría generado el resultado, es decir, es una causa[9]. Esta fórmula, sin embargo, solo puede operar si previamente se tiene certeza sobre la relación de causalidad, lo cual evidencia su inutilidad metodológica.

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 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 Ludwig von Bar (reconocido 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 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 (una disciplina regida por las ciencias del espíritu) algo que corresponde al ámbito de las ciencias naturales (y que se intenta explicar por la causalidad)[10]. 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 producción de un resultado”[11]. 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 (pensamiento problema); este es el modelo de imputación objetiva acogido por Claus Roxin. Desde otra perspectiva conceptual e ideológica, Günter Jakobs plantea una teoría de la imputación objetiva aplicable a todas las hipótesis delictivas (tipos de mera conducta y de resultado, acción u omisión, etc.).

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 (hacer) 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 son valorativamente tan reprochables como el comportamiento activo. En este sentido se acuñó la expresión “posición de 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. Ej.: la enfermera encargada de suministrar a un enfermo en un hospital un medicamento del que depende su vida, puede quitarle la vida (matar) por medio de una omisión —no suministrarle la medicina—. En ella recae la posición de garante.

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: por institución (o institucional) y por organización. Si la persona se involucra en una institución jurídicamente preestablecida (como la familia, la administración pública, el tráfico automotor, etc.), asume una competencia también predeterminada y surgen respecto de ella deberes estrictos 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[12]. En este sentido, todo delito (no solo los de omisión impropia, como en la dogmática tradicional) presupone una posición de garante que se ha desatendido 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.

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 consecuencia, 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. REALIZACIÓN DEL 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 que se crea de manera desaprobada y el riesgo que se realiza. En muchos eventos un comportamiento puede crear un riesgo desaprobado, pero el riesgo que se realiza no debe imputarse normativamente. En estos casos 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[13]. Esta situación, que anteriormente se resolvía de manera forzada en la causalidad, hoy en día corresponde con toda claridad a un asunto propio de la imputación.

d. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL TIPO PENAL

Como quiera que la imputación opera con criterios valorativos, el alcance del tipo penal, vaga decir, el universo de casos comprendidos en la descripción típica, no es una cuestión meramente gramatical, sino que debe ser objeto de delimitación por vía interpretativa. Lo anterior significa que es posible que una persona haya hecho un aporte causal a la producción de un resultado indeseable, tal aporte constituya la creación de un riesgo desaprobado y, además, dicho riesgo es el que efectivamente se materializa en el resultado; pero si el resultado no es de aquellos que se pretende amparar por el tipo penal, conforme a la interpretación vigente del mismo, tampoco habrá lugar a la imputación. En Alemania, Roxin expone un ejemplo no aplicable en Colombia, a saber, el de la pareja de adultos conscientes que acuerdan sostener una relación sexual sin protección a pesar de ser conscientes que uno de ellos es portador de VIH, a consecuencia de lo cual el no portador adquiere y desarrolla el virus y posteriormente fallece. No obstante, eventos como el del inversionista experto que, en el afán de obtener utilidades desmesuradas y consciente del riesgo, confía en la oferta de un timador, podrían servir de ejemplo de una hipótesis aparente de estafa que no se encuentra dentro del alcance del tipo respectivo.

4. DELIMITACIÓN ENTRE ACCIÓN Y 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. Con el neokantismo[14] 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)[15].

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 les asigna a los componentes gramaticales de la descripción típica la calidad de

“elementos” del tipo penal, situación que no es compartida unánimemente 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 por medio 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 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 Y 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. Un sector minoritario de la doctrina se inclina por incluir los ingredientes subjetivos en el tipo objetivo, con el argumento de que el tipo subjetivo está exclusivamente compuesto por las modalidades de la conducta punible; sin embargo, mayoritariamente asume que los ingredientes subjetivos no hacen parte del tipo objetivo.

ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA

Lección 14: Imputación objetiva y delito imprudente

*

I. LA IMPUTACIÓN

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 llamarla preferiblemente 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.

II. ORIGEN Y 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.

Ya a principios de siglo XX 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 —1930-1931—) 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 porque 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 “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[1].

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 concepción más moderna de la imputación objetiva, pues mientras para aquel 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 comportamiento activo u omisivo del hombre.

III. LA MODERNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Es Claus Roxin[2] 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 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 responderá únicamente por las lesiones culposas determinables causadas, mas no por el homicidio, pues el riesgo creado no fue el mismo que se realizó en el resultado.

En el tercer criterio solamente habrá imputación si la conducta del agente posibilita un aumento considerable del riesgo permitido; en el caso del médico que renuncia a adoptar las medidas de esterilización de los instrumentos, con lo cual da 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, se imputan sólo 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, Günther 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, habría delitos que responden a la competencia en virtud de una organización y otros que tendrían su origen en competencias institucionales.

En el contexto de la imputación objetiva en Jakobs[3], 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 de este 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 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.º 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 nacional más moderna, para conectar la conducta con el resultado agregaba a la pura causalidad naturalística criterios normativos y jurídicos. En materia jurisprudencial, salvo contados casos[5], 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[6], 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 solamente puede y debe ser 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[7] 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. Solo infringiría el deber objetivo de cuidado aquel riesgo que supere 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 situación específica. 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

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 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.

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 Y 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 refiere a los cuidados que debió adoptar el autor en el 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[9].

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.

VIII. PAUTAS PARA LA SISTEMATIZACIÓN DEL DEBER OBJETIVO DE CUIDADO

Para el establecimiento de pautas y reglas encaminadas a la sistematización del deber objetivo de cuidado deben tenerse en cuenta circunstancias específicas de acuerdo con el contexto en el que sucede el acontecimiento.

La fuente constitucional del baremo riesgo permitido y deber de cuidado lo es el artículo 26 de la Constitución en el que se señala, en primera medida, que las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones, en segunda medida, la disposición expresa que las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. De la norma en comento queda claro que las actividades cotidianas, las profesiones, artes y oficios deberán ser reglamentadas y vigiladas por las autoridades competentes, de esa misma manera que las actividades de los asociados que generan situaciones riesgosas también deben ser reguladas, precisando lo permitido y lo prohibido.

Por lo tanto para determinar la infracción al deber objetivo de cuidado, necesariamente tenemos que acudir a sus fuentes, las cuales son:

a) La primera fuente es la ley en sentido general, esto es, aquella que tiene fuerza vinculante para los asociados, como por ejemplo el Código Nacional de Tránsito y Transporte, la misma Constitución, los decretos con fuerza de ley, los actos administrativos, las ordenanzas, los acuerdos municipales, etc.

b) La segunda fuente son los reglamentos técnicos y específicos de ciertas actividades, como por ejemplo la existencia de protocolos médicos que determinan la lex artis de procedimientos y actuaciones en ese campo. También son ejemplos de estos las regulaciones específicas de actividades como la industria, la minería, las actividades laborales y deportivas.

c) El deber objetivo también puede tener fuentes no regladas en sentido estricto, entres estas están la experiencia decantada de la vida, el sentido común de la persona y las buenas costumbres, no existe una normatividad que en la actividad doméstica determine cómo el ama de casa debe planchar, lavar, cocinar o barrer, pero en el ejercicio de tales labores debe tener un cuidado debido, para por ejemplo no dejar la estufa o la plancha encendida cuando ha culminado esas tareas, evitando de esa manera un incendio que pueda afectar a sus parientes o vecinos.

d) La jurisprudencia y la doctrina también son fuentes especiales que ayudan a establecer pautas de conductas en la realización de las actividades diarias; en ese sentido, son verdaderos baremos para la configuración del deber objetivo de cuidado.

e) En el derecho civil y administrativo con traslado a los derechos sancionatorios se han impuesto también, como fuentes del deber objetivo de cuidado, los conceptos del hombre prudente, del buen padre de familia y del hombre medio, en virtud de los cuales se impone un rasero de conducta que determina la prudencia, la cautela y la pericia de un hombre inteligente en una sociedad civilizada.

El establecimiento del cuidado debido en cada uno de los sectores de la actividad diaria es una cuestión que depende de las precisas y específicas circunstancias en que ocurre el

suceso concreto, que no admite la posibilidad de establecer un rasero general de medición.

Por lo tanto, compete a la jurisprudencia y a la doctrina especializada el ir perfilando y construyendo una serie de reglas y pautas que permitan concretar en los diferentes sectores de la vida cotidiana los riesgos que son permitidos y aquellos que no lo están.

Es verdad incuestionable, que muchos sectores de las diversas actividades el legislador ha regulado de manera expresa los parámetros y los límites del riesgo permitido, haciendo de esa manera un juicio pronóstico acerca de las condiciones adecuadas y correctas en las que se debe cumplir la actividad, para de esa forma evitar que se presenten resultados lesivos a los bienes jurídicos, sin embargo muchas de esas actividades carecen de una regulación expresa, lo que hace indispensable que el operador jurídico realice valoraciones adicionales teniendo en cuenta las distintas fuentes de sistematización del deber objetivo de cuidado. Amén de que, aquellas actividades reglamentadas pueden que en el caso concreto no tengan regulado el aspecto específico que está siendo sometido a valoración.

Importa destacar, que cuando la actividad está reglada, precisamente esa regulación delimita las condiciones en que puede llevarse a cabo la misma. De ahí que la infracción de esa disposición será un indicio de la violación al deber objetivo de cuidado que con ella se pretendía evitar. Esa que podría ser una regla general debe matizarse en aquellos eventos en los que la conducta está regulada para unos precisos casos y el agente la respeta en otro diferente. Por lo tanto, lo que es determinante para negar o afirmar la violación al deber de cuidado es que se infrinja la disposición particular que impone el cuidado en ese preciso ámbito. Si por ejemplo, existe una disposición que obliga a que en una ciudad no se puede conducir a una velocidad superior a sesenta kilómetros por hora, la persona que conduce respetando esa pauta, pero el hecho lesivo se presentó cuando llovía y existía muy poca visibilidad, tal situación la obligaba a conducir a una velocidad mucho menor a la que lo hacía.

En tal evento, deberá concluirse que hubo violación al deber objetivo de cuidado, pues existía una circunstancia especial que obligaba al conductor a reducir la velocidad a unos límites menores a la velocidad normalmente permitida.

Por lo tanto, al existir norma particular se conserva el riesgo dentro de sus límites, siempre que se acate la disposición que regula el aspecto concreto. De lo contrario, se estaría creando un riesgo típicamente relevante.

Una pauta básica para concretar el deber objetivo de cuidado es la que se ha ido sustentando en el derecho comparado. Así por ejemplo, en España, Italia y Alemania, entre otros países, se ha venido configurando como criterio general, para concretar el riesgo permitido, el denominado principio de la ponderación entre utilidad y riesgo, en el que entra en consideración una especial relación entre costo y beneficio. Conforme con tal postulado, en aquellas actividades cuyo ejercicio genera beneficios para la generalidad de los asociados se admiten mayores riesgos, que en aquellas que no hay mayor utilidad social. Tal principio enseña, entonces, que son tolerables y admisibles mayores riesgos en actividades que son útiles y beneficiosas socialmente. De esta manera, la realización de un comportamiento potencialmente peligroso, desarrollado en una actividad poco útil, permitirá riesgos mínimos.

Esa ponderación que impone este principio presupone la existencia de una reciprocidad entre la utilidad de la actividad y la peligrosidad de la conducta. La alta utilidad de la actividad aumenta la admisión de riesgos y en ese mismo sentido, los riesgos elevados y su frecuencia inciden de forma negativa en la utilidad de la actividad. De ahí que lo elevado del riesgo y la frecuencia con que se realizan, son determinantes para saber lo tolerable en ese ámbito. La medida del riesgo viene presupuesta, entonces, por su utilidad, calidad y cantidad.

En la famosa decisión del síndrome tóxico, en España se acotó:

[…] La introducción en el mercado de consumo alimentario de productos regenerados por procedimientos no

homologados y sustrayéndolos a los controles habituales establecidos, es indudablemente una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, pues el límite del riesgo permitido en este ámbito es —dada la trascendencia de los bienes jurídicos que pueden resultar afectados— reducido. En tanto tales actividades afecten o puedan afectar seriamente la salud y la vida de las personas es claro que los riesgos permitidos para la persecución de intereses comerciales serán necesariamente mínimos, pues en una ponderación de los intereses en juego la preponderancia de la salud y la vida es absolutamente clara [...]. (TS 23 de abril de 1992).

Razón asiste, conforme se viene indicando, a la profesora Corcoy Bidasolo, cuando asienta:

Las pautas de conducta previstas en una regla técnica, cualquiera que sea su origen, tienen un carácter indicativo. Cada una de estas reglas generales de cuidado es, o debería ser, fruto de una ponderación de intereses en juego: 1) la necesidad de la actividad de que se trate; 2) la cantidad de riesgo probabilístico que supone el incumplimiento del deber; 3) la merma de utilidad y eficacia derivada de su cumplimiento[10].

Sigue expresando esta tratadista algo muy importante para concretar la imputación en el delito imprudente:

Ni la infracción de una regla general de cuidado determina per se, la infracción del deber objetivo de cuidado, ni el cumplimiento de esa regla de cuidado excluye la posibilidad de la infracción del deber objetivo de cuidado. Lo contrario, supone la aplicación, de forma inmediata, de reglas de otros ámbitos del Derecho o de la vida en el Derecho penal, siendo expresión una vez más del versari in re illicita. En consecuencia, es necesario un doble examen: 1º) buscar las

“reglas técnicas” aplicables al supuesto concreto; y 2) indagar si, en el caso concreto, era ése u otro el deber objetivo de cuidado.

La infracción de la regla técnica tiene carácter indiciario respecto a la infracción del deber objetivo de cuidado. Su función es, también proteger bienes jurídicos, pero por caminos indirectos: a través de la exclusión o disminución de todos los peligros inherentes a una empresa o conducta. Esta distinción, entre deber de cuidado y regla general de cuidado, es necesaria por ser imposible encontrar criterios generales que determinen el deber objetivo de cuidado. La razón de esta imposibilidad está en la intervención de numerosos factores causales interrelacionados entre sí en cada supuesto concreto. La concreción del deber objetivo de cuidado está necesitada de una valoración judicial, sin que ello signifique conculcar el principio de legalidad, ya que la norma de cuidado sí está prevista en el tipo y será a ésta a la que deberá atenerse el juez en su valoración. El deber objetivo de cuidado es aquello que en ese tiempo y lugar se estima socialmente adecuado. Con ello se pretende lograr un equilibrio entre el principio de legalidad y el principio de justicia material[11].

IX. CULPA CON REPRESENTACIÓN, SIN REPRESENTACIÓN Y DOLO EVENTUAL

Existen dos formas de culpa en materia penal: la sin representación, antes denominada inconsciente, y la con representación, llamada anteriormente culpa consciente.

Se suele hacer la distinción a partir del contenido de la representación del riesgo de peligro o de lesión del bien jurídico, que tendría el autor al momento de llevar a cabo la actividad y realizar la respectiva conducta.

En la culpa sin representación el agente omite el deber de cuidado que le era exigible, no se representa en su mente la

posible ocurrencia del resultado lesivo, no advierte la realización del riesgo típico, por lo tanto el juicio de reproche surge del conocimiento previo del cumplimiento del deber normativo que ha sido omitido. El actuar imprudente en esta forma de culpa, se estructura por la falta de cuidado que le era exigible al autor, de forma tal que se comportó en forma diferente a como era su deber. El artículo 23 del código penal se refiere a esta modalidad culposa bajo los siguientes términos:... “infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible”.

Hay culpa sin representación, por ejemplo, cuando el conductor por estar distraído observando una pancarta que está a la orilla de la vía, atropella a un peatón. De ese mismo modo, se presenta la culpa sin representación cuando el agente por estar chateando con su celular baja la vista y cuando la levanta ha atropellado a un transeúnte.

Así las cosas, lo que caracteriza a la culpa sin representación es la infracción al deber de cuidado, por la desatención, la falta de representación de la situación de riesgo, la no concentración en el ejercicio de la actividad que se realiza.

Por su parte, existe culpa con representación cuando el agente advierte la posibilidad de la realización del riesgo típico, sin embargo actúa confiando en poder evitar el resultado lesivo, el que en últimas se produce.

Esa congnoscibilidad, advertencia o previsibilidad del riesgo, no presupone de ninguna manera, voluntad o propósito de consecución del resultado final.

Por el contrario, el agente lo que hace es tratar de controlar o mantener dentro de los parámetros de la normalidad, dentro del riesgo permitido, la situación de peligro advertida y generada con su conducta, procurando la no producción del resultado.

Si por ejemplo, el conductor del vehículo observa que el semáforo está en rojo, tiene urgencia de llegar a su trabajo, lo pasa, en este caso es claro que esa persona es consciente de la infracción al deber de cuidado, por lo tanto también es consciente que con tal comportamiento puede atropellar a

un peatón, pero confía en poder esquivarlo para de esa manera no generar un resultado lesivo. Las lesiones producidas o la muerte, en su caso, configuraría un claro comportamiento realizado con culpa con representación.

En la culpa con representación, el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado, el agente prevé la posibilidad de la producción del resultado lesivo, pero confía en poderlo evitar. El artículo 23 del Código Penal, al respecto señala: "[...] la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente [...] habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

Es determinante en el proceso penal, para excluir la configuración del dolo eventual y para entrar a considerar una imputación por culpa con representación, que exista la evidencia, información o los medios de prueba que indiquen que el agente no quiso el resultado producido, esto es, que él confió en poderlo evitar, para ello es menester analizar, en el caso en ejemplo, que hubo una frenada, que la velocidad con la que se pasó el semáforo en rojo no era exagerada, que en ese momento la vía no era concurrida, en fin todo aquello que permita deducir que el autor quiso evitar el resultado, que no dejó librada su no producción al azar.

La estadística y la praxis judicial han demostrado que en la mayoría de casos de culpa con representación se produce una sobre estimación de las capacidades, calidades y cualidades de la fuerza, la destreza y el equilibrio del autor.

La relevancia material, de distinguir entre culpa sin representación y culpa con representación deviene del hecho de permitir separar la última de estas del dolo eventual.

Desde el punto de vista punitivo, en principio, la distinción entre culpa sin representación y culpa con representación no tendría ningún efecto, pues ambas son punibles. Sin embargo, el artículo 61 del Código Penal que señala los fundamentos para la individualización de la pena, destaca que el sentenciador una vez establecido el cuarto o los cuartos dentro de los cuales se va a mover deberá ponderar entre varias situaciones, entre las cuales se encuentra la

intensidad de la culpa concurrente, lo que quiere decir que la clase de culpa puede dar lugar a fijar el monto de la pena en el respectivo cuarto atendiendo a la significancia o gravedad de la infracción al deber objetivo de cuidado. Esto implica que el juez en cada caso debe ponderar y delimitar si la falta de la observancia del cuidado debido, propio de la culpa sin representación tiene una mayor repercusión en la creación y realización del riesgo típico, que el acto en virtud del cual el agente previendo el riesgo actúa confiado en poder evitar el resultado.

Bajo tal entendimiento, resulta claro que el juicio de reproche en el que se asienta la culpabilidad culposa, el alto o mínimo juicio de desaprobación del comportamiento, debe resultar de la comparación entre una grave, gravísima o leve desatención entre sí, y, la previsión del resultado lesivo a partir del conocimiento o posibilidad de conocimiento del deber infringido.

Es de suma importancia que el legislador en el artículo 61 del código penal haya señalado como criterios para la individualización de la pena, la intensidad del dolo o la culpa concurrentes, toda vez que desde el punto de vista de la igualdad material no es lo mismo actuar con culpa con representación que con culpa sin representación. Tampoco resulta igual actuar con culpa con representación que con dolo eventual, de esa misma manera es diferente actuar con dolo directo que con dolo eventual.

Cuando esa disposición se expresa en términos de intensidad, está estableciendo parámetros de verificación de trascendencia e importancia de la infracción al deber objetivo, en cuanto a la culpa se refiere[12] y, al sentido y contenido de la casualidad o indiferencia del autor en el dolo eventual.

En el juicio de reproche interesará la verificación de la accesibilidad normativa del agente, la capacidad de motivación de la respectiva norma de prohibición y la exigencia de comportarse de forma diferente a como lo hizo. Una vez establecidos estos baremos, el juez determinará si es necesaria la imposición de la pena.

Roxin reconoce que en el plano de la culpabilidad, al momento de la emisión del juicio de reproche por parte del

juez, no existe una relación de diferencia gradual entre culpa con representación y culpa sin representación, ello porque la falta de atención conduce a la no previsión de la posibilidad del daño, podría pesar ya más que la confianza en la no producción del resultado. Pero únicamente puede darse el caso de un mayor contenido de culpabilidad de la imprudencia sin representación cuando se compara una grave falta de atención con un caso en el que la confianza en la no producción del resultado estaba poco menos que justificada. Si por el contrario, se toma por base el mismo grado de creación del riesgo no permitido, la imprudencia con representación resulta más merecedora de pena que la sin representación, porque la representación de una posible realización del tipo proporciona al sujeto un motivo en contra de la misma, sustancialmente más fuerte que los indicios que se daban al sujeto para advertir el peligro procedente de él en la imprudencia sin representación[13].

Se suele diferenciar entre culpa con representación y culpa sin representación para perfilar desde allí, la distinción entre la primera y el dolo eventual. Para concretar los puntos fundamentales de esta última distinción, la doctrina desde antaño ha expuesto dos teorías: la de la voluntad y la de la probabilidad o representación.

La primera de ellas fue expuesta por Frank: lo esencial en la misma es el contenido de la voluntad del agente, el propósito que lo acompaña en la realización de la conducta, de esa manera, si este se representa el resultado como posible o probable, lo acepta, lo consiente, para luego actuar; estaríamos frente al dolo eventual. En caso contrario, si no acepta ni quiere el resultado, estaríamos ante un evento de culpa con representación. Se le crítica a esta teoría el soportar la distinción en la pura esfera interna del sujeto, con lo cual presenta el problema de tener el operador jurídico que descifrar el querer del autor, esto es, su actitud interna.

La teoría de la probabilidad o de la representación hace depender la distinción, de la regla estadística conforme con la cual si el agente se representa la producción del resultado con una alta probabilidad de que suceda, hay dolo eventual. Por el contrario, si el grado de probabilidad de que se presente el resultado es reducido, estaríamos frente a la culpa con representación.

La teoría de la probabilidad tiene como ventaja el hecho de propiciar un dato objetivo para hacer la distinción: el relativo a la información estadística. Sin embargo, tiene la deficiencia de no poder hacer la distinción en aquellos eventos denominados límites, así 50 y 50, 48-52, etc., lo que da lugar a plantear el siguiente interrogante: si hay un cincuenta por ciento de probabilidad de producción del resultado y un 50 de que no se produzca, ¿es dolo eventual o culpa con representación?

Nuestro código penal ha tomado partido por una tercera vía, que se nos antoja es más certera y correcta para permitir la diferencia entre dolo eventual y culpa con representación. En el artículo 22, el estatuto señala: "[...] 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".

Lo primero que cabe advertir, es que en esta definición se precisa la necesidad de que el agente haya previsto la probabilidad de la producción del resultado típico y la realización o no de ese resultado se deja librado al azar.

De esa manera, en la definición se resalta el abandono del control de la voluntad por parte del autor, se caracteriza además, por la indiferencia de éste frente a la no producción del resultado, la conducta se deja librada a la casualidad. El autor no muestra a través de una conducta externa oposición a la producción del resultado lesivo.

El azar hace referencia a un concepto objetivo, que permite identificar la conducta dolosa como aquella que se deja sin control, librada a la casualidad o lo que es lo mismo a la suerte.

En el dolo eventual el agente desiste voluntariamente del control de su conducta; el autor crea un riesgo típicamente relevante que no es controlable, que es como dice la norma, respecto del resultado, librado al azar.

Así las cosas, desde este punto de vista, corresponderá al operador del derecho juzgar la conducta del autor, desde el plano objetivo y no desde su actitud interna. Un dato de especial consideración para tal valoración es el análisis de la idoneidad o aptitud del comportamiento para la

generación del resultado lesivo. Además importará demostrar si el autor mostró indiferencia frente al control de su comportamiento.

Por lo tanto, si la conducta es controlable, si no se deja librada a la suerte, a la casualidad, si ella no comporta una decisión elegida por la posible lesión del bien jurídico, estaremos frente a una culpa con representación y no frente al dolo eventual.

Se reitera, en el caso en específico, es de suma valía verificar qué hizo el autor para evitar el resultado, cuál es el dato externo que nos permite afirmar que el resultado no fue querido ni dejado librado a la casualidad.

X. LA ESTRUCTURACIÓN DE CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD EN LA IMPRUDENCIA

Es claro que si la conducta realizada no crea un riesgo típicamente relevante, ella no implicará de esa misma manera, la infracción al deber objetivo de cuidado, con lo cual ese comportamiento no será imputable.

Si el riesgo creado está dentro del ámbito de lo permitido, si él se mantiene dentro de los parámetros de la permisión, no habrá de esa misma forma tampoco infracción al deber objetivo de cuidado. Se podrá hablar, consecuentemente con ello, de atipicidad de la conducta.

Por su parte, frente a la regulación legal del artículo 32 del código penal de las causales que excluyen la responsabilidad penal, tenemos que en los eventos de caso fortuito o fuerza mayor no puede hablarse de conducta en estricto sentido, pues aflora una circunstancia que es imprevisible e irresistible, en la que el dato determinante de la misma, no es algo atribuible al sujeto que se ampara en la causal. El resultado lesivo no surge, entonces, como consecuencia de la violación al deber objetivo de cuidado, sino como efecto de esa circunstancia imprevisible e irresistible.

En lo que concierne al consentimiento válidamente emitido por el sujeto pasivo, como causal de ausencia de responsabilidad, cabe decir que ella es en estricto sentido una causal de atipicidad, que tiene como sustento constitucional el principio del libre desarrollo de la personalidad. Principio que autoriza a la persona para elegir su plan de vida, lo autoriza para hacer todo aquello que no vaya en contravía de los derechos de otro. Por lo tanto, de esa misma manera, el libre desarrollo de la personalidad tiene como implicación para la persona la libertad de disposición de sus bienes jurídicos que participen de la cualidad de ser disponibles.

Cuando se habla de emisión del consentimiento, se está acotando una relación que tiene una vinculación con la libre voluntad, con una determinada finalidad, con un específico propósito, por lo tanto el consentimiento es propio del dolo[14], no se puede dar, en el plano jurídico para estructurar una causal de ausencia de responsabilidad, un consentimiento imprudente. Por ello asiste razón a De la Gandara Vallejo cuando resalta: “Por consiguiente, en los supuestos en los que la víctima haya actuado de forma imprudente, exponiéndose al riesgo proveniente de la acción realizada por otro sin conocer el peligro concreto que existía para su vida, lo que ocurre en realidad es que falta el consentimiento y, por tanto, no habrá obstáculo alguno para considerar que la acción del partícipe constituye un delito de homicidio”[15]. Cuestión muy diferente es aquella en la que la víctima asume el riesgo admitiendo una autopuesta en peligro, conociendo la situación concreta y específica del peligro, determinado su magnitud, en cuyo evento no habrá lugar a imputar la conducta al autor del resultado lesivo e imprudente.

En ocasiones la conducta negligente de la víctima no elimina la imputación objetiva respecto de la conducta del autor contraria al deber de cuidado, pues éste se amplía hasta comprender el control del riesgo creado por la víctima en los casos en que rige el llamado principio de defensa, siempre que sea cognoscible por el sujeto el comportamiento contrario a deber por parte del perjudicado.

Tampoco se excluye la responsabilidad de quien coopera a la puesta en peligro de niños o incapaces (instrumento

inculpable), o cuando la víctima desconocía el peligro al que se exponía (instrumento inmerso en un error de tipo) o cuando el partícipe aprehende el riesgo mejor que quien se pone en peligro a sí mismo de forma tal que en realidad no hay una decisión responsable de autopuesta en peligro porque no se conoce el riesgo en toda su dimensión (así, por ejemplo, en el caso en que sólo quien entrega la droga, no quien la recibe, conoce que tiene gran pureza, superior a la habitual en el mercado y que no puede ingerirse a dosis elevadas)[16].

Resulta dudoso y controvertible si frente a comportamientos imprudentes entran en consideración todas las causales de atipicidad y de justificación. Ello deberá negarse, acota Jescheck, en todo caso, en aquellos eventos en que el ordenamiento jurídico aprueba una acción en sí objetivamente incorrecta en atención a la finalidad que con ella se persigue, pues aquí debe exigirse, por lo menos, un examen cuidadoso por parte del autor, de manera que la actuación descuidad no puede, por principio estar justificada. Es lo que sucede en relación a la salvaguardia de intereses legítimos y a ciertas acciones de funcionarios[17].

Tal entendimiento impediría estructurar algunas causales de atipicidad, es lo que sucedería por ejemplo con el estricto cumplimiento de un deber legal. En esta causal es un presupuesto de configuración, que el deber se cumpla de forma estricta, esto es, de forma precisa como lo depreca la ley, por lo tanto si existe infracción al deber objetivo de cuidado al momento de cumplir el deber, no podría reconocérsele la causal al agente.

En lo que respecta al cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, ocurre similar situación: se requiere para el reconocimiento de esta causal que el mandato se cumpla con las formalidades que se expresan en la ley, no se puede cumplir la orden de forma imprudente, pues es necesario que ella sea acatada con las solemnidades legales. Esa regla general ha sido matizada en el derecho comparado, sobre todo en España, en donde se ha reconocido la causal en cumplimiento del deber, consecuentemente la orden legítima, en aquellos eventos en los que los miembros de la fuerza pública para detener a los fugitivos han disparado al aire y uno de los proyectiles alcanza a uno de los

delincuentes. Ante tal solución, cabe formular el interrogante de qué sucedería si ese disparo al aire alcanza a un civil; parecería claro que estaríamos frente a un homicidio o lesiones culposas, según sea el resultado, aspecto que motivaría una seria discusión por la diversidad de respuestas del derecho penal ante estos eventos.

Desde los criterios normativos que aporta la teoría de la imputación objetiva, resulta viable desde todo punto de vista, el reconocimiento de causales de ausencia de responsabilidad referidas al ejercicio legítimo de un derecho subjetivo, una actividad lícita y un cargo público, cuando son ejercidos de forma imprudente y esa infracción al deber objetivo de cuidado genera un daño insignificante, como cuando se produce un riesgo no relevante en el ámbito de las exigencias típicas.

Así, por ejemplo, cuando una persona en ejercicio del derecho de retención, regulado en el código civil, en su condición de administrador del hotel al levantar el equipaje retenido del turista que no ha pagado las cuentas de alojamiento, produce de manera culposa daños ínfimos en los bienes de aquel. En ese mismo sentido, igual situación acaecerá en el ámbito de las actividades deportivas, si uno de los jugadores imprudentemente golpea a otro, sin producirle mayores daños a la integridad personal. En estos eventos, resulta claro que tales daños ni siquiera serían típicos, en tanto entrarían a la sede de los riesgos permitidos, y de considerarse típicos, no serían antijurídicos desde el plano material, por su mínima lesividad.

Al igual que sucede con los comportamientos dolosos, los imprudentes pueden estar justificados por enmarcarse en eventos de legítima defensa o estados de necesidad. La legítima defensa en los comportamientos imprudentes puede darse de dos maneras, como lo reconoce Roxin: “En primer lugar también “una consecuencia no querida” de una medida defensiva está amparada por legítima defensa si dicha consecuencia pertenece a los riesgos típicos de la clase de defensa legítimamente elegida, o sea, si se trata de consecuencias que surgen de la carga de peligros del medio defensivo.

Cuando el sujeto “podía utilizar una pistola cargada como arma para golpear en una situación de legítima defensa, las

graves lesiones que se causan al agresor por una bala que se dispara involuntariamente al dar el golpe están por consiguiente justificadas por legítima defensa [...]. La realización imprudente de un tipo resulta además justificada por legítima defensa si la misma también podría haber sido llevada a cabo dolosamente en la situación dada”[18].

En el estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad penal se presenta una colisión de bienes jurídicos, en la cual el agente sacrifica uno de ellos para salvar otro. En sede de la imprudencia, puede darse el evento en que el autor para salvar bienes jurídicos propios o ajenos viole el deber objetivo de cuidado produciendo afectaciones en los intereses de otros. Esta situación o finalidad de salvamento, daría lugar a justificar la conducta. Un ejemplo de esta situación sería aquella en la que Juan en su vehículo al dirigirse al hospital con la finalidad de llevar a su hijo que ha sufrido un infarto, se pasa el semáforo en rojo produciendo unas lesiones a un peatón. Esta conducta de Juan bien podría estar justificada por un estado de necesidad.

Frente a esta causal es imperioso diferenciar la exigencia legal de que el autor no haya generado la situación de necesidad de manera dolosa o culposa, con la circunstancia de estar ya en la situación de necesidad y actuar de forma imprudente, con un ejemplo se aclara la cuestión, si una persona genera un incendio de forma imprudente, ella posteriormente no se puede amparar en el estado de necesidad sacrificando la vida de otro para salvar la suya, en cambio ya estándose en la situación de necesidad, la persona que actúa imprudentemente puede ampararse en la causal, como en el caso de Juan.

Veamos algunos ejemplos en la doctrina y jurisprudencia extranjeras:

A y B van por el bosque. De pronto, un oso se abalanza sobre B, que, sacando su cuchillo de monte, se defiende como puede. Ante esta situación, A, que conoce lo inseguro de su pulso, al no poder salvar de otro modo a su amigo acometido por la fiera, dispara sobre el animal dañino alcanzando a su compañero.

Se declara probado que el procesado conducía un taxímetro, circulando por la calle de la Princesa, de la capital, en dirección a la plaza de España, marchando a velocidad, por haberlo así interesado los ocupantes del vehículo, en el que iba una persona aquejada de dolores por fractura de clavícula, a internarla en el hospital de San Carlos y al llegar a la altura de la de Altamirano, como, a pesar de hallarse el disco semáforo cerrado para el de vehículos y abierto para peatones, el procesado hiciera caso omiso de tal prohibición y continuase su marcha, atravesando con los faros encendidos entre las numerosas personas que en aquel momento cruzaban la calzada, arrolló a dos personas, causándoles heridas de las que una de ellas falleció y la otra tardó en curar tres días[19].

En aquellos eventos en los cuales los bienes jurídicos que colisionan tienen la misma entidad estaríamos frente a un estado de necesidad inculpable. El fundamento para no emitir el juicio de reproche sería la inexigibilidad de comportamiento diferente.

El procesado no adoptó las más elementales precauciones que exigía el cruce de calle que iba a efectuar y muy especialmente la de aminorar la velocidad que llevaba con la camioneta que conducía, al observar que a distancia de 20 metros, se aproximaba y entraba en dicho cruce por su lado derecho, un taxi que avanzaba por la calle perpendicular a la que el recurrente marchaba lo que fue causa de que al verse obligado el conductor del taxi a detenerse cuando llegaba al centro del cruce, a fin de evitar atropellar a un niño que transitaba por la calzada, el recurrente no pudo hacer lo mismo por su excesiva velocidad, con relación al lugar y circunstancias y realizó, para evitar el chocar con el taxi y atropellar al niño, un arriesgado viraje e invadió la acera y atropelló a la anciana que en ella estaba parada, causándole la muerte (STS 11 de diciembre de 1945).

Es viable la configuración de causales de inculpabilidad frente a comportamientos en los que previamente se ha infringido el deber objetivo de cuidado. En causales de este tipo, como el miedo insuperable, la insuperable coacción ajena por vis compulsiva y el error de prohibición el agente trasgrede el cuidado debido, pero su actuar no es merecedor de juicio de reproche por inexigibilidad de comportamiento diferente o por cuanto no se tenía conocimiento de lo injusto de la conducta.

Algunos ejemplos clarifican la situación. El conductor nocturno que camino a su hacienda, la sombra de un animal lo hace entrar en situación de miedo por lo que hace una maniobra imprudente que da lugar a que el vehículo se salga de la calzada y atropelle a un campesino que por allí transitaba.

El conductor que es obligado por uno de los asaltantes a través de la amenaza que se le hace con un cuchillo a que le imprima mayor velocidad al vehículo para evitar ser alcanzado por la autoridad, se pasa un semáforo en rojo y atropella a un peatón, ha violado el deber objetivo de cuidado por una insuperable coacción ajena.

En el ámbito del error de prohibición Armin Kaufmann ha llegado incluso a afirmar que la imprudencia sería “el dominio del error de prohibición por excelencia”. Si, por ejemplo, alguien conduce sin darse cuenta por la ciudad a 70 km por hora (en vez de a 50) pero considera erróneamente permitida esa velocidad, el accidente debido al exceso de velocidad está causado imprudentemente, pero en error de prohibición; pues el sujeto ha determinado erróneamente los límites del riesgo permitido y de ese modo ha considerado atípico lo que está prohibido. Aun cuando hubiera conducido conscientemente a 70 km por hora y se hubiera conformado con la posible producción de un accidente, en el que hubo un lesionado, el error de prohibición habría atenuado su culpabilidad; entonces no puede suceder otra cosa cuando el hecho es imprudente[20].

Para Hans Heinrich Jescheck en los delitos imprudentes de resultado habría que renunciar a la exigencia del cumplimiento del requisito subjetivo en las justificantes, toda vez que lo injusto del resultado desaparece con la situación que justifica el hecho y lo injusto de la acción no

es punible por sí solo (no cabe la tentativa imprudente). En los delitos imprudentes de actividad, considera necesario el cumplimiento de tal presupuesto, habida cuenta de que el agente debe haber actuado con la finalidad de ejercer la facultad que la causa de justificación le confiere[21].

Roxin, por su parte, sostiene que lo correcto para la justificación del acto imprudente es exigir, al igual que en el delito doloso, que el sujeto se guíe por la representación de que procede a una acción justificada. De esa manera, sostiene que el agente actúa por tanto justificadamente cuando conoce la situación de necesidad y la preponderancia sustancial de los intereses por él perseguidos[22].

Lo lógico, a nuestra manera de ver las cosas, es que la postura asumida sirva para fundamentar todo el sistema y no hacer excepciones cada vez que la coherencia interna se rompa, con ello quien se identifica con la exigencia de tal requisito en la configuración de las justificantes en los delitos dolosos lo haga también en los delitos culposos, sin necesidad de entrar a diferenciar entre aquellos que lo son de resultado y los que participan de su naturaleza de ser de mera actividad.

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 el principialismo 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, Reus, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, 1976.

SAINZ CANTERO CAPARRÓS, JOSÉ EDUARDO, La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995, Madrid, Marcial Pons, 2001.

SÁNCHEZ HERRERA, ESIQUIO MANUEL, Imputación objetiva y delito imprudente, Bogotá, Nueva Jurídica, 2017.

WELZEL, HANS, Derecho penal alemán, Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.), Santiago, Ediciones Jurídicas del Sur, 1980.

JASON ALEXANDER ANDRADE CASTRO

Lección 15: El delito de omisión

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[1]. A partir de la distinción anterior, 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[2], 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 solo 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 únicamente se puede adecuar a un tipo de omisión[3].

Orientación normativa: emplea parámetros valorativos-normativos para decidir sobre el carácter activo u omisivo de un comportamiento. Esta 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[4], 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 solamente 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 solo 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[5].

II. ACCIÓN Y 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[6]. 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 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[7].

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"[8].

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 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[9].

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"[10]; 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 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[11]. 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[12]. 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[13]:

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 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. Günther Jakobs. Señala 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[14].

La responsabilidad penal se fundamenta sobre dos supuestos alternativos[15]: 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)[16]:

a. Competencia por organización. Los seres humanos gozan de libertad para configurar el mundo externo, pero dicha libertad se encuentra limitada, 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[17]. 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)[18].

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 asume 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[19]. Entre el haz de deberes positivos pueden ser mencionados aquellos que surgen del matrimonio, de la relación paterno-filial, de relaciones de confianza especial 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 solo 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)[20]. Un individuo responderá, en este sentido, por aquello que se encuentre dentro de su órbita de competencias, circunscrita por el rol que ostenta en el 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, 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[21]; en otros términos, para no atropellar un peatón no solamente 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[22]

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 subcategorías del delito omisivo; desde entonces la doctrina mayoritaria acepta dicha clasificación[23]:

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 únicamente 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[24].

Son delitos de omisión propia, por ejemplo, la omisión de socorro[25], el abuso de autoridad por omisión de denuncia[26] y la omisión de denuncia de particular[27].

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 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[28].

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[29].

Constituyen ejemplos de delito de omisión impropia: la madre que omite alimentar a su hijo y le causa 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 presencia cumulativa de los elementos que se enuncian a continuación, por lo que, si falta 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[30] que "han de eliminarse, modificarse, protegerse o en general verse influidas por la acción prescrita"[31] 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[32]. Para continuar con los ejemplos propuestos en el numeral 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 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[33].

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: 1) 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). Esta 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; queda 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 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[34].

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"[35] 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[36].

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 aquel 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 resultado específico[37].

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[38].

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[39]. 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 deber especial de evitar el resultado[40].

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[41].

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 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[42].

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; entre 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[43].

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)[44].

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[45].

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 producción del resultado y relegaron 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)[46].

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 vinculación especial entre el sujeto del mandato y el objeto garantizado (posición de garante)[47].

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[48]:

– 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 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 fuentes específicas de peligro, sin que interese cuál sea el bien jurídico amenazado por ellas (garante de aseguramiento o vigilancia), como sucede con las situaciones de: injerencia, peligros surgidos en el ámbito de

dominio de una persona, 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[49].

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[50]. 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)[51]; a la inversa, en caso de encontrar que el resultado se habría evitado, se afirmará la hipotética 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, pues no es factible decidir con absoluta certeza si la acción omitida habría o no impedido el resultado[52].

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[53].

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[54].

Para cerrar este apartado basta anotar que algunos autores[55] 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

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[56]. Con relación a la estructura de la última norma citada, vale la pena mencionar lo siguiente:

1. La primera parte del inciso segundo 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, mediante una conducta activa, su realización[57].

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 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[58].

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.

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)[59].

2. Estrecha comunidad de vida entre personas[60]. 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.

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)[61]. 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, podrá efectuarse solamente 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)[62]. 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 la producción de un resultado lesivo mayor que el 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 (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 CASTRO, JASON ALEXANDER, La posición de garantía en virtud de una estrecha comunidad de vida, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.

ANDRADE CASTRO, JASON ALEXANDER, La posición de garante en virtud de una comunidad de peligro, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

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 de 4 de abril de 2003, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; 14 de noviembre de 2007, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca; 27 de julio de 2006, M. P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón; 29 de mayo de 2013, M. P. José Leonidas Bustos Martínez; 27 de noviembre de 2013, M. P. María Del Rosario González Muñoz; 26 de febrero de 2014, M. P. Luis Guillermo Salazar Otero; 12 de octubre de 2016, M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

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 ORDEIG, ENRIQUE, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en Derecho 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 TOCILDO, 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 y Manuel Cancio Meliá (trads.), Madrid, UAM Ediciones y 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 (trad.), Madrid, Civitas, 2000.

JAKOBS, GÜNTHER, Acción y omisión en derecho penal, Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

JAKOBS, GÜNTHER, Derecho penal, parte general, 2.a ed., Joaquín Cuello Contreras y 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 y THOMAS WEIGEND, Tratado de derecho penal. Parte general, Miguel Olmedo Cardenete (trad.), 5.a ed., Granada, Comares, 2002.

KAUFMANN, ARMIN, Dogmática de los delitos de omisión, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid y Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006.

MEZGER, EDMUND, Derecho penal, parte general, t. I, 6.a ed., Buenos Aires, Valletta, 2004.

MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho penal. Parte general, 7.a ed., Montevideo y Buenos Aires, B de F, 2004.

MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO, “Orientación dogmática del nuevo código penal colombiano”, en Comisión redactora del Código Penal tipo para Iberoamérica, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO, El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.

PERDOMO TORRES, 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, 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 y Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002.

SILVA SANCHEZ, JESUS MARIA, El delito de omisión. Concepto y sistema, 2.a ed., Montevideo y 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, Reus, 1927.

WELZEL, HANS, Derecho penal alemán, 4.a ed. en español, Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.), Santiago, 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 y Buenos Aires, B de F, 2002.

WELZEL, HANS, Estudios de derecho penal, Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw (trads.), Montevideo y Buenos Aires, B de F, 2002.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALEJANDRO ALAGIA et al., Derecho penal. Parte general, 2.a ed., Buenos Aires, Ediar, 2002.

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

Lección 16: Aspecto negativo de la tipicidad

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.

A. DEL ERROR DE DERECHO Y EL ERROR DE HECHO AL ERROR DE TIPO Y 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 Y NORMATIVOS DEL TIPO

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 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. 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 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 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:

a. 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.

b. 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 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.º 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.

– 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 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 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

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.

a. 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.

b. 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 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 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.

1. 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.

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.

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.º 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.

II. EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR

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 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 MAYOR

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, 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 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 “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

CEREZO MIR, JOSÉ. Derecho penal. Parte general, Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2008, pp. 438 y ss.

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. I. Trad. SANTIAGO MIR PUIG y FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 394 y ss.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL. Curso de derecho penal. Parte general I, Madrid, Editorial 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 ARÁN, 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.

ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL*

JOSÉ MANUEL DÍAZ SOTO

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

Lección 17: Autoría y participación

Uno de los temas que mayor polémica generan en la teoría del delito es el de autoría y participación, pues por medio 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"[1].

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 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 les asignan una menor punibilidad a intervinientes que solo 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 este 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 “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”[2].

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[3].

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[4].

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 este, parte de la base de que en el plano causal —teoría de la equivalencia de las condiciones— todos los intervinientes son autores, solo 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.

1. 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 Oneca, Gimbernat y R. Mourullo, entre otros[5], que lograron que dominara la primera mitad del siglo XX y aún hoy; cuenta con calificados partidarios en España y Latinoamérica y solo ha logrado desplazarla, de 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 aquel 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[6].

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 solo sería autor quien causara la muerte, sin posibilidad de aplicación de las demás hipótesis esbozadas por la teoría objetivo-formal.

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 solo 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, Gimbernat 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[7].

3. TEORÍA DEL DOMINIO 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”[8]; el autor es la figura central del acontecer en forma de acción[9].

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 Stratenwerth 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[10].

El concepto de dominio del hecho puede resultar a primera vista etéreo; sin embargo, Roxin aclara que no se trata de un concepto fijo o absoluto, es decir, no puede determinarse en abstracto quién o quiénes son las figuras centrales del acontecer típico, esto es, quién o quiénes detentan el dominio del hecho. Para Roxin, la propia esencia de la autoría imposibilita acudir a un concepto fijo de dominio del hecho, pues se trata un fenómeno que supera los elementos descriptivos y se adentra en consideraciones de orden valorativo, imposibles de abarcar a través de una definición estática. Al respecto, afirma:

las circunstancias que convierten a alguien en la figura clave del suceso de acción son numerosísimas y su conocimiento requiere un acto de comprensión espiritual. Pero todo comprender exige algo más que un mero juicio de verificación. [...] Sin embargo, el sentido del fenómeno que nos ocupa no suele caber exactamente en realidades empíricas. Por eso los elementos conceptuales descriptivos por sí solos no pueden captar el contenido de significado de los procesos a articular mediante las formas de participación[11].

Es por lo anterior que Roxin sostiene que el dominio del hecho es un concepto abierto, de modo que sus rasgos esenciales solo pueden determinarse con referencia a determinadas constelaciones de casos. En otras palabras, conforme a un concepto abierto de dominio del hecho, es posible establecer los elementos estructurales de tal dominio en determinados casos, conclusiones que servirán de base para determinar quién detenta el dominio del hecho en los supuestos atípicos.

Es así que 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[12].

En segundo lugar se tiene el dominio de la voluntad, que se conoce en la 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 solo 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[13].

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[14].

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"[15].

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[16].

La teoría del dominio del hecho representó un avance significativo respecto a la formal objetiva pues explicó de manera consistente la autoría 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 mano, ya mediante aportes cuantitativamente preferentes o de poco valor, ya mediante un hacer positivo o por omisión, conduce a una responsabilidad completa: como autor”[17].

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 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[18].

II. LA AUTORÍA Y 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[19], trataremos, sucintamente, 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”[20].

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”[21];

también será autoría directa y no mediata, contrario a como lo consideró la Corte 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”[22], 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 1.° 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 aquella es atribuible solo a uno de ellos, evidentemente el camino queda muy allanado para la autoría directa”[23].

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 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[24].

En la pasada edición de esta obra, el prof. Hernández Esquivel sostenía que era más discutible, y a su 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 de la 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[25], y ambos responden con la misma punibilidad.

Si bien la tesis del prof. Hernández Esquivel encuentra sustento en la obra de reputados doctrinantes como Gimbernat Ordeig[26] y Rainer Zaczyk, lo cierto es que la tesis de la autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder ha sido acogida por múltiples tribunales para enjuiciar supuestos de macrocriminalidad[27], razón por la cual se hace necesario un somero análisis de esta modalidad de autoría mediata, la cual se valorará en esta obra como la cuarta forma reconocida de autoría mediata.

Por otra parte, cabe destacar que en la pasada edición de esta obra, el prof. Hernández Esquivel anotaba que 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. Esta afirmación es predicable, en términos generales, de las modalidades de dominio de la voluntad distintas de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, pues en esta forma de autoría mediata la responsabilidad del hombre de detrás no está supeditada a la ausencia de responsabilidad del ejecutor material, es decir, la responsabilidad del autor mediato en estos supuestos es independiente de la responsabilidad penal que también le corresponde al ejecutor material. Adicionalmente, Roxin describe varios supuestos de autoría mediata por error en los que el ejecutor material es penalmente responsable, pese a que se entiende que el hombre de detrás es quien

domina el hecho en virtud de su conocimiento privilegiado. Así sucede, por ejemplo, cuando el autor mediato se vale de un instrumento que obra con imprudencia inconsciente. Frente a este punto señala Roxin:

La calificación de imprudencia no excluye, pues, el dominio del hecho del sujeto de detrás; antes al contrario, lo requiere precisamente. En efecto, sin la imprudencia del ejecutor el autor mediato no habría podido dominar el acontecer. Así pues, podríamos ampliar el principio de establecíamos supra señalando que también aquel que, ante un ejecutor que actúa con imprudencia consciente, aporta una condición del resultado es autor mediato en todo caso[28].

Como puede advertirse, la afirmación en el sentido que la ausencia de responsabilidad penal del ejecutor material es un elemento sine qua non de la autoría mediata es susceptible de discusión.

Volviendo al estudio de las formas tradicionales de autoría mediata, conviene iniciar por 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 este de iure se ve exonerado de responsabilidad, ha de considerársele titular del dominio de la voluntad”[29].

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 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 la 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. Aquí el profesor Hernández parece reconocer que la responsabilidad como autor mediato del hombre de detrás no está supeditada a la ausencia de responsabilidad penal del ejecutor material

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 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[30].

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 estos 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.

La cuarta forma comúnmente reconocida de autoría mediata es el dominio de la organización o autoría mediata con el empleo de aparatos organizados de poder. Roxin condiciona el dominio de la organización, aunque sería mejor decir por medio de la organización, a los siguientes cuatro requisitos: (i) existencia de un aparato de poder jerárquicamente estructurado, (ii) que el aparato o estructura de poder opere al margen del derecho, (iii) la fungibilidad de los ejecutores y la seguridad del resultado mediante la utilización del aparato organizado de poder, y (iv) la muy relevante disposición del ejecutor a la realización del hecho[31]. En criterio de Roxin, la presencia de estos elementos da lugar a que el dirigente de una estructura organizada de poder pueda confiar en la efectiva ejecución de sus órdenes, del mismo modo en que el autor directo

confía en que su acción alcanzará el resultado típico. Al respecto, afirma:

Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esta situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, pues sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.

El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor[32].

Debe compartirse la intuición que guía a Roxin a considerar al dirigente de un aparato organizado de poder como la figura central del acontecer típico, pues resulta contrario a un sentido común de justicia que, por ejemplo, Hitler sea enjuiciado como un mero inductor o, peor aún, como un simple cómplice del intento de exterminio del pueblo judío. Sin embargo, los requisitos a los que Roxin condiciona esta forma de autoría mediata se dirigen a asegurar la confianza del dirigente, pese a que no es tal confianza la que justifica su tratamiento como autor. En efecto, es el propio Roxin quien señala que la esencia del dominio del hecho que detenta el dirigente radica en que, gracias a la organización, sus órdenes se traducen en una serie de procesos automáticos que acceden a la acción desplegada por el ejecutor material, es decir, el dirigente actúa junto con el autor directo mediante la organización y, por ende,

debe responder como autor —mediato— de la conducta punible desarrollada por el ejecutor inmediato. Sobre el automatismo de la organización como elemento central de esta forma de autoría, señala Roxin:

[...] si se pretende verificar la diferencia estructural de estos casos con respecto a los de inducción, también hay que recurrir a distinciones de naturaleza objetiva. Y tales diferencias se encuentran de hecho. Dejándonos guiar de entrada, sin analizar demasiado en detalle, por un entendimiento previo natural del concepto de "dominio del hecho", es evidente que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos, dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común. Nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no les corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad común.

¿A qué se debe? Contemplando la realidad con agudeza se pone de manifiesto que este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona "automáticamente", sin que importe la persona individual del ejecutor [cursiva fuera del texto][33].

En nuestro criterio, los requisitos a los que Roxin condiciona la aplicabilidad de esta modalidad de autoría mediata no son óbices insalvables para predicar el dominio por organización, sino meras características que los aparatos organizados de poder suelen reunir cuando están dotados del grado de autonomía y automatismo antes señalado. En otras palabras, donde se advierta una organización más o menos compleja, dotada de subestructuras especializadas, que coordinan de forma automática esfuerzos para cumplir los designios de sus

mandos, nos hallaremos ante un auténtico aparato organizado de poder, lo que justifica que sus dirigentes sean considerados autores —mediatos— de las conductas punibles que ordenan llevar a cabo valiéndose de los medios con que cuenta la organización; lo anterior con independencia de que se constate la fungibilidad de los ejecutores materiales o que la organización opere al margen del derecho[34].

Por otra parte, 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 los casos que entran aquí en consideración como si fuera instigador o cómplice"[35].

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[36], 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.) por medio de un instrumento humano, para no dar sino los ejemplos más conocidos[37].

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 estos 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"[38].

1. 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, solo 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 solo 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"[39]. 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”[40].

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 delito[41], sino que solo 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[42], por ello hay unanimidad doctrinal en que el acuerdo puede llevarse a cabo desde la tentativa hasta la terminación de la consumación[43].

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 esta 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”[44] 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 porqué la doctrina y la jurisprudencia no solo 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"[45].

El conocimiento que se exige por el coautor es en relación con el presupuesto fáctico de la conducta punible, no sobre su calificación jurídica, lo cual no excluye, obviamente, modificaciones en cuanto a la punibilidad por error en circunstancias diminuentes, bien sea que estas aparezcan previstas en tipos subordinados y especiales, teniendo en cuenta la clasificación que por su estructura es conocida en la doctrina[46], 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 este 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 coautoría "a cada uno de los agentes no solo 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 coautores como si lo hubiera cometido solo"[47].

La ausencia de acuerdo común, no solo 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 pueden tratarse como coautoría, pues falta precisamente la decisión común[48].

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”[49].

Cuando la norma exige que haya división de trabajo, apunta a la organización de plurales comportamientos que buscan como fin la realización de un delito, pero para llevar a cabo la conducta prevista en el tipo, ordinariamente son necesarios, no solo 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”[50], 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 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 solo 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 apoyo psíquico"[51]; 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"[52], 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[53].

El denominado dominio funcional implica no solo 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 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”[54].

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[55].

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 sorprendimiento 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 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”[56].

Al contrario de esta tesis, se comparte la postura del maestro Roxin, la que fue expuesta con antelación, porque solo 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 solo 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 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, solo 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. Solo 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[57].

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"[58]; en sentido igual, sobre la necesidad del carácter esencial del aporte del coautor, conforme al plan y de este como criterio regulativo se pronuncia Gutiérrez Rodríguez[59]. 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 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[60].

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 este como aquel no ejecutan el delito con solo obrar o de manera independiente, es decir que ambos al unísono lo realizan como causas coeficientes del mismo"[61], 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"[62].

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 dominio funcional del hecho porque sin su aporte este no se llevaría a cabo.

Obviamente que de esta postura deben exceptuarse los denominados delitos de propia mano, pues en estos "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"[63], y los de infracción de deber, por cuanto en estos 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 coautoría 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[64]. 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[65].

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 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[66] (cursivas 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 este organiza la tarea criminal distribuyendo funciones específicas 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 esta 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 el 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”[67], 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[68], 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 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”[69]. Y 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[70].

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 solo 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 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 solo 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.

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 solo 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[71].

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 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)”[72].

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 solo 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 solo 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.

1. 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, 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 esta el ejecutor material no es autor ni responde penalmente porque ha actuado, como mínimo, sin culpabilidad[73].

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”[74].

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 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 este pertenece al autor que lo ejecuta a título propio, ya que si aquel despliega una actividad esencial en la ejecución del plan global ya no sería determinador sino verdadero coautor material del injusto típico[75].

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 este 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 este, ya sea en su totalidad o en sus extremos esenciales, y a cuya ejecución no se acababa de decidir”[76].

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 ante el fenómeno de la inducción[77].

Para algún sector de la doctrina[78], 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”[79].

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 solo 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.

Puede ocurrir, también, que el autor material realice no solo 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[80].

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.

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[81].

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[82], 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"[83]. 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.

Permítasenos ahondar brevemente en la figura de la complicidad en relación con los delitos de infracción de deber. Siguiendo una clasificación ideada por Roxin, y que es actualmente mayoritaria en la doctrina, la autoría puede fundarse en el dominio del hecho o en la infracción del deber jurídico de evitar un determinado resultado típico. En este último caso, la infracción del deber es suficiente para predicar autoría, esto es, para ubicar al infractor del deber como la figura central del acontecer típico, con independencia que haya detentado o no el dominio positivo del hecho. Como puede advertirse, en tratándose de delitos de infracción de deber, la intervención de quien está obligado por deber jurídico siempre será constitutiva de autoría, con independencia, se reitera, que detente o no el dominio del hecho. En otras palabras, quien está obligado por el deber jurídico de evitar el resultado típico no podrá nunca ser considerado cómplice —de la obtención de dicho resultado—, independientemente de la trascendencia de su aporte en términos fácticos. Lo expuesto es ejemplificado en los siguientes términos por Roxin:

Un clásico delito de infracción de deber es v. gr. la administración o gestión desleal [de un patrimonio ajeno] (§ 266). Este tipo castiga la infracción del "deber de salvaguardar o defender intereses patrimoniales ajenos", si

con ello el autor “inflige un perjuicio a aquel de cuyos intereses patrimoniales ha de ocuparse”. Está claro que esta infracción de deber dañina para el patrimonio puede efectuarse a través de muy variadas acciones y también mediante omisión, pero que estos aspectos formales o circunstancias externas no son decisivos para la realización del tipo. Pues según el claro tenor literal de la ley es autor quien infringe el deber específico del tipo de modo dañino para el patrimonio. Este denominado intraneus sigue siendo autor también cuando recurre a colaboradores o compinches para la ejecución que no están vinculados por el deber (los llamados extranei) y que por eso no estarán en consideración como autores.

Por lo tanto, si un administrador de un patrimonio hace caso omiso del papel asumido por él e inflige daños al titular del patrimonio, comete una administración o gestión desleal incluso en la hipótesis de que él no efectúe en persona la transacción que daña el patrimonio, sino que se sirva para ello de un extraneus al que v. gr. ha incitado a desviar los activos o valores patrimoniales. Comete el hecho a través de otro en el sentido del § 25 I y es autor mediato de una administración o gestión desleal, aunque desde la perspectiva del dominio del hecho sería solo inductor. [...] De modo análogo, solo puede ser coautor quien como intraneus tiene el deber con otro y lo infringe con él. Si lo hace, es coautor incluso sin deber prestar una contribución en fase ejecutiva, que es decisiva en los delitos de dominio. Es ya coautor de una administración o gestión desleal un administrador de un patrimonio cuando solo cubre los manejos de su colega sin poner él mismo las manos (en el asunto) [cursiva fuera del texto][84].

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[85].

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 solo 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 interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice)[86].

Dos aspectos importantes, de los señalados en la sentencia, han suscitado controversia en la doctrina y en posteriores pronunciamientos 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.° 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, 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 solo 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 solo 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"[87], y luego con un argumento basado en el principio constitucional de la igualdad descartó la rebaja de la cuarta parte para los partícipes.

Permítasenos reiterar que fue Roxin[88] 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"[89], 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 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, estos 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, solo como partícipe (instigador o cómplice)"[90]. También Maurach, de manera clara, asevera: "Dado que la coautoría es una 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"[91], y más adelante afirma que igual fenómeno ocurre en los delitos especiales; del mismo criterio es el español 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 solo partícipe"[92]. El profesor Miguel Díaz en importante obra de su autoría se

pronuncia en similares términos[93], y Pérez Alonso predica la necesidad de que concurran en el coautor las cualidades personales y especiales exigidas en el correspondiente tipo[94], para citar solo 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 aquel 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"[95]; 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[96].

La doctrina que se ha invocado constituye solo un muestreo de la múltiple que coincide en que en los delitos de infracción de deber solo 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 [...]"[97].

En los denominados delitos de infracción de deber, nadie que no esté 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 solo puede referirse a la forma de participación —determinación y complicidad—, no solo por su ubicación sistemática en el Código —el artículo 30 se refiere a los partícipes—, sino también porque la naturaleza dogmática normativa del fenómeno solo 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[98].

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 estos hubieran sacado y transportado los bienes[99].

La rebaja punitiva prevista en el inciso último del artículo 30 solo es aplicable al determinador y al cómplice, y tal criterio no rompe el principio de igualdad, pues no puede olvidarse que el particular solo 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 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"[100].

Siempre he sostenido[101] 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"[102]. 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.

Recientemente la Corte Constitucional[103] tuvo la oportunidad de analizar la constitucionalidad de la interpretación imperante de la figura del interviniente en la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, la cual, se reitera, consiste en sostener que solo puede detentar la condición de interviniente, para efectos de la reducción punitiva prevista en el inciso 3.° del artículo 30 del C. P., quien concurre a la realización de un tipo penal especial bajo los supuestos de la coautoría sin contar con la cualificación exigida para el sujeto agente. La demanda que motivó el pronunciamiento de la Corte sostenía, no sin razón, que resultaba violatorio del principio de igualdad que se reconociera la diminuente punitiva únicamente al extraneus que la Sala de Casación Penal denominó como "coautor interviniente", pues el fundamento de dicha disminución punitiva se predica también de quienes concurren a la realización del tipo penal como cómplices extraneus o motivan su ejecución en calidad de determinadores, es decir, también los partícipes no cualificados deberían ser considerados intervinientes. La Corte Constitucional se limitó acoger la tesis esgrimida por la Sala de Casación Penal, en el sentido que el tratamiento punitivo diferenciado se justifica en razón a que la figura del interviniente pretendía regular un supuesto no contemplado en anteriores codificaciones, esto es, quien concurre a la realización de un tipo penal especial mediante un aporte representativo de dominio del hecho, pero no puede

detentar la condición de autor al carecer de la calidad exigida por el tipo penal. En criterio de la Corte, el cómplice y el determinador no cualificados se hallan en una posición distinta, pues acceden a la conducta del autor sin necesidad de contar con la calificación exigida en el tipo o con dominio sobre el hecho. Lo considerado por la Corte Constitucional deja de lado, como claramente lo advirtió el prof. Hernández Esquivel en la anterior edición de esta obra, que solamente puede ser autor de un delito de infracción de deber quien está jurídicamente obligado a evitar el resultado típico, de modo que el dominio del hecho, en términos fácticos, es un dato intrascendente para verificar la efectiva comisión del tipo penal especial. En otras palabras, el "coautor interviniente" y el cómplice no cualificado se encuentran igualmente imposibilitados de incurrir en el supuesto de un tipo penal especial, pues, se reitera, carecen de la calificación exigida para el autor; es esta imposibilidad compartida de adecuar su conducta al tipo penal especial la que justifica que se reconozca también al cómplice y al determinador no cualificados la diminuente punitiva prevista en el inciso 3 del artículo 30 del C. P.

MIGUEL CÓRDOBA ANGULO

Lección 18: Tentativa

La tentativa[1] está regulada en el artículo 27 del Código Penal colombiano (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 generalmente 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 DE LA CONDUCTA PUNIBLE (ITER CRIMINIS)

Desde que un individuo concibe la idea de llevar a cabo una conducta punible, hasta que se consigue el fin propuesto, el comportamiento humano atraviesa por una serie de fases que tradicionalmente se denomina iter criminis, camino criminal o recorrido criminal. 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 solo existe en la mente del sujeto. Esta primera etapa no es punible, en ningún caso, pues rige el principio según el cual el pensamiento no delinque. Ejemplo: un sujeto piensa en matar a su enemigo por una venganza.

Algunos autores dividen esta fase de ideación en tres partes: 1) la ideación del delito propiamente dicha, 2) la deliberación que precede o puede preceder a la decisión de cometerlo y 3) la resolución en que la voluntad se inclina por la efectiva consumación de la conducta punible.

B. PREPARACIÓN

También denominada actos preparatorios, los cuales implican una selección de los medios con miras a buscar las condiciones básicas para llevar adelante la comisión de una conducta punible. Es el paso de la simple ideación a los primeros actos objetivos externos. Se trata, entonces, de unos hechos perceptibles por los sentidos. Ejemplos: comprar el veneno con el que se va a matar al enemigo; adquirir el papel, la tinta, y otros elementos, para posteriormente falsificar unos documentos.

Los actos preparatorios, por regla general, son impunes, salvo que el legislador expresamente los haya elevado a la categoría de delito; v. gr.: comprar un arma de fuego en el mercado negro, sin salvoconducto, 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. Ejemplos: suministrarle a la víctima el veneno. Disparar contra el enemigo para ocasionarle la muerte.

D. CONSUMACIÓN

Es la obtención del resultado típico perseguido por el autor. Ejemplo: la muerte efectiva de la víctima. La falsificación concreta de un documento.

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 consumada, mas no tentada. En consecuencia, resulta 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 Y 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[2].

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 con el 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 por la intervención de un tercero la víctima no fallece, 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.

B. TEORÍAS OBJETIVAS

Entre 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 que los preparatorios son aquellos en que el autor aún no la inicia. 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. Al respecto, 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, y son 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 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.

Últimamente 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”[3]. 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[4].

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia acoge las teorías mixtas para dicha delimitación. De conformidad con los criterios expuestos por dicha Corporación, para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos es preciso acudir mediante un juicio ex ante, de una parte, al plan del autor, y de otra, a la verificación de actos socialmente adecuados para asumir que el bien jurídico se encuentra realmente amenazado, con lo cual se garantiza tanto el principio de antijuridicidad material de la conducta como el elemento subjetivo de esta, en cuanto requisito de la responsabilidad penal.

En conclusión, se ponderan dos puntos: i) el plan del autor y ii) los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo[5]-[6].

Con relación a este punto se ha dicho:

En general, la doctrina dominante —con más o menos matices— (Roxin o Weigend) analiza inicialmente el plan del autor para determinar el momento del comienzo de la acción típica, acudiéndose para ello al juicio de un observador objetivo que, partiendo de dicho plan, juzga desde el plano objetivo, el criterio de la puesta en peligro inmediata se utiliza como complemento.

El artículo 27 del Código penal colombiano —contrariamente al 22 del CP alemán— no alude al plan del autor para delimitar el inicio de la ejecución en la tentativa. Pero ello no debe impedir que se tenga en cuenta dicho plan o representación, ya que el inicio de la ejecución no resultaría posible, como ya hemos señalado, sin considerar la voluntad del autor, no puede prescindirse de ella pues,

sin conocer dicho plan del autor, no se puede conocer ni qué tipo se podría realizar ni tampoco el peligro que corre el bien jurídico.

Estamos por lo tanto contra la opinión de que el art. 27 tenga que interpretarse exclusivamente de manera objetiva, esto es, valorando externamente el hecho para evitar veleidades subjetivas autoritarias[7].

III. CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA TENTATIVA

La figura de la tentativa se encuentra regulada expresamente en el artículo 27 del Código Penal (Ley 599 de 2000) de la siguiente manera:

Tentativa. 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.

Cuatro son los requisitos básicos que se exigen para poder configurar la figura de la tentativa.

A. PROPÓSITO DE COMETER UNA CONDUCTA 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.

Cuando el Código Penal se refiere a una conducta punible, implica que la figura de la tentativa se puede predicar tanto de los delitos como de las contravenciones (en caso de que existan).

Los inimputables, y teniendo en cuenta que actualmente el dolo hace parte del tipo subjetivo, actúan con dolo, y en consecuencia responden en grado de tentativa, obviamente, si se cumple con los requisitos exigidos para su configuración. Dicho de otra manera, un inimputable puede ser responsable penalmente por una tentativa de homicidio o de cualquier otra conducta punible que acepte dicha modalidad.

Hoy, mayoritariamente se acepta que la tentativa puede predicarse de los delitos cometidos a título de dolo eventual.

Nuestra Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la posibilidad de aceptar la tentativa con dolo eventual al resolver un caso en el que un grupo de jóvenes lanzó “bombas con agua y totes” contra varios transeúntes, y uno de estos sacó un arma de fuego accionándola indiscriminadamente hacia dichas personas, impactando a un joven por la espalda, causándole una herida que le ocasionó una perturbación funcional de los miembros inferiores y otros daños de carácter permanente a su cuerpo. Aproximadamente tres años después la víctima falleció[8].

B. PRINCIPIO DE EJECUCION DE LA CONDUCTA PUNIBLE

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 Y UNIVOCIDAD DE LA CONDUCTA

Idónea es la conducta que de acuerdo con 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 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

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, cuatro son las clases de tentativa que tradicionalmente se han estudiado, como lo vamos a ver a continuación.

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. Dicho de otra manera: “El hecho de que la suspensión de los actos encaminados a realizar el tipo penal respectivo se presenta en el umbral, cuando el autor apenas empieza a poner en marcha el proceso criminoso en la vida real, permite denominarla remota, inacabada, incompleta, inconclusa o interrumpida”[9].

La doctrina exige cuatro requisitos para esta figura, que son exactamente los mismos ya citados, es decir: 1. Propósito de cometer una conducta 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

Se tiene por tentativa acabada aquella en la cual se realizan todos los actos necesarios para la consumación de una conducta punible, pero esta no se logra por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. En otras palabras, "[...] esta modalidad se presenta cuando el agente, a pesar de haber realizado todo lo que estaba a su alcance, no logra la consumación de la conducta típica por circunstancias ajenas a su voluntad"[10].

Para esta clase de tentativa se exigen los siguientes requisitos: 1. Propósito de cometer una conducta punible; 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[11].

Si un individuo dispara sobre su enemigo en cinco oportunidades, con ánimo de matar, y no se consigue el resultado muerte, se habla de una tentativa acabada[12].

C. TENTATIVA IMPOSIBLE

Característica de la tentativa imposible, "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"[13].

En general la doctrina entiende que se presenta la tentativa imposible, entre otros, 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 este ni siquiera se encontraba en la casa; o inexistencia del objeto material: por ejemplo, se pretendía hurtar un cuadro específico y este 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).

Según postura absolutamente mayoritaria, en Colombia no es posible imponer una sanción de carácter penal en ninguno de los supuestos contemplados en esta modalidad de tentativa[14]; sin embargo, debe resaltarse que en otros países se sancionan algunas hipótesis de tentativa imposible[15].

Frente a la tentativa imposible la Corte Suprema de Justicia se ha expresado en los siguientes términos:

La mayoría de autores colombianos coinciden en señalar que en la forma en que se redactó la disposición que contempla la tentativa no cabe el delito imposible, porque la no consumación del hecho se debe “a inidoneidad de la conducta para alcanzar el fin propuesto o a inexistencia de su objeto material o jurídico, supuestos que no encuadran en la descripción típica de una determinada conducta y que por tanto son causales de atipicidad.

Para la Sala no cabe duda que el delito imposible no es punible en el derecho penal colombiano no solo por los antecedentes de la norma que pune la tentativa, sino porque al seguir las tendencias modernas de un derecho penal de acto y de un derecho penal de la culpabilidad, se eliminó cualquier posibilidad de atribución de responsabilidad penal

a partir de lo que ha sido o es el actor y no de lo que realmente ha hecho.

Ahora bien, como el delito imposible puede darse por inidoneidad de los medios —acción— que resultan ineficaces para causar el resultado o porque falta algún elemento del tipo objetivo —esencialmente el objeto material—, conforme a la descripción legal de la tentativa ninguna situación problemática se presenta en ambos casos, dado que la idoneidad de los actos y la existencia de todos los elementos requeridos por el tipo penal son los presupuestos esenciales para su estructuración, si se mira que el dispositivo amplificador se vincula con una determinada conducta típica.

De manera que las dificultades aparentes frente a la fórmula de la tentativa —en el supuesto de la carencia de objeto material— que llevó a la confusión que se le reprocha a los juzgadores de instancia, obedecen a que la ausencia de algún elemento del tipo objetivo deviene en que la conducta sea atípica, esto es, que habrá una imposibilidad de delito.

En efecto, no puede hablarse de tentativa si no se le refiere a un delito en concreto. Hay tentativa de homicidio cuando el amplificador se relaciona con el artículo 104, que sanciona el hecho de matar a una persona. De manera que si se atenta contra un cadáver, no puede hablarse de homicidio tentado porque el elemento objetivo del tipo penal no existe, el cual no es otro que la persona viva.

Igual ocurre con el hurto —artículo 239— cuyo objeto material lo constituye la “cosa mueble ajena”, luego si esta no existe no puede hablarse de tentativa de hurto. Es lo que sucede en este caso, en el que los juzgadores no obstante admitir que el acusado no se apoderó de cosa mueble ajena con contenido económico, declararon que era responsable

de un delito de hurto, lo que no se compadece con la sistemática penal colombiana[16].

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 libre y voluntariamente se abstiene de consumar el hecho, pudiendo hacerlo. En otras palabras, la tentativa desistida supone que el agente abandone la idea criminal por su propia voluntad y sin la presión de factores externos, no alcanzando su objetivo por su propia decisión y no por cuestiones exógenas.[17]

La tentativa desistida es una figura jurídica

que se presenta cuando el agente de un delito, tras comenzar los actos de ejecución del mismo, voluntariamente impide con éxito que se produzca el resultado delictivo inicialmente planeado, ya sea interrumpiendo su ejecución en los casos de tentativa inacabada o contrarrestando los actos ya ejecutados tratándose de tentativa acabada. De acuerdo con esta institución, la serie de actos ejecutivos constitutivos de la tipicidad de un delito en grado de tentativa quedarían impunes —a menos que "en sí mismos, constituyan algún delito consumado y no solo los actos ejecutivos del delito inicialmente tentado (delito remanente) —, si el sujeto activo detiene voluntariamente el proceso ejecutivo del delito o deshace los actos ya ejecutados de una tentativa acabada[18].

Tenemos entonces que frente a la tentativa desistida se pueden presentar dos situaciones: la primera, cuando lo realizado hasta el momento no configura conducta punible alguna, en cuyo caso el sujeto no responde penalmente 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 por ningún comportamiento delictivo; la segunda, cuando lo efectuado hasta ese momento configura un comportamiento 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 (delito remanente).

Para efectos del desistimiento se exigen dos requisitos: uno, que sea eficaz, y dos, que sea voluntario[19]. Para otro sector doctrinal es indispensable que también sea personal.

V. DESISTIMIENTO "ATENUADO"

El artículo 27 del Código Penal colombiano, inciso segundo, consagra una figura que la doctrina ha denominado "desistimiento atenuado", "desistimiento fracasado", "desistimiento malogrado impropio", de la siguiente manera:

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[20].

Este inciso que consagra una modalidad de desistimiento, es tal vez el que ha generado mayor controversia debido a su confusa definición

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 había hecho.

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 o de la propia víctima.

A nivel legal y doctrinal esta clase de desistimiento ofrece tres alternativas:

– Eximente de responsabilidad penal (C. P. español).

– Eximente de punibilidad (C. P. alemán)[21].

– Atenuación de la pena (art. 27 del Código Penal colombiano).

El Código Penal colombiano acoge la última alternativa, pues considera para esta clase de desistimiento una situación particular que configura una causal de atenuación punitiva. En otras palabras, el autor será acreedor de una rebaja de pena, siempre y cuando concurran dos requisitos: 1. Que la conducta punible no se consume por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe y 2. Que voluntariamente haya realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla[22].

Con relación a esta figura se ha dicho por la doctrina:

Obviamente, cuando se habla del “autor o partícipe” se prevé la posibilidad de que el desistimiento sea realizado no solo por el autor directo o inmediato, por el autor mediato, por el coautor, sino también por un instigador o cómplice (partícipes en sentido estricto), con lo que se le da cabida a una institución conocida como desistimiento de los partícipes [...][23].

El problema central radica en el desvalor de resultado, ya que la puesta en peligro al bien jurídico es revertida por un tercero o la propia víctima y no por quien lo ocasionó; con base en ello se plantea la discusión político-criminal de si esta situación 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 estatuto penal estipula para esta clase de desistimiento únicamente una disminución punitiva, como alternativa se propone recurrir a la necesidad de pena consagrada en el artículo 3.º, es decir que, si se considera que la pena no es necesaria, que no cumple funciones de prevención, se puede prescindir de ella. De esta manera se combinarían la eximente de punibilidad, en algunos supuestos, y la disminución punitiva, en otros.

Con relación al inciso 2.º del artículo 27 del 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 clase de desistimiento se parte de una pena no menor de la tercera parte del mínimo, en tanto que la tentativa parte de una pena no menor de la mitad del mínimo.

Una última dificultad que ofrece el inciso 2.º mencionado es que no diferencia ni regula qué sucede si lo realizado hasta el momento configura o no una conducta punible; es decir, no regula, ni diferencia, los casos en que pueda haberse ocasionado un delito remanente, lo que llevaría a pensar que, respetando el principio de legalidad y el de especialidad, en todos los casos se aplicaría la rebaja prevista en la norma citada.

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Lección 19: Concurso de tipos penales

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 entre 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 Código Penal Colombiano, 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. El primero denominado ideal porque es el que realmente encarna la problemática de la tipicidad y el non bis in ídem, de la que nos ocupamos aquí, y el segundo aparente porque en realidad no es un concurso.

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 que se adecuan al mismo tipo penal; es decir, el funcionario o 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, de los que hacemos referencia adelante.

En lo que hace al concurso cierto, el Código Penal colombiano 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 de un único acto.

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. ADECUACION TIPICA DE LAS DIVERSAS CONDUCTAS

En la parte final de la sección anterior manifestamos que el tema de la adecuación típica no es asunto que interese para todos los casos que el Código Penal colombiano 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 se justifica solamente 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. Son ejemplos de esta modalidad el muy mencionado del padre que accede carnalmente a su hija (acceso e incesto), el del terrorista que con una sola acción causa muertes, lesiones y daños, y otros discutibles que se ponen de presente en la jurisprudencia, como el que estafa valiéndose de un documento privado falso.

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, o de un único acto, 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 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 un explosivo de gran potencia acaba con la vida de 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.

A. APARIENCIA DE ADECUACIONES

A fin de no sancionar dos veces por lo mismo, honrando el principio que lo prohíbe —non bis in ídem— 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 se trata únicamente 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 se aplica solo 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.

1. CRITERIO DE 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.

2. CRITERIO DE SUBSIDIARIEDAD

Resuelve el aparente concurso el principio de subsidiariedad cuando el tipo penal se aplica solamente en tanto no haya otro que interfiera, porque se prefiere, 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. CRITERIO DE CONSUNCIÓN

Se presenta exclusión de tipos, o se resuelve le concurso aparente 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[3].

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 todos los eventos los dos se den por cumplidos[4].

4. CRITERIO DE 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 conocido como 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.

1. 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.

Obviamente la modalidad de la acción (el ser fraccionada) y la trascendencia del resultado así producido hacen, en consideración de legislador de 2000, que el desvalor del injusto sea superior al que tendría un delito realizado en un solo acto, lo que justificaría la punibilidad 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[5].

Para ilustración del delito masa en Colombia se recuerda el encargado del expendio de gasolina que cobra a cada cliente algunos pesos de más para hacerse a una importante suma al final del día, o 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.

1. MÉTODO DE LA 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 aplicación de una de las sanciones se tiene por logrado todo o mucho de lo que pretende la otra, lo que le haría perder el sentido.

2. MÉTODO DE LA ABSORCIÓN

Según este principio la pena que se ha de aplicar es la más grave de las previstas en los tipos concurrentes; la menos grave no se aplica, bajo el entendido que los fines de esta se alcanzan con la aplicación de la primera.

3. MÉTODO DE LA 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, lo que carece de sentido, por lo menos desde la prevención especial.

4. MÉTODO DE LA 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 las que tienen la misma naturaleza conforme al criterio que de las anteriores se escoja 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 EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

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 establecido en la ley, haciendo que el juez, además, imponga las de naturaleza distinta contenidas en las varias disposiciones.

B. DELITO CONTINUADO Y DELITO MASA

Vale preguntar por qué, en nuestro Código Penal, la punibilidad es mayor en los delitos de apariencia de acciones concurrentes con respecto al delito único o de un solo acto, 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 la acción fraccionada tiene un mayor injusto y por ende un mayor desvalor. 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.

V. CONCLUSIONES

A manera de conclusiones podríamos hacer algunos comentarios acerca del código penal colombiano:

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 posible solamente 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, solo 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 mismo Código Penal.

6. El Código Penal dio una denominación distinta a la figura respecto de la consagrada en el código de 1980, pues como puede observarse se pasó de “concurso de hechos punibles” a “concurso de conductas punibles”.

En realidad la variación o el cambio no corresponde exclusivamente a la figura del concurso, pues se presenta a lo largo de toda la exposición legislativa para, como lo afirma la exposición de motivos del 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.

ADRIANA MERCADO CRUZ

ELENA SUÁREZ DÍAZ

Lección 20: Tipo subjetivo

PRESENTACIÓN

La imputación al tipo no depende exclusivamente de la realización del tipo objetivo, sino que requiere de la realización del tipo subjetivo. Superada la atribución objetiva de responsabilidad, en el derecho penal clásico todos los temas relacionados con el aspecto subjetivo del delito se estudiaban dentro de la culpabilidad, pues la simple causación de un resultado no era suficiente para la imputación penal. Tiempo después se ha impuesto la separación del tipo objetivo y subjetivo y su análisis en la tipicidad; existe también consenso en que la acción típica constituye una unidad de factores internos y externos que no pueden ser aislados.

Para algunos, al tipo subjetivo pertenecen aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo objetivo en acción típica, es decir, dolo y culpa; el tipo subjetivo concurre en el momento de emprender la acción y de él la tipicidad de la conducta; así sucede en figuras como la tentativa.

No obstante, como lo sostiene Roxin,

la adscripción del dolo al tipo subjetivo ha logrado imponerse prácticamente en forma unánime a nivel internacional, atribuyéndose como razones para ello, las siguientes: a) si se atribuye al tipo la misión de tipificar el contenido de merecimiento de pena del correspondiente delito no se puede renunciar al dolo para perfilar el tipo delictivo: desde ese punto de vista, unos daños dolosos son algo sustancialmente distinto que los daños imprudentes; b) la tentativa de realizar un tipo presupone dolo. Por ejemplo, la cuestión de si alguien que hace un disparo de revólver, pero no alcanza a nadie, ha realizado el tipo del homicidio intentado, de las lesiones intentadas, de los daños intentados, o ningún tipo en absoluto, sólo se puede juzgar

si se tiene en cuenta donde iba dirigido el dolo del agente; c) también habla a favor de la concepción del dolo como elemento del tipo, la circunstancia de que la mayor parte de las acciones típicas son descritas por el legislador mediante verbos concebidos de modo final (simular, falsificar, coaccionar). Por lo tanto, en esa medida los elementos subjetivos no se pueden eliminar de la descripción del acontecimiento objetivo; d) los elementos subjetivos del tipo no contenidos en descripciones objetivas de la acción típica, cuya existencia generalmente tampoco niegan quienes consideran el dolo como problema puramente de culpabilidad, tiene que llevar también el reconocimiento del dolo típico. En efecto, es cierto que algunos de esos elementos subjetivos del tipo (ánimo de enriquecimiento ilícito), no son total ni parcialmente idénticos al dolo, sino que están autónomamente junto a él, pero presuponen el dolo: quien no tiene dolo de hurtar no puede querer apropiarse antijurídicamente de la cosa que ha sustraído, y quien realiza sin dolo de estafar el tipo objetivo, no puede tener el propósito de enriquecer a otro ilícitamente[1].

En suma, el dolo y la culpa integran la parte subjetiva del tipo; puede anticiparse desde ahora que el tipo subjetivo nos permite adecuar la conducta (tipo objetivo) a los títulos de dolo y culpa.

II. ANTECEDENTES

A. ESQUEMAS CAUSALISTAS

1. ESQUEMA CLÁSICO

En el esquema clásico o naturalista, encabezado por Franz von Liszt y Ernst Beling, se define el delito como una acción típica, antijurídica y culpable; en este el delito tenía un elemento objetivo compuesto por acción, tipicidad y antijuridicidad, y un elemento subjetivo en el cual se encontraba la culpabilidad[2].

Para este esquema la acción es la modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, la acción es de carácter meramente objetivo, que se manifiesta con la sola inervación muscular; el concepto de acción consta entonces de tres elementos: la manifestación de la voluntad, el resultado y la relación de causalidad. La acción como manifestación de la voluntad responde a un concepto de voluntariedad; en esta se debía demostrar que no había vis absoluta (fuerza) ni inconsciencia absoluta; si se encontraba una de estas dos se podía decir que no hay acción.

Adicionalmente en la culpabilidad hacía alusión al aspecto subjetivo del delito, se decía que consistía en un nexo psicológico que existía entre el autor y el hecho; así las cosas, para que se configurara la culpabilidad era necesario que se diera un acto de voluntad manifiesto, que se concreta en el dolo y la culpa, que son las formas como podía presentarse el nexo psicológico.

2. ESQUEMA NEOCLÁSICO

Luego en el esquema neoclásico Kant propone que existe un error conceptual y metodológico en la escuela clásica dado que debía diferenciarse entre las ciencias naturales (causalidad: “si A luego B”) y las ciencias del espíritu (“si A debe ser B”).

Con respecto a la acción, los neoclásicos les criticaron a sus antecesores la necesidad de modificar el mundo exterior, esto porque no todos los delitos son susceptibles de cambiar el mundo exterior, es decir, no todas las acciones constitutivas de delito son perceptibles en el mundo exterior. Por último, al respecto de la culpabilidad se

cuestionó la concepción exclusivamente psicológica de esta. Este reproche se fundamentó en los siguientes planteamientos: en el estado de necesidad cuando no se le puede exigir al sujeto otra conducta, en esta situación existe nexo psicológico pero no hay culpabilidad por la circunstancia antes mencionada; el otro planteamiento se basó en la culpa inconsciente, que consiste en una desatención de lo previsible por lo que el reproche frente al sujeto es precisamente su negligencia. Se puede concluir así que lo determinante para la culpabilidad no es el nexo psicológico sino la reprochabilidad.

La escuela neoclásica implanta de esta forma el concepto de culpabilidad normativa, según el cual el operador jurídico debe entrar a valorar si el infractor de la norma se encontraba en la posibilidad de no hacerlo.

Puede concluirse entonces que en un primer momento se consideraba la culpa como un apéndice del dolo; la dogmática causalista la ubicaba como una forma de culpabilidad y luego se estableció, conforme lo ya expuesto, que era un problema de tipicidad y por tanto de acción[3].

III. ESQUEMA FINAL (WELZEL)

A mediados del siglo pasado Welzel consideró que la acción humana era ejercicio de actividad final, no meramente causal, y destacó que la acción no es una simple causación de resultados. La acción tiene una función y una finalidad, es decir, un para qué y un propósito. El finalismo formuló un concepto ontológico (no jurídico) y final (no causal) de acción, un concepto aristotélico del denominado acto voluntario.

“La causalidad es ciega, la finalidad es vidente”. Finalidad significa la dirección consciente del curso causal hacia una meta u objetivo. Es un método[4], un camino, sendero o vía que lo conduce a un resultado, el hombre busca un fin y elige los medios para conseguir dicha finalidad; por ello puede, por lo general, prever el curso y el resultado de su

actividad. Por esa razón puede también seleccionar los medios necesarios para alcanzar el fin y poner en marcha el proceso causal exterior que conduzca a la realización del objetivo. La voluntad va primero mentalmente hacia el fin (se lo representa, lo anticipa) y desde él regresa a los medios para poner en marcha el curso causal con los medios elegidos, conduciendo el proceso hacia la realización del objetivo[5]; sin embargo, puede haber una errada elección de los medios, lo que en últimas se traduce en la culpa. A partir de este momento tanto el dolo como la culpa se ubican en el tipo, pues, como quiera que la acción es final, solo es posible estructurar tipos penales que persigan un propósito; en toda acción hay una fase objetiva y otra subjetiva, el sujeto al realizar la acción se representa un resultado, por tal razón siempre podrá actuar de manera diversa.

Welzel estimaba que la concepción causal de la acción era irreal y abstracta, y por ello señaló que la dirección final de una acción humana se desarrolla en dos fases:

1. En la fase de pensamiento: anticipación del fin (fijación de la meta); selección de medios y consideración de los efectos concomitantes.

2. En la fase del mundo real: de acuerdo con lo elaborado en la esfera del pensamiento, el autor lleva a cabo su acción en el mundo real.

El que quiere matar a otro elige los medios y dispone de ellos de modo que pueda alcanzar el fin propuesto. Maurach señaló que debe considerarse acción toda “conducta humana, regida por la voluntad orientada a un determinado resultado”. Así las cosas, se “abarca tanto el hacer corporal como el no hacer, y sirve pues de base al delito de comisión y al de omisión. Comprende tanto los casos en los que la voluntad rectora anticipa el resultado tipificado (hechos dolosos) como aquellos en los que la voluntad está dirigida a un resultado distinto al típico causado por el autor (hechos culposos)”. La errada elección de los medios implica la configuración culposa.

En el finalismo la tipicidad se entiende como un “indicio de la antijuridicidad”, es decir, que obra de forma antijurídica quien actúa en contra de la norma, realizando el tipo y sin la

concurrencia de una causal de justificación; el tipo penal cuenta con un aspecto objetivo y uno subjetivo a diferencia de los causalistas que sostenían que el tipo era eminentemente objetivo; es así como el tipo objetivo consiste en la contradicción entre el hecho y el derecho; y el tipo subjetivo contiene el dolo entendido como el conocimiento de los hechos con voluntad.

IV. TEORÍA DEL FUNCIONALISMO

Con posterioridad al finalismo surge el funcionalismo, que abandona el estudio de las estructura de los elementos del delito y se concentra en entender “para qué sirve y qué función tiene el derecho penal”; para esta corriente el concepto de bien jurídico tiene un lugar preponderante, de tal forma que sobre este se funda el concepto de imputación objetiva que en este esquema complementa al tipo objetivo.

V. FUNCIONALISMO MODERADO (ROXIN)

El funcionalismo moderado reconoce las categorías dogmáticas que propone el finalismo, pero con una orientación político-criminal dado que los presupuestos de la punibilidad deben estar encaminados por los fines del Derecho penal; así las cosas, las categorías son solo instrumentos. En esta etapa la imputación de un resultado depende de la realización de un peligro dentro del fin de protección de la norma. La culpabilidad se limita con la necesidad de prevención y juntas originan el nuevo concepto de responsabilidad, que es la base de la imposición de la pena.

Para Roxin los fines de la pena serán los que orienten “la formación del sistema jurídicopenal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción, causalidad, estructuras lógico-reales, etc.) sino que única y

exclusivamente puede guiarse por las finalidades del Derecho penal”[6]. Él pretende la unidad sistemática entre Derecho penal y Política criminal, pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas sin renunciar a su contenido, persigue complementarlas y perfeccionarlas.

Así mismo, busca otorgarles una función a los conceptos, es decir, se les exige que logren resultados justos y adecuados en el marco del desempeño de un correcto papel en el sistema. En este sentido, parte de que el dogmático debe, en primer lugar, averiguar qué valoración político-criminal subyace en cada uno de los conceptos o categorías de la teoría del delito, y una vez determinada la misma funcionalizar dicho concepto o categoría, es decir, construirlo y desenvolverlo de manera que responda a la función que le es propia de un modo idóneo[7].

Todas las categorías dogmáticas se entienden desde los fines de la pena y el derecho penal; así, por ejemplo, un bien jurídico será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, de suerte que su concepción material de lo injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles para el individuo o para el sistema. Roxin distingue entre tipo total o tipo sistemático (dentro del que incluye el dolo) y tipos de garantía y de error, integrando en el tipo tanto la antijuridicidad formal como la material, de suerte que la conducta típica será lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y al mismo tiempo infracción del deber normativo.

VI. FUNCIONALISMO RADICAL (JAKOBS)

El funcionalismo sociológico o radical considera al Derecho como garante de la vigencia de la norma, la constitución y la sociedad, cuyo objeto es resolver los problemas del sistema social. También tiene como punto de partida al finalismo, pero las categorías que integran el delito tienen como fin estabilizar al sistema. La dogmática jurídico-penal de base ontológica da paso a un principio preventivo general orientado al mantenimiento del sistema social.

La sociedad se constituye mediante normas; el ordenamiento jurídico-penal tendrá la misión específica de velar por la subsistencia de tales normas y, por tanto, de velar por la misma subsistencia de la sociedad que se apoya en ellas, y del orden social conformado, de lo que deriva, en última instancia y de forma mediata, que la identidad y el carácter de los mismos individuos, como personas, también resultarán preservados por el Derecho penal.

Para Jakobs, cuando se violan las normas jurídicas se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas y, congruentemente con ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del mismo sistema social mediante la estabilización de las normas en el referido sistema, de manera que la imputación derivará de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales[8]. La pena es así, para Jakobs, la demostración de la vigencia de la norma; no tiende a evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que, según su concepción, "confirma la identidad normativa de la sociedad"[9].

Similar a la formulación de Luhmann, todos y cada uno de los individuos que forman la sociedad tienen atribuidos unos determinados papeles que generan a su vez determinadas expectativas en los demás. De esta suerte, cada uno de los sujetos que conforman la sociedad son garantes de que las expectativas existentes acerca de ellos no se vean frustradas. De alguna manera, para Jakobs, lo importante no son los individuos sino lo que simboliza su comportamiento en relación con la vigencia de la norma.

En Colombia, en el Código Penal de 1980 el dolo y la culpa se encontraban ubicados en la culpabilidad, se conocía como dolo malo; se defendía para entonces el casualismo. Con la adopción del Código Penal de 2000 se acoge el finalismo y por tanto el dolo y la culpa se encuentran dentro de la tipicidad, específicamente dentro del tipo subjetivo, se entienden como modos de conducta, y es lo que se conoce como un dolo natural o un dolo neutro, según el cual sin el conocimiento por parte del sujeto agente de que la conducta es delito y de la intención de cometerlo no se puede dar el reproche por parte del Derecho penal.

VII. ELEMENTOS DEL TIPO SUBJETIVO

La doctrina mayoritariamente reconoce que el tipo subjetivo está integrado por el dolo y la culpa; la preterintención se entiende contenida en estas dos categorías.

A. EL DOLO

Existen muchas definiciones de dolo, según la concepción de delito; por ejemplo, Francesco Carrara definía el dolo como la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley. Por su parte, Jiménez de Asúa definió el dolo como la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se requiere.

No existe mayor discusión en punto a los elementos de conocimiento y voluntad que integran el dolo; las discusiones radican en cuál es el contenido justamente del conocimiento y de la voluntad.

Como se revisó, para el causalismo, esquemas clásico y neoclásico, el elemento cognitivo del dolo comprende el conocimiento del comportamiento que se está realizando, y el conocimiento de la antijuridicidad, es decir, el conocimiento de que el comportamiento que se está realizando se encuentra prohíbido, se encuentra ubicado en la culpabilidad donde se evalúan los aspectos subjetivos o psicológicos del delito; para el finalismo el elemento cognitivo del dolo se refiere exclusivamente al conocimiento de los hechos y se ubica en la tipicidad, hace parte del tipo subjetivo; de otro lado, el conocimiento o la conciencia de la antijuridicidad no hace parte del dolo y se analiza en sede de culpabilidad

1. CONCEPTO

El dolo es en principio predicable de todos los comportamientos previstos en la parte especial del código; fue definido por el legislador en el artículo 22 así:

Dolo. 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.

Así las cosas, el dolo implica el saber y querer la realización del tipo. Cuando el legislador habla de la conducta y la califica como dolosa, resulta claro que ubica el dolo en la tipicidad. De otra parte, el conocimiento de que habla la ley es el conocimiento de los elementos constitutivos de la infracción penal y por tanto excluye la posibilidad de hablar de dolo como elemento de la culpabilidad; así también se desprende del contenido del numeral 10 del artículo 32 que dispone:

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.

Este elemento del dolo, esto es, el cognoscitivo o intelectual, abarca el conocimiento de las circunstancias del hecho, lo que implica el conocimiento de cada uno de sus elementos y

las circunstancias de la conducta; la posibilidad de prever el resultado: cuando se habla de los hechos constitutivos de la infracción penal el agente debe conocer los elementos que componen la figura típica, ser consciente de ellos y considerar la producción de esas circunstancias como realmente posibles; que la acción, el empleo de los medios elegidos está en posibilidad de realizar el aspecto objetivo del tipo.

A modo de ejemplo, cuando Pedro quiere matar a María y le suministra un veneno para obtener tal propósito deberá conocer que María es otro ser humano y que la sustancia que le suministra puede causar la muerte, es decir, debe estar en posibilidad de comprender los elementos que conforman el tipo penal, incluido el nexo causal o, mejor, la imputación objetiva. Ahora bien, ¿qué clase de conocimiento se exige del sujeto? Un conocimiento actual o actualizable o un conocimiento potencial. En este punto hay consenso en que no basta que tenga la posibilidad de advertir, sino que requiere un conocimiento actual, efectivo o actualizable, pero además es una noción de dolo avalorada, esto es, que no implica el conocimiento de la antijuridicidad. Es irrelevante si sabe o no que el comportamiento es delictivo, si está o no permitido, basta con conocer los hechos que constituyen la infracción penal, el aspecto objetivo del tipo penal.

El conocimiento del aspecto objetivo del tipo supone la comprensión de todos los elementos e ingredientes del tipo penal; por ejemplo, en el abuso de confianza que la cosa mueble sea entregada a “título no traslativo de dominio”; en el peculado, que es “servidor público” o que son “bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte”, por ejemplo; es decir, se requiere conocimiento sobre tales circunstancias, sin que ello implique conocimientos técnicos. Así mismo, debe conocer aquellas circunstancias que agraven o atenúen la responsabilidad, por ejemplo, conocer que la persona a la que causa la muerte es un ascendiente para la causal primera de agravación del homicidio.

Así las cosas, si el agente no conoce todos los elementos del tipo objetivo o se equivoca sobre alguno de ellos estará incurso en un error de tipo, error que, como se verá en otro

capítulo, excluye el dolo y probablemente la responsabilidad, si resulta invencible.

El segundo elemento del dolo es el volitivo. No resulta suficiente conocer de los hechos constitutivos de la infracción, es preciso además que el agente quiera su realización, que tenga el propósito de llevar a cabo el comportamiento; esto quiere decir que sea intencional o voluntario, que el agente acepte o decida realizar la conducta cuyos efectos conoce.

2. CLASES DE DOLO

A partir de la definición de dolo que consagra el artículo 22 del Código Penal se encuentra la clasificación de la figura, clasificación que, además de ser útil desde el punto de vista académico, lo es por los efectos del artículo 61 inciso 3 en punto a la dosificación de la pena a partir de la intensidad del dolo.

a. DOLO DIRECTO

El dolo directo, también conocido como de primer grado, intencional o inmediato: se caracteriza porque la realización del tipo ha sido perseguida de manera directa por el agente; v. gr., quiere matar y dispara, quiere robar y atraca, el agente conoce los hechos y quiere su realización. Implica un mayor grado de reproche.

Coincide el elemento volitivo con el intelectivo.

b. DOLO INDIRECTO

El dolo indirecto, de consecuencias necesarias, de segundo grado o mediato: se caracteriza porque el agente quiere alcanzar un fin y para ello asume los efectos que necesariamente se derivarán de su conducta, el individuo conoce que la realización de la conducta producirá consecuencias inevitables y probablemente las asume. V. gr.: Pedro quiere matar a Juan y para ello pone una bomba en el avión en el que se desplazará a otra ciudad, activa el artefacto en pleno vuelo y necesariamente todos los ocupantes de la aeronave morirán. En este caso se imputará el homicidio de Juan a título de dolo directo y el de los demás ocupantes de la aeronave será homicidio a título de dolo indirecto.

En este tipo de dolo predomina el elemento intelectivo sobre el volitivo.

c. DOLO EVENTUAL

En el dolo eventual, de tercer grado o condicionado, el agente no se ha propuesto la realización del tipo penal, la asume como probable y a pesar de ello no hace nada para evitarlo, sigue actuando para alcanzar un fin que se ha propuesto. La realización del tipo no es tenida como segura, pero el sujeto la deja librada al azar.

Hay dolo eventual cuando el agente ha aprobado interiormente la posible realización del tipo, lo acepta conscientemente y debe considerar como posible la realización del resultado.

La parte final del artículo 22 describe el dolo eventual así:

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; es decir, tiene una postura que hace énfasis en la previsibilidad y la probabilidad, esto es, en el componente cognoscitivo del

dolo y la voluntad con la expresión dejar librado al azar, al albur, no hay certeza del resultado pero este es probable.

La pregunta que surge y se buscará responder adelante es cómo se puede diferenciar el dolo eventual de la culpa con representación o la culpa consciente.

B. DELITO IMPRUDENTE

La ley penal prevé como punibles algunas hipótesis en las que la finalidad perseguida por el autor es diversa a la contemplada en el tipo. La voluntad se dirige a la realización de una actividad permitida, como operar, construir o conducir, y del desarrollo de la misma pueden derivarse consecuencias penalmente relevantes, v. gr., la muerte de una persona.

La conducta como tal se encuentra indeterminada, habrá delito culposo cuando haya un resultado lesivo que sea previsible y viole un deber objetivo de cuidado de modo determinante para la producción de un resultado.

Para que una conducta pueda ser considerada como culposa, requiere, a diferencia de lo que sucede con el dolo, pero al igual que con la preterintención, que el hecho se encuentre expresamente previsto como tal; en nuestra legislación la culpa está consagrada en la parte general, como el dolo, pero, a diferencia de este, requiere que en la especial se indique expresamente en qué casos procede. Es lo que se denomina un sistema mixto, pues en este se encuentran presentes elementos del sistema de numerus apertus según el cual en la parte general se define la culpa y es el juez del caso el que entra a decidir si hay culpa o no; del mismo la legislación colombiana tomo parte del sistema de numerus clausus según el cual en la parte especial en cada delito se debe indicar cuál delito se configura a título de culpa y cuál no. Esto se ve reflejado en el artículo 23 del Código Penal y adicionalmente en los tipos consagrados en

la parte especial; a modo de ejemplo, los artículos 111 a 119, 121, 110, 126, 136, 333, 339, 331, 360, 350, 359, 400 y 450.

1. ELEMENTOS

Al respecto del tipo culposo puede decirse que el fin que buscaba el sujeto agente no era la comisión de un ilícito, pero al equivocarse en la elección de los medios termina cometiendo un delito a título de culpa o imprudencia.

Partimos de la siguiente premisa: es culposa la conducta que produce un resultado que era previsible para el autor, por haber infringido el deber objetivo de cuidado; en otras palabras, la conducta del sujeto no se encontraba encaminada a cometer un delito, pero por la inobservancia del deber objetivo de cuidado se produce el resultado. Así las cosas, son elementos necesarios para que se estructure el delito a título de culpa el sujeto, la acción, el resultado, el nexo de causalidad, la infracción al deber objetivo de cuidado, la relación de causalidad y la relación de determinación.

Sujeto: al igual que en las conductas dolosas, se requiere un sujeto que desarrolle la conducta descrita por el tipo penal.

Acción: se requiere de una conducta que, aunque no va dirigida a cometer la conducta descrita en el tipo penal, termina concretándose por imprudencia, negligencia o infracción de reglamentos.

Resultado: es necesario que se concrete para que se configure la conducta culposa, aquí debe existir un hecho que se encuadre en la descripción que trae el tipo penal.

Relación de causalidad: el delito culposo requiere necesariamente para su configuración del resultado, razón esta por la que es determinante la causalidad que es la que produce la consecuencia; por ejemplo, si Juan va en su carro después de tomarse algunas cervezas y María, con el fin de

acabar su vida, se atraviesa sorpresivamente y como consecuencia aquel la atropella y ella muere, en este caso la causa determinante de la muerte de María no es la falta de cuidado de Juan, por esto no existe relación de causalidad entre el resultado y la acción desplegada por Juan.

Relación de determinación: debe existir una relación determinante entre la infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado.

Para establecer si este elemento se configura es necesario acudir a un juicio hipotético; en el operador de justicia debe mentalizarse la situación cuidadosa.

La infracción al deber objetivo de cuidado: se refiere a la diferencia que existe entre la forma como actuó el sujeto agente y la forma como debió haber actuado, es decir, este debió actuar como un hombre razonable y prudente, y al no haber obrado de tal forma se concreta la infracción al deber objetivo de cuidado.

El deber objetivo de cuidado se encuentra contenido en la ley; verbigracia, el Código Nacional de Tránsito establece las reglas para desarrollar la actividad de conducir; también en la lex artis que se definen como un conjunto de prácticas médicas aceptadas como adecuadas para tratar a los enfermos; por ejemplo, según la lex artis, las cirugías deben darse con un determinado grado de asepsia. Si un médico entra a una sala de cirugía y no verifica que la indumentaria esté suficientemente desinfectada y aun así opera, y como consecuencia de esto fallece su paciente, el médico habrá infringido el deber objetivo de cuidado.

Para saber si se infringió el deber objetivo de cuidado debe hacerse un juicio ex ante que es la valoración que se hace en el caso concreto frente al proceder del sujeto agente, es decir, verificar si este obró con el debido cuidado con el que un hombre prudente habría actuado en su lugar. De lo contrario, se produce la infracción al deber objetivo de cuidado; por ejemplo, un médico promedio revisaría que la indumentaria quirúrgica esté debidamente desinfectada, pues conoce de las posibles consecuencias adversas en caso de que los instrumentos tengan bacterias.

Por último, surge el principio de confianza según el cual, si una persona se comporta de acuerdo con las normas, puede esperar que los demás lo hagan; un ejemplo de esto consiste en una ambulancia que va con las luces de alerta encendidas, a una velocidad permitida pasa el semáforo en verde y al estar sobre la intersección otro carro la impacta y se chocan; el conductor podía confiar en que este resultado no iba a suceder, pues se encontraba cumpliendo con todas las normas y no podía suponer lo contrario.

2. CLASES DE CULPA

a. CULPA CON REPRESENTACIÓN

Se presenta cuando el sujeto agente prevé el resultado lesivo para el bien jurídico, pero confía en que este no va a ocurrir; por ejemplo, el obrero que se encuentra trabajando en un andamio y no usa polisombra para evitar que caigan objetos porque confía en su destreza en el trabajo y en los años de experiencia que tiene como obrero, pero como consecuencia se le cae un ladrillo y muere un peatón que circulaba por debajo del andamio; en este caso el obrero confió demasiado en sus propias destrezas y por eso esperaba evitar el resultado.

b. CULPA SIN REPRESENTACIÓN

Se realiza cuando el sujeto agente no prevé de forma alguna el resultado, no advierte la consecuencia que un hombre prudente hubiera podido advertir, tal como sucede cuando el odontólogo opera a un paciente y al terminar la cirugía olvida retirar un pedazo de algodón de la cavidad; en este caso el odontólogo no se representó el resultado y no confió en él para poder superarlo.

c. DIFERENCIAS ENTRE DOLO EVENTUAL Y CULPA CON REPRESENTACIÓN

Debido a que tanto en la culpa con representación como en el dolo eventual la producción del resultado es previsible, se construyeron dos teorías para solucionar esta cuestión: la de la probabilidad y la del consentimiento.

d. TEORÍA DE LA PROBABILIDAD

Se basa en el carácter intelectivo que tenga el autor respecto al grado de probabilidad de la producción de dicho resultado; conforme a esto, si no es muy probable que se produzca el resultado que lesiona el bien jurídico se entiende que es culpa con representación; en caso contrario, es decir que resulte muy probable, se estructuraría el dolo eventual[10].

e. TEORÍA DEL CONSENTIMIENTO

Se basa en un juicio hipotético respecto de las consecuencias de la conducta que lesiona el bien jurídico; esta teoría parte de dos premisas: la primera consiste en que la simple representación por parte del autor de la posibilidad de que la acción sea idónea para producir el resultado típico debería hacerlo desistir de la ejecución de la conducta; la segunda consiste en que el sujeto confía en que no se va a dar la producción del resultado[11].

De esta forma, si al realizarse el juicio hipotético de valoración y al visualizar la posibilidad de causar la consecuencia, aun así se realiza la acción, se configura el

dolo eventual; en cambio, si al prever la consecuencia el sujeto se aparta de la realización de la conducta, se configura la culpa con representación.

En resumen, las diferencias entre el dolo eventual y la culpa con representación se reflejan en la siguiente tabla:

DOLO EVENTUAL	CULPA CON REPRESENTACIÓN
En el dolo eventual al autor le es indiferente el resultado, lo deja librado al azar y aunque realmente no lo quiere está dispuesto a afrontarlo si se produce.	En la culpa con representación le preocupa que el resultado pueda producirse, no le es indiferente, pero confía en poder evitarlo.
En el dolo eventual el autor no renuncia a la ejecución de la conducta por la que probablemente se producirá el resultado; lo deja librado al azar.	En la culpa con representación el autor lo concibe como posible y para nada opera el azar, pues confía en poder evitarlo.

La diferencia entre estas dos categorías en el ordenamiento jurídico colombiano se desprende de los artículos 22 y 23 del Código Penal; el primero reza: “también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se ha dejado al azar”. De esta forma se introduce la figura del dolo eventual, mientras que la segunda disposición consigna: “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”; así se establece en el Código Penal la diferencia entre una y otra figura.

3. PRETERINTENCIÓN

Según Mir Puig[12], si el tipo doloso se caracteriza porque el autor quiere el resultado lesivo del bien jurídico, y el tipo imprudente presupone que no hay voluntad de ejecutar dicho tipo doloso, la preterintencionalidad se da cuando el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta, es decir, cuando el resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

El delito preterintencional tiene un tipo subjetivo doloso; de una parte, el sujeto agente quiere el resultado de una conducta dolosa, y de otra, se da la comisión de una conducta imprudente que consiste en la previsibilidad de la consecuencia más grave.

En nuestro ordenamiento jurídico el artículo 24 del Código Penal establece que “la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”, es decir que nos encontraremos frente a un delito preterintencional cuando el sujeto agente quiere realizar una conducta constitutiva de infracción penal, pero su resultado, siendo previsible, es diferente al querido.

En Colombia se encuentran tipificados como delitos preterintencionales el homicidio preterintencional y el parto o aborto preterintencional, artículos 105 y 118 del Código Penal.

Son requisitos de la preterintención:

---

1. Que el tipo penal se encuentre regulado en la parte especial del Código Penal. 2. Conducta dolosamente orientada hacia la producción de un resultado típico. 3. Verificación culposa de un segundo resultado típico más grave. 4. Homogeneidad entre uno y otro resultados (mismo bien jurídico). 5. Debe poder imputarse objetivamente el resultado que excedió la intención del sujeto agente. 6. Relación causal entre el primero y el segundo evento.

Así, por ejemplo, si Juan, que ve a su pareja con otro hombre, decide golpearlo con el fin de lesionarlo, pero sabiendo que si lo empujaba contra el piso podía causarle la muerte, lo hace y efectivamente el hombre muere, nos encontraríamos frente a un homicidio preterintencional.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO, NÓDIER, Curso de derecho penal. Esquemas del delito, 4.a ed., Ediciones Nuevo Foro, 2010.

DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, Derecho Penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), México, Porrúa, 2004.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Derecho penal fundamental, vol. I, 2.a ed., Bogotá, Temis, 1995, pp. 268-269.

HAVA, ESTHER, Dolo eventual y culpa consciente – criterios diferenciadores, disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf>

MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal. Parte fundamental, 8.a ed., Barcelona, Reppertor, 2000.

MIR PUIG, SANTIAGO, Derecho Penal. Parte fundamental, 9.a ed., Barcelona, Reppertor, 2011.

PEÑA GONZÁLEZ, ÓSCAR, Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación, Lima, 2010.

REYES, ALFONSO, Derecho penal. Parte general, 9.a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

ROXIN, CLAUS, Derecho Penal. Parte general, t. I: Fundamentos de la Teoría del Delito, 5.a reimpr., Madrid, Civitas, 2007.

SACHER DE KÖSTER, MARIANA, Evolución del tipo subjetivo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

VELÁSQUEZ, FERNANDO, Fundamentos de Derecho Penal. Parte general, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2017.

WELZEL, HANS, Derecho Penal alemán. Parte general, 11.a ed., 1980.

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Lección 21: La antijuridicidad

Una vez verificada la tipicidad de una conducta[1] el intérprete debe, para lograr la punibilidad, determinar su antijuridicidad, para luego establecer la culpabilidad.

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 ANTIJURIDICIDAD

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.

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.

II. FUNDAMENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD FORMAL Y 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 por cuanto daban un especial sentido a la acción. Así, por ejemplo, de la presencia del ánimo de injuriar dependía si la imputación deshonrosa[2] 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, además, 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 objetivarlo a partir de normas de determinación de

conductas, hasta la subjetivización, 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, por lo cual quedaron en cada una aspectos por explicar satisfactoriamente.

Desde entonces y hasta hoy se discute sobre el fundamento del injusto; es 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[3].

III. 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 este, 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[4], aparecer prohibida por el derecho penal (mandada, en el caso de la omisión) y no aparecer circunstanciada por una causal de justificación.

A. INJUSTO Y TEORÍA DE LA NORMA

Que la categoría dogmática de la antijuridicidad, desde el punto de vista formal, sea objetiva o subjetiva depende, sin discusión, de la teoría que sobre la naturaleza de la norma penal se acoja y, por ende, de la que determine el texto constitucional que gobierna la legislación concreta. 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.

Físicamente hablando, el delito es una acción que causa un resultado. La antijuridicidad es una categoría dogmática en la que se hace un juicio de valor sobre esa acción causal y sobre ese resultado causado. Ese juicio de valor, dependiendo de la naturaleza de la norma penal, como dijimos, que finalmente depende de lo que quiera el derecho penal de ella, puede hacerse sobre aquella, sobre este o sobre los dos. Si lo que se quiere es evitar acciones, el juicio de valor que nos indique lo que es contrario a derecho se hace sobre la acción, más bien sobre su sentido, para no confundirlo con el que se hace sobre la acción como elemento del tipo. Si lo que se quiere, en cambio, es evitar resultados no queridos o no esperados por el derecho, el juicio de valor en el que consiste la antijuridicidad se hará sobre él, en el sentido jurídico, para no confundirlo con el juicio de valor sobre el resultado material que se hace en sede de antijuridicidad material. Ahora bien, si lo que se quiere es evitar acciones en tanto causen resultados, o viceversa, resultados causados por acciones, pues el juicio de valor se hará sobre el sentido de la acción y del resultado jurídico que ella ha causado.

B. 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 el sentido jurídico del resultado lesivo. Es importante aquí hacer claridad respecto de la diferencia entre el resultado jurídico (sobre el que recae el juicio de valor al que nos referimos) y el resultado material (objeto del juicio de valor que se hace en antijuridicidad material). El resultado jurídico objeto de juicio de antijuridicidad formal es el producto de una operación jurídica, mientras que el material es producto de una conducta. Por ejemplo, quien sustrae un extintor de fuego de su vecino para apagar su casa que se incendia ha producido un resultado material desvalorado

(antijuridicidad material), pero este constituye un resultado jurídico no desvalorado o, si se quiere, valorado positivamente, porque la operación jurídica arroja un estado de necesidad justificante que constituye un valor de resultado[5].

Pues bien, si lo que la norma penal quiere es evitar la causación de resultados disvaliosos jurídico-penalmente hablando, se tendrá entonces que el juicio de valor que se hace en la antijuridicidad formal se realiza sobre el resultado jurídico obtenido, de manera que 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, en un homicidio, lo que es antijurídico desde el punto de vista formal, lo que es contrario a derecho o el derecho no quiere o espera, es la muerte injusta.

C. TESIS SUBJETIVA

Por el contrario, se sostiene, con similar fuerza doctrinal, que la norma tiene un carácter imperativo, de manera que ella manda o prohíbe 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, sin consideración al resultado jurídico. 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 de tal juicio, no puede más que concluirse que 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 formalmente, lo contrario al derecho, es la acción de matar.

D. 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.

E. EJEMPLIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Cuando de determinar la antijuridicidad o la justificación de una conducta se trata, la discusión pareciera a simple vista sin sentido. Sin embargo, veamos las cosas con ejemplos, algunos traídos, aunque con variantes, de la literatura sobre el tema[6], los cuales 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, en el interior de la habitación del vidrio quebrado se encuentra un niño de dos

meses de nacido a punto de morir por asfixia, situación 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, deberá 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 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 la 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 nota que su suegra se agarra del mismo tronco, por lo que decide darle un fuerte golpe, causándole la muerte, por considerar 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, entre otros, el error, la tentativa, la culpa, etc.

F. 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 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[7], y las que afirman que los dos elementos (desvalor de acto y de resultado), sin prevalencia de uno u otro, fundamentan el injusto[8].

No encontramos razón alguna para acoger alguna de las posturas que, dentro de las mixtas o dualistas le dan mayor valor a uno de los elementos cofundantes del injusto; finalmente son cofundantes tanto el resultado como la acción; independientemente de su valor, cada uno es indispensable[9].

G. INJUSTO Y CONSTITUCIÓN

Planteadas así las cosas, surge la pregunta sobre la manera en que una constitución política determina la teoría de la norma que a su vez condiciona el objeto del juicio de valor que se hace en la antijuridicidad formal[10].

En nuestro país, como en muchos otros con la norma equivalente, doctrina y jurisprudencia han sostenido mayoritariamente —incluso le hallamos razón en edición anterior— 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 aquel, insistimos, que no sea contrario a la Carta Política.

Según esta postura, cuando la cláusula general de libertad contenida en esta norma o su equivalente, dependiendo de la decisión política de la constitución de la que se trate, consagra los límites a la libertad ciudadana, con ello consagra los fundamentos del injusto. Así, en nuestro país, por ejemplo, en el que la norma expresa que “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”, constituirían fundamentos del injusto la trasgresión a la ley y la transgresión a los derechos de los terceros, es decir, solo sería antijurídica, desde el plano formal, la conducta que lesiona bienes de los demás y choca con el orden jurídico.

Sin embargo, creemos que no es esta norma la que, en exclusiva, otorga la naturaleza a la norma jurídico-penal y por ende contenido al injusto, pues es toda la carta, en especial con las normas que justifican las actuaciones del Estado (artículo 2) y legitiman las intervenciones en las libertades ciudadanas (artículo 29), entre otras, la que limita el contenido del injusto. En nuestro país, por ejemplo, y conforme las normas señaladas, no es posible concebir un injusto puramente subjetivo si el derecho penal está obligado constitucionalmente a proteger los bienes jurídicos, o puramente objetivo, si constitucionalmente se impone el derecho penal de acto. Así aparece que en el Código Penal colombiano se impone el reconocimiento del desvalor de acto y el desvalor de resultado como elementos que dan fundamento al injusto. La Constitución le da así una naturaleza dual a la norma penal 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, aparte 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.

Pero es importante hacer caer en cuenta en este momento que, cuando la Constitución de 1991 obliga al legislador a configurar el injusto en consideración a la acción y al resultado, condiciona la configuración del reconocimiento de la justificante, pues 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 conducta; de lo contrario se estaría en presencia de un valor de acción frente a un desvalor de resultado o en presencia de un valor de resultado frente a un desvalor de acción, eventos constitutivos de injusto.

Por ello el nuevo Código Penal, al positivizar las normas contentivas de las causales de justificación, además de consagrar en su texto los elementos objetivos de esta, 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.

IV. 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.

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[11].

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 impide su presunción, irregularidad que se hace más común, a pesar de su inconstitucionalidad, en tratándose de acciones generadoras de peligros abstractos[12].

Hasta aquí entonces, en lo que a este aparte se refiere, puede afirmarse que solo son antijurídicas las conductas

(acciones u omisiones) típicas, que pongan efectivamente en peligro o lesionen uno de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal.

El concepto de bien jurídico también está atado a las decisiones de política pública del Estado, pues no nos cabe duda que es él, el Estado, conforme los principios de fragmentariedad y subsidiariedad, y finalmente el carácter de última razón, quien decide, en desarrollo del principio democrático, cuáles son los bienes jurídicos protegidos por la ley penal.

De la misma manera entonces se tiene que no es decisión de nadie distinto al Estado mismo la cuestión de lo que constituye antijuridicidad material y lo que no la alcanza. A veces esta decisión de política pública la hace el mismo legislador con elementos del tipo que trascienden la tipicidad, como cuando limita los casos de competencia penal a la superación de ciertos límites cuantitativos, como en el caso de los delitos relacionados con estupefacientes, con el contrabando o en algunos contra el patrimonio económico. Otras veces, las más, lo hace depender de la propia Carta y lo deja en manos del operador de justicia, quien, conforme la Constitución —repetimos—, hará un juicio de proporcionalidad que le permitirá afirmar la trascendencia de la lesión y por ende la competencia del derecho penal por constituir una conducta antijurídica materialmente.

Así las cosas, no depende ni puede depender la antijuridicidad material de particularidades de la víctima o de las condiciones particulares del caso concreto, porque el concepto de bien jurídico equivale a un interés de protección del Estado sobre ciertos bienes que permiten la convivencia en paz, lo que lo hace general. Así, el hurto de una importante cuantía, para poner cualquier ejemplo, será antijurídico materialmente independientemente de si la víctima se vio afectada en su patrimonio o no. De la misma manera, el hurto de una cuantía pequeñísima no lo será en ningún caso, aun cuando para la víctima concreta (quien tendrá que acudir a otra instancia judicial o policial para su protección) signifique mucho.

Recapitulando, tenemos que, habiendo superado la tipicidad, una conducta es antijurídica cuando es contraria a

derecho sin justificación alguna, lo que es producto de un juicio de valor sobre la acción misma y sobre el resultado jurídico a que ella conduzca y, además, lesione o ponga en peligro, de manera efectiva, el bien jurídico como objeto de interés para el Estado y desde su óptica producto de su política criminal.

WILLIAM MONROY VICTORIA

Lección 22: Causales de exclusión de responsabilidad

EXCLUSIÓN DE LA ANTIJURIDICIDAD

I. PRESENTACIÓN

Si bien la legislación penal menciona como gran acápite el tema de las “causales de exclusión de responsabilidad”, debemos advertir que cada una de sus variables apunta a desvirtuar la existencia de alguno de los elementos del tipo, bien sea tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad. Por tanto, en este capítulo analizaremos solo aquellos aspectos contenidos en los diferentes numerales del artículo 32 que “justifican” el comportamiento y, por tanto, excluyen la antijuridicidad y en consecuencia la sanción penal. De la misma manera debemos mencionar que la “justificación, en cuanto es verdadera causa de licitud del hecho [...] significa [...] permisión”[1].

Dado que históricamente las diversas concepciones dogmáticas han considerado de manera diversa el contenido de los elementos del delito, y con cada concepción se han involucrado o excluido los mismos, es fundamental realizar una descripción de estos, quizás para comprender de qué manera se fue avanzando en el camino de entender los aspectos positivos y negativos de la antijuridicidad de la manera en que hoy se manejan.

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.

En el aspecto negativo de la antijuridicidad se visualizan aspectos que corresponden a un criterio de selección entre los intereses y derechos en juego.

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 antijuridicidad 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, 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[2].

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.

Entonces, al tomarse en cuenta estas variaciones culturales y sociales en la concepción del bien jurídico, 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 antijuridicidad (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”[3].

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, y es la violación de estas la concepción de la antijuridicidad; 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 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 cuando 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”[4].

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”[5].

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[6].

Para la estructuración de las causales se ha 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 eximentes 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”[7].

III. CAUSALES DE JUSTIFICACION O DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD

A. LEGÍTIMA DEFENSA[8]

Esta causal se ha conocido y justificado por las legislaciones del mundo[9], pues no se puede exigir a una persona que no reaccione ante una agresión injusta e inminente, y no evitable de otra manera.

Se sostiene por algunos tratadistas[10] que esta causal surge de dos principios: (i) el de protección y (ii) la conservación jurídica.

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.

Lo cierto es que el fundamento ha estado considerado por lo menos en tres teorías que darían razón de ser a la decisión de que quien actúa bajo estas circunstancias ejerce un comportamiento no antijurídico/o punible. Y para ello recordemos la teoría de la retribución del mal que consiste en que superpone en dos planos las dos conductas: agresión y reacción y, por tanto, esa circunstancia genera una reparación, el sujeto que reacciona no amerita sanción porque nada hay que restaurar; una segunda teoría que es aquella de la perturbación anímica que colocaba al sujeto en condición de inimputable, y frente a las respuestas dogmáticas de esa época era inculpable. Y una tercera concepción que se basa en la teoría de la inutilidad práctica de la pena en cuanto que la función de prevención no podría ser valorada por el sujeto que sufre una agresión y, por lo tanto, actúa para salvarse.

Admitida como está la actuación salvadora, los requisitos que pueden dar lugar a esa construcción de la causal son

-

los siguientes:

1. LEGÍTIMA DEFENSA

1.1. AGRESIÓN. NATURALEZA

Que exista una agresión actual o inminente[11]. Así mismo debe ser una agresión real. 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. La acción necesaria para invocar la legítima defensa será la de agredir que significa acometer a otro con la intención de dañar. Y como contracara la defensa que debe ser ejercida para evitar o aminorar el daño.

De igual manera, la agresión debe tener un contenido de actualidad o de inminencia que haga colegir que el ataque es o va a ser de tal naturaleza que causará indefectiblemente un daño o lesión 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 reacciona tiempo después, sino cuando enfrenta en el mismo momento esa agresión: es lo que algunos autores han llamado “reacción inmediata”. Parafraseando a Fernández Carrasquilla[12], se predica la actualidad cuando “se está ejerciendo y dura la situación de riesgo para el bien o interés jurídico”.

Si la acción del sujeto contra otro asume solamente el nivel de provocación, no podrá admitirse la causal de legítima defensa, puesto que el desafío es de menor nivel que la agresión.

1.2. INJUSTICIA

Un segundo requisito que se predica de la agresión es 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.

1.3. NECESIDAD DE DEFENSA

Este tercer aspecto, que no es del todo pacífico, implica que la agresión 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). Este elemento permite mantener una antigua discusión sobre si este aspecto subjetivo es requisito, puesto que la causal no lo trae expresamente. Consideramos que la denominación de “por la necesidad de defender” lleva a tal exigencia; no obstante, debemos mencionar que hay varios autores que piensan en contrario, y aducen que este requisito no surge como imprescindible.

1.4. SOLIDARIDAD MÍNIMA

Este requerimiento que exigen algunos comporta la obligación en el agredido de no actuar sobre los bienes de su agresor si no es necesario. Y por lo tanto vemos cómo se

postula un comportamiento adecuado y suficiente, sin excesos.

1.5. PROPORCIONALIDAD

En algunas legislaciones, como la nuestra, se exige como requisito dentro de la legítima defensa 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 cuanto a los medios es bueno precisar que la proporcionalidad exigida es sobre un factor de "consonancia de la potencialidad ofensiva".

2. LEGÍTIMA DEFENSA PRIVILEGIADA

En la legítima defensa se ha considerado que puede darse una situación especial en la cual un sujeto "extraño" ingresa a un domicilio. Esta situación faculta la actuación, en contra del intruso, del sujeto que mora en esa vivienda. Y su conducta quedará protegida por el ámbito de competencia de la denominada legítima defensa privilegiada.

En estos casos, es decir, para que opere la causal mencionada, 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

Sostiene Fernández Carrasquilla: “necesario es para el hombre lo que no puede evitar o lo que no puede hacer de otra manera, aquello que se le impone por la fuerza de los hechos y que no está en capacidad de controlar. El hecho necesario es por tanto un problema de exigibilidad objetiva y general y no de mera motivación”[13].

Esta causal contenida en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000, numeral 7, también excluye la antijuridicidad.

El 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. Por tanto, “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”[14]. Es fundamental entender que en este caso se genera un choque de derechos.

Para tratar de razonar esa permisión se han elaborado tres teorías que a continuación se exponen:

1. La primera admite el daño a los otros bienes jurídicos para salvaguardar uno de mayor jerarquía; en palabras de Beling, se permite la lesión cuando “la lesión del último representa jurídicamente un daño menor que el daño que amenaza al bien jurídico”[15]. Se le conoce como estado de necesidad exculpante o justificante.

2. La segunda surge cuando se admite que existe una equivalencia entre el bien lesionado y el protegido, generando un estado disculpante.

3. Y finalmente se considera una teoría que no es pacífica y consiste en que existe un bien prevalente respecto del bien jurídico que es dañado, prefiriendo el que se protege. Así mismo, Fernández[16] menciona que la clasificación

corresponde en estos casos dentro del estado de necesidad a lo que se conoce como colisión de bienes o derechos, que se define como el daño de un bien para preservar el otro y "colisión de deberes jurídicos que consiste en el enfrentamiento de dos deberes y se decide cuál tiene prelación en el cumplimiento a costa del otro porque ambos no pueden ser satisfechos".

Las anteriores teorías y 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 antijuridicidad.

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[17] 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.

No obstante, en Colombia se ha considerado que el estado de necesidad es una causal excluyente de la antijuridicidad.

Según los diferentes pensamientos y autores, podemos sostener que los requisitos constitutivos de la causal del estado de necesidad son los siguientes:

1. EXISTENCIA DE UN PELIGRO

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 aserto 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.

El peligro es en últimas el riesgo que se puede presentar para un bien jurídico propio o de un tercero. Ese peligro debe ser apremiante o actual.

2. INEVITABLE

No debe ser evitable de otra manera. Es decir, no queda otro camino que lesionar el bien jurídico, de menor, mayor o equivalente entidad, para conjurar el peligro. La proporcionalidad también se exige en esta causa.

3. HECHO SIN INTERVENCIÓN CULPOSA DEL AGENTE

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 en ese estado de peligro o en esa situación de peligro. La circunstancia de haber causado el albur impide que se acoja a la causal mencionada. Y todo esto tiene su razón de ser en que no habría justificación para quien se autopuso en esa situación. Pero tampoco se justificaría que, siendo el causante del peligro, se le autorizara dañar bienes de terceros para salvarse de su propio acto.

El tipo subjetivo en el cual se comporta el sujeto puede ser doloso o culposo, tal y como lo menciona la norma penal en el Código Penal colombiano.

4. LA POSICIÓN DE GARANTE

Este requisito apunta a los diversos estatus que tienen los sujetos y que los obliga a proteger bienes de terceros antes que los suyos. Por lo tanto, la causal no puede ser invocada cuando el sujeto está en esta posición, puesto que precisamente el ser portador de este rol le genera la imposibilidad de alegar la conducta. Por lo tanto, la causal previene que esta no se puede invocar cuando exista 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[18].

C. CUMPLIMIENTO DE UN DEBER LEGAL[19] Y OBEDIENCIA DEBIDA

En algunas legislaciones se han consagrado estas dos causales[20]. 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:

1. Una norma jurídica: disposición normativa que prevea un comportamiento.

2. Una imposición de un deber: la necesidad de que se verifique el cumplimiento de ese deber impuesto, que genera la licitud del comportamiento.

3. Y 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 relación necesaria 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:

1. Existencia de una relación jerárquica superior-subordinado.

2. Que la orden sea legítima.

3. Que sea competente el superior para proferir esa orden.

4. Que se imparta conforme a lo establecido por la ley.

5. Y que exista la obligación por parte del subordinado de cumplirla.

Esta causal fue objeto de análisis muy interesante en punto a 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 y la doctrina y la jurisprudencia llegaron a sostener 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 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[21].

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[22] 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[23]

Analizando la evolución dogmática, en algunos países se considera que la causal debe ser considerada como extrapenal de justificación; no obstante, la Ley 599 de 2000 la previó como una de las causales que excluye la antijuridicidad.

La problemática se constituye respecto de esta entre la discusión 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 son 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 de 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.

Hay sin embargo un punto bien interesante frente al consentimiento presunto, que ha sido objeto de varias posiciones y se ha llegado 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 solo 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)[24].

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 para dilucidar este punto se requiere 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 sola 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 discusión 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 estos fenómenos:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

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.

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.

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.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

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.

12. 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.a ed., España, Hammurabi, 1989.

BARRAGÁN MATAMOROS, La legítima defensa actual, Barcelona, Bosch, 1987.

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, IGNACIO; ARROYO ZAPATERO, LUIS; GARCÍA RIVAS, NICOLÁS; FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS, y PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, Lecciones de derecho penal. Parte general, Praxis, 1996.

BODERO, EDMUNDO RENÉ, Derecho penal básico, 1992.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, Manual de derecho penal. Parte general, 3.a 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, vol. II, 2.a ed., Bogotá, Temis, 1989.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Principios y normas rectoras del derecho penal, Bogotá, Leyer, 1990.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena, vol. 1: El delito, visión positiva y negativa, Bogotá, Ibáñez, 2012.

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, 2001.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, Teoría general del delito, 2.a ed., Bogotá, Temis, 1999.

RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA, Derecho penal español. Parte general, 8.a ed., Madrid, Gráficas Carasa, 1981.

ROXIN, CLAUS, GÜNTHER ARZT y 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, El Ateneo.

VON BELING, ERNEST, Esquema de derecho penal, Buenos Aires, Depalma, 1944.

JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES

Lección 23: Cuestiones básicas del estado de necesidad justificante

I. GENERALIDADES Y FUNDAMENTACIÓN

Una de las tradicionales causales de justificación o tipos permisivos discutida por la doctrina y la literatura penales ha encontrado recepción en el numeral 7 del artículo 32 del Código Penal colombiano; nos referimos al estado de necesidad justificante. A diferencia de lo que acontence con la figura de la legítima defensa, el estado de necesidad no goza de unánime aceptación y sus contornos son hoy en día más que nunca sometidos a escrutinio. Así dice la norma del estatuto penal colombiano:

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

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.

Por estado de necesidad justificante se entiende la existencia de un estado de peligro para bienes jurídicos específicos, estado que solo puede ser conjurado a través de la renuncia, merma o sacrificio de otros bienes que se encuentran en cabeza de un tercero ajeno a esa situación peligrosa. Quien ejercita el estado de necesidad no se defiende de un ataque o agresión proveniente de una persona (como ocurre en la legítima defensa), sino que más bien reclama el sacrificio de los bienes de alguien no competente por esa situación, precisamente para superar ese estado de peligro. Esta es sin duda la diferencia fundamental de estos dos derechos en situaciones de

necesidad[1]: quien ejercita el derecho de defensa legítima lo hace frente a un agresor competente por esa situación[2], él es el destinatario del ejercicio de ese derecho, mientras que en el estado de necesidad quien lo ejercita como derecho reclama para sí el sacrificio de un tercero que nada tiene que ver con la situación de necesidad.

La diferencia de los dos derechos en situaciones de necesidad fue expuesta magistralmente por Kant en su obra La metafísica de las costumbres en 1797. Para este filósofo, cuando se trata de un caso de estado de necesidad (Notrecht) no se está ante el supuesto de la legítima defensa donde hay "un agresor que injustamente apunta a mi vida, y a quien yo anticipo en la medida en que le quito la suya", sino ante "la posibilidad [...] de quitarle la vida a otro que nada me ha hecho pero que necesito para evitar la pérdida de la mía"[3].

Como se observa, Kant marca la diferencia de los dos institutos utilizando como ejemplo del estado de necesidad el supuesto donde lo que está en juego es la vida de los partícipes en la situación de necesidad y que desde hace mucho tiempo solemos asociar en derecho penal con el ejemplo de los náufragos aferrados a una tabla propuesto por Carnéades de Cirene (por eso conocido como la "tabla de Carnéades"). A quien empuja al otro de la tabla para salvarse, Kant no le reconoce justificación alguna, pues considera que otorgar un derecho de necesidad semejante sería "una contradicción de la doctrina del derecho consigo misma, pues no puede haber un derecho que haga ajustado a derecho aquello que es un injusto"[4]. Y termina exponiendo: "sería un sin sentido afirmar un derecho a cometer un injusto así sea en una elevada necesidad".

En consecuencia, Kant reconoce el derecho (en estricto sentido) de legítima defensa por cuanto quien termina estando afectado por el ejercicio de la defensa es el competente por el conflicto (quien agrede), mientras que niega ese derecho para casos donde no hay tal competencia pero aparece un peligro para la vida que solo puede ser conjurado afectando el derecho a la vida del otro[5]; no reconoce entonces en estricto sentido el estado de necesidad justificante, pues el filósofo no ve cómo el derecho justificaría dicha conducta; es lo que denomina "una contradicción del derecho consigo mismo".

Otro famoso filósofo hizo una exposición diferente y marcó las bases de lo que hoy entendemos como estado de necesidad; nos referimos a Hegel. En su gran obra de filosofía del derecho Los Fundamentos de la Filosofía del Derecho (1821) escribió el parágrafo 127 y construyó un concepto de derecho en estado de necesidad[6] dentro de la doctrina del derecho y afirmó, sin más, que el derecho en situación de necesidad es un derecho real y verdadero, pero en un caso algo distinto al planteado por Kant, esto es, en el supuesto en que la vida de un sujeto se encuentra en colisión con la propiedad de otro. Quien se encuentra en estado de necesidad tiene el derecho de lesionar la propiedad de otro siempre que de esta forma salve su vida, y esto porque "en un extremo se encuentra una lesión infinita de la existencia y de esta forma una total falta de juridicidad"[7] (se refiere a la pérdida de la vida), "en el otro extremo simplemente la lesión de una existencia individual y limitada de la libertad" (la propiedad).

Si bien este filósofo incluyó el derecho en estado de necesidad como una efectiva potestad jurídica, limitó la justificación a la protección de la vida, algo muy diferente a lo que hoy en día estamos acostumbrados; en efecto, en la actualidad la doctrina penal considera que se encuentra justificada toda acción de salvamento siempre que el bien que se busca proteger valga o pese más que aquel que termina afectándose y esta amplitud, por decirlo de alguna forma, es respaldada por la consagración positiva colombiana antes transcrita.

Entonces, tanto las ideas de Kant como las de Hegel marcaron, sin duda, un derrotero en la dogmática penal; algunos penalistas y teóricos del derecho mantuvieron la idea kantiana de negar el estado de necesidad como forma de justificación[8], mientras que otros siguieron a Hegel y a partir de sus fundamentos objetivos defendieron esa posibilidad sobre la base de la existencia de una ponderación de derechos e intereses, tal como lo expuso el filósofo. En todo caso estos filósofos estructuraron su dicho científico sobre criterios eminentemente normativos y de competencia. Y es precisamente por ello que resulta bastante importante entender que en los casos de estado de necesidad como causal de justificación se impone una carga a un ciudadano que no es competente por esa situación, pero a quien se le dice: tú tienes que soportar una acción en

situación de necesidad, tienes que sacrificar tus bienes para que otro obtenga una satisfacción que jurídicamente es más importante; de él se exige un sacrificio especial.

La pregunta que surge es ¿por qué el tercero no competente por el conflicto debe tolerar un ataque en sus bienes jurídicos? ¿Cuál es entonces el fundamento jurídico del derecho en estado de necesidad?

La respuesta a estos interrogantes no es del todo fácil; desde que el derecho penal empezó a considerar autónomamente el estado de necesidad como causal de exclusión de responsabilidad, la discusión en torno a sus fundamentos giró sobre el elemento de la ponderación de bienes jurídicos, de intereses y de deberes[9], pues solo un ejercicio de proporcionalidad (un interés inferior debe ceder ante uno superior) puede hacer ajustado a derecho un comportamiento de suyo lesivo.

En la discusión actual sobre el estado de necesidad se construye el fundamento sobre bases utilitaristas o desde el principio de solidaridad. Uno de los mayores aportes dentro del concepto de "utilitarismo" podemos verlo en Hruschka de la mano del principio de "compensación de intereses"[10] (Interessenverrechnung); se parte de que existe una unidad de intereses reconocidos en la sociedad, esta entendida como un cuerpo unitario y del cual la persona solo es un miembro sin intereses propios, sus intereses son los intereses de la sociedad, de tal forma que tratándose de casos de situaciones de necesidad lo que hay que hacer es escoger el mal menor para la sociedad. Como se dice, "hay que poner los intereses que colisionan en una situación de necesidad en una misma cuenta"[11] y, después de una consideración integral, elegir la mayor ventaja que se obtenga para la sociedad y el menor costo para ella; se trata de un cálculo de costos y beneficios[12], que en el caso de estado de necesidad lleva a pensar cómo se supera una situación de peligro, con la menor pérdida posible, cuando un bien valioso está amenazado[13].

El principio de solidaridad, como dijimos, también ha sido propuesto como fundamento del estado de necesidad[14]. Por un lado, se argumenta de la mano del interés que tendría el obligado por esta figura en tolerar ataques o injerencias en sus bienes, precisamente bajo la premisa que algún día

pueda estar en una situación semejante y tenga que salvarse a costa de otros. Por el otro, de la mano de la idea del Fairness (justicia), pues si ya se ha sido beneficiario en el pasado de la solidaridad de otros, resulta ecuánime y justo estar ahora obligado a ser solidario[15]. Sea cual sea la idea que esté detrás de esta fundamentación, se parte del mismo enunciado: todos tenemos que permitir o tolerar que nuestros bienes puedan ser afectados cuando alguien está en peligro, y esto por el principio de solidaridad[16].

De la mano de la filosofía del derecho de Hegel, algunos autores han aportado muy serios argumentos de fundamentación del estado de necesidad, intentando conciliar los principios de libertad y solidaridad en el seno de la idea de derecho hegeliana[17]. Ya Bockelmann en 1935 expuso cómo el concepto de libertad es real solamente a partir de una voluntad general, es decir, entendió el camino que recorre la libertad en la filosofía del derecho hegeliana (derecho abstracto, moralidad y eticidad) para llegar a ser real en la idea del Estado[18]; el injusto, como una contradicción de la voluntad particular con la voluntad general, será grave cuando lesione la existencia, el ser de la libertad de la víctima, y será menos grave cuando lesione solo una parte de esa existencia. Entonces, si por medio del hecho (la acción que conjura el peligro en situación de necesidad) se termina protegiendo un derecho más valioso que el agredido o afectado, no se estará contradiciendo la voluntad general, y este sería el caso consagrado en el parágrafo 127 de los Fundamentos donde la vida entra en colisión con la propiedad.

Modernamente Pawlik propone una interpretación original y convincente de los trabajos filosóficos de Hegel ofreciendo un nuevo modelo argumentativo del estado de necesidad[19]. El deber de sacrificio de tolerar agresiones en estado de necesidad tendría como función la protección y el mantenimiento de las condiciones fundamentales de la libertad jurídica frente a la amenaza casual de pérdida del bien, y esto cuando no haya una forma temprana e institucionalizada de combatir la necesidad; es decir, el ciudadano del Estado portador del deber de sacrificio es considerado como representante del Estado de forma subsidiaria[20], es decir, cuando este no pueda conjurar el peligro de forma institucional, de tal suerte que el cumplimiento de ese deber contribuye a la formación de un

estado de libertad para todos. Como dice Pawlik, este cumplimiento tiene un carácter cuasi institucional que posibilita libertad y es una idea presente en el concepto de Estado social[21].

Todas estas tesis fundamentadoras del deber de sacrificio en estado de necesidad aportan interesantes elementos a la discusión, sin que se pueda afirmar que ellas son excluyentes o que sea imposible fundamentar el deber combinando sus argumentos. Muy importantes resultan los aportes teóricos de filosofía del derecho, pues las interpretaciones que se conocen, sobre todo de la filosofía del derecho de Hegel, dan muestra, en primer lugar, de la capacidad de rendimiento actual de ese andamiaje teórico, pero también, y en segundo lugar, de la necesidad que aún se tiene de soportar seriamente los requisitos que el derecho positivo ha establecido (también en Colombia) para el estado de necesidad. Seguramente no será fácil ofrecer respuestas y soluciones a todas las cuestiones y casos que suelen discutirse hoy en día en materia de estado de necesidad; no obstante, partir del papel que juegan o deben jugar principios jurídicos como la libertad y la solidaridad (y la forma como se aborde la relación entre ellos) será una metodología correcta para obtener suficientes argumentos y puntos de partida convincentes desde lo teórico y práctico.

II. TEORÍA DE LA DIFERENCIACIÓN: ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE Y EXCULPANTE

El punto central de la discusión en el ámbito de los derechos que surgen de estados de necesidad siempre fue cómo tratar el supuesto de colisión de los bienes jurídicos vida frente a vida, esto es, el famoso caso de la “tabla de Carnéades”, pues en materia del derecho a defenderse ante agresión injusta (el caso de la legítima defensa) no hubo mayores discrepancias dogmáticas. Por ello, se terminó imponiendo en materia de estado de necesidad la denominada “teoría de la diferenciación”[22], la cual parte del supuesto que el estado de necesidad no puede tener una única definición, sino que este puede ser o justificante o exculpante, dependiendo de si la ausencia de

responsabilidad o el efecto liberador de responsabilidad surge de un análisis objetivo de los hechos o, por el contrario, partiendo del aspecto subjetivo del delito, de la especial situación del sujeto en el caso concreto y atendiendo a su individualidad. En el primer evento se trataría de una causa que excluye la antijuridicidad, mientras que en el segundo una que, si bien sigue siendo antijurídica, excluye la culpabilidad; en este último supuesto quedaría solucionado el caso de colisión de vida frente a vida.

Esta diferenciación dogmática fue acogida por el derecho positivo alemán y consagrada en los parágrafos 34 y 35 del StGB con diferencias claras. En el estado de necesidad justificante los bienes que se ponen en peligro son de mayor entidad respecto de los bienes en los que se ataca para conjurar el peligro; el ataque en estos bienes de menor entidad está permtido y debe, por tanto, ser soportado por un tercero. En el estado de necesidad exculpante los bienes que se ponen en peligro no son de mayor entidad que los bienes en los que se agrede para conjurar el peligro; es decir, la repulsión del peligro está prohibida y, en consecuencia, no debe ser tolerada por la persona en cuyos bienes se ataca. Sin embargo, la repulsión del peligro puede estar exculpada cuando se encuentran en juego bienes existenciales como la vida, integridad, libertad de quien actúa o de sus familiares, una limitante expresa en el derecho penal alemán.

A diferencia del derecho positivo alemán, el colombiano no aborda está diferenciación; teórica, dogmática y jurisprudencialmente[23] están dadas las bases para su tratamiento en la práctica[24].

III. PRESUPUESTOS DEL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

El derecho positivo colombiano (artículo 32 numeral 7 CPC) contiene una definición especial del estado de necesidad justificante. Si bien nos referiremos a esta consagración legal, expondremos y explicaremos los elementos en el

marco de la teoría y la doctrina penales que sobre esta figura se han venido desarrollando durante décadas. La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha contribuido a esta evolución desde antaño:

El estado de necesidad es una hipótesis de colisión jurídica que permite reconocer no sólo como legítimo sino acorde con el derecho el acto del que se ve determinado a violar un interés ajeno, destruir un bien perteneciente a otro o disminuirlo en su color o apariencia. Es un conflicto que se impone al hombre sin que lo haya buscado, del cual no sale sino sacrificando derecho o intereses ajenos. Von Liszt sostiene que el estado de necesidad es una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos.

Se fundamenta entonces la justificante en la colisión de los derechos o bienes jurídicos en la cual se impone el que corresponde al actor, porque éste está obligado de modo primordial a tutelar su propio derecho antes que los correspondientes a las demás personas. Por eso, para algunos doctrinantes el estado de necesidad encuentra su justificación en el instinto de conservación (Sentencia de 19 de junio de 1986, M. P. Jorge Carreño Luengas, acta número 60).

A. SITUACIÓN DE ESTADO DE NECESIDAD

Como el estado de necesidad es una situación específica, una situación caótica, se parte de una “situación de estado de necesidad”; esta es una constelación de peligro y su correspondiente rechazo o conjuro (el código habla de necesidad de proteger), pues se da cuando existe un peligro

caracterizado como actual o inminente para un bien jurídico.

La situación de estado de necesidad se caracteriza por ser preminentemente objetiva; sin embargo, cuando se establece como requisito que el peligro sea “inevitable de otra manera”, que el agente no lo “haya causado intencionalmente o por imprudencia” por ejemplo, estamos ante elementos claramente subjetivos.

– El peligro puede estar referido a los propios bienes del que actúa protegiéndose del peligro o a los bienes de terceros (es lo que se denomina “estado de necesidad en favor de terceros”). Son supuestos donde generalmente alguien realiza un comportamiento típico para proteger el bien de un titular que no lo puede hacer por sí mismo, y afecta bienes de un tercero no partícipe ni competente en la situación de peligro; piénsese en quien salva a un herido que encuentra en la calle llevándolo al hospital en un carro o motocicleta ajena sin autorización previa del propietario. Ahora bien, el titular del bien que salva y el que se afecta en situación de necesidad puede ser el mismo; así lo expuso la jurisprudencia alemana en el conocido “caso de salvamento en llamas”[25] en donde un bombero lanza a un niño desde el techo de una casa en llamas sobre una tela extendida o hacia las manos de alguien dispuesto a recibirlo con el fin de elevar un poco las posibilidades de supervivencia del menor.

Una de las mayores dificultades que se presentan es la determinación efectiva del peligro. ¿Cuándo se está ante una situación de peligro en el sentido del estado de necesidad? Existe un peligro cuando, de acuerdo con las circunstancias en concreto, se puede afirmar con mucha probabilidad que se dará una lesión al bien[26]; por ejemplo, hay una muy probable amenza para la vida; y si esta ya se ha presentado, el peligro debe entenderse respecto de la posibilidad de que se intensifique el daño. Algunos autores intentan graduar la escala de la probabilidad diciendo que esta va desde lo muy probable, pasando por lo no improbable hasta lo no totalmente improbable, pero en todo caso de lo que se trata es del análisis concreto de la situación, pues una posibilidad remota de peligro no

cumpliría el requisito de esta causal de ausencia de responsabilidad.

La determinación de si el peligro tiene esa característica es una de las cuestiones más difíciles de resolver. La doctrina considera conveniente hacer el análsis del peligro desde la perspectiva ex ante, es decir, en el momento de la acción de salvamento, pues es ahí cuando se puede en verdad hacer un pronóstico realista de lo que puede llegar a pasar. Y si quien ejercita el estado de necesidad no valora esto correctamente y considera que hay una situación de peligro cuando no la hay (un caso de estado de necesidad putativo), podrá por supuesto liberarse de algún tipo de responsabilidad bajo las reglas del error. En todo caso siempre habrá que tomar la posición de un observador neutral e imparcial para poder valorar estos elementos de forma correcta. Diferente siempre será si quien está confrontado con la situación de peligro es una persona que goza de conocimientos especiales; piénsese en un médico que tiene la capacidad de reconocer la gravedad e intensidad de un cuadro clínico en un accidente; es evidente que el ejercicio de pronóstico sobre el peligro y su probabilidad en este caso debe ser valorado a partir de la experticia del agente.

Ahora bien, el origen del peligro es irrelevante, puede provenir de las fuerzas de la naturaleza (piénsese en tormentas, derrumbes, neblina, etc.), de animales o de comportamientos humanos que no tengan la característica de agresión, pues entonces estaremos en el ámbito de la legítima defensa.

– En cuanto a los bienes objeto del estado de necesidad se puede afirmar que todos los bienes pueden ser objeto de protección, por lo menos los que gozan de consideración por parte del ordenamiento jurídico en general, pues la norma del estatuto penal colombiano así lo permite con la expresión amplia “derecho propio o ajeno”; es decir, derechos como la vida, la libertad, la integridad, el honor, la propiedad e inclusive derechos colectivos. El Código Penal no hace un listado sobre bienes, derechos o intereses por proteger, como sí sucede en otras legilaciones, así la alemana, por lo que debe entenderse que bienes individuales y de la generalidad (alguien puede proteger, por ejemplo, el derecho a la seguridad del Estado cuando se

trate de un atendado terrorista aunque esta tarea esté originalmente en cabeza del Estado y sus agentes) pueden ser protegidos por esta causal[27], claro está siempre y cuando sean intereses generales, pero susceptibles de ser concretados y definidos.

Otros supuestos de protección por medio del estado de necesidad acostumbran a discutirse en la literatura alemana. Se considera que la reputación profesional puede ser igualmente protegida por el estado de necesidad (siempre que el supuesto no pueda encuadrarse en el derecho al honor), lo mismo sucede con el derecho a la intimidad como fue expuesto en un caso conocido como el "caso del fisgón", donde un voyerista siempre aparecía en la habitación matrimonial de sus vecinos y ponía así en peligro este derecho[28]. También el derecho a un proceso judicial justo, el derecho a la seguridad en el lugar de trabajo, a la seguridadd en el tráfico rodado (verbigracia, impedir que un conductor ebrio conduzca encerrándolo en una habitación) y todos aquellos derechos que acostumbran a ser objeto de protestas por parte de la comunidad para su reivindicación y protección, por ejemplo, el mantenimiento de la fauna y la flora, la autodeterminación sexual, el derecho a la paz, etc. Situaciones de suicidio en las cuales se evita la terminación de la vida de alguien afectando otros bienes también son objeto de debate.

– El peligro al que hace alusión esta causal de exclusión de responsabilidad debe ser actual o inminente, es decir, que la actualidad o la inminencia como elementos a verificar implican que deben ser tomadas inmediatamente medidas para su repulsión; presupone la necesidad del actuar inmediato para repeler. Lo que hay que analizar aquí no es simplemente que el peligro se esté presentando, que este sea actual, sino además que la situación haya escalado de tal forma que el bien o derecho amenazado o se ve afectado o se salva sacrificando otro bien[29]. El Tribunal Supremo alemán ha decantado una definición: "un peligro es actual cuando, de acuerdo al devenir natural de las cosas, el daño es seguro o muy probable si no se toman medidas de defensa y protección inmediatamente o, dicho de otra forma, cuando el estado de caos especial, de acuerdo a la experiencia humana y al desarrollo natural de la situación dada, puede transformarse o devenir en un daño"[30]. El concepto de peligro aquí debe ser interpretado de forma

más amplia que en la legítima defensa; peligros permanentes pueden ser considerados como actuales en el estado de necesidad, por ejemplo, un árbol viejo y en mal estado que amenaza con caerse sobre una casa o un edificio que amenaza ruina y desplome[31].

También en el marco temporal del peligro se discuten situación similares a la legítima defensa o al estado de necesidad; la doctrina habla de estado de necesidad preventivo. Piénsese en el caso expuesto por Kühl de la dueña de un bar, ubicado lejos del casco urbano de una ciudad, que vierte un somnífero en la cerveza de uno de sus clientes con el objetivo de salirle al paso a una agresión sobre él, que se presentará posteriormente y que no podrá evitarse. Este autor considera que el peligro que de esa forma se conjura puede tenerse como actual, pues es evidente que hay necesidad de actuar de inmediato para enfrentar un peligro inminente[32].

– El punto cardinal y fundamentador de este tipo permisivo es la situación de colisión de intereses o derechos, podríamos decir que este es el elemento esencial y configurador de la situación de estado de necesidad. El concepto general de estado de necesidad presupone entonces un peligro para intereses protegidos que solo puede ser repelido a costa de intereses ajenos que, en un ejercicio de ponderación o proporcionalidad, resulten menos importantes o ventajosos que el bien o interés protegido; es lo que la norma penal entiende como “inevitable de otra manera”.

B. COMPORTAMIENTO SALVADOR EN ESTADO DE NECESIDAD

El comportamiento de quien repele o conjura el peligro también debe ser analizado para saber si cumple los requisitos de esta eximente de responsabilidad. Téngase en cuenta que la situación de caos que aquí se analiza tiene la siguiente estructura: por un lado, quien protege su propio bien (o de otra persona), derecho o interés del peligro y, por otro, el tercero ajeno al conflicto de quien se exige el

sacrificio en sus bienes[33]. Al tenor literal de la norma del Código Penal colombiano podemos decir que el comportamiento en estado de necesidad debe tener las siguientes características:

– Debe ser necesario (la normal penal colombiana lo expresa con el enunciado "inevitable de otra manera"). La protección que se espera del bien, derecho o interés con el comportamiento en estado de necesidad es proporcional cuando es idónea para repeler el peligro y, al mismo tiempo, el medio menos agresivo para lograr ese fin[34]. Esto se debe analizar desde la perspectiva ex ante, es decir, en el momento en que el agente se encuentra confrontado con el peligro, y de acuerdo a lo que un observador objetivo que ha conocido todas las circunstancias que rodean la situación tenga como el mejor camino para proteger el bien amenazado, se trata de hacer un pronóstico; en definitiva, se presupone la necesidad de considerar todas las posibilidades de evitación del peligro, pues si en el estado de necesidad se reclama de un tercero el sacrificio de sus bienes es porque el autor mismo no tiene otra posibilidad. Por tanto, debe quedar claro que si el sujeto cuenta con la posibilidda de evadir el peligro sin afectar bien alguno o buscando protección del Estado (un policía o cualquier otra agente estatal competente), ello tiene primacía frente a la afectación de terceros. La perspectiva de análisis ex ante debe ser tenida especialmente en cuenta, pues la acción de salvamento seguirá siendo necesaria en el sentido de la norma del estado de necesidad aún cuando después se determine que el medio utilizado no ofrecía verdaderas posibilidades de salvamento del bien o que el peligro podía ser conjurado sin causar el daño acaecido finalmente[35].

Como se observa, la determinación de la necesidad del comportamiento salvador debe ser analizada en cada caso concreto y teniendo en cuenta sus particularidades. Así, por ejemplo, se afirma que no es suficientemente necesaria la conducción en estado de embriaguez (comportamiento que entonces no estaría justificado) para llevar a un herido al hospital si no hay en verdad una ganancia en tiempo importante frente a las demás posibilidades, llamar a una ambulancia o tomar un taxi[36].

Algunos de estos elementos ya fueron expuestos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en una

sentencia de 1978:

El Tribunal, en la sentencia impugnada, pretende desvirtuar la existencia del estado de necesidad alegado con la consideración de que no se habría presentado el presupuesto a factor relativo a la evitabilidad del daño, dado que la sindicada habría podido —acudir a fuentes donde tuviera una mayor seguridad para sus pretensiones como bien lo podría ser la misma entidad, para la cual laboraba y donde devengaba un salario base de $ 1.791.00 mensuales —, en cambio, de haber buscado el dinero para atender la calamidad dentro del grupo de sus allegados o conocidos, en donde, corno se estableció, no obtuvo la ayuda solicitada para atender a su señora madre.

Es claro que la ley exige dentro de los requisitos necesarios para la subsistencia del estado de necesidad, que la situación de peligro que justifica la conducta ilícita debe haber colocado a quien tal situación alega, en la imposibilidad de evitarlo de manera distinta a la que originó la infracción.

Es decir, que el peligro no debe ser evitado de manera distinta que con el hecho necesitado. Evitar el peligro significa impedir que se verifique el daño amenazado por el peligro ya surgido, por el peligro inminente, como se expresa la ley. El concepto de la inevitabilidad del medio, escribe Manzini, es relativo; depende, por tanto, de las circunstancias de hecho y de la opinión no culpable del agente. El juez no puede exigir que quien obra ante la urgencia de un peligro grave e inminente observe aquella prudencia, realice aquellos cálculos y siga aquella lógica, que se puede pretender de quien obra en condiciones normales". (Sentencia de septiembre 20 de 1978, M. P. Jesús Bernal Pinzón)[37].

Frente al comportamiento en estado de necesidad y al requisito de necesariedad se suelen discutir casos polémicos o extremos como el de la extracción de órganos de cadáveres para salvar vidas, sin el consentimiento expreso y en vida del difunto o posterior de sus familiares o personas cercanas, ¿esto podría en verdad estar justificado y en este caso ser necesario como comportamiento salvador? La solución del caso termina dependiendo de si existe o no normatividad que regule la materia, pues en principio podría pensarse que quien realiza un comportamiento tal estaría justificado, salvo que existan normas que regulen lo contrario, por ejemplo, que al tenor literal de la ley sea requisito la existencia del consentimiento[38].

– Ponderación de intereses. Si bien en el estatuto penal colombiano no se menciona la ponderación de intereses como elemento a tener en cuenta en el estado de necesidad justificante, debe entenderse que hace parte de la figura desde su fundamento.

La justificación o la exclusión de responsabilidad a partir del estado de necesidad depende de la situación de preponderancia en que se encuentren los bienes, derechos o intereses que estén en colisión (y en esta valoración deben incluirse todos los intereses presentes). El bien, derecho o interés que se protege con el comportamiento en estado de necesidad debe ser más importante, prevalecer esencialmente respecto del bien o interés afectado, así como también el grado de amenaza o peligro para el bien[39].

Esta mayor importancia o prevalecimiento de un interés frente al otro puede establecerse, según Kindhäuser, desde tres puntos de vista:

(1) Teniendo en cuenta el valor abstracto que el ordenamiento jurídico da a los bienes en conflicto. Para determinar ello habría que analizar los marcos punitivos de los delitos que entrarían en consideración, así como también los valores constitucionales pertinentes. Por ejemplo si A amenaza a B con matarlo si éste no destruye un documento que le pertenece a C, en este caso B estaría justificado si destruye dicho documento, pues de comparar las normas del Código penal nos damos cuenta que la vida tiene un mayor valor respecto de la propiedad. Las dificultades que

en este punto pueden presentarse tienen que ver con la falta de armonía y proporcionalidad punitiva presente en la mayoría de los códigos penales; no son pocos los casos donde los marcos punitivos de los tipos penales no se compadecen con el bien jurídico que protegen y, peor aún, son abiertamente desproporcionados cuando se comparan los bienes entre sí. Regla general debería ser que los bienes jurídicos personalísimos tienen una mayor protección que aquellos referidos a cosas; no obstante esto no se podrá afirma sin más frente a bienes importantes de la generalidad o colectivos (intereses de Estado), pues habrá casos donde éstos puedan ser mayor valorados que incluso el bien jurídico personalísimo por excelencia como la vida[40]. Este punto no deja de ser controversial, pues siempre se ha tenido la vida como bien no susceptible de ponderación cualitativa o cuantitativa y es por ello que no se entiende justificado que se suspenda un tratamiento médico a un adulto mayor para dárselo a un adolescente o que se justifique la muerte de una persona para salvar varias vidas.

(2) Tratándose de la colisión de bienes del mismo valor, se debe tener en cuenta la intensidad o proporción de los daños que pueden presentarse. Entonces cuando se trata de bienes que pueden afectarse más o menos (pensemos en la propiedad o en la salud) además de la calidad también habrá que tener en cuenta la cantidad de la lesión. De manera que si lo que está en juego es, por ejemplo, un carro frente a 5, no prevalecerá la protección de un vehículo.

(3) Habrá que ponderar también el grado de peligro que amenaza a los bienes jurídicos en cuestión, pues la ponderación puede resultar favorable respecto de un bien con un valor menor, si el bien de mayor valor sólo se pone en peligro de manera leve. Ejemplo, el médico de emergencia conduce en estado de embriaguez mínima hacia un paciente que se ha accidentado para salverle la vida; la conducción en estado de embriaguez estaría justificada (a pesar que se pone en peligro a la generalidad) ya que es necesaria para repeler un peligro de vida concreto[41] y la puesta en peligro de otros bienes sería algo abstracto. De lo que se trata entonces es de una comparación de peligros, qué tan amenazado está el bien que se quiere proteger respecto del otro bien y aquí, como se dijo, también habrá que considerar si el peligro es abstracto o concreto, pues si en el caso planteado se establece que con ese viaje en

situación de embriaguez se ponen en peligro otras personas de forma concreta, no podrá bajo ninguna posibilidad tenerse como justificada dicha afectación[42].

Otros autores como Kühl consideran que a efectos de ponderación deben tenerse en cuenta las posibilidades ciertas de salvación del bien[43]. Como regla de oro se tendría: entre menores sean las posibilidades de salvamento, mayor sería la necesidad de evitar afectar otros bienes jurídicos. Pero cuando se trate de proteger el bien jurídico vida no cabe duda que también debe acometerse el salvamento aún cuando las posibilidades sean pocas o menores[44].

– Razonabilidad. El comportamiento en estado de necesidad debe ser razonable, es decir, debe analizarse especialmente si hay algún procedimiento jurídicamente reconocido y establecido para proteger el bien amenzado y para repeler el peligro, pues solo cuando ello no exista se podrá predicar lo razonable de dicho comportamiento[45]. Este requisito de razonabilidad emana del mismo fundamento del estado de necesidad, como ya se dijo, pues es de su esencia que se permita afectar bienes jurídicos de terceros solamente en situaciones excepcionales y de caos donde no exista una forma de solución diferente; recordemos que desde su fundamento se ha dicho que el ciudadano actúa como un delegado del Estado para ejercer solidaridad. Por consiguiente, nunca podrá estar justificado un falso testimonio o la utilización de un documento falso para así evitar la condena casi segura de una persona efectivamente inocente, ya que ese comportamiento, que afecta la recta impartición de justicia, no podrá tenerse como razonable de cara a la existencia de procedimientos judiciales para la protección del bien o derecho[46].

En el ámbito de la razonabilidad se discuten casos como el del médico que para salvar una persona herida de muerte y que se encuentra en grave peligro coacciona a otra para que done sangre, aún cuando ésta se ha negado con anterioridad. Si bien desde el punto de vista de la ponderación de intereses podría afirmarse que el interés del médico prevalece frente al del donante (vida-libertad e integridad física), la discusión va mucho más allá, abarcando la necesidad de garantizar el principio de autonomía de todos los ciudadanos, de tal forma que una

coacción semejante con el correspondiente carácter victimizador y frente a principios como el de dignidad humana no sería razonable[47]. Quizás desde la perspectiva del principio de solidaridad la solución a este supuesto tenga una aproximación diferente y se acepte una acción invasiva tal, como condición de garantía de la vida, elemento esencial y presupuesto del ejercicio de libertad (de nuevo la discusión en torno a la dicotomía entre libertad y solidaridad en el marco del estado de necesidad).

C. ESTADO DE NECESIDAD EN COACCIÓN

Muy discutidos son los casos que la doctrina denomina estado de necesidad en coacción. Con esta definición se suelen asociar aquellos supuestos donde el peligro proviene de una persona que amenaza, resultado que solo puede ser evitado afectando bienes, derechos o intereses de un tercero no partícipe (en primer momento) en esa situación de caos; piénsese en la amenaza para la vida que se ejerce sobre una persona para que ésta afecte la propiedad de otra o en la coacción que se da sobre un testigo para que éste testifique de una u otra forma so pena de un daño en su integridad o en la de un familiar.

Ahora bien, esta constelación fáctica puede ser analizada desde diferentes perspectivas. En efecto, quien coacciona puede ser visto como un agresor en el sentido de la legítima defensa por lo que el coaccionado debería poder ejercer su derecho a la defensa legítima, así como también el titular del bien jurídico, en nuestro caso el propietario. Igualmente a partir de las reglas del estado de necesidad debería ser claro que el tercero está obligado a tolerar o sacrificar su propiedad para salvar el bien superior en cabeza del coaccionado. Y si se niega la posibilidad que el coaccionado esté justificado en virtud de estado de necesidad, tendría que afirmarse que su acción frente al bien jurídico propiedad puede entenderse como agresión en el sentido de la legítima defensa, de tal suerte que el propietario puede defenderse.

No parecería existir mayor dicficultad en entender que el sujeto coaccionado puede tener esta situación caótica como una de estado de necesidad, pues es de la esencia de esta figura lo irrelevante que resulta el orígen del peligro para el bien, de tal suerte que éste puede exigir o reclamar del tercero solidaridad afectando sus bienes para salvar uno superior[48].

D. SITUACIONES NO JUSTIFICADAS EN ESTADO DE NECESIDAD: EXCEPCIONES Y LÍMITES

Hay situaciones de peligro para bienes que no pueden tenerse como justificantes en estado de necesidad. Como dice expresamente la norma del Código penal colombiano, no se dará el estado de necesidad cuando el agente haya causado el peligro intencionalmente o por imprudencia y cuando tenga el deber jurídico de afrontar dicho peligro.

– La causación intencional o imprudente de la situación de necesidad por quien pretende ejercitarlo es un elemento importante a tener en cuenta para determinar la procedencia de la causal excluyente de responsabilidad[49]. Si la situación peligrosa ha sido causada intencionalmente queda descartada totalmente la posibilidad de ejercitar una acción salvadora que afecta bienes jurídicos de terceros, pues no estaría dentro de los márgenes de la justicia exigir a un tercero solidaridad cuando no se ha hecho uso correcto de la libertad de organización[50].

- Aquellas personas que están obligadas a soportar determinados peligros (“tengan el deber jurídico de afrontar”) en virtud de la especial posición jurídica en el Estado no pueden evadirlos amparándose en las reglas del estado de necesidad; nos refrimos a profesiones como policías, bomberos y soldados. Como se observa, se trata generalmente de personas que desarrollan profesiones encaminadas al cumplimiento de fines esenciales del Estado y que tienen por función la protección de ámbitos

específicos, de portadores de deberes especiales y positivos. Entonces, un bombero está obligado a combatir un incendio o una calamidad, por lo que no podrá nunca evadir el peligro inmediatamente. Como afirma Kühl, existe además un interés general en el funcionamiento de aquellas instituciones que propenden por la defensa frente a peligros. Por supuesto que el cumplimiento de un deber semejante no implica la obligación de sacrificar la vida o la salud de forma grave, y este tipo de discusiones suelen presentarse con mayor intensidad especialmente cuando quien ostenta el deber es un garante en el sentido tradicional de la figura, por ejemplo, una madre o un padre; no obstante, aquí también parece que la solución apunta a no exigir al garante su autovictimización[51].

IV. PARTE SUBJETIVA DEL ESTADO DE NECESIDAD

Casi nunca se suele preguntar por la parte subjetiva de una causal de justificación o de exclusión de la responsabilidad. No obstante, el análisis subjetivo en caso de tipo permisivo, como se suelen denominar las causales de justificación, debería ser una obviedad, así como no se discute frente al tipo objetivo (normas prohibitivas); más aún, es una circunstancia que cobra relevancia de cara a las consecuencias que en materia de error puede llegar a tener.

Entre quienes defienden la denominada teoría de los elementos subjetivos de la justificación parece opinión dominante el que se exija por lo menos el conocimiento de la situación de justificación[52]. Sin embargo, otros autores consideran que adicionalmente debería probarse una voluntad de salvamento del bien, de protección del interés en peligo[53]. En todo caso debería ser claro que ante la falta de estos elementos haya consecuencias en materia de punibilidad; piénsese en aquellos casos en que objetivamente se está ante una situación de estado de necesidad, pero ello no se conoce, por lo tanto, tampoco se quiere, supuestos donde con un comportamiento que afecta bienes de terceros, sin saber, se salva la vida de alguien; si falta el elemento subjetivo, el autor actúa de forma antijurídica, pues solo cuando concurran los elementos

objetivos y subjetivos del tipo permisivo habrá plena justificación[54]. Tratándose del supuesto contrario, es decir, cuando se da el elemento subjetivo de la justificación pero no el objetivo, se estará ante un caso de error.

V. ESTADO DE NECESIDAD AGRESIVO Y DEFENSIVO

Existe esta diferenciación especial. El caso normal de estado de necesidad justificante se entiende como un supuesto de estado de necesidad agresivo, pues el sujeto que ejerce el estado de necesidad como derecho está atacando, afectando derechos, bienes e intereses de una tercera persona que, coloquialmente, nada tiene que ver en la situación de caos excepcional (por eso al tercero se le suele llamar en la literatura “víctima del estado de necesidad”); él agrede en bienes para salvar uno propio o ajeno.

Por el contrario, se habla de estado de necesidad defensivo frente a situaciones en las cuales, a fin de repeler el peligro para un bien, se ataca otro bien de donde proviene dicho peligro, ese bien es fuente de la situación de caos; y se conoce como defensivo porque lo que está detrás es la necesidad de defender un bien, interés o derecho propio de un peligro que proviene de una cosa (no de una persona)[55]. Como ejemplo se suele citar la golpiza con un bastón que realiza una persona sobre un perro fino y de raza peligrosa que ataca su cachorro y amenaza con matarlo. La importancia de esta diferenciación no solo radica en la dicotomía agresión-defensa, sino también en las consecuencias dogmáticas en materia de ponderación, pues en el supuesto de estado de necesidad defensivo hay, por decirlo de alguna forma, una mayor flexibilidad en el ejercicio de ponderación; ya que todos tenemos el deber de aseguramiento en el tráfico de evitar que de nuestro ámbito de organización (como manifestación de la libertad normativa) surjan peligros para otras personas y sus bienes, cuando de una cosa bajo mi dominio o administración emana un peligro tal debo tolerar en mayor medida injerencias en mis bienes y derechos (es un principio de imputación). Esta es la razón para que la defensa que hace

el propietario del cachorro frente al otro animal más fino esté justificada; por supuesto que cada caso debe ser analizado en sus especiales particularidades y teniendo en cuenta los bienes que están en colisión.

Como afirma Pawlik:

Este precepto invierte el criterio de proporcionalidad establecido para el estado de necesidad agresivo: mientras que en los supuestos del estado de necesidad agresivo el derecho de intromisión está fundamentado en la preponderancia sustancial del interés salvaguardado frente al interés lesionado, en los eventos del estado de necesidad defensivo cobijados por el § 228 Código Civil alemán el derecho de intromisión está limitado por la prohibición de una causación de daños desproporcionada. En esta medida, el estado de necesidad defensivo se encuentra mucho más cerca de la legítima defensa que del estado de necesidad agresivo[56].

MIGUEL CÓRDOBA ANGULO

Lección 24: Culpabilidad

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.º 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 culpa-bilidad, 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[1]; 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 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 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)[2].

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[3].

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.

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 Y CRÍTICAS A LA TEORÍA NORMATIVA

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 comporta-miento con una pena.

5. 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[4], 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[5].

– 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 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. Y 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.

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[6]. 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?[7]. 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[8].

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[9] que se han formulado frente al concepto normativo de culpabilidad: Gimbernat[10] 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[11]. Otras teorías buscan replantear el contenido mismo de la culpabilidad: así, Cerezo Mir[12] señala la culpabilidad como uno de los fundamentos de la pena. Córdoba Roda[13] habla de la necesidad de pena como requisito adicional a la culpabilidad. Roxin[14], 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[15], Mir Puig[16], Gómez Benítez[17], De Toledo y Huerta Tocildo[18]. Un concepto crítico de la culpabilidad, partiendo del sujeto responsable y de la relación social concreta, es el sustentado por Bustos Ramírez[19]. La culpabilidad, dice Jakobs[20], 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.

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.º el principio de necesidad de pena[21], 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[22], de conformidad con el 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.

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Lección 25: Elementos de la culpabilidad

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"[1]; 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"[2].

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 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 Y CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN E INCULPABILIDAD PARA LOS DENOMINADOS “INIMPUTABLES”

Tres sistemas se conocen, a saber: el sistema biológico o psiquiátrico, en el 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, replanteamos metodológicamente la inquietud que habían presentado algunos autores de superar esa calamitosa situación (Jesús Bernal Pinzón, Alfonso Reyes

Echandía y Frederico Estrada Vélez), con base en el estudio de los sistemas de regulación[3]. 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[4] 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 a la realización de comportamiento típicamente antijurídico”[5].

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 9º 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.

1. INMADUREZ PSICOLÓGICA

Si se entiende por madurez un “estado de completo desarrollo”, aplicado a células, órganos, funciones y organismos[6], 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”; 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 interper-sonales, 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[7].

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"[8]; 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 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”[9]; 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[10].

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 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”[11].

El trastorno mental puede ser transitorio, si cesa en un período de tiempo más o menos corto[12], 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”[13].

Fenómenos constitutivos de trastorno mental transitorio serían los casos siguientes.

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.[14].

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”[15]. También se le conoce como síndrome de Elpenor[16], 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 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”[17]; 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”[18].

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.

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”[19].

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[20]; 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 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.º reconoce que Colombia es un país de diversidad étnica y pluricultural. Estos artículos están íntimamente vinculados con el 1.º que define al Estado colombiano como "Estado social de 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"[21], 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[22]. De todas formas, nos parece que es conveniente hacer la siguiente reflexión: 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[23]; 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 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”[24].

4. ESTADOS SIMILARES

Aquí quedan comprendidas todas aquellas situaciones en las cuales el sujeto, 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[25].

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 inimputabi-lidad, 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 sostenido el carácter de sanción (a veces no menos aflictivas que las penas)[26], 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[27], o es una causa que impide el surgimiento de la responsabilidad, como lo hemos venido pregonando[28]; 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 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 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"[29]. 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"[30]. Como se ve, el manejo de estas expresiones es muy peligroso desde el punto de vista político, pues no hay duda que ellas son hijas de la culpabilidad de autor[31].

B. TEORÍA DE LA CULPABILIDAD

La teoría finalista del delito concibe el dolo como "el saber y querer la realización del tipo"[32], 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 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”[33]. 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 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[34]; 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[35]; 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 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"[36], 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[37]. 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 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[38].

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 Leienfänger” 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 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”[39]. Y más claro aún: “un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido”[40].

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"[41]. Como puede verse, la definía 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.

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Lección 26: Error de prohibición

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. Y 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[1].

La expresión "error de prohibición" es el resultado de muchos años de discusión[2], durante los cuales se fue decantando la nomenclatura[3], 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)[4]. 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.

– 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 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, Schmithäuser, 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[5].

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 delito. Para dar solución a esta problemática se sugirió por algunos (Gürtner, Schröder, 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[6]. 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[7] para la valoración de sus consecuencias; la teoría limitada de la culpabilidad (Jeschek, Gallas, Stratenwerth, el propio Welzel, Jakobs, etc.)[8] 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[9]: 1. La existencia del tipo penal[10]; 2. La vigencia del tipo penal[11]; y 3. El alcance (o sentido) de la prohibición[12].

2. Error indirecto. El error de prohibición es indirecto cuando a la 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.º 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.º (error de prohibición) como al inciso 4.º (error de tipo), y de esta manera al unificar las consecuencias de ambas modalides de error acogió la denominada teoría del dolo.

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 antijuri-dicidad 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.

NÓDIER AGUDELO BETANCUR

Lección 27: Causales de inculpabilidad

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[1]; 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[2].

Las emociones primarias, el miedo, la ira o el amor se presentan, como se 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”[3].

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 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 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[5]. 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"[6]; 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 un tercer piso, aunque habría podido salvarse fácilmente: su hijo murió en ese lapso de tiempo'"[7].

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"[8].

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”[9].

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 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”[10].

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”[11]. 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”[12].

3. EN EL ÁMBITO DE LA INIMPUTABILIDAD

Según los grados descritos por Mira y 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 inimputa-bilidad 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[13]; 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.

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[14].

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”[15]. 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.

IVÁN GONZÁLEZ AMADO

Lección 28: La punibilidad

I. INTRODUCCIÓN

[1]

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 6º 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 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[2].

En efecto, debe tenerse en cuenta que el artículo 1.º 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 II 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.º 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, 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 condenado3³, 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 inconstitucional⁴ 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[5], 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[6].

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.º 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[7].

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 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.º 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[8].

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 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[10]. 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 evoluciones futuras del comportamiento del delincuente o de la conducta que éste podrá observar después de la imposición de la pena[11].

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[12].

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[13].

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"[14].

El principio de proporcionalidad de las sanciones penales tiene que ver con su graduación adecuada a la gravedad del delito[15] 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.

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[16] 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 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[17] , 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 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[18], 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[19], 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 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 1.º, 2.º, 3.º, 5.º, y 6.º 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 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[20].

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–[21] 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)[22] 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 penas[23]. 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[24], 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 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 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.

1. 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[25].

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.

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)”. Y 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 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 proporcio-nales 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”[26].

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 3º del artículo 386 del nuevo Código, que fija un incremento de la pena establecida en el tipo básico descrito en el inciso 1º del mismo artículo, para los eventos en los que 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”[27].

Dada su naturaleza jurídica de ser criterios que permiten la 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.º 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 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) se debe 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 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 y 15 días + 30,5 meses = 139 meses

139 meses + 30,5 meses = 169 meses y 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.º del artículo 61, el juez graduará la pena así:

– Si solamente concurren circunstancias de atenuación punitiva o no existen atenuantes ni agravantes[28], 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.

– Si solamente concurren circunstancias de agravación punitiva[29], 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[30], 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 3º 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”[31], 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 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[32] que el inciso 3.º 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 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”.

1. 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”[33], 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 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 2º del artículo 4º 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.

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[34].

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[35]): 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 ($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 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 EXCLUYEN 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 2º 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 3º), 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 en los demás delitos culposos el daño trasciende el ámbito familiar de su autor[36].

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 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–.

IV. 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[37] 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 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[38]. 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 3º del Código, y deben cumplir las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación.

B. CLASES

En el artículo 69 del Código de 2000 se establecen cuatro distintas medidas de seguridad[39], 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"[40] 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[41].

VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO

Lección 29: Consecuencias civiles del delito

I. CONCEPTO

Según el artículo 103 del derogado Código Penal de 1980, el hecho punible origina la obligación de reparar los perjuicios materiales y morales que de él provengan, previsión que armoniza 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 la del 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”. El artículo 94 de la legislación actualmente vigente no le introdujo mayores cambios a esta regulación, pues establece que “la conducta punible origina obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de aquella”.

Así las cosas, es claro que el daño que se encierra en el hecho punible genera una doble responsabilidad, esto es, penal y civil. De 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, multa, penas privativas de otros derechos) y a la obligación de indemnizar los perjuicios materiales e inmateriales que se hayan generado con la conducta, lo cual también es predicable de los inimputables, pues a ellos también se les exige resarcir los perjuicios ocasionados, aunque 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[1] 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 conducta punible.

En todo caso, lo que importa subrayar 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 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 efecto, bajo la égida del Código de Procedimiento Penal de 2000, el funcionario judicial debe investigar de oficio 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 estos 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 demandarlo civilmente, a su elección, dentro del proceso penal, o bien directamente ante los jueces civiles.

Se desprende de lo anterior que la acción civil no es accesoria a la penal, como frecuente y erradamente se suele afirmar, sino que es también principal, pues si accesorio es lo que depende de lo principal, por fuerza la acción civil —para que se entendiera como accesoria— siempre debería depender del ejercicio de la acción penal y estaría destinada a correr la misma suerte de esta, lo cual en realidad 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.

Con facilidad se observará en este caso que si la acción civil fuera realmente accesoria a la penal, ante la absolución penal que se impone cuando se demuestra el estado de necesidad como causal de ausencia de responsabilidad, traería como consecuencia la absolución civil, lo cual en realidad no acontece, pues los efectos de la cosa juzgada penal absolutoria se proyectan a eventos diferentes según los términos del artículo 57 de la Ley 600 de 2000.

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”[2], a lo cual se puede agregar que la Sala Penal de Casación de la Corte Suprema de Justicia en algunas de sus decisiones ha indicado —refiriéndose puntualmente al incidente de reparación integral, que es el espacio en el que bajo la sistemática de la Ley 906 de 2004 se tramita el tema de la responsabilidad civil— que se debe tramitar con las normas del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012).

No existe la menor duda, entonces, de que la obligación de indemnizar que tienen 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, por contera, dicha obligación no muta o cambia su naturaleza ni sus consecuencias por su ejercicio dentro del proceso penal.

Y 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[3].

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 porque 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 de 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.

No obstante lo anterior, es del caso efectuar una aclaración absolutamente necesaria: en la actualidad en Colombia se aplican de manera paralela dos códigos de procedimiento penal diferentes, el de 2000 (Ley 600 de 2000) y el de tendencia acusatoria (Ley 906 de 2004). El primero establece la posibilidad de ejercitar la acción civil dentro del proceso penal, lo cual determina que la sentencia comprenda la responsabilidad penal y la civil, al paso que en el otro sistema no se ejercita la acción civil dentro del proceso; de manera que la sentencia solo se refiere a la responsabilidad penal, quedando reservada al incidente de reparación integral, el cual solo puede adelantarse ante el mismo juez penal que profirió el fallo penal, cuando este es condenatorio y ha quedado ejecutoriado, salvo que se decida acudir directamente ante los jueces civiles. Sobre su naturaleza, Levene apunta:

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[4].

Pese a las anteriores consideraciones, puede afirmarse que el concepto de acción no admite clasificaciones, como sí es predicable de las pretensiones. Hablar de acción civil, penal, etc., resultaría equivocado, pues 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 Zea[5], 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, de manera que corresponde al causante del daño repararlo, y correlativamente el perjudicado ostenta el derecho a ser resarcido. Así las cosas, es de señalar 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 esta 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 contractual 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; existe pues un deber de conducta específico que resulta desatendido. La extracontractual, también llamada culpa aquiliana, 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 a la aquiliana —ha sentenciado 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 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[6].

La responsabilidad extracontractual puede acometerse de dos maneras, como veremos en seguida.

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[7]: 1) el dolo o culpa de quien de manera personal y directa está llamado a responder —como al efecto lo establecen los artículos 105 del Código de 1980 y 96 del Código de 2000—; 2) 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 3) 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 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 estos 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 desempeña un 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, en la cual, en principio, se fundaría la responsabilidad que desde el punto civil tiene dentro del proceso penal el llamado "tercero civilmente responsable", aunque un correcto entendimiento del tema permite afirmar que la responsabilidad de este puede ser tanto directa, por el hecho propio, como indirecta o por el hecho ajeno.

II. TITULARES DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA

Según el artículo 95 del nuevo Código Penal, disposición que en esencia reproduce al artículo 104 del Código de 1980, las personas naturales o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas directamente[8] 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 Código de Procedimiento Penal de 2000 (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, solo 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.

Por su parte, en el sistema de tendencia acusatoria que se implementó con la Ley 906 de 2004 se establece en el artículo 137 que las víctimas de las conductas delictivas, sean estas personas naturales o jurídicas, en garantía de los derechos a reparación, verdad y justicia, tienen la facultad de intervenir en todas las fases de la actuación penal. Estas posibilidades, en realidad, en la práctica se encuentran bastantes limitadas, pues la jurisprudencia, tanto la constitucional como la penal, bajo el entendimiento de que el sistema procesal penal de 2004 es de naturaleza adversarial, ha determinado que las víctimas no pueden realizar, especialmente en la etapa del juicio, las mismas

actuaciones que adelantan las partes (Fiscalía y defensa), pues estiman que en consideración a su condición de "interviniente especial", permitirle actuar en igualdad de condiciones implicaría desnaturalizar el proceso, violando el principio de igualdad y especialmente el de igualdad de armas.

Además, partiendo del tenor literal del artículo 132 de esta codificación, afirma la Corte Suprema de Justicia que víctima es 1) la persona natural o jurídica 2) que individual o colectivamente 3) haya sufrido algún daño 4) como consecuencia del injusto[9]. Cabe recordar que la Corte Constitucional[10] ha sostenido que las víctimas y los perjudicados que

hubiesen sufrido daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de este [...] son titulares de los derechos a la justicia, verdad y reparación, de donde se entiende que, según esta Corporación, víctima es a) quien ha resultado perjudicado con el delito, b) siempre que hubiese sufrido un daño real, concreto y específico, c) no necesariamente de contenido patrimonial, de donde se infiere la necesidad de acreditar un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea su naturaleza.

Es necesario aclarar que hoy las víctimas se encuentran legitimadas para ejercitar los derechos a reparación, verdad, justicia y, en algunos eventos, no repetición, lo cual es claro particularmente a partir de la Sentencia C-228 de 2002[11], pues antes de este pronunciamiento era lugar común entender que dentro del proceso penal la única pretensión que válidamente podía ejercer el afectado con el delito era de naturaleza patrimonial.

Por su parte, el artículo 250 de la Constitución Política alude a "los afectados con el delito", de donde podría partirse para considerar un concepto amplio de víctima según el cual dicho calificativo corresponde a quien ha padecido afectación con el delito.

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 sus herederos o sucesores, o al ministerio público, o al actor popular, cuando se afecten intereses colectivos, otorgándose además la potestad de ejercitarla bajo el sistema del Código de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) dentro del proceso penal, o bien, independientemente de él, ante la jurisdicción civil, al paso que de acuerdo con la Ley 906 de 2004, normatividad que se aplica en términos generales, aunque no absolutos, a delitos ocurridos con posterioridad al 1.º de enero de 2005, la acción civil puede también intentarse ante los jueces civiles, pero ya no es posible hacerlo "dentro del proceso penal", puesto que lo que se ha establecido es algo diferente, como que una vez que exista sentencia condenatoria y esta se encuentre ejecutoriada, es posible acudir ante el mismo juez que profirió la sentencia penal para adelantar ante él un incidente de reparación integral en el cual debería discutirse la responsabilidad civil de quien esté llamado a indemnizar, demostrar la ocurrencia de los daños y cuantificarlos.

A. LA VÍCTIMA Y LOS HEREDEROS O SUCESORES

Como ya se dijo, las personas naturales y las personas jurídicas perjudicadas con el hecho punible, lo mismo que sus herederos o sucesores, 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 su lugar, lo cual puede ocurrir por diversas causas, entre ellas la sucesión mortis causa.

Así las cosas, es titular de la acción civil no solo quien se vio perjudicado con el delito o su heredero, 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 que existe 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. Y agrega el citado autor:

[...] 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 absoluta para el trabajo; sería una equivocación creer que el perjudicado sea solamente aquel 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[12].

Evidente resulta entonces que, teniendo el delito la potencialidad para ocasionar daño, este 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 huyera de la cárcel (fuga de presos) y esta conducta le ocasionara 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[13], no siempre coincide con el de víctima o perjudicado con el delito, pues este, 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[14].

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 jurídicos protegidos no es patrimonio exclusivo de las personas naturales[15]. 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 acción civil solo podrá ejercitarse por el sujeto pasivo del delito; pero siendo diversas, podrá 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 del Estado, pues, a guisa de ejemplo, el falso testimonio bien puede perjudicar a la persona que resulta vulnerada en sus intereses, al perder un litigio fallado con fundamento 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 o inmateriales (o ambos) 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 pues, la calidad de víctima del delito la ostentaría no solo quien fuera propietario del taxi que le hubiera prestado a un amigo y que fuera hurtado por desconocidos, sino también los familiares que dependieran económicamente de dicha persona, en la medida en que la satisfacción de necesidades primarias como vestido, techo, alimentación, estudio y afecto resultará afectada con la conducta punible.

La Ley 906 de 2004 señala en el artículo 132 que víctima es la persona natural o jurídica y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño, definición que no existe en el Código de Procedimiento Penal de 2000, pues en este se alude a un concepto diferente, como lo es el de parte civil.

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, para evitar la constitución de tantas partes civiles como perjudicados; luego, como parte civil pueden encontrarse: 1) el perjudicado con el delito, sus herederos o sucesores; 2) el actor popular que representa a la colectividad cuando el delito implica lesión a bienes jurídicos colectivos; y 3) un número plural de perjudicados

que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa, por medio 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.º.

La Ley 600 de 2000, en el artículo 45, al referirse a los titulares de la acción civil, menciona al actor popular, señalando que goza del beneficio de amparo de pobreza. La Ley 906 de 2004, por su parte, no alude al actor popular como titular de la acción civil ni como parte o interviniente especial. Sin embargo, su participación bajo esta legislación resulta posible, pues puede hacerlo buscando se le reconozca como víctima, condición que puede obtener, particularmente invocando los términos del artículo 132, en el que se indica que esa calidad puede ostentarla la persona natural o jurídica y demás sujetos de derechos que individual o “colectivamente” hayan sufrido algún daño.

III. QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS A INDEMNIZAR

Según el artículo 96 del 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”. De esta previsión se desprende que, en esencia, la responsabilidad civil por los perjuicios ex delicti es predicable: 1) de los penalmente responsables, sean autores o partícipes del delito, y 2) de los que sin haber aportado energía criminal a la realización de 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 Código Civil, por cuya virtud 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 solo 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 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 estaban obligados solidariamente a indemnizar: 1) las personas que resultaran responsables penalmente; 2) quienes de acuerdo con la ley sustancial debieran reparar el daño y 3) quienes 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 estas, por virtud de la nueva legislación, desaparece la obligación indemnizatoria.

Sobre el particular cabe señalar, en primer lugar, que esta modificación fue 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 estatuto procedimental de 2000 les serán aplicables a condición, se itera, de que resulten penalmente responsables.

En el marco de la Ley 906 de 2004 no existe una disposición que establezca quiénes están obligados a indemnizar, vacío que por disposición del artículo 25, que estipula la integración como norma rectora, puede ser llenado acudiendo a otras legislaciones, como por ejemplo la Ley 600 de 2000.

Se debe también tener presente que en algunos casos puede ser llamada a indemnizar la compañía de seguros. En estos eventos, casi siempre vinculados con delitos que surgen en accidentes de tránsito o en algunos delitos culposos, esta, cuya responsabilidad siempre será de naturaleza contractual, concurrirá a la actuación en calidad de tercero civilmente responsable, siendo posible que en algunos eventos se le denomine y vincule como llamado en garantía. En todo caso, debe entenderse que pese a los términos del artículo 96 del Código Penal, su responsabilidad civil contractual no será solidaria con la responsabilidad civil extracontractual de otros llamados a indemnizar, pues en estos casos lo correcto es sostener la concurrencia de obligaciones, fenómeno que produce consecuencias jurídicas completamente diferentes de las que se desprenden del fenómeno de la solidaridad.

A. EL TERCERO CIVILMENTE RESPONSABLE

Bajo el imperio del Código Penal de 1936 y según los términos del artículo 92 del Decreto 2300 del mismo año (que acoge el texto definitivo de la Ley 95 de 1936), se establecía la responsabilidad extracontractual directa, mas no 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 aislados, de lege data no se admitió por mucho tiempo la posibilidad de que dentro 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, en el cual se incluyó un capítulo dedicado al tercero civilmente responsable, el cual fue declarado inexequible por la Corte Suprema de Justicia el 3 de diciembre de dicho año, 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.

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 y más tarde por el de 2004, que implementó el sistema acusatorio reiterando la obligación que tiene dicho sujeto procesal de atender las consecuencias civiles del delito, aunque la conducta delictiva haya sido realizada naturalísticamente por otro.

IV. PERJUICIOS INDEMNIZABLES

De conformidad con el artículo 94 de la Ley 599 de 2000, la conducta punible origina la obligación de reparar los daños materiales y morales causados con ocasión de ella. No

obstante, y pese a que entendemos que en realidad es la comprobación del daño lo que permite que surja la obligación, pues es evidente que pueden existir conductas punibles que no ocasionen daño resarcible, debe aclararse que la obligación de indemnizar se extiende a todos los delitos que se hayan ocasionado, pero a condición de que se demuestre el daño resarcible.

Con todo, de vieja data la legislación colombiana ha aludido únicamente a los daños de naturaleza material y moral, de manera que no existiría un soporte legal para atender la indemnización de daños diferentes, como por ejemplo los denominados de afectación de condiciones de existencia, antes denominados daños a la vida de relación o daños fisiológicos, o perjuicios por pérdida de oportunidad o chance, pese a lo cual estos han sido objeto de pronunciamientos judiciales en los que se les ha reconocido.

Sin embargo, hoy esta discusión puede entenderse superada, pues independientemente de la referencia que pudiera hacerse al artículo 250 constitucional, que impone la obligación de restaurar el derecho quebrantado, el artículo 94 mencionado fue hallado exequible[16], pero con la condición de que se entienda que la alusión que allí se hace a los perjuicios materiales y morales es meramente indicativa, sin que excluya la indemnización integral de todos los perjuicios que se establezcan, tanto materiales como inmateriales.

Ahora bien, dispone el artículo 97 del Código Penal que, respecto del 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, y agrega en el inciso 3.º 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 en las que se establecía, respectivamente, que cuando no fuera posible cuantificar los perjuicios morales y los materiales, el juez determinaría prudencialmente en hasta mil gramos oro

aquellos y cuatro mil gramos oro estos, 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 hubieran probado los perjuicios dentro del proceso, caso en el cual podían ser estimados en gramos oro.

No obstante, lo cierto es que las normas referidas establecen algo diametralmente diferente, como que su verdadero sentido y alcance no es otro que permitir, en aquellos eventos en que se probaron los perjuicios materiales y morales pero que por su naturaleza resultan de difícil cuantificación monetaria, que sean tasados en gramos oro.

Pese a la redacción del nuevo artículo 97, en manera alguna puede entenderse que esté indicando que la máxima cuantificación de perjuicios que puede hacerse en el proceso penal sea de mil 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 subjetivos—, caso en el cual el juez puede valorarlos hasta en mil salarios mínimos En otras palabras: cuando se prueben los perjuicios pero no sea posible cuantificarlos, el juez podrá tasarlos hasta en mil salarios mínimos; cuando se prueben perjuicios y se hayan cuantificado dentro del proceso, el juez condenará a su pago en suma igual a la cuantificada, sin que importe que esta sea superior a los mil salarios referidos.

Esta aclaración resultó posible a partir de la Sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002 (M. P. José Cepeda Espinosa), en la cual se estableció la constitucionalidad condicionada del artículo 97, bajo el entendido de que el límite de los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes únicamente se aplica a los perjuicios morales subjetivos, siendo hoy más correcto sostener que ese límite corresponde de forma exclusiva a cualquier clase de perjuicio inmaterial que fuere probado.

Por otra parte, no puede entenderse que, habida cuenta de lo dispuesto por el inciso 3.º del artículo 97 del nuevo Código Penal, según el cual “los daños materiales deben probarse en el proceso”, los únicos perjuicios que deban demostrarse dentro del proceso sean los de naturaleza material, pues tal exigencia, como reiteradamente lo ha expuesto la jurisprudencia, también se hace extensiva a los perjuicios morales, y más correctamente, a todos los inmateriales, de manera que debe tenerse presente que una cosa es la demostración de los perjuicios y otra diferente es la cuantificación de ellos. Luego frente a la no demostración de los daños, independientemente de la naturaleza de estos, no le resultará posible al juez hacer uso del artículo 97 citado; este, se repite, solo 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 en las cuales se les enuncia en conjunto constituyen un pleonasmo, el Código Penal solo 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, a los cuales se ha referido en múltiples decisiones, aceptando que pueden ser también objeto de reparación los inicialmente denominados perjuicios fisiológicos o perjuicios de placer, luego nominados como daños a la vida de relación y después llamados daños por alteración grave de las condiciones de existencia.

No obstante y según ya dijimos, aunque el artículo 94 del Código Penal solo alude a las categoría de perjuicios materiales y morales, por virtud de la Sentencia C-344 de 2017 se declara la constitucionalidad condicionada de esa norma, en el entendido de que esa enunciación es meramente indicativa, aceptándose que la indemnización debe abarcar cualquier clase de perjuicios que se establezca, siendo preferible agrupar estos en dos

categorías: daños materiales y daños inmateriales, situándose dentro de estos últimos todos aquellos que pese a ser demostrados en su ocurrencia no son susceptibles de ser cuantificados monetariamente, razón por la cual resulta posible, incluso bajo un fundamento analógico, aplicar el límite de los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes del artículo 97 ut supra, permitiéndole al juez del caso que los cuantifique dentro de ese límite bajo la modalidad de arbitrio judicis.

1. PERJUICIOS MATERIALES

Partiendo de la consideración generalizada de que perjuicios materiales son los que se le ocasionan al patrimonio de la persona, con clara referencia a los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, en 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”[17]; es decir, sería la pérdida 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, de acuerdo con Montes[18], situarse en una visión justa de los hechos cuando se pretende indemnizar tales perjuicios, lo que 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 que recae en su deudor, bien por la ocurrencia de una conducta punible, constituye la otra base que se ha de 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 que hay que considerar, por ejemplo, frente a un delito de lesiones personales con secuelas permanentes que frente a uno de efectos solo 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 por seguir para cuantificar los perjuicios ocasionados por la conducta que ocasiona daño.

2. PERJUICIOS INMATERIALES

En términos amplios y generales, podría decirse que los perjuicios o daños inmateriales son un género que comprende todas aquellas afectaciones no patrimoniales que puede sufrir la persona y que en consecuencia no son susceptibles de ser cuantificados monetariamente.

A este respecto —afirma la Corte Constitucional— resulta interesante identificar algunos hitos en la evolución en el reconocimiento de los perjuicios inmateriales. Así, a más del daño moral, en 1993, la jurisprudencia reconoció el perjuicio fisiológico (Consejo de Estado, Sección 3.ª, Sentencia del 6 de mayo de 1993, exp. 7428), el que en el

año 2000 fue denominado como daño a la vida de relación (Consejo de Estado, Sección 3.ª, Sentencia del 19 de julio de 2000, exp. 11842). En el año 2002 se reconoce el perjuicio denominado alteración en las condiciones de existencia (Consejo de Estado, Sección 3.ª, Sentencia del 15 de agosto de 2002, exp. 14357). En el año 2010 las categorías anteriores se redefinen en el denominado perjuicio por alteración de bienes jurídicos constitucionales (Consejo de Estado, Sección 3.ª, Sentencia del 18 de marzo de 2010, exp. 32651). En el año 2011 se reconoció el daño a la salud (Consejo de Estado, Sección 3.ª, Sentencia del 14 de septiembre de 2011, ref. 19.031 y 38.222). En la actualidad, los perjuicios inmateriales reconocidos en dicha jurisdicción son los recogidos en la sentencia de unificación de la Sección 3.ª del 28 de agosto de 2014, rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01 (26251), así: daño moral, perjuicios por afectación relevante de bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados y daño a la salud. En lo relativo a la manera de reparar el perjuicio denominado por afectación relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, esta sentencia de unificación precisó:

Encasos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral, podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de 100 smlmv, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño[19].

a. PERJUICIOS MORALES

Son los que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial: “Todo tipo de quebrantos, de carácter no patrimonial que la víctima sufre”[20] 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 en la que el arbitrium iudicis tiene papel preponderante, o, si se quiere, exclusivo.

Aunque el Código Civil solo se refiere a los perjuicios materiales, de tiempo atrás 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, distinción que no aparece en la legislación penal, ni adjetiva ni sustancial, pues solo se refiere de manera general a los perjuicios materiales y morales, omitiendo cualquier referencia a los inicialmente llamados perjuicios fisiológicos.

— PERJUICIOS MORALES OBJETIVADOS Y SUBJETIVOS O PRETIUM DOLORIS

Si 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 se sufre por la pérdida de un ser querido —según sostiene Martínez Rave—, no existirán 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, económicamente hablando, las repercusiones de las angustias o complejos. Inclusive se ha aceptado que pueden ser materia de dictamen pericial”[21].

Por el contrario, cuando se trata de cuantificar los perjuicios morales subjetivos, la dificultad es innegable, pues es tarea en extremo difícil ponerle precio al dolor, a la tristeza sufrida por la muerte de un ser querido, razón por la cual en la labor de su cuantificación entran en juego las propias emociones y el subjetivismo de quien debe adelantar dicha labor: de ahí que se llegara incluso 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, como se dijo, implica dejar indemne a la persona, lo cual puede ocurrir cuando se le compensa por el dolor padecido.

Y debe ponerse de presente que el nacimiento del perjuicio moral no puede buscarse solo en las actividades delictivas, pues si bien el Código Civil no se refiere a esta clase de perjuicios, por lo cual algunos han afirmado que no pueden demandarse frente a la responsabilidad contractual, lo cierto es que el Código de Comercio expresamente se refiere a ellos cuando regula en artículo 1006 el contrato de transporte.

Sobre el daño moral, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia:

La Corte en innumerables ocasiones ha tenido oportunidad de referirse a los perjuicios que deben ser indemnizados cuando la muerte de una persona es resultado de un acto civilmente ilícito. Ha dicho, en efecto, y ahora lo reitera, que tales perjuicios pueden ser de tres clases: materiales, morales objetivados y morales puramente subjetivos (pretium doloris), y que estos últimos, a su vez, pueden representar el daño padecido por la parte social o por la parte afectiva del patrimonio moral; que los dos primeros, aun actuales o futuros, para ser resarcibles se requiere en todo caso que sean ciertos y que estén plenamente demostrados, y que su monto sea susceptible de ser avaluado pericialmente. En cuanto a los morales subjetivos, por su propia y especial naturaleza la jurisprudencia ha aceptado que cuando se trata de la muerte de un ser querido su existencia se presume (G. J., t. LV, pp. 412 y 420), pero que por su misma índole en todo caso están sujetos a una normación especialísima [...].

Considera la Corte —dijo esta en sentencia de casación civil del 29 de mayo de 1954— que establecida la existencia del daño, sin la cual no puede hacerse la declaración de

responsabilidad, queda tan solo por determinar la exacta extensión del perjuicio que debe ser reparado, ya que el derecho no impone al responsable del acto culposo la obligación de responder por todas las consecuencias, cualesquiera que sean, derivadas de su acto, pues semejante responsabilidad sería gravemente desquiciadora de la sociedad misma, que el derecho trata de regular y favorecer, sino de aquellas que se derivan directa e indirectamente del acto culposo.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio debe ser reparado en toda extensión en que sea cierto.

No solo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro, pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de cierto y ordena repararlo cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual. La Corte de Casación francesa —dice Chapus— se ha esforzado en ciertas sentencias por enunciar esta doctrina en términos no dudosos y ha declarado que, “si no es posible decretar la reparación de un perjuicio puramente eventual, sucede de otro modo cuando el perjuicio, aunque futuro, aparece al juez como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual que es susceptible de evaluación inmediata [...].

Los perjuicios morales subjetivos. Solo resta por considerar, pues, lo referente a los perjuicios morales subjetivos, cuya existencia se presume en casos como el presente, según lo ha dicho esta corporación, por la estrecha relación de consanguinidad entre la víctima y los demandantes, por los lazos de afecto que tal parentesco crea y por el sufrimiento moral que a no dudarlo debió ocasionarles a estos la muerte de su hijo. Por el aspecto de los perjuicios morales es obvio que la muerte o invalidez accidentales de una persona pueden herir los sentimientos más o menos intensos y profundos. En principio, todos estos ofendidos estarían

legitimados por el daño que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente, pero [...] la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar ese derecho a aquellas personas que por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo. Obvio es que, derivándose fundamentalmente este derecho de las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento de daños morales solo ha de legitimarse en causa mediante la demostración de tales relaciones con las respectivas partidas de su estado civil[22].

— NATURALEZA Y PRUEBA DEL DAÑO MORAL

a. En principio, todos estos ofendidos estarían legitimados por el daño moral que cada uno de ellos recibe para demandar la reparación correspondiente; pero como el reconocimiento indeterminado de este derecho podría dar lugar a una ilimitada multiplicidad de acciones de resarcimiento, la doctrina y la jurisprudencia han considerado necesario reservar este derecho a aquellas personas que, por sus estrechas vinculaciones de familia con la víctima del accidente, se hallan en situación que por lo regular permite presumir, con la certeza que requiere todo daño resarcible, “la intensa aflicción que les causa la pérdida del cónyuge o de un pariente próximo”, de donde se sigue que, originándose el ameritado derecho en las relaciones de familia, el demandante del resarcimiento por daños morales quedará legitimado en causa demostrando, con prueba idónea, desde luego, la real existencia de tales relaciones, y

b. En segundo lugar, es del caso hacer ver que cuando se predica del daño moral que debe ser cierto para que haya lugar a su reparación se alude sin duda a la necesidad de que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta, prueba que en la mayor parte de

los supuestos depende en últimas de la correcta aplicación, no de presunciones legales, que en este ámbito, la verdad sea dicha, el ordenamiento positivo no consagra en parte alguna, sino de simples presunciones de hombre cuyo papel es aquí de grande importancia, toda vez que quien pretenda ser compensado por el dolor sufrido a raíz de la muerte de un ser querido tendrá que poner en evidencia —según se lee en brillantes páginas que forman parte de los anales de jurisprudencia administrativa nacional— no solo el quebranto que constituye factor atributivo de la responsabilidad ajena "sino su vinculación con el occiso [...] su intimidad con él, el grado de su solidaridad y, por lo mismo, la realidad de su afectación singular y la medida de esta", añadiéndose que a tal propósito "por sentido común y experiencia se reconocen presunciones de hombre de modo (sic) de partir del supuesto de que cada cónyuge se aflige por lo que acontezca al otro cónyuge, o los progenitores por las desgracias de sus descendientes y a la inversa, o que hay ondas de percusión sentimental entre parientes inmediatos" (Sección Tercera. 25 de febrero de 1982, aclaración de voto, conjuez Fernando Hinestrosa, exp. 1651), siendo por cierto esta línea de pensamiento la misma prohijada por la Corte (cfr. casación del 28 de febrero de 1990), hace poco menos de tres años, al proclamar sin rodeos, y con el fin de darle al tema la claridad indispensable, que cuando en el campo de la prueba del daño no patrimonial la jurisprudencia civil ha hablado de presunción "ha querido decir que esta es judicial o de hombre", presunción que naturalmente puede ser destruida puesto que "necio sería negar que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia, o no surge con la misma intensidad que en otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Mas cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse —y por consiguiente a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez— no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso el juez en su discreta soberanía la evaluará y dirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción o si, por el contrario, esta ha quedado desvanecida[23].

— PERSONA JURÍDICA Y PERJUICIOS MORALES

Si es claro que las personas naturales pueden recibir perjuicios materiales y morales, e incluso fisiológicos según su denominación primigenia, en cuanto atañe a las personas jurídicas tradicionalmente se dijo que si bien eran susceptibles de recibir perjuicios materiales, de manera alguna podía sostenerse que pudieran padecer daños morales, pues, en esencia, se estimaba que, al corresponder su existencia a una ficción legal, no resultaba posible que sufrieran dolor ni preocupación, porque ello era solo atributo de las personas naturales.

Hoy la jurisprudencia ha variado, primero al reconocerle a la persona jurídica la existencia de un patrimonio moral, hasta el punto de que puede resultar ser sujeto pasivo del delito de injuria, y luego al aceptarse en concreto que puede sufrir perjuicios morales objetivados cuando la conducta punible pone en riesgo su existencia o merma de manera significativa su desenvolvimiento, precisión que sería predicable de las personas jurídicas de derecho privado, mas no de las de derecho público.

Y, en cuanto a los perjuicios morales subjetivos o pretium doloris, se sigue sosteniendo que no pueden ocasionarse a la persona jurídica, pues esta no puede sentir dolor.

Sobre el tema se ha dicho:

La propuesta de ataque del casacionista se relaciona con la decisión del tribunal de abstenerse de condenar a los procesados a pagar en favor del municipio de [...] indemnización por concepto de daños morales de orden objetivo y subjetivo, por considerar que este tipo de perjuicios “no los pueden sufrir las personas morales o jurídicas porque ellas no poseen sentimientos”, la cual considera equivocada. En idéntico sentido se pronuncia el procurador delegado, quien pide que se case la sentencia, y se condene a los procesados al pago respectivo.

Para que el juzgador pueda hacer uso de la facultad discrecional prevista en el artículo 106 del Código Penal (en armonía con lo establecido en el artículo 55, inciso 2.º, del CPP) se requiere demostrar que el perjuicio moral realmente existió, que su causación se encuentra acreditada en el proceso, y que solo resta cuantificar su precio, pues no se trata, como parece entenderlo el demandante, de dejar al arbitrio del juzgador el reconocimiento de la existencia del perjuicio, sino solo de permitirle tasar racionalmente su valor dentro de los límites que la misma norma establece.

Esto imponía al demandante tener que enderezar el ataque por la vía de la violación indirecta de la ley, con el fin de demostrar la existencia de los perjuicios de orden moral causados con los ilícitos, con indicación de las pruebas que los acreditaban, y los errores de hecho o de derecho en que habrían incurrido los juzgadores en el cumplimiento de la actividad in iudicando, al negar su conocimiento.

Dicho ejercicio argumentativo resulta ser muy distinto del presentado por el impugnante, quien, como se dejó visto en el resumen del cargo, sustenta el ataque en consideraciones de carácter general sobre la afectación del buen nombre del municipio, hasta el extremo de hacer derivar la existencia de los daños morales del hecho de haberse despertado, con ocasión de la comisión de los ilícitos, un sentimiento de desconfianza por parte de prestamistas y proveedores, que en modo alguno demuestra, y que de haberse manifestado en la realidad tampoco tendrían la virtualidad de erigirse en daño de carácter moral.

Cierto es que el tribunal se equivocó al considerar que en ningún caso las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de daños morales. Pero ello no quiere decir que siempre los sufran, o que surjan por el solo hecho de haberse visto involucrado su nombre en un escándalo. En reciente decisión, la Corte fijó algunas pautas sobre el particular, tras señalar que cuando se afecta el buen nombre o reputación de una persona jurídica sus

consecuencias solo son estimables como detrimento resarcible si amenazan concretamente su existencia, o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento, o ponen en franca inferioridad frente a otras de igual género o especie, situaciones que no concurren en el presente caso.

Veamos lo sentenciado por la Sala sobre este concreto aspecto:

En relación con la segunda cuestión propuesta por el apelante, es decir, la existencia de perjuicios extrapatrimoniales, es cierto que las personas jurídicas pueden padecerlos, verbigracia cuando se afecta su buen nombre y reputación, mas tales consecuencias solo son estimables como detrimento resarcible cuando amenazan concretamente su existencia, o merman significativamente su capacidad de acción en el concierto de su desenvolvimiento o las ponen en franca inferioridad frente a otras de su género o especie, si es que se mueven en el ámbito de una competencia comercial o de la prestación de servicios apreciables por la demanda de usuarios.

Ni pensar en la modalidad de perjuicio moral subjetivo (pretium doloris), porque por su naturaleza las personas jurídicas no pueden experimentar el dolor físico o moral, salvo que la acción dañina se refleje en alguno de los socios o miembros o en la persona del representante legal, caso en el cual la propuesta de reparación deberá hacerse individualmente por quien haya sufrido daño.

En relación con las personas jurídicas de derecho público que nacen y se desenvuelven por mandato y privilegio constitucional o legal, sin necesidad de un reconocimiento gubernativo de personería jurídica [...] el desprestigio que sus servidores le ocasionan con conductas desviadas hace

parte de la naturaleza, gravedad y modalidades propias de cada delito (daño público), pero en manera alguna que ponga en peligro su existencia o la disminuya considerablemente en su operatividad, porque, aun con la presencia de funcionarios corruptos, la actividad estatal no puede detenerse ni arredrarse.

Como ese deterioro de la imagen de la institución pública, que se produce por la acción delictiva del servidor público, no puede deslindarse de la esencia misma del hecho punible, ni es extraño a los fines preventivos generales y especiales que está llamada a cumplir la eventual pena, tampoco será posible individualizar un perjuicio que justifique el ejercicio simultáneo de una acción con fines compensatorios como es la civil.

En efecto, de acuerdo con el sistema penal colombiano, la sola pena está determinada para recomponer el ordenamiento jurídico violado, y es esa la manera principal como el Estado autoconstata su imperio y le confirma a los ciudadanos la vigencia de las instituciones y el derecho, además de ser un modo singular de recuperar la imagen comprometida no solo con el comportamiento del servidor que comete un delito especial o común, sino también por la conducta de cualquier particular que por la misma vía se burla de la ley.

Gracias a la regulación del artículo 104 del Código Penal, en relación con los artículos 43, 48 y 56 del CPP, que reseñan y hacen énfasis en la naturaleza privada de la acción resarcitoria (así la llegare a ejercer un ente de derecho público), el perjuicio susceptible de reclamación por la vía unitaria del proceso penal no solo debe ser real, sino que debe anotarse como algo distinto a los fines que atiende la acción penal (art. 24 C. P.). Es decir, aquellas pretensiones que apuntan a una reposición de la imagen deteriorada de la institución agraviada, como se pregona en el caso, quedan satisfechas con el desarrollo del objeto principal del proceso penal, como consecuencia de la ordenación o

reordenación de la convivencia o de los fines colectivos y/o estatales que se buscan con la pena, sin que sea procedente acudir a una excesiva y extraña compensación monetaria o simbólica que no puede justificarse en otra realidad dañina que pueda permanecer después de la sanción principal. Cosa distinta es que ese efecto nocivo consustancial al delito se extienda a otras personas o aun en el mismo titular del bien jurídico, después de presupuestada la pena, como ocurre patéticamente, por ejemplo, con el ciudadano que es víctima de una exacción por la vía de un injusto de concusión (atentado contra la administración pública) (auto de segunda instancia, 11 de febrero de 1999, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego)[24].

Para finalizar, en razón de su claridad, y por tratarse de uno de los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes sobre el tema, transcribimos a continuación apartes de las enseñanzas del Consejo de Estado:

Sabido es que la reparación del daño moral (pretium doloris o Schmerzgeld) ha tenido opositores por considerar que resulta inmoral intentar indemnizar con bienes materiales valores de orden espiritual. Así, para Ripert "sería profundamente inmoral afirmar que quien ha sido afectado en sus sentimientos haya de consolarse de golpe merced de (sic) la indemnización que habrá de recibir"[25]. Esta posición tenía como fundamento el aforismo "las lágrimas no se pagan", o, como decía la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, les larmes ne se monnayent point ("las lágrimas nunca se amonedan").

Esa negativa se fundamentó en el error de identificar la naturaleza del daño patrimonial y moral, a partir de la noción de daño, sin persuadirse de que se trata de fenómenos diversos, y de limitar el concepto de reparación al de restablecimiento de las cosas al estado en que se encontraban antes del daño. Por lo tanto, se formulaba como objeción que el dinero no podía eliminar el dolor causado y que, de ser ello posible, el precio de la

indemnización estaría determinado por la gravedad de la culpa, lo cual convertiría la reparación en una pena, concepto ajeno hoy día a la responsabilidad.

Intentando avanzar sobre el tema, pero siempre con el prejuicio de que el daño meramente afectivo no es indemnizable, algunos autores aceptaron la reparación pero de las consecuencias patrimoniales de los daños morales, lo que se ha dado en llamar el daño moral objetivado o daño patrimonial indirecto y que hoy la jurisprudencia ha identificado claramente como lucro cesante[26].

Para los Mazeaud y Tunc la reparación del perjuicio moral no solo es admisible, sino que además se impone por razones de equidad. Afirman:

Es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone, por lo tanto. Se impone también ante la equidad y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación[27].

En contra de la opinión de quienes se oponen a la indemnización del perjuicio moral, estos autores afirman que “reparar no es siempre rehacer lo que se ha destruido; casi siempre suele ser darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. El verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel satisfactorio”[28].

En legislaciones como la alemana se ha regulado la procedencia del daño moral pero solo en casos específicos como “los daños a la salud o al cuerpo, privación de la libertad y delitos contra la moral de la mujer”[29].

En la jurisprudencia nacional, el primer antecedente sobre el reconocimiento de perjuicios morales fue la sentencia de casación proferida por la Corte Suprema de Justicia el 21 de julio de 1992 (sic), en la cual se consideró que los artículos 2341 y 2356 del Código Civil extienden la reparación a todo daño inferido, de manera que no puede limitarse únicamente al patrimonial, pues el derecho de propiedad “es solo una parte del conjunto de los elementos que integran la persona como sujeto de derechos”.

El desarrollo del tema en la jurisprudencia nacional ha ido en evolución, al punto que hoy se admite inclusive la posibilidad de reclamar indemnización por los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas, a condición de demostrar plenamente su existencia, pues tal perjuicio no se presume[30]. Igualmente, en materia contractual, si bien la jurisprudencia ha sido reacia a reconocerlo, no se niega su procedencia en el evento de que se presentare lesión a alguno de los bienes extrapatrimoniales (honor, reputación, etc.) y estuviese demostrada en el expediente[31].

Esto significa que en la jurisprudencia nacional la negativa a reconocer perjuicios morales a los demandantes en los casos concretos se ha fundamentado en razones de orden jurídico, en cuanto no se hallen acreditados los requisitos que debe reunir el perjuicio para que sea indemnizable, esto es, que sea cierto, concreto y personal, y no en razones de orden ético o filosófico.

La determinación de la naturaleza del daño moral ha ofrecido a la doctrina serias dificultades. Su definición se ha dado por oposición al daño patrimonial. Pero definirlo como daño extrapatrimonial resulta inexacto, dado que dentro de esta noción también se incluye el denominado perjuicio fisiológico[32].

El argentino Orgaz ofrece un criterio esclarecedor al respecto. Afirma que “la distinción entre las dos categorías de daño no depende, en conclusión, de la índole de derechos afectados sino tan solo de la repercusión que tenga el acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima”[33] y Jorge Peirano Facio agrega:

Naturalmente, en cuanto a tal repercusión debe precisare, aunque no lo digan los partidarios de esta tesis, que ella debe ser apreciada en el momento de producirse el daño (en tanto que este integra el concepto de responsabilidad extracontractual), y no en el periodo de la reparación, ya que en este aspecto incluso el daño moral, si se admite su reparación, incide sobre el patrimonio de la víctima en tanto que se entiende que una suma de dinero puede colmar la lesión infligida por él[34].

Para Scognamiglio los daños morales son “esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentase solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que, por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria”[35].

Para que haya lugar a la reparación del perjuicio basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. Corresponde al juez tasar discrecionalmente[36] la cuantía de su reparación, teniendo

en cuenta las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión. La intensidad del daño es apreciable por sus manifestaciones externas; por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba. Sin embargo, la jurisprudencia presume su existencia en casos como el de la muerte de los parientes más allegados.

En razón de la imposibilidad de asignar una medida patrimonial exacta frente al dolor, pero ante la necesidad de conceder indemnizaciones semejantes en casos similares, la jurisprudencia ha fijado unos criterios mínimos. Así ha optado por el reconocimiento de una indemnización equivalente a 1.000 gramos oro para los padres, hijos y cónyuge del fallecido[37], o de 500 gramos oro para los hermanos de la víctima[38].

B. PERJUICIOS FISIOLÓGICOS O PERJUICIOS DE PLACER O DAÑOS A LA VIDA DE RELACIÓN O ALTERACIÓN GRAVE DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA

Respecto de la terminología al parecer ya superada alusiva a los perjuicios fisiológicos, estos fueron aceptados por el Consejo de Estado como una modalidad de perjuicios independientes de los patrimoniales y de los extrapatrimoniales, al señalar:

Con apoyo en el artículo 90 de la Constitución Nacional, que dispone que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o por la omisión de las autoridades públicas; con la filosofía que enseña que “toda interpretación que tienda a ampliar el ámbito de la responsabilidad es preferible a la que lo restrinja” (Arturo Alessandri Rodríguez, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, t. 1, p. 211); con el manejo del principio general del derecho que predica que la indemnización debe dejar “indemne” a la

víctima del daño injusto, esto es, debe procurar una reparación integral del detrimento que dicho daño ha causado en el patrimonio material y espiritual de la víctima, y con conciencia plena del valor que tiene la persona humana, no dentro del marco materialista, que lo aprecia en términos puramente matemáticos, para concluir que es un simple animal, un objeto mínimo en el organismo enorme y siempre mutable que se llama naturaleza, por lo cual su vida solo se explica por la materia en movimiento; ni tampoco dentro de una perspectiva simplemente humanista, que predica que el hombre es la forma más alta de ser que haya evolucionado en el universo material, pero sí con una visión cristiana del hombre, que lo ve como un ser biológico con un cuerpo físico, y también como un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento, la Sala procede a dar el paso jurisprudencial en virtud del cual hay lugar, en casos como el presente, al reconocimiento y pago del perjuicio fisiológico o a la vida de relación. Este debe distinguirse en forma clara del daño material, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, y también de los perjuicios morales subjetivos. Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte "no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente" (Javier Tamayo Jaramillo, De la responsabilidad civil, t. II, p. 139), el perjuicio fisiológico o a la vida de relación, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar "otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia" (ibid., p. 144)[39].

En tiempos recientes, al abordar de nuevo el Consejo de Estado el tema de los perjuicios fisiológicos, emitió un pronunciamiento que desde nuestra perspectiva crea confusión sobre el concepto o entendimiento de lo que había venido considerándose como perjuicio fisiológico, pues sobre el particular sentenció:

El mal llamado perjuicio fisiológico se conoce en el derecho francés como perjuicio de placer (prejudice d'agrément), loss of amenity of the life (pérdida del placer de la vida) en el derecho anglosajón, o daño a la vida de relación en el derecho italiano[40].

La jurisprudencia francesa ha definido este particular tipo de daño tomando como marco de referencia la Resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en caso de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de "diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras"[41] [bastardilla nuestra].

La indebida utilización del concepto de fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la "privación de los placeres de una vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada", y los "problemas psicológicos (sic?) que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida". El perjuicio psicológico (sic?), de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer[42].

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico, que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.).

El perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (pretium doloris o Schmerzgeld) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 C. C.).

Si se trata de un perjuicio extrapatrimonial, mal puede pues asimilársele, así sea de modo parcial, al perjuicio material, especie del daño patrimonial que, como lo ha definido la doctrina, es:

Cualquier bien exterior respecto al sujeto, que sea capaz de clasificarse en el orden de la riqueza material —y por esto mismo valorable, por su naturaleza y tradicionalmente, en dinero—, idóneo para satisfacer una necesidad económica. Los bienes comprendidos en la riqueza material pueden intercambiarse, tanto ellos como sus frutos, con otros bienes o con frutos de otros bienes; y, en consecuencia, su utilidad está sometida a la comparación con otros valorada en relación con el dinero, que tiene por función la medida de las utilidades económicas.

En el lenguaje corriente, e incluso en el empleado usualmente por los juristas, se habla de un 'patrimonio de bienestar', de un 'patrimonio de belleza' y expresiones por el estilo; al mismo tiempo y en forma correlativa se emplea 'daño patrimonial' para designar también el perjuicio que afecta al bienestar, a la belleza y, en general, a todos los bienes inherentes a la persona, en los que no pueden encontrarse los caracteres señalados pero que, en su conjunto, exceden al concepto de patrimonialidad. Se trata de una desviación del necesario rigor del lenguaje jurídico, que debe corresponder a una precisión conceptual y ser expresión de una realidad concreta. Atemperándose a tal rigor no puede llamarse a cualquier bien de que el hombre puede gozar bien patrimonial, sino tan solo a aquel que reúne los precisados caracteres de exterioridad, valorabilidad pecuniaria, y que responda a una necesidad

económica. Este, en el terreno jurídico, es su verdadero significado, y de él no puede despojarse. No pueden, por tanto, hacerse entrar en el ámbito patrimonial bienes internos de la persona, que contrasten con la posibilidad de una apreciación dineraria, desprovistos de una directa utilidad económica[43].

De ahí que no sea exacto considerar como perjuicio de placer el deterioro o destrucción de instrumentos como gafas, prótesis, sillas de ruedas, bastones, muletas, etc., mediante las cuales algunas personas suplen sus deficiencias orgánicas[44], ya que no hay duda que aquí se trataría de un perjuicio material bajo la modalidad de daño emergente, en cuanto la víctima tendrá que efectuar una erogación para sustituir el elemento perdido.

Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, "a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergido no puede realizar las actividades normales de la vida"[45], perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante ganancia o provecho del fantasma del daño moral objetivado, concepto en que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral[46].

La Sala considera que en el presente caso puede hablarse de la existencia de perjuicio fisiológico ya que se encuentra plenamente acreditada la disminución del pleno goce de la existencia por el hecho de que la lesión sufrida por las víctimas afectó el desarrollo de actividades placenteras de la vida diaria, como la práctica de actividades recreativas y deportivas[47].

Si bien los demandantes no formularon de manera expresa una pretensión indemnizatoria con relación al llamado

perjuicio fisiológico, la Sala considera que debe ordenarse su reparación, teniendo en cuenta las secuelas sufridas por las víctimas del accidente y la obligación establecida en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 de reparar el daño de manera integral y equitativa[48]. En consecuencia, dada la magnitud del perjuicio, la Sala reconocerá el equivalente a doscientos cincuenta gramos oro para V. R. y a ciento cincuenta gramos oro para H. P.[49].

Según se observa, el Consejo de Estado comienza por decir que la denominación "perjuicio fisiológico" está mal empleada, pues lo correcto es hablar de "perjuicio de placer", como se le conoce en el derecho francés, el cual se relaciona con casos de lesiones personales o corporales, en tanto se refieren a la generación de problemas o malestares que se pueden traducir en enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad y, principalmente, la disminución o imposibilidad de desarrollar actividades que, como se indicó, "si bien no tienen un contenido patrimonial, hacen más placentera la existencia".

Y agrega la corporación que la indebida utilización del concepto de perjuicio fisiológico parte al parecer de una incorrecta traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, en la que se distinguió el daño que implica "privación de los placeres de una vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada"[50], y los "problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida", como, pensamos, podría ser el caso del perjuicio psicológico que sufre el deportista profesional, quien experimenta por la lesión de que fue víctima un sentimiento de inseguridad física o en su propio desempeño.

Pero para que resulte más confusa la aclaración que pretende el Consejo de Estado, afirma que el perjuicio fisiológico que surge de dicha clasificación (?) "constituye un perjuicio corporal, de carácter objetivo", el cual es diferente del perjuicio moral, reparado bajo la denominación de perjuicio de placer.

Nótese entonces cómo primero se sostiene que no debería hablarse de perjuicio fisiológico, sino de perjuicio de placer;

sin embargo, luego se afirma que el perjuicio de placer se relaciona con el perjuicio moral, al paso que el fisiológico es considerado, se itera, perjuicio corporal de carácter subjetivo. De manera que, entonces, se termina sin saber si el perjuicio fisiológico y el perjuicio de placer son lo mismo, o si corresponden a nociones diferentes.

Se dice también en la providencia comentada que el adjetivo fisiológico se refiere a disfunciones orgánicas, y se indica además que el perjuicio de placer es de naturaleza extrapatrimonial con identidad propia, de modo que no es dable confundirlo con el perjuicio moral o precio del dolor, pese a que este sea también extrapatrimonial, de donde entendemos que lo que quiere significar el Consejo de Estado en la providencia acotada es que el perjuicio fisiológico debería llamarse correctamente perjuicio de placer, y que esta clase de perjuicio, si bien es de contenido extrapatrimonial, corresponde a una categoría completamente diferenciable frente a los perjuicios materiales, lo mismo que a los morales, pese a que estos últimos sean también extrapatrimoniales.

Sin embargo, aunque se afirma en la sentencia que no puede tenerse como perjuicio fisiológico la imposibilidad de desarrollar actividades normales de la vida (¿las relaciones sexuales?), pues que esta clase de perjuicios deben englobarse en el concepto de lucro cesante para evitar revivir el "fantasma del daño moral objetivado", se concluye que debe hablarse de perjuicio fisiológico al demostrarse la disminución del pleno goce de la existencia cuando la lesión que sufre la víctima "afectó el desarrollo de actividades placenteras de la vida diaria" (¿las relaciones sexuales?).

Es claro entonces que primero se critica la denominación o el adjetivo de fisiológico con el que se califica una clase de perjuicios, prefiriendo el concepto de perjuicios de placer, y se termina por reconocer la primera terminología para designar aquella clase de perjuicios que se presentan al privarse a la persona de la posibilidad de desarrollar ciertas actividades que hacen más placentera la existencia humana, consideración que fue precisamente la que tuvo en cuenta el Consejo de Estado en la decisión inicialmente referida, en la que por primera vez la jurisprudencia aceptó la existencia de los perjuicios fisiológicos como categoría independiente de la tradicional de daños materiales y morales.

Con todo, parece atinada la terminología de perjuicio de placer, pues si bien es cierto que determinadas lesiones corporales pueden producir afectaciones fisiológicas, estas no implican necesariamente imposibilidad de desarrollar actividades que hagan placentera la existencia, al paso que dicha imposibilidad puede presentarse aun en casos en los que no existe afectación fisiológica, como pensamos podría predicarse en el evento de la persona que por virtud del trauma psicológico que le produjo el acceso carnal violento de que fue víctima teme y rechaza cualquier conducta relacionada con su libertad sexual.

Otro parece ser el concepto de la doctrina y la jurisprudencia españolas, pues según estas, perjuicios como los mencionados deben situarse en la categoría de perjuicios morales, como se desprende de la siguiente cita doctrinal:

Los daños morales. Como se ha dicho, son aquellos que afectan a la persona, en cualquiera de sus esferas que no sea la patrimonial (sentencias del 22 de abril de 1983 y 25 de junio de 1984). Se pueden definir como "todo tipo de quebrantos, de carácter no patrimonial, que la víctima sufre como consecuencia de su incapacidad o invalidez" (De Ángel).

La doctrina distingue aspectos del daño moral: por una parte, se dice que la propia lesión comporta un daño moral que puede incluir aspectos como la aflicción que ocasiona el dolor físico, la postración consecuencia de una salud quebrantada, el sentimiento de inquietud de la víctima, la pérdida de oportunidades laborales o de estudios, etc. Además, si como consecuencia del daño se producen lesiones irreversibles, estas provocarán también un daño moral que deriva de las secuelas, que pueden incluir otros aspectos como los perjuicios sexuales, los denominados "perjuicios juveniles", etc. (De Ángel). Un supuesto curioso lo proporciona la sentencia del 9 de febrero de 1988, que admitió la legitimación activa de la esposa de una persona cuyo accidente le había causado una parálisis irreversible

que, entre otras cosas, le impedía una vida sexual normal; la esposa reclamaba por hallarse en:

“Una situación de mujer conviviente especialmente penosa y sacrificada en orden a los gravosos deberes de atención al enfermo y pérdida de un importante elemento de las relaciones afectivas”. Según el tribunal, “la esposa no padece por estas circunstancias un daño estrictamente físico, pero sí unos sufrimientos en orden de los sentimientos afectivos más elementales, que justifican la calificación de las consecuencias del hecho, para ella, como daño moral”[51].

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en decisión de mayo de 2008[52], recordó que antes que fuera promulgada la Constitución Política de 1991, la corporación había aludido al denominado “daño a la persona”, refiriendo que consiste en un “[...] desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad [...]” (G. J., t. CXXIV, p. 58), momento en que además puntualizó que un daño semejante podía dar origen a múltiples consecuencias, todas ellas relevantes e incluso con carácter patrimonial como “[...] los gastos de curación o rehabilitación [...]” o “[...] las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir [...]”, al paso que otras consecuencias de naturaleza diferente pueden tener incidencia en el “[...] equilibrio sentimental [...]”, o evidenciarse en “[...] quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto [...]”.

Y precisa la Corte que el primero de tales conceptos tiene que ver con las nociones de daño emergente y lucro cesante, las cuales se relacionan con el perjuicio eminentemente patrimonial (C. C., arts. 1613 y 1614), mientras que el segundo se identifica con la noción de daño moral, “que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc.”, mientras que al tercero se le ha denominado daño a la vida de relación[53], el cual se traduce en “afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior”, concretamente, alrededor

de su “[…] actividad social no patrimonial […]”, como se lee también en el citado fallo.

Según lo anterior, al hacer la Corte reminiscencia sobre el tratamiento que la corporación ha dado a esta materia, incluso antes de la Constitución de 1991, deja conocer con absoluta claridad que desde entonces se ha aceptado por lo menos la existencia de tres clases de daños o perjuicios, a saber: los materiales, los morales y los daños a la vida de relación.

En similar sentido, en la providencia de 2008 inicialmente citada, de nuevo la Sala de Casación Civil de la corporación adoctrina que ese entendimiento no ha cambiado, por una parte, y por otra, sostiene que la última clase de perjuicios mencionados, esto es, los daños a la vida de relación, son una clase de perjuicios diferentes de los otros, sin que se pueda sostener que son una subespecie o modalidad de los morales, precisando que como los que corresponden a estas dos categorías

recaen sobre intereses, bienes o derechos que por su naturaleza extrapatrimonial o inmaterial resultan inasibles e inconmensurables, en todo caso, ello no impide que, como medida de satisfacción, el ordenamiento jurídico permita el reconocimiento de una determinada cantidad de dinero, a través del llamado arbitrium judicis, encaminada, desde luego, más que a obtener una reparación económica exacta, a mitigar, paliar o atenuar, en la medida de lo posible, las secuelas y padecimientos que afectan a la víctima.

En la actualidad, algunos autores también lo definen como “[…] el daño que sufre un sujeto a consecuencia de una lesión a su integridad psicofísica o a la salud, consistente en la disminución de las posibilidades de desarrollar normalmente su personalidad en el ambiente social […]”. (Bianca C. Massimo, Diritto Civile, V, La Responsabilità, Giuffrè, Milano, 1994, p. 184). C. J. V. C. Exp. 11001-3103-006-1997-09327-0150.

Como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial”.

No obstante este claro entendimiento, para la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el daño a la vida de relación es una modalidad de perjuicio moral y por ende en su errado entendimiento, a la hora de ser reconocido y liquidado debe hacerse dentro de dicha categoría, lo cual además supondría que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes del artículo 97 del Código Penal abarcaría tanto los perjuicios morales subjetivos como los daños a la vida de relación.

Si bien la Sala de Casación Penal de la Corte[54] acepta que los daños a la vida de relación constituyen una afectación a la esfera exterior de la persona, siendo en consecuencia perjuicios que deben valorarse e indemnizarse dentro del concepto de reparación integral, después de hacer una amplia transcripción de la decisión de la Sala Civil antes referida, imparte decisión de condena por setecientos salarios mínimos legales mensuales vigentes “como indemnización por concepto de perjuicios morales, bajo el entendido [de] que los producidos a la vida de relación se incorporan a aquellos”.

En materia como la que ahora es objeto de decisión, la Sala exhorta a los jueces de instancia para que en el objetivo de obtener una auténtica reparación integral de perjuicios, mas no un simple remedo de ella, hagan uso con firmeza y sin vacilación de todos los instrumentos legales de que disponen para establecer, cuando así ocurra, la existencia del daño a la vida en relación y su correlativa cuantificación [...].

Esos montos deberán fijarse de manera mesurada, bajo la comprensión [de] que los valores representados en la forma indicada no pueden responder a caprichos, veleidades, subjetivismos ni antojos, sino que por el contrario, deben guardar proporción y equilibrio con los efectivos daños a la vida de relación demostrados en la actuación.

En fin, como lo que interesa ahora es poner de presente que el entendimiento que la jurisprudencia de la Sala Civil ha tenido desde antes de la Constitución de 1991 es que los daños morales y los daños a la vida de relación son categorías de perjuicios por entero diferentes, resulta de utilidad transcribir algunos de los apartes de la decisión de 2008 referida, mismos que, pese a la transcripción que de ellos a su vez hizo la Sala Penal en la decisión de 2010, al parecer terminaron siendo desconocidos por esta.

Como se observa, a diferencia del daño moral, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, que puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó “actividad social no patrimonial”.

Dicho con otras palabras, esta especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás,

como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil. Por lo mismo, recalca la Corte, la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar.

Y después de poner de presente que en la doctrina y jurisprudencia italianas se ha discutido si esta clase de perjuicio constituye una especie de daño biológico o daño a la salud, amén de recordar que gracias a los aportes de la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado es pacífico el actual entendimiento según el cual el concepto de daño a la vida de relación es más amplio y adecuado que el de perjuicio fisiológico, puntualiza cuáles son las características que distinguen a esta clase de perjuicios, a saber:

a) Tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado;

b) Adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho;

c) En las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno

personal, familiar o social, se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico;

d) No solo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos;

e) Según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquella y estos;

f) Su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y

g) Es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño —patrimonial o extrapatrimonial— que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con estos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como

infortunadamente ha ocurrido en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas.

Finalmente, después de aclarar que los daños a la vida de relación son una categoría autónoma de perjuicios que no se pueden confundir ni menos mezclar con los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, se ha puesto de presente que en consideración a la naturaleza misma que tienen, su cuantificación presenta evidentes dificultades:

En lo que toca con la cuantía del perjuicio a la vida de relación, cuya existencia ha sido acreditada, debe reiterarse que el hecho de que los bienes, intereses o derechos afectados tengan naturaleza intangible e inconmensurable, características estas que, por esta misma razón, en ciertas ocasiones tornan extremadamente difícil un justiprecio exacto, no es óbice para que el juzgador, haciendo uso del llamado arbitrium judicis, establezca en la forma más aproximada posible el quantum de tal afectación, en orden a lo cual debe consultar las condiciones de la lesión y los efectos que ella haya producido en los ámbitos personal, familiar y social de la víctima, entre otros, desde luego, no como si se tratara estrictamente de una reparación económica absoluta, sino, más bien, como un mecanismo de satisfacción, por virtud del cual se procure al perjudicado, hasta donde sea factible, cierto grado de alivio, sosiego y bienestar que le permita hacer más llevadera su existencia[55].

No obstante, la importante precisión de que esta clase de perjuicios deben ser justipreciados bajo la modalidad de arbitrium judicis, es lo cierto que no se indica cuál es el monto o límite máximo en que ellos podrían ser decretados.

En nuestra opinión, siendo que se trata de una clase de perjuicios que carecen de una expresa regulación legal, como que su desarrollo y reconocimiento han estado a cargo

de la doctrina y la jurisprudencia, podría pensarse que como se trata de una clase de daños que por su naturaleza son de difícil cuantificación y que por ello se ha sugerido se establezcan bajo la modalidad de arbitrium judicis, aplicando analógicamente el artículo 97 del Código Penal de 2000 podría establecerse un límite de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que si este opera única y exclusivamente respecto de los perjuicios morales subjetivos y se determina bajo el arbitrium judicis precisamente por la dificultad que entraña su estimación, resultaría atinado ofrecer una similar solución legal a eventos en los que existe una misma situación de hecho (ubi eadem ratio, ibi idem ius debe ese).

De aceptarse esta posibilidad, entonces sería válido sostener que en tratándose de perjuicios materiales y morales objetivados, no existe un límite en su cuantificación, mientras que respecto de perjuicios morales subjetivos, el límite es de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, según lo dispone el artículo 97 de la Ley 600, norma que por aplicación analógica permite afirmar que es también de igual monto el límite de la indemnización máxima que puede corresponder a una sola persona por perjuicios a la vida de relación.

Así las cosas, si se reconoce que el límite mencionado puede aplicarse para los daños a la vida de relación, jurídicamente resultaría factible que en un momento dado una persona recibiera una indemnización de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales subjetivos y que adicionalmente recibiera otros tantos como indemnización por los daños a la vida de relación.

Cabe señalar, por último, que al ser superada la noción de perjuicios fisiológicos por la de daños a la vida de relación, el Consejo de Estado encontró que esta denominación no resultaba suficiente para abarcar eventos de la vida que debían enmarcarse en dicho concepto, y por ello optó por reemplazarla con la más reciente expresión de alteraciones graves a las condiciones de existencia, lo cual ocurrió con decisión de 15 de agosto de 2007[56], en la que se afirmó, citando a la doctrina, que

para que se estructure en forma autónoma el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia, se requerirá de una connotación calificada en la vida del sujeto, que en verdad modifique en modo superlativo sus condiciones habituales, en aspectos significativos de la normalidad que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece. (Enrique Gil Botero, Temas de responsabilidad extracontractual del Estado, 3.ª ed., Comlibros, 2006, p. 98.)

C. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD O PÉRDIDA DE UN CHANCE

En el campo médico se habla de la pérdida de oportunidad de vida o curación para significar, aquellos casos en que por la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un medicamento más completo, etc., se ha privado al paciente de una posibilidad de curación. En tales casos debe el juez condenar al pago de un perjuicio proporcional a la pérdida de dicha oportunidad[57].

No obstante, esta clase de perjuicios no se presentan exclusivamente en el ejercicio de actividades sanitarias, sino que pueden ocurrir en otras de diferente naturaleza, pues lo que en últimas importa es que por virtud de una omisión determinada se prive a una persona de una oportunidad o chance de salvamento, tal como acontecería cuando muere un miembro de la fuerza pública que participó en un operativo policial sin contar con la protección de un chaleco salvavidas, el cual, en caso de haberlo portado, le habría dado la oportunidad o el chance de salvarse.

También se sostiene que la doctrina de la pérdida de oportunidad es una herramienta creada por la jurisprudencia para facilitar la prueba, la cual recientemente se ha consolidado en el ámbito del derecho de daños, especialmente respecto de la actividad médica sanitaria, pero que en realidad tuvo su génesis en el derecho de contratos, citándose como fuente el caso Chaplin vs. Hicks, de 1911, en el cual se reconoció a la demandante, que era finalista en un certamen de belleza en el Reino Unido, una indemnización por la pérdida de oportunidad de optar por uno de los premios del concurso, como consecuencia de que el demandado no le notificó la fecha en que se llevaría a cabo la final del certamen.

Según el Consejo de Estado[58], las expresiones chance u oportunidad son próximas a otras como ocasión, probabilidad, expectativa, todas las cuales tienen en común el remitir a un cálculo de probabilidades "en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto [...]", de manera que no se sabe si el afectado con una conducta antijurídica habría obtenido o no cierta ganancia o si habría evitado cierta pérdida.

Así lo anterior, para una persona determinada existirían tanto probabilidades a favor como en contra de obtener o de no obtener una ventaja patrimonial, pero por virtud de una conducta antijurídica de otro se le impide contar con la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades[59].

La pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se hubiera producido o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial[60].

La oportunidad perdida —según el Consejo de Estado— constituiría en sí misma un interés jurídico que si bien no se

podría catalogar propiamente como un derecho subjetivo, de todos modos le permite a quien lo ha visto salir de su patrimonio “para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba, razón por la cual la antijurídica frustración de esa posibilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento”[61].

Según se observa, esta clase de daño tiene la particularidad de que integra los conceptos de certeza e incertidumbre, pues, por una parte, maneja la seguridad de que si no hubiera ocurrido el hecho, el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida patrimonial, y por otro, la

incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídicas que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se habría evitado; expuesto de otro modo: a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento.

Así lo anterior, la certeza a que alude la jurisprudencia del Conejo de Estado tiene que ver con la seguridad que tiene la persona de que en el evento de que no hubiera ocurrido la conducta, habría tenido la probabilidad, no la certeza, de obtener una ganancia o de evitar una pérdida en el futuro, mientras que la incertidumbre se concreta en el hecho de que habiéndose mantenido la oportunidad o el chance de obtener una ganancia o de evitar un daño futuro, en realidad no se sabe a ciencia cierta si se hubiera obtenido la ganancia o si se hubiera evitado la pérdida.

Para el caso del agente policial que perdió la vida en un operativo en el cual todos los representantes de la fuerza pública contaban con chalecos antibalas excepto él, sin que se pueda asegurar de modo absoluto que la muerte no hubiera ocurrido en caso de que portara dicho elemento de protección, la pérdida de oportunidad o de chance sucede

en cuanto puede hablarse de certeza de que si hubiera portado el chaleco antibalas, habría tenido la oportunidad de proteger su vida, aunque en todo caso exista incertidumbre a la hora de precisar si definitivamente no habría muerto si portara el mencionado chaleco, todo lo cual resulta del mayor interés, en particular si se considera que los daños que deben indemnizarse son únicamente los reales, aunque sean futuros, sin considerar nunca los llamados hipotéticos.

De ahí que la jurisprudencia y la doctrina hayan intentado precisar cuál es el verdadero alcance de la noción "pérdida de oportunidad", poniendo de presente cuáles deben ser sus límites.

En este sentido, se ha dicho que si la oportunidad o el chance en realidad antes que una probabilidad es una mera posibilidad vaga y genérica, en realidad se estaría en presencia de un daño meramente hipotético o eventual, el cual, por consiguiente, no puede ser objeto de indemnización alguna, aclarándose también, por otro lado, que lo que se pierde o se frustra no es el beneficio que de manera concreta se esperaba obtener o la pérdida que se esperaba evitar, sino la oportunidad en sí misma.

Lo que interesa en esta clase de perjuicios, entonces, son las probabilidades u oportunidades perdidas, difuminadas o frustradas, lo cual es diferente de lo que en últimas estaba en juego, lo que se esperaba o anhelaba, pues solo aquellas representan un valor económico incuestionable que acrecerá cuanto mayores hubieren sido las probabilidades de conseguir el beneficio o de evitar el perjuicio habida cuenta de las particulares circunstancias del caso concreto.

Importa también precisar que por sus especiales características y delimitaciones, la pérdida de oportunidad es un rubro autónomo del daño, razón por la cual deben tenerse muy presentes los requisitos que han sido delineados por la jurisprudencia del Consejo de Estado[62], a saber:

— REQUISITOS

Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque esta envuelva un componente aleatorio

Aunque el bien lesionado no tiene la connotación de un derecho subjetivo porque se trata de la mera frustración de una expectativa, ocurre la indemnización del daño pero siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de una "esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente"[63] de que no habiendo mediado el evento dañoso, la víctima habría mantenido la "expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes"[64].

Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento

La probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si ello depende del futuro, entonces se estaría en presencia de un perjuicio eventual o hipotético que como tal no es susceptible de ser indemnizado, de manera que si aquella todavía puede ser alcanzada, existe aún el chance o la oportunidad y en consecuencia no habría nada por indemnizar.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la "pérdida de oportunidad" del "lucro cesante" como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían—[65].

La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado

Es necesario que para el momento en que ocurrió el hecho dañino el afectado se hallara en una situación idónea tanto fáctica como jurídica para alcanzar el provecho que propugnaba.

Si bien ello no puede ser considerado como un requisito de esta clase de perjuicios, la jurisprudencia ha puesto de presente que el concepto de la pérdida de oportunidad se ha llegado a constituir en una técnica útil dentro de los eventos en los cuales existe incertidumbre causal, con la cual, por consecuencia, se provee a la facilitación probatoria de la causalidad, pues en algunas ocasiones existe un desequilibrio como cuando la víctima tiene dificultades probatorias para demostrar la existencia de causalidad.

Lo que interesa subrayar ahora es, sencillamente, que la doctrina de la pérdida de oportunidad, al igual que la técnica presuntiva y la teoría del incremento del riesgo, pretende auxiliar a la víctima que se encuentra en dificultades a la hora de probar que el daño padecido es consecuencia del hecho ilícito; y que, a diferencia de estas, no persigue una estricta facilitación del nexo causal, sino indemnizar a la víctima, precisamente, cuando el lazo etiológico no se tenga por cierto y demostrado.

[…] En conclusión […] una hipótesis de pérdida de chance puede plantearse cuando haya dejado de demostrarse la causalidad física o, lo que es lo mismo, cuando no se haya acreditado que el hecho ilícito fue condición necesaria de la pérdida del beneficio esperado. Esta apreciación es de orden fáctico y se llega a ella aplicando las reglas y estándares probatorios que impone el derecho procesal y el

derecho de la responsabilidad civil. La cuestión de la presencia o ausencia de la causalidad (y, por ende, la de la pérdida de oportunidad) se traslada así, básicamente, a la teoría general del conocimiento judicial o de la valoración de la prueba, que es la que escudriña los criterios con qué apreciar la certeza de un hecho que ha podido acaecer efectivamente (hecho real) o que habría podido acaecer en otras circunstancias (hecho hipotético)[66].

Por consiguiente, la doctrina de la pérdida de oportunidad se emplea en eventos en los cuales existe incertidumbre causal, así que no deben situarse dentro de esta categoría los eventos en los cuales sí existe la razonable certeza de que el agente dañoso provocó el perjuicio, ni los eventos en los que las probabilidades de que así hubiere ocurrido resultan insignificantes.

Sin embargo, se ha dicho también que pese a la consideración anterior, la noción de que se viene hablando no se puede constituir en un mecanismo para declarar la responsabilidad del demandado en eventos de ausencia de demostración del vínculo causal entre el hecho dañino y la ventaja inexorablemente frustrada o el detrimento indefectiblemente sufrido, de manera que erróneamente resultara posible condenar al pago de una indemnización por el provecho que ya no se puede obtener.

El concepto de pérdida de oportunidad, no obstante la utilidad que se ha mencionado presenta en eventos de incertidumbre causal, de todas maneras exige la demostración de la relación causal existente entre el evento dañino y la desaparición de la probabilidad de acceder a una ganancia o de evitar un detrimento.

La pérdida de oportunidad no representa, por tanto, una especie de daño subsidiario en defecto de prueba respecto de la relación causal entre el hecho o conducta censurados y el beneficio definitivamente perdido, sino una clase autónoma de daño respecto del cual no puede presentarse la tantas veces mencionada incertidumbre causal, toda vez que tal falta de certeza debería conducir, directa e

indudablemente, a la exoneración de responsabilidad por el anotado concepto[67].

De allí que resulte atinado aseverar que “cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad, no podemos incluir allí la simple imposibilidad de saber cuál es la causa de un daño”[68].

En otros términos, la noción de pérdida de oportunidad sí comporta un análisis en sede de causalidad, pero se trata de un examen circunscrito a la existencia de vínculo causal entre la conducta o el hecho dañino y la desaparición de las probabilidades de ganancia o de evitación del deterioro, sin que en manera alguna deba extenderse al estudio de la relación de causalidad entre tal acontecer o proceder enjuiciados y el beneficio que finalmente perseguía la víctima[69].

Así lo anterior, respecto del daño finalmente producido resultaría equivocado derivar una presunción de causalidad, partiendo del proceder antijurídico del demando, aun cuando la correspondiente relación causal no se hubiere demostrado debidamente.

En todo caso, el tema reviste complejidad, particularmente cuando entran en juego la aceptación de ideas según las cuales el mundo físico no está regido por leyes causales sino por leyes probabilísticas, de manera que no se propugna “si X entonces Y”, sino “si X, entonces Y en un porcentaje Z”, llegándose a hablar de una noción de causalidad probabilística en cuya virtud “el juez puede válidamente dar por demostrada la relación de causalidad en un supuesto específico sin necesidad de exigir plena prueba o certeza absoluta de la misma, de suerte que puede bastar con la demostración de una probabilidad preponderante o probabilidad determinante”[70].

Ahora bien, una vez establecido que ha tenido ocurrencia esta clase autónoma e independiente de perjuicio, existe otro aspecto de especial interés, cual es la forma en que se realiza la cuantificación de los perjuicios de oportunidad. Sobre esta particular, señala el Consejo de Estado en la decisión a que hemos venido refiriéndonos:

Para la cuantificación de la indemnización a reconocer por concepto de pérdida de oportunidad, entonces, será fundamental e ineludible el recurso a la estadística como herramienta que posibilita construir inferencias sobre la base del cálculo de las probabilidades que realmente tenía la víctima de conseguir el provecho esperado o de evitar la lesión a la postre padecida.

Así pues, podrá recurrirse a reglas o elementos como la probabilidad matemática —a partir de la denominada Ley de Laplace, en virtud de la cual la probabilidad de un suceso puede calcularse dividiendo el número de casos favorables entre el total de los posibles—, la probabilidad estadística, frecuencial o a posteriori —la cual postula que la probabilidad de ocurrencia de un específico acontecimiento equivale a la proporción de ocasiones en las cuales el mismo sucedería según lo refleje la observación de lo acontecido en un número grande de eventos de características y condiciones similares—, la probabilidad bayesiana —alternativa a la matemática y a la estadística tradicional en la medida en que permite interiorizar, en el cálculo de probabilidades, informaciones propias del caso concreto, de suerte que permite un resultado singularizado frente a una hipótesis aislada—, la probabilidad lógica —que permite conjuntar el examen de resultados estadísticos o matemáticos con el análisis de otras pruebas a partir de leyes, reglas, criterios o máximas de experiencia—, entre otras[71].

Sin embargo, como eventualmente en un caso concreto se puede carecer de elementos probatorios que con fundamento en criterios técnicos y estadísticos permitan

establecer la cuantía de la indemnización, a ella puede llegarse apoyándose en el criterio de la equidad, principio que aparece incluido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998[72], el cual siempre debe tenerse en cuenta para proveer una indemnización integral.

Por último, se precisa que, por tratarse de una clase de daño autónomo, en la correspondiente decisión de condena para indemnizar pueden concurrir los perjuicios materiales, morales, a la vida de relación o de alteración grave de las condiciones de existencia y los de pérdida de oportunidad o chance.

d. DAÑOS A LA SALUD

En sentencia del 14 de septiembre de 2011[73], el Consejo de Estado

adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquel, sino que está dirigido a resarcir económicamente —como quiera que empíricamente es imposible— una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo. Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), solo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios —siempre que estén acreditados en el proceso —: i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la

integridad corporal. Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto.

e. PERJUICIO POR AFECTACIÓN DE BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS

Si bien El Consejo de Estado[74] no define con precisión el concepto de perjuicio por afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, al referirse a esta clase de afectaciones ha indicado:

5.4. La observancia del control de convencionalidad y el deber de protección de los menores en el derecho convencional.

Ahora bien, pese a la descripción del anterior marco normativo interno, la Sala considera que la garantía de los derechos que aquí se discuten, esto es, los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y las obligaciones o deberes que conciernen a las autoridades frente a tales derechos, no puede limitarse a un análisis meramente legal o constitucional, sino que debe escalar al orden normativo y jurisprudencial convencional que permita proyectar la actividad de la entidad demandada dentro de los máximos estándares de protección para garantizar una adecuada y oportuna protección de los derechos de las víctimas [...].

De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados [...].

Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1.º de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza” [...].

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 smlmv, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quántum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.

V. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL

Según el artículo 99 del 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 Civil, donde entre otros se citan, como modos de extinguir las obligaciones, la solución o pago, la novación, la transacción, la compensación, la prescripción, etc. De manera que la obligación de indemnizar puede extinguirse por medio de cualquiera de los modos que establece 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 los artículos 41 y 42 de la Ley 600 de 2000, 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 pues, los institutos de la conciliación y la indemnización integral de los perjuicios (arts. 41 y 42 C. P. P. de 2000, 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

Según el artículo 98 del estatuto punitivo, cuando la acción civil se ejercita dentro del proceso penal por el perjudicado con el delito prescribe, respecto de 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, de 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 diez años, según lo preceptuado por el artículo 2536, incisos 1.º y 2.º, modificado por el artículo 8.º de la Ley 791 de 2002, 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.

Aquí resulta necesario efectuar una aclaración, la cual se impone por la consideración de que actualmente en

Colombia coexisten dos sistemas de procedimiento penal diferentes, regulados por las leyes 600 de 2000 y 906 de 2004, pues bajo la égida de la primera, siendo indiscutible que la acción civil se puede ejercitar dentro del proceso penal por medio de la constitución de parte civil, acontecerá que la acción civil prescribirá respecto de los penalmente responsables, en los mismos términos que el Código Penal establece para la prescripción de la respectiva acción penal, al paso que los términos de prescripción de la acción civil respecto del tercero civilmente responsable serán los que establezca la legislación civil, términos que no variarán si esta acción se ejercita ante los jueces civiles. Y si la acción civil se ejercita ante estos respecto de los penalmente responsables, la acción prescribirá, no en los términos en que prescribe la acción civil, sino en los términos de prescripción de la acción civil según lo dispuesto por el artículo 2536 del Código Civil.

En tratándose de actuaciones penales adelantadas bajo la ritualidad de la Ley 906 de 2004, sistema acusatorio, la definición del término de prescripción de la acción civil presenta una diferencia fundamental, pues en este caso la acción civil nunca prescribirá respecto de los penalmente responsables en el mismo término en que prescribe la acción penal, pues la acción civil bajo el sistema acusatorio solo se ejercita en el incidente de reparación integral, trámite procesal que solo es posible de adelantar cuando ya el proceso penal terminó con sentencia condenatoria ejecutoriada, según las voces del artículo 102 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 86 de la Ley 1395 de 2010.

Así las cosas, bajo este esquema procesal los términos de prescripción de la acción civil, bien sea respecto del penalmente responsable, ora respecto de los terceros civilmente responsables, siempre serán los que establezca la legislación civil, esto es, los dispuestos en los artículos 2536 (diez años para la responsabilidad civil extracontractual directa) y 2358 (tres años para la responsabilidad civil extracontractual indirecta) del Código Civil, y los del artículo 1081 del Código de Comercio (dos o cinco años, según sea prescripción ordinaria o extraordinaria), en tratándose de las compañías de seguros.

Para los procesos que se adelanten por el procedimiento penal especial abreviado entronizado mediante la Ley 1826 de 2017, como en este sí es posible introducir una pretensión civil en la actuación penal, los términos de prescripción de la acción civil se establecen bajo las mismas reglas que operan para los procesos regidos por la Ley 600 de 2000, referidas en acápites anteriores.

En resumen:

1) Prescripción de la acción civil en el sistema de la Ley 600 de 2000 y 1826 de 2017:

a) Respecto del penalmente responsable, cuando la acción civil se tramita ante el juez penal, prescribe en el mismo término en que prescribe la acción penal.

b) Respecto del penalmente responsable, cuando la acción civil se tramita ante el juez civil, prescribe de conformidad con lo dispuesto por el Código Civil en el artículo 2536.

c) Respecto del tercero civilmente responsable, prescribe de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2536 y 2358 del Código Civil, sin que interese ante cuál jurisdicción se tramita.

d) Respecto de la compañía de seguros, prescribe de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, sin que interese ante cuál jurisdicción se tramita.

2) Prescripción de la acción civil en el sistema de la Ley 906 de 2004:

Respecto del penalmente responsable, del tercero civilmente responsable y de la compañía de seguros, siempre prescribirá en los términos establecidos por los artículos 2536 y 2358 del Código Civil, para los primeros, y del artículo 1081 del Código de Comercio, para la última.

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.º del artículo 2358 del Código Civil[75], 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.º 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 este 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), la acción prescribirá en diez años, como lo ordena el artículo 2536 ut supra.

BIBLIOGRAFÍA

CARNELUTTI, FRANCESCO, Lecciones sobre el proceso penal, vol. I, Buenos Aires, Jurídicas Europa-América-Bosch, 1950.

GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO, La acción civil en el proceso penal, 3.ª ed., 2014, Bogotá Universidad Externado de Colombia.

GAVIRIA LONDOÑO, VICENTE EMILIO, Víctimas, acción civil y sistema acusatorio, 5.ª ed., 2015, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

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.º 5, Medellín, 1987.

MARTÍNEZ RAVE, GILBERTO, La responsabilidad civil en Colombia, 4.ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1988.

MONTES, CRISTÓBAL, El incumplimiento de las obligaciones, Madrid, Tecnos, 1989.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, Derecho penal. Parte general, reimp. 11.ª ed., Bogotá, Temis, 1988.

REYES ECHANDÍA, ALFONSO, La tipicidad, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 1984.

ROCA, ENCARNA, Derecho de daños, 2.ª 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.

Notas Al Pie

Lección 1: Concepto y función del derecho penal

1JUAN BUSTOS RAMÍREZ. Introducción al derecho penal, Bogotá, Temis, 1994, pp. 4 y ss.

2EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. Sobre el concepto de derecho penal, Madrid, Universidad de Madrid, 1981, p. 20 y ss.

3FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1994, pp. 24 y ss.

4Una 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.

5Una 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.

6Una 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.

7LUIGI FERRAJOLI. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995, pp. 334 y 335.

8En 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”.

Lección 2: Teoría de los fines de la pena

1Cfr. 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.

2Cfr. PEÑARANDA RAMOS, “La pena. Nociones generales”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), Introducción al

Derecho penal, Pamplona, Civitas, 2015, p. 259.

3Cfr. CLAUS ROXIN, Culpabilidad y prevención en derecho penal, Madrid, Reus, 1981, p. 98.

4Cfr. HANS SCHULTZ, citado por ROXIN, Culpabilidad, cit., p. 98.

5Cfr. 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.

6Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALLARE. “Pena y Estado”, cit., pp. 99 y ss.

7Sobre la evolución y desarrollo de los diferentes modelos de Estado, véase R. H. S. CROSSMAN. Biografía del Estado moderno, Madrid, Colección Popular, 1986, y WOLFGANG ABENDROTH y KURT LENK, Introducción a la ciencia política, Barcelona, Anagrama, 1971.

8Consideramos 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, a 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.

9Cfr. HEIKO LESCH, La función de la pena, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 18 y ss.

10Cfr. BUSTOS y HORMAZÁBAL, “Pena”, cit., p. 103.

11Consideramos que, tratándose de teorías absolutas, sí se puede hablar de funciones de la pena, y no de fines.

12Cfr. IGNACIO BERDUGO, El concepto, el método y las fuentes del derecho penal, p. 75.

13Cfr. 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, 2.a ed., Barcelona, Bosch, 1982, pp. 26 y ss.

14MIR PUIG, Derecho penal, parte general, Barcelona, Reppertor, 2016, p. 85.

15Ibid.

16Cfr. PENARANDA RAMOS, “La pena. Nociones generales”, cit., p. 262.

17En este sentido, ampliamente, DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA, Medición de la pena y sustitutivos penales, Universidad Complutense de Madrid, 1979, pp. 23 a 25.

18Ibid., pp. 59 a 60. Lo anterior no obsta para reconocer que la mayoría de ordenamientos penales parten de planteamientos retribucionistas.

19Cfr. SANTIAGO MIR PUIG, Introducción a las bases del derecho penal, Barcelona, Bosch, 1976.

20Cfr. JUAN BUSTOS, Introducción al derecho penal, Bogotá, Temis, 1986, p. 74.

21En este sentido, cfr. BERDUGO, El concepto, cit., p. 77.

22Cfr. BUSTOS, Introducción, cit., p. 76.

23CESARE BECCARIA, De los delitos y de las penas, Madrid, Aguilar, 1982.

24Cfr. MIR PUIG, Función, cit., p. 31. En terminología de HASSEMER, “Prevención general-especial”.

25Cfr. LUZON PENA, Medición de la pena y sustitutivos penales, Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 26.

26Cfr. CLAUS ROXIN, Sentido y límites de la pena estatal, Madrid, Reus, 1976, p. 18.

27Cfr. MIR PUIG, Función, cit., p. 31.

28Cfr. BUSTOS y HORMAZÁBAL. “Pena”, cit., pp. 105 y ss.

29Sobre 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 y HORMAZÁBAL, “Pena”, cit., pp. 105 y ss.

30LISZT 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, por medio de la privación de la libertad (inocuización).

31Cfr. GERARDO LANDROVE DÍAZ, Las consecuencias jurídicas del delito, 3.a ed., Barcelona, Bosch, 1984, pp. 5 y ss.

32Ampliamente, sobre este aspecto, ROXIN, Sentido, cit., pp. 15 y ss.

33En 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.

34Cfr. 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.

35Cfr. ANTONIO GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Estudios penales, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 18 y ss.

36Cfr. MIR PUIG, Derecho penal, parte general, Barcelona, Reppertor, 2016, p. 94.

37Cfr. VELÁSQUEZ, Fundamentos de Derecho penal. Parte general, Bogotá, Andrés Morales, 2018, p. 159.

38En 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.

39HANS WELZEL, citado por MIR PUIG, Función fundamentadora, cit., p. 52.

40Cfr. BARATTA, “Integración-prevención”, cit., pp. 533 y ss.

41Cfr. MIR PUIG, Función fundamentadora, cit., p. 57.

42F. MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social, Fundación Universitaria de Jerez, pp. 42 y 43.

43Véase 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.

44Cfr. HASSEMER. Fines de la pena, cit., p. 134.

45Cfr. ROXIN. Sentido, cit., pp. 33 y ss.

46SCHMIDHAUSER, citado por BERDUGO, El concepto, cit., p. 116.

47Con relación a la tesis expuesta por ROXIN debemos resaltar que 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 adelante, al publicar su Derecho penal. Parte general,

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.

48PEÑARANDA RAMOS, “La pena. Nociones generales”, cit., p. 97.

49ROXIN 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 esta no implique un efecto contrario a la defensa del orden jurídico. A esto lo denomina “la reserva mínima del derecho penal”.

50Corte Constitucional, sentencia C-157 del 19 de marzo de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

51Corte Constitucional. Sentencia C-144 del 19 marzo de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

52Frente 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).

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

1Cfr. HANS WELZEL, Introducción a la filosofía del derecho, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1977, p. 252. HANS WELZEL, Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1962, pp. 36 y 42. GUSTAVO RADBRUCH, Filosofía del derecho, Madrid, 1959, p. 44.

2HANS WELZEL. Introducción a la..., cit., pp. 251-252.

3IVÁN OROZCO ABAD y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO, Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal, Bogotá, Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997, p. 137.

4Cfr. HERNANDO BARRETO ARDILA, "El sistema penal en tiempos de redefiniciones etiológicas posmodernas". Ponencia presentada en las XX Jornadas Internacionales de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

5Cfr. HERNANDO BARRETO ARDILA, Derechos Humanos. Aproximación a sus fuentes, Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública, 1995, p. 134.

6Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-239 de 1997.

7Cfr. MARIO MADRID-MALO GARIZÁBAL, Estudios sobre Derechos Fundamentales, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 1995, p. 81.

8HEIKO LESCH, Función de la pena, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 18 ss.

9CESARE BECCARIA, De los delitos..., cit., p. 30.

10Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, fallo del 12 de diciembre de 2005, rad. 23899.

11Cfr. BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA y HERNANDO BARRETO ARDILA, Principios de derecho penal, 2.ª ed., Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 49 ss.

12Cfr. HERNANDO BARRETO ARDILA, “Dolo, culpa y preterintención: ¿formas de culpabilidad?”, Derecho Penal y Criminología, n.° 60, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997.

13Corte Constitucional, Sentencia C-365 de 2012, reiterada en Sentencia C-464 de 2014.

14ALVARO ORLANDO PEREZ PINZON, “Derecho penal mínimo y derecho penal de garantías”, en Pensamiento Penal Moderno, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 138.

15Cfr. HERNANDO BARRETO ARDILA, “La Ley de Justicia y Paz frente a la Corte Penal Internacional”. Ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia. Publicada en Derecho Penal y Criminología n.° 81, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

16CESARE BECCARIA, De los delitos y de las penas, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 69.

17JUAN PABLO MARAT, Principios de legislación penal, Madrid, Librería de Gabriel Sánchez, 1891, pp. 32 y 42.

18Cfr. GERARDO BARBOSA CASTILLO y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Bien jurídico y derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 101 ss.

Lección 4: Relaciones de la criminología con el derecho penal

1A. BARATTA, Criminologia critica e critica del diritto penale, Bolonia, Il Mulino, 1982, pp. 26-27.

A. BARATTA, “Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal”. En: Revista Poder y Control, n.° 0, 1986,

p. 81.

2“[D]elito entendido como concepto jurídico, es decir como violación del derecho y también de aquel pacto social que estaba, según la filosofía política del liberalismo clásico, en la base del Estado y del derecho” (A. BARATTA, Criminologia critica e critica del diritto penale, Bolonia, Il Mulino, 1982, p. 25).

3Entre los autores que ubican el inicio de la criminología en la llamada escuela clásica de la criminología, se encuentran TAYLOR, WALTON & YOUNG, La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada, Buenos Aires, Amorrortu, 1997, pp. 19-28.

4J. BUSTOS RAMÍREZ, Criminología y evolución de las ideas sociales. En: BERGALLI, BUSTOS RAMÍREZ y MIRALLES. El pensamiento criminológico I: Un análisis crítico, Bogotá, Temis, 1983, p. 29.

5Ibid., p. 35.

6A. BARATTA, A., The Role of Criminal Law Science within the System of Social Control and its Attitude Toward New Criminology, Rotterdam, Universidad Erasmus, 1987, p. 8.

7Ibid., p. 9.

8A. BARATTA, Criminologia critica e critica del diritto penale, Bolonia, Il Mulino, 1982, p. 154.

9J. BUSTOS RAMÍREZ, Manual de Derecho Penal español. Parte general, Barcelona, Ariel, 1984, p. 367.

10Cuyo libro acerca de las instituciones totales devela los procesos que se realizan en su interior; cuestiona con ello la ideología del tratamiento. Asylums. Le istituzioni totali, i meccanismi dell'esclusione e della violenza (1961).

11La perspectiva fenomenológica indaga por lo que Weber llama verstehen, "esto es, comprensión en un nivel personal de los motivos y creencias que están detrás de las acciones de la gente" (S. TAYLOR y R. BOGDAN, Introducción a los métodos cualitativos de investigación: la búsqueda de significado, Barcelona, Paidós, 1996, p. 16). Los autores sostienen que en esta perspectiva se "quiere entender los fenómenos sociales desde la propia perspectiva de actor. Examina el modo en que se experimenta el mundo. La realidad que importa es lo que las personas perciben como importante" (p. 16).

12P. BERGER y T. LUCKMANN, La construcción social de la realidad, Buenos Aires, Amorrortu, 1998, p. 204.

13Ibid., p. 27.

14Ibid., p. 35.

15Entre quienes se ocuparon de la carrera desviada se encuentran H. BECKER, con su obra Outsiders: studies in the sociology of deviance (1963), quien señaló los efectos

del etiquetamiento en la adjudicación del status de desviado, y E. LEMERT, quien en su libro Human deviance, social problems and social control (1967) desarrolla el concepto de desviación primaria y secundaria; la primera se da con el incumplimiento de la norma y la segunda con la asunción, por parte del individuo, del rol correspondiente.

16A. BARATTA, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”. En: Papers Revista de criminología, 13, 1980, p. 27

17M. PAVARINI, Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, México, Siglo XXI, 1980, p. 195 y ss.

18D. CHAPMAN, Lo stereotipo del criminale: Componenti ideologiche e di classe nella definizione del criminale, 3.ª ed., Turín, Einaudi, 1971.

19MC NAUGHTON-SMITH, “The Second-Code. Toward (or Away From) an Empiric Theory of Crime and Delinquency”. En: Journal of Research in Crime and Delinquency , 5, 1969, pp. 189-197.

20R. HERNÁNDEZ, C. FERNÁNDEZ y P. BAPTISTA, Metodología de la investigación, 3.ª ed. México, McGraw-Hill, 2004, p. 11.

21RODRÍGUEZ, GIL & GARCÍA, Metodología de la investigación cualitativa, Málaga, Aljibe, 1999, p. 32.

22P. CORBETTA, Metodología y técnicas de investigación social, Madrid, McGraw-Hill, 2007, p. 18.

23Ibid., p. 27.

El fundamento de la investigación interpretativa “radica en la necesidad de comprender el sentido de la acción social en el contexto del mundo de la vida y desde la perspectiva de los participantes” (I. VASILACHIS, Estrategias de investigación cualitativa, Barcelona, Gedisa, 2006, p. 48).

24P. CORBETTA, Metodología y técnicas de investigación social, Madrid, McGraw-Hill, 2007, p. 27.

25Ibid., pp. 27-28.

26Ibid., p. 28.

27J. BUSTOS RAMÍREZ, “Criminología y evolución de las ideas sociales”. En: BERGALLI, BUSTOS RAMÍREZ y MIRALLES, El pensamiento criminológico I: Un análisis crítico, Bogotá, Temis, 1983, p. 43.

28E. ZAFFARONI, En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1993, p. 91.

29L. FERRAJOLI, “Criminología, crímenes globales y derecho penal: el debate epistemológico en la criminología

contemporánea”. En: Revista crítica penal y poder (4), 2013, p. 224.

30Ibid., p. 227.

31Ibid., p. 232.

Lección 5: Relaciones del derecho penal con otras disciplinas

1FRANCESCO CARRARA, Programa de derecho criminal, Parte General, vol. I, reimpresión, Bogotá, Temis, 1988, pp. 18-19.

2EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Tratado de derecho penal, Parte General, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1987, p. 27.

3GEORGE RITZER, Teoría sociológica clásica (María Teresa Casado Rodríguez, trad.), 3.ª ed., México, D. F., McGraw-Hill, 2007, p. 4.

4JOSEPH FITCHER, Sociología (versión castellana de Alejandro Esteban Lator Ros), 18.ª ed., Barcelona, Libergraf, 1974, p. 17.

5ANTHONY GIDDENS, La constitución de la sociedad. Bases para la teoría de la estructuración (José Luis

Etcheverry, trad.), 2.ª ed., Buenos Aires, Amorrortu, 2011, p. 40

6Ibid.

7JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS, “Las raíces filosóficas jurídicas del pensamiento penal español contemporáneo”, en Anuario de Filosofía del Derecho, vol. VII, 1989, p. 178. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1985295.pdf >.

8ROSENDO BOLÍVAR MEZA, La política como ciencia. Disponible en <http://revistas.unam.mx/index.php/rep/article/viewFile/37515/34079>.

9DIEGO E. LÓPEZ MEDINA, “Las relaciones entre derecho y economía”, en De Justicia. Derecho Justicia y Sociedad. Disponible en <https://www.dejusticia.org/las-relaciones-entre-derecho-y-economia/>.

10ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos (edición castellana para Latinoamérica), 1.ª reimp., Lima-San Marcos, Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP)-Iuris Consulti, 2010, p. 6.

11FRAMIS ANDREA GIMÉNEZ-SALINAS y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Investigación criminal. Principios, técnicas y aplicaciones, 1.ª ed., Madrid, Lid, 2015, p. 17.

12CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU y CAROLINA GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, Neurociencias y derecho. Reflexiones de la cognición social, el libre albedrío, la dignidad humana, la culpabilidad y la prueba novel, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 295.

13MICHELE TARUFFO, “Proceso y neurociencia”, en Neurociencia y proceso judicial (Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll, dirs.), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 15.

14RENÉ MOLINA GALICIA, “Neurociencia, neurótica, derecho y proceso”, en Neurociencia y Proceso Judicial (Michele Taruffo y Jordi Nieva Fenoll, dirs.), Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 44.

15IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ y VÍCTOR JAVIER VELÁSQUEZ GIL, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Extractos de jurisprudencia, t. I, Medellín, Librería Jurídica Sánchez R., 2017, p. 556.

16Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 26 de septiembre de 2006.

17Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

18Corte Constitucional, Sentencia C-010 del 19 de enero de 2000.

19Véase, entre otras, la Sentencia C-406 de 1996.

Lección 6: Fuentes del derecho penal

1RAMÓN GARCÍA PELAYO GROSS. Pequeño Larousse ilustrado, París, Larousse, 1984, p. 485.

2MANUEL OSORIO. Diccionario de las ciencias jurídicas, políticas y sociales, Buenos Aires, Heliasta, 1981, p. 328.

3JULIO CUETO RÚA. Las fuentes del derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 18, 24 y 25.

4HANS-HEINRICH JESCHECK. Tratado de derecho penal. Parte general, 4.ª ed., Granada, Editorial Comares, 1993, pp. 80 y ss.

5EDUARDO GARCÍA MAYNEZ. Introducción al estudio del derecho, Buenos Aires, Porrúa, 1995, p. 52.

6FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Manual de derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1994, p. 66.

7El artículo 1.º 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.

8HUMBERTO A. SIERRA PORTO. Concepto y tipos de ley en la Constitución Política, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 45

9SIERRA PORTO. Op. cit., p. 47.

10El clasificar las fuentes del derecho penal en “principales” y “subsidiarias” responde a la nomenclatura 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”.

11Cfr. VELASQUEZ VELASQUEZ. Op. cit., p. 68.

12Cfr. SIERRA PORTO. Op. cit., p. 67.

13El 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).

14VLADIMIRO 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.

15HERMANN HELLER. Teoría del Estado, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 268.

16Cfr. SIERRA PORTO. Op. cit., p. 60.

17ALFONSO REYES ECHANDÍA. Derecho penal, 11.ª edición, Bogotá, Temis, 1990, p. 47.

18RODRIGO UPRIMNY YEPES. “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”.

19Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Op. cit., p. 73.

20Cfr. SIERRA PORTO. Op. cit., p. 113.

21Cfr. Ibid., p. 121.

22HANS KELSEN. Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho, Bogotá, 2000, pp. 112 y ss.

23H. L. A. HART. El concepto de derecho. Trad. Genaro R. Carrió, 2.ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 34.

24CARLOS BERNAL PULIDO. El derecho de los derechos, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 133.

25AURA HELENA PEÑAS FELIZZOLA. Génesis del sistema penal colombiano. Utilitarismo y tradicionalismo en el Código Penal neogranadino de 1837, Monografías de Ciencias Penales, n.º 5, Bogotá, Doctrina y Ley, 2006, p. 38.

26Cfr. SIERRA PORTO. Op. cit., pp. 128 y ss.

27Ver 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.

28Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Op. cit., p. 74.

29JACOBO PÉREZ ESCOBAR. Derecho constitucional colombiano, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 2004, p. 510.

´

30PEREZ ESCOBAR. Op. cit., p. 512.

31Cfr. SIERRA PORTO. Op. cit., p. 170.

32El último inciso del numeral 10.º 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.

33Cfr. SIERRA PORTO. Op. cit., p. 349.

34Es 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.

35LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ. Derecho administrativo. General y colombiano, 14.ª ed., Bogotá, Temis, 2005, p. 235.

36Cfr. SIERRA PORTO. Op. cit., p. 61.

37JUAN 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

constitucionalidad de la ley penal. incluso podría ser recomendable dentro de una adecuada técnica legislativa".

38BUSTOS 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'".

39Sobre 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.

40Corte Constitucional. Auto 204 de 2006. M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

41DIEGO EDUARDO LOPEZ MEDINA. El derecho de los jueces, 2.ª ed., Bogotá, Legis, Universidad de los Andes, 2006, p. 141.

42Corte Constitucional. Auto 204 de 2006.

43Tal como lo define LÓPEZ MEDIDA en su obra El derecho de los jueces, pp. 206, 213 a 215.

44LÓPEZ MEDINA. Op. cit., 206.

45Corte Constitucional. Auto 204 de 2006.

46EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO. Manual de derecho romano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 62.

47Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Op. cit., p. 72.

48Cfr. REYES ECHANDÍA. Op. cit., p. 48.

49BUSTOS 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’”.

50MARIO MADRID MALO. Diccionario de la Constitución Política de Colombia, 2.ª ed., Bogotá, Legis, 1998, p. 263.

51JUAN BUSTOS RAMÍREZ. Manual de derecho penal, Barcelona, PPU, 1994, p. 162.

52MADRID MALO. Op. cit., p. 114.

53Corte Constitucional. Sentencia C-187 de 2006, M. P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

54JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Derecho penal fundamental 1, 3.ª ed., Bogotá, Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, 2004, p. 153.

55ARTHUR KAUFMANN. Filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 210.

56Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Op. cit., pp. 70 y ss.

57Cfr. BUSTOS RAMÍREZ. Op. cit., p. 162.

58FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. Op. cit., pp. 156 y ss.

59Cfr. MADRID MALO. Op. cit., p. 137.

60Corte Constitucional. Sentencia SU-837 de 2002, M. P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.

Lección 7: Interpretación de la ley penal

1ALFROSS. Sobre el derecho y la justicia, Buenos Aires, Losada, 1963, p. 125.

2Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO. Introducción al análisis del derecho, Buenos Aires, Ariel, 1997, pp. 245 y ss.

3Cfr. H. L. A. HART. Essays in jurisprudence and philosophy, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 2.

4Cfr. PABLO RODRÍGUEZ GREZ. Teoría de la interpretación jurídica, Santiago, Jurídica de Chile, pp. 51 y ss.

5Cfr. EMILIO BETTI. Interpretación de la ley y de los actos jurídicos, Madrid, Rev. Derecho Privado, 1975, pp. 125 y ss.

6Cfr. RICCARDO GUASTINI. “La interpretación: objetos, conceptos y teoría”, en Interpretación jurídica y decisión judicial, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, 1998, p. 35.

7Cfr. FEDERICO CARLOS SÁINZ DE ROBLES. Diccionario de la Literatura, Madrid, Aguilar, 1965, p. 1085.

8Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Derecho penal. Parte general, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1995, p. 114.

9Cfr. LUWIG WITTGENSTEIN. Observaciones, México, Siglo XXI, 1981, p. 88.

10Digesto, Ley 69, De Legalis 3, Libro 32.

11Digesto, Regla 67, Tit. 17, Libro 50.

12Cfr. ARTHUR KAUFMANN. Filosofía del derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 246 y ss.

13RONALD DWORKIN. Tras la justicia, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 137 y ss.

14Cfr. 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.

Lección 8: Ámbito de validez temporal de la ley penal

1Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 3 de septiembre del 2001, rad. 16837, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

2Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 11 de julio de 2018, rad. 52919, M. P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

3Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 27 de marzo de 2014, rad. 34099. Sin ponente.

4Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 12 de marzo de 2014, rad. 42623, M. P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

5Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1997, p. 144. También JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, t. I, Bogotá, Temis, 1993, p. 131.

6Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 25 de agosto de 2010, rad. 31407, M. P. María del Rosario González Muñoz.

7Cfr. CLAUS ROXIN, Derecho penal. Parte general, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 162.

8Cfr. Tribunal Supremo Español, sentencias del 14 de noviembre del 2000, rad. 1741, y del 22 de mayo de 2009, rad. 480.

9En este sentido, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal Fundamental, vol. I, Bogotá, Temis, 1986, pp. 127 y 128.

10Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto del 12 de junio de 2013, rad. 41144, M. P. María del Rosario González Muñoz.

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

1Así lo expresó la Corte Constitucional en la Sentencia C-1189 del 13 de septiembre de 2000.

2Aún 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.

3Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 25 de abril de 1950, M. P. Agustín Gómez Prada.

4Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Conc. 26 de mayo de 1982.

5En 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”.

6A. V. C-186 de 1996.

7Declarado exequible en Sentencia C-543 de 1998 por la Corte Constitucional.

8Artículo 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”.

9Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Concepto de extradición del 16 de abril de 2015, rad. 44987, M. P. María del Rosario González Muñoz.

10Corte Constitucional, Sentencia su-047 de 1999, MM. PP. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.

11Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-062 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

12Corte Constitucional. Sentencia su-1184 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

13Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 5 de junio de 2014, rad. 35113, M. P. Eugenio Fernández Carlier.

14Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 28 de mayo de 2014, rad. 38242, M. P. María del Rosario González Muñoz.

15Al 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 York el 2 de febrero de 1971”.

Lección 10: Teoría de la norma

1LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO, ENRIQUE ARNALDO ALCUBILLA y FERNANDO ROMÁN GARCÍA. “Los 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.

2CAZORLA PRIETO et al. Op. cit., p. 130.

3Ibid., pp. 111 y 112.

4MIR PUIG. Op. cit., p. 22.

5Ibid., p. 25.

6Ibid., pp. 27, 28, 29 y 30.

7Ibid., p. 39.

8Cfr. JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR. Fundamentos de derecho penal, Tirant lo Blanch, 1993, pp. 71 a 74.

9"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.

10Así ZUGALDÍA ESPINAR. Op. cit., pp. 33 y ss.

11CLAUS ROXIN. La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Tirant lo Blanch, 2000, p. 24.

12Cfr. 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". Y en El sistema del derecho penal en la actualidad, publicado genéricamente bajo el mismo nombre anterior, afirma: "El tipo tiene una función 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).

13Op. cit., pp. 41 y 42.

14ARMIN KAUFMANN. Teoría de las normas, Depalma, 1977, p. 3.

15Ibid., pp. 3 a 7.

16Ibid., p. 5 a 13.

17Ibid., p. 13 y 19.

18Ibid., p. 64.

19GONZALO QUINTERO OLIVARES. Manual de derecho penal. Parte general, Aranzadi, 2000, pp. 48, 49 y 50.

20DIETHART ZIELINSKI. Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito, Hammurabi, 1990, pp. 5 y 6.

21Ibid., pp. 7 a 10.

22Cfr. KAUFMANN. Teoría de las normas, cit., pp. 144 y ss.

23ZIELINSKI. Op. cit., pp. 6 y 7.

24Citado por KAUFMANN. Teoría de las normas, cit., pp. 12 y ss.

25Ibid., p. 174.

26Ibid., p. 11.

27EDMUNDO MEZGER. Tratado de derecho penal, t. I, Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 339, 340 y 341.

28Ibid., p. 343.

29GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO. Derecho penal. Parte general, Madrid, Civitas, 1978, pp. 83 y 325.

30GEORGES KALINOWSKI. Lógica de las normas y lógica deóntica, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, 1996, p. 9.

31Ibid., p. 51.

32Ibid., p. 53.

33Ibid., pp. 52, 53, 54, 55 y 56.

34Ibid., p. 68.

35Ibid., p. 10.

36Ibid., p. 12.

37Ibid., pp. 12 y 13.

38Ibid., p. 12.

39La expresión “determinar nuestro comportamiento en tanto medio en vista de un fin” sin duda alguna se refiere o condensa la idea de norma de determinación, puesto que, como lo señala ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ella “persigue evitar la conducta que prohibe y conseguir la que ordena: sus mandatos, en definitiva, son un medio al servicio de tal fin”: Derecho penal. Introducción, Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 280.

40CARLOS ALCHOURRÓN y EUGENIO BULYGIN. Sobre la existencia de las normas jurídicas, Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política, 1997, pp. 41 a 44.

41JOSÉ FERRATER MORA. Diccionario de filosofía, vol. II, Barcelona, Ariel, 1994.

42Con 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.

43ALCHOURRON y BULYGIN, Sobre la existencia de las normas jurídicas, cit., pp. 18, 19, 41 a 44.

44Ibid., p. 9.

45Ibid., p. 48.

46Ibid., p. 62.

47Para 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 420; FRANCISCO MUÑOZ CONDE. Derecho penal y control social, Bogotá, Temis, 1999; GÜNTER STRATENWERTH. Acción y resultado en el derecho penal, Hammurabi, 1991.

48Así KALINOWSKI, Lógica de las normas, cit., p. 10.

49Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Derecho penal, cit., p. 272.

50SUSANA HUERTA TOCILDO. Sobre el contenido de la antijuridicidad, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17 y 18.

51Ibid., p. 273.

52HANS-HEIRINCH JESCHECK. Tratado de derecho penal. Parte general, vol. I, Bosch, 1981, pp. 318 y 319.

53GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Derecho penal, cit., p. 274.

54EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y SUSANA HUERTA TOCILDO. Derecho penal. Parte general, RAFAEL CASTELLANOS, 1986, pp. 185 y 186.

55QUINTERO OLIVARES. Manual, cit., p. 285.

56RODRÍGUEZ MOURULLO, Derecho penal, cit., p. 327.

57Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Derecho penal, cit., pp. 274 y 278.

58Ibid., p. 283.

59“...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”: GARCIA-PABLOS DE MOLINA. Derecho penal, cit., p. 279.

60SANTIAGO MIR PUIG. Derecho penal. Parte general, PPU, 1990, pp. 43 y 44.

61QUINTERO OLIVARES. Manual, cit., p. 52.

62JESCHECK. Tratado, cit., p. 320.

63MIR PUIG. Derecho penal, cit., pp. 44 y 45.

64MIGUEL POLAINO NAVARRETE. Derecho penal. Parte general, t. II, vol. I, Barcelona, Bosch, 2000, p. 50.

65MIRENTXU CORCOY BIDASOLO. El delito imprudente, PPU, 1989, p. 90.

66QUINTERO OLIVARES, Manual, cit., p. 291.

67DE TOLEDO Y UBIETO y HUERTA TOCILDO. Derecho penal, cit., pp. 168 y 169.

68Así QUINTERO OLIVARES. Op. cit., p. 57.

69Por 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.

70GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Derecho penal, cit., p. 285.

71Así HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido, cit., pp. 32 y 50.

72RODRÍGUEZ MOURULLO. Derecho penal, cit., p. 332.

73Ibid., pp. 100 y 389.

74Ibid., pp. 25 y ss.

75Igual consecuencia en CUELLO CONTRERAS. Op. cit., p. 357.

76QUINTERO OLIVARES. Manual, cit., p. 291.

77Sentencia C-739 del 22 junio de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

78ALCHOURRON y BULYGIN. Sobre la existencia de las normas jurídicas, cit., p. 30.

79Siguiendo a MIR PUIG se ha dicho: “El injusto total se da únicamente cuando la infracción de la norma de cuidado va acompañada de la ausencia de causas de justificación, ya que sólo en este caso se habrá infringido el imperativo dirigido al ciudadano (ya sea en forma de prohibición o de prescripción)”: CORCOY BIDASOLO. El delito, cit., p. 58.

80Ibid., pp. 52 y 53.

81KALINOWSKI, Lógica de las normas, cit., p. 23.

82Así SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, cit., p. 313.

83Así GERARDO BARBOSA CASTILLO y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. Bien jurídico y derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 50 y 51.

84Así 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.

85Tal 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.

86En efecto, como lo anotan M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, "Directa o indirectamente, todo sistema 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 esencial e imprescindible del injusto": Derecho penal. Parte general, Tirant lo Blanch, 1990, p. 211.

87Lo 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.

Lección 11: Evolución del método dogmático

1CESARE BECCARIA. De los delitos y de las penas, 3.ª ed., Bogotá, Temis, 2000.

2FRANCESCO CARRARA. Programa de derecho criminal, Bogotá, Temis, 1978, vol. I, p. 32.

3Ibid., p. 36.

4CESARE BECCARIA. De los delitos y de las penas, Bogotá, Nuevo Foro, 1998, pp. 18 y 21.

5NODIER AGUDELO BETANCUR. Grandes corrientes del derecho penal, 5.ª reimp., Bogotá, Nuevo Foro, 1997.

6Cfr. LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado de derecho penal, t. II, Buenos Aires, Losada, 1950, p. 65.

7ENRICO FERRI. Principios de derecho criminal, Madrid, Reus, 1933, p. 225.

8RAFAEL GARÓFALO. La criminología, Madrid, La España Moderna, sin fecha, p. 405.

9RAFAEL GARÓFALO. Di un criterio positivo della penalità, Napoli, Vallari, 1880, p. 52.

10FERRI. Principios de derecho criminal, cit., p. 51.

11LOMBROSO, 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.

12CÉSAR LOMBROSO. El delito, sus causas y remedios, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1902, p. 604.

13FERRI. Principios de derecho criminal, cit., p. 51.

14Ibid., p. 269.

15ENRIQUE 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.

16FERRI. Principios de derecho criminal, cit., p. 22.

17Ibid., p. 575.

18Idem.

19CARRARA. Programa de derecho criminal, cit., p. 218.

20FERRI. Principios de derecho criminal, cit., p. 292.

21Ibid., p. 694.

22Ibid., pp. 700 y 701.

23FRANZ VON LISZT. “Über den Einfluss der soziologischen und antropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts”, en Strafrechtliche Aufsätze un Vorträge, vol. 2, Berlín, Guttentag, 1905, 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 VELÁSQUEZ.

24Sobre esto puede verse ENRIQUE BACIGALUPO. “Sobre la dogmática penal y la criminología”, en Nuevo Foro Penal, n.º 12, Bogotá, Temis, 1982, pp. 396 y ss.

25ARTURO ROCCO. El problema y el método de la ciencia del derecho penal, Bogotá, Temis, 1999, p. 6.

26Ibid., p. 8.

Lección 12: Transformación del método dogmático

1CLAUS ROXIN, Derecho Penal. Parte general, trad. 2.a ed., t. I, p. 192.

2JESCHECK y WEIGEND, Derecho Penal. Parte general, trad. 5.a ed., p. 214.

3Debe tenerse en cuenta que, como lo indica SILVA SÁNCHEZ, desde los siglos XVII y XVIII se identifican antecedentes concretos sobre un entendimiento dogmático del delito, concretamente en lo que se ha denominado como "jurisprudencia de conceptos". Aproximación al derecho penal contemporáneo, p. 50.

4Se concibe así la dogmática como "una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación". C. GIMBERNAT ORDEIG, Estudios de Derecho Penal, 3.a ed., 1990, p. 158.

5REYES ECHANDÍA indicó sobre el estatuto de 1936, al que este histórico penalista colombiano correspondió en parte reformar posteriormente: "Aunque su orientación doctrinal no es monolítica —como ocurre en todos aquellos códigos elaborados por comisiones de las que forman parte juristas pertenecientes a escuelas distintas— es manifiesta la influencia de las ideas positivistas". Derecho Penal. Parte general, 11.a ed., p. 26.

6Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el sistema adoptado por el Código Penal de 1980, si bien está claramente influenciado por el sistema neoclásico alemán, dicha influencia se vio materializada principalmente por REYES ECHANDÍA, quien no se veía inclinado tanto por el entorno germano como por la versión italiana de dicho sistema.

7WELZEL, Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y Justicia material, 1979, p. 192.

8LARENZ, Metodología de la ciencia del derecho, 1994, p. 46.

9SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al derecho penal contemporáneo, 1992, p. 53.

10Como lo indica AMBOS, la obra de BELING, La teoría del delito (1906), es considerada por la opinión mayoritaria como el origen de la teoría del tipo en el derecho penal. "100 años de la teoría del delito de Beling", Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2007.

11GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Derecho Penal, Introducción, p. 464.

12KAUFMANN sostendría sobre el método del autor en mención: "que Binding era un positivista está fuera de toda cuestión. La totalidad de su obra muestra en este sentido un lenguaje inconfundible, sin que falten en ella tampoco las confesiones expresas de Binding en favor del positivismo legal y marcados rechazos del derecho natural". Teoría de las normas, 1977, p. 365.

13SILVA SÁNCHEZ, Aproximación al derecho penal contemporáneo, 1992, p. 54.

14NINO, Introducción al análisis del derecho, 1994, p. 335.

15En tal sentido, LUZÓN PEÑA, Curso de derecho Penal, 1999, p. 228.

16MIR PUIG, Introducción a las bases del derecho penal, 1976, p. 210.

17MIR PUIG: Este movimiento se desarrolla a partir de una fuerte influencia de la llamada “escuela sudoccidental alemana”; ibid., p. 233.

18Principalmente para WELZEL cuando acusó al neokantismo de ser “una teoría complementaria del positivismo”. Introducción a la filosofía del derecho, 1979, p. 199.

19MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, 11.a ed., 2004, p. 524.

20MIR PUIG, Introducción..., p. 224.

21SCHUNEMANN, El sistema moderno del derecho penal, cuestiones fundamentales, p. 54. En ese mismo sentido, MIR PUIG, Introducción..., p. 256.

22En extenso, sobre el método fenomenológico y sus exponentes, dentro de los que se resalta a WELZEL, LARENZ, Metodología, cit., p. 133. Más ampliamente sobre

la fenomenología como doctrina, REALE y ANTISERI, Historia del pensamiento filosófico y científico, pp. 493 y ss.

23WELZEL, Introducción..., p. 253.

24SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, cit., p. 19.

25WELZEL, Derecho penal. Parte general, 11.a ed., p. 38.

26Como en el caso de quien conduce un vehículo, lo que es una conducta lícita, pero lo hace en estado de embriaguez, es decir, utilizando un medio contrario al deber de cuidado, a lo que se debía agregar el resultado, condición objetiva de la punibilidad. Esta descripción simple no dejó de tener sus cuestionamientos en la doctrina.

27Teoría que varió su posición dogmática en la teoría de WELZEL, pero que finalmente culminó como un concepto pretípico, al entenderse como una guía de la tipicidad. Derecho penal. Parte general, 11.a ed., p. 66.

28CANCIO MELIÁ, “Teoría de la adecuación social en Welzel”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993, F 2, p. 707.

29WELZEL, Derecho penal. Parte general, 11.a ed., p. 168.

30GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Derecho Penal. Introducción, p. 492.

31SCHUNEMANN, El sistema moderno del derecho penal, cit., p. 19.

32Momento 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.

33Planteó ROXIN, en su célebre Política criminal y sistema del derecho penal, p. 50: “El camino acertado solo puede consistir en dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho Penal”.

34En ROXIN se encuentran influencias de la tópica, que con su máximo exponente WIEHWEG encauzaba la dogmática jurídica del pensamiento sistema al pensamiento problema. La influencia de la tópica en ROXIN la admite GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Derecho Penal. Introducción, p. 496.

35ROXIN, Derecho penal. Parte general, trad. 2.a ed. Luzón/ Díaz y García Conlledo/De Vicente Remesal, p. 559 y ss.

36Ibid., pp. 807 y ss.

37Sin restar con esta mención la importancia de otros invaluables aportes de ROXIN a la dogmática penal, como el desarrollo del concepto de delitos de infracción de deber, la teoría del dominio del hecho en el marco de la coautoría, o la creación del concepto de aparatos organizados de poder para la explicación de una modalidad de autoría mediata, entre otras tantas aportaciones de este prolífico autor.

38JAKOBS, Derecho penal. Parte general, p. 9.

39JAKOBS, “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en condiciones de vigencia de la norma”, Revista del Poder Judicial, n.° 49, 1998, pp. 288 y 289.

40Cfr. SCHUNEMANN, El sistema moderno del derecho penal, cit., p. 70.

41Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Aproximación, cit., p. 70.

42Cfr. MUÑOZ CONDE, Derecho penal y control social, Bogotá, Temis, 1999, pp. 10 y ss.

43PÉREZ DEL VALLE, “Las categorías dogmáticas en el funcionalismo penal”, en Sentido y contenido del derecho penal en la civilización, Fiscalía General de la Nación, p. 309.

44Cfr. ROXIN, Derecho penal, cit., p. 51.

45Ibid., nota 14.

46Esto desde luego en el ámbito nacional basado en el bloque de constitucionalidad establecido en el art. 93 constitucional y su desarrollo jurisprudencial; por todos, Sentencia C-365/12.

47Cfr. JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Política criminal y nuevo derecho penal, Barcelona, Bosch, 1997, p. 17.

48FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, La problemática del error en la doctrina y jurisprudencia actuales, Bogotá, Nuevo Foro Penal y Temis, 1984, p. 187.

49Situación que puede generar ciertas sospechas en cuanto a que sea un ente acusador el que proponga un código penal; sin embargo, encontramos que la propuesta fue mucho más centrada y afortunada que posteriores iniciativas llevadas a cabo por el ente acusador. En todo caso, siempre parecerá preferible que no sea un ente investigador el que presente proyectos de una reforma integral al sistema penal.

50Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal, Fiscalía General de la Nación, p. II.

51Ibid., p. 20.

Lección 13: Teoría del delito. Tipo objetivo

1Antes 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.

2Cfr. GÜNTHER JAKOBS, Derecho penal. Parte general, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 190.

3HANS WELZEL, Derecho Penal Alemán, 4.a ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1993, p. 58.

4Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1995, pp. 326 y ss.

5WELZEL, Derecho penal alemán, cit., p. 75.

6Cfr. FRANZ VON LISZT, Tratado de derecho penal, t. II, 3.a ed., Madrid, Reus, p. 297.

7Cfr. JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA y ALFONSO SERRANO GÓMEZ, Derecho penal. Parte general, Madrid, Dykynson, 1995, pp. 371 y ss.

8Cfr. CLAUS ROXIN, Derecho penal. Parte general, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 348.

9La 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 de la supresión mental de una verdadera causa, como cuando alguien dispara contra un reo en el 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.

10Cfr. REINHART MAURACH y HEIZ ZIPF, Derecho penal. Parte general, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 317 y ss.

11Ibid., p. 313.

12Cfr. JAKOBS, Derecho penal alemán, cit., pp. 11 y ss.

13A 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.

14Cfr. NODIER AGUDELO BETANCUR, Curso de derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992, p. 38.

15No obstante, MEZGER (entre otros) opinaba que solo la omisión propia admitiría esta diferenciación, porque la omisión impropia coincide con la estructura de la acción.

Lección 14: Imputación objetiva y delito imprudente*

*Ello es tan cierto que un autor como SAINZ CANTERO CAPARRÓS ha destacado: “En estos problemas se esconde en realidad el punto culmen de la imputación de responsabilidad penal a una persona, determinando el grado en que debe verse sometido a una privación de sus más elementales derechos, a consecuencia de sus actos. Si toda la teoría del delito, como mantienen algunos autores, es pura teoría de la imputación de responsabilidad, la fijación de en qué concepto y en qué grado ha de responderse, es la cúspide de la pirámide, la clave de toda la construcción, y desde luego el ámbito donde más exquisito ha de ser el respeto a las garantías individuales frente al poder punitivo del Estado”. JOSÉ EDUARDO SAINZ CANTERO CAPARRÓS, La codelincuencia en los delitos imprudentes en el Código Penal de 1995, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 15.

1Cfr. SANTIAGO MIR PUIG. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el Derecho Penal”, en Entre el funcionalismo y el principialismo y las instituciones dogmáticas, Esiquio Manuel Sánchez Herrera (coord.), Bogotá, Nueva Jurídica, 2002, p. 31.

2Al 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.

3El estudio fue realizado con base en la obra de JAKOBS, pero sobre todo en Estudios de Derecho Penal, de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá (trads. y estudio preliminar), Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Civitas, 1997.

4Cfr. BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ, Resultado lesivo e imprudencia, Barcelona, Bosch, 2001, p. 162.

5Una de esas excepciones la constituye la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 4 de abril de 2003, proceso 12.742, M. P. Álvaro O. Pérez Pinzón.

6Sobre la evolución del tipo imprudente se puede consultar MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente. Criterios de imputación de resultados, Barcelona, Bosch, 1989.

7Véase al respecto HANS WELZEL, Derecho Penal alemán, Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez (trads.), Santiago, Ediciones Jurídicas del Sur, 1980, pp. 182 a 196. De igual manera, El nuevo sistema de Derecho Penal, José Cerezo Mir (trad.), Barcelona, 1964.

8Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ. Resultado lesivo..., cit., p. 99.

9Esa 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.

10Cfr. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 2.ª ed., Montevideo y Buenos Aires, Editorial B de F, 2008, p. 201.

11Ibidem, pp. 201 y 202.

12A este respecto es muy importante la contribución académica de la profesora CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ con su obra La graduación del delito imprudente. En esta asienta, de manera certera, por ejemplo, que “[...] el criterio del riesgo no permitido como parte integrante de la imputación objetiva es uno de los elementos fundamentales para establecer y estructurar la gravedad del delito imprudente; es decir, una vez establecemos que se trata de una conducta imprudente (en la que existe un riesgo jurídicamente desaprobado), el paso que sigue es establecer la gravedad y magnitud del riesgo no permitido, ya que es uno de los elementos que hemos señalado como criterios para cuantificar la gravedad de la conducta imprudente, y como consecuencia de ello, y de acuerdo con la tesis expuesta, sólo los casos de imprudencia grave deberán ser considerados imprudencia punible”. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 220 y 221.

13CLAUS ROXIN, Derecho Penal. Parte general. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 1019.

14Recientemente, en Alemania, Armin Meiwes, un caníbal confeso, se comió a Bernd Jurgen Brandes, a quien había conocido por internet. Brandes fue una víctima dispuesta y participó activamente de su propia matanza. Inicialmente Meiwes fue condenado por homicidio, pero la pena de muerte fue sustituida por una sentencia que lo condenó a prisión perpetua. Asimismo, mucha gente piensa que el duelo, las peleas de puños y los combates entre gladiadores deberían estar prohibidos sin importar el consentimiento que puedan brindar quienes intervengan en ellos. Cfr. VICTOR TADROS, "Consentimiento para dañar", en Discusiones sobre la filosofía del Derecho Penal, Gustavo A. Beade y José Luis Martí (eds.), Bogotá, Universidad Externado, 2015, p. 180.

15Cfr. BEATRIZ DE LA GANDARA VALLEJO, Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Madrid, Colex, 1995, p. 176.

16Cfr. JOSÉ ANTONIO CHOCLÁN MONTALVO, Deber de cuidado y delito imprudente, cit., p. 137.

17Cfr. HANS HEIRICH JESCHECK, Tratado de Derecho Penal. Parte general, traducción a cargo de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, p. 811; también en la quinta edición con Thomas Weigend, p. 633.

18Cfr. CLAUS ROXIN, Derecho Penal. Parte general, cit., pp. 1031 y 1032.

19Cfr. J. M. SILVA SÁNCHEZ, F. BALDÓ LAVILLA y M. CORCOY BIDASOLO, Casos de la Jurisprudencia Penal con comentarios doctrinales. El primer caso corresponde a uno citado por BOCKELMAN (recogido en MAURACH, Tratado de Derecho Penal. El segundo corresponde a la jurisprudencia STS de 16 de abril 1962, J. M. Bosch Editor, p. 242.

20Cfr. CLAUS ROXIN, Derecho Penal. Parte general, cit., p. 1036.

21Cfr. JESCHECK, op. cit., p. 811.

22Cfr. CLAUS ROXIN, Derecho Penal. Parte general, cit., p. 1033.

Lección 15: El delito de omisión

1Cfr. SANTIAGO MIR PUIG, Derecho penal. Parte general, 7.a ed., Montevideo y Buenos Aires, B de F, 2004, pp. 308-309; HANS-HEINRICH JESCHECK y THOMAS WEIGEND, Tratado de derecho penal, parte general, Miguel Olmedo Cardenete (trad.), 5.a ed., Granada, Comares, 2002, p. 648.

2Por todos, sobre la discusión doctrinal en torno a la diferenciación entre acción y omisión, cfr. JESÚS MARÍA

SILVA SANCHEZ, El delito de omisión. Concepto y sistema, 2.a ed., Montevideo y Buenos Aires, B de F, 2003, pp. 245 y ss.

3Cfr. MIR PUIG, Derecho penal..., cit., p. 308.

4Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 253.

5En 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, 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 YÁÑEZ PÉREZ (trads.), Santiago, Jurídica de Chile, 2002, p. 238; ARMIN KAUFMANN, Dogmática de los delitos de omisión, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid y Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2006, pp. 45-46.

6Cfr. por todos ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en Derecho Penal y Criminología, vol. X, n.° 36, septiembre-diciembre de 1988, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1988, pp. 96 y ss.

7Cfr. FRANZ VON LISZT, Tratado de derecho penal, t. II, Madrid, Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros, vol. XXVI, Reus, 1927, pp. 285-288, 291-303.

8Cfr. MEZGER. Derecho Penal..., cit., pp. 59, 69-72.

9EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, “Orientación dogmática del nuevo código penal colombiano”, en Comisión redactora del Código Penal Tipo para Iberoamérica, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 38.

10Cfr. HANS WELZEL, El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, José Cerezo Mir (trad.), Montevideo y Buenos Aires, B de F, 2002, pp. 32-33, 42; HANS WELZEL, Estudios de derecho penal, Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw (trads.), Montevideo y Buenos Aires, B de F, 2002, pp. 30-31; WELZEL, Derecho penal alemán..., cit., pp. 29-33, 39, 237-238.

11Cfr. SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión..., cit., pp. 141-144; CRUZ BOLÍVAR, “Los fundamentos de la omisión...”, cit., p. 82.

12Cfr. CLAUS ROXIN, Política criminal y sistema del derecho penal, Barcelona, Bosch, 1972, pp. 19, 20, 27, 33, 40.

13En lo que sigue, cfr. CLAUS ROXIN, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 383-386, 496, 500.

14Cfr. GÜNTHER JAKOBS, Derecho penal. Parte general, 2.a ed., Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (trads.), Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 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.

15Este 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.

16Cfr. GÜNTHER JAKOBS. “El concepto jurídico-penal de acción”, en Estudios de derecho penal, Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá (trads.), Madrid, UAM Ediciones y Civitas, 1997, pp. 115-116.

17Cfr. 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 (trad.), Madrid, Civitas, 2000, p. 131.

18Cfr. GÜNTHER JAKOBS, Acción y omisión en derecho penal, Luis Carlos Rey Sanfiz y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 14.

19Cfr. JAKOBS, “La omisión: estado...”, cit., p. 131; GÜNTHER JAKOBS, La competencia por organización..., cit., p. 13.

20Cfr. JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción...”, cit., p. 115.

21JORGE 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.

22La 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.

23Cfr., 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 y THOMAS WEIGEND, Tratado de derecho..., cit., p. 652; HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales..., cit., p. 32; KAUFMANN, Dogmática..., cit., p. 252.

24Cfr. HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales..., cit., p. 32; HANS WELZEL, Derecho penal alemán..., cit., pp. 239-240; MIR PUIG, Derecho penal..., cit., p. 312; JESCHECK y WEIGEND, Tratado de derecho..., cit., p. 652.

25El 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 persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de [...]”.

26Delito contemplado en el Código Penal colombiano: “Artículo 417. Abuso de autoridad por omisión 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 [...]”.

27El 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, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de [...]”.

28Cfr. CRUZ BOLÍVAR, “Los fundamentos de la omisión...”, cit., p. 89; JAKOBS, Derecho penal..., cit., p. 946; MIR PUIG, Derecho penal..., cit., p. 312; JESCHECK y WEIGEND, Tratado de Derecho..., cit., p. 652.

29Cfr. GOMEZ PAVAJEAU, Estudios de dogmática..., cit., p. 262.

30Cfr. 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.

31KAUFMANN, Dogmática..., cit., p. 113.

32Cfr. ZAFFARONI, ALAGIA, et al., Derecho penal..., cit., pp. 573-574.

33Cfr. GÓMEZ PAVAJEAU, Estudios de dogmática..., cit., p. 262; ZAFFARONI, ALAGIA, et al., Derecho penal..., cit., p. 574; MIR PUIG, Derecho penal..., cit., p. 310.

34Cfr. CRUZ BOLÍVAR, “Los fundamentos de la omisión..., cit., pp. 106-109.

35Citado por KAUFMANN, Dogmática..., cit., p. 258.

36Cfr. por todos WELZEL, Derecho penal alemán..., cit., p. 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).

37En este sentido, cfr. ROXIN, Autoría y dominio..., cit., p. 496; JESCHECK y 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.

38Cfr. ROXIN, Autoría y dominio..., cit., p. 497; JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid y Barcelona, Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 2002, pp. 104, 105.

39Cfr., entre otros, JESCHECK y 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. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, rad. 12742, 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.

40Cfr. ROXIN, Autoría y dominio..., cit., p. 496; ROXIN, Política criminal, cit., pp. 43-45; JAKOBS, Derecho penal..., cit., p. 946.

41Cfr. PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH. Tratado de derecho penal, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pp. 65 y ss.; JESCHECK y WEIGEND, Tratado de derecho..., cit., p. 647.

42Cfr. HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales..., cit., pp. 26-29.

43Cfr. JESCHECK y WEIGEND, Tratado de derecho..., cit., p. 647; HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales..., cit., p. 30.

44Cfr. JESCHECK y 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.

45Cfr. VON LISZT, Tratado de derecho..., cit., p. 304.

46Cfr. PERDOMO TORRES, La problemática..., cit., pp. 32-33; HUERTA TOCILDO, Problemas fundamentales..., cit., p. 75.

47Cfr. KAUFMANN, Dogmática..., cit., pp. 253 y ss., 281-282, 289-291, 311-308.

48Cfr. KAUFMANN, Dogmática..., cit., pp. 289-290.

49Cfr. JESCHECK y 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.

50Al 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.

51Sobre la causalidad hipotética, cfr., por todos, ZAFFARONI, ALAGIA, et al. Derecho penal..., cit., pp. 574-575.

52Por todos, cfr. MIR PUIG, Derecho penal..., cit., p. 329.

53Cfr., por todos, JAKOBS, Derecho penal..., cit., pp. 959-961; SILVA SÁNCHEZ, El delito de omisión, cit., pp. 8, 237, 262.

54Cfr. MIR PUIG, Derecho penal..., cit., p. 317.

55En este sentido, GÓMEZ PAVAJEAU, Estudios de dogmática..., cit., pp. 264-265.

56La 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:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

4. 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.

57Cfr. CRUZ BOLÍVAR, “Los fundamentos de la omisión”, cit., p. 122; GÓMEZ PAVAJEAU, Estudios de dogmática..., cit., pp. 288-289.

58Corte 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.

59En el mismo sentido, cfr. CRUZ BOLÍVAR, “Los fundamentos de la omisión”, cit., p. 123.

60En extenso sobre esta situación generadora de posición de garante, cfr. JASON ALEXANDER ANDRADE CASTRO, La posición de garantía en virtud de una estrecha comunidad de vida, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 68 y ss.

61En profundidad sobre esta situación constitutiva de posición de garante, cfr. JASON ALEXANDER ANDRADE CASTRO, La posición de garante en virtud de una comunidad de peligro, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 117 y ss.

62Una aplicación de esta posición de garante puede encontrarse en Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 27 de noviembre de 2013, M. P. María del Rosario González Muñoz.

Lección 17: Autoría y participación

*Q. E. P. D.

1 MIGUEL DIAZ y GARCIA CONLLEDO, La autoría en derecho penal, Barcelona, PPU, 1991, p. 67.

2Ibid., p. 315.

3Cfr. JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Autoría y participación, Madrid, Akal, 1996, p. 23.

4DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, op. cit., p. 322.

5Ibid., pp. 421 y ss.

6En todo caso conviene precisar que, conforme a algunas vertientes de la teoría objetivo-formal, en el supuesto planteado a modo de ejemplo por el prof. Hernández Esquivel sería autor solo quien, de las diversas acciones recogidas en el tipo penal, ejecuta la conducta que más directamente realiza el injusto típico, es decir, quien se apodera y no quien ejerce violencia. Esta parece ser la tesis a la que, por ejemplo, adscribe Suárez Sánchez al señalar: "El criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho, sin duda, suministra un criterio material para precisar cuál sujeto, de los varios intervinientes, determina el sí y el cómo del hecho, es decir sirve para determinar quién realiza la conducta típica a título de coautor. Ejemplo: si A sujeta a B para que C le clave el puñal que le causa la muerte, así exista un acuerdo común y actúen con división del trabajo, no puede decirse que A y C son coautores de homicidio porque solo C realizó la acción de 'matar a otro' de acuerdo al criterio de la determinación objetiva y positiva del hecho [...]". ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, Autoría, 3.a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 390-391.

7ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice en derecho penal, Universidad de Madrid, 1966, p. 117.

8REINHART MAURACH, Tratado de derecho penal, Barcelona, Ariel, 1962, p. 309.

9CLAUS ROXIN, Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 42.

10GÜNTER STRATENWERTH, Derecho penal. Parte general, I, Madrid, Edersa, 1982, p. 232.

11CLAUS ROXIN, Autoría..., cit. p. 144.

12Ibid., p. 149.

13Ibid., p. 169.

14Cfr. DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, cit., p. 596.

15ROXIN, Autoría, cit., p. 309.

16Cfr. DIAZ y GARCIA CONLLEDO, La autoría, cit., pp. 653 y ss.

17HEIKO H. LESCH, Intervención delictiva e imputación objetiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, p. 70.

18GÜNTHER JAKOBS, La imputación objetiva en derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, p. 81.

19ALBERTO 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, Derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1994; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, Bogotá, Temis, 1987, entre otros.

20JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, Lecciones de derecho penal, vol. II, Madrid, Trotta, 1999, p. 289.

21JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata en derecho penal, Granada, Comares, 1996, p. 95.

22Corte Suprema de Justicia, casación del 3 junio de 1983, M. P. Luis Enrique Aldana Rozo.

23HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría, cit., p. 96.

24DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, cit., p. 596.

25Cfr. ROXIN. Autoría, cit., pp. 267 y ss.

26ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, Autor..., cit., p. 189.

27Para un completo resumen y análisis de las sentencias de los tribunales extranjeros que han acogido la tesis de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder, consultar: AA. VV., Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, Kai Ambos (coord.), Bogotá, Temis, 2008.

28ROXIN, Autoría, cit., p. 203.

29Ibid., p. 170.

30Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Autoría, cit., p. 52.

31CLAUS ROXIN, “Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización”, en AA. VV., Desarrollos actuales de la ciencias criminales en Alemania, Bogotá, Temis, 2012.

32CLAUS ROXIN, Autoría..., cit., p. 144.

33Ibid., p. 272.

34La misma tesis, aunque con distinta formulación y sustentación, puede hallarse en ERNST-JOACHIM LAMPE, La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo, Carlos Jara Díez, Guillermo Orce y Miguel Polaino-Ortiz (trads.), Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2003. IVÁN MEINI, El dominio de la organización en Derecho Penal, Lima, Palestra, 2007.

35STRATENWERTH, Derecho penal, cit., p. 246.

36Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Tratado de derecho penal, vol. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 340.

37SUÁREZ SÁNCHEZ, Autoría y participación, cit., p. 120.

38ENRIQUE BACIGALUPO ZAPATER, Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 501.

39MARÍA GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, La responsabilidad penal del coautor, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 135.

40CLAUS ROXIN, Autoría y dominio del hecho en materia penal, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 314.

41ALBERTO SUAREZ SANCHEZ, Autoría y participación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 188 y ss.

42Cfr. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 168.

43Cfr. ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO, La coautoría y la complicidad necesaria en derecho penal, Granada, Comares, 1998, p. 286.

44MIGUEL DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Autoría en derecho penal, Barcelona, PPU, 1991, p. 653.

45PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 286.

46ALFONSO REYES ECHANDÍA, Obras completas, t. I, Bogotá, Temis, 1998, p. 112.

47URS KINDHAUSER, Cuestiones fundamentales de la coautoría, Manuel Cancio Meliá (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 7.

48JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Autoría y participación, Madrid, Àkal/Iure, 1996, p. 74; en el mismo sentido, SUÁREZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 274.

49PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 204.

50Cfr. CAROLINA BOLEA BORDÓN, “La coautoría: concepto y delimitación”, en XIV Jornadas de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 250.

51GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 300.

52ROXIN, op. cit., p. 308.

53GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 320.

54ROXIN, op. cit., p. 311.

55Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 10 de mayo de 1991, rad. 4.392, M. P. Gustavo Gómez Velásquez.

56GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 147.

57ROXIN, op. cit., p. 312.

58PÉREZ ALONSo, op. cit., p. 280.

59GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 396.

60GIMBERNAT ORDEIG, op. cit., p. 159.

61Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 2 de febrero de 1983, M. P. Fabio Calderón Botero.

62Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de abril de 1983.

63EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 757.

64PÉREZ ALONSO, op. cit., p. 239.

65SUÁREZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 245.

66Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 18 de febrero de 2004, rad. 17.252, M. P. Herman Galán Castellanos.

67ROXIN, op. cit., pp. 267 y ss.

68Por el contrario, ROXIN sostiene que el aporte en fase ejecutiva es un elemento característico del dominio funcional propio de la coautoría. Cfr. ROXIN, op. cit., p. 325. Posición reafirmada por el mismo autor en: CLAUS ROXIN,

Derecho Penal. Parte general, t. II. Especiales formas de aparición en el delito. Diego Manuel Luzón Peña et al. (traductores), Thomson Reuters, Pamplona, 2014, p. 151. Obra en la que sostiene: “La necesidad de colaboración con división del trabajo en fase ejecutiva como presupuesto de la coautoría se deriva del principio fundamental del dominio del hecho. No se puede dominar una realización del tipo si no se estuvo [colaborando] en ella y tampoco concurren los requisitos de la autoría mediata. Solo quien desempeña un papel co-configurador en la ejecución puede dominarla. Quien presta una contribución al hecho, por importante que sea, en la fase preparatoria, pero deja o confía después a otro la ejecución, suelta de sus manos el hecho antes de su realización y renuncia con ello —salvo casos de autoría mediata— a su dominio [negrilla en el texto]”.

69GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, op. cit., p. 341.

70Ibid., p. 345.

71PERCY GARCÍA CAVERO, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa. Criterios de imputación, Barcelona, Bosch, 1999, p. 119.

72ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Madrid, Tecnos, 1990, p. 255.

73Aquí el profesor Hernández Esquivel reitera la tesis según la cual elemento sine qua non de la autoría mediata es la ausencia de responsabilidad penal del ejecutor material. Al respecto, conviene nuevamente anotar que la doctrina, en particular ROXIN, reconoce formas de autoría mediata que no están condicionadas a que el ejecutor

material obre, cuando menos, de forma inculpable, de modo que su responsabilidad no excluye el dominio del hecho del hombre de detrás; tal es el caso, se reitera, de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder o dominio de la organización.

74Casación del 1.° 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. Édgar Saavedra Rojas.

75Corte Suprema de Justicia, Sentencia de única instancia del 26 de octubre de 2000, M. P. Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

76MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO. La inducción a cometer el delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 66.

77Cfr. WELZEL, op. cit., pp. 166 y ss.

78GÓMEZ RIVERO, La inducción, cit., p. 207.

79SUÁREZ SÁNCHEZ, Autoría, cit., p. 342.

80Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Autoría..., cit., p. 148.

81VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho penal, cit., p. 553.

82Corte Suprema de Justicia, casaciones de 2 de febrero y de 19 de abril de 1983.

83MARÍA DEL CARMEN LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 202.

84CLAUS ROXIN, Derecho Penal. Parte general, t. II, cit., p. 181.

85Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Intervención y omisión, Giro Editores, 2005; MIGUEL 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.

86Corte Suprema de Justicia, casación 12.191 del 25 de abril de 2002.

87Corte Suprema de Justicia, segunda instancia n.° 20.704 del 8 de julio de 2003, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

88ROXIN, op. cit., pp. 389 y ss.

89JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid,

Marcial Pons, 2002, p. 30.

90GÜNTER STRATENWERTH, Derecho Penal. Parte general, Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti (trads.), Navarra, Aranzadi, 2005, p. 340.

91REINHARTH MAURACH, KARL HEINZ GÖSSEL y HEINZ ZIPF, Derecho Penal. Parte general, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 370 y 394.

92SANTIAGO MIR PUIG, Derecho Penal. Parte general, 5.a ed., Barcelona, Corregrafic, 2000, p. 392.

93DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, La autoría, cit., p. 691.

94PÉREZ ALONSO, La coautoría, cit., p. 393.

95ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ, “El interviniente”, Revista Derecho Penal y Criminología n.° 72.

96MIGUEL CÓRDOBA ANGULO, “La figura del interviniente en el derecho penal colombiano”, Revista Derecho Penal y Criminología, n.° 75, enero/junio 2004.

97ROXIN, Autoría..., cit., p. 389.

98Cfr. HEIKO H. LESCH, Intervención delictiva e imputación objetiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 69 y ss.

99En contra, entre otros, ÁNGELO 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 tesorero 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”.

100CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Intervención y omisión, Bogotá, Giro Editores, 2005, p. 45.

101Indica el prof. HERNÁNDEZ ESQUIVEL. Posición que quienes concurrimos a la actualización de esta obra compartimos.

102JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES. Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid, Marcial Pons, 2002, p. 268.

103Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2018, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.

Lección 18: Tentativa

1Para realizar un estudio más a fondo sobre la tentativa cfr. MIGUEL CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993; FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Manual de Derecho penal. Parte general, 4.a ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2010 pp. 606 a 622; JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, t. II, 2.a ed., Bogotá, Temis, 1995, pp. 370 a 390; ELENA FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito, Barcelona, Bosch, 1986. YESID REYES ALVARADO, El delito de tentativa, Buenos Aires, B de F, 2016; RAFAEL ALCÁCER GUIRAO, La tentativa y los fines del Derecho Penal, Memorias XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 7-58; JUAN CARLOS FERRÉ y otro, Derecho Penal colombiano. Parte general, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, pp. 539 a 566.

2Sobre delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos cfr. CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, cit., pp. 20 y ss.

3SANTIAGO MIR PUIG. Derecho penal. Parte general, 3.a ed., Barcelona, PPU, 1990, p. 368.

4La 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.

5Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 25.974. M. P. María del Rosario González de Lemos, 8 de agosto de 2007, pp. 11 y ss. Los hechos objeto de la investigación fueron los siguientes: “El 19 de septiembre de 2001, siendo aproximadamente las 8:10 pm., unidades de la Policía Nacional, adscritas a la Décima Tercera Estación de Teusaquillo, capturaron en la Pizzería D’Omo de la carrera 21 n.º 39-70 de Bogotá a Jhon Jairo Buitrago González y Luis Alberto Puertas Triana, cuando el primero portaba un artefacto explosivo y manifestó pertenecer al frente 53 de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), al mando de Romaña, de quien dijo les había dado la orden de atentar contra la vida de un periodista de Caracol que se desplazaba en un Mercedes Benz color negro”.

6Sobre delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos ver YESID REYES ALVARADO, El delito de tentativa, Montevideo y Buenos Aires, Editorial B de F, 2016, pp. 275 y ss.

7JUAN CARLOS FERRÉ y otros, Derecho Penal colombiano. Parte general, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2010, p. 552.

8Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia del 27 de junio de 2018, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero.

9VELÁSQUEZ. Op. cit., p. 615.

10Ibid., p. 616.

11Sobre las distintas posiciones para distinguir tentativa acabada de inacabada cfr. CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, cit., pp. 49 y ss.

12La pena de la tentativa acabada era superior a la de la inacabada en vigencia del Código Penal de 1936, artículos 16 y 17.

13ALFONSO REYES ECHANDÍA, Tipicidad, 5.a ed., Bogotá, Temis, 1989, p. 160.

14Sobre la posibilidad de sancionar en Colombia algunos supuestos de tentativa imposible, como disparar a un cadáver, disparar con una pistola descargada o intentar matar con azúcar, ver RAFAEL ALCÁCER GUIRAO, La tentativa y los fines del Derecho Penal, Memorias XXIV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 55 y ss.

15Ibid., pp. 7 y ss.

16Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 22.164, febrero 5 de 2007, M. P. Alfredo Gómez Quintero, pp. 13-15. En esta decisión se trataba de unos hechos en que un individuo al abordar un carro de servicio público fue interceptado por varios sujetos que aprovechando su estado de alicoramiento le esculcaron los bolsillos de su pantalón y su billetera sin encontrar dinero o bienes de valor en ellos. Minutos después fueron detenidos dichos individuos.

17Cfr. Boletín Jurisprudencial n.° 16, Sala de Casación Penal, 3 de octubre de 2017, p. 1.

18J. RESTREPO RAMOS, “Esbozo de cuatro reglas sobre la voluntariedad del desistimiento de la tentativa”, en Derecho Penal y Criminología, vol. 36, n.° 101, dic. 2015, pp. 153-179.

19Sobre la voluntariedad del desistimiento en la tentativa véase J. RESTREPO RAMOS, op. cit., pp. 153-179 y D. ARAQUE MORENO, “De nuevo sobre el desistimiento en derecho penal. A propósito de las cuatro reglas sobre la voluntariedad de Restrepo Ramos”, en Derecho Penal y Criminología, vol. 37, n.° 103, jul. 2017, pp. 13-34.

20El inciso 2.° del artículo 28 del nuevo Código Penal Militar (Ley 1407/2010) adoptó exactamente el mismo texto utilizado en el Código Penal, consistente en aplicar al desistimiento atenuado una pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la pena señalada para la conducta consumada.

21El 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 de marzo de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

22Sobre el desistimiento frustrado ver FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, op. cit., pp. 620 y ss., y JUAN

CARLOS FERRE y otro, op. cit., pp. 539 a 566.

23FERNANDO VELÁSQUEZ, op. cit., p. 621.

Lección 19: Concurso de tipos penales

1HANS HEINRICH JESCHECK, Tratado de derecho penal. Parte general, vol. II, Barcelona, Bosch, 1981.

2FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho penal. Parte general, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1995, p. 597.

3Cfr. LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, Concurso aparente de leyes. Hechos copenados, Bogotá, Temis, 1993.

4EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, Tratado de derecho penal. Parte general, t. IV, Buenos Aires, Ediar, p. 562.

5FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Teoría general del delito, Bogotá, Temis, p. 227.

Lección 20: Tipo subjetivo

1Citado por JORGE REYES VELIZ, El tipo subjetivo, 2016.

2NÓDIER AGUDELO BETANCUR, Curso de Derecho Penal. Esquemas del delito, 3.a ed., Bogotá, Temis, 2002.

3Ibidem.

4Método es una palabra que proviene del término griego methodos (“camino” o “vía”) y que se refiere al medio utilizado para llegar a un fin. Su significado original señala el camino que conduce a un lugar.

5JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, vol. I, 2.a ed., Bogotá, Temis, 1995, pp. 268-269.

6ENRIQUE DÍAZ ARANDA, Derecho Penal. Parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social), México, Porrúa, 2004, p. 116.

7ÓSCAR PEÑA GONZÁLEZ, Teoría del delito. Manual práctico para su aplicación, Lima, 2010.

8CLAUS ROXIN, Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2.a ed., Madrid, Civitas, 1997.

9PEÑA, ob. cit., p. 54.

10ESTHER HAVA, Dolo eventual y culpa consciente – criterios diferenciadores, disponible en <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_08.pdf>

11Ibidem.

12SANTIAGO MIR PUIG, Derecho Penal. Parte fundamental, 9.a ed., Barcelona, Reppertor, 2011, p. 308.

Lección 21: La antijuridicidad

1Lo que impone reconocer la tipicidad como categoría dogmática previa a la antijuridicidad, conforme al artículo 9.º del Código de 2000.

2En palabras de nuestro Código Penal.

3En el mismo sentido, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, Algunas consideraciones sobre el nuevo Código Penal, p. 10.

4El derecho penal, como última razón de Estado, no puede prohibir o mandar lo que el resto del ordenamiento jurídico permite hacer o no hacer.

5Ver SUSANA HUERTA TOCILDO, Sobre el contenido de la antijuridicidad, Tecnos, 1984, pp. 21 y ss.

6ÁNGEL SANZ MORÁN, Elemento subjetivos de la justificación, Barcelona, Bosch, 1993.

7Por ejemplo, GÓMEZ PAVAJEAU, Constitución, cit., p. 25, que da 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., que da prevalencia al desvalor de acción.

8GONZALO QUINTERO OLIVARES, Derecho penal, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 300.

9Ver CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA, Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI, t. III, Derecho Penal, Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

10GÓMEZ PAVAJEAU, op. cit., pp. 17 y ss.

11Persiste 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.

12Cfr. CARLOS ARTURO GOMEZ PAVAJEAU, Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 80.

Lección 22: Causales de exclusión de responsabilidad

1JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena, vol. 1: El delito, visión positiva y negativa, Bogotá, Ibáñez, 2012, p. 484.

2JUAN J. BUSTOS RAMÍREZ, Manual de derecho penal. Parte general, 3.a ed., Barcelona, Ariel, 1989, p. 110.

3JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, Aproximaciones al derecho penal contemporáneo, Barcelona, Bosch, 1992, p. 57.

4JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Principios y normas rectoras del derecho penal, Bogotá, Leyer, p. 206.

5HERNANDO GRISANTI AVELEDO, Causas de justificación. Lecciones de derecho penal, Caracas, Mobil, 1991, p. 129.

6GÜNTHER JAKOBS, Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 419.

7EDMUNDO RENÉ BODERO, Derecho penal básico, 1.a ed., 1992, p. 67.

8LUIS BARRAGÁN MATAMOROS, La legítima defensa actual, Barcelona, Bosch, 1987, p. 23.

9El 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 que GEIB ha dicho que la legítima defensa no tiene historia en el sentido de que ha existido siempre en todos los pueblos y en todas las épocas del mundo. Es decir, que existe una legítima defensa desde la más remota antigüedad hasta nuestros días, que ha sido consagrada en todas las leyes penales vigentes en los distintos pueblos del mundo.

10CLAUS ROXIN, “El significado de la política criminal para los fundamentos sistemáticos del derecho penal”, en Política criminal y dogmática penal, coordinadores Carlos Arturo Hernández, Santiago Ortega G. y Marcela Salazar, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2018, p. 28.

11LUIS P. SISCO, La defensa justa, Buenos Aires, Librería El Ateneo, p. 128.

12JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, 2.a ed., vol. II, Bogotá, Temis, 1989, p. 280.

13JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena, cit., pp. 552-553.

14JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, 2.a ed., vol. II, Bogotá, Temis, 1989, p. 347.

15ERNEST VON BELING, Esquema de derecho penal, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 26.

16JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho Penal. Parte general. Teoría del delito y de la pena, p. 557.

17“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.

18JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho penal fundamental, cit., p. 355.

19“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, 8.a ed., Madrid, Gráficas Carasa, 1981, p. 50.

20Dos 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.

21Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, junio 13 de 1995, M. P. Carlos Mejía Escobar, rad. 9785.

22Corte 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 concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. El principio no absoluto de obediencia debida que prohíja 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”.

23Corte 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 susceptible 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”.

24Cfr. NORBERTO J. DE LA MATA, “Política criminal y nuevo derecho penal”, en Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, Bosch, 1997, p. 398.

Lección 23: Cuestiones básicas del estado de necesidad justificante

1En la filosofía la legítima defensa y el estado de necesidad suelen englobarse dentro del concepto general de “derechos en situaciones de necesidad”; muy moderno sobre la legítima defensa el trabajo de PALERMO, La legítima defensa. Una revisión normativista, Buenos Aires, 2007.

2Sobre el concepto normativo de la legítima defensa, PERDOMO TORRES, “¿Las relaciones familiares como límites al derecho de legítima defensa?”, en: Montealegre Lynett (coordinador), Derecho Penal y Sociedad, t. II, Bogotá, 2007, pp. 75 y ss.

3KANT, La metafísica de las costumbres, 1797, Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho (traductores), Madrid, 2002, p. 45.

4Ibid., p. 46.

5Si KANT no reconoce un estado de necesidad justificante en los casos en que el bien en colisión es la vida, debemos concluir que lo mismo vale cuando los bienes en conflicto sean, por ejemplo, la vida y la propiedad, esto es, cuando haya un bien más importante y valioso que otro.

6En verdad HEGEL fue más allá. Refiriéndose a la necesidad como derecho, expuso dos tipos de necesidad; por un lado, la necesidad que genera la pobreza y que surge de la forma como está organizada la sociedad y que puede y debe ser superada mediante instituciones que garanticen solidaridad; es lo que hoy pretendemos conjurar de la mano del concepto de Estado social y que HEGEL ya había expresado en su época con asombrosa claridad; por otro lado, el filósofo refiere a otro tipo de necesidad, una que él denomina "con carácter momentáneo" (HEGEL, "Philosophie des Rechts. Vorlessung von 1819/20", in einer D., HEINRICH, editor, Frankfurt an Main, 1983, y que sale a relucir cuando expone sus ideas sobre estado de necesidad. En detalle sobre la doctrina hegeliana sobre el estado de necesidad y resaltando la utilización que hace el filósofo del concepto de "bienestar", PERDOMO TORRES, Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, Baden-Baden, 2011.

7HEGEL, Fundamentos de la Filosofía del Derecho, 1821, K. H. Ilting (editor), Carlos Díaz (traductor), Madrid 1993, p. 446.

8Sobre la extensa lista de teóricos que siguieron las ideas de KANT, cfr. KÜHL, Freiheitliche Rechtsphilosophie, Baden-Baden, 2008, pp. 348 y ss.

9Representativas las decisiones del Tribunal del Reich alemán RGSt 61, p. 242; 62, p. 137.

10Cfr. HRUSCHKA, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 1983, pp. 112 y ss.

11Ibid., p. 113.

12Al respecto, en detalle, KÜHL, Freiheitliche Rechtsphilosophie, cit., p. 354.

13Esta postura fundamentadora del estado de necesidad es legítimamente criticable. La idea jurídica del respeto de la libertad del otro y de sus esferas de libertad no puede ceder sin más a un simple balance o cálculo de bienes; no es deseable ni seriamente fundamentable que, por ejemplo, se justifique un ataque en la integridad de un persona adulta mayor para salvar la integridad de un adolescente con el simple pensamiento de la mayor ventaja o productividad para la sociedad.

14Cfr. sobre la solidaridad en derecho penal en general y frente al delito de omisión del deber de socorro (¿contrapartida del estado de necesidad?), VARONA GÓMEZ, Derecho penal y solidaridad, Madrid, 2005.

15Así, ROXIN, Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. I, München, 2006, pp. 727 y ss.

16La idea de la solidaridad también se propone o estudia como idea fundamentadora del delito de omisión de socorro (artículo 131 del Código Penal colombiano). Sobre las consecuencias teóricas y dogmáticas de esa idea, cfr. PERDOMO TORRES, Die Duldungspflicht im rechtfertigenden Notstand, pp. 19 y ss.; sobre el papel de la libertad y la solidaridad como criterios fundamentadores de deberes, cfr. PERDOMO TORRES, “Introducción”, en Estudios penales a partir de libertad y solidaridad, Bogotá, 2009.

17En la discusión de filosofía del derecho siempre ha sido un tema candente la relación entre dos ideas, la de libertad y la de solidaridad. Se suele discutir si la solidaridad es un concepto contrario al concepto básico de libertad, y la pregunta que en materia de estado de necesidad siempre surge es si la solidaridad como idea jurídica puede justificar limitaciones a la idea de libertad negativa, de respeto por la libertad de los demás en el actuar humano. Sobre la fundamentación individualista y colectivista del estado de necesidad cfr. NEUMANN, "Individualistische oder kollektivistische Begründung des strafrechtlichen (rechtfertigenden) Notstandes?", conferencia pronunciada en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona (España).

18BOCKELMANN, Hegels Notstandlehre, Berlín, 1935.

19PAWLIK, Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlín, entre otras, 2002.

20De resaltar la Sentencia de la Corte Constitucional C-543 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía, donde, además de abordar el tema del estado de necesidad en relación con el delito de secuestro y el pago de rescates, se exponen muchas de las ideas aquí comentadas y que han servido de fundamentación de esta figura. Así, la Corte: "¿Habrá, acaso, un destino más noble para el dinero que la salvación de la vida o de la libertad propias, o de un semejante unido por los lazos de la sangre o del afecto? Y más altruista aún la acción de quien sacrifica sus bienes para salvar la vida y la libertad del extraño. Y, ¿cómo pretender que no se encuentra en estado de necesidad quien actúa para salvar la vida de un secuestrado y recuperar su libertad? Basta analizar el delito de secuestro en relación con esta causal de justificación. Pero, antes de hacerlo, forzoso es decir que esta última causal de justificación no existe por un capricho

del legislador, sino por el reconocimiento de la primacía de los derechos de la persona, reconocimiento que implica que la impotencia del Estado otorga a aquella la autorización para obrar en su defensa y en la de sus semejantes".

21PAWLIK, Der rechtfertigende Notstand, cit., pp. 116 y ss.

22Detallado al respecto, KÜPER, "Grundsatzfragen der "Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung", JuS, 1987, p. 81.

23Cfr. especial referencia al estado de necesidad exculpante en la sentencia de 5 de marzo de 2014 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Fernando Alberto Castro Caballero (radicado 43033).

24Muy crítico sobre los fundamentos de la teoría de la diferenciación desde una postura claramente funcionalista, CADENAS, "Consideraciones sobre la teoría de la diferenciación del estado de necesidad", en El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario, Montealegre Lynett y Caro John (eds.), Bogotá, 2008, pp. 217 y ss. Téngase en cuenta que, con los nuevos desarrollos dogmáticos impulsados por la teoría de la imputación objetiva y su especial tratamiento en sede de tipo objetivo, la discusión sobre el lugar de análisis de las causales de justificación se ha encendido. Cfr. al respecto PERDOMO TORRES, "Sobre el 'vaciamiento' de la antijuridicidad", en id., Estudios penales a partir de libertad y solidaridad, cit., pp. 125 y ss.

25Cfr. JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.a ed., 1991, 13/30.

26Esta ha sido la línea que ha seguido el Tribunal Supremo alemán, BGHSt 18, pp. 271 y ss.

27Cfr. Pawlik, Der rechtfertigende Notstand, cit., p. 181.

28KÜHL, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.a ed., 2002, p. 259, cita la decisión del Tribunal Supremo alemán BGH NJW 1979, pp. 2053 y ss.

29Ibid., p. 256.

30BGH NJW 1989, p. 1289.

31Cfr. KINDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2005, pp. 151 y s.

32KÜHL, Strafrecht, Allgemeiner Teil, cit., p. 277.

33A pesar de que los casos discutidos en el marco del estado de necesidad tienen generalmente esa constelación, pueden existir supuestos donde los bienes en conflicto pertenecen al mismo titular, caso en el que seguramente habrá que considerar la parte subjetiva del titular, qué es lo que este habría querido hacer; por ello algunos piensan que estos supuestos no deberían solucionarse de la mano de las reglas del estado de necesidad justificante, sino más bien del consentimiento presunto (cfr. JAKOBS, Strafrecht

Allgemeiner Teil, cit., 13/32 y DENKER, Der verschuldete rechtfertigende Notstand, JuS 1979, pp. 779).

34Cfr. así BGHSt, 2, p. 242; el medio menos agresivo en el caso del estado de necesidad está referido generalmente al bien menos importante; por ejemplo, la posibilidad de lesionar la propiedad en lugar de la integridad. Pero también este análisis puede hacerse frente a un mismo bien; piénsese el caso de la propiedad donde exista la posibilidad de afectar un bien menos valioso que el otro que se salva.

35Esta perspectiva ha sido afirmada desde hace mucho rato en la jurisprudencia colombiana sobre el tema; de resaltar un clara exposición en el salvamento de voto de Alfonso Reyes Echandía a la sentencia de febrero 15 de 1980, M. P. Dante L. Fiorillo Porras: “Uno de los requisitos del estado de necesidad —como causal de justificación en la legislación penal colombiana— es el de que el grave e inminente peligro que amenaza al actor a un tercero en su persona, solo pueda ser eficazmente contrarrestado mediante el comportamiento formalmente antijurídico escogido por el agente. Necesario es, entonces, indagar si dadas las condiciones personales de los protagonistas y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el hecho, el actor pudo utilizar mecanismos ilícitos menos vulnerantes del interés jurídico afectado en cabeza de sujeto inocente o una vía lícita o jurídicamente indiferente con la necesaria aptitud para evitar o superar el peligro. Si la respuesta a esta indagación —que ha de hacerse con juicio ex ante— es afirmativa, es decir, si al actor le era exigible comportamiento diverso de aquel ilícito voluntariamente escogido para evitar el mal que amenazaba afectarlo a él a un tercero o mediante el cual causó daño al interés jurídico de persona inocente, no es dable reconocer en su favor estado de necesidad”. Más reciente sobre la inevitabilidad la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de agosto 11 de 1993, M. P. Gustavo Gómez Velásquez (radicado 8523).

36Cfr. KUHL, Strafrecht, Allgemeiner Teil, cit., pp. 285 y ss.

37También en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 7 de febrero de 2011, M. P. Jorge Luis Quintero Milanés (radicado 31957) se señala que "el cargo que refuta la aplicación del estado de necesidad por haber usado una cédula de ciudadanía falsa como medida de protección para su seguridad, por ser un objetivo militar no prospera, pues era evidente que el procesado ya contaba con otros medios para evitarse un peligro en contra de sus derechos".

38Sobre esta ardua discusión en la literatura penal, KÜHL, Strafrecht, Allgemeiner Teil, cit., p. 289.

39Cfr. WESSELS/BEULKE, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41.a ed., 2011, p. 113. Este autor afirma que se deben considerar la clase, origen, intensidad y cercanía del peligro, el rango y la relación de valor entre los bienes jurídicos en colisión, si se trata de un caso de un portador de un deber especial (policía, soldado, bombero, etc.) o de deberes especiales de protección porque se tiene una posición de garante, las verdaderas posibilidades de salvamento, etc. (p. 113).

40Cfr. KREY, "Examenklausur Strafrecht", Jura 1979, pp. 316 y s.; ROXIN (Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. I) afirma que salvar una vida humana no siempre será el mayor interés, pues si unos terroristas reclaman la afectación de numerosas prestaciones por parte del Estado (afectando enormemente sus intereses) como condición para respetar la vida de un secuestrado, no se podrá decir que la vida del afectado tenga prevalencia sin más (16A/31); en contra podría entenderse la citada sentencia de la Corte Constitucional (C-543 de 1993): "los derechos a la vida y a la libertad no pueden sacrificarse por la persona en aras del

interés general, salvo cuando la propia persona acepta el sacrificio voluntaria y libremente [...]. No sucede igual en tratándose de derechos inferiores, como el de la propiedad. De ahí que el artículo 58 de la Constitución, siguiendo el mismo principio del 30 de la anterior, aprobado en la reforma de 1936, y del artículo 31 aprobado en 1.886; consagre la primacía de las leyes expedidas por motivos de utilidad pública o interés social, sobre los derechos de los particulares. Pero, ¿sobre cuáles derechos? Sobre los de contenido económico: jamás sobre los derechos a la vida y a la libertad".

41Sobre estos tres puntos de vista, taxativamente, KINDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil, cit., p. 153.

42Cfr. KÜHL, Strafrecht, Allgemeiner Teil, cit., 8/117, p. 295.

43Ibid., pp. 297 y s.

44Ibid.

45Como afirma acertadamente KÜHL (ibid., 8/166), se trata de la comprobación si la acción o el comportamiento en estado de necesidad respeta los principios que inspiran todo el ordenamiento jurídico. Por ello afirma que adicionalmente habría que hacer un análisis sobre si el comportamiento en estado de necesidad está en consonancia con los valores jurídicos de todo el ordenamiento jurídico, en especial los valores constitucionales (8/181).

46Cfr. al detalle sobre este punto PAGLOTKE, Notstand und Notwehr bei Bedrohungen innerhalb von Prozessituationen, 2006; sobre la existencia de procedimientos alternativos, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 17 de agosto de 2011, M. P. Alfredo Gómez Quintero (radicado 32614).

47Así, WESSELS y BEULKE, Strafrecht, Allgemeiner Teil, cit., 8/320. Estos autores consideran que en el caso del donante de sangre la situación sería diferente si se afirmara la existencia de un deber elevado de protección y salvamento; por ejemplo, cuando existen deberes de garantía entre cónyuges, entre padres e hijos; aquí la especial relación de garantía podría mover la balanza a favor del beneficiario de la posición de garante. También la afirman por ejemplo para los soldados que están combatiendo, siempre que la donación de sangre sea el único medio para salvar la vida, que el donante no sufra excesivas afectaciones y que se tomen las medidas de protección necesarias (320).

48Así, BERNSMANN, “Entschuldigung” durch Notstand. Studien zu 35 StGB, Köln 1989, pp. 147 y s.; igualmente NK-NEUMANN (comentario del Código penal alemán), parágrafo 34 (el autor comenta este parágrafo de dicho estatuto), nums. 53 y ss.

49Cfr. DENKER, Der verschuldete rechtfertigende Notstand, cit., pp. 779 y ss.

50NK-NEUMANN, cit., parágrafo 34, nums. 95 y s.

51En detalle sobre este supuesto KÜHL, Strafrecht, Allgemeiner Teil, cit., 8/147, pp. 307 y s.

52Cfr. KINDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil, cit., 17/41; FRISCH, “Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements”, en LACKNER-FS zum 70. Geburtstag, pp. 113 y ss., 135.

53Así, GALLAS, “Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs”, ZStW 80 (1968), 1 (26).

54La discusión se presenta sobre las consecuencias punitivas en concreto. Algunos consideran que en estos supuestos se debería sancionar por tentativa (compensación del desvalor de resultado) y otros que la punibilidad debe ser la total por el hecho consumado; sobre esta discusión, WESSELS/BEULKE, Strafrecht, Allgemeiner Teil, cit., 8/278.

55Cfr. FREUND, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., Berlín-Heidelberg, 2009, 3/80, analizando el parágrafo 228 del BGB alemán que consagra esta figura: “El que deteriore o destruya una cosa ajena, para apartar de sí mismo o de un tercero un peligro que es ocasionado por dicha cosa, no actúa de manera contraria a derecho, siempre que el deterioro o la destrucción sean necesarios para apartar el peligro y el daño no sea desproporcionado frente al peligro”.

56Sobre el estado de necesidad defensivo cfr. en detalle PAWLIK, “El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad”, traducción de Hernán Darío Orozco, Revista de Derecho Penal y Criminología, n.° 96, Bogotá, 2013, pp. 13 y ss.

Lección 24: Culpabilidad

1Sobre 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.º 37, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 75 y ss.; FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Derecho penal. Parte general, 3.ª ed., Bogotá, Temis, 1997, pp. 527 y ss.

2NODIER AGUDELO BETANCUR. Curso de derecho penal. Esquemas del delito, Bogotá, 1992, pp. 45 y ss.

3En este sentido cfr. CÓRDOBA. “Algunas reflexiones”, cit., p. 81.

4Sobre 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.

5GIMBERNAT ORDEIG. “¿Tiene futuro?”, cit., p. 62.

6Este trabajo fue traducido al español por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, y corresponde a la conferencia pronunciada en mayo de 1979 en la Universidad de Berlín.

7Este 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.

8ENRIQUE 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.

9Cfr. CÓRDOBA. “Algunas reflexiones”, cit., pp. 87 y 88.

10Cfr. GIMBERNAT ORDEIG. “El sistema”, cit., pp. 62 y ss.

11Cfr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA. “Hacia una dogmática penal sin culpabilidad”, en Nuevo Foro Penal, n.º 16, Bogotá, Temis, 1982, pp. 954 y ss.

12Cfr. JOSÉ CEREZO MIR. “Culpabilidad y pena”, en ADPCP, 33, t. XXXIV, Madrid, mayo-agosto de 1980.

13Cfr. JUAN CÓRDOBA RODA. Culpabilidad y pena, Barcelona, Bosch, 1977.

14Cfr. CLAUS ROXIN. Culpabilidad y prevención de derecho penal, Madrid, Reus, 1981, y Problemas básicos de derecho penal, Madrid, Reus, 1976.

15Cfr. FRANCISCO MUÑOZ CONDE y MERCEDES GARCÍA ARAN. Derecho penal. Parte general, 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, pp. 389 y ss.

16Cfr. SANTIAGO MIR PUIG. Derecho Penal. Parte general, 4.ª ed., Barcelona, 1996, pp. 527 y ss.

17Cfr. JOSÉ MANUEL GÓMEZ BENÍTEZ. Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte general, Madrid, Civitas, 1984, pp. 446 y ss.

18Cfr. EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO y SUSANA HUERTA TOCILDO. Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito I, Madrid, Rafael Castellanos, 1985, pp. 294 y ss.

19Cfr. JUAN BUSTOS RAMIREZ. Manual de derecho penal español. Parte general, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 371 y ss.

20Cfr. GÜNTHER JAKOBS. “El principio de culpabilidad”, en Revista de Derecho Penal y Criminología, n.º 50, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 125 y ss.

21El artículo 3.º 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”.

22El 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”.

Lección 25: Elementos de la culpabilidad

1EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. Teoría del delito, Buenos Aires, Ediar, 1973, pp. 559 y 560.

2FRANCESCO CARRARA. Programa de derecho criminal, p. 184.

3NODIER AGUDELO BETANCUR. Los inimputables frente a las causales de justificación e inculpabilidad, Bogotá, Temis, 1982.

4Así JUAN FERNANDEZ CARRASQUILLA. Derecho penal fundamental, t. II, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1989, p. 67.

5Véase Jurisprudencia y Doctrina, n.º 182, febrero de 1987, pp. 117 a 127; la cita en p. 124.

6WARREN C. HOWARD. Diccionario de psicología, México, Fondo de Cultura Económica, p. 211.

7RICARDO 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.

8Así FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Derecho penal. Parte general, 3.ª ed., Bogotá, Temis, 1997, p. 570.

9KURT SCHNEIDER. Psicopatología clínica, Madrid, Paz y Montalvo, 1951, p. 77.

10LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. La ley y el delito, México y Buenos Aires, Hermes, 1959, p. 348.

11EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. Tratado de derecho penal, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 156.

12VELASQUEZ VELASQUEZ. Derecho penal, cit., p. 573.

13Citada por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. “Trastorno mental transitorio”, en El criminalista, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 1942, p. 266.

14Puede verse a TH. KAMMERER, en Manuel Alphabétique de Psychiatrie, de ANTOINE PORÓT, París, Presses Univesitaries de France, p. 19; W. WEIGANDT. Psiquiatría forense, México, Nacional, 1959, p. 32.

15R. VON KRAFT-EBING. Medicina legal, t. II, Madrid, La España Moderna, sin fecha, p. 159.

16B. J. LOGRE. Psiquiatría clínica, Buenos Aires, Troquel, 1965, p. 123.

17LAWRENCE KOLB. Psiquiatría clínica moderna, 5.ª ed., México, La Prensa Médica Mexicana, 1977, pp. 256 y 257.

18KURT KOLLE. Psiquiatría, Madrid, Alambra, 1964, p. 303.

19JIMÉNEZ 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.

20Así 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.

21Las expresiones son tomas de NICOLAS BECERRA. Derecho penal y diversidad cultural. La cuestión indígena, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 21.

22ALFONSO REYES ECHANDÍA. La imputabilidad, 3ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 213 y ss.

23A esta conclusión llega HERNÁN DARIO 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.

24GIOVANNI SARTORI. La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros, Madrid, Taurus, 2001, pp. 8 y 9.

25Véase a HARLAN LANE. El niño salvaje de Aveyron, Madrid, Alianza, 1984.

26Puede verse en nuestra Inimputabilidad y responsabilidad penal, Bogotá, Temis, 1984.

27REYES ECHANDIA. La imputabilidad, cit., p. 203.

28El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad penal, 3.ª ed., Bogotá, Nuevo Foro, 1997, pp. 69 y ss.

29EDMUNDO MEZGER. Modernas orientaciones de la dogmática jurídico-penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 69.

30Ibid., p. 69.

31La expresión corresponde a EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. Tratado de derecho penal, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, p. 85.

32HANS WELZEL. Derecho penal alemán, Santiago de Chile, Jurídica de Chile, 1970, p. 95.

33HANS WELZEL. "Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordung", en Süddeutsche Juristen-Zeitung, agosto de 1947, n.º 8, pp. 407 y ss.

34Esta es la interpretación que dice JUAN OBERTO SOTOMAYOR, de la Universidad de Antioquia, es posible hacer.

35WINFRIED PLATZGUMER. Die Bewussteinform des Vorsatzes, Viena, Springer, 1964, p. 89.

36EDMUNDO MEZGER. Tratado de derecho penal, t. II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1949, p. 143.

37LUIGI SCARANO. La non esigibilitá nel diritto penale, Nápoles, Humus, 1948, p. 11: “no constituye ni puede constituir una conquista reciente de la ciencia moderna”.

38Sobre 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.

39REINHARD FRANK. Estructura del concepto de culpabilidad, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1966, pp. 33 y 34.

40REINHARD. Estructura del concepto de culpabilidad, cit., p. 29.

41ALFONSO REYES ECHANDÍA. Derecho penal. Parte general, 9.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 261.

Lección 26: Error de prohibición

1El 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.

2Para ahondar sobre la evolución del concepto de error cfr. HERNANDO LONDOÑO BERRÍO. El error en la moderna teoría del delito, Bogotá, Temis, 1982.

3Algunos 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.

4Como 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.

5La jurisprudencia alemana acogió la teoría de la culpabilidad en 1957. Cfr. CLAUS ROXIN. Derecho penal. Parte general, t. I, Madrid, Civitas, 1997, p. 863.

6Sobre 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.

7El 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.

8Cfr. JAKOBS. Derecho penal, cit., pp. 665 y ss.

9Para complementar la información sobre las diversas hipótesis de error de prohibición cfr. ALBIN ESSER y BJÖRN BURKHARDT. Derecho penal, Madrid, Colex, 1995, pp. 313 y ss.

10En 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 ECHANDIA. "Derecho penal", en Obras Completas, vol. I, Bogotá, Temis, 1998, p. 236.

11En 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.

12En 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.

Lección 27: Causales de inculpabilidad

1A. A. SMIRNOV y A. N. LEONTIEV. Psicología, México, Grijalbo, 1965, p. 61.

2F. ACHILLE DELMAS y MARCEL BOLL. La personalidad humana, Madrid, Aguilar, 1953, p. 61.

3EMILIO MIRA Y LÓPEZ. Cuatro gigantes del alma, Buenos Aires, El Ateneo, 1957, p. 23.

4Hago un resumen de lo dicho por MIRA Y LÓPEZ. Op. cit., pp. 56 a 62.

5LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado de derecho penal, t. VI, 2.ª ed., Buenos Aires, Losada, 1962, p. 904.

6EMILIO MIRA Y LÓPEZ. Psiquiatría en la guerra, Buenos Aires, Médico-Quirúrgica, 1944, pp. 42 y 43.

7ERNST KRETSCHMER. Histeria, reflejo e instinto, Barcelona, Labor, 1963, p. 32.

8JIMÉNEZ DE ASÚA. Tratado de derecho penal, cit., p. 904.

9MARCO 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.

10ANTONIO VALLEJO NÁGERA. Tratado de psiquiatría, Barcelona, Salvat, 1954, p. 211.

11ENRICO ALTAVILLA. La dinámica del delito, Bogotá, Temis, 1961, t. I, p. 120.

12Ibid., p. 121.

13Cfr. 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.

14Ibid., pp. 142 y ss.

15EMILIO MIRA Y LÓPEZ. Manual de psicología jurídica, Buenos Aires, El Ateneo, 1961, p. 117.

Lección 28: La punibilidad

1La 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.

2La 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 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".

3El artículo 9.º 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".

4Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-153/98.

5La 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.

6También 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.

7Corte 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.

8La 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 (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables”.

9REINHART MAURACH. et al. Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 749 y ss.

10En la sentencia C-565 de 1993 la Corte Constitucional, a la ligera, concibió la prevención 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".

11VIVES 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. Y 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).

12Obviamente, 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.

13La 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.

14BORJA MAPELLI CAFFARENA y JUAN TERRADILLOS BASOCO. Las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, Civitas, 1990, p. 37.

15Algunos autores se refieren a la lesividad de la conducta.

16La norma resulta contraria al principio de proporcionalidad, en tanto que establece una sanción privilegiada para una sola especie de los concursos homogéneos.

17La 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 constitucionalmente legítimo o admisible”.

18La 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.

19Artículo 41 del Decreto 100 de 1980.

20Estas penas accesorias son llamadas en otras legislaciones medidas de seguridad postdelictuales.

21En 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, 461, 462 y 465.

22Artículo 44.

23Debe 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 consecuencias 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”.

24Artículo 54 del Código Penal de 1980.

25Cuando 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.

26Artículo 60.

27Artículo 66.

28Inciso 2.º del artículo 61, primera parte.

29Inciso 2.º del artículo 61, in fine.

30Inciso 2.º del artículo 61, parte media.

31Artículo 61.

32Este punto es necesario desarrollarlo más ampliamente porque presenta muchísimos aspectos que es preciso considerar, los cuales desbordan el propósito de esta obra.

33Artículo 68.2 Código Penal de 1980.

34Al 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.

35En 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.

36Son 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.

37Artículo 35.

38Para 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 especial, véase, por todos, Lorenzo Morillas Cueva. Teoría de las consecuencias jurídicas del delito, Madrid, Tecnos, 1991, cap. VII.

39La 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.

40Inciso 3.º del artículo 96.

41Así 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.

Lección 29: Consecuencias civiles del delito

1“En suma, un daño puede no ser delito, pero todo delito debe aparejar un daño cierto, o por lo menos una puesta en peligro real de los bienes jurídicos protegidos”. Cfr. HERNANDO BARRETO ARDILA, “Concepción de Estado y su influencia en la teoría del delito”, en Lecciones de derecho penal, parte general, 1.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 56.

2FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1994, p. 682.

3HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, “Las medidas cautelares reales dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal”, en Tribuna Penal, n.º 5, Medellín, 1987, p. 54.

4RICARDO LEVENE, Manual de derecho procesal penal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1953, p. 123.

5ARTURO VALENCIA ZEA, Derecho civil, t. III, Bogotá, Temis, 1979, p. 202.

6Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de abril de 1993, M. P. Pedro Lafont Pianetta.

7No obstante esta afirmación, desde hace algún tiempo la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia viene aludiendo a las nuevas reglas de la responsabilidad, indicando que además de la demostración de estos tres elementos se requiere también la imputación objetiva de la conducta. En este sentido puede verse la Sentencia SC-13925-2016, del 30 de septiembre de 2016, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

8Si bien la palabra “directamente” del artículo 95 no ha sido objeto de declaratoria de inexequibilidad, debe entenderse que es contraria a nuestra Constitución Política, de la misma forma en que lo fue el término “directo” que aparecería en el artículo 132 de la Ley 906 de 2004, el cual se declaró inconstitucional en Sentencia C-516 del 11 de julio de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

9Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 9 de diciembre de 2010, rad. 34782. M. P. María del Rosario González de Lemos.

10Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional: C-516 de 11 de julio de 2007, C-370 de 2006, C-228 de 2002 y C-578 de 2002.

11Corte Constitucional, MM. PP. Eduardo Montealegre y Manuel José Cepeda.

12FRANCESCO CARNELUTTI, Lecciones sobre el proceso penal, vol. I, Buenos Aires, Jurídicas Europa-América-Bosch, 1950, pp. 187 y 188.

13ALFONSO REYES ECHANDÍA, Derecho penal. Parte general, reimp. 11.ª ed., Bogotá, Temis, 1988, p. 104.

14Ibid., p. 105.

15ALFONSO REYES ECHANDÍA, La tipicidad, 5.ª ed., Bogotá, Temis, 1984, p. 43.

16Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 24 de mayo de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

17GILBERTO MARTÍNEZ RAVE, La responsabilidad civil en Colombia, 4.ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1988, p. 380.

18CRISTÓBAL MONTES, El incumplimiento de las obligaciones, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 249 y 250, citado

por MARIANO YZQUIERDO TOLSADA.

19Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 24 de mayo de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

20ENCARNA ROCA, Derecho de daños, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 125.

21Cfr. MARTÍNEZ RAVE, La responsabilidad civil en Colombia, op. cit., p. 343.

22Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 11 de mayo de 1976, en Código Civil Legis, § 11668, p. 1034.

23Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de noviembre de 1992, M. P. Carlos Esteban Jaramillo Schlos, exp. 3382, en Código Civil Legis, § 11670, p. 1036.

24Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de mayo de 2000, M. P. Fernando Arboleda Ripoll, exp. 16441, en Jurisprudencia y Doctrina, t. XXIX, n.º 344, Bogotá, Legis, pp. 1440 y 1441.

25Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 20 de mayo de 1952, citada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, M. P. Ricardo

Hoyos Duque, nota 3, en Jurisprudencia y Doctrina, t. XXIX, n.º 343, Bogotá, Legis, p. 1205.

26Al respecto véase, por ejemplo, la sentencia de esta sección del 3 de mayo de 1990, exp. 5497, nota 4, referida por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1205.

27HENRI y LÉON MAZEAUD y ANDRÉ TUNC, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, 5.ª ed., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, t. I, vol. I, p. 441, mencionado por el Consejo de Estado, Sección Tercera. sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1205.

28MAZEAUD y TUNC, op. cit., p. 438, mencionado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1206.

29ROBERTO A. CÁSQUEZ FERREYRA, Responsabilidad por daños (Elementos), Buenos Aires, Depalma, 1993, p. 181, mencionado por el Consejo de Estado, Sección Tercera. sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1206.

30Sentencias del 5 de octubre de 1989, exp. 5320; 7 de abril de 1994, exp. 9367; y 11 de noviembre de 1999, exp. 12652, entre otras. Citadas por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1206.

31Cfr. sentencia de esta sección del 10 de marzo de 1997, exp. 10038, citada por el Consejo de Estado, Sección

Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1206.

32Al respecto pueden consultarse las sentencias de esta sección del 6 de mayo de 1993, exp. 7498, y 25 de septiembre de 1997, exp. 10241. Allí también podrían incluirse el daño sexual, el juvenil y el estético, entre otros. La doctrina francesa distingue el dolor moral del perjuicio moral no afectivo, entendiendo por este último el que se deriva de los atentados a las libertades y derechos fundamentales como el honor y la reputación o el derecho moral de un autor sobre su obra. Cfr. MICHELLE PAILLET, La responsabilité administrative, París, Dalloz, 1996, pp. 219 y ss. Esta sección, en sentencia del 31 de enero de 1989, exp. 5284, reconoció perjuicios morales a los autores de un diseño que fue reproducido sin su autorización en la emisión de una estampilla por la Administración Postal, que además omitió el nombre de sus creadores en ella. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera. sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1206.

33Citado por JORGE PEIRANO FACIO, Responsabilidad extracontractual, 3.ª ed., Bogotá, Temis, 1981, p. 380. En Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1206.

34Op. cit., p. 380. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1206.

35RENATO SCOGNAMIGLIO, El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual, Bogotá, Antares, 1962, p. 46. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1207.

36La Corte Constitucional precisó la distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad en estos términos: “No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional, por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades”: Sentencia C-031 del 2 de febrero de 1995, citada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1207.

37En sentencia del 13 de febrero de 1978 la corporación aplicó la limitación de la reparación del perjuicio moral prevista en el artículo 95 del Código Penal de 1936, pero actualizó dicha suma a la fecha del fallo, por considerar que $ 2.000 de 1937 equivalían a 1.000 gramos oro en 1978. Este criterio fue recogido posteriormente en el artículo 106 del Código Penal de 1980. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha negado de manera reiterada a aplicar la norma del estatuto penal porque a su juicio se refiere a la indemnización del daño moral que tiene origen exclusivo en la violación de la ley penal. No obstante, en sentencia del 5 de mayo de 1999, exp. 4978, incrementó el valor de la indemnización que tradicionalmente venía reconociendo y señaló a favor de la demandante la suma de $ 10.000.000 por perjuicios morales, por considerar que dicha suma “cumple la función satisfactoria que le es propia”. Citada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., p. 1207.

38Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de abril de 2000, cit., pp. 1205 a 1207.

39Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de mayo

de 1993, M. P. Julio César Uribe Acosta.

40Algunos autores han sugerido llamar a este perjuicio prejudice de desagrément, perjuicio por desagrado. Cfr. YVEZ CHARTIER, citado por JAVIER TAMAYO JARAMILLO, De la responsabilidad civil, t. II, De los Perjuicios y su Indemnización, Bogotá, Temis, p. 147. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, M. P. Ricardo Hoyos Duque, nota 1, en Doctrina y Jurisprudencia, t. XXIX, n.º 342, Bogotá, Legis, p. 1001.

41MAX LE ROY, L'évolution du préjudice corporel, París, Libraire de la Cour de Cassation, 1989, p. 66. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, cit., p. 1001.

42Ibid., p. 67. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, cit., p. 1002.

43ADRIANO DE CUPIS, El daño, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 121 y 122. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, cit., p. 1002.

44CAROLINA ARCINIEGAS PARGA y ANDRÉS MOLINA OCHOA, "El perjuicio extrapatrimonial: El daño moral y el daño fisiológico", en Temas Jurídicos, n.º 9, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 154. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, cit., p. 1002.

45Idem. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, cit., p. 1002.

46TAMAYO JARAMILLO, op. cit., pp. 157 y ss. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, cit., p. 1002.

47Según el dictamen médico acogido por la Sala en esta sentencia, “el señor H. E. P. G. presenta limitación parcial para completar actos de movilidad en cuello de pie y pie izquierdo, lo cual afecta parcialmente su capacidad de desplazamiento rápido así como su capacidad para realizar actividades que requieran movilidad corporal total”, y se le determinó, por consiguiente, que la pérdida de su capacidad laboral fue del 20 %. Respecto del señor L. V. R. M., el mismo dictamen médico conceptuó que su pérdida de la capacidad laboral fue del 45 % porque “presenta limitación parcial para completar arcos de movilidad en cadera y rodilla izquierda, así como disminución en la fuerza de extensión de rodilla. Esto le limita parcialmente el realizar actividades que requieran movilidad corporal oral o empleo de la fuerza de los miembros inferiores”: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, cit., p. 1003.

48Similares consideraciones han realizado la Sala en sentencias del 18 de febrero de 1999, exp. 12210, y 3 de mayo de 1999, exp. 11169. Citado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, cit., p. 1003.

49Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de marzo de 2000, cit., pp. 1001 a 1003.

50Tal sería el caso de la distinción que habría entre el perjuicio que se le genera a un futbolista profesional al privarse del placer que le produce jugar al fútbol y el

perjuicio objetivo patrimonial que sufre al no poder practicar el deporte del cual depende su sustento.

51ROCA, op. cit., pp. 123 y 124.

52Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de mayo de 2008, rad. 11001-3103-006-1997-09327-01, M. P. César Julio Valencia Copete.

53En sentencia del 10 de agosto de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera del Consejo de Estado, rad. 85001-23-31-000-1997-00448-01(16205), C. P. María Elena Giraldo Gómez, se hace un recuento de la evolución jurisprudencial del reconocimiento del daño a la vida de relación.

54Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 25 de agosto de 2010, rad. 33.833, M. P. Yesid Ramírez Bastidas.

55Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 13 de mayo de 2008, ut supra.

56Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007, C. P. Mauricio Fajardo Gómez, rad. 19001-23-31-000-2003-00385-01.

57FEDERICO DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la

responsabilidad sanitaria: el estado de la jurisprudencia, Sevilla, 2005. Disponible en <www.aegris.org/VIII_AEGRIS/MESA02_fmontalvo.pdf>.

58Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, rad. 54001-23-31-000-1997-02919-01. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

59PEDRO CAZEAUX, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance”, en Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello, n.º 10, p. 23 y ss.; FÉLIX ALBERTO, TRIGO REPRESAS, Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 25-26.

60JORGE MAYO, “El concepto de pérdida de chance”, en Enciclopedia de la responsabilidad civil, t. II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 207, citado por el Consejo de Estado en Sentencia ut supra.

61Cfr. Consejo de Estado, Sentencia de 21 de marzo 2012, cit.

62Cfr. Sentencia Consejo de Estado ut supra.

63TRIGO REPRESAS, op. cit., p. 35.

64A este respecto se ha sostenido que “[...] la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para

obtener un beneficio. El incierto es el beneficio, pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño [...]. Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente esa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta" (énfasis añadido). GILBERTO MARTÍNEZ RAVE y CATALINA MARTÍNEZ TAMAYO, Responsabilidad civil extracontractual, Bogotá, Temis, 2003, p. 260.

65Al respecto la doctrina afirma que "[...] en el lucro cesante está 'la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca', mientras que en la pérdida de chance hay 'un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla', diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo, cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio". Cfr. LEANDRO VERGARA, Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones, LL, 1995-D-78, n.º 3, apud. TRIGO REPRESAS, op. cit., p. 262, citado por el Consejo de Estado en sentencia ut supra.

66LUIS MEDINA ALCOZ, La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado, Madrid, Thomson-Civitas, 2007, pp. 87 y 264.

67LUIS FELIPE GIRALDO GÓMEZ, La pérdida de oportunidad en materia médica, un tema de daño, no de imputación, cit., pp. 42-57.

68JAVIER TAMAYO JARAMILLO, Tratado de responsabilidad civil, 2.ª ed., t. II, Bogotá, Legis, 2007, p. 360. De hecho, en el mismo lugar y con el fin de señalar la que entiende que es la "diferencia entre incertidumbre causal y pérdida de oportunidad" —título 354 de la obra aludida—, el citado autor afirma que "el mayor problema que tiene la institución de la pérdida de una oportunidad radica en la permanente confusión entre incertidumbre causal de un daño que ya ocurrió y la pérdida de la oportunidad".

69En sentencia del Consejo de Estado ut supra.

71Un ejemplo que ilustra la dinámica de la probabilidad matemática con fundamento en la denominada Ley de Laplace es el consistente en que la probabilidad de que al lanzar un dado salga el número cinco (5) se halla dividiendo 1 (toda vez que solo existe un caso favorable) entre 6 (vale decir, el número de eventos posibles), operación que arroja la cifra de 0,166 o del 16,6 %. Se trata, sin duda, de un criterio de medición con un elevado grado de precisión, pero que empleado por las ciencias sociales debe hacer frente al inconveniente de que en la realidad los sucesos rara vez son equiprobables, dada la multiplicidad de matices que rodean el desarrollo de los acontecimientos; la probabilidad frecuencial, a su turno, presenta la debilidad consistente en que al efectuar en abstracto la determinación del grado de probabilidad de acierto, no tiene en cuenta las circunstancias específicas del caso considerado, cosa que sí permite la probabilidad bayesiana, pero con un innegable riesgo de subjetividad; para la probabilidad lógica, finalmente, el cálculo probabilístico es "el análisis inductivo aproximado o estimativo de la vinculación lógica entre el hecho y las pruebas para determinar la medida en que aquel resulta confirmado por estas". De manera que "tanto más probable resulta una hipótesis cuanto mayor sea su unión lógica con los datos disponibles". A este respecto, véase MEDINA ALCOZ, op. cit., pp. 289-313. Lo cierto es que con el propósito de reconstruir la oportunidad con la cual

contaba la víctima antes del acaecimiento del hecho dañino, el juez no solo puede sino que se encuentra en el deber de buscar indicios tanto en los elementos específicos que le ofrece el caso concreto para resolver, como las circunstancias propias del contexto en el cual el evento tuvo ocurrencia —las normas jurídicas aplicables, la realidad social del país o del entorno más limitado del cual se trate, etc.—. Sobre este asunto, véase JUAN CARLOS HENAO, El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 161-162.

70El aludido recurso a la causalidad probabilística ha sido explicado por la doctrina en los siguientes términos: “En términos generales, y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aún sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que se presentan con grado de probabilidad predominante. No basta con que el hecho pueda ser considerado solo como una hipótesis posible. Entre los elementos alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en la relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esa relación con exactitud científica. Basta con que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una probabilidad determinante” (bastardilla de la Sala, en sentencia ut supra). Cfr. RICARDO DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. Con especial atención a la reparación del daño, Madrid, Civitas, 1995, pp. 77-79.

72Señala el artículo 16: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de

daños irrogados a las personas y a las cosas atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

73Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2011, C. P. Enrique Gil Botero, rad. 05001-23-25-000-1994-00020-01(19031). Actor: Antonio José Vigoya Giraldo y otros. Demandado: Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional. ref.: acción de reparación directa.

74Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Sentencia de 28 de agosto de 2014, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).

75“Alcances del artículo 2358, frente a los términos de prescripción. [...] 2. Sin embargo, no esclarece cómo pueden ser conciliables los conceptos de ‘responsabilidad directa’ y de ‘terceros responsables’, de forma que cuando se alude a estos también han de ser comprendidas las hipótesis propias de aquella. // Ello, por supuesto, no era —ni es— posible, puesto que son dos nociones que, si bien se refieren a la responsabilidad, se distinguen en que mientras que los terceros responsables, como su nombre lo indica, lo son por el hecho de otro, en la responsabilidad directa se responde por el hecho propio, el cual, como es apenas natural, tiene una óptica diferente en tratándose de personas naturales y de personas jurídicas. En aquellas la expresión fáctica y la connotación jurídica del hecho objeto de enjuiciamiento no presentan ninguna dicotomía. En estas, en cambio, y como quiera que no pueden actuar más que por medio de personas naturales, ambas manifestaciones son atribuibles a sujetos diferentes. Pero tal disgregación no autoriza en modo alguno a aseverar que la de las personas jurídicas es una responsabilidad de tercero. Éste es un punto que desde hace ya un tiempo considerable se encuentra no solo decidido sino decantado

en la jurisprudencia [...] // 3. De otra parte, la distinción entre responsabilidad directa y responsabilidad por el hecho de otro no es una cuestión más o menos accesoria o de segundo orden, sino que se trata de algo que está en la base misma de la responsabilidad, como que su fundamento es distinto, pues si la culpa in eligiendo o la culpa in vigilando son las que inspiran o justifican la responsabilidad indirecta, tal como se desprende de los artículos 2347 y 2348 del Código Civil, las mismas, en el supuesto de la responsabilidad directa o por el hecho propio, carecen de toda incidencia, siendo otros los soportes en los que esta descansa. // Subsecuentemente, cuando el inciso 2.º del artículo 2358 alude a la prescripción de las acciones contra los 'terceros responsables', 'conforme a las reglas de este capítulo', se está refiriendo a una especie particular de las distintas clases de responsabilidad que allí se reglamentan y no a una mera denominación que, de modo distinto, pueda ser aplicada tanto a la responsabilidad indirecta propiamente dicha como a una particular forma de la responsabilidad directa, como lo es la de las personas jurídicas". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de mayo de 1994, M. P. Héctor Marín Naranjo.

LOS AUTORES

JAIME BERNAL CUÉLLAR

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 MARTÍNEZ

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.

MIGUEL CÓRDOBA ANGULO

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, doctor en derecho de la Universidad de Salamanca. Abogado litigante y profesor.

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.

CIELO MARIÑO 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.

ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ

Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especializada en Derecho Penal en el Externado y en la Universidad de Salamanca. Doctora en Derecho y en Sociología de la Universidad Externado de Colombia. Abogada litigante y docente de Derecho Penal.

JORGE CALDAS VERA

Abogado y doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

GUILLERMO FERRO TORRES

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado y magíster 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 ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especializado en Ciencias Penales y Criminológicas. Se ha desempeñado como 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.

NÓDIER 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 y doctor en Derecho de la Universidad de León. Docente y abogado litigante.

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesor de pregrado y posgrado, abogado litigante, coautor, entre otras obras, de Bien jurídico y derechos fundamentales.

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 magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeña como profesor y abogado litigante.

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especializado en la Universidad Externado de Colombia y doctor en Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares. Catedrático de Derecho Penal Especial, abogado consultor y litigante. 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).

JOSE MANUEL DIAZ SOTO

Abogado de la Universidad Externado de Colombia y magíster en Ciencias Penales y Criminológicas de la misma universidad. Magíster en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes. Docente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con posgrados en Derecho Penal y Criminología. Profesor y abogado litigante.

ADRIANA MERCADO CRUZ

Abogada de la Universidad Externado de Colombia y especialista en derecho penal de la Universidad del Rosario. Máster avanzado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Pompeu Fabra. Docente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

ELENA SUÁREZ DÍAZ

Abogada y especialista en ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Se desempeña como abogada litigante y docente del Departamento de Derecho Penal.

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.

JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES

Abogado de la Universidad Externado de Colombia y doctor en Derecho de la Universidad de Bonn. Docente del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia.

IVÁN GONZÁLEZ AMADO

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Ciencias Penales y Criminológicas. Docente universitario. Coautor de Lecciones de Criminología y El periodismo ante la ley penal. Se desempeña como magistrado de la Jurisdicción Especial para la Paz.

VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO

Abogado de la Universidad Externado de Colombia, con posgrados en Ciencias Penales y Criminológicas. Profesor titular. Consultor y litigante.



Editado por el Departamento de Publicaciones de la
Universidad Externado de Colombia en abril de 2019

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos y
se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos

Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem

OTRAS PUBLICACIONES

Lecciones de derecho penal
Parte especial , 3.ª ed.
2019, 2 vols.

Ensayos sobre libertad, control de convencionalidad y justicia transicional en los "Acuerdos de LaHabana"
Carlos A. Gómez Pavajeau,
Carolina Bayona Rangel,
Catalina Rivero Manrique y
Juan C. Gómez Nieto (directores)
2019, 394 pp.

Neuroderecho penal y disciplinario
Conducta humana, consciencia de la ilicitud y reproche jurídico-social
Carlos Arturo Gómez Pavajeau
2018, 330 pp.

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.

SEGUNDA EDICIÓN

LECCIONES DE DERECHO PENAL

Parte Especial

Hernando Barreto Ardila
Dario Bazzani Montoya
Angela María Buitrago Ruiz
Jorge Cardas Vera
Antonio José Cancino
Sandra Jeannette Castro Ospina
Miguel Córdoba Angulo
Diego Corredor Beltrán

Manuel Corredor Pardo
Leonardo Cruz Bolívar
José Guillermo Ferro Torres
Leonardo Cruz Bolívar
Vicente E. Gaviria Londoño
Carlos A. Gómez Pavajeau
Emiliano González de Cancino
Hernando Hernández Quintero
Augusto J. Ibáñez Guzmán

William Monroy Victoria
Alejandro Rameh Arteaga
Carmen Eloisa Ruiz López
Camilo Sampedro Arrubla
Elena Suárez Díaz
Alberto Suárez Sánchez
William Torres Tópaga
José Joaquín Urbano Martínez

Universidad Externado de Colombia

125 Años

Table of Contents

Cover Page

Portada

Portadilla

Créditos

Presentación

Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia

Del lavado de activos

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

Delitos contra la administración pública

Delitos contra el régimen constitucional y legal

Delitos contra la integridad moral

Delitos contra el orden económico social

De los delitos contra la salud pública

Celebración indebida de contratos

El delito de estafa

La falsedad de los documentos

Delitos contra la seguridad pública

Delitos contra la familia

Delitos contra los derechos de autor

Los delitos de manipulación genética

Delitos contra las “personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario ” (a propósito de la configuración de los delitos “contra la humanidad ”)

Delitos contra el orden económico y social

Personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario

Delitos aduaneros

Delitos contra la libertad individual y otras garantías

Delitos contra el patrimonio económico

Delitos contra los mecanismos de participación democrática

Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales

Falsedad monetaria

Delitos contra la vida y la integridad personal

SEGUNDA EDICIÓN

LECCIONES DE DERECHO PENAL

Parte Especial

Hernando Barreto Ardila
Dario Bazzani Montoya
Angela María Buitrago Ruiz
Jorge Cardas Vera
Antonio José Cancino
Sandra Jeannette Castro Ospina
Miguel Córdoba Angulo
Diego Corredor Beltrán

Manuel Corredor Pardo
Leonardo Cruz Bolívar
José Guillermo Ferro Torres
Leonardo Cruz Bolívar
Vicente E. Gaviria Londoño
Carlos A. Gómez Pavajeau
Emiliano González de Cancino
Hernando Hernández Quintero
Augusto J. Ibáñez Guzmán

William Monroy Victoria
Alejandro Rameh Arteaga
Carmen Eloisa Ruiz López
Camilo Sampedro Arrubla
Elena Suárez Díaz
Alberto Suárez Sánchez
William Torres Tópaga
José Joaquín Urbano Martínez

Universidad Externado de Colombia

125 Años

LECCIONES DE DERECHO PENAL

PARTE ESPECIAL

SEGUNDA EDICIÓN

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA

ISBN 978-958-710-657-2

© 2011, 2003, Universidad Externado DE Colombia

Calle 12 n.° 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

ePub por Hipertexto / www.hipertexto.com.co

Primera edición: febrero de 2003; reimpr.: junio de 2003

Segunda edición: marzo de 2011

Diseño de carátula: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Fidel Robayo Moya

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.

Hernando Barreto Ardila

Carlos Arturo Gómez Pavajeau

Darío Bazzani Montoya

Emilssen González De Cancino

Ángela María Buitrago Ruiz

Hernando Hernández Quintero

Jorge Caldas Vera

Augusto J. Ibáñez Guzmán

Antonio José Cancino

William Monroy Victoria

Sandra Jeannette Castro Ospina A

Lejandro Ramelli Arteaga

Miguel Córdoba Ángulo

Carmen Eloísa Ruiz

Diego Corredor Beltrán

Camilo Sampedro Arrubla

Manuel Corredor Pardo

Elena Suárez Díaz

Leonardo Cruz Bolívar

Alberto Suárez Sánchez

José Guillermo Eduardo Ferro Torres

William Torres Tópaga

Vicente E. Gaviria Londoño

José Joaquín Urbano Martínez

PRESENTACIÓN

Un numeroso grupo de profesores del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia ha decidido aunar esfuerzos para publicar estas Lecciones de derecho penal, orientadas particularmente a facilitar el estudio de la materia a quienes se inician en estos temas, pero con suficiente profundidad y rigor para que sirva de ayuda a funcionarios judiciales, abogados litigantes y estudiosos en general de esta área de conocimiento jurídico.

Las Lecciones de derecho penal. Parte especial recopilan aportes de varios autores que han abordado los temas correspondientes con autonomía conceptual; por tal razón, a pesar de que se maneja un esquema metodológico uniforme, debe saber el lector que son posibles los antagonismos de criterio entres los diferentes juristas que contribuyeron a la elaboración de este volumen. En tales eventos el Departamento de Derecho Penal ha preferido respetar las distintas opiniones bajo el supuesto de que aquellas que se exponen en este texto cuentan con un amplio soporte doctrinal y propician el debate necesario para la adecuada formación jurídica.

De otra parte, quiso el grupo de autores acometer el análisis de cada uno de los tipos penales que actualmente integran la parte especial del Código Penal colombiano y prefirió centrar la atención sobre los aspectos polémicos de cada uno de ellos en lugar de la tradicional revisión de los elementos que componen descripciones penales. Esta visión integral de la materia, desde una perspectiva problemática, junto a la reconocida trayectoria profesional y académica de cada uno de sus autores, hacen de esta una obra excepcional en el medio colombiano.

Ha sido una preocupación del señor Rector, doctor Fernando Hinestrosa , que la Universidad pueda ofrecer a los estudiantes las herramientas que les permitan abordar los programas académicos con mayor facilidad, solvencia y actualización. La edición de estas Lecciones de derecho penal se hizo posible gracias a su apoyo incondicional y al

empeño de cada uno de los profesores vinculados a este proyecto.

Jaime Bernal Cuellar

Director del Departamento de Derecho Penal

HERNANDO BARRETO ARDILA

Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia

I. OBJETO DE AMPARO

En el estatuto penal de 1980 el título correspondía a los “delitos contra la administración de justicia”; tal denominación fue cambiada en el título XVI del libro 11 del nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000) por “delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia”, pues, según se anotó en la exposición de motivos, el término “administración de justicia” estaba afectado por la doctrina liberal individualista de la Revolución Francesa, donde la función de los jueces era secundaria a la del legislador, habida cuenta que les correspondía únicamente ser la boca de la ley mediante el silogismo de la justicia, actividad sustancialmente diversa a la que hoy les compete conforme a las exigencias materiales de la Carta Política de 1991; además, la nueva denominación permite verificar que constituyen delito no solo aquellos comportamientos que lesionan el aparato de justicia en su forma, sino también los que vulneran los mecanismos dispuestos para discernir y reconocer el derecho{1}.

Si conforme al artículo 2.° de la Carta Política constituyen fines esenciales del Estado el servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes establecidos en la norma superior, tal gestión tiene que ser adelantada por los funcionarios judiciales dentro de exigencias de eficacia y rectitud, con lo que podrá avanzarse bastante para conseguir la vigencia de un orden justo.

Lo anterior sólo es posible si se asume que, “En el Estado social y democrático de derecho, los poderes públicos no tienen una misión de meros observadores del acontecer diario de los ciudadanos, sino que están llamados a efectuar unas gestiones de prestación, sustentadas en valores superiores que entregan un contenido material de legitimidad a todas las expresiones del poder, en consecuencia, los funcionarios judiciales abandonan su papel de boca de la ley, para convertirse en hombres de pensamiento que aportan con sus decisiones en la

impregnación de sus actos con los valores propugnados por el Estado”{2}.

Las autoridades que imparten justicia, conforme al artículo 116 de la Carta Política, son: la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces. También el Congreso de la República (respecto de la acusación y el juicio contra el Presidente de la República, los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, y el Fiscal General de la Nación); excepcionalmente, determinadas autoridades administrativas, y los particulares investidos transitoriamente en condición de conciliadores o árbitros.

Por lo tanto, es criticable que en los artículos 442 (falso testimonio), 445 (infidelidad a los deberes profesionales) y 453 (fraude procesal) de la ley 599 de 2000 se haga referencia a “actuaciones administrativas”, “asunto administrativo” o “acto administrativo”, respectivamente, pues, obvio es decirlo, con su realización no se lesiona o pone en peligro el bien jurídico señalado por el legislador, esto es, la “eficaz y recta impartición de justicia”.

Si el bien jurídico constituye una estructura delimitadora de interpretación restrictiva en punto de la órbita de protección de las normas que él cobija, no se evidencia de qué manera los delitos mencionados quebrantan el objeto de amparo comentado cuando se trata de actuaciones administrativas. Ahora bien, si se hiciera una interpretación extensiva de ello conforme al debido proceso constitucional (art. 29.1) que se refiere a “actuaciones judiciales y administrativas”, se estaría quebrantando el principio de legalidad y específicamente el principio de tipicidad que supone la taxativa, clara y estricta definición de comportamientos, donde juega medular papel hermenéutico y de comprensión la ubicación que de los tipos haga el legislador dentro de los bienes jurídicos amparados.

También ello representa dificultades al momento de verificar el contenido de la antijuridicidad material, que impone verificar si efectivamente se lesionó o puso en peligro el bien jurídico protegido, pues, se reitera, de cara a los asuntos administrativos no se produciría afrenta a la

eficaz y recta impartición de justicia con los tipos penales enunciados, sino, probablemente, a un bien jurídico diverso y especial, ubicado en el título xv del la Ley 599 de 2000, esto es, la administración pública.

Consecuencia de lo anterior es que los comportamientos de falso testimonio, infidelidad a los deberes profesionales y fraude procesal sólo serán punibles cuando lesionen el bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia, habida cuenta que la ubicación de los tipos dentro de un bien jurídico no corresponde al capricho del legislador, y a ello debe circunscribirse su ámbito de aplicación.

Es posible metodológicamente agrupar en este título 3 clases de quebrantos al bien jurídico anunciado, así:

1. Comportamientos que atentan contra el normal y eficaz funcionamiento de la labor jurisdiccional: falsa denuncia (art. 435), falsa denuncia contra persona determinada (art. 436), falsa autoacusación (art. 437), falso testimonio (art. 442) y soborno (art. 444).

2. Conductas que quebrantan la ejecución de lo decidido en las providencias judiciales: fuga de presos (art. 448), favorecimiento de la fuga (art. 449), modalidad culposa de la fuga (art. 450), y fraude a resolución judicial (art. 454).

3. Actos que infringen la sujeción de carácter general que deben tener los particulares para con la importante actividad de administrar justicia: omisión de denuncia de particular (art. 441), favorecimiento (art. 446), receptación (art. 447), fraude procesal (art. 453), e infidelidad a los deberes profesionales (art. 445).

II. FALSA DENUNCIA

En este delito (art. 435) se sanciona con pena de prisión y multa a quien bajo juramento denuncie ante la autoridad una conducta típica que no se ha cometido.

La razón de ser de este delito se sustenta en que la justicia en el Estado social de derecho proclamado en la Carta Política está construida sobre el principio de buena fe y los deberes de las personas, lo que deriva en la obligación de actuar ante la administración de justicia en forma veraz, para que esta pueda ser impartida de manera justa y eficaz.

La denuncia debe ser entendida en su contexto jurídico-normativo, lo que descarta los anónimos, las informaciones confidenciales, los reportes a las "líneas anticorrupción", las noticias, y en general todo relato de hechos sin las formalidades exigidas por la ley (juramento y autoridad).

Ingrediente normativo esencial de esta conducta lo constituye el relato falso verbal o escrito ante una autoridad, no necesariamente competente, pero que tenga dentro de sus funciones constitucionales, legales o reglamentarias, conocer o poner en conocimiento del competente los hechos expuestos (art. 27.2 Ley 600 de 2000). Ejemplo: comete el delito quien ante el comandante de una estación de policía presenta un escrito donde denuncia hechos inexistentes.

Para establecer la falsedad debe confrontarse lo expuesto en la denuncia con la realidad de la existencia de conducta típica, vale decir, la discordancia entre los hechos expresados como ilícitos por el denunciante y lo realmente sucedido, pues no es exigible a quien denuncia efectuar valoraciones respecto de la antijuridicidad, la culpabilidad, la imputabilidad o las causales excluyentes de responsabilidad o de improseguibilidad de la acción. Se trata, entonces, de la ausencia de comisión del tipo imputado en su aspecto estrictamente objetivo.

En este delito el señalamiento falso se hace de manera general sin imputar la comisión de la conducta a una persona específica, esto es, el falsario se limita a exponer comportamientos delictivos falsos que no ocurrieron total o parcialmente.

Se comete este comportamiento cuando la imputación mentirosa se predica de una persona indicada con un nombre y un apellido, pero no se suministran datos que permitan dar con su real identificación y ubicación. Ejemplo: se acusa a Pedro Pérez de cometer la noche

anterior un homicidio, pero no se suministra más información sobre el supuesto autor.

Como circunstancia modal, este tipo dispone que el comportamiento se realice bajo juramento, por tratarse de una solemnidad esencial del acto jurídico (arts. 29 y 269 C. P. P.). Los efectos civiles y políticos que el Constituyente y el legislador confieren al juramento no se afianzan en una mera ritualidad, sino en el postulado constitucional de la buena fe y los deberes de colaboración con la justicia, la convivencia tolerante y la vigencia de un orden justo que tienen los ciudadanos.

La denuncia puede presentarse verbalmente o por escrito, dejando constancia del día y hora de su presentación, y debe contener una exposición detallada de los hechos conocidos por el denunciante. Si la denuncia es escrita, el juramento se entenderá prestado por la sola presentación de la misma (art. 29 Ley 600 de 2000).

La conducta puede ser realizada por cualquier persona, pues el tipo no requiere de cualificaciones especiales para el sujeto activo.

III. FALSA DENUNCIA CONTRA PERSONA DETERMINADA

El legislador dispuso sancionar con pena de prisión y multa a quien bajo juramento denuncie a una persona como autor o partícipe de una conducta típica que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte. También esta conducta atenta contra el normal y eficaz funcionamiento de la labor jurisdiccional, pues brinda un elemento de juicio falso al funcionario que debe valorar la materialidad de un comportamiento y la responsabilidad que le compete a alguien.

Es necesario que el denunciante achaque la comisión de un delito a una persona con conocimiento cierto de su inocencia, pues no se incurre en esta conducta punible cuando se denuncia con la convicción errada e invencible

que el señalado era en verdad autor o partícipe, o que el comportamiento denunciado era delictivo, y posteriormente se demuestra lo contrario. Vgr., el denunciante observó mal y se trataba de un hermano gemelo del verdadero autor, o bien el comportamiento estaba amparado por una causal de justificación, como cuando se denuncia un secuestro que en verdad corresponde a una captura legal en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente.

Por lo tanto, no basta que se profiera un auto inhibitorio, una preclusión de la investigación, una cesación de procedimiento o un fallo absolutorio, para que, sin más, se afirme que el denunciante cometió el delito aquí analizado, pues para ello resulta menester, con algunos matices, la acreditación de que lo denunciado no ocurrió, habida cuenta que son bastantes y variadas las posibilidades jurídicas y procesales que pueden conducir a las decisiones señaladas sin que ello comporte falsedad en la exposición del denunciante.

Por ejemplo: si se denuncia un delito de bigamia que no ocurrió, no hay falsa denuncia porque tal comportamiento ya no es punible. Si se denuncia un delito de estupro que sí ocurrió, no hay falsa denuncia porque aquella conducta dejó de ser punible. Si se pone en conocimiento de las autoridades un homicidio que luego resulta no punible por estar amparado por una legítima defensa, no hay falsa denuncia porque la valoración del denunciante sólo recae sobre lo objetivo.

La diferencia con el delito de falsa denuncia radica en que aquí el señalamiento se hace con relación a una persona identificada. Las hipótesis estarían integradas por: a. Inexistencia del comportamiento imputado; b. Existencia de la conducta típica pero ausencia en su realización por la persona a quien se le imputó como autora (material o mediata) o partícipe (determinadora o cómplice). Valga decir, para la comisión de este comportamiento resulta indiferente si la conducta denunciada ocurrió realmente o no, pues lo esencial es el señalamiento mentiroso que se hace de una persona.

Se incurre en el delito cuando la imputación falsa se formula en una denuncia “en averiguación de responsables”, pero luego en el texto del documento o de la

exposición se concreta de manera indudable la identidad de la persona señalada.

Como ya se advirtió, el relato falso, verbal o escrito, debe presentarse ante un servidor público, aunque carezca de competencia, quien deberá conocer si tiene facultad para ello, o poner en conocimiento del competente.

La punibilidad es más severa que en el delito de falsa denuncia, pues al realizarse la imputación falsa con relación a un individuo determinado se evidencia mayor intensidad en la lesión, tanto al bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia, como en cuanto atañe al posible imputado que tendría que asumir un proceso penal, donde podría soportar medidas cautelares personales (detención preventiva jurídica y / o física), medidas cautelares reales sobre sus bienes (embargo y secuestro), e inclusive verse expuesto a una sentencia de condena; todo lo cual evidencia una mayor capacidad de daño a bienes jurídicos dentro de un alcance pluriofensivo, es decir, un más intenso juicio de desvalor propio de la antijuridicidad.

Este comportamiento puede ser cometido por cualquier persona, inclusive por aquellas exoneradas del deber de denunciar (art. 33 C. N. y 28 Ley 600 de 2000), pues una vez renuncian a la exoneración carecen de autorización para engañar a los funcionarios judiciales y tienen el deber de actuar con rectitud y veracidad.

IV. FALSA AUTOACUSACIÓN

Conforme a la definición típica, se señala privación de la libertad y pena pecuniaria al que ante autoridad se declare autor o partícipe de una conducta típica que no ha cometido, o en cuya comisión no ha tomado parte.

Si bien existe el derecho fundamental a la no autoincriminación como principio rector del derecho penal y como componente específico del derecho de defensa del sindicado, a su vez contenido en el derecho fundamental del

debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, sólo aplicable en asuntos criminales, correccionales y de policía (Sentencia C-246 de 1997), la renuncia a tal prerrogativa no faculta al individuo para declararse autor o partícipe de actos no ocurridos o ajenos.

La censura de la autoincriminación sobre autoría o participación se produce respecto de: a. Una conducta que no ha ocurrido; b. Un comportamiento que si bien ocurrió, el individuo no actuó en él.

La autoacusación falsa puede producirse: en la versión del imputado (art. 324 C. P. P.), en la indagatoria (art. 338 C. P. P.), en la ampliación de indagatoria (art. 342 C. P. P.), y en el interrogatorio que el juez o los sujetos procesales pueden hacer al sindicado en la audiencia pública (art. 403 C. P. P.).

En la Ley 906 de 2004 podría ocurrir en el allanamiento a cargos dentro de la audiencia de formulación de imputación (art. 288), en la audiencia de formulación de acusación (art. 339) o en la alegación inicial dentro del juicio oral (art. 367).

Cuando la declaración falsa de participación en un delito se consigna en un documento público que pueda servir de prueba, no se está en presencia de una falsa autoacusación, sino de un delito contra la fe pública. Por ejemplo, cuando un menor atropella en estado de embriaguez a un transeúnte, pero su padre manifiesta ante las autoridades de tránsito que él era quien conducía, y así queda anotado en el correspondiente croquis.

V. CIRCUNSTANCIA DE AGRAVACIÓN COMÚN A LOS DELITOS ANTERIORES

El artículo 438 de la Ley 599 de 2000 agrava las penas de los comportamientos de falsa denuncia, falsa denuncia contra persona determinada y falsa autoacusación, cuando

el agente simula pruebas, siempre que el hecho en sí mismo considerado no estructure la comisión de otro delito.

En efecto, la perfección de los delitos mencionados se consigue con la formulación verbal o escrita de la denuncia o de la autoincriminación, con la exigencia esencial del juramento, y con un relato de los hechos; obviamente, si la mentira expuesta es acompañada de pruebas igualmente falaces con la pretensión de convencer al funcionario, se evidencia una intensidad superior del grado de injusto, habida cuenta que la administración de justicia debe encaminar su esfuerzo a detectar y superar el yerro al que se le induce, todo lo cual fundamenta la mayor respuesta punitiva.

Simular es desfigurar la verdad, mostrar como cierto lo que no lo es; por lo tanto, es necesario que el agente allegue las pruebas simuladas para dar soporte a su exposición, a sabiendas de la alteración de la realidad. Resulta importante destacar que para el efecto indicado resulta intrascendente el momento de creación de la prueba, pues lo importante es la utilización que se de al instrumento probatorio simulado, en la medida que se consigue incorporarlo al proceso como medio de convicción de una mentira.

Se trata, entonces, de una disposición subordinada a los tipos de falsa denuncia, falsa denuncia contra persona determinada y falsa autoacusación, lo que hace necesario verificar si con las pruebas simuladas en cada caso concreto se incrementó o no el quebranto al bien jurídico amparado, para que proceda la agravación punitiva. Así, pues, fingir la existencia de un contrato en la exposición mentirosa, que en ningún momento es exhibido ante la autoridad, resulta ser una conducta inocua que no satisface la exigencia de la mayor punibilidad señalada.

La circunstancia de agravación de la punibilidad se encuentra respecto de otros delitos autónomos en relación de subsidiariedad expresa, en cuanto es posible que, para conseguir el convencimiento errado en el funcionario, el sujeto agente simule pruebas que a la postre constituyan otro delito. Vgr., falsedad de documento público o privado, fraude procesal, etc. En tales supuestos, para obviar la lesión al principio non bis in idem, no puede estructurarse

un concurso material efectivo entre el delito agravado por la simulación y el otro autónomo, sino que, en virtud del principio de subsidiariedad como solución jurisprudencial y doctrinal para el concurso aparente de delitos, debe optarse por el concurso material entre el delito (falsa denuncia, falsa denuncia contra persona determinada o falsa autoacusación) sin la agravación punitiva y el otro comportamiento punible, pues, se reitera, la agravación punitiva cede en virtud de la subsidiariedad frente a un delito autónomo diverso.

VI. REDUCCIÓN CUALITATIVA DE PENA

El artículo 438 del Código Penal dispone que, cuando se trate de contravención, la pena para los comportamientos anteriores será de multa, es decir, que ya no será procedente la sanción de prisión, y la pena pecuniaria podrá tasarse a partir de una unidad, sin hacer referencia a los mínimos establecidos en las disposiciones precedentes.

Como bien lo destaca el legislador, se trata de lo que en principio podría tenerse como reducción cualitativa de la pena, esto es, un cambio en la clase de sanción dispuesta. No obstante, materialmente puede presentarse que esta reducción cualitativa no beneficie en realidad al condenado, pues bien puede ocurrir que con ocasión de mentir en un proceso contravencional se le imponga la pena de multa, y que él carezca de interés en pagar, caso en el cual se verá abocado a las reglas de sustitución de la sanción pecuniaria por privación de la libertad señalada en el artículo 40 del Código Penal; mientras que si la pena fuera de prisión, la misma naturaleza del hecho, unida a la prognosis sobre lo innecesario de la pena del tratamiento penitenciario, podría derivar en el otorgamiento del subrogado penal de la condena de ejecución condicional.

Sobra advertir que esta inconsistencia hace parte de la libertad de configuración normativa que tiene el legislador, quien pudo eventualmente haber creído que daba un trato más benévolo al infractor de alguno de los delitos

precedentes cuando se tratara de una contravención, aunque muy posiblemente ello no será así.

Es pertinente recordar que cuando la pena imponible es exclusivamente de multa, como ocurre en esta norma, puede el procesado acogerse al pago anticipado de la sanción que le fuere impuesta mediante la figura de la oblación (art. 87 C. P.) y pondrá fin de esta manera al proceso.

VII. CIRCUNSTANCIA DE ATENUACIÓN PUNITIVA

El legislador señala una circunstancia de atenuación de la pena imponible, cuando antes del vencimiento de la última oportunidad procesal para practicar pruebas el autor se retracta de la falsa denuncia.

Aunque del texto de la disposición (art. 440): “el autor se retracta de la falsa denuncia’", pareciera que la norma sólo rige respecto del comportamiento definido en el artículo 435 del estatuto penal, el encabezado mismo: “Las penas previstas en los artículos anteriores…”, y una interpretación extensiva, permiten concluir que la disminución por la retractación opera para la falsa denuncia, la falsa denuncia contra persona determinada y la falsa autoacusación, como que en estos comportamientos se señalan –denuncian– ante las autoridades hechos falsos.

La etiología de la disminución punitiva está determinada por la evitación de un daño más grave y definitivo para la administración de justicia y para las personas, pues la retractación oportuna mediante la debida información al funcionario judicial no dará lugar a decisiones indebidamente soportadas, caso en el que es evidente que el comportamiento es típico, que tiene antijuridicidad formal y material, pero que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado fue menguada por la retractación, motivo por el que es pertinente reconocer la rebaja de punición.

Es decir, se trata de una conducta que ab initio tuvo desvalor de acción, pero que evidencia finalmente un cierto valor de resultado realizado por su autor, que hace menguar el juicio integral de desvalor propio de la antijuridicidad.

Por vía de ejemplo, piénsese en la retractación presentada en la audiencia pública dentro de un proceso penal, que es el último momento procesal para practicar pruebas, con fundamento en la cual podrá librarse al procesado de un fallo injusto.

Finalmente, adviértase que la retractación debe producirse en las mismas condiciones que se produjo la mentira en el trámite procesal, esto es, voluntariamente, bajo las mismas solemnidades y formalidades esenciales, ante las autoridades, etc. La retractación, para que fundamente la disminución punitiva, debe ser clara y contundente en cuanto se refiere a develar el anterior engaño; esto es, no se trata de una nueva versión de los hechos, sino de un relato que señale de manera indudable la verdad, así como la mentira planteada en la falsa denuncia o falsa autoacusación.

VIII. OMISIÓN DE DENUNCIA DE PARTICULAR

El artículo 441 del Código Penal, modificado por el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006, establece pena de prisión para quien tuviere conocimiento de la comisión de un delito de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos o cualquiera de las conductas contempladas en el título 11 del libro segundo del Código Penal o de las conductas contenidas en capítulo iv del título iv del libro 11 cuando el sujeto pasivo sea un menor de doce (12) años, y omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad.

No hay duda que la fuente de esta disposición, que estaba consagrada en el ordenamiento de 1980 sólo para los servidores públicos, la constituye el principio constitucional de solidaridad, propio del Estado social de derecho que se soporta en las relaciones de sujeción especial que tienen los particulares con el Estado. Vale decir, la noción social del Estado determina ciertas obligaciones y deberes para los individuos, y por ello, los involucra en el cumplimiento de cometidos y deberes enunciados en la Carta Política; por ejemplo, obrar conforme al principio de solidaridad social (art. 95.2), colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.7), entre otros.

Se trata, entonces, de la guarda de ciertos bienes jurídicos que el legislador dentro de su órbita de libertad en la configuración normativa estima de importancia; es por ello que este delito no procede frente al conocimiento de la comisión de toda clase de comportamientos delictivos, sino únicamente cuando se trate de los ya enunciados.

Por ser un delito cuya forma de conducta es únicamente dolosa, debe acreditarse que la persona enterada de los comportamientos punibles decidió voluntariamente no informar de ellos a las autoridades.

Existe un elemento trascendente en el tipo que alude a la injustificación en la denuncia, pues cuando las personas se sustraen a su deber de denunciar porque existe una justificación atendible en derecho para ello, no estarán realizando conducta típica. Piénsese, por ejemplo, en el testigo de una cruenta masacre que es amenazado por los autores si denuncia lo observado.

Debe precisarse que no es exigible a quien tiene conocimiento de la comisión de una conducta punible que se dirija al funcionario competente para exponer su denuncia, pues cumple con el ámbito de protección de la norma si la revela a otra autoridad o servidor público, quien sí tiene la obligación de recibirla y darle el curso pertinente al competente, según lo establece el artículo 27 del C. P. P. de la Ley 600 de 2000; por lo tanto, si el servidor público no competente decide no tramitar conforme a la ley la denuncia presentada, ya el particular no será responsable de que su relato no haya sido conocido por la autoridad

competente, como que tampoco le es exigible que realice actividades dirigidas a establecer el curso de su denuncia.

No incurren en este delito aquellas personas que por mandato constitucional (art. 33) y legal (art. 28 Ley 600 de 2000) están exoneradas del deber de denunciar, entre quienes se encuentran: el cónyuge, el compañero o compañera permanente, los parientes dentro del cuarto grado de consaguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

No comete el delito quien omite denunciar los comportamientos mencionados, cuya comisión ha conocido en el ejercicio de ciertas funciones que le imponen el secreto profesional (ministros de cualquier culto y abogados). Por ejemplo, cuando un cliente consulta a su abogado y le detalla pormenorizadamente la comisión de delitos para trazar su estrategia defensiva, el profesional no está obligado por la ley a denunciar tales hechos.

Este delito comienza a consumarse desde el momento ulterior a aquel en el que el individuo se entera de la comisión de alguno de los delitos taxativamente señalados y no procede, sin justificación alguna, a decirlo “en forma inmediata a la autoridad”. Se trata de un delito permanente, pues sigue en estado de consumación durante todo el tiempo que ocurre la omisión, y culmina, entre otras situaciones, cuando cesa el no hacer, esto es, cuando la persona comparece a relatar las conductas que conoció, o cuando tales comportamientos son conocidos a través de otros medios por las autoridades, pues cesa allí el sentido material del deber incumplido.

Tampoco comete el delito quien, informado de la comisión de las conductas punibles, despliega inmediatamente todas las actividades necesarias para acudir ante las autoridades, pero infructuosamente no consigue exponer los hechos por causas ajenas a su voluntad; piénsese, por ejemplo, en la presencia de un paro nacional de empleados estatales prolongado por varios días, caso en el que se estaría frente a una justificación para no denunciar inmediatamente, que derivaría en la atipicidad de la omisión.

Por la estructura misma de la conducta es dificultoso que se presente una participación, pues, obvio es decirlo, si el

enterado de la comisión de las conductas delictivas se lo cuenta a un tercero, surge para este la obligación de denunciar inmediatamente, y si no lo hace podría verse incurso en el delito estudiado a título de autor, con independencia de la suerte de quien le hizo el relato. Igualmente, si un sujeto determina a otro para que omita su obligación de denunciar un comportamiento delictivo, el "determinador" estaría incurso en la misma situación del autor material, pues es evidente que él también estaba obligado a denunciar, y al no hacerlo asumiría la responsabilidad de autor material del comportamiento analizado.

IX. FALSO TESTIMONIO

Conforme al artículo 442 de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 8.° de la Ley 890 de 2004, incurre en este comportamiento el que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente.

Este comportamiento atenta contra el normal y eficaz funcionamiento de la labor jurisdiccional, pues callar la verdad total parcialmente provoca que el funcionario no se informe adecuadamente para formar su criterio y decidir, con lo que eventualmente podrá equivocar su raciocinio y deducciones.

El juramento del testigo carece de un contenido religioso, esto es, no se jura por Dios, sino que integra una facultad de compulsión autorizada por la ley para asegurar la verdad en lo expuesto, que permite la amonestación previa sobre la importancia moral y legal del acto, y las sanciones penales derivadas de faltar a la verdad (art. 276 Ley 600 de 2000).

Cuando se trata de menores de 12 años, el legislador decidió no someterlos mediante la formalidad del juramento por no estar en capacidad de comprender su trascendencia. No obstante, aunque el juramento apunta a garantizar la

verdad en la declaración, la ausencia del mismo no permite concluir que el testigo falta a la verdad, como en efecto ocurre con los menores señalados. Obviamente, el juramento que se toma al representante legal o pariente mayor de edad del menor de 12 años apunta a garantizar la reserva de la diligencia, y no la verdad de lo expuesto por el infante.

Faltar a la verdad supone no exponer lo conocido (callar), exponerlo de manera tergiversada (inventar), o no exponer todo (callar parcialmente); es necesario que quien falta a la verdad tenga la intención de hacerlo, pues ocurre con frecuencia que el testigo desea exponer la verdad ante las autoridades judiciales o administrativas, pero por no recordar fragmentos del suceso sobre el que se le pregunta, tiende a llenar tales vacíos con adiciones que aunque falsas, no estructurarían en todos los casos la comisión del delito, en la medida que se acredite que su intención no fue la de mentir, es decir, que carecía de dolo de alterar la verdad.

Se requiere para cometer este delito que se haya cumplido en la recepción de la declaración con las formalidades esenciales dispuestas por el legislador.

Es necesario que la alteración de la verdad sea trascendente, pues resulta apenas obvio que quien relata tiempo después ante una autoridad la realización de determinado comportamiento, intente reconstruir el cuadro conjunto, pero tal recuerdo puede presentar vicios que, si tienen el carácter de insustanciales, esto es, que no afectan la estructura fundamental de lo declarado no se adecuan al tipo penal analizado. Por ejemplo, si un testigo expone: “en la oscuridad de la noche observé que un individuo sacó de su cinto un revolver plateado y disparó a otro causándole la muerte”, pero en el proceso se acredita que no se trataba de un revolver sino de una pistola plateada, no cabe duda que se ha alterado la verdad, pero que tal hecho es en sí mismo intrascendente con relación al objeto de investigación, y por ello carece de aptitud para lesionar el bien jurídico tutelado con el falso testimonio, y/o es ajeno al ámbito de protección del tipo penal.

Esta conducta puede ser adelantada por cualquier individuo, aun si se encuentra exonerado del deber de declarar (art. 33 C. N. y 28 C. P. P.), pues una vez se

renuncia a ello no es posible faltar a la verdad a los funcionarios judiciales.

Para que el comportamiento supere el juicio de antijuridicidad, esto es, quebrante efectivamente el bien jurídico amparado, es preciso que el relato sea apto e idóneo para convencer, pues obvio es decirlo, un relato falso manifiestamente inconsistente e irreal expuesto bajo la gravedad del juramento sería una conducta inocua sin aptitud para ingresar dentro del ámbito de protección del tipo penal, y por esta vía carecería de antijuridicidad material.

El denominado testigo sospechoso no es sinónimo de falso testimonio; el primero es el definido en el artículo 217 del Código Procesal Civil por encontrarse en circunstancias que afectan su credibilidad o imparcialidad, las que deben ser tenidas en cuenta al momento de valorarlo conforme a las reglas de la sana crítica. Por lo tanto, el testigo sospechoso es aquel sobre el que el funcionario debe guardar especial celo al valorarlo, pero no por ser sospechoso es necesariamente falso.

X. ATENUACIÓN DE LA PENA DEL FALSO TESTIMONIO

Para el responsable del falso testimonio el legislador estableció una circunstancia de disminución de la pena, cuando se retracta en el mismo asunto en el cual rindió la declaración antes de vencerse la última oportunidad procesal para practicar pruebas.

Es evidente que la retractación evita que se cometa una injusticia, pues permite al funcionario no incurrir en el error pretendido por el autor del falso testimonio, y oportunamente percatarse de su mentira, lo que le va a servir para desecharlo al momento de valorarlo en conjunto con el resto del recaudo probatorio.

Como ya se había señalado al tratar la retractación de la falsa denuncia y de la falsa autoacusación, se trata de un

comportamiento típico con juicio de desvalor de acción en sede de antijuridicidad, pero con cierto valor (mengua del desvalor) de resultado, lo que hace que el juicio integral de la ilicitud sea aminorado, y a la postre dé soporte a la atenuación punitiva.

XI. SOBORNO

Se sanciona con pena de prisión a quien entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio. Este comportamiento lesiona el normal y eficaz funcionamiento de la labor jurisdiccional.

El delito de soborno con frecuencia es confundido con el cohecho por dar u ofrecer, pues se cree erradamente que lo comete quien entrega dinero a un servidor público para que realice un acto propio o ajeno a sus funciones, cuando en verdad el soborno apunta a sancionar a quien entrega dinero o utilidad a un testigo para que falsee su relato.

No se requiere para la consumación del hecho que el testigo efectivamente concurra ante la autoridad judicial o administrativa y que falte a la verdad en su exposición, pues basta que se demuestre el acuerdo de voluntades sobre el objeto ilícito de faltar a la verdad a cambio de dinero u otra utilidad.

Tampoco es necesario que el sobornado haya recibido el dinero o la utilidad, pues el delito tiene verbos alternativos: entregar o prometer. Por tanto, se comete el delito si se consigue demostrar que existía la promesa remuneratoria a cambio del falseamiento de la verdad con ocasión de la rendición de un testimonio.

Si el testigo sobornado concurre ante las autoridades y expone falsamente habrá cometido el delito de falso testimonio (art. 442). A su vez, quien le prometió o le entregó el dinero u otra utilidad estará en presencia de un concurso material de delitos de soborno (autor material) y

falso testimonio (determinador), pues nótese que el delito de soborno es de mera conducta, en cuanto no requiere para su consumación que el testigo efectivamente declare faltando a la verdad. Siendo ello así, cuando el sujeto activo (autor material) del soborno consigue que el declarante rinda su testimonio alterando la verdad en atención al acuerdo que medió con él, concurre también su calidad de determinador de falso testimonio, que, como reiteradamente lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina, corresponde a una forma de participación determinada fundamentalmente por un acuerdo de voluntades (consejo, contrato, orden, coacción superable, etc.).

XII. LA INFIDELIDAD A LOS DEBERES PROFESIONALES

Se dispone una pena de prisión para el apoderado o mandatario que en asunto judicial o administrativo, por cualquier medio fraudulento, perjudique la gestión que se le hubiere confiado, o que en un mismo o diferentes asuntos defienda intereses contrarios o incompatibles surgidos de unos mismos supuestos de hecho.

Con este comportamiento, los particulares infringen la sujeción de carácter general que deben tener en virtud del artículo 95.7 de la Carta Política para con el funcionamiento de la administración de justicia.

Conforme al artículo 2142 del Código Civil, “El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera. La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario”. Entonces, conforme a las normas civiles, la denominación mandatario congloba a las otras, entre las cuales se encuentra la de apoderado, señalada en el tipo estudiado.

No obstante, la norma exige que el mandatario lo sea en asunto judicial o administrativo{3}, situación que

particularmente apunta a la gestión de los abogados, quienes están en capacidad de recibir encargos ante las autoridades (ius postulandi).

El tipo exige para su realización la existencia de un medio fraudulento, esto es, de una mentira, un engaño, una trampa, que obra como soporte para perjudicar la gestión confiada.

En efecto, es imprescindible que el perjuicio para la gestión confiada sea producto de un medio fraudulento, pues si la obligación de los mandatarios y apoderados judiciales es de medio y no de resultado, bien puede ocurrir que la estrategia de representación sea errada y que por ello se produzca un perjuicio al encargo, sin que por ello pueda censurarse a la luz del artículo estudiado.

Otra de las posibilidades alternativas de comisión que señala la norma es la incursión en un conflicto de intereses en un mismo asunto o en diferentes. En este caso no es necesario que perjudique, lo censurable es la colisión de intereses concurrentes en la misma persona, lo que excluye la contradicción y la dialéctica propia del derecho; pero exige la norma que la contrariedad o incompatibilidad de intereses surjan de “unos mismos supuestos de hecho”, con lo que se ata el comportamiento a una particular unidad fáctica. Piénsese, por ejemplo, en el abogado que consigue representar directamente y/o por interpuesta persona, al sindicado y a la parte civil con ocasión de unas lesiones ocurridas en un accidente de tránsito, caso en el que el mismo hecho fáctico está planteando lo antagónico de los intereses de cada uno de los sujetos procesales representados.

El artículo 133 del nuevo C. P. P. (equivalente al artículo 122 de la Ley 906 de 2004) señala: “Incompatibilidadde la defensa. El defensor no podrá representar a dos o más sindicados en el mismo o en diferente trámite judicial, cuando entre ellos existieren, o sobrevinieren, intereses contrarios o incompatibles”. No se trata de la diversidad de estrategias defensivas con caminos diversos que no se cruzan al interior de un proceso respecto de dos o más procesados, sino que apunta a aquellas situaciones en las que los vinculados representados por el mismo abogado se hacen imputaciones recíprocas, tienen posturas

irreconciliables, o cuando el profesional del derecho toma partido con actos de postulación o controversia dirigidos a favorecer a uno y a la par compromete la situación del otro{4}.

Este comportamiento es compatible con otras acciones, como la acción disciplinaria en que pueda incurrir el abogado por el conflicto de intereses o el perjuicio fraudulento a la gestión encomendada.

El legislador señaló una circunstancia de agravación punitiva cuando la conducta se realiza en asunto penal, habida cuenta que en esta clase de trámites los perjuicios que puede provocar el mandatario, o los conflictos de intereses en los que puede incurrir, probablemente derivarán en atentados a la libertad de las personas, lo que representa un daño superior al que recae exclusivamente sobre el patrimonio, como puede ocurrir en los asuntos civiles, laborales, administrativos, etc.

XIII. ENCUBRIMIENTO POR FAVORECIMIENTO

Debe inicialmente señalarse que este delito se encuentra en el capítulo vi del libro 11 del nuevo Código Penal, que es posterior al capítulo IV, pues no existe un capítulo v, como correspondería para mantener el orden numérico de cada uno de los capítulos.

Se dispone una sanción privativa de la libertad para el que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible y, sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente.

Con este comportamiento se quebrantan los deberes propios de la relación de sujeción de carácter general que los particulares deben tener para con la administración de justicia.

Se trata de una colaboración tendiente a defraudar el cumplimiento de una debida administración de justicia –el

ius sum quique tribuere– con ocasión de la comisión de una conducta punible (delito o contravención) anterior.

Es necesario que el autor carezca de conocimiento sobre la comisión previa de un delito o contravención y / o que no haya concierto o acuerdo anterior. De no ser así, podría estarse en presencia de una figura de complicidad subsiguiente con acuerdo previo, o bien de autoría material impropia con acuerdo anterior por división de trabajo.

Si en el sujeto activo no concurre la circunstancia cognoscitiva de la comisión del hecho punible previo, pero ayuda a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente sin saberlo, se está frente a un comportamiento atípico; v. gr., cuando se ayuda con la convicción de que el socorrido no ha cometido delito alguno y que es víctima de una persecución ilegal por parte de personas disfrazadas de autoridades.

De acuerdo con lo expuesto, la ausencia de conocimiento sobre la comisión de un delito o contravención anterior imposibilita y enerva el proceso de adecuación típica ab initio, sin que se haga necesario realizar los juicios de antijuridicidad y culpabilidad para acudir a la evaluación de la invencibilidad del error como causal de exclusión de esta última; es por ello que no coincidimos con quienes estiman que el conocimiento de la comisión del comportamiento ilícito del que colabora a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación es una reiteración inútil del dolo, pues, como se expresó, resulta ser más propiamente una circunstancia cualificadora de la conducta.

Si bien el titular del bien jurídico tutelado es el Estado con ocasión de ejercer la función de administrar justicia, ha de resaltarse que la comisión del delito puede vulnerar a la postre bienes jurídicos cuya titularidad corresponda a personas jurídicas o naturales que ven afectados sus intereses con ocasión del acto delictivo, esto es, se trata de un delito pluriofensivo, como que las víctimas del comportamiento inicial pueden ver frustrados sus intereses con esta nueva y ulterior conducta dentro del trámite investigativo.

Verbo rector: ayudar. Se trata de prestar una colaboración post delictual en hecho punible ajeno, la cual está dirigida a

eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la correspondiente investigación.

La elusión es entendida como una actividad encaminada a burlar la acción de la autoridad, asegurar a quien ha cometido un hecho punible, esconder u ocultar los bienes producto del delito o destruir los instrumentos con los que se cometió; la ayuda se presta con una conducta de acción, v. gr., prestar el vehículo para la fuga, o con una conducta de omisión, v. gr., negarse a dar información sobre la ruta seguida por el autor del punible cuando es perseguido por la autoridad, o no dar espacio a las autoridades que van en su búsqueda.

El entorpecimiento se entiende como aquel fraude dirigido a crear confusión, tardar, prolongar, demorar, dificultar o estorbar los fines perseguidos con la investigación de una conducta punible, esto es, establecer si se ha infringido la ley penal, quién o quiénes son los autores o partícipes del hecho, los motivos determinantes que influyeron en la violación de la ley penal, las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión del comportamiento, los daños morales y materiales causados, etc.

Ha de destacarse que existen algunas conductas que, aunque se dirigen a eludir la acción de las autoridades o a entorpecer la investigación, se encuentran justificadas por mandato legal en desarrollo de un derecho legítimo o de una actividad lícita. Así pues, abstenerse de declarar contra sí mismo o contra el cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, formalmente podría entenderse como un entorpecimiento de la investigación; no obstante, se erige constitucionalmente como un derecho fundamental (art. 33 de la Constitución Política), además de encontrarse reconocido en el Pacto de Nueva York y en la Convención de San José de Costa Rica, lo que excluye su antijuridicidad; situación similar ocurre con la excepción al deber de declarar, la cual procede para los ministros de cualquier culto y para los abogados, sobre aquellos hechos conocidos en razón de su ministerio o profesión.

Finalmente y por vía ejemplificativa, la recomendación o consejo dado a un sindicado por su abogado u otra persona, acerca de no confesar los hechos que le son imputados, se

encuentra así mismo justificada, y aunque formalmente podría entorpecer la investigación, materialmente se encuentra soportada en el derecho fundamental a la no autoincriminación.

El delito estudiado se consuma cuando se presta la ayuda, sin que interese que efectivamente se eluda la acción de la autoridad o se consiga entorpecer la investigación, es decir, se trata de un tipo penal de mera conducta y no de resultado.

Atendiendo que el iter criminis de la conducta elusiva de la autoridad o entorpecedora de la investigación puede ser descompuesto naturalística y fenomenológicamente, a fin de diferenciar los actos preparativos, ejecutivos y consumativos, resulta procedente predicar del delito su ocurrencia en grado de tentativa, a pesar de tratarse de un tipo de mera conducta; piénsese, por ejemplo, en aquel que ayuda a entorpecer la investigación destruyendo los instrumentos y efectos con los cuales se cometió un delito, pero es sorprendido por la autoridad en el momento que les prende fuego y las llamas son sofocadas inmediatamente, caso en el cual la ayuda constitutiva del delito no es consumada por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, aunque dio comienzo a los actos ejecutivos.

El término “conducta punible” debe ser entendido conforme a la definición hecha por el legislador en el artículo 9.º de la Ley 599 de 2000, esto es, como comportamiento típico, antijurídico y culpable, pues si se elude la acción de la autoridad respecto de una conducta anterior no antijurídica, y en consecuencia no ilícita, no se estructura el delito analizado.

El contenido de la “acción de autoridad” está dado por la Constitución Política (arts. 28 y 32, entre otros), el Código de Procedimiento Penal y los estatutos que regulan la actividad de policía y la ejecución de decisiones judiciales.

El término “investigación” se establece de acuerdo con lo expuesto en el Código de Procedimiento Penal, incluyendo tanto la investigación previa o preliminar, como la etapa de investigación propiamente dicha o etapa del sumario, y la etapa de juicio, pues allí también la noción de investigación tiene lugar, en cuanto debate entre sujetos procesales

(fiscal, ministerio público, parte civil, defensor y procesado), en el cual se practican diligencias dentro de la audiencia pública. Lo dicho vale tanto para los procesos adelantados al amparo de la Ley 600 de 2000 o bajo la égida de la Ley 906 de 2004.

El legislador estableció una circunstancia de agravación punitiva determinada por la conducta previa que luego se desea favorecer, y por ello aumenta sustancialmente la privación de la libertad cuando el comportamiento inicial corresponde a delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, y tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Igualmente, se dispuso que si el comportamiento favorecido es una contravención, la pena será de multa, lo que permitirá al procesado acogerse al pago anticipado de la sanción que le fuere impuesta mediante la figura de la oblación (art. 87 C. P.) para, de esta manera, poner fin al trámite seguido en su contra.

La diferencia entre el favorecimiento y la complicidad posterior está determinada por el momento en el que se tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible a la que se presta ayuda. Si existía acuerdo previo a la comisión del delito y se presta colaboración ulterior a éste, estamos en presencia de una participación a título de complicidad subsiguiente del delito ya cometido; pero si la ayuda posterior a la ocurrencia del delito carecía de conocimiento o acuerdo previo a su realización, estructura un nuevo comportamiento punible autónomo imputable para quien ayuda a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación, a título de autor material de favorecimiento.

XIV. ENCUBRIMIENTO POR RECEPTACIÓN

Se asigna pena privativa de la libertad y pecuniaria al que, sin haber tomado parte en la ejecución de la conducta

punible, adquiera, posea, convierta o transfiera bienes muebles o inmuebles, que tengan su origen mediato o inmediato en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Al igual que en el delito de favorecimiento, en este se defraudan las expectativas que el Estado y la sociedad mantienen respecto de la actividad de los particulares, quienes están llamados a colaborar con la administración de justicia (art. 95.7 C. N.), y con este comportamiento se sustraen a ello.

Requisito esencial de este delito es que quien lo comete no haya realizado ni colaborado en la conducta punible que ha dado lugar a los bienes muebles o inmuebles que ahora adquiere, posee, convierte o transfiere.Vale decir, no puede tener respecto del delito original la calidad de autor o partícipe.

Para que el comportamiento sea punible es necesaria la acreditación del ingrediente subjetivo, constituido por la motivación de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes; esto es, no basta demostrar que los bienes tienen procedencia ilícita, ni es suficiente probar que fueron adquiridos, poseídos, convertidos, transferidos, etc., pues a la par de todo ello es imprescindible establecer que los actos realizados sobre aquellos tenían la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito.

Se trata de un delito subsidiario, pues no se procede por él cuando la conducta se adecue a un comportamiento sancionado con pena mayor. Ello excluye, por mandato del legislador (principio de subsidiariedad expresa), la concurrencia efectiva y material de ambos comportamientos. Piénsese por ejemplo en un aparente concurso entre el delito de receptación (art. 447) y el de lavado de activos (art. 323), comportamiento en el que también es punible la adquisición de bienes con origen mediato o inmediato en ciertas actividades ilícitas. En esta hipótesis, el concurso debe resolverse a favor del lavado de activos que tiene una pena superior (6 a 15 años de prisión) a la establecida para la receptación (2 a 8 años de prisión).

En el artículo 45 de la Ley 1142 de 2007 se estableció una circunstancia de agravación punitiva cuando la conducta se realiza sobre medio motorizado o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en él, sobre elementos destinados a comunicaciones, energía, gas domiciliario o a la prestación de servicios de acueducto y alcantarillado. También procede el incremento punitivo cuando el acto recae sobre un bien cuyo valor sea superior a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

XV. FUGA DE PRESOS

Quien se fugue estando privado de su libertad en centro de reclusión, hospital o domiciliariamente, en virtud de providencia o sentencia que le haya sido notificada, es sancionado con pena de prisión.

Con esta conducta se quebranta la ejecución de lo decidido en las providencias judiciales, esto es, apunta sancionar a quien se sustrae a cumplir las disposiciones de quienes administran justicia.

Es imprescindible que la persona se encuentre privada de su libertad física en virtud de una decisión judicial, que podría ser la resolución de situación jurídica con medida de aseguramiento de detención preventiva, o la sentencia condenatoria a pena de prisión.

Conforme al nuevo Código de Procedimiento Penal, sólo procede una medida de aseguramiento que es la de detención preventiva, siempre que, una vez vinculada la persona al proceso, existan por los menos 2 indicios graves que comprometan su responsabilidad. De acuerdo a los artículos 354 y 357 del C. P. P., es procedente resolver la situación jurídica en los siguientes casos: cuando el delito tenga prevista pena de prisión, cuyo mínimo sea o exceda de 4 años; cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión, y cuando se

trate de alguno de los delitos taxativamente señalados en el artículo 357.2 del mismo ordenamiento.

De acuerdo con la Ley 906 de 2004, las medidas de aseguramiento pueden ser privativas de la libertad o no privativas de la misma, por manera que sólo tendría lugar el delito aquí estudiado en tratándose de las primeras.

El control de la prisión domiciliaria corresponde según el artículo 38 del Código Penal al juez o tribunal que conozca del asunto o vigile la ejecución de la sentencia, con apoyo del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, que debe implementar un sistema de visitas periódicas a la residencia del penado.

El parágrafo del artículo 357 del C. P. P. (equivalente al artículo 314 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 27 de la Ley 1142 de 2007) señala que la detención preventiva puede ser sustituida por detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.

El artículo 362 del C. P. P. faculta al funcionario judicial para señalar si la persona a la que le ha sido suspendida su privación de la libertad debe permanecer en su domicilio, clínica u hospital.

Por lo tanto, esta conducta se refiere al comportamiento de la persona que ha sido objeto de decisión judicial sobre su libertad, y que pese a ello elude el cumplimiento de lo dispuesto allí.

No interesa la forma en que la persona huye del establecimiento carcelario, penitenciario u hospitalario, o de su domicilio; basta con que eluda el control de las autoridades señaladas por la ley para cumplir tal cometido.

XVI. FAVORECIMIENTO DE LA FUGA DE PRESOS

Conforme al artículo 449 del Código Penal, se sanciona con pena privativa de la libertad e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas al servidor público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que procure o facilite su fuga.

De manera similar al anterior comportamiento, con este se quiebra la debida ejecución de las decisiones judiciales, en este caso por parte de un servidor público, que tiene para con el Estado relaciones de sujeción especial, en cuanto sometido al cumplimiento de la Constitución, la ley y los reglamentos (arts. 6.°, 121 a 124 C. N.), y decide contrariar su ámbito de responsabilidad funcional.

Debe destacarse que se trata de un delito que exige una conducta dolosa, esto es, se requiere que el servidor público conozca los hechos constitutivos de la infracción penal, quiera su realización y efectivamente lleve a cabo tal comportamiento; pues, sobra advertirlo, si la fuga se presenta porque el servidor público viola su deber objetivo de cuidado, se estaría en presencia de otro delito, que es autónomamente sancionado por tratarse de una conducta culposa. El tipo señala dos verbos alternativos: procurar o facilitar. El primero supone la realización por vía de acciones u omisiones de un querer del sujeto activo, en la medida que es quien determina la fuga. El segundo plantea una colaboración en el interés del detenido o condenado, vale decir, se trata de una ayuda prestada a quien se fuga.

Para garantizar el principio de legalidad y la órbita de competencia por institución que corresponda al servidor público, es menester acreditar a quién correspondía, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos, la vigilancia, custodia o conducción del evadido. Se alude a la custodia y vigilancia del detenido o condenado cuando al servidor público compete la seguridad, funcionamiento y control de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, esto es, dentro de un espacio determinado; v. gr., el cuidado que debe asumirse por los guardianes del Inpec apostados en las garitas de las cárceles para que los privados de su libertad no escalen los muros. Se hace referencia a la conducción, cuando el sujeto activo se ocupa de trasladar al detenido o condenado de lugar, por ejemplo, cuando lo lleva del sitio de reclusión a la sede donde están las autoridades judiciales.

Existe una circunstancia de agravación de la pena, cuando quien se fuga estuviere privado de su libertad por los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título 11 del libro 11 del Código Penal.

Esta agravación encuentra sentido en el criterio de proporcionalidad que debe tener la punibilidad respecto de las conductas, pues obsérvese que los delitos señalados en el inciso 2.° del artículo estudiado son de aquellos que revelen una mayor drasticidad en la respuesta punitiva por parte del Estado, y, por consiguiente, si se favorece la fuga de quien es procesado o condenado por alguno de tales delitos, se produce un mayor quebranto a lo dispuesto por las autoridades judiciales que han tomado medidas preventivas o definitivas sobre la libertad de las personas.

XVII. MODALIDAD CULPOSA DE LA FUGA DE PRESOS

Para el servidor público encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que por culpa dé lugar a su fuga, el legislador dispuso una pena pecuniaria y la pérdida del empleo o cargo público.

De acuerdo con el artículo 10 de la Ley 733 de 2002, si la privación de libertad se produce en razón de los delitos de genocidio, homicidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título 11 de la Ley 599 de 2000, la pena será de prisión.

La culpa como forma de conducta de este tipo penal, supone la incursión del servidor garante de la custodia o conducción del detenido o condenado en uno de los factores generadores de violación al deber objetivo de cuidado, esto

es, imprudencia, negligencia, impericia, inexperiencia o violación de reglamentos.

En punto del principio de favorabilidad es pertinente anotar que este delito tenía en el Decreto ioo de 1980 una pena de 6 meses a 2 años de prisión, pero en la normatividad del 2000 se le asignó una pena de multa y pérdida del empleo o cargo público. Así, pues, para los hechos cometidos en vigencia del anterior estatuto penal y en los que ahora corresponda tomar una decisión, e inclusive para los condenados que estén descontando pena con fundamento en aquel ordenamiento, se preferirá acudir a la punición prevista en la Ley 599 del 2000 con efecto retroactivo por ser eventualmente más favorable. Decimos eventualmente, pues bien puede ocurrir que ante la pena privativa de libertad y la modalidad culposa de conducta proceda el subrogado penal de la condena de ejecución condicional, en todo caso menos lesiva que la multa, y especialmente menos dañosa que la pérdida del empleo.

XVIII. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACIÓN

Para motivar la presentación del evadido con posterioridad a su fuga, el legislador decidió disminuir la pena señalada en el artículo 448, cuando el sujeto se presente voluntariamente antes de cumplirse los tres meses de la fuga, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que deban imponérsele. Igualmente, se disminuye la pena al determinador o cómplice de la fuga, o al servidor que la facilitó, si dentro de los 3 meses siguientes a la evasión, facilita la captura del fugado o logra su presentación ante autoridad competente.

Se trata de una disminución a partir de ponderar el desvalor de resultado en sede de antijuridicidad, en cuanto menor quebranto del bien jurídico amparado. Por tanto, si el fugado o quien ha facilitado la fuga se presenta o facilita la captura, respectivamente, hay una aminoración del juicio de desvalor por una conducta valorada, y ello justifica la disminución punitiva.

XIX. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

Con la pretensión de determinar aún más el ingreso del fugado y persuadirlo para que cumpla con lo dispuesto por las autoridades judiciales, se creó una eximente de responsabilidad penal cuando se presente voluntariamente dentro de los tres días siguientes a la evasión, salvo las sanciones disciplinarias a las que haya lugar.

Dogmáticamente se trata de una exclusión del desvalor de resultado, o, dicho de manera diversa, se trata de un valor de resultado que viene en cierta manera a desvirtuar la antijuridicidad material por la cesación en el quebranto al bien jurídico protegido.

XX. FRAUDE PROCESAL

Con penas de prisión, multa e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se sanciona a quien por cualquier medio fraudulento induzca en error a un servidor público para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, en la medida que se está faltando a la lealtad y al deber ciudadano de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.7 C. N.).

En efecto, el principio de la buena fe, exigible a las autoridades públicas, debe ser también asumido por los particulares que concurren ante los servidores del Estado. De cara a la administración de justicia, no sólo se espera que los funcionarios judiciales presuman la buena fe y la correcta actuación de quienes comparecen ante sus estrados, sino que el sistema jurídico requiere que las partes e intervinientes en los procesos judiciales formulen sus demandas y planteamientos conforme a la buena fe para asegurar con ello la vigencia de un orden justo.

A la par de las formas propias de cada juicio y la plenitud de las garantías que la Carta otorga a todas las personas, el debido proceso requiere la participación de los individuos para conseguir los propósitos de la justicia a partir de la observancia estricta de las reglas de verdad, lealtad, corrección y decoro con los que deben participar en los diversos debates procesales.

Para que se consume el delito de fraude procesal no se requiere la obtención del fin perseguido, esto es, de la sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley; situación diversa es que la jurisprudencia y la doctrina hayan delimitado la conducta inductora hasta la ejecutoria del fallo, resolución o acto administrativo producidos por el servidor público inducido en error, como tiempo a partir del cual ha de comenzar a contarse el término de prescripción de la acción.

Se trata de un delito permanente, que inicia con la utilización del medio fraudulento para engañar al servidor público, y se prolonga su realización en el tiempo mientras subsista el error, porque la vulneración al bien jurídico amparado se prolonga durante el tiempo que el artificio continúe produciendo sus efectos sobre el funcionario.

Pese a lo anterior habrá casos en que la ejecutoria de la sentencia, del acto o de la resolución no determina el cese de la conducta inductora al error, como ocurre en aquellas situaciones en las que se continúa con la falacia para conseguir la ejecución material de una decisión ejecutoriada.

Cuando mediante un fraude procesal se consigue un provecho económico ilícito hay presencia de un concurso efectivo de delitos de fraude procesal y estafa, habida cuenta que son separables nítidamente: el primero protege la recta y eficaz impartición de justicia, el segundo protege el patrimonio económico; en el primero el sujeto pasivo es el Estado, en el segundo el sujeto pasivo es quien sufre el quebranto patrimonial; en el primero lo censurable es inducir en error a un servidor público, en la estafa se sanciona la obtención del provecho ilícito. Por lo expuesto, se reitera, no se está en presencia de un concurso aparente de delitos, sino en un concurso material efectivo y real de ellos.

Para asegurar el daño al bien jurídico es preciso que el medio fraudulento utilizado tenga aptitud para engañar, esto es, que supere la censura que un servidor público le haría al momento de valorarlo como elemento de juicio para producir la sentencia, la resolución o el acto administrativo; de lo contrario, se está frente a un engaño inocuo, y por ello inepto para dañar o poner en peligro el objeto de amparo, esto es, un comportamiento con ausencia de antijuridicidad material.

XXI. FRAUDE A RESOLUCIÓN JUDICIAL

El artículo 454 de la Ley 599 de 2000 dispone pena privativa de la libertad y pecuniaria para el que por cualquier medio se sustraiga al cumplimiento de obligación impuesta en resolución judicial, habida cuenta que con tal conducta se quebrantan la ejecución de lo decidido por los funcionarios judiciales.

El acceso a la administración de justicia como derecho fundamental reconocido en el artículo 229 de la Carta Política supone, además de la posibilidad de concurrir ante los funcionarios judiciales para demandar el discernimiento del derecho y de lo justo mediante una real y oportuna decisión judicial, que efectivamente se cumpla y ejecute lo decidido.

Para que se cometa este delito no basta con el mero incumplimiento de la orden impartida por la autoridad jurisdiccional, en cuanto es preciso que la negativa a acatar lo decidido se manifieste a través de un medio que generalmente será engañoso, artificioso o mentiroso; vale decir, lo antijurídico del comportamiento no radica en sustraerse a obedecer lo dispuesto por los funcionarios judiciales, sino en maquinar e implementar actividades y mecanismos dirigidos a defraudar las expectativas que tienen tanto los interesados como la sociedad en que las personas cumplan las obligaciones señaladas por sus autoridades.

Es necesario que la decisión judicial contenga una obligación (laboral, civil, penal o administrativa) dispuesta en favor de una persona, una colectividad o la propia administración, que a la postre permitirá exigir su cumplimiento por parte de los individuos, las comunidades o las autoridades.

Por resolución judicial se entiende única y exclusivamente aquella emanada de quienes la Carta Política reconoce como administradores de justicia en su artículo 116, esto es, la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces; con ello se excluyen los actos administrativos, aun aquellos que tienen carácter decisorio.

Exigencia obvia de lo anterior es que la obligación establecida por la autoridad judicial tiene que ser conocida por el obligado, bien porque se le notificó de resolución o porque se ha acreditado que tenía conocimiento de ella, v. gr., por conducta concluyente.

El fraude a resolución judicial puede concursar aparentemente con otros comportamientos como el alzamiento de bienes (art. 253) o la inasistencia alimentaria (art. 233), entre otros, situaciones en las que corresponde verificar la procedencia de alguna de las soluciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia, en particular, el principio de especialidad para obviar el quebranto al non bis in idem.

El fraude a resolución judicial se diferencia del delito de fraude procesal en que lo pretendido por aquel es eludir mediante argucias el cumplimiento de las obligaciones dispuestas por las autoridades judiciales, mientras que en este lo querido es alterar la verdad a través de la inducción fraudulenta en error de los funcionarios que expiden sentencias, resoluciones o actos administrativos.

DARÍO BAZZANI MONTOYA

Del lavado de activos

I. CONCEPTO

El lavado de activos, tipo delictivo definido en el artículo 323 de la Ley 599 de 2000, también denominado en el derecho comparado blanqueo de capitales, tiene por finalidad proteger el orden económico, y se configura cuando el agente realiza cualquier tipo de acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o activos que, provenientes del ejercicio de determinadas conductas punibles, se incorporan de este modo a la economía nacional para hacerlos parecer como legítimos. Esta actividad puede desarrollarse de diversas formas:

Mediante operaciones financieras, como inversión en certificados de depósito, traslado de dinero a países reconocidos como paraísos financieros, para luego integrarlos a través de la utilización de tarjetas de crédito y créditos ficticios por el delincuente.

— Con la utilización fraudulenta de la actividad aseguradora.

— Por inversiones en inmuebles.

— En casinos de juego, rifas y otros juegos de azar.

— Mediante el comercio de objetos de arte y antigüedades.

— Con actividades relacionadas con comercio de joyas, piedras y metales preciosos.

— En inversión filatélica y numismática.

— Mediante la creación de sociedades de papel o de fachada y la simulación de transacciones comerciales entre varias empresas ficticias.

— Con la utilización del contrabando por subfacturación y sobrefacturación.

— Mediante la inversión en industria del turismo.

— En la actividad bursátil, entre otras.

En fin, tratándose de verdaderas empresas criminales, son innumerables los métodos que se utilizan para lavar activos procedentes de actividades ilícitas; cada vez se perfeccionan nuevos mecanismos en los cuales el lavador invierte una suma de dinero a cambio de hacer aparecer el excedente como lícito; por esta razón las actividades de lavado pueden parecer a simple vista como poco rentables pues, se repite, la utilidad está en la apariencia de legalidad que se le otorga a los bienes de origen ilícito.

II. ANTECEDENTES DE LA FIGURA

Ante el desarrollo de nuevas formas de actividad delictiva, especialmente las relacionadas con el narcotráfico, la corrupción en el servicio público y las actividades terroristas, y su coetánea extensión a nivel transnacional –como consecuencia de la globalización de la economía–, por primera vez en Colombia se tipifica, lo que actualmente se conoce como el delito de lavado de activos, en el artículo 31 de la Ley 190 de 1995, aunque con distinta denominación, pues el objetivo de este ordenamiento fue esencialmente implantar medidas preventivas y sancionatorias contra la corrupción; de allí que se introdujera el tipo mencionado como una expresión más del punible de receptación consagrado en el artículo 177 del Decreto ioo de 1980, dentro de los delitos contra la administración de justicia.

Fue así como, bajo la forma del tipo agravado de receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales, el legislador penalizó la conducta de quien, no siendo partícipe en el delito, oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, transporte, administre o adquiera el objeto material o el producto de los delitos de secuestro, extorsión, o de cualquiera de los reatos contemplados en la Ley 30 de 1986, o les dé a estos bienes apariencia de legalidad.

Esta consagración obedeció, además, a la necesidad de dar cumplimiento al compromiso asumido por el Estado al adoptar la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de narcóticos y sustancias sicotrópicas, mediante la Ley 67 de 1993, artículo 3.°, en el sentido de tipificar como delito conductas como la conversión o trasferencia de bienes a sabiendas de que provienen de delitos relacionados con narcotráfico para ocultar su origen ilícito o ayudar al autor o partícipe en estos punibles a eludir las consecuencias de su conducta, la ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, ubicación, movimiento o la propiedad real de los mismos bienes a sabiendas de su origen, y la adquisición, posesión o la utilización de la misma clase de bienes con conocimiento de su procedencia ilícita.

Pero definido de este modo el delito de legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales, y en cuanto estaba encadenado al de receptación, de él se excluyó otra norma del proyecto inicial, que agravaba la sanción para quien igualmente hubiere participado en el delito del cual provienen los activos objeto de blanqueamiento. Por tal razón, quedaron en vigencia de la Ley 190 de 1995 sin penalizar las actividades de lavado que realizaban los propios autores y partícipes de los delitos de los cuales provenía ilícitamente la masa patrimonial a ocultar o legalizar.

Quizás la inconsistencia que contenía la norma era la de considerar la conducta del partícipe que ocultaba el producto del delito como un agravante del delito cometido, con lo cual el bien jurídico afectado era el mismo que se protegía con la tipificación del delito, produciéndose de este modo una diferenciación carente de lógica pues el partícipe no afectaba la administración de justicia, a diferencia de quien no reunía esta cualificación; finalmente la norma no fue aprobada, pero no se corrigió el problema pues no se suprimió la cualificación del texto que consagraba el lavado, el cual sí fue aprobado, estableciendo como destinatarios a los no partícipes en el delito.

De esta forma surgieron graves inconsistencias como:

— Irrazonable e injustificadamente no había lugar a sancionar por esta conducta, ya fuera en concurso o aun

como agravante, al mismo autor o partícipe del punible inicial, pero sí podía ser condenado el tercero no partícipe que la llevaba a cabo, con fundamento en que la actividad de éste, a diferencia de la del mismo autor del delito, sí afectaba a la administración obstaculizando la investigación del reato inicial.

— Tal argumentación no es útil para fundamentar la impunidad de un comportamiento que, según lo consideró el legislador, en su momento, igualmente atentaba contra la correcta administración de justicia, pues, aun realizada la maniobra de ocultamiento, transporte, trasformación o aseguramiento por parte del autor del delito del cual provienen los recursos, se perseguía desviar la atención de las autoridades y eludir la persecución de los bienes obtenidos ilícitamente.

— Excluidos como sujetos activos del delito los autores y partícipes del delito del cual provienen los recursos, podía en algunos casos resultar la pena imponible al cómplice, e incluso al autor, que igualmente efectúa maniobras de blanqueo, desproporcionada frente a la atribuible a quien sólo realiza alguno de los verbos rectores del inciso primero del artículo 31, como sucedería respecto de delitos como el de utilización indebida de información privilegiada o la complicidad en un peculado por apropiación.

El legislador, como se expresó en precedencia, con la finalidad de proteger con mayor rigor la correcta administración de justicia, de forma inadecuada incluyó como una forma agravada de receptación lo que actualmente se conoce como lavado de activos, sin observar que el bien jurídico a proteger con la penalización de estos dos tipos no es el mismo, pues, a pesar de las consecuencias que en materia de persecución del delito puede tener el ejercicio de maniobras tendientes a ocultar los recursos provenientes del mismo, la penalización más severa cuando éstas recaen sobre recursos (bienes y capital) provenientes de determinados delitos relacionados con narcotráfico y secuestro, como se enunciara en la motivación de la “Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas”, se fundamenta en que los considerables rendimientos financieros y fortunas que genera el tráfico ilícito de dichas sustancias permiten a las organizaciones transnacionales es invadir,

contaminar y corromper a la sociedad, las estructuras de la administración pública y las actividades comerciales y financieras lícitas.

Es decir, olvidó el legislador que el objetivo principal que persigue la punibilidad del lavado de activos derivados de delitos como el narcotráfico, el terrorismo y conexos es proteger el orden de la economía de tal manera que esta no resulte desestabilizada por la incorporación de recursos provenientes de actividades ilícitas.

Posteriormente se expidió la Ley 365 del 21 de febrero de 1997, donde, con la finalidad de combatir la delincuencia organizada, en el artículo 9.° se consagró de manera independiente la receptación, sobre la que versa el artículo 7.°, y, ubicándolo dentro del capítulo del Código Penal referido a los delitos contra el órden económico, el punible de lavado de activos; así mismo se consagran otras conductas relacionados con el mismo tipo penal, como la omisión de control y las circunstancias específicas de agravación, las cuales fueron reproducidas casi de igual manera en los artículos 323 a 325 de la Ley 599 de 2000.

Sobre el texto del artículo 365 de 1997, sea lo primero destacar que, a diferencia de la forma de receptación penalizada en el artículo 31 de la Ley 190 de 1995 –que modificara el artículo 177 del Decreto 100 de 1980–, en esta oportunidad el legislador amplió el tipo cuando determinó que cualquier persona puede incurrir en el delito de lavado de activos, ya sea que hubiere participado en la ejecución del delito del cual provienen los bienes o no, es decir, elimina la cualificación del sujeto activo.

De esta manera, independientemente de si se es partícipe o no en el delito, se sanciona por el punible de lavado de activos, y no por receptación, al que resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie, administre, o dé apariencia de legalidad, legalice, oculte o encubra la naturaleza real de los bienes que tengan origen, además de los delitos señalados en el artículo 9.° en mención, en los reatos de tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir.

De otra parte, podría cuestionarse la consagración del delito de lavado de activos como forma de protección del orden económico, en la medida que este bien jurídico eventualmente puede no resultar afectado ante infracciones menores que al tener por objeto material mínimas cuantías no llegaran a quebrantar o al menos a poner en peligro el orden económico. Sin embargo, conviene señalar que, ante la dificultad para determinar las cuantías que, de acuerdo con el contexto en el cual se incorporen, tienen tal relevancia para afectar el mencionado bien jurídico, y que por tanto pudieran integrarse a la descripción típica como un elemento normativo referente de la efectiva vulneración o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, esto es, del orden económico, el legislador entendió que corresponde definir en cada caso concreto al funcionario judicial encargado de administrar justicia si existe o no la antijuridicidad material de la conducta, atendiendo a criterios como la economía local, el sector utilizado para el lavado, la frecuencia en el ejercicio de la actividad de blanqueo, etc.

III. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL TIPO

A lo indicado en los acápites precedentes sobre la descripción que del delito de lavado de activos hizo el legislador en el artículo 323 de la Ley 599 de 2000, es procedente realizar algunas observaciones y precisiones sobre su contenido y alcance.

Como se dijo, dos aspectos importantes merecen destacarse del inciso primero: el establecimiento de un sujeto activo indeterminado, vale decir, no cualificado por la no participación en el delito, y la ampliación de las conductas de cuyo producto es posible predicar el lavado de activos.

Respecto del inciso segundo surgen dos posibles interpretaciones por lo que hace a lo que el legislador quiso penalizar cuando vinculó las conductas del inciso primero a los bienes cuya extinción de dominio ha sido declarada.

Un primer sentido que se le da a la norma es que el legislador amplió con esta referencia los delitos que admiten lavado, de tal manera que se incorporan todos los que dan lugar a la declaratoria de extinción de dominio; así, el ocultamiento, la adquisición, el transporte, etc., de bienes producto de alguno de los delitos indicados en el artículo 2.º de la Ley 333 de 1996, como puede ser la urbanización ilegal, también configurarían el punible de lavado de activos.

Una interpretación en este sentido conduciría a la inseguridad jurídica en la medida que el delito en estudio se convertiría en un tipo en blanco, que se llenaría con el listado de delitos contenido en la ley sobre extinción de dominio. No resulta lógica tal interpretación, pues, de una parte, si esa hubiese sido la intención del legislador sencillamente habría incluido esos delitos en el tipo de lavado –recuérdese que la Ley 365 de 1992 es posterior–, y de otra, la norma se refiere a las "conductas descritas en el inciso 1.°" que se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada, con lo cual una interpretación restrictiva de la norma–acorde con el principio de legalidad- no admite duda en el sentido de restringir los delitos que dan origen a los bienes ilícitos, aquellos señalados en el inciso 1.° de la disposición.

Entonces, ¿cuál es el sentido del inciso 2.° de la disposición cuando señala: "La misma pena se aplicará cuando las conductas descritas en el inciso anterior se realicen sobre bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada"?

La intención del legislador es la de incluir una nueva conducta constitutiva de lavado con la intención de facilitar la prueba del dolo; veamos:

Si se observan las conductas descritas en le inciso 1° se concluye que en todos los casos el autor debe conocer el origen ilícito de los bienes. Pero sucede que en la práctica, quienes cometen estos delitos crean verdaderas empresas criminales en donde no solo se mezclan varios métodos par lavar activos sino que intervienen cadenas de autores innumerables que impiden, o dificultan, la investigación criminal y minimizan la posibilidad de probar el conocimiento de la ilicitud.

Por esta razón, el legislador consagra una nueva conducta: comete delito de lavado quien, no obstante no conocer el origen ilícito de los bienes, conoce el pronunciamiento judicial que así lo declaró en un proceso de extinción de dominio.

En síntesis, lo que se busca con la norma del inciso segundo es anticipar la prueba del dolo en la conducta punible, de tal manera que la declaratoria de extinción previa del dominio sobre el bien comercializado, ocultado, transportado, etc., es útil para probar el deseo de ocultar un bien sacado del comercio por su origen ilícito.

La precisión que hizo el legislador en el inciso 3.° del artículo 323 del Código Penal sobre la aplicación del tipo penal resulta innecesaria e incluso inconveniente, toda vez que en el artículo 14 numeral 1 ibídem, referido al principio de territorialidad, ya se había indicado que la conducta se considera realizada “en el lugar donde se desarrolló total o parcialmente la acción”, de tal manera que si el delito de lavado que dio origen a los bienes objeto de blanqueo, o el delito de lavado, se desarrolló total o parcialmente en Colombia, es claro que se aplica la ley nacional.

Ahora bien, si el delito se cometió en le exterior totalmente, también será aplicable la ley penal colombiana conforme a los estatutos que rigen el principio de extraterritorialidad.

Pero la norma lleva a confusión cuando se trata de punir conductas realizadas totalmente en el extranjero, porque, si bien al delito que da origen a los bienes objeto del lavado se le aplicaría el principio de extraterritorialidad en los términos del artículo 16 numeral 1 del Código Penal, guardando así identidad con lo consagrado en el inciso 3.° del artículo 323 referido, no podría aplicarse la misma extraterritorialidad a quien cometa lavado de activos en el extranjero, aunque afecte ostensiblemente la economía nacional, porque de manera expresa ha sido excluido por el citado artículo 16.1 de la aplicación de la ley penal nacional, al menos en cuanto a la posibilidad de aplicar el estatuto real.

Es decir que, con base en el estatuto real, en los términos fijados por el legislador, en ningún evento debe aplicarse la ley penal colombiana al lavado de activos cometido en el

extranjero, intención de la cual, a pesar de la expresa excepción que hace el numeral 1 del artículo 16, parece arrepentirse en el inciso tercero del artículo 323 ibídem, cuando determina que el lavado de activos es punible aunque hubiere sido cometido totalmente en el extranjero, si bien podría pensarse que en virtud del estatuto personal (art. 16 nums. 4 y 5 C. P.) este delito también es punible en Colombia, siempre que no haya sido juzgado en el exterior.

Al parecer la solución a dicha contradicción se encuentra en la aplicación de la ley posterior preferente a la anterior, pues la incoherencia se presenta entre dos normas que pertenecen al mismo código.

También se incorpora en el nuevo Código Penal el incremento punitivo por la afectación del orden económico que involucre operaciones de cambio, de comercio exterior o de importación de mercancías, atendiendo a la mayor afectación de la economía y trascendencia de la conducta punible en estudio, agravación punitiva proporcional que encuentra fundamento racional en la necesidad de garantizar condiciones de seguridad para el comercio exterior, y que ya se encontraba prevista desde la modificación introducida por el artículo 31 numeral 2 de la Ley 190 de 1995 al delito de receptación, y consagrada como actualmente está vigente en el artículo 9.° de la Ley 365 de 1997.

Esta misma norma sancionaba con pena mayor el lavado de activos cuando se realizaba mediante la introducción de mercancías de contrabando al territorio nacional, agravante que reprodujo el legislador en el inciso final del artículo 323 del Código Penal, a diferencia de la descripción que inicialmente contemplaba la Ley 190 de 1995, donde la agravación de la conducta se producía aunque la introducción de las mercancías fuera legal.

Conviene en este punto señalar que la mayor penalización por el ejercicio de contrabando para el blanqueo excluye la configuración de un concurso heterogéneo de tipos penales, en cuanto la introducción ilegal de mercancía al país hace parte de la realización del punible de lavado de activos, existiendo sólo un concurso aparente, en cuanto ambos tipos atienden a una misma finalidad, protegen el mismo bien jurídico, pero una sola norma resulta aplicable. Se

trata de un ejemplo de aplicación del denominado delito complejo.

Finalmente, las circunstancias específicas de agravación punitiva contempladas en el artículo 324 del Código Penal también tienen como precedente literal el artículo 9.° parágrafo 3.° de la Ley 365 de 1997 donde, en razón no sólo de la finalidad ilícita de la persona jurídica, sino además de la calidad del sujeto agente dentro de la misma, se impone una sanción más severa, aunque ciertamente ofrece dificultades probatorias para establecer la condición determinante del ilícito, como es que la sociedad o persona jurídica está "dedicada", esto es, tiene como actividad habitual y principal labores encaminadas al lavado de activos.

IV. NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Varios instrumentos, acuerdos y documentos en el orden internacional, aun antes de incorporar al ordenamiento nacional el tipo de lavado de activos, han procurado su sanción y control, como mecanismo de lucha contra la delincuencia organizada, la corrupción y el narcotráfico, y a partir de i988, con la Declaración de Principios de Basilea y la Convención de Viena, se reconoció como un delito de carácter autónomo. Entre ellos tenemos:

— El "Acuerdo de cooperación mutua entre el Gobierno de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América para combatir, prevenir y controlar el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas, suscrito el 27 de febrero de 1992", por el cual cada país se compromete a facilitar el intercambio oportuno de información sobre transacciones monetarias, obtenida y conservada por las entidades ejecutoras o sus designados, en sus bancos de datos sobre transacciones monetarias, y a obligar a las entidades financieras a reportar dichas transacciones cuyo monto fije la autoridad nacional respectiva.

— Las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa (1980), que señalan por primera vez que el sistema financiero tiene un papel determinante en la lucha contra el blanqueo de activos.

— La Convención de Viena de 1988, instrumento fundamental que eleva a la categoría de delito autónomo el lavado de dinero y reitera la necesidad de fortalecer la cooperación internacional para combatir esta práctica ilegal.

— La Declaración de Principios de Basilea (1989), que fija políticas y procedimientos a tener en cuenta por el sector financiero para combatir el lavado de activos.

— Las directivas del Consejo de la Comunidad Económica Europea (1990) que ratifican las recomendaciones de Basilea, y adoptan la tipificación de lavado de dinero y el deber de reporte de operaciones sospechosas, entre otras medidas.

— El “Convenio sobre blanqueo, detención, embargo y confiscación de productos del delito”, elaborado en Estrasburgo en 1990.

— Las recomendaciones de la Comisión Interamericana contra el abuso de las drogas (cicad), que promueven la lucha contra el narcotráfico y el lavado de activos mediante un reglamento modelo para la región.

— La declaración de principios y el Plan de acción del mandato de la Cumbre de las Américas 1994.

— La declaración de principios y Plan de acción de Nápoles.

— La conferencia internacional sobre la prevención y la represión del blanqueo del dinero y el producto del delito de Courmayeur (Italia), de 1994.

— El modelo de legislación sobre blanqueo de activos y decomiso de drogas, preparado en 1995 por el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas.

— La Declaración de principios y Plan de acción de Buenos Aires de 1995.

— La Federación Latinoamericana de Bancos, Felaban (1996), que plantea la autrorregulación en el ámbito latinoamericano.

— El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y el Grupo de Acción Financiera del Caribe (GAFI), donde se hacen recomendaciones para prevenir el lavado de dinero.

V . DE LA OMISIÓN DE CONTROL

Con leves modificaciones, el artículo 325 del Código Penal reproduce el delito de omisión de control, inicialmente consagrado en el artículo 9.° de la Ley 365 de 1997, como una forma de penalizar la conducta de los empleados o directivos de instituciones financieras o cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, que participen en actividades de lavado de activos.

Estas modificaciones al artículo derogado hacen relación con dos aspectos: de un lado se cambió la expresión directivos por director, para, de este modo, incorporar a los miembros de las juntas directivas como sujetos activos de este delito, y se eliminó la referencia a normas específicas de tal forma que las obligaciones de control impuestas a dichos funcionarios pueden tener origen en otras fuentes diferentes al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Se trata entonces de un tipo penal en blanco que debe llenarse con otras normas del ordenamiento nacional mediante las cuales se han adoptado varias medidas tendientes a ejercer un control efectivo que permita detectar cuándo se está utilizando el sistema para fines ilícitos, dentro de las cuales se encuentran:

a. El Decreto 663 de 1993 que en los artículos 102 a 104 dispone que las instituciones financieras están obligadas a adoptar medidas de control orientadas a evitar que sean utilizadas para desarrollar actividades delictivas.

Igualmente, la obligación de reportar las transacciones sospechosas.

b. Los artículos 39 a 44 de la Ley 190 de 1995 que desarrollaron la norma anterior. Es así como el parágrafo 2.° del artículo 40 asigna a una de las dependencias de la Superintendencia Bancaria la función de control sobre el lavado de activos.

c. El Decreto 1552 de 1995 que creó la Unidad Especial para la Prevención del Lavado de Activos de la Superintendencia Bancaria, que tiene como función supervisar que las entidades vigiladas adopten y apliquen controles apropiados y suficientes para evitar actividades delictivas, e imponer observaciones o sanciones administrativas en caso de incumplimiento, conforme al régimen establecido en los artículos 102 a 107 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

d. Los artículos 24 y 25 de la Ley 365 de 1997 que exigen control a las transacciones en efectivo, para lo cual deberá dejarse constancia escrita en un formulario, cuyo contenido mínimo se fija por la Superintendencia, y ordena a las entidades financieras informar periódicamente a esa entidad el número de transacciones en efectivo y su localización geográfica.

e. Del mismo modo, la Superintendencia Bancaria expidió varias resoluciones para combatir actos ilícitos, dentro de las cuales se encuentran:

— La circular externa 007 de 1996 o Circular Básica Jurídica, que es la principal directriz de la conducta de las entidades financieras y crea el “Sistema integral para la prevención del lavado de activos (SIPLA)”, y, entre otras cosas, exige que las entidades financieras adopten un código de conducta y un manual de procedimiento interno.

— Las circulares externas 041 y 072 081 y 084 de 1996, referidas a los requisitos para la vinculación de clientes a entidades financieras e instrucciones para controlar conductas delictivas.

— La circular 018 de 1997 sobre información de los clientes vinculados a través de cuentas corrientes, cuentas de ahorro, depósitos a término y negocios fiduciarios, y la 039 de 1997 que prevé nuevos sistemas que buscan detectar operaciones sospechosas o inusuales y reglamenta lo relativo a los reportes de operaciones a la Fiscalía General de la Nación.

— La circular 009 de 1998 determina que las juntas directivas de cada institución financiera deben ejercer un control directo sobre los funcionarios encargados de cumplir las políticas de prevención de lavado de activos y que la entidad financiera debe conformar comités de auditoría que sirvan de apoyo en el control interno.

De otra parte, y volviendo al análisis de la norma, resulta conveniente precisar qué es lo que sanciona la norma. Al respecto se han planteado las siguientes tesis:

a. Se penaliza el simple incumplimiento de las normas que fijan mecanismos de control, por la relación de sujeción especial que existe entre el Estado y el empleado o directivo de la entidad del sistema financiero que presta el servicio público bancario, el cual exige confianza en quienes lo manejan y conforman; sin embargo, si lo que pretendiera la norma fuera punir el mero incumplimiento de las normas de control, no habría razón para que en el tipo se incluyera un elemento subjetivo como es el que la conducta se realice “con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero”, pues la inobservancia de los mecanismos de control, sea cual fuere su objetivo, sería penalizada.

b. la norma sanciona de manera específica al empleado o director que realiza la conducta de lavado de activos. Sin embargo tal interpretación haría el precepto irrazonable, toda vez que la pena imponible para el sujeto cualificado en el tipo –empleado o director de institución financiera o cooperativa– resultaría considerablemente más leve que la señalada para cualquier otra persona que, sin ocupar el lugar especial de aquel, incurra en el punible señalado, a pesar de que el empleado o director debería merecer mayor reproche en cuanto justamente abusa de su posición dentro del sistema financiero para cometer el ilícito y por tal razón merecer mayor reproche.

c. Finalmente, y como parece ser más razonable entenderlo, el artículo 325 de la Ley 599 de 2000 penaliza de manera específica el tipo tentado del lavado de activos, cualificado por la intervención del empleado o director de la institución financiera o cooperativa de ahorro y crédito. Se establece de este modo una sanción más severa para la forma tentada cometida por este grupo de personas, que corresponde con la mayor exigencia de transparencia a quienes hacen parte del sistema finaciero que se pretende proteger. Ahora bien, si se consuma la conducta de lavado de activos, estas personas responden por ese delito y no por la omisión de control, pues se presenta un concurso aparente que se resuelve a favor del primero.

VI . DEL TESTAFERRATO

A. CONCEPTO

Conforme al artículo 326 del Código Penal, incurre en testaferrato quien presta su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes de los delitos de narcotráfico (inc. 1.°), secuestro extorsivo, extorsión (adicionado por el artículo 7.° de la Ley 733 de 2002) o delitos conexos, para ocultar el real dominio o verdadero titular de esos bienes. Se trata ciertamente de una forma de blanqueamiento de capitales o modalidad de lavado de dinero relacionada específicamente con los delitos antes mencionados, lo cual conduce, en primera instancia, a considerar innecesaria su consagración como delito autónomo, máxime cuando tiene señaladas las mismas consecuencias punitivas, salvo la pena mínima pecuniaria cuando se trata de secuestro extorsivo, extorsión y conexos, que fue posteriormente incrementada por el legislador de 500 a 5.000 salarios mínimos legales mensuales.

Por cuanto la conducta descrita en el artículo 326 del Código Penal, aunque este no exisitiera, sería sancionada de la misma forma como lavado de activos, conforme al artículo

323 ibídem, su consagración sólo es útil para transmitir a la comunidad el mensaje que la conducta constitutiva de testaferrato aún es castigada por el derecho penal, reafirmación cuya necesidad se hace evidente al advertir cómo el legislador, al poco tiempo de entrar en vigencia el nuevo Código Penal, manifiesta su afán de punir esta conducta al expedir la Ley 733 de 2002, ampliando los delitos que tradicionalmente pueden dar lugar al testaferrato.

Esta conducta inicialmente se consagró como punible por el Ejecutivo en vigencia de estado de sitio, en el artículo 6.° del Decreto 1856 de 1989, adoptado como legislación permanente en virtud del artículo 7.° del Decreto 2266 de 1991, donde, a diferencia del actual artículo 326 del Código Penal, los dineros debían provenir del delito de narcotráfico y conexos para que se configurara este punible, pues si tales recursos provenían de otras conductas serían sancionados por el delito de receptación y, a partir de 1997, por el de lavado de activos.

VII . DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES

A. CONCEPTO

Este delito, como el antes examinado, tuvo origen en el artículo 1.° del Decreto 1895 de 1989, expedido por el Gobierno en vigencia del estado de sitio decretado en 1984 ante la turbación del orden público ocasionada por el actuar de grupos armados y organizaciones relacionadas con el narcotráfico, y posteriormente fue adoptado como legislación permanente por el Decreto 2266 de 1991. Conservando la misma descripción típica implantada en el estado de excepción, el artículo 327 del actual Código Penal determina que se configura el tipo cuando el agente directa o indirectamente obtiene para sí o para otro incremento patrimonial derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas.

Aunque la definición legal conserva aún hoy el término “injustificado” para calificar el incremento patrimonial logrado por el autor, tal referencia realmente sobra, pues naturalmente todo incremento patrimonial proveniente de actividades ilícitas siempre será injustificado. Tal referente tiene razón de ser en el delito de enriquecimiento ilícito de servidores públicos, pues allí no se exige la comprobación del delito que da origen al incremento patrimonial.

B . ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA NORMA

Aunque la consagración de este delito antecede a la expedición de la Constitución Política de 1991 , fue en ésta donde se dio expreso fundamento, en el artículo 34, a esta conducta penal al establecer el enriquecimiento ilícito como causal de extinción del dominio, y en el artículo 58 ibídem, relativo a la función social de la propiedad dentro de un sistema económico de libre empresa que implica la protección de los derechos civiles, siempre y cuando sean adquiridos con justo título.

Esta figura, según lo precisado por la Corte Constitucional en la sentencia C-319 de 1996, se diferencia del enriquecimiento ilícito de servidores en que:

1. Se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, puede realizarlo cualquier persona.

2. El tipo penal condiciona la punibilidad del enriquecimiento a que el incremento patrimonial provenga de “actividades delictivas”.

3. Se trata de un delito especial y autónomo, vale decir, la conducta puede adecuarse en forma directa o inmediata, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico. Y basa en esta característica el que no se requiera de sentencia previa para dar por demostrada la solilicitud de las actividades que dan origen a los recursos y así configurarse el tipo. Al respecto sostiene: “El ingrediente normativo que contiene el enriquecimiento

ilícito de particulares, según el cual el incremento patrimonial debe ser ‘derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas’, en manera alguna debe interpretarse en el sentido de que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquiera otro delito. No fue eso lo pretendido por el legislador; si ello hubiese sido así, lo hubiera estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera él quien estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la ley el sujeto activo del delito”.

Con todo, debe precisarse que el hecho de que no se exige sentencia previa no implica que se configure la conducta delictiva con la no justificación del incremento patrimonial. Debe estar plenamente comprobado el ingrediente normativo que exige prueba de la actividad delictiva, del origen de los recursos en dicha actividad y del nexo entre esos activos y el incremento patrimonial.

JORGE CALDAS VERA

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

PRESENTACIÓN

Estructurar un derecho penal ambiental se ha planteado como la “paradoja” encaminada a delimitar una serie de fenómenos políticos y sociales en los que se conjugan intereses de las más variada raíz, dando lugar a una regulación jurídica diseñada como elemento de protección y conservación de los recursos naturales, por una parte, y como elemento generador de progreso, pues la protección ambiental no puede detener el desarrollo de la sociedad, por otra parte. Las diferentes cumbres y conferencias de las Naciones Unidas (Estocolmo, 1972, Río, 1992, y Johannesburgo, 2002) reunidas específicamente para estudiar el fenómeno ambiental han coincidido en formular una serie de recomendaciones a los gobiernos, relacionadas con el manejo de los recursos naturales, intentando crear un clima conciliador entre conservación y protección al medio ambiente, y el desarrollo de la sociedad misma.

Empero, un análisis de la última cumbre mundial de las Naciones Unidas{5} dejó gran preocupación respecto de los diversos compromisos de las naciones y la poca materialización de los mismos. Aunado a lo anterior, pasados diez años desde la anterior cumbre –Río 1992– a la de Johanesburgo, 2002, el deterioro del medio ambiente se ha acelerado y, por ende, ha sido evidente las consecuencias de tales acciones nocivas y omisiones.

Igualmente, entre 1997 y 2007 ha habido catástrofes ambientales, como la ocurrida el 26 de diciembre de 2004 en el continente asiático, cuando se produjo un terremoto en el océano Índico, que llegó a 9.° en la escala de Richter y generó una serie de tsunamis que afectaron Indonesia, Tailandia, Sri Lanka, India, Bangladesh, Burma, Malasia, Islas Maldivas, Somalia, Kenia, Tanzania y las Islas Seychelles, con olas de hasta 5 metros y con una velocidad que llegó a 700 km/h, produciendo la muerte de más de 300.000 personas, cifra que aún sigue creciendo sin ser exacta a la fecha. A su vez, el huracán Katrina ocasionó, en agosto de 2005, gran devastación de la ciudad de Nueva Orleáns; causó la muerte a 1.422 personas y daños

materiales por más de 75 mil millones de dólares estadounidenses; además de grandes destrozos en Florida, Bahamas, Louisiana y Mississippi. Equivalentemente, en noviembre del 2004 se declaró en estado de emergencia la ciudad de Cartagena de Indias, en Colombia, por las inundaciones de gran magnitud que se presentaron en la zona más deprimida del distrito turístico, producto de las intensas lluvias que se presentaron durante 3 días.

Lo anterior con el objeto de llamar la atención en que los eventos referidos son producto de la contaminación ambiental, el calentamiento global antropogénico{6}, el efecto invernadero y la constante manipulación inapropiada de las basuras, residuos orgánicos, químicos, mineros, etc., por parte de la humanidad. Así, los desastres naturales de la actualidad son consecuencia inmediata de acciones del hombre, como la quema de combustibles fósiles y otros procesos industriales que generan la acumulación de gases invernadero en la atmósfera, proceso que continúa llevando al desequilibrio general del planeta Tierra y a eventos naturales como los anotados. De tal forma, los desastres naturales más importantes se clasifican en i. Hidrológicos: oleajes tempestuosos, tsunamis; 2. Meteorológicos: inundaciones, huracanes, ciclones, tifones, tornados, sequías, heladas, granizadas, olas de frío o de calor, nevadas o temporales de invierno;

Geofísicos: movimientos sísmicos y vulcanismo, avalanchas, derrumbes, aluviones, aludes, y 4. Biológicos: marea roja (aparición en la superficie de las aguas de mejillones, almejas, etc., que son portadores de toxinas y alteran la cadena trófica).

De ello se desprende la importancia que durante los últimos años distintos Estados han dado al tema medioambiental, no sólo desde el punto de vista legal, sino especialmente a nivel constitucional. En el caso colombiano se puede observar cómo a partir de la Constitución Política de 1991, se consagró un “bloque” de 40 disposiciones, que desde el Preámbulo convocan al Estado y a los particulares a realizar acciones tendientes a garantizar un ambiente sano, como presupuesto de vida, hecho que ha dado lugar a que nuestra Constitución sea denominada como una verdadera “constitución ecológica”, según lo reseña la Corte

Constitucional en la Sentencia C-596 de 1998, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa . A su vez, en los Códigos Penales (1980 y 2000), y aún en las leyes complementarias como la 491 de 1999, se han plasmado una serie de disposiciones con las que se pretende proteger los recursos naturales y el medio ambiente, como elemento esencial de la vida en comunidad.

Así, anteriormente se consideraba que la sola consagración punitiva por vulnerar el medio ambiente o los recursos naturales era una medida drástica, teniendo en cuenta los postulados de libertad constitucionales y el derecho penal como ultima ratio, empero, en la actualidad el ius puniendi encuentra plena razón de ser frente a las conductas delictivas que afecten o pongan en peligro la existencia misma del planeta tierra y / o sus condiciones, ello con motivo del acelerado calentamiento global (en los años de 1995-2006 se produjo el registro de los doce años más cálidos del planeta), aumento del volumen del mar (17 cm durante el siglo XX), y la constante contaminación ambiental de los últimos años (ríos, mares, lagunas, atmósfera), que, a su vez, son causa de derrumbes, enfermedades, inundaciones, que recaen sobre toda una población. Por ende, el medio ambiente y los recursos naturales revisten un estatus preferencial y superior al que poseían anteriormente, por ser un bien jurídico que determina la existencia del ser humano en la Tierra y las condiciones de vida del hombre en el planeta –como se anotó–.

Ahora bien, la normatividad sustantiva penal colombiana determina que el sujeto agente de las conductas delictivas allí determinadas son personas naturales, y como ha expuesto reiteradamente la doctrina, las personas jurídicas no pueden ser objeto de imputaciones de tal índole. Sin embargo, en el Código Penal español se preceptúa la capacidad delictiva de la administración en la comisión de delitos contra el medio ambiente, es decir se le otorga la calidad de sujeto activo de las conductas punibles consagradas en tal normatividad sustantiva penal. Por consiguiente, tal posición legislativa a primera vista es evidentemente opuesta a los postulados doctrinales colombianos; empero, se debe aclarar que las conductas delictivas descritas en el Código Penal español sancionan a la “autoridad o funcionario público” de la respectiva entidad

pública, es decir, a la persona que actuó, decidió u omitió alguno de sus deberes, y que tal actuación u omisión afecta el medio ambiente. Por tanto, la normatividad extranjera en aras de no dejar impune las actuaciones delictivas de las entidades y organismos públicos, delimitó acertadamente la responsabilidad penal en tales casos como “delitos de prevaricación”{7}.

En diverso sentido se ha pronunciado recientemente la doctrina colombiana{8}, al referir que sí existe la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas por delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, constituyéndose en un tema de permanente evolución en el ámbito penal, máxime cuando las empresas, industrias y hasta entidades públicas son generadoras, por acción u omisión, de los daños en el medio ambiente y en los recursos naturales.

En las siguientes líneas de este escrito explicaremos lo concerniente a los delitos consignados en la ley penal colombiana, adentrándonos en la problemática que genera esta criminalidad, no solo de su concepción dentro del ordenamiento jurídico, sino también desde una perspectiva dogmática por la posición intrínseca que poseen las normas penales relativas a los recursos naturales y el medio ambiente.

Bajo esta premisa determinaremos cuál es el bien jurídico tutelado en tales normas, las conductas que dan lugar a su trasgresión y dentro de ello los problemas específicos que presenta esta delincuencia en torno a su aplicación.

I. BIEN JURÍDICO TUTELADO

De manera abstracta, el planteamiento penal en torno a la configuración de una normativa determinada implica la definición de qué es lo que el legislador se propone proteger con la creación o inclusión dentro del Código Penal de ciertos tipos con los que se pretende resguardar un valor de supremo interés para el Estado y la sociedad como tal.

Entiéndase pues que el bien jurídico es el interés que el Estado busca proteger mediante los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ella se acomoda a la descripción hecha por el legislador{9}.

El bien jurídico es un concepto abstracto{10} incrustado como función de la norma penal{11} que se dirige a un objeto de protección. Lo cual implica que cuando el legislador, por ejemplo, describe el delito de contaminación ambiental, tiene presente que lo que está protegiendo con esa norma es el valor “medio ambiente”. Bustos Ramírez{12} señala que “el bien jurídico es una fórmula normativa sintética concreta de una relación social determinada y dialéctica”.

A. EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

El fenómeno de protección al medio ambiente a nivel universal es relativamente joven en la era moderna, dado que ya en Roma y posteriormente en España, durante la edad media ya se conocían normas que incipientemente resguardaron el derecho a un ambiente sano, tal como con mayúscula riqueza descriptiva e histórica lo señala la obra de Julio Enrique González Villa, Derecho ambiental colombiano. Parte general, t. 1. Sin embargo, en época reciente, teniendo en cuenta que fue en 1972 cuando se adelantó la Conferencia de las Naciones Unidas en Estocolmo, donde se planteó diversas inquietudes relacionadas con el problema ambiental, al tiempo que se produjo una serie de recomendaciones a los gobiernos de los 113 países que la suscribieron, a partir de las cuales los Estados firmantes la fueron incluyendo en su legislación internas{13}. Tendencia que se mantuvo en las conferencias de Rio y Johannesburgo.

En España, por ejemplo, comenta Bustos Ramírez {14}, es a partir de 1972 cuando se inicia la expedición de las leyes sobre el medio ambiente. En Colombia ocurre un fenómeno

similar, cuyas raíces históricas son narradas por Ramírez Bastidas {15}. El debate se inicia a partir del estudio elaborado por la Comisión preparatoria de 1974, para la elaboración del nuevo Código Penal, donde se plantean aspectos muy particulares para elevar a delitos ciertas actividades relacionadas más con la economía que con los recursos ambientales, como la explotación ilegal de riqueza piscícola, forestal y minera. Igual consagración se presentó en la Comisión de 1976. Ya en la Comisión de 1978 se amplió el grupo de conductas, incluyéndose la ocupación de parques y zonas de reserva forestal, exploración y explotación indebida de esmeraldas, exploración y explotación de sustancias radioactivas, invasión de concesión maderera o zona de minería, incumplimiento de la obligación de reforestar y cuidar de las cuentas hidrográficas y nacimientos de agua, indebido aprovechamiento de la fauna, propagación de enfermedad y daño en los recursos naturales, y contaminación ambiental. Posteriormente, en la Comisión de 1979, refundieron en un solo artículo los distintos atentados contra los recursos naturales. “Se aprueban la explotación ilícita de esmeraldas, explotación ilícita de sustancias radioactivas, invasión de concesión maderera o zona de minería (se descarta el incumplimiento de la obligación de reforestar y cuidado de las cuencas hidrográficas y nacimientos de agua [...] porque regularmente esas actividades las cumplen empresas, que son personas jurídicas, inalcanzables por ahora por el derecho penal), propagación de enfermedad en los recursos naturales (entre los que se incluye a los agrícolas, que ya venían con tal calidad desde la comisión de 1978), daños en los recursos naturales y contaminación ambiental”.

Es así como en el Código Penal de 1980 se consagra una normativa denominada “De los delitos contra los recursos naturales” (arts. 242 a 247 cap. II), como parte del bien jurídico “Orden económico social”, conformado por dos capítulos desprovistos de identidad conceptual y coherencia legislativa. Posteriormente, al expedirse la Ley 491 de 1999, la regulación de los delitos ambientales se transformó en el título vn bis, conformado por dos capítulos, el primero que establecía la clase de delitos y el segundo las disposiciones comunes. Situación que creó confusión desde el punto de vista de la determinación misma del bien jurídico, pues en esa Ley 491 de 1999 se regularon aspectos como el lavado de activos, situación aclarada por el Decreto 623 de 1999.

Lo cierto de la situación es que en la configuración inicial del Código Penal de 1980 se definió que la criminalidad ambiental pretendía proteger el orden económico social, por lo que la perspectiva de las disposiciones se encaminó a exaltar una protección formal mas no material del medio ambiente, pues el “orden económico social”, al parecer entendido en sentido amplio, acogido por el legislador de 198o, sería la relación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, que como es evidente nada tiene que ver con el medio ambiente.

Tal como lo pusieron de relieve en su momento Canciño Moreno y López Díaz {16}, parecía muy difícil determinar cuál era el bien jurídico protegido en los delitos contra los recursos naturales dado lo enmarañado de los fenómenos regulados, lo que resultaba ser un bien jurídico complejo, por demás sin ninguna precisión o técnica conceptual distinta al mandato del legislador para admitir que quebrantaban el orden económico social, bajo el supuesto que los delitos ambientales producen una ruptura en el orden económico de un país.

En torno al bien jurídico se ha presentado discusión doctrinal sobre si él hace parte de la tipicidad o de la antijuricidad, solución que no ha sido pacífica, pero que parece decantarse en torno a que es elemento de la tipicidad, y si a ello se une el hecho de que varias de las conductas que describía el Código Penal de 1980 relativas al medio ambiente, como la de contaminación ambiental, allí no se ponía en peligro el orden económico social, por lo que se necesitaba que se regulara bajo la tutela de un bien jurídico autónomo relacionado con las condiciones ecológicas, pero la dificultad se encuentra en que esos tipos penales tienden a proteger una variada gama de intereses jurídicos como la salud pública, el patrimonio económico, el orden socio-económico, el derecho a un ambiente sano.

Si embargo, en la actualidad dicha discusión se halla colmada, toda vez que la regulación normativa de la Ley 599 de 2000 preceptúa en su título XI, “Delitos contra los recursos naturales y medio ambiente”, conceptos que como se verá más adelante abarcan los bienes jurídicos específicos que son objeto de protección por el ius puniendi, como, por ejemplo, la fauna, la flora y el entorno vital, temas objeto de la antijuricidad.

B. DETERMINACIÓN DEL BIEN JURÍDICO:

RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE

Previo al análisis de cada uno de los delitos consagrados en el título xI de la Ley 599 de 2000, es preciso determinar el concepto y características de cada uno de los temas objeto de protección punitiva en el Código Penal; ello en razón a que con frecuencia suele hacerse mención a los recursos naturales y el medio ambiente como temas de similar contexto, cuando en realidad guardan contenidos divergentes, que al relacionarse entre sí son materia de estudio de la ecología.

I. RECURSOS NATURALES

Son todos los elementos que suministra la naturaleza de modo material o energético sin la intervención del ser humano, bienes que, a su vez, proporcionan bienestar a la sociedad y que se clasifican en recursos renovables y no renovables de acuerdo con la durabilidad que los mismos posean. De tal forma ha expuesto el máximo tribunal:

Se pueden definir los recursos naturales como aquellos elementos de la naturaleza y del medio ambiente, esto es, no producidos directamente por los seres humanos, que son utilizados en distintos procesos productivos. A su vez, los recursos naturales se clasifican usualmente en renovables y no renovables{17}.

Así, son recursos naturales renovables aquellos que en principio se consideran inagotables por contar con un nivel

de producción superior al de consumo, tal es el caso de la energía solar, la energía eólica y el agua dulce. Sin embargo, en la actualidad no se puede afirmar que todos los recursos renovables son ilimitados debido al crecimiento de la población mundial y a la industrialización, que, en su mayoría, exigen destrucción de la naturaleza, otorgando la característica de limitado a algunos elementos como los recursos forestales y piscícolas –bosques y poblaciones de peces– dependientes del cuidado y conservación que el hombre otorgue a los recursos naturales en conjunto con el medio ambiente, proceso llamado por algunos autores como "agotamiento por una explotación irracional"{18}.

De otro lado, se entiende por recursos naturales no renovables los que son finitos, es decir aquellos que son agotables y que se encuentran en la corteza terrestre: recursos minerales –petróleo, carbón, etc.–.

2. MEDIO AMBIENTE

La palabra ambiente significa "rodear", y, en consecuencia, medio ambiente es el entorno que determina las condiciones de vida de los seres humanos, denominada biosfera.

El medio ambiente comprende el conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismos vivos) que otorgan sustento y hogar a los seres vivos.

Bustos Ramírez {19} dice que "el medio ambiente está compuesto por un conjunto de elementos que, en la complejidad de sus relaciones, constituye el marco, el medio y las condiciones de vida del hombre; así los problemas medioambientales afectan cuestiones tan diversas como los recursos naturales, los instrumentos de producción, los bienes y servicios, los residuos, la organización territorial de la sociedad, etc.". La Corte Constitucional, citada por González Villa {20}, señala en la Sentencia T-453 de 1998:

El medio ambiente desde el punto de vista constitucional, involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural (...) la protección del medio ambiente ha adquirido en nuestra constitución un carácter de objetivo social, que al estar relacionado adicionalmente con la prestación eficiente de los servicios públicos, la salubridad y los recursos naturales como garantía de la supervivencia de las generaciones presentes y futuras, ha sido entendido como una prioridad dentro de los fines del Estado y como un reconocimiento al deber de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos (Corte Constitucional. Sentencia T-453 de 1998, M. P.: Alejandro Martínez Caballero).

La misma Corte Constitucional, al referirse a los delitos contra el medio ambiente, ha expuesto que “la defensa constitucional del derecho subjetivo a gozar de un ambiente no contaminado tiene lugar en cuanto se lo entiende conexo con el de la salud, a su vez ligado estrechamente con el derecho fundamental a la vida. Un ambiente viciado implica amenaza grave y permanente para todos los habitantes de la localidad afectada por la contaminación o perturbación”{21}, erigiéndose el bien jurídico en comento en derecho fundamental conforme lo manifestado por el máximo tribunal y de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 79 de la Constitución Política.

3. ECOLOGÍA

La ecología es, según el Diccionario Espasa, la “ciencia que estudia las relaciones existentes entre los seres vivos y el medio natural donde habitan. El conocimiento de dichas interrelaciones permite obtener información sobre la naturaleza y forma de vida de las poblaciones en un determinado ecosistema, así como los mecanismos en que se basa su proceso evolutivo”. La expresión se relaciona con

la naturaleza, pues el término proviene de la raíz griega oikos, que significa casa o lugar donde se habita, y logos, que significa ciencia, tratado o estudio.

La casa de los humanos en sentido genérico es la tierra, de donde se afirma que la ecología es el estudio de todos los elementos que componen el planeta y de la relación entre ellos. Por eso se ocupa del estudio del género humano, de las plantas, animales y microorganismos, que conviven en forma interdependiente. También abarca el fenómeno de la energía y de los ciclos de la materia en las aguas y en el aire{22}.

II. DESCRIPCIÓN COMPORTAMENTAL

Es de aclarar que los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente han sido regulados desde el punto de vista penal por cuatro normativas principales, valga decir, Código Penal de 1980, expresión legislativa modificada por la Ley 491 de 1999, por lo dispuesto en el Código Penal de 2000, modificado a su vez por la Ley 890 de 2004, razón por la que se harán algunas anotaciones sobre tales regulaciones.

A. UBICACIÓN LEGAL

El cambio legislativo nos lleva a formular algunas consideraciones genéricas sobre los diversos tipos penales consignados en el Código Penal de 1980 y en el de 2000, e igualmente lo acontecido con la Ley 491 de 1999 y la Ley 89o de 2004, teniendo como elemento de interés de aplicación de la normatividad frente a la concepción misma del estatuto. Veamos:

I. INCREMENTO NORMATIVO

En la legislación penal de 2000 se aumenta el número de comportamientos punibles dado que en el Código Penal de 1980 sólo se consagraban seis comportamientos delictivos, mientras que en el nuevo aparecen regulados doce tipos penales. A su vez la Ley 491 de 1999 incluyó siete normas como delitos (arts. 242 a 247) dentro de las cuales estaba la "Omisión de información" (art. 245 bis), que no aparecía en la codificación inicial de 1980. De igual forma, en la ley citada se creó un capítulo II , sobre disposiciones comunes compuesto por siete normas (arts. 247A a 247G), entre las que estaba la modalidad culposa (art. 247A) para todos los delitos contra los recursos naturales, disposición que no aparecía en la tipología inicial del código de 1980. De igual manera, existía un tipo penal (art. 247B) que imponía, además de la multa, cancelación de registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad, o cierre temporal o definitivo de establecimiento o de sus instalaciones, sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, cuando el hecho punible fuera imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho. No obstante esta norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional{23}.

Se conserva el "ilícito aprovechamiento de recursos naturales", aunque en el actual estatuto se habla de "renovables" (art. 328 C. P. 2000). Es decir aquellos que una vez aprovechados en un lugar determinado y en un momento dado, son susceptibles de ser utilizados en ese mismo lugar al cabo de un determinado período de tiempo relativamente corto; tales como los productos agrícolas y forestales, la energía procedente de la radiación solar, etc. {24}.

En el actual artículo 328, se regula en un solo inciso, al igual que lo hizo la Ley 491 de 1999, la conducta que el antiguo artículo 242 sancionaba en dos circunstancias modales, y se elimina la forma específica de agravación punitiva. No obstante, en el Código Penal de 2000 la pena –modificada por la Ley 890 de 2004– es más benigna en su extremo punitivo mínimo y superior en su máximo a la

consignada en la Ley 491, si se tiene en cuenta que el actual estatuto sanciona ese comportamiento con prisión de treinta dos (32) a noventa (90) meses de prisión, y la Ley 491 imponía pena de prisión de tres a siete años. Sin embargo, en el actual Código la multa es más gravosa, ya que puede llegar hasta 15.000 salarios mínimos legales mensuales –conforme el incremento de la Ley 890 de 2004– y la Ley fijaba entre 50 y 300.

Desaparece en la codificación vigente la "ocupación de parques y zonas de reserva forestal" que aparecía inicialmente en el Código de 1980. En cambio se incluye en el artículo 329 un tipo penal que correspondía en la legislación de 1980 al artículo 123, denominado "violación de fronteras para la explotación de recursos naturales", teniendo en cuenta que en aquella legislación había un error de técnica legislativa, ya que ese tipo penal pertenecía al capítulo "De los delitos contra la seguridad del Estado", y la violación de fronteras para explotar recursos naturales no atenta contra la seguridad del Estado sino contra los recursos naturales y el medio ambiente. Tal hecho fue señalado desde el propio proyecto de ley, cuando en la exposición de motivos se dijo: "Se incluyó como delito atentatorio contra los recursos naturales el actual artículo 123 del Código

Penal, en razón a que la explotación de fronteras no tiene como finalidad la de atentar contra la seguridad del Estado, sino la de explotar recursos naturales, por ello fue incluido el tipo penal en el bien jurídico que corresponde".

En el artículo 338 del actual código fue consagrada la "explotación ilícita de yacimiento minero y otros materiales", que recoge y modifica el antiguo artículo 244, brindando una mayor riqueza descriptiva, pues ya no se trata solamente de la explotación ilícita de recurso minero o yacimiento de hidrocarburos, sino que se amplía el radio de acción de la conducta, básicamente con los mismos verbos rectores. La actual norma impone pena de prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión –de acuerdo con el incremento punitivo de la Ley 890 de 2004–, diversa a la establecida en el Código Penal de 1980, y más gravosa que la determinada en la Ley 491 de 1999, en la que se preceptuaba pena de prisión de uno a seis años.

El antiguo artículo 245 (“Propagación de enfermedades los recursos naturales”), fue modificado sustancialmente por el artículo 330, bajo el nomen “Manejo ilícito de microorganismos nocivos”, nombre acogido en la Ley 491, ampliándose la conducta e incluyendo un segundo inciso en el que se sancionan las actividades de manipulación genética o introducción ilegal al país de organismos modificados genéticamente, con peligro para la salud o la existencia de los recursos que menciona el inciso primero de tal artículo. En el proyecto de ley aparece esta referencia: “Se le dio una mejor redacción al artículo 245 vigente, al señalarse que esa propagación debe efectuarse a través de microorganismos, moléculas, substancias o elementos nocivos, que recogen mejor el concepto”.

En el actual artículo se incluye un tercer inciso estableciéndose una circunstancia específica de agravación punitiva cuando se produce enfermedad, plaga o erosión genética de las especies. La pena igualmente es más grave en la norma sustantiva actual –modificada por la Ley 890 de 2004– al establecerla entre treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses de prisión, a diferencia de las normas anteriores que la fijaban en prisión de uno a seis años, evidenciándose el incremento punitivo en sus dos extremos.

Se conserva igualmente la conducta denominada “Daños en los recursos naturales”, que aparecía en el artículo 246 de 1980. Ahora corresponde al artículo 331, donde se hace una descripción típica similar a la antigua, pero ahora se exige una “grave afectación”, a diferencia de lo ocurrido en el código anterior, ya que se castigaba el daño ocasionado a cualquier título, ahora se requiere que el daño, a los recursos naturales o los asociados con éstos o las áreas especialmente protegidas, produzca “grave afectación”, exigencia descriptiva que lleva a concluir que en dichos eventos se debe designar perito o peritos tales como geólogos, ingenieros ambientales, sanitarios, etc., que pueden señalar de acuerdo a sus especiales conocimientos en dichas ciencias si hay lugar a calificar que el daño a los recursos naturales produce efectivamente una grave afectación.

De manera similar se conserva también el delito de “Contaminación ambiental”. Al punto el proyecto informa: “En el delito de contaminación ambiental se precisó que

ésta tiene ocurrencia cuando se contamina el agua, suelo, subsuelo o la atmósfera, que son los elementos que constituyen el ambiente. Como circunstancia de agravación punitiva se estableció la conducta que se realiza con fines terroristas".

El artículo 247 inicial era subsidiario, en la Ley 491 de 1999 pasó a ser autónomo, situación que se conserva en la Ley 599 de 2000; ahora el artículo 332, con una descripción típica de mayor alcance al hablarse no del "ambiente" de manera abstracta, sino del aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, suelo, subsuelo, aguas o demás recursos naturales, como objetos materiales del delito. Además, se exige que la conducta "ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos". La pena, comparada con la descrita en la Ley 491, y originalmente en la Ley 599 de 2000, fue aumentada en su mínimo y máximo de acuerdo con la Ley 890 de 2004 al preceptuarse como sanción pena de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses de prisión, aumento que igualmente se dio a la multa en sus dos extremos, siendo en la actualidad de 133.33 a 37.500 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Se distingue también la actual norma porque regula en el inciso 2° una circunstancia específica de agravación punitiva de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas. En la Ley 491 aparecía también un segundo inciso como circunstancia de agravación punitiva cuando la conducta alterara de modo peligroso las aguas destinadas al uso o consumo humano.

Desde otro ángulo del fenómeno diremos que en el Código Penal vigente se regularon varios comportamientos que antes no tenían consagración legal. En el proyecto se dice que "Conforman el título nuevos tipos penales: contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo, la experimentación ilegal en especies animales o vegetales, la pesca y la caza ilegal, por atentar directamente contra los recursos naturales y el medio ambiente. El actual artículo 243 se extiende a áreas de especial importancia ecológica y no sólo a aquellas que constituyen reserva forestal o parque nacional".

Conforme a ello y producto del debate legislativo, en el Código de 2000 aparecen seis normas nuevas para este interés, en las cuales se trata de buscar mayor protección al bien jurídico tutelado. Así, encontramos los artículos 329, “Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales”, que recoge el 123 del C. P. anterior; 330, “Manejo ilícito de microorganismos nocivos”; 333 “Contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo”; 334, “Experimentación ilegal de especies animales o vegetales”; 335, “Pesca Ilegal, y 336, “Caza ilegal”, descritos como tipos penales subsidiarios.

2. EN MATERIA DE PUNIBILIDAD

La Ley 890 de 2004 –a la cual ya se ha hecho mención– incrementó todas las penas del capítulo correspondiente a los “Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente” consagrados en la Ley 599 de 2000 (Código Penal), modificación que es evidente, máxime cuando las penas de prisión fueron incrementadas tanto en su extremo mínimo como en el máximo. Igualmente, la Ley 890 de 2004, aumentó las multas preceptuadas originalmente en la Ley 599 de 2000, llegando en algunos casos hasta treinta y siete mil quinientos (37.500) salarios mínimos mensuales vigentes.

Tal incremento obedece a las condiciones actuales de los recursos naturales y del medio ambiente, es decir, debido al acelerado deterioro de la vegetación, extinción de especies animales, cambios climáticos nocivos y extremos que reclaman una mayor sanción para quienes atenten con el entorno vital y todo lo que habita y crece en él, en razón a que la trasgresión del bien jurídico tutelado determina no sólo la futura existencia de la humanidad así como las condiciones de vida, sino la del planeta en que habitamos. No obstante, la actitud del legislador resulta equivocada como históricamente se ha demostrado, ya que el incremento punitivo no erradica el fenómeno criminal y tan solo demuestra la debilidad del Estado y con él la de su política criminal, que únicamente puede mostrar como una

forma de prevención general negativa el incremento de las penas, cuando no quiere utilizar otras herramientas jurídicas y extrajurídicas, verdaderamente más eficaces para prevenir el delito.

3. REMISIÓN EN EL SUPUESTO DE HECHO

A AUTORIDAD ADMINISTRATIVA

Característica medular de las disposiciones que regulan los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente en el Código Penal de 2000, es el reemplazo de la expresión, "ilícitamente", ingrediente normativo utilizado por el legislador de 1980, por la de "sin autorización emitida por autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente", o algunas expresiones similares, haciendo remisión expresa a autoridades administrativas ya que ellas controlan mediante autorizaciones las conductas que regulan éste título{25}. Véase en la exposición de motivos del proyecto lo afirmado: "En lugar de la expresión 'ilícitamente' utilizada en varias disposiciones, se empleó 'sin autorización emitida por autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente', por existir autoridades administrativas que controlan, mediante la expedición de autorizaciones, la realización de las conductas señaladas en el título, y es su desconocimiento o incumplimiento de lo inicialmente autorizado, lo que da lugar a la sanción penal. No sobra recordar la especial importancia que le da la Constitución Política a estos derechos denominados de segunda generación".

Puestas así las cosas, la Ley 599 de 2000 –modificada por la Ley 890 de 2004– exige al intérprete la remisión a las normas administrativas que regulan la conducta con el propósito de establecer el alcance de la tipicidad, pues del supuesto –falta de autorización o incumplimiento de la normatividad existente– depende la verificación del injusto típico.

Se destaca entonces que estas normas encajan en la clasificación de tipos penales en blanco, cuya legitimidad en el derecho penal ha dado lugar a numerosas críticas por parte de la doctrina quien ha entendido por tales a aquellos supuestos de hecho donde se halla consignado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal{26}. Se ha dicho que estas normas constituyen un grave riesgo para la seguridad jurídica y por lo mismo contrarían la Constitución, ya que implican violación a los principios de legalidad y separación de los poderes públicos. En este caso el precepto penal completa su contenido a través de normas del derecho administrativo, y es su violación lo que constituye materia de prohibición penal. Es esta una característica propia de las normas penales ambientales en la medida en que remiten a una norma administrativa-ambiental para llenar su contenido, incluso a norma legal como podría ser el Código de Recursos Naturales para delimitar el supuesto típico.

Su admisibilidad en el derecho penal, en procura de cierta eficacia, obliga a la existencia de normas administrativas claras y adecuadas que garanticen el principio de legalidad y la protección que plenamente se persigue, por lo que se ha llegado a afirmar que el derecho penal ambiental será tan bueno como lo sea el derecho administrativo ambiental{27}.

a. CASO RÍO BOGOTÁ

Conforme a lo expuesto precedentemente, evidencia de la remisión de las descripciones típicas a las normas administrativas es la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el veinticinco de agosto de 2004{28} debido a la contaminación ambiental producida por los habitantes residentes e industrias domiciliadas en la cuenca del río Bogotá –por acción–, así como por la omisión de entidades públicas y privadas del orden nacional, departamental y distrital, entes que fueron condenados por el Tribunal Administrativo a emprender labores de recuperación de la fuente hidrobiológica que comprenden dragado del río, control de vertimiento de aguas residuales,

señalización de la cuenca, creación de una sola red hidrometeorológica, construcción y mejoras de plantas de tratamiento, programas de educación sobre cuidado ambiental, control de vertimientos de aguas domésticas, entre otros, con la finalidad de restituir las cosas a su estado anterior, es decir, la descontaminación del río Bogotá, tarea compleja debido al nivel de destrucción del recurso natural hídrico.

Por consiguiente, el bien jurídico que se protege en el derecho penal es, a su vez, materia de acciones populares, de cumplimiento y hasta, en determinados casos, sujeto de la acción de tutela. De tal manera, el legislador ha otorgado diferentes preceptos legales para preservar los recursos naturales y el medio ambiente en su integridad o, en su defecto, para restablecer las condiciones iniciales del elemento natural vulnerado.

Uno de los daños sufridos por el río Bogotá es la aparición y propagación del buchón considerado como "la maleza acuática más peligrosa del mundo, por su capacidad de colonizar amplias masas de agua en muy corto tiempo. (...) hace que se disminuya el oxígeno en la laguna y no permite que las algas que allí habitan, y que son el principal alimento para los peces, tomen el sol que requieren para su supervivencia{29}", acabando no sólo con la fauna y flora de las afluentes, sino que a su vez ocasiona la pérdida y muerte de aves que utilizan las lagunas, humedales y ríos como espejos que las guían en su camino.

En consecuencia, son innumerables los perjuicios de la comisión de las conductas punibles que se analizan, las cuales generan daños en el momento de la acción u omisión delictiva, y su afectación se sigue produciendo e incrementando con el paso del tiempo.

4. MODALIDAD CULPOSA

En el Código Penal de 1980 no existía la modalidad culposa para ninguno de los seis tipos penales que integraban el

capítulo; por manera que en aquellos eventos de error de tipo vencible la conducta era impune al no existir la modalidad culposa en dichos comportamientos. Evento que no ocurría en la Ley 491 de 1999 al estar consignada la modalidad culposa para todos los tipos que conformaban el título. Por el contrario, otro elemento característico de las nuevas disposiciones estriba en que se incluye la modalidad culposa en dos eventos. El primero en relación con el delito de "Contaminación ambiental culposa por explotación de yacimiento minero o hidrocarburo", normado en el artículo 333. El segundo descrito en el artículo 339, que consagra la modalidad culposa en los eventos de los artículos 331 y 332. Es decir, que cuando se trate de "Daños en los recursos naturales" y "Contaminación ambiental"{30}, respectivamente, esas formas delictivas se pueden verificar por culpa, condición que se encuentra vigente a la fecha.

5. SUJETO ACTIVO CUALIFICADO EN EL ARTÍCULO 329 DE LA LEY 599 DE 2000

En la norma sustantiva penal vigente, se incluye un sujeto activo cualificado en el artículo 329, "Violación de fronteras para la explotación de recursos naturales". Se habla de cualificación jurídica{31}, pues se refiere a una condición personal con relevancia jurídica, como lo es la condición de extranjero. A diferencia del Código de 1980 en el que no existía cualificación alguna para el sujeto activo de los comportamientos incluidos en este título. En tal normativa se hablaba siempre de "el que", sujeto activo indeterminado, aunque el tipo penal que hoy corresponde pertenecía al artículo 123 denominado "Violación de fronteras para explotación de recursos naturales", ubicado en los delitos contra la seguridad del Estado.

En la codificación penal de la Ley 599 de 2000, los restantes delitos no hacen exigencias de cualificación para el sujeto activo del comportamiento, pues se plantea un sujeto activo indeterminado al utilizar el legislador la expresión "El que.".

6. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

Al observar los estatutos penales de 1980 y 2000 se aprecia que en ambos se consignaron circunstancias de agravación punitiva. En el estatuto derogado había dos circunstancias que agravaban la pena. La primera estaba regulada en el inciso 2.° del artículo 242, relativa al "Ilícito aprovechamiento de recursos naturales". En él se agravaba la pena hasta en una tercera parte si la conducta se realizaba sobre especie en vía de extinción, o se ponía en peligro la conservación de las aguas. La segunda pertenecía al artículo 243, inciso 2.°, "Ocupación de parques y zonas de reserva forestal"; allí se incrementaba la pena de uno a seis años de prisión para quien promoviera la ocupación, la financiara o dirigiera, o se aprovechara económicamente de ella. En la Ley 491 se fijaron tres circunstancias de agravación punitiva, las dos primeras en el artículo 243, "Invasión de área de especial importancia ecológica", en el inciso 2.°, donde se incrementaba la pena hasta en una tercera parte cuando, como consecuencia de la invasión, se afectaran gravemente los componentes naturales que sirvieron de base para efectuar la calificación del territorio correspondiente. También en el inciso 3.° del mismo artículo se incluía un incremento punitivo para quien promoviera, financiara o dirigiera la invasión, consistente en prisión de tres a diez años y multa de 150 a 500 salarios mínimos legales mensuales, agravante considerable si se tiene en cuenta que el tipo base sancionaba la conducta con prisión de dos a ocho años, y multa de 50 a 300 salarios. La otra circunstancia de agravación se encontraba en el artículo 247, "Contaminación ambiental", cuando en el inciso 2.° establecía un incremento de la pena de una tercera parte cuando la conducta alterara de modo peligroso las aguas destinadas al uso o consumo humano.

En la Ley 599 de 2000 –actual Código Penal– se consagraron tres eventos en los que se agrava la pena de manera específica. El primero aparece en el artículo 330, "Manejo ilícito de microorganismos nocivos", inciso final, donde se consigna que la pena se aumentará en una tercera parte si se produce enfermedad, plaga o erosión genética de

las especies. La segunda circunstancia por la que se agrava la sanción corresponde a lo normado en el artículo 332, “Contaminación ambiental”, inciso final, al determinar que se aumenta la pena de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas. Finalmente, la tercera hipótesis de agravación punitiva la consigna el artículo 337, “Invasión de áreas de especial importancia ecológica”. Este contiene tres incisos; el segundo determina que la pena se aumentará hasta en una tercera parte cuando como consecuencia de la invasión, se afecten gravemente los componentes naturales que sirvieron de base para efectuar la calificación del territorio correspondiente; y el tercero señala una pena autónoma, mucho más severa que la anterior, dado que asigna prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (180) meses para el que promueva, financie o dirija la invasión o se aproveche económicamente de ella, más o menos con la misma filosofía de lo que había establecido la Ley 491, aunado a los señalamientos hechos con antelación en el acápite de “en materia de punibilidad”, respecto de los incrementos efectuados por la Ley 890 de 2004, que a su vez fueron aplicados sobre las circunstancias aquí anotadas.

7. VERBOS RECTORES

Quizás otro de los rasgos fundamentales de la nueva normativa penal en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente sea la abundancia de verbos rectores en cada uno de los tipos. Coinciden en esto las dos codificaciones, aunque en la Ley 599 de 2000 el legislador fue más prolijo en la enunciación de las conductas mediante las cuales se pueden realizar las conductas punibles que se describen en el título xi de la norma sustantiva penal. Ejemplo de lo sostenido es el artículo 328, “Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables”, que utiliza siete verbos rectores, tales como “introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche, beneficie”; clasificándose los delitos del capítulo en comento, en tipos compuestos, toda vez que describen una pluralidad de conductas, cada una de las cuales estaría en

capacidad de conformar por sí misma una descripción típica distinta{32}.

8. SUJETO PASIVO

Este elemento del tipo objetivo lo entendemos como el titular del bien jurídico protegido en cada caso concreto y que puede resultar o no perjudicado con la conducta del sujeto agente. Lo pueden ser la persona física, la persona jurídica, el Estado o el conglomerado social{33}. Precisamente éste es el sujeto pasivo de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, dada la connotación que poseen esas expresiones como patrimonio común, y su preservación y manejo son de utilidad pública e interés social{34}.

B. TIPOLOGÍA DE LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE

A continuación se analizarán aspectos puntuales de cada uno de los delitos que conforman el título xi de la norma sustantiva penal, con la finalidad de precisar algunas hipótesis de realización de la conducta típica, sin mención casuística.

I. DELITO DE ILÍCITO APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES

Artículo. 328. Modificado Ley 890 de 2004, artículo 14. El que con incumplimiento de la normatividad existente

introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos de especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa hasta de quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

a. CONDUCTAS

Introducir: es entrar, meter, incluir, insertar. Es meter o hacer entrar o penetrar una cosa en otra. Así el comportamiento se presenta cuando la persona incumpliendo la normatividad existente introduce partes o productos de los recursos naturales.

Explotar: consiste en obtener un provecho de algo. Es sacar utilidad de un negocio. Significa extraer de las minas la riqueza que contienen. Es sacar utilidad indebida de los recursos naturales.

Transportar: es llevar los recursos naturales de un lugar a otro, desplazarlos de un sitio a otro.

Traficar: es especular. Comerciar, negociar. Hacer negocios no lícitos con productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, etc.

Comerciar: es negociar comprando y vendiendo géneros; intercambiar los recursos, vendiéndolos, permutándolos, comprándolos y, en fin, cualquier forma de intercambio con contenido económico.

Aprovechar: es sacar utilidad de alguna cosa: aprovecharse de la ocasión. Sacar utilidad de los recursos fáunicos, florísticos, etc.

Beneficiarse: es obtener una utilidad, un provecho. Este objetivo se cumple a través de los restantes verbos rectores.

b. OBJETO MATERIAL

Los recursos naturales sobre los cuales recae la conducta son:

Especímenes, productos o partes de los recursos: el espécimen es un modelo o muestra de una familia de insectos. Para los efectos del tipo penal se trata de recursos fáunicos, florísticos, etc. El producto de los recursos fáunicos será el resultado de éstos en el proceso de transformación o reproducción. Las partes son fracciones de esos recursos fáunicos.

Recursos fáunicos: comprende el conjunto de especies animales que habitan en una región geográfica, propias de un período geológico o que se pueden hallar en un ecosistema determinado.

Recursos forestales: es la flora silvestre que está conformada por especies e individuos vegetales del territorio nacional que no se han plantado o mejorado por el hombre.

Recursos florísticos: son todos aquellos conjuntos de especies vegetales que habitan en un área geográfica, en un ambiente determinado, o en períodos geológicos completos.

Recursos hidrobiológicos: conforme lo señalado en el Código de Recursos Naturales, es el conjunto de organismos animales y vegetales cuyo ciclo de vida se cumple totalmente dentro del medio acuático y sus productos{35}.

Especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos: se trata de las diversas categorías de los seres vivos que se encuentran en peligro de desaparecer por la acción del hombre{36}.

2. DELITO DE VIOLACION DE FRONTERAS PARA LA EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES

Artículo. 329. Modificado Ley 89 de 2004, artículo 14. El extranjero que realizare dentro del territorio nacional acto no autorizado de explotación de recursos naturales, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cuarenta y cinco mil (45.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

a. CONDUCTA

Consiste en explotar sin autorización los recursos naturales. Es decir que se trata de una conducta abierta en cuanto a su realización que comprende todos los recursos naturales, como son los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos. Como se dijo con antelación, explotar es obtener un provecho indebido de los recursos naturales, es aprovecharse de ellos.

Esta conducta, corresponde, con algunas modificaciones, a la descrita en el artículo 123 del Código Penal de 1980. En el tipo penal vigente, se incrementa la pena privativa de la libertad al igual con la multa, de conformidad con la Ley 890 de 2004.

b. OBJETO MATERIAL

Los recursos naturales constituyen el objeto sobre el cual recae la conducta del sujeto activo, que son “todos los componentes, renovables o no renovables, o características del medio ambiente natural que pueden ser de utilidad

actual o de utilidad potencial para el hombre; son materiales (por ejemplo, bosques, islas silvestres, naturales, agua, tierra, aire) y no materiales (por ejemplo, el paisaje)”{37}.

3. DELITO DE MANEJO ILÍCITO DE

MICROORGANISMOS NOCIVOS

Artículo. 330. Modificado Ley 890 de 2004, artículo 14. El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, manipule, experimente, inocule o propague especies, microorganismos, moléculas, substancias o elementos que pongan en peligro la salud o la existencia de los recursos fáunicos, florísticos o hidrobiológicos, o alteren perjudicialmente sus poblaciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (Io8) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133 .33){38} a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Incurrirá en la misma pena el que con incumplimiento de la normatividad existente realice actividades de manipulación genética o introduzca ilegalmente al país organismos modificados genéticamente, con peligro para la salud o la existencia de los recursos mencionados en el inciso anterior.

Si se produce enfermedad, plaga o erosión genética de las especies la pena se aumentará en una tercera parte.

a. CONDUCTAS

Introducir: como ya se había reseñado, es entrar, meter, incluir, insertar. Es meter o hacer entrar o penetrar una

cosa en otra. Aquí el introducir está referido a especies, microorganismos, moléculas, substancias o elementos que pongan en peligro la salud o la existencia de los recursos fáunicos, florísticos o hidrobiológicos, o alteren perjudicialmente sus poblaciones.

Manipular: es operar con las manos o con cualquier instrumento. Manosear una cosa. Es también intervenir de manera poco honesta en algún asunto, para satisfacer los intereses propios o ajenos. La manipulación a que refiere el tipo penal es aquella que conduce a poner en peligro la salud o existencia de los recursos naturales.

Experimentar: consiste en probar y examinar prácticamente la virtud y propiedades de una cosa. En biología es llevar a cabo operaciones destinadas a descubrir, comprobar o demostrar determinados fenómenos o principios científicos.

Inocular: viene del latín, inoculare. Comunicar por medios artificiales una enfermedad contagiosa.

Propagar: es multiplicar por generación u otra vía de reproducción. Extender, dilatar o aumentar una cosa.

También comete la conducta quien realice actividades de manipulación genética ocasionando peligro para la salud o existencia de los recursos mencionados. Igualmente cuando se introducen al país organismos modificados genéticamente. Por manera que la conducta puede ser realizada en cualquiera de los eventos expresados, presentándose una circunstancia de agravación punitiva en aquellos eventos en los que se produce enfermedad, plaga o erosión genética de las especies. La enfermedad es la alteración más o menos grave de la salud de los recursos naturales. La plaga es un daño grave o enfermedad que sobreviene a una persona, en este caso a los recursos. La erosión genética es el desgaste o destrucción en las especies.

Este tipo penal parece tener su origen en el C. P. de 1936, cuando se reguló la conducta de difundir enfermedades a animales o plantas con el propósito de destruir la riqueza agropecuaria del país. Después fue estudiada en las

respectivas comisiones preparatorias del Código Penal de 1980 para ser incluida allí{39}.

Ahora se plantea en la norma sustantiva penal de 2000 con una descripción típica más amplia y con expresiones rectoras que definen el comportamiento acorde con los avances de la técnica y la ciencia.

Precisamente por la redacción que le da el legislador de 2000 no solo a éste tipo penal sino a todos los que componen el título, y por la forma misma como se presentan los hechos en la realidad, estos comportamientos exigen la presencia de medios técnicos y científicos para determinar la ocurrencia o no de las conductas. La prueba pericial, por ejemplo, entraña una importancia enorme en la determinación de la tipicidad. Precisamente en los delitos de peligro, como parecen ser estos tipos penales, es exigencia ineludible la prueba pericial, que sin duda debe apuntar a si existió o no manipulación o inoculación de microorganismos que pongan en peligro los recursos naturales{40}.

b. OBJETO MATERIAL

Las conductas descritas en el tipo penal recaen sobre los recursos naturales o, concretamente, sobre la salud o existencia de los recursos fáunicos, florísticos o hidrobiológicos.

4. DELITO DE DAÑOS EN LOS RECURSOS NATURALES

Artículo. 331. Modificado Ley 890 de 2004, artículo 14. El que con incumplimiento de la normatividad existente destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe los recursos naturales a que se refiere este título, causándoles una grave afectación o a los que estén

asociados con éstos o se afecten áreas especialmente protegidas incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a quince mil (15.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

a. CONDUCTAS

Destruir: es deshacer, arruinar o asolar una cosa material. Es inutilizar una cosa, malbaratarla. Es arruinar los recursos naturales.

Inutilizar: es una actividad que consiste en hacer inútil, vana o nula una cosa. Lo inútil es lo no apto para cumplir determinada función.

Desaparecer: es ocultar, quitar de la vista con destreza una persona o cosa. Dañar: consiste en causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. También es maltratar o echar a perder una cosa.

Al establecer la Ley 599 de 2000 un sujeto activo indeterminado, nada impide, como es usual en esta criminalidad, que quien realice el comportamiento sea una persona jurídica, lo cual compromete el problema de la responsabilidad, pues según criterio mayoritario de la doctrina las personas jurídicas son incapaces de realizar acción jurídico-penalmente hablando, y en consecuencia tampoco se les podría derivar juicio de culpabilidad.

La discusión no ha sido pacífica{41} ingrediente normativo sobre si la persona jurídica es capaz de realizar acción típica, antijurídica y sobre si puede obrar con culpabilidad. Quienes sostienen que la persona jurídica es susceptible de responsabilidad penal aseguran que así como en la conducta de la persona física no interesa el movimiento corporal producto de la voluntad sino el hecho social dañoso que debe imputarse a una persona, ésta puede ser persona jurídica cuyo reconocimiento hace el derecho para el cumplimiento de fines por cuyas consecuencias debe

responder. Del otro lado, se opina que la persona jurídica sólo tiene capacidad de acción civil y comercial pero no penal, pues esta requiere la voluntad autónoma que el ente no tiene{42}.

En los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente es de común ocurrencia que la mayor parte de esos comportamientos provengan de personas jurídicas o de la intervención de ellas –tal como el caso del río Bogotá expuesto ab initio–, casos en que según la construcción dogmática colombiana, hacen responsables a sus representantes legales y directivos, pero no a la persona jurídica como tal, como sí ocurre en el derecho anglosajón. Un sector de la doctrina propone crear un derecho penal paralelo al de las personas individuales, dirigido a las personas jurídicas con nociones propias de capacidad penal, acción, culpabilidad, etc.{43}.

Como solución legislativa, sugiere otra parte de la doctrina, para determinar la participación de una persona jurídica en la comisión de un hecho punible que se asuma el hecho como un evento de autoría mediata, autoría directa con instrumento o de determinación{44}.

b. OBJETO MATERIAL

En este tipo penal el objeto material son los recursos naturales, los recursos asociados con los naturales, o las áreas especialmente protegidas. Entendemos por áreas especialmente protegidas aquellas que poseen un gran interés de carácter patrimonial, ecológico, cultural y estratégico que han sido objeto de especial atención por parte del Código de Recursos Naturales, debido a su extraordinario valor como santuarios de la naturaleza, por conservarse allí determinadas especies o por ser en la práctica verdaderos bancos de genes[41].

5. DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Artículo. 332. Modificado Ley 891 de 2004, artículo 14. El que, con incumplimiento de la normatividad existente, contamine el aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas o demás recursos naturales en tal forma que ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, incurrirá, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a treinta y siete mil quinientos (37.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas, sin que la multa supere el equivalente a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

a. CONDUCTA

Contaminar: es alterar, dañar alguna sustancia o sus efectos, la pureza o el estado de alguna cosa. Contaminar los alimentos, las aguas, el aire, los organismos. La conducta en este tipo penal se verifica siempre que la contaminación recaiga sobre cualquiera de los elementos y recursos enunciados, y se ponga en peligro la salud humana o los recursos.

Contaminar, tal como lo define el Decreto 2811 de 1974 (Código de Recursos Naturales y Medio Ambiente) consiste en la alteración del ambiente con sustancias, formas de energía puestas en él, por actividad humana o de la naturaleza en cantidades, concentraciones o niveles capaces de interferir el bienestar y la salud de las personas, atentar contra la flora y la fauna, degradar la calidad del ambiente de los recursos de la nación o de los particulares{45}.

Para que se verifique este tipo penal se requiere de factores conductuales que modifiquen el medio ambiente de manera tal que ponga en peligro la salud humana o los recursos (fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos). Puede tratarse de una conducta que se realice en uno o varios actos, lo cual depende de la voluntad del agente; igualmente es un delito que puede ser cometido por una o varias personas, y en éste evento será por medio de una coautoría impropia, en donde cada uno de los coautores aporta una porción de la contaminación, sobre lo cual ha existido acuerdo previo.

Otro sector de la doctrina opina que la conducta se puede expresar por medio de la autoría accesoria{46}, es decir cuando el resultado prohibido es consecuencia de la acción concurrente de varios autores que no se han puesto previamente de acuerdo para realizar su acción. Se caracteriza porque al considerar cada una de esas acciones en forma independiente no constituyen delito por no ser lesivas para el bien jurídico, pero unidas las acciones pueden dar lugar a una vulneración catastrófica del bien jurídico.

Ahora bien, mirando otra arista de estos comportamientos contra los recursos naturales y el medio ambiente, es importante establecer si los delitos que se ocupa este título son de peligro o de resultado, lo que resulta tarea compleja, como no lo ha sido para la doctrina nacional y extranjera{47}, al parecer en atención

a las formulaciones lingüísticas que utiliza el legislador al consagrar los tipos penales de que se trate. Por ello el intérprete debe acudir al juicio jurídico para establecer el sistema de valores e intereses jurídicos que se pretende amparar con la norma concreta. Sin embargo, en lo que respecta a la acción penal en el delito de contaminación ambiental, la citada no está condicionada al resultado, de tal forma manifestó la Corte Suprema de Justicia:

3. La acción penal es autónoma. “(…) por manera alguna la acción penal por el delito de contaminación ambiental está sujeto a los resultados, de la acción administrativa que adelante la autoridad ambiental, ni sus resultados son

presupuesto procesal para iniciar o proseguir la actuación penal, pues se trata de acciones diferentes aplicables concurrente y no excluyentemente, cada una sujeta a presupuestos legales y procesales diversos y, lo que es más significativo, con distintas finalidades: (i) la penal, como respuesta político-criminal a la realización de una conducta atentatoria de bienes jurídicos sobre los cuales el legislador ha querido brindar un marco punitivo de protección y (ii) la administrativa, orientada a evitar la repetición o continuación de la actividad humana que pone en peligro el medio ambiente, (...){48}".

Asimismo, una clasificación de los tipos penales de acuerdo al bien jurídico tutelado dice que pueden ser de lesión y de peligro. En los de lesión el tipo presupone que se dañe el objeto de la acción protegido. En los de peligro es suficiente la amenaza, el riesgo, el probable daño o perjuicio, es decir la puesta en peligro del bien jurídico, pudiendo ser de peligro abstracto o de peligro concreto, distinción que genera varias discusiones sobre garantía para el sindicado{49}.

En esta línea los problemas en cuanto a la seguridad jurídica son inherentes a los tipos de peligro, ya que ellos pueden ser de peligro abstracto, o de peligro concreto, según se dijo antes. Como en los primeros el peligro se presume de derecho y por lo tanto no admiten prueba en contrario, ni requieren la comprobación de su existencia, el derecho penal no parece aceptarlos porque en él no existen las presunciones de derecho, y aceptarlos implicaría atribución de responsabilidad objetiva; entonces sólo parece admisible la categoría de tipos penales de peligro concreto, lo cual es apropiado en un modelo de Estado social y democrático de derecho.

b. OBJETO MATERIAL

La conducta es relevante penalmente cuando recae sobre:

El aire: es decir el fluido que forma la atmósfera de la Tierra. Es una mezcla gaseosa, que, descontando el vapor de agua que contiene en diversas proporciones, se compone aproximadamente de 21 partes de oxígeno, 78 de nitrógeno y una de argón y otros gases semejantes a este, al que se añaden algunas centésimas de ácido carbónico anhídrido.

Atmósfera: es una capa de aire que rodea la tierra. También se dice que es una capa gaseosa que rodea un cuerpo celeste u otro cuerpo cualquiera.

Espacio aéreo: es una parte del territorio que comprende varios aspectos como la atmósfera, la órbita geoestacionaria y el espacio electromagnético. Suelo: es la superficie de la tierra demarcada por las fronteras.

Subsuelo: es la dimensión que se encuentra debajo del suelo y se prolonga verticalmente en forma de cono, cuyo vértice se halla en el centro de la tierra. Es el terreno que está debajo de la capa labrantía o laborable o en general debajo de una capa de tierra.

Agua: es una sustancia formada por la combinación de un volumen de oxígeno y dos de hidrógeno, líquida, inodora, insípida, en pequeña cantidad incolora y verdosa o azulada en grandes masas. Es el componente más abundante de la superficie terrestre y más o menos puro, forma la lluvia, las fuentes, los ríos y los mares; es parte constituyente de todos los organismos vivos y aparece en compuestos naturales; y, como agua de cristalización en muchos cristales.

Recursos naturales: son todos los elementos que suministra la naturaleza de modo material o energético sin la intervención del ser humano, bienes que a su vez proporcionan bienestar a la sociedad y que se clasifican en recursos renovables y no renovables de acuerdo con la durabilidad que los mismos posean.

6. DELITO DE CONTAMINACIÓN AMBIENTAL CULPOSA

POR EXPLOTACION DE YACIMIENTO MINERO O HIDROCARBURO

Artículo. 333. Modificado Ley 890 de 2004, artículo 14. El que por culpa al explorar, explotar o extraer yacimiento minero o de hidrocarburos, contamine aguas, suelo, subsuelo o atmósfera, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La conducta descrita en la norma transcrita, es a su vez objeto de consagración en la Ley 885 de 2004, la cual aprobó el Convenio Internacional sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación por Hidrocarburos de 1990, hecho en Londres el treinta de noviembre del año referido, y el Protocolo sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra los Sucesos de Contaminación por Sustancias Nocivas y Potencialmente Peligrosas de 2000, elaborado en Londres el quince de marzo del mismo año.

De tal forma, el Convenio Internacional de 2000 determina que por “hidrocarburo” se entiende el petróleo en todas sus manifestaciones, incluidos los crudos de petróleo, el fueloil, los fangos, los residuos petrolíferos y los productos refinados; y se entiende por “suceso de contaminación por hidrocarburo ” el acaecimiento que pueda o de lugar a una descarga de hidrocarburos y que represente o pueda representar una amenaza para el medio marino o el litoral o intereses conexos de unos o más estados y que exija medidas de emergencia u otra respuesta inmediata{50}.

Equivalentemente, la Corte Constitucional, al analizar el Convenio y Protocolo en comento, manifestó en tal aspecto:

Pues bien, el Convenio Internacional sobre cooperación, preparación y lucha contra la contaminación por

hidrocarburos y el Protocolo sobre cooperación, preparación y lucha contra los sucesos de contaminación por sustancias nocivas y potencialmente peligrosas; son instrumentos internacionales que tienen como estructura básica la protección y preservación del medio marino y su entorno, ante la contaminación por hidrocarburos y por sustancias nocivas y potencialmente peligrosas. Por consiguiente, la voluntad del Estado colombiano de adherir a dichos instrumentos, cumple con los objetivos constitucionales pregonados en los artículos 8.° y 79 constitucionales. En igual forma, tanto el Convenio como el Protocolo, establecen parámetros que concretan de un lado, el deber del Estado colombiano de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, proveniente en este caso de la contaminación por hidrocarburos y sustancias nocivas potencialmente peligrosas; y de otro lado, el deber de exigir la reparación de los daños causados (Art. 80 constitucional) {51}.

Corolario de lo anterior, es la marcada tendencia mundial a prevenir la contaminación ambiental de los yacimientos mineros e hidrocarburos por medio de mecanismos de cooperación y programas de educación. Seguidamente, se analiza la composición del punible.

a. CONDUCTAS

Contaminar: es alterar, dañar alguna sustancia o sus efectos la pureza o el estado de alguna cosa, contaminar los alimentos, las aguas, el aire, los organismos. Conducta que se da bajo las circunstancias modales de explorar, explotar o extraer.

Explorar: es reconocer, registrar, inquirir o averiguar con diligencia una cosa o un lugar.

Explotar: consiste en sacar provecho de algo. Es extraer de las minas la riqueza que contienen.

Extraer: es sacar, poner una cosa fuera de donde estaba contenida.

Esta modalidad culposa de contaminación ambiental indica que habría responsabilidad penal en los eventos de violación al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, cinfió en poder evitarlo, tal como lo señala el artículo 23 de la Ley 599 de 2000.

Valga la pena reflexionar si el derecho penal cumple una verdadera función preventiva, o si sólo estaría cumpliendo una eficacia simbólica. La ley penal conmina a la generalidad de los destinatarios para invitarlos a no cometer delitos, y previene la consecuencia punitiva en el evento de realizarlos, pero ¿será el derecho penal y sus sistema de sanciones el más adecuado para proteger los recursos naturales y el medio ambiente, cuando existen otras posibilidades del ordenamiento jurídico para proteger ese interés, como el derecho administrativo y sanciones inherentes a él? La conclusión a la que llegan varios autores es que el derecho penal no es el mecanismo correcto para prevenir y evitar los daños a los recursos naturales y el medio ambiente{52}.

En similar sentido piensa Rodas Monsalve {53}: considera en efecto que “Es el derecho penal la respuesta más nociva y violenta del control social, por ello ha de reducirse su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general”.

b. OBJETO MATERIAL

La conducta culposa de contaminación va a recaer en las aguas, el suelo, el subsuelo o la atmósfera.

7. DELITO DE EXPERIMENTACIÓN ILEGAL

EN ESPECIES ANIMALES O VEGETALES

Artículo. 334. Modificado Ley 890 de 2004, artículo 14. El que, sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente, realice experimentos, introduzca o propague especies animales, vegetales, hidrobiológicas o agentes biológicos o bioquímicos que pongan en peligro la salud o la existencia de las especies, o alteren la población animal o vegetal, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

a. CONDUCTAS

Experimentar: es probar y examinar prácticamente la virtud y propiedades de una cosa. En las ciencias fisicoquímicas y naturales, hacer operaciones destinadas a descubrir, comprobar o demostrar determinados fenómenos o principios científicos.

Introducir: es como ya se había referido, meter o hacer entrar una cosa en otra.

Propagar: se define como el multiplicar por generación u otra vía de reproducción. Significa también extender, dilatar o aumentar una cosa.

La conducta se puede presentar en aquellos casos en que el agente rehúsa conseguir el permiso de la autoridad competente para experimentar en especies animales o vegetales. Por el contrario toda experimentación que se haga con el permiso correspondiente será atípica. Podrían presentarse situaciones de error como causa generadora de no responsabilidad penal cuando el sujeto realice las conductas descritas sin saber que para el efecto requería permiso de autoridad competente. En el mismo sentido se

debe excluir el error en el evento de incumplir la normatividad existente, pues en tal evento el sujeto activo del comportamiento sabe de la existencia de unas normas que regulan la experimentación o la propagación de especies animales o vegetales, y aún así las desconoce y realiza cualquiera de las conductas delictivas.

b. OBJETO MATERIAL

Las conductas pueden recaer sobre las especies que se afectan en su salud o en su existencia. También la población animal o vegetal.

8. DELITO DE PESCA ILEGAL

Artículo. 335. Modificado Ley 890 de 2004, artículo 14. El que pesque en zona prohibida, o con explosivos, sustancia venenosa, o deseque cuerpos de agua con propósitos pesqueros, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

a. CONDUCTAS

Pescar: es el aprovechamiento de cualquiera de los recursos hidrológicos o de sus productos mediante captura, extracción o recolección. Dentro de las actividades relacionadas con la pesca se encuentra el procesamiento, envase y comercialización de recursos hidrobiológicos, de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 2811 de

1974{54}. Asimismo, la normatividad en comento refiere que la pesca puede ser comercial, artesanal, industrial, de subsistencia, científica, deportiva, de control y de fomento, según la finalidad de la actividad{55}.

Desecar: del latín desiccare. Es secar, extraer la humedad.

El tipo penal enuncia algunas circunstancias modales que son las que van a determinar la tipicidad del comportamiento, tales como “zona prohibida”, “con explosivos”, o “sustancia venenosa”, que de no presentarse darán lugar a la atipicidad del comportamiento. No se descartan situaciones de error en el caso de pescar en zona prohibida, cuando la persona no conociere la calificación de prohibida del sitio donde realice la pesca. En los demás eventos se dará la conducta dolosa, dado que quien pesca con explosivos (el hombre medio) sabe que esa es una forma reprochable de ejercer la actividad; lo mismo quien lo hace con sustancias venenosas, excepto si no sabe que la sustancia utilizada es venenosa.

Se trata de un tipo penal subsidiario, ya que si la conducta se acomoda a otro tipo penal castigado con pena mayor se aplicará aquél y no éste.

b. OBJETO MATERIAL

Es el ecosistema compuesto por el recurso piscícola que se ve afectado por la forma o las sustancias en que se realiza la pesca.

9. DELITO DE CAZA ILEGAL

Artículo. 336. Modificado Ley 890 de 2004, artículo 14. El que sin permiso de autoridad competente o infringiendo normas existentes, excediere el número de piezas

permitidas, o cazare en época de veda, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

a. CONDUCTAS

Exceder: es propasarse, ir más allá de lo lícito o razonable.

Cazar: es todo acto dirigido a la captura de animales silvestres, ya sea ocasionándoles la muerte, mutilándolos o atrapándolos vivos, y la recolección de sus productos, en virtud de lo descrito en el Código de Recursos Naturales{56}. De tal forma, consiste en buscar o seguir a las aves, fieras y otras muchas clases de animales para cobrarlos o matarlos. En estos eventos el intérprete de la norma tendrá que observar con detenimiento si la persona estaba en condiciones de examinar, medir o contar el número de piezas cazadas, porque no es descartable el evento en el que a pesar de saber o conocer la normatividad existente se hace imposible determinar la cantidad o el número de piezas cazadas, circunstancia que descartaría la responsabilidad por un error de tipo al considerar que la conducta que realiza se encuentra autorizada en el número que cree no superar.

Al igual que en el tipo penal anterior, se aplica una subsidiaridad ya que si la conducta se acomoda a un tipo penal sancionado con pena mayor se excluye la aplicación de este tipo penal.

b. OBJETO MATERIAL

La conducta recae sobre las aves, las fieras y toda clase de animales.

10 DELITO DE INVASIÓN DE ÁREAS

DE ESPECIAL IMPORTANCIA ECOLÓGICA

Artículo. 337. Modificado Ley 89o de 2004, artículo 14. El que invada reserva forestal, resguardos o reservas indígenas, terrenos de propiedad colectiva de las comunidades negras, parque regional, área o ecosistema de interés estratégico o área protegida, definidos en la ley o reglamento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada en este artículo se aumentará hasta en una tercera parte cuando como consecuencia de la invasión, se afecten gravemente los componentes naturales que sirvieron de base para efectuar la calificación del territorio correspondiente, sin que la multa supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El que promueva, financie o dirija la invasión o se aproveche económicamente de ella, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ochenta (18o) meses y multa de doscientos (200) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

a. CONDUCTA

Invadir: es entrar por la fuerza en lugar o espacio geográfico. En este caso es un acto de desposesión de cualquiera de las categorías de áreas que menciona el tipo penal. Se excluirían por antijuricidad del comportamiento aquellos eventos en los que las personas deben huir de la violencia y para salvar sus vidas invaden una reserva forestal, por ejemplo.

b. OBJETO MATERIAL

La conducta se verifica sobre una reserva forestal, es decir la zona de propiedad pública o privada reservada para destinarla exclusivamente al establecimiento o mantenimiento y utilización racional de áreas forestales productoras, protectoras o productoras-protectoras. Igualmente, la conducta recae sobre los resguardos o reservas indígenas, esto es los lugares destinados de modo exclusivo para uso de los indígenas. También se concreta la conducta cuando recae sobre terrenos de propiedad colectiva de comunidades negras, sobre parque regional, área o ecosistema de interés estratégico o área protegida, definidos en la ley o reglamento.

La pena tiene como circunstancia de agravación, cuando a consecuencia de la invasión se afecten gravemente los componentes naturales, que es el otro tipo material, que sirvieron de base para calificar el territorio correspondiente. Asimismo, se describe una pena independiente para el sujeto (s) agente (s) que promueva, facilite los medios económicos o dirija la invasión, o tome provecho de la misma, sanción punitiva que es superior a las determinadas en los incisos primero y segundo del artículo 337.

11. DELITO DE EXPLOTACIÓN ILÍCITA DE

YACIMIENTO MINERO Y OTROS MATERIALES

Artículo. 338. Modificado Ley 890 de 2004, artículo 14. El que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes..

a. CONDUCTA

Explotar: consiste en sacar provecho de algo. Es extraer de las minas la riqueza que contienen.

Explorar: es reconocer, registrar, inquirir o averiguar con diligencia una cosa o un lugar.

Extraer: es sacar, poner una cosa fuera de donde estaba contenida. A diferencia del Código Penal de 1980, en la Ley 599 de 2000 se consagraron tres verbos rectores con los que se prevén todas las hipótesis posibles de realización.

Al respecto, se encuentra que igualmente la Carta Magna impone el deber a la población indígena de “velar por la preservación de los recursos naturales”{57} como presupuesto de participación de las decisiones que los puedan afectar, toda vez que –para el sub examine– se tiene que uno de los yacimientos mineros de continua explotación es el municipio de Manaure{58}. Equivalentemente, ha expuesto el máximo tribunal constitucional:

Como puede apreciarse, la Carta impone a las comunidades indígenas la obligación de velar por la preservación de los

recursos naturales existentes en sus territorios y, correlativamente, prescribe que en las decisiones que otras autoridades adopten respecto de la explotación de los mismos, se “propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”. Es decir, del texto de la Constitución emana con claridad el derecho especial de participación en la adopción de este tipo de decisiones{59}.

En concordancia con lo analizado, se reitera que el ingrediente normativo de la conducta punible, cual es “sin permiso de la autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente”, ya que el accionar en su sentido simple es de naturaleza lícita dentro de los presupuestos de las leyes y decretos que las reglamentan. Por consiguiente, nuevamente se debe hacer remisión a estatutos extrapenales, como es el caso de la Ley 773 de 2002, “por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y Salinas de Zipaquirá”, recursos natural minero y objeto de protección por parte del estatuto punitivo.

b. OBJETO MATERIAL

En últimas las conductas recaen sobre los recursos naturales y el medio ambiente; pero propiamente se verían afectados el yacimiento minero, las canteras de arena y los ríos.

12. MODALIDAD CULPOSA

Artículo. 339. Las penas previstas en los artículos 331 y 332 de éste Código se disminuirán hasta en la mitad cuando las conductas punibles se realicen culposamente.

Como ya nos referimos concretamente a cada una de esas conductas, sólo adicionamos un comentario en torno a la modalidad culposa que prevé este artículo. La referencia es directamente al artículo 23 de la Ley 599 de 2000, en el que se regula la culpa por manera que en el supuesto de Daños en los recursos naturales podrá sancionarse la conducta a título de culpa cuando se destruyan, inutilicen o hagan desaparecer recursos naturales por haberse violado el deber objetivo de cuidado, porque, por ejemplo, el agente estaba en la obligación de conocer la normatividad existente, por tratarse de persona familiarizada con el medio como geólogos, agrónomos, ingenieros ambientales, agricultores, empresas relacionadas con esos renglones de la economía, etc.; o cuando el agente confió imprudentemente en no ser necesaria su observancia. No se descarta que estas conductas en la modalidad dolosa, e inclusive culposa, se puedan presentar con la participación de funcionarios o autoridades administrativas que autoricen una actividad contaminante del medio ambiente como el aire o el agua. Por ejemplo, cuando funcionarios administrativos autoricen, sin la debida diligencia reglamentaria, permisos o licencias ambientales para realizar determinada actividad industrial –valga decir un relleno sanitario– que pudiere llegar a contaminar el ambiente. Caso en el cual el administrado quedaría exento de responsabilidad penal, ya por vía de error, o bien por atipicidad del comportamiento, toda vez que quien actúa conforme a la normatividad existente, no obra en rebeldía hacia el derecho. Habría que considerar igualmente otros eventos de concurso de conductas punibles, como cuando el particular paga u ofrece dinero u otra utilidad al servidor público para obtener un permiso de explotación de una mina de acero, explotación de la que se desprenden graves daños al medio ambiente, evento en el que estaríamos frente a los tipos penales de “cohecho” y al descrito en el artículo 338.

CONSIDERACION FINAL

La delimitación en derecho penal entre un bien jurídico y otro aparece en ciertos momentos como algo arbitrario en donde se pueden llegar a confundir las propias finalidades del legislador al incluir determinado comportamiento dentro de un título del Código que quizá a los ojos de cualquier operador aparece más ajustado y lógico si se hubiese colocado en otro título. Es lo ocurrido con el artículo 164 del Código Penal de 2000, denominado “Destrucción del medio ambiente”, tipo penal que hace parte del título 11, “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”.

Podría entenderse que este tipo penal debió hacer parte del título relacionado con “los recursos naturales y el medio ambiente”, teniendo en cuenta que la conducta en él descrita tiende a evitar que se causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente, por lo que pudiera pensarse que inclusive este debía ser el tipo básico del título mencionado. Sin embargo, consideramos que el propósito del legislador de 2000 es acertado teniendo en cuenta que el medio ambiente se ha constituido en las sociedades modernas en un valor de protección universal y supremo del cual se ocupan no solo los ordenamientos jurídicos internos, sino también y preponderadamente el derecho internacional a través de tratados y convenios de ese orden, para el caso el derecho internacional humanitario es un conjunto normativo de carácter supraestatal, cuyo objeto y fin es humanizar los conflictos armados mediante el establecimiento de reglas para la conducción de las hostilidades y para la protección de las víctimas de la guerra.

En este orden de ideas, entendemos también que otros delitos relacionados estrechamente con los recursos naturales y el medio ambiente, por ejemplo, el Incendio, que no pertenece al título que comentamos, sino al bien jurídico “Seguridad pública”, analizado en otro segmento de este libro; como allí lo refiere el autor de esa temática, el delito de incendio cuando se realiza contra bienes de “interés ecológico”, por especialidad se aplica el inciso tercero del artículo 350, pues la forma descrita en el artículo 331,

“Daños a los recursos naturales”, es una forma genérica del comportamiento{60}.

Finalmente, se podrá concluir que la aproximación al bien jurídico “Recursos naturales y medio ambiente”, debe abordarse desde una órbita de preferencia constitucional, teniendo en cuenta las múltiples referencias que la Carta Política hace al medio ambiente y su afán por la protección de un bien jurídico de carácter universal.

BIBLIOGRAFÍA

Bustos Ramírez, Juan. Manual de derecho penal. Parte general. ppu. Barcelona, 1994.

Bustos Ramírez, Juan. Manual de derecho penal. Parte especial. Ariel. Barcelona, 1991.

cancino Moreno, Antonio, claudia López Díaz et. al. Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1979.

De la cuesta Aguado, Paz M. La prueba en el delito ecológico. Tecnos. Madrid, 1995.

Libster, Mauricio H. Delitos ecológicos. Depalma. Buenos Aires, 2000.

Patiño Posee, Miguel. Derecho ambiental colombiano. Legis. Bogotá, 1999.

Ramírez Bastidas, Yesid. El derecho ambiental. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 1998.

Reyes Echandía, Alfonso. Derecho penal. Temis. Bogotá, 199o.

sampedro Arrubla, Camilo . “Responsabilidad penal de la persona jurídica por daños al medio ambiente”. En: Responsabilidad por daños al medio ambiente. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2000.

sampedro Arrubla, Camilo . “Consideraciones político-criminales en torno al derecho penal ambiental”. En Justicia ambiental. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

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

HEMEROGRAFÍA

Amaya, Oscar Darío. Guía de la especialización en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia.

Barbosa Castillo, Gerardo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau . Bien jurídico y derechos fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, i996.

Costanza, R. et al. (1997) The value of the world’s ecosystem services and natural capital. Nature, 387: 253-260.

De la Mata Barranco, Norberto . “Derecho comunitario y derecho estatal en la tutela penal del ambiente”. En: Revista electrónica de ciencia Penal y criminología. recpc , 2 de abril de 2000.

Rodas, Julio César . “Delitos contra el medio ambiente”. En: Derecho Penal y Criminología. n.° 59. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Suiza. Green Facts. “Consenso Científico sobre el Cambio Climático”. www.green- facts.org.es

Velásquez Velásquez, Fernando . “La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho colombiano”. En: Derecho Penal y Criminología. n^ 63. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Vercher Noguera, Antonio. “La evolución del delito contra el medio ambiente a través de la jurisprudencia”. En: Revista Derecho y Medio Ambiente. vol. 11, n^ 8. Octubre / diciembre 2001.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-171 de 1994. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia C-221 de 1997. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero .

Sentencia C-843 de 1999. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C-620 de 2003. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia C-245 de 2004. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia C-150 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araújo Rentería .

Corte Suprema de Justicia

Sentencia del 2 de septiembre de 2000. Radicado: 15659. Magistrado Ponente: Carlos E. Mejía Escobar .

Sentencia del i^ de junio de 2006. Radicado: 21877. Magistrada Ponente: Marina Pulido de Barón.

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA

Acción Popular n^ 01-479. 25 de agosto de 2004. Accionantes: Gustavo Moya Angel y otros; Accionados: Empresa de Energía de Bogotá y otros. Magistrada Ponente:

NELLY YOLANDA VILLAMIZAR DE PEÑARANDA.

ANTONIO JOSÉ CANCINO

Delitos contra la administración pública

CAPÍTULO PRIMERO

DEL PECULADO

I . PECULADO

A . EXPLICACIÓN DEL TÉRMINO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO BIEN JURÍDICO

Se debe poner de manifiesto que los delitos tratados en este título son considerados por el legislador como violatorios del bien jurídico de la administración pública. Desde ahora sostenemos, por ser de gran importancia, que, según nuestro modo de entender, es muy difícil que exista un tipo penal que quebrante un solo bien jurídico; por ello decimos que el legislador escogió la administración pública, pero ello no quiere decir que no se quebrante, por ejemplo, el bien patrimonial.

Lo que acontece es que el bien patrimonial no tiene exactamente la calidad de sujeto pasivo del delito, sino el de perjudicado.

En el campo administrativo, el concepto se relaciona con la actividad del Estado para la consecución de sus fines. Es así como –agrega– se ha considerado la actividad de la administración pública equivalente a la de gobierno.

En esa línea se encuentran quienes limitan el concepto a una parte de la actividad estatal y arriban al concepto, si se quiere subsidiario, de que la administración consiste en la actividad del Estado que no es legislación ni justicia. Pero todas esas nociones son empíricas, por lo que, incluso dentro de la corriente de opinión más recibida en derecho administrativo, se comprueba su rechazo y, junto a él, la

afirmación de que nadie considera ya que esa actividad existe solo en el poder administrador, puesto que se percibe su expansión en los otros poderes, tanto en el legislativo, como en el jurisdiccional.

Es por eso por lo que, ya dentro del terreno administrativo, se descubren modernamente conceptuaciones de latitud indudable, las que llegan a considerar lisa y llanamente que la administración es una actividad funcional del Estado. "Esa actividad funcional del Estado, del municipio y de los entes públicos, y ello la hace enfocable a los efectos de la respectiva tutela, sea desde el punto de vista objetivo, atinente en esencia al cumplimiento intrínseco de los fines del Estado, sea desde el punto de vista extrínseco, inherente a la preservación de su prestigio, actitud a la que están obligados los funcionarios (o servidores del Estado) por el deber de corrección, y los particulares por el deber de respeto".

Empero, en una conceptuación más atinada, puede decirse que en el delito de peculado propiamente dicho el objeto jurídico de la tutela penal es el interés del Estado en la probidad y corrección del funcionario (o servidor público) y el interés de la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública (?).

El artículo 123 de la Constitución Nacional dispone que "son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios [...] los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

Por su parte el Código Penal, siguiendo el mandato constitucional, dice en su artículo 20 que "para todos efectos de la ley penal son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"; "para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en

forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”{61}.

Francisco José Ferreira dice “que se entiende por administración pública toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquías en todos sus órganos”{62}.

Hemos sostenido con énfasis que los títulos y capítulos de un Código Penal, en verdad, no solamente tienen una finalidad ordenadora por razón del bien jurídico dogmáticamente protegido, ya que toda figura delictiva necesariamente hace relación a una pluralidad de bienes y por ello, en ocasiones, aunque en principio sea verdad, ella es dogmática y relativa, porque todo delito, se refiere necesariamente a una pluralidad de bienes, y entre ellos el legislador trata de escoger uno: muchas veces con caprichoso proceder, otras con acertado criterio.

Lo anterior puede servir para anunciar que es nuestra posición doctrinal la de que no existe concurso ideal por el número de bienes jurídicos que se quebranten, porque, así, siempre existiría ese fenómeno cualquiera que fuese la infracción (por ejemplo, en la concusión se viola el bien jurídico de la administración, pero en veces, y más directamente, se menoscaba la propiedad, o la libertad).

II . PECULADO POR APROPIACIÓN

El peculado por apropiación está definido por el artículo 397 que dispone:

El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones

en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena será de cuatro (4) a diez (Io) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

El peculado por apropiación equivale a comportarse respecto al bien uti dominis, es decir, ejerciendo sobre él actos de dominio incompatibles con el título que justifica la tenencia; con intención de no devolverlos, según Arenas{63}, puede que se tenga esa intención pero no se logre el propósito mencionado por cualquier razón; en este evento se presenta un problema probatorio, y podría pensarse que estamos en presencia de un peculado por uso indebido.

La disposición emplea el término “en provecho suyo o de un tercero”, lo que significa que la intención de lucro debe demostrarse aunque no se produzca efectivamente, como en el caso del individuo que esconde lo apropiado y es descubierto sin que se haya efectivamente lucrado.

El texto de la norma dice: “administración, tenencia o custodia”: parece que hubiese bastado el empleo del término administrar, porque quienes custodian o tienen, por razón de su cargo, en el fondo “administran”; lo que ocurre es que pueden hacerlo materialmente o por disponibilidad jurídica.

La norma también emplea la expresión en provecho suyo o de un tercero, lo que indica que es requisito indispensable para el proceso de adecuación típica que el sujeto activo establezca que el bien objeto de la apropiación ha permitido la real disponibilidad de la misma, pero sin que sea preciso que la real apropiación se agote. Es decir que para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aun sin el enriquecimiento del delincuente, ya que, por un lado, basta la posibilidad de disponer, por parte del sindicado, de los bienes apropiados, sin que se exija el goce o disfrute, que puede no llegar a ocurrir, y por el otro, las normas sobre peculado tienen como finalidad la protección de la administración pública o asimilada a pública, es decir, del interés del Estado relativo a la organización, al regular funcionamiento y al decoro de los órganos públicos, y no se descarta, desde luego, el que no se presente el daño patrimonial en particular.

Indudablemente, como lo dice Hungría , peculado consumado, sin daño efectivo, es tan absurdo como decir que puede haber humo sin fuego, o sombra sin cuerpo que lo proyecte, o tejado sin paredes o puntales de sustentación.

Nótese que no es necesario el contacto físico, ya que se puede dar la simple actividad desarrollada por quien tiene la disponibilidad jurídica.

Es necesario, además, que el servidor público o sujeto activo posea la administración, custodia o tenencia “en razón de sus funciones”. En la llamada Comisión Asesora Final, Giraldo Marín fue insistente defensor de mantener la descripción de las diversas formas de ejercer las funciones, como que, según él, el término administrar no solucionaba los problemas que se presentan cuando se provee, guarda, paga, recauda, imputa, recibe, emplea, invierte, etc. Federico Estrada Vélez consideró que el sólo empleo del

término “administrar” era suficiente para todos los efectos de la norma{64}.

Vásquez Abad afirma que administrar es gramaticalmente “gobernar, regir, cuidar, y, dentro de la acepción etimológica, cabe comprender todo lo que esté bajo cuidado o custodia de alguno”{65}.

Administrar no significa un acto material exclusivamente, sino también un acto de contenido jurídico; y definir si un empleado administra, vale tanto como clasificar la naturaleza del acto conforme a la ley, juicio exclusivo del juez, no de las partes, ha dicho la Corte Suprema de Justicia. De todas formas, en el Código Penal actual se utilizan los términos custodiar y cuidar. Creemos, con Estrada Vélez , que “administrar” comprende igualmente el “guardar” y el “Custodiar”, y esa administración puede ejercerla el funcionario materialmente, desplegando su conducta directamente sobre el objeto material, como ocurre con un pagador o recaudador, o de manera inmaterial, indirecta, pero con disponibilidad jurídica administrativa, como acontece con el ordenador.

A . EXPLICACIÓN DEL TÉRMINO SERVIDOR PÚBLICO

La Constitución Nacional en el artículo 123 dispone que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

En el Código Penal, artículo 20, los servidores públicos están definidos en la siguiente forma:

Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos, se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional{66}.

B . FUNCIONARIOS DE DERECHO, DE HECHO Y USURPADORES

Uno de los aspectos más interesantes que se presentan en el estudio del sujeto activo del delito de peculado es el relativo a si los llamados funcionarios o empleados de hecho, pueden ser sujetos activos de la figura. Se trata, en verdad, de aquellos casos en que personas sin título o con título irregular ejercen funciones públicas como si fueran verdaderos funcionarios. Desde el punto de vista administrativo, la teoría del funcionario empleado de hecho tiene como objeto principal el decidir sobre la validez de sus actos, asignándose, en general, cierto valor para los mismos, frente a terceros afectados por tales actos.

Creemos, con la mayoría de la doctrina, que la mencionada irregularidad puede llegar a tener importancia en el campo del derecho administrativo pero no en la esfera del derecho penal, ya que para éste es suficiente el efectivo desempeño de una función pública, al tiempo que carece de toda importancia lo relativo a la designación del funcionario por

presunta invalidez o nulidad del acto. Por lo anterior, es dable predicar que el funcionario de hecho es empleado oficial para los efectos penales de que aquí se trata y que, en verdad, incurre en el delito de peculado cuando se den los restantes requisitos.

Muy diferente es la posición de quien, con inexistencia absoluta y total del título, y usurpando un derecho, asume la función. En tal evento no nos encontramos frente a un empleado oficial, ni siquiera “de hecho”, sino que estamos en presencia de un claro “usurpador”, y nunca podría ser responsabilizado por delitos que exigen una calidad o condición que nunca han tenido. Incluso puede decirse que respondería por un delito de usurpación de funciones públicas en concurso con el delito contra la propiedad, según sea el caso.

El Consejo de Estado estableció muy claramente la diferencia entre funcionario de hecho, de derecho y usurpador en los siguientes términos:

Los funcionarios de derecho son aquellos que desempeñan su función. Es lógico que los actos ejecutados por tales funcionarios son actos válidos y sus efectos no pueden ser puestos en duda, desde luego que ostentan regularmente la calidad que les da la investidura que tienen.

Los funcionarios de hecho son aquellos que desempeñan un cargo, pero en virtud de una investidura irregular. La irregularidad puede ser defecto en su origen o causa, como cuando se nombra a un empleado que no tiene las calidades que exige la ley (caso en el cual el nombramiento tiene que invalidarse), o cuando, habiéndose otorgado inicialmente con regularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue, sin embargo, ejerciendo sus funciones, bien por ministerio de la ley, o bien por circunstancias de hecho no previstas en las leyes. Los actos de estos funcionarios son también válidos.

Los usurpadores son los que ocupan un cargo sin investidura. Sus actos son inexistentes, puesto que su origen es delictuoso{67}.

Bernal Pinzón , sobre el particular, anota:

... en cuanto a la situación del usurpador de funciones públicas en relación con esta especie de delitos, tenemos que repetir, con Riccio, que el 'usurpador' no es jamás un funcionario público; y, por tanto, no puede ser ni sujeto activo del delito propio, ni sujeto pasivo del delito contra la administración pública.

Esto es claro -agrega el mencionado tratadista- ya que el usurpador carece hasta de un simple título putativo, que es lo menos que puede exigirse para que la persona que ejerce la función pública pueda adquirir la condición de funcionario y consiguientemente pueda ser sujeto activo de este tipo de delitos.

En la usurpación -continúa Riccio- hay contraste y divergencia entre el ejercicio de la función y la voluntad de la administración pública; en el ejercicio de hecho hay convergencia con la voluntad de la administración pública, la cual, tolerando o callando, acepta{68}.

Rodríguez Devesa sostiene:

... en este ámbito más reducido surge ya el problema de los llamados funcionarios "de hecho", sea porque carecen de cualificaciones necesarias para serlo, o bien por haberlas obtenido fraudulentamente. Han de diferenciarse dos

hipótesis, pues puede darse el caso de que por razón de las circunstancias un particular asuma de propia iniciativa una función pública [...] o bien puede ocurrir que, por un error de la administración, provocado o no por el que recibe el nombramiento, sea designado como funcionario una persona que carezca de las condiciones, como títulos académicos, edad, etc., exigidas por la ley para el desempeño del cargo.

En la primera hipótesis entiendo que el particular no queda, por el mero hecho de asumir una función pública, equiparado a los funcionarios. La ley lo ha considerado también así, y en los supuestos en que pretende imponer una sanción lo ha hecho constar taxativamente [...] De distinta manera en el caso de nombramiento de una persona para el desempeño de una función pública sin reunir las cualificaciones necesarias. Podrá haber entonces una responsabilidad criminal para quien lo nombró indebidamente, y para quien obtuvo el nombramiento ilegal si se valió de falsedades punibles; pero el acto realizado, mientras, no se ponga fin a la anómala situación, tiene, a los efectos penales, el carácter de acto realizado por un funcionario público en cuanto reúne las dos únicas condiciones que se requieren para ello, a saber: el nombramiento por autoridad competente, y efectiva participación en el ejercicio de funciones públicas.

En estos últimos supuestos el funcionario recibe, en tanto que no se anule el nombramiento, la misma protección que si fuera legítimo, y contrae iguales responsabilidades por delitos específicos de los funcionarios o aquellos en que la calidad de tal determina la imposición de una pena más grave{69}.

El tratadista argentino CARRERA dice:

...los deberes en el ejercicio de la función son independientes de las formalidades del cargo. El abuso funcional se da aun sin el cumplimiento de ellas; por la misma razón corresponde declarar peculador a quien ejerce funciones públicas sin tener las condiciones personales que la ley reclama para el cargo, mediante nombramiento de autoridad competente [...] la ley penal protege a esta (la función) con independencia de las consecuencias de otro orden que la falta de calidades del agente pueda originar.

El “usurpador” -continúa- no tiene a su cargo un deber legalmente establecido, por cuanto su calidad es una sola apariencia. En consecuencia, el usurpador no puede ser sujeto activo de peculado...{70}.

Dentro del mismo orden de ideas, se presenta el problema de quien actúa sin competencia. Carrera considera que cuando esto acontece, es decir, cuando se produce el caso de la mera incompetencia, dado el presupuesto condicionante del peculado (relación funcional con los bienes) y dentro de ese presupuesto, a su vez, de la razón de su cargo, es allí donde corresponde tratar si se produce o no la exclusión de ella. No obstante, dentro del tema del sujeto activo procede adelantar que cuando no se da el supuesto de invasión de funciones (funcionario usurpador), sino que se trata de un funcionario que solo extiende su competencia, es posible el peculado.

El autor, en el mencionado supuesto, no ejerce la función por medio de un delito. Es decir, su relación con los bienes no la adquiere por una delincuencia previa. La calidad de funcionario con manejo de bienes ya la tiene; lo único que hace es extender sus atribuciones.

Esta tesis parece la correcta, ya que no existe en verdad usurpación, sino extralimitación, para la cual se requiere ser empleado oficial, mientras que el usurpador es un particular.

Nuestra Corte Suprema de Justicia precisamente ha dicho:

Los límites territoriales de la función (para poner un ejemplo de incompetencia) son factores objetivos que señalan el ámbito geográfico dentro del cual puede ejercerse de acuerdo con su naturaleza, y que quien la ejerce fuera de ellos está procediendo abusivamente, como lo hace el que ejecuta actos que no le competen (subrayamos) por haber sido atribuidos a otras autoridades. Pero fuera de esos límites, el funcionario conserva su investidura de tal y, aunque sus actos puedan ser afectados de irregularidad y aun de nulidad, de todos modos es un agente del Estado y representa la administración pública{71}.

También es pertinente agregar que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “el permiso no implica sustitución en el ejercicio del cargo, ni envuelve pérdida de la investidura ni de la capacidad funcionar”. Dijo la Corte, en efecto:

El funcionario judicial, es cierto, no está obligado a ejercer las actividades inherentes al cargo mientras disfruta de permiso remunerado; pero ello no significa que no pueda realizarlas, puesto que el permiso, que no implica sustitución en el ejercicio del cargo, no envuelve pérdida de la investidura ni de la capacidad funcional{72}.

Si el empleado oficial se encuentra, no en permiso remunerado, sino en licencia con reemplazo, pierde, mientras esta dure, su capacidad funcional, de tal suerte que si la ejerce será un usurpador.

C. EL TÉRMINO “ EN RAZÓN DE SUS FUNCIONES”

La costumbre no crea funciones públicas en el derecho penal colombiano.

Esta circunstancia modal del tipo y a la vez elemento normativo, en viejos tiempos no ocasionaba mayores problemas de interpretación. Se decía, en este orden de ideas, que para que el delito de peculado se tipificara plenamente era menester el que el sujeto activo administrara el objeto material en razón de sus funciones claramente consignadas por la ley. La costumbre, el hábito, no podían tenerse como fuente concreta de funcionabilidad concreta.

A partir del de la vigencia del Código Penal de 1936 la Corte varió su tradicional postura, y es por ello por lo que los tratadistas y jurisconsultos hoy en día afirman que "la expresión estricta se ha controvertido, como que debe entenderse como una competencia funcional, rigurosamente legal o reglamentaria (por ejemplo: si se tiene dinero por un funcionario, debido a la razón de competencia funcional, atribuido por la ley o un decreto, como el caso de los tesoreros). En sentido lato, como se inclina a considerarlo la opinión actualmente pacífica en la jurisprudencia italiana, 'razón del cargo' significa toda posesión que tenga su origen en la función pública ejercitada por el sujeto. Soler advierte que será preciso que el funcionario desempeñe el cargo en alguna de sus calidades que el derecho administrativo contempla, en virtud de disposición legal o de forma de nombramiento, y será preciso que el cargo, dentro de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, lleve la custodia de los bienes malversados.

Personalmente considero que, si existe norma que faculte a un superior para asignar válidamente funciones a otro, ello no significa que quien asigna pueda modificar la filosofía de esa funcionalidad y desnaturalizarla o desviarla. Siempre habrá esas posibilidades de extensión, pero, por una parte, la fuente es la misma ley que autoriza, y no el caprichoso conformismo, y, por la otra, esa autorización está limitada por un principio de respeto hacia la original naturaleza de la función{73}.

D. EL ABUSO DEL CARGO O DE LA FUNCIÓN

En el delito de peculado que se analiza y en el anterior Código Penal era necesario que el sujeto activo realizara la conducta con abuso de sus funciones específicas. Este era uno de los factores que servía para diferenciar el peculado del delito de concusión. En el actual Código Penal se habla ya del abuso del cargo o de la función, lo cual adquiere mucha importancia porque la modalidad del delito se amplía considerablemente, ya que no es lo mismo que un sujeto activo realice la conducta de apropiarse en razón de sus funciones específicas o que lo haga abusando de su cargo, lo que indiscutiblemente puede tener muchas alternativas de conductas ilícitas. El agente, pues, puede no abusar de su funcionalidad pero sí abusar de su posición o cargo para apropiarse.

E. LAS INSTITUCIONES EN QUE TIENE PARTE EL ESTADO

Pudiera pensarse, a simple vista, que es suficiente la participación estatal mínima en alguna empresa para que el mal uso o la apropiación de bienes pertenecientes a ésta cambie de naturaleza, si el responsable fuera de los empleados encargados de la administración, custodia o guarda. La expresión “en que tenga parte el Estado” debe referirse, no a las situaciones en que la administración otorga un mero auxilio económico a determinada empresa, sino a aquellas en que conserva cierto interés dirigente, corriente bien, sea la empresa o institución de apariencia privada, bien sea semioficial, siempre que preste un servicio público{74}.

El propio RODRÍGUEZ nos dice:

... “en que tenga parte el Estado” se refiere a instituciones o empresas de derecho privado con las cuales comparte el patrimonio económico, mediante acciones, aportes, auxilios, etc., como también a entidades semioficiales o descentralizadas. Aunque dejamos constancia de que ni la doctrina ni la jurisprudencia están acordes con la interpretación del alcance de dicha expresión, llegando a sostenerse que esa participación estatal no se refiere, o no se circunscribe, al mero interés económico, sino que hace referencia, únicamente o además, al interés de dirección con el cual participe el Estado en tales empresas, y agrega que la empresa puede ser de derecho privado o semioficial pero interés estatal, en tales casos no puede ser exclusivamente de dirección empresarial, si esa dirección no cuenta con un aporte económico, proveniente del Estado. Lo fundamental para que se dé el peculado, en tales casos, es la existencia de tal participación económica, pues es elemento estructural y esencial del delito que los bienes materia de la malversación sean públicos, total o parcialmente.

Debe resaltarse que no basta que los bienes pertenezcan a instituciones en que el Estado tenga parte, sino que es necesario que el sujeto activo sea “servidor oficial” en los términos del artículo 20 del Código Penal y, además, que dentro de sus funciones se encuentren las de administración, tenencia o custodia.

F . OBJETO MATERIAL

Cierto es que el término bienes es el más aconsejable. Anteriormente se realizaba una enumeración, que tenía el inconveniente de permitir que los intérpretes, en algunas ocasiones, consideraran que los objetos no enumerados implicaban fenómenos de atipicidad. Por otra parte, el término bienes cobija los efectos, caudales, rentas, réditos, créditos, etc. Cobija tanto a los bienes muebles como a los inmuebles, a los corporales e incorporales, fungibles e infungibles; en fin, sirve para denominar todas las cosas con

significación económica, sean públicas o privadas, que administre el servidor público.

Se puede, pues, realizar el delito sobre los dineros que el Estado recibe por concepto de impuestos, por ejemplo, que son bienes públicos, o sobre una cantidad de dineros que pertenecen a los particulares, pero que el funcionario, en un momento determinado, administre en razón de sus funciones.

Sobre el momento en que los bienes adquieren la categoría de públicos, el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid Rodríguez Devesa manifiesta:

... el problema más agudo reside en determinar cuándo una cantidad o un objeto adquiere el carácter de causal o efecto público. Concretamente: si es necesario que ingrese de un modo formal en el inventario de los bienes públicos o basta con la destinación a ingresar en los fondos que tienen tal carácter. La jurisprudencia (se refiere obviamente a la española) se ha inclinado decididamente por la segunda solución, otorgando la cualidad de públicos a los impuestos recaudados y no ingresados o a las divisas no declaradas cuando había obligación de hacerlo [...] Me inclino por este punto de vista porque las personas jurídicas no pueden poseer si no es a través de personas físicas, las cuales, cuando reciben una cantidad u otra cosa con destino a la entidad a que pertenecen, no las reciben para sí, y no tienen la posesión, sino que son servidores de la posesión de otro, meros tenedores materiales de la cosa. Y, por otra parte, para que el dinero o efectos ingresen en un patrimonio ajeno no es preciso que materialmente tengan entrada de un modo tangible en un lugar determinado. De modo que el que paga los impuestos a un funcionario designado para recaudarlos queda liberado desde ese momento, aunque el funcionario no dé a la cantidad curso legal.{75}.

En la legislación colombiana la situación puede plantearse en los siguientes términos.

Por una parte, lo importante no es que el bien sea público o privado, sino que lo administre el empleado oficial por razón de sus funciones.

Los bienes públicos o privados entran a ser objeto de administración por el funcionario o empleado oficial sin que sea necesario que se produzca un ingreso formalmente perfecto; basta, pues, que el funcionario los reciba en calidad de tal y tenga dentro de sus funciones las de administrarlos o custodiarlos.

Los bienes pueden ser de particulares, pero siempre y cuando el sujeto activo cualificado esté encargado de administrarlos, tenerlos o custodiarlos, y se le haya confiado por razón de sus funciones; por ejemplo, un funcionario judicial puede recibir dineros de particulares para efectos de la cancelación de una obligación.

El estatuto anticorrupción (Ley 190 de 1995) dispuso que los particulares que administran bienes parafiscales tienen la calidad de servidores públicos. Estos particulares adquieren dicha calidad no solo por la procedencia de los fondos sino por el objeto y suerte de los mismos.

Juan Camilo Retrepo define los bienes parafiscales como los pagos que deben hacer los usuarios de ciertos organismos públicos o semipúblicos para asegurar el financiamiento de estas entidades de manera autónoma. Se menciona como ejemplo más común las cotizaciones a la seguridad social o ciertos pagos a organismos beneficiarios de estas tasas.

Estos ingresos se establecen en beneficio de organismos privados o públicos, pero no encargados de la prestación de servicios públicos propiamente dichos;

un buen ejemplo de un ingreso parafiscal en Colombia es la llamada retención cafetera que deben pagar los particulares exportadores del grano. El sistema y método para definir tales cobros y la forma de hacer su reparto debe ser fijado mediante ley, ordenanza o acuerdo (art. 338 C. N.){76}.

III. PECULADO POR USO

Dice el artículo 398 del Código Penal:

... quien indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno a cuatro años e inhabilitación para ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

De acuerdo con esta norma, la conducta consiste en la utilización del bien, sin derecho alguno que lo autorice a ello. Quien usa indebidamente se puede decir que se porta, en principio, como señor y dueño, pero tiene la intención, el propósito claro de devolver o reintegrar el bien indebidamente utilizado. Es necesario que el uso sea indebido. Si el uso es correcto o lícito no existirá posibilidad de adecuación típica, y, además, menester es que se haga con fines privados del sujeto activo o del tercero, ya que si la utilización es oficial se podría hablar de peculado por destinación oficial diferente.

Por regla general, los bienes que tiene el empleado oficial dentro de su funcionalidad administrativa deben ser usados o utilizados en algo o para algo, especialmente si son públicos (ya que con los privados solo ocurre excepcionalmente). De tal suerte que si la norma no empleara el ingrediente normativo “indebidamente”, quedaría aparentemente sancionada una conducta de por sí ilícita.

Si la diferencia básica entre esta forma delictuosa y la de peculado por apropiación radica en que en el uso existe el propósito de regresar o reintegrar el bien, es decir, de imprimirle una razonable temporalidad al comportamiento ilícito, la distinción para efectos prácticos entre bienes fungibles y bienes no fungibles carece de trascendental importancia. Se dice que los bienes fungibles no pueden ser

objeto de uso indebido, porque su uso implica la imposibilidad de devolverlos ya que se consumen o agotan con el uso.

A pesar de que el dinero se considere como bien fungible en otras materias, las consecuencias en el campo del uso para los efectos del delito de peculado no se dan, pues el caso típico o más representativo del peculado por uso se presenta precisamente con el préstamo indebido de los dineros del Estado. Lo importante es que se establezca que existió el propósito claro de devolverlos. Cuando se dice que debe haber claridad en el propósito hacemos referencia al hecho de que el funcionario judicial deberá contar con claros elementos de prueba que permitan hacer la diferencia, y no puede conformarse con una afirmación no respaldada, según la cual se pensaba regresar el bien; tampoco puede tratarse de una devolución condicionada: por ejemplo, a que se devolvería el bien en el momento de recibir una herencia.

Anteriormente la figura se refería expresamente a la utilización de trabajo o servicio oficiales, pero en realidad dichos conceptos encajan dentro del significado amplio de bien.

Debemos advertir que uno de los factores interpretativos más importantes es el que hace referencia a la inocuidad de la conducta, y cabalmente este delito, desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, permite una fácil adecuación de muchas conductas que en la realidad no alcanzan a menoscabar la recta administración pública, y es por ello por lo que las llamaríamos inocuas; por ejemplo, hace uso indebido el servidor público que presta un instrumento de trabajo, como el computador, a un tercero, o emplea dicho elemento en alguna forma indebida. En apariencia podría hablarse de la existencia del delito, pero realmente la conducta no alcanza a menoscabar el objeto jurídico que se quiere amparar debidamente con la disposición.

IV. PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE

El artículo 399 del Código Penal dispone:

El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferentes de aquellas a que están destinados o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno a tres años, multa de diez a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

No todos los tratadistas han estado de acuerdo con la conveniencia de sancionar penalmente esta conducta. Rodríguez sostiene, por ejemplo, que “en Colombia se sancionan punitivamente peculados que representan desórdenes presupuestales cuya presencia le es imputable en medida principal a la propia desorganización administrativa y al desorden financiero, por ausencia o ineficacia del control”; sin embargo, no quiere demeritar el valor correccional y educativo de la tipificación delictual{77}.

En cambio Diego Vicente Tejera , refiriéndose a la antigua legislación cubana, artículo 404 del Código vigente en 1924, asevera que el hecho de este artículo solo consiste en emplear algo de la propiedad del Estado o de las otras entidades públicas similares para un fin distinto del que estaba llamado a llenar; es una irregularidad administrativa con la cual no se lucra el agente activo, y que, si bien algunas veces es perjudicial al bien social, otras veces le es muy provechosa; se puede decir, entonces, que si entendemos que la malversación de caudales públicos es la apropiación, el delito que describe el artículo 404 no es malversación de caudales públicos.

Luis Carlos Pérez , en cambio, sostiene que “variar la destinación de los fondos, cuando el Congreso, las

asambleas, los concejos municipales y las juntas directivas de los organismos públicos descentralizados han hecho previsiones distintas, con arreglo a sus atribuciones, implica un serio trastorno por indebida injerencia de una rama del poder en la otra.

La Corte Suprema de Justicia ha dicho:

Las necesidades del servicio público deben satisfacerse con estricta observancia de la Constitución y de las leyes. De ninguna manera es admisible invocar tales necesidades como pretexto para cometer hechos punibles. El fin no justifica los medios. El concepto de servidor público no limita, menoscaba ni disminuye el código de las penas; entre otras cosas, porque la recta administración de justicia penal es el primero y más importante de todos los servicios públicos{78}.

Por el concepto que últimamente hemos tenido del derecho penal como factor residual para la solución de conflictos, es decir, interpretando correctamente el principio de la ultima ratio, hoy en día cambiamos el concepto que con anterioridad teníamos, y aseveramos que, si bien es cierto que la conducta es injurídica, su tipificación como delito nos parece exagerada, y bien podría dársele un trato contravencional.

De todas formas, Arroyabe afirma que era necesario "reprimir el abuso muy extendido de los funcionarios encargados de los caudales u otros objetos de trasladar las partidas de los presupuestos burlando las leyes de destinación y cometiendo verdaderas arbitrariedades que desorganizan los servicios públicos"{79}.

Nos atrevemos a pensar que el solo acto jurídico-administrativo arbitrario de ordenar y perfeccionar contablemente el traslado no es suficiente para que el delito se realice plenamente.

En primer lugar, resulta muy importante aclarar que existe una diferencia formal y material obvia entre los términos “destinar “y “aplicar”. Destinar significa ordenar, señalar o determinar una cosa para algún fin o efecto; aplicar significa emplear una cosa para mejor conseguir un determinado fin; adjudicar bienes.

Quiere decir lo anterior que la destinación oficial de bienes en forma diferente a la prevista no se estructura plenamente como conducta humana cuando el empleado oficial realiza el acto en forma jurídica o contable por razón del cual un determinado bien deja de pertenecer a un renglón presupuestal para pasar a otro, de tal modo que cuando lo anterior ocurre podríamos hablar de imperfección del delito. Quede claro que cambiamos de posición, ya que sostuvimos lo contrario en pasada oportunidad, y nuestro cambio obedece a que la reversión de la conducta contable es posible sin que se haya estructurado daño alguno, mientras que, si efectivamente se ha realizado el gasto, la cuestión es diferente.

Bernal Pinzón también afirma que “el momento consumativo no coincide con la simple imputación presupuestal; sino que es necesaria la inversión de los caudales”{80}.

A. COMPROMETER SUMAS SUPERIORES A LAS FIJADAS EN EL PRESUPUESTO

Puede ocurrir, y en efecto ocurre, que el empleado oficial, también de manera arbitraria, realice contratos u operaciones en los que realmente no se producirá un cambio de destino de los bienes del Estado, sino que se comprometerán sumas o cantidades que sobrepasan la correspondiente asignación presupuestal. Veamos un ejemplo: el Ministerio de Obras, para la construcción de una importante carretera, ha hecho una reserva presupuestal millonaria, y esa es la suma que mediante los trámites administrativos pertinentes se asigna para la realización de la obra. Pero, el funcionario con la correspondiente

capacidad de contratación realiza un contrato con una constructora por la suma correspondiente al doble de la primera, comprometiendo así una suma superior a la fijada presupuestalmente.

Como se puede establecer, esta modalidad no fue exactamente la aprobada por los miembros de las diversas comisiones. En el proyecto de ley 012 de 1978, el artículo correspondiente hablaba de gastar sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, y ese mismo término, ésto es, gastar fue el que presentó la Comisión Asesora final a consideración del Ejecutivo que ejercía facultades extraordinarias.

Misteriosamente, y como en muchas otras ocasiones ha ocurrido, sin fundamentación conocida ese término fue sustituido en la redacción definitiva del nuevo estatuto represivo por el de comprometer. Y en el nuevo Código, es decir el actualmente en vigencia, subsistió el error.

El término comprometer es demasiado amplio y puede dar lugar a que se consideren delictuosas conductas que en este caso sí no merecen tal tratamiento.

Hasta donde llegan nuestras investigaciones, los miembros de la comisión redactora deseaban que quedara contemplado el caso en el que realmente no había un cambio de destino sino que, aun dentro del mismo renglón presupuestal, se invertía, aplicaba o gastaba más de lo que estaba presupuestado. Pero, como es fácil deducirlo, el Gobierno, bien por una equivocación, como muchas de las que caracterizan el alegre manejo de cuestiones legislativas, o porque en verdad existieron razonadas fundamentaciones, se apartó del concepto de los asesores y redactó la norma en la forma en que ahora se nos presenta.

Debe entenderse que incurre en el delito el servidor público que compromete al Estado a cancelar sumas que no podía legalmente pagar, por no haber sido “previamente presupuestadas” en la cantidad objeto de la particular negociación.

La conducta del servidor público puede traer como consecuencia que no se pueda realizar el pago

oportunamente, y así el Estado incurriría en incumplimiento del contrato.

Dicho lo anterior, debemos anotar que ese compromiso debe ser serio y trascendente jurídicamente, puesto que si se trata de un compromiso informal sin posibilidad de hacerse valer en el ámbito jurídico estaríamos en presencia de una conducta inocua, que no alcanza a permitir la adecuación típica correspondiente.

Así como en la modalidad anteriormente estudiada se debe establecer que existía una destinación oficial determinada para los fondos o bienes, en esta modalidad, que se refiere a comprometer valores superiores, se debe demostrar que existía una reserva presupuestal, también determinada, para poder establecer así que efectivamente el compromiso superó la cifra o valor.

B. INVERTIR O UTILIZAR EN FORMA NO PREVISTA EN EL PRESUPUESTO

El artículo 345 de la Constitución Nacional dispone:

En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos.

Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales o por los concejos distritales o municipales, ni transferir crédito alguno a objeto no previsto en el respectivo presupuesto.

En el proyecto de ley 012 de 1978, el presidente de la comisión advirtió que con la norma se buscaba sancionar a quienes “invertían los bienes públicos en obras de interés social pero que no figuran en el plan presupuestal”. El sujeto activo, pues, “invierte o utiliza” los bienes de manera que no estaba ni siquiera prevista en el plan de desarrollo del presupuesto. En la aplicación oficial diferente y en el compromiso de sumas superiores a las fijadas el gasto o la utilización se realizan para obras, fines o destinos previstos en el plan presupuestal, aunque con claro quebrantamiento de las normas que disciplinan la inversión, bien por el desvío, bien por el exceso de gasto. En este último caso se hace en relación con algo que ni siquiera estaba previsto como objeto de atención por parte de la administración pública.

Es casi imposible que se presente el caso sin que a la vez se produzca un cambio de destino, pues el gasto siempre se hará con menoscabo de algún renglón presupuestal previsto; pero como sí puede darse el evento, así sea excepcionalmente, el legislador quiso cerrarle el paso a una posible impunidad (el que afirmemos lo anterior a título explicativo no significa que dejemos de pensar en el principio de la ultima ratio).

Con la redacción del estatuto vigente hasta 1981, esta conducta no podía sancionarse al menos como peculado, y es por ello por lo que el tratadista Muñoz Rubio anotaba que no existiendo imputación específica de los caudales o efectos la determinación de la preferencia en la inversión quedaba al arbitrio del funcionario (obviamente se refería a la disposición equivalente del Código Penal panameño).

V. PECULADO CULPOSO

Ordena el artículo 400 del Código Penal:

El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirán en prisión de uno (I) a tres (I) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

Anteriormente se agregaba la expresión “o [dé lugar] a que otra persona se apropie de ellos”, lo cual consideramos acertado, ya que en verdad lo que el legislador pretendió fue que el objeto material se extravíe, pierda o dañe sin que sea necesario que un tercero cometa otro delito, tal y como por mucho tiempo lo consignó la Corte Suprema de Justicia{81}.

La Corte, en providencia de fecha 12 de junio de 1980, sostuvo:

... el peculado culposo ocurre, no solamente cuando los caudales o efectos se pierden, sino también cuando se extravían, luego, si esto último ocurre, el delito se consuma, así las cosas extraviadas lleguen a ser más tarde recuperadas.

Perder y extraviar una cosa no son, en efecto, voces sinónimas; de la primera dice el diccionario de la Academia Española de la Lengua que significa dejar de tener, o no hallar uno la cosa que poseía, en tanto que respecto de la segunda señala que consiste en hacer perder el camino, y también en poner una cosa en otro lugar que el que debía ocupar, que es, para el asunto concreto de que se trata, la definición que más se aviene a la naturaleza del delito culposo (se trataba de un juez que puso algunas armas cuya custodia le había sido encomendada, por razón de sus funciones, en manos de un tercero ajeno al juzgado, y que

se encontraban extraviadas en el momento de la investigación).

En el anterior Código y en el actual se agregó el término “dañar”, que de acuerdo con su definición gramatical significa causar detrimento, perjuicio, menoscabo; maltratar o echar a perder una cosa.

Para la interpretación del delito que nos ocupa, hay daño cuando el bien sufre la destrucción, la inutilización, el deterioro o menoscabo que le quite o le disminuya su valor de cambio o de uso, siempre y cuando ese resultado sea el producto de actividad culposa de parte del servidor público que se encuentre encargado de administrarlo o custodiarlo.

Nos parece que la conducta tiene una desmesurada amplitud y puede tipificarse tanto respecto de los más insignificantes comportamientos nocivos para los bienes jurídicamente tutelados como de otros de gran trascendencia.

Si el encargado de una sofisticada máquina informática que sea empleado oficial y a quien por razón de sus funciones le corresponde su utilización, por negligencia, imprudencia o impericia permite que sobre el aparato se derrame un líquido y aquel se pierda completamente, es significativo el daño para la administración pública y su funcionalidad se ve menoscabada, como que su reemplazo es difícil y de gran valor.

El empleado oficial que por razón de sus funciones tiene a su disposición un vehículo oficial y conduciendo imprudentemente lo colisiona y le produce algunos daños, incurre igualmente en el delito de que se trata.

Un empleado oficial, sin tener conocimientos sobre la materia, trata de arreglar una máquina de escribir que tiene algún leve daño en su mecanismo y por impericia daña completamente el instrumento; en este caso, como en los anteriores, existe pérdida por culpa. A menos que el funcionario encargado del proceso estudie el problema de la

inocuidad, deben ser, a pesar de su diferencia analizados en la misma forma.

De igual manera, nos parece exagerado el haber sancionado el simple extravío. ¿Qué ocurrrirá en el caso de que un servidor público que tiene un título valor de alguna significación a favor de la nación, por descuido, lo deje olvidado en lugar determinado, lo extravíe, pero a las pocas horas o días aparezca? El delito en principio se estructura o perfecciona desde el momento en que se produjo el extravío, y, por la forma como está redactada la norma, la posterior aparición indica que no puede obrar en grado tal que haga desaparecer el delito, pues no se explicaría la diferencia de las conductas que empleó el legislador: perder y extraviar.

Si ese documento aparece antes de que se entere la autoridad, ¿se debe iniciar la investigación?

Parece que no hay razón sólida para decir que no, con lo cual se demuestra que realmente existió un exceso de severidad de parte del legislador, que ha debido dejar al conocimiento de las autoridades administrativas esa infracción.

Cierto es que la Corte, por otra parte, ha sostenido que en algunos casos la pluralidad de labores del empleado oficial le lleva a depositar la confianza en sus subalternos, y que, por ejemplo, la labor principal de un juez o fiscal no es la de cuidar o asegurar las cauciones, sino la de realizar actos jurisdiccionales, y que “para desempeñar esa función, sin perjuicio de la diligencia y cuidado que se le infunde, tiene a fortiori que proceder con el concurso de sus empleados subalternos y depositar en ellos la confianza”{82}.

Y no menos cierto es que también ha sostenido que “no es susceptible que se pretenda justificar la culpa del funcionario por negligencia o descuido afirmando que en cumplimiento de otros deberes se obró con diligencia y cuidado. En ambas ocurrencias la responsabilidad es la misma, y el empleado debe proceder en todos los casos de manera que no otorgue preferencia a algunas de sus funciones descuidando otras, porque cuando el descuido da ocasión a que se extravíen o pierdan dineros o efectos que estén bajo su cuidado o administración el incumplimiento de

estas obligaciones pueden llevar a un proceso penal de la índole del que motiva esta providencia”{83}.

VI. CIRCUNSTANCIAS DE ATENUACIÓN PUNITIVA

Dice el artículo 401 del C. P. (circunstancias de atenuación punitiva):

Si antes de iniciarse la investigación, el agente por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo dañado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá en la mitad.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente disminuir la pena en una cuarta parte.

Existen dos puntos de trascendental importancia que debemos comentar en este momento. El primero de ellos se refiere a una modificación de carácter legislativo en la que pocos se han dado cuenta de lo ocurrido, pero que tiene una gran trascendencia. En el Código anterior, más exactamente en el artículo 139, también se hablaba de circunstancias de atenuación punitiva y se hacían rebajas en los mismos momentos procesales, pero se decía que la pena se disminuirá “hasta” tres cuartas partes, la mitad y una cuarta parte. Con lo anterior, se daba al funcionario judicial la posibilidad de graduar la rebaja en cada caso de acuerdo con todas las circunstancias e incidentes que influyen en la

tipificación y en la personalidad del sindicado. En el Código actual, el término “hasta” se suprimió, de tal manera que el funcionario judicial necesariamente debe disminuir la pena en la mitad, en una tercera parte y en una cuarta parte, y solamente en este último caso, es decir cuando el reintegro fuere parcial, tiene alguna posibilidad de tener en cuenta los valores precitados; sin embargo, aunque se habla de “proporcionalmente”, y al haberse suprimido la expresión “hasta”, la disminución es fija y el término proporcionalmente resulta letra muerta.

La Corte Suprema de Justicia{84} en casación del 29 de mayo de 2002, radicación 16441, M. P.: Fernando E. Arboleda Ripoll , sostuvo:

En suma, para que opere el descuento previsto en el inciso tercero del artículo 139 del C.P. se requiere el cumplimiento de dos presupuestos:

1. Que exista reintegro parcial, debiéndose entender por tal el que reviste alguna significación patrimonial frente al valor de los bienes apropiados, perdidos o extraviados; y,

2. Que la naturaleza y modalidades del hecho punible, el grado de culpabilidad, las circunstancias de atenuación o agravación, y la personalidad del sujeto agente, recomienden su aplicación.

La posición de la Corte ha perdido su vigencia, y, como lo advertimos, la rebaja en los casos de reintegro parcial debe ser de una cuarta parte en todos los casos, porque el legislador suprimió el exigir que se tuvieran en cuenta los factores de que trata la Corte.

Por otra parte, para algunos autores que interpretan exegéticamente la ley, las circunstancias de atenuación

positiva constituyen un estatuto personal y no real, de tal suerte que debe ser el sujeto activo quien personalmente realice la reparación, la devolución de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor. Otros, a nuestro modo de ver con mejor criterio, sostienen que nos encontramos frente a un estatuto real, y que puede devolver el objeto del peculado un tercero sin que intervenga para nada el sujeto activo.

Para sostener lo anterior, debemos tener en cuenta que la norma dice “o por tercera persona”, de tal suerte que se abre un campo lógico para nuestra anterior afirmación. Por otro aspecto, en ninguna parte emplea el legislador una expresión que dé lugar a la primera de las interpretaciones, y al tomar el camino de la exégesis para la explicación de la norma se haría muy difícil para el Estado la posible recuperación de los bienes, cuando por cualquier circunstancia no los reintegra voluntariamente el sujeto activo. La práctica nos enseña que puede existir un familiar, un amigo o un tercero que realice el pago o restitución en nombre del sindicado sin intervención alguna del sujeto agente, por cualquier razón.

VII. OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

El artículo 402 dispone:

El agente retenedor o auto retenedor que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración o retención en la fuente o quien encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas, no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigente.

En la misma sanción incurrirá el responsable del impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas.

Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus correspondientes intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento penal que se hubiere iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar.

Estamos frente a un nuevo tipo de delito, que también ha recibido el nombre de “peculado”.

El sujeto activo de este delito es el agente retenedor o autorretenedor. Se trata de una cualificación que a la vez está considerada con un elemento normativo que tiene que interpretarse a la luz de las normas tributarias. Ese agente retenedor o autorretenedor debe consignar las sumas correspondientes dentro de los dos meses siguientes a los que el Gobierno Nacional haya fijado como límite para presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente.

También incurrirá en delito quien, encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas, no las consigne dentro del término legal, lo que significa que estamos frente a la

hipótesis de un tipo penal en blanco con relación al momento cognoscitivo del delito, como que son normas tributarias y pueden variar continuamente el término legal de consignación.

Este tipo penal convierte al particular en retenedor o autorretenedor, lo que significa que a la postre viene a desempeñar una función pública que consiste en recibir dinero con destino al presupuesto nacional o en administrarlo. Desde el momento en que el retenedor o autorretenedor liquida y recibe esas sumas, inmediatamente entra en custodia de ellas y, en consecuencia, es ilícita la disposición de las mismas en provecho personal o de un tercero.

Está sometido a la misma sanción quien en el mismo lapso, es decir, en el término de los dos meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas, siempre y cuando tenga la obligación legal de verificar dicha retención.

En el inciso tercero de esta disposición se advierte que, tratándose de sociedades u otras entidades, incurrirán en las penas las personas naturales que legalmente sean las encargadas del cumplimiento de las obligaciones. Como lo que importa es obtener mecanismos conducentes para el efectivo pago de los impuestos a las ventas, y el efectivo recaudo de tasas y contribuciones públicas, se crea la posibilidad de hacer el correspondiente pago, caso en el cual quedará beneficiado el responsable por una resolución inhibitoria si no se ha iniciado investigación penal; por preclusión de la investigación en caso de que exista la instrucción o por cesación del procedimiento.

Podemos decir que, desde el punto de vista teórico, la consecuencia que se deriva del pago no conlleva, como en los casos de peculado corriente, una rebaja de pena, sino una causal de impunidad, ya que el sujeto activo queda exento de sanción; pero aquí es necesario que se paguen los intereses establecidos en el Estatuto Tributario y normas legales respectivas, cuestión que no exige el legislador en tratándose de otros peculados, en los que la consecuencia es la simple rebaja.

También, advierte la norma que independientemente se pueden imponer las sanciones administrativas correspondientes a que hubiese lugar, consecuencia que habrá de tener lugar por la vía tributaria, pues realizado el pago de los impuestos en el proceso penal la Fiscalía, si es del caso, pierde la competencia.

Pensamos que, aunque el delito de omisión del agente retenedor o recaudador se encuentra redactado con posterioridad al peculado culposo, esta figura también se puede dar para este caso, pues se dan todos los requisitos legales que la ley exige.

Suele ocurrir que la justicia administrativa hace las observaciones por incumplimiento a la persona responsable y ésta inmediatamente procede a realizar la cancelación y a ponerse al día con el Gobierno Nacional; en estos casos, existiendo, como en efecto existe, una solución definitiva al problema, los encargados de la situación tributaria no compulsarán copias a la justicia penal para que ésta dicte una providencia inhibitoria, como que claramente carecería de objeto, pues en verdad existe una cuestión previa de procesabilidad, y, habiéndose cumplido, no es necesaria la participación penal.

VIII. DESTINO DE RECURSOS DEL TESORO PARA EL ESTÍMULO O BENEFICIO INDEBIDO DE EXPLOTADORES Y COMERCIANTES DE METALES PRECIOSOS

El artículo 403 del C. P. establece:

El servidor público que destine recursos del tesoro para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona a los explotadores y comerciantes de metales preciosos con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso, incurrirá en prisión de

dos (2) a cinco (5) años, en multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

En la misma pena incurrirá el que reciba con el mismo propósito los recursos del tesoro, a favor de municipios distintos del productor.

Así, pues, la norma se refiere al servidor público que utiliza recursos públicos, directa o indirectamente, para lograr que quien explota y comercia con metales preciosos le manifieste la procedencia u origen de los mismos, lo cual en principio describe un comportamiento que aparentemente es legal pero que podría encajar en un peculado por apropiación indebida en provecho propio o de un tercero; creemos entender que lo que pretende el legislador es sancionar el comportamiento del sujeto activo y obviamente del pasivo para que informen sobre la procedencia de los minerales que están siendo comercializados por fuera de las normas estatales vigentes, o, lo que es lo mismo, si se está haciendo una explotación ilegal que quiere descubrirse, de tal forma que el declarar el origen o procedencia, por sí solo, no constituiría delito alguno o constituiría otra clase de infracción si no se hace con una finalidad claramente ilícita, que parece ser la de que el servidor público conozca la fuente de producción para obtener un delictuoso provecho.

Otra cuestión que podría pensarse es que se estatuyó en delito el hacer pagos no debidos para obtener una especie de delación o confesión de parte de ese tercero.

En el inciso segundo se produce lo que en el fondo vendría a llamarse la recepción de dineros para confesar un delito, pues en verdad el explotador ilícito da un informe acerca del lugar en el que obtuvo los metales preciosos y recibe, fuera de ello, una utilidad; también se sanciona con la misma pena a quien declara la producción de metales preciosos, pero a favor de municipios diferentes al verdadero productor.

Dispositivos penales quebrantan abiertamente el principio de legalidad, y esto debido a que el legislador penal transcribe disposiciones administrativas y las convierte en criminales sin técnica de ninguna naturaleza, sancionando inconvenientemente lo que en principio parece como justo, y le corresponde al intérprete hacer especiales esfuerzos interpretativos para remendar lo estatuido.

No habrá objeción alguna en este caso; también, afirmemos que las dos normas precitadas merecen ser objeto de una demanda de inconstitucionalidad.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LA CONCUSIÓN

El artículo 404 del Código Penal dispone:

El servidor público que abusando del cargo o de las funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de cincuenta a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

En este delito, como en otros contra la administración pública, para su tipificación es necesario que el sujeto activo realice su conducta con abuso de sus funciones específicas o cuando abusa del cargo, simplemente, aunque no esté abusando de la funcionalidad concreta.

El dignificado jurídico y la importancia de estas dos expresiones encuentran una plena explicación en las palabras del proponente Cárdenas (en la Comisión

Redactora del Código Penal de 1936) cuando afirmó: “el artículo se dice cargo o función”; porque puede suceder que el abuso cometido por el funcionario no sea en ejercicio de las funciones que le son adscritas por le ley, sino que el abuso se refiera únicamente al cargo de que está investido: v. gr., el alcalde que obliga a un ciudadano a que le entregue víveres de su cosecha, o el mismo funcionario que, alegando su cargo, trate de eludir un pago del transporte de una empresa ferroviaria estatal o particular. Bernal asevera que “el abuso puede concretarse en actos o conductas que no entran en la competencia funcional del agente, pero que se concretan en un abuso de su calidad o condición. Por tanto, no es necesaria la competencia del funcionario para que se estructure el abuso, que es elemento del delito”: v. gr., Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior es por lo que nuestro más alto Tribunal de Justicia sostuvo que cuando se trata del delito de concusión su estructuración se produce, bien porque se abuse del cargo o investidura, o bien porque se abuse de las funciones propias, sin que sea necesario que el hecho ejecutado corresponda exactamente a la competencia funcional del agente del delito. La ley sanciona en este caso la indebida utilización de la preeminencia que entraña el cargo público y del poder intimidante que suscita su mal uso, para hacer a otro una exigencia a que no está obligado{85}.

Si una persona que ostenta un alto cargo, sin mencionar para nada esa condición o calidad, y sin abusar para nada de las atribuciones concretas inherentes a su cargo, esto es, obrando como particular, constriñe o induce a otra persona para que le dé o prometa dinero o cualquier utilidad indebida incurrirá, si se dan los restantes elementos, en un delito de extorsión, pero no en comportamiento en contra de la administración pública, así el particular haya obrado por temor a la calidad o condición no invocadas ni esgrimidas, directa o indirectamente, por el sujeto agente.

El servidor público debe tener la calidad de tal en el momento de la realización de la conducta, pero como la disposición habla del abuso, no solo de las funciones sino también del cargo, el delito se realiza aun cuando el sujeto se encuentre en uso de licencia remunerada o sin remunerar, en vacaciones, comisiones o similar situación, como que en tales eventos no existe pérdida del empleo o

cargo, sino suspensión temporal de la capacidad para el ejercicio de las funciones propias.

I. FALTA DE COMPETENCIA

Se presentan casos en los que el sujeto activo realiza la conducta “sin tener la competencia correspondiente” para realizarla. En este evento podrá predicarse que existió irregularidad, ineficacia o nulidad de la actuación, pero ese vicio procedimental no es suficiente para que pueda afirmarse que el sujeto no fue concusionador, porque por lo menos abusó de su cargo, y se extralimitó en el ejercicio de sus funciones.

La Corte Suprema de Justicia, en un caso de conducta tildada de nula o ineficaz, realizadas por el sujeto activo, dijo:

... fuera de los límites, el funcionario conserva su investidura de tal y, aunque sus actos pueden ser afectados de irregularidad y aun de nulidad, de todos modos es un agente del Estado y representa la administración pública [...] La concusión es, ante todo, un delito contra la administración pública y viola los deberes que el funcionario tiene en relación con la misma, quien utiliza la función o el cargo en detrimento de los particulares.

Para que se produzca el daño al bien jurídico tutelado no se requiere, es menester repetirlo, que el funcionario obre dentro de los límites territoriales de su jurisdicción, pues bien puede estar fuera de ella, en tanto que aparezca como representante de la autoridad{86}.

II. OBJETO MATERIAL

Para muchos autores, entre ellos Soler y Ramos Mejía , el delito de concusión está constituido por cosas dotadas de valor económico{87}. No pensamos así, porque la conducta del sujeto es la de constreñir, inducir o solicitar, y se dirige o tiene por objeto material a “una persona”, lo cual, obviamente, nos permite concluir que el objeto material es personal.

Aparentemente la distinción no tiene mayor importancia, pero si analizamos la conducta a la luz de las teorías de la tentativa imposible se pondrá de relieve su real trascendencia; en el delito de concusión lo que importa es que exista la persona constreñida, inducida o a quien se le solicite, así no existan los bienes que se obtienen o prometen entregar.

III. LA CONDUCTA

En el delito de concusión se utilizan varios verbos rectores, de los que hemos hablado: “constreñir, inducir y solicitar”.

La explicación de los comportamientos delictivos “constreñir” e “inducir”, que se habían utilizado tradicionalmente, para su interpretación y diferenciación, no había presentado inconvenientes, pero al agregar el legislador el término “solicitar” la cuestión se complica un poco.

El término “constreñir” significa tanto como obligar, empujar por fuerza a alguno a que haga una cosa. No es necesario que se trate de una coacción absoluta: basta que el sujeto activo sea puesto por el agente en condiciones de tener que adherir a la voluntad del servidor público para evitar un mal peor, aunque no se excluya para él la posibilidad de resistirla. De lo anterior se concluye que el constreñimiento puede ser verbal, real o simplemente simbólico. Puede consistir en simples palabras, actitudes,

posturas, etc. La ley no dice de qué modo se debe constreñir{88}.

La inducción es otra de las formas de comportamiento que consagra el legislador y que también se encontraba prevista en el anterior Código. Gramaticalmente, inducir equivale a instigar, mover y, más exactamente, “hacer incurrir a alguien en error, pecado, engaño, etc.”.

Antolisei sostiene que “el significado de la expresión inducir es más amplio que el constreñimiento, pues comprende todo comportamiento que tenga como resultado determinar al paciente a una cierta conducta. Opera sin duda el engaño, sea en la forma más grave de artificios y engaños, sea en la forma más simple de mentira, como en el caso del particular a quien se induce a pagar una sobretasa, porque el funcionario, contrariamente a la verdad, ha afirmado que es debida. También la exhortación y el consejo pueden bastar, con tal que en la aceptación haya influido la posición de superioridad del funcionario”{89}.

Ramos, siguiendo el pensamiento de Careara , dice que no siempre el sujeto activo se dirige a cara descubierta, pues son maneras demasiado groseras y, por lo mismo, de las más raras. El empleado venal no pide, sino que hace comprender que recibiría, no amenaza, sino que hace nacer el temor de su poder. Entonces el particular (tenga o no justa causa de temor) comprende y teme, y ofrece dinero. Y nace así, dice Ramos , la vieja fórmula de derecho romano, la llamada concusión implícita o fraudulenta, que se concreta en la receptación de lo indebido, a través de una forma de actuar de “inducir al sujeto”{90}°.

Para García Iturbe , “constreñir no es más que un modo especial de inducir a alguien, de modo que todo el que induce constriñe. Constreñir representa la violencia: inducir representa el engaño”{91}.

Estas afirmaciones cobran mayor fuerza en la actualidad, cuando el legislador elevó a la categoría de concusión el simple pedir o solicitar, aparentemente sin constreñir o engañar.

El proyecto de Código Penal que se presentó en el año de 1976 mantenía la tradicional figura de la concusión (art.

164), y en el inciso segundo de la disposición se aclaraba que si no mediaba constreñimiento o inducción, sino que se presentaba simple solicitud, la pena se disminuía de una tercera parte a la mitad.

El autor o autores de introducir la mera “solicitud” como forma de concusión, por la manera como estructuraron formalmente la disposición, bien en claro tuvieron que legislativamente no resultaba conveniente, ni justo, ni lógico, parificar o equiparar punitivamente las conductas. Pero en el proyecto de 1978 (art. 168) y en la Comisión Asesora Final (art. 158) la diferenciación que existía entre las modalidades de conducta desapareció y los “tres verbos rectores”, en igualdad de condiciones, se ubicaron en una misma y única disposición.

Pero ya, en una situación consolidada, no queda otro camino que el de aceptar la realidad jurídica y buscar los mecanismos interpretativos que faciliten la aplicación de la disposición.

PROMESA, DINERO O UTILIDAD

INDEBIDOS. CONTENIDO ECONÓMICO

Dice Soler que lo que se trata de obtener por el servidor público

... debe consistir en algo dotado de valor económico, sea directamente dinero o cosas de valor, sea porque constituya la liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto y que, en consecuencia, se debe descartar todo lo que solamente constituye una satisfacción estética, sentimental o sensual o puramente honorífica o una complacencia de vanidad.

Para Manzini , utilidad es “cualquier bien que represente un interés jurídicamente valuable” por el funcionario, cualquier ventaja para el patrimonio o para la personalidad, porque en este caso la ley no restringe, ni siquiera implícitamente, el sentido de utilidad a las ventajas exclusivamente patrimoniales. Son utilidad, por tanto, los regalos, las cosas, los préstamos, los descuentos, la prestación de fianzas o garantías, el uso gratuito de una habitación, el seguro de vida pagado por otro, las pensiones, empleos, licencias, etc.”{92}.

Nos parece más acertada la posición de Manzini , porque, en verdad, las restricciones a las que se refiere Soler , aunque en parte puedan ser pertinentes, en ocasiones cierran el campo de aplicación de la ley para los eventos en los que tratándose de cuestiones relativas más a la personalidad que al patrimonio, como son las distinciones honoríficas, también se producen provecho, y en veces, así sea indirectamente, pueden influir en el aspecto económico. Y lo anterior toma más fuerza si se tiene en cuenta que el legislador colombiano en ningún momento redujo el concepto de utilidad, provecho o ventaja a lo exclusivamente económico.

Si el empleado oficial, en este orden de ideas, solicita, con o sin constreñimiento, engaño, coacción, pero abusando de su cargo o de sus funciones, que se le ayude para el ingreso a determinada asociación, que se le conceda una condecoración, por ejemplo, aunque ello no implique aumento económico o patrimonial, el delito se estructura, siempre y cuando la ventaja o utilidad sea indebida. Y se reafirma la ilegitimidad y lo indebido de la ventaja, para no aparecer contradictorio con el punto relacionado con la inocuidad de que tantas veces hemos hablado.

CAP ÍTULO TERCERO

DEL COHECHO

I. COHECHO PROPIO

El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cinco (5) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

A . CONDUCTA

Consiste en recibir para sí o para un tercero, con lo cual el legislador trató de cerrar la posibilidad de que el sujeto activo no reciba directamente por sí y para sí, sino que lo haga para un tercero que posteriormente le hará o no entrega de lo ilícitamente obtenido. Puede ocurrir que el servidor público desee obtener ese provecho para su superior, para su pariente, para su amante, etc.

La conducta puede ser la de efectivamente recibir, o la menos grave de aceptar simplemente, una promesa de remuneración. No existe duda alguna que la primera produce efectos más nocivos que la segunda, pero en realidad se parifican o se igualan, ya que se trata de un delito en el que el bien jurídico principal lo es la recta funcionalidad de la administración y, dentro del mínimo y el máximo, puede hacerse la graduación de la pena, según sean los efectos de recibir efectivamente o el de aceptar una promesa.

Mucho se habla de que el cohecho es un contrato, o por lo menos un acuerdo o compromiso, de tal suerte que por ello se habla de un delito con sujeto plural, desde el punto de vista dogmático. Ello no es enteramente cierto, porque se puede presentar la hipótesis que la promesa no se cumpla, y el delito de todas formas se estructura porque basta la aceptación.

Por otra parte, la promesa puede ser fingida o falsa desde el comienzo. O puede tratarse de un delito provocado por la autoridad, caso en el cual podría hablarse de tentativa imposible, porque el sujeto realmente no recibe dinero o utilidad y no acepta promesa remuneratoria, en el mundo de la realidad. Se trata de unos comportamientos simulados, que no corresponden a la realidad que contiene la descripción de la norma. El sujeto cree que está vendiendo la administración, pero está siendo, en verdad, sujeto de un "entrampamiento", para referirnos al nombre que se ha dado a la provocación. Actualmente la doctrina internacional pretende que el delito se perfeccione, aun en estos casos. La doctrina y la jurisprudencia colombianas todavía no lo han hecho, al menos de manera generalizada.

Es importante recordar que, dentro de una recta interpretación, los elementos subjetivos del tipo no deben tener real ocurrencia para que se perfeccione la figura correspondiente. En este caso, la conducta se realiza "para" "retardar", "omitir"o "ejecutar" un acto contrario a los deberes oficiales, de tal suerte que no es necesario que se produzca el retardo, la omisión o la ejecución.

Peña Ossa dice que, "conforme al ingrediente subjetivo para retardar, omitir o ejecutar el acto, la conducta oficial debe ser futura". En efecto, agrega, "el servidor público recibe o acepta para retardar, omitir o ejecutar un acto, no por haberlo retardado, omitido o ejecutado". Sin embargo hay que precisar que lo que tiene que ser anterior a la conducta funcional es el pacto o acuerdo; la retribución puede ser posterior, dependiendo de que se realice uno u otro comportamiento alternativo: cuando se presenta la recepción de la utilidad, ésta necesariamente es anterior a la actividad acordada. Pedro –extanaeus– entrega a Juan –intraneus– una suma, y este, conforme al pacto que lógicamente se había producido, retarda un acto propio de su cargo. Cuando lo que se realiza es la aceptación de promesa remuneratoria, el cumplimiento de la promesa por parte del oferente puede venir -y generalmente así sucede- después de llevado a cabo el comportamiento funcional.

El servidor público no solo está obligado a regular su actividad conforme a las normas legales, sino también con sujeción a la dignidad, probidad e imparcialidad que el cargo le impone, y, en consecuencia, al realizar funciones

públicas no solo está regulado por las leyes y reglamentos, sino también por estas calidades que regulan la actividad del servidor estatal, lo que es aún más evidente con la expresión “deberes oficiales”, de los que hacen parte tales calidades.

Los deberes funcionales del cargo no son los específicos, sino también los genéricos. Actualizando un ejemplo de GÓMEZ MÉNDEZ al respecto, diremos que un si juez penal municipal, que ocasionalmente tiene en su despacho un proceso de competencia del tribunal o de un juez de circuito, recibe dinero para ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales, comete delito de cohecho, pues aun, cuando en sentido estricto no tenga competencia para conocer del caso, sí le corresponde tomar decisiones de tipo judicial.

Con mucho acierto Peña Ossa dice que, si las conductas descritas por la tipicidad en estudio son las de recibir el dinero u otra utilidad, o la de aceptar la promesa remuneratoria, para los fines indicados, la ejecución de una de esas conductas perfecciona el punible, con independencia de que el servidor público, cumpla o no con el retardo u omisión del acto propio del cargo, o con la ejecución del que sea contrario de sus deberes oficiales{93}.

El autor citado en esta última parte tiene toda la razón, por las mismas consideraciones que ya expusimos anteriormente, es decir, que el elemento subjetivo no necesariamente debe darse en el mundo de la realidad, sino que basta que esa haya sido la intención que tuvo al realizar el compromiso ilegal.

II. COHECHO IMPROPIO

El artículo 405 del C. P. dispone:

El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a siete (7) años, multa de cincuenta (50) a cien (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de treinta (30) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

En este caso el servidor público realiza un comportamiento acorde con el derecho propio de sus funciones, conforme a la ley; lo que ocurre es que, por realizar lo que la ley le permite o le exige, cobra una suma de dinero.

En esta clase de cohecho no es necesario que con antelación haya existido pacto alguno.

Con respecto a la competencia es indudable que el servidor público debe tenerla en toda su extensión.

Lo que realmente hace el servidor público es recibir dinero u otra utilidad, sin que sea necesario que tenga un propósito torcido. Por lo general, es el extraneus quien ofrece el dinero para asegurar que el acto de la administración le será de todas formas favorable, o para que se produzca en el menor tiempo posible, teniendo en cuenta que el funcionario, por razón del exceso de trabajo, en la mayoría de los casos no produce sus determinaciones en el tiempo fijado para ello: se le da entonces, por ejemplo, determinada suma de dinero para que en realidad lo haga.

Este cohecho ha sido llamado impropio, por lo que el acto implícitamente es legal, en contraposición a lo que dispone el artículo 405 del C. P. en donde el servidor público realiza un acto contrario a la ley.

Reta el inciso segundo del precitado artículo 142: “recibe dinero u otra utilidad porque tiene interés en asunto sometido a su conocimiento”, de tal manera que esta disposición se reduce a que el servidor público obtenga la utilidad, sin que sea necesario que se comprometa a tomar determinación favorable o desfavorable a cualquier persona, y por ello únicamente es necesario que el asunto esté sometido a su conocimiento.

La mayoría de los autores considera que el legislador quiso con esta disposición prohibir el que las relaciones entre el interesado y el acto administrativo carezca de todo elemento que pueda poner en sospecha o en duda la rectitud de la administración. Es un delito de muy difícil demostración ya que está ausente todo elemento subjetivo o finalidad específica.

Debemos hacer la advertencia que puede haber relaciones no necesariamente relacionadas con la administración pública entre el funcionario que tiene un asunto a su conocimiento y el interesado, y en las que el primero reciba la utilidad por razones completamente diferentes, como por ejemplo el pago de una deuda o un real préstamo, eventos perfectamente posibles.

En este caso no puede decirse que la conducta fue antijurídica, porque la presunción que lleva a estructurar este tipo penal desaparece con la demostración clara de que la motivación de la recepción del dinero o de la utilidad desaparece por completo; se trata, más que todo, de un aspecto probatorio.

Se ha sostenido que las invitaciones, los agasajos y otros actos similares son estructuradores de este ilícito, a lo cual se debe responder que la cuestión no es del todo fácil, pues, por encima de una severa exégesis, no debe olvidarse que, especialmente en zonas rurales, existen costumbres que podemos descalificar desde el escritorio, pero que ya han hecho carrera y son tenidas por aceptables.

III. DEL COHECHO POR DAR U OFRECER

El artículo 407 del C. P. está redactado en los siguientes términos:

Cohecho por dar u ofrecer. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

En la estructura típica de esta figura no existió variación alguna. El sujeto activo no está cualificado.

Puede ocurrir que el sujeto activo dé efectivamente dinero o utilidad al servidor público, o puede ser que meramente los ofrezca, de tal manera que, como lo dice la misma norma, se refiere tanto al cohecho propio como al impropio. Puede ocurrir que el servidor público no acepte que se le dé o se le prometa algo, motivo por el cual aseveramos que se trata de un tipo penal en el que puede actuar solamente el tercero, y el servidor público será entonces solamente espectador de la acción.

CAPÍTULO CUARTO

DE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

I. DE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

El artículo 408 del C. P. dispone:

El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Por una parte, necesario resulta, porque así lo dice la norma, que exista en el sujeto activo legal funcionalidad, es decir, que la conducta se verifique "en ejercicio de sus funciones", pues de lo contrario existiría un usurpador, que podría cometer otra clase de delito pero no este.

En el año de 1976 la Comisión Redactora aclaró lo que realmente se perseguía con la disposición, y es por ello por lo que en las actas correspondientes se lee:

Dada la especial importancia que en la vida moderna tiene la actividad estatal, que invade campos que antes estaban limitados a la iniciativa particular, y habida cuenta de que esa actividad se traduce en la prestación de servicios, previa la celebración de contratos, que en ocasiones demanda la inversión de grandes cantidades de dinero, se ha considerado que el derecho penal no puede ser indiferente con la actividad del empleado oficial que incumple fundamentales deberes en detrimento del interés colectivo. Así como otras ramas del Derecho se han ocupado de señalar pautas mínimas para el servidor público, el derecho penal debe ubicar dentro del elenco de conductas delictivas aquellos comportamientos del empleado que, al actuar en la celebración de contratos, viola unas pautas

mínimas pero esenciales, lesionando o por lo menos poniendo en peligro intereses pecuniarios del Estado y principalmente el prestigio, eficacia y buen nombre de la administración{94}.

De acuerdo con el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, se consagró que para efectos de la responsabilidad penal el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideraban particulares que cumplían funciones públicas y estaban sujetos a la misma responsabilidad que los servidores públicos. Nos parece que esta disposición se encuentra derogada, pues es muy claro que el nuevo Código Penal reguló todo lo concerniente a la contratación administrativa, a la responsabilidad, a los sujetos activos, a la punibilidad, etc., y como reguló integral y totalmente la materia, en materia penal, implícitamente, se entiende como derogada la precitada disposición.

De todas maneras, como lo anota Gómez Méndez :

Nos parece que la creación de esta norma era innecesaria, esto podía hacerse aplicando las normas generales de participación del Código Penal. Una extensión de la responsabilidad penal desde este punto de vista podría generar soluciones absurdas, y es que en verdad es necesario tener en cuenta que, de acuerdo con la Ley 599 de 2000, esto es, el nuevo Código Penal, dispone en su artículo 30 inciso tercero, 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.

Con esta disposición queda prácticamente solucionado el problema de interpretación, porque el particular que interviene en el contrato administrativo por lo general, no tiene las calidades esenciales exigidas para el cualificado servidor público. Mucho se ha discutido sobre el término “interviniente”, ya que la disposición habla de partícipes y

tiene como tales al cómplice y al determinador; aunque no es el momento propicio, consideramos como interviniente, precisamente, a las personas que son partícipes del hecho criminoso, y el precitado inciso tercero hace parte del fenómeno del determinador y el cómplice.

Querer imprimirle otra connotación jurídica al término interviniente puede ser una labor interesante, pero lo único cierto es que su ubicación normativa y la clase de partícipes que aparecen en el Código Penal necesariamente los lleva a tener la calidad de intervinientes. Esta es pues otra razón para estar de acuerdo con el autor mencionado y concluir, en consecuencia, que al artículo 56 de la Ley 80 de 1993 o cualquier otra disposición anterior al Código Penal que haga asimilaciones se encuentra derogada y no puede tenerse en cuenta para los efectos legales.

En el nuevo Código Penal se exige que el servidor público intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato, de tal manera que el autor interviene con competencia funcional en cualquiera de las etapas de la realización del mismo, y ello incluye momentos antecedentes, concomitantes y subsiguientes, lo que significa decir que actúa desde que comienza el contrato hasta que jurídicamente termina, incluyendo lo que se puede denominar finiquito. Así pues, un funcionario puede aparecer interviniendo solamente en un aspecto esencial de la aprobación, aunque no participe exactamente en su celebración.

En esta norma también se tipifica el intervenir con violación al régimen legal sobre inhabilidades e incompatibilidades, lo que en el fondo implica que existe una violación general al régimen legal y una específica en relación con lo dispuesto en la Constitución sobre el mencionado régimen de inhabilidades e incompatibilidades; se trataron de evitar así algunos problemas interpretativos que existían en anteriores disposiciones.

Molina Arrubla dice que “la celebración indebida de contratos, a no dudar, ha sido una de las materias que mayores dificultades ha dispensado al legislador colombiano en materia jurídico-penal, porque se trata de figuras delictuales que no poseen mayor tradición, ni en el ámbito de la legislación nacional ni en el de la extranjera; y porque

alude a descripciones comportamentales que presentan tipos penales abiertos y en blanco{95}.

Sea el momento de decir con franqueza que el exceso legislativo, fruto de la improvisación y de problemas coyunturales, ha impedido el que se acuda al derecho penal residual y a que se interprete y aplique la ley con la continuidad necesaria para que ésta adquiera permanencia y la doctrina se consolide en una correcta forma.

Agrega Molina Arrubla que esas citaciones son las que han dado pábulo a una absoluta impunidad, cuando no se sanciona lo que debiera y pudiera serlo; o, en otro sentido, a la utilización de estas figuras delictuales como instrumentos de represión y coerción política, cuando son empleadas simplemente como el mecanismo a través del cual se puede neutralizar al adversario político, mediante la promoción de un proceso penal “con los que terminan sancionándose situaciones, hechos o comportamientos que no lo ameritan”.

Cuando se dice que las leyes administrativas y civiles hablan de la transparencia, imparcialidad y eficiencia que deben caracterizar la contratación estatal se alude a conceptos muy amplios y que suelen ser manejados al vaivén de conveniencias que no permiten garantizar del principio de legalidad. Es necesario afirmar que esas características que deben primar en materia de contratación estatal corresponden a conceptos demasiados abstractos y, en consecuencia, permiten su manejo un tanto caprichoso en cada caso, y ello es natural, porque sostener la absoluta transparencia, imparcialidad, etc. es casi un imposible: aun obrando con la mayor de las objetividades, y aún tratando de ser imparcial en sumo grado, es imposible que en un acto contractual se den en toda su extensión y con toda la eficacia las mencionadas características.

Por ejemplo, la expresión “violación al régimen legal” puede hacer referencia a un asunto de mucha trascendencia y gravedad o a uno intrascendente y poco grave, lo que convierte a la norma, como ya se dijo, prácticamente en una disposición abierta; en cambio, las inhabilidades e incompatibilidades dependen de lo dispuesto en la Constitución Nacional, con lo que se da mayor seguridad y certeza a los términos mencionados por el Código.

Encontrar una violación a la ley en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato es supremamente fácil, y es por ello por lo que es necesario tener en cuenta la verdadera y efectiva violación del bien jurídico para obtener recta administración pública, porque muchas de estas conductas son intrascendentes y podríamos decir que inocuas. Con razón dice el tratadista que hemos citado que "siempre hay algún error en la contratación estatal".

II. INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

El artículo 409 del Código Penal se refiere al interés indebido en la celebración de contratos en la siguiente forma:

El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (I2) años.

La conducta básicamente consiste en interesarse. Gómez Méndez trae el siguiente ejemplo: "el jefe de la oficina de contratación de una entidad estatal se interesa en un contrato de obra que va a celebrar la misma, en el sentido de que sea ejecutada cerca de su lugar de residencia con el objeto de que ésta se valorice, y para el efecto, de manera dolosa, ordena que en la elaboración de los pliegos se consigne una condición que se ajuste a dicho interés".

Jaime O. Santofimio, al referirse al término “operación”, sostiene:

Tradicionalmente se ha considerado operación administrativa aquel fenómeno jurídico que consiste en un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a la ejecución de la decisión legal o administrativa, como la reunión de una decisión de la administración con su ejecución práctica. Fenómeno al que naturalísticamente se le atribuye una sola identidad. En la operación, al igual que en los demás medios de actuación o manifestación de la administración, influye en algún grado la voluntad, en la medida que mediante ésta -voluntad- la administración da aplicación a lo preceptuado en derechos y obligaciones por el acto que lo realiza en su totalidad, haciéndole producir la plenitud de sus efectos, siendo indiferente que para tal efecto se acuda a procedimientos escritos, verbales o materiales.

Como claramente lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, la operación administrativa es generalmente un proceso de ejecución de la ley o de acto administrativo. Mientras la norma organiza el Derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta. La operación resulta ser consecuentemente la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del Derecho, la cual está vinculada mediatamente a la ley e inmediatamente a un acto de la administración.

La jurisprudencia colombiana clasifica en dos tipos las operaciones administrativas, partiendo de si el acto, al que se pretende dar cumplimiento, es expreso o tácito, de esta forma se conoce la operación dependiente de un acto escrito y la dependiente de un acto no escrito{96}.

La sola tentativa de definición de lo que se entiende administrativamente por operación, que acabamos de transcribir, es suficiente para concluir que este elemento normativo del tipo es inseguro e impreciso, y que, en consecuencia, en ocasiones se puede presentar, y en efecto se presenta, una interpretación caprichosa y posiblemente más delictuosa por parte del juzgador que la conducta que se pretende juzgar.

Y es que interesarse en la celebración de contratos es prácticamente una de las obligaciones que debe tener el servidor público, quien seguramente tendrá una inquietud que lo lleva a inclinarse, por ejemplo, en una adjudicación por tal o cual contrato. Ahora bien: el indebidamente que se predica del interesarse es un término que puede ser extrajurídico, y que al estudiarse conjuntamente con las características de objetividad, transparencia, eficacia, etc., puede llevarnos a la conclusión de que ese subjetivo comportamiento del servidor público sea el de favorecer y no el de perjudicar a la administración pública, con lo cual tendríamos otra conducta caracterizada por la inocuidad.

Muchos autores confunden el interesarse en provecho propio o de un tercero con un enriquecimiento ilícito, lo cual no está mencionado por la norma. La vida práctica nos enseña que disposiciones tan inseguras, por las razones anotadas, quebrantan el principio esencial del derecho penal de la ultima ratio, y que, en ocasiones, ese interés se convierte en conducta delictual por razones que están muy lejos del querer administrar una recta y cumplida justicia. Son razones, en la mayoría de los casos, de carácter político, sin lugar a duda alguna, y de allí que estemos de acuerdo con lo que anota Medina Arrubla .

III. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

Dice el artículo 410 del C. P.:

Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

En esta disposición se suprimió el elemento subjetivo: “con el propósito de obtener provecho para sí, el contratista o un tercero”.

Cuando la disposición se expidió, no se exigía la exigencia referente al incumplimiento de requisitos legales esenciales y por ello fue necesario que el

Decreto 141 de 1980 introdujera este elemento normativo del tipo. En primer lugar, el legislador establece que esos requisitos esenciales son los necesarios para que aquellos nazcan a la vida jurídica con plena validez, pero debemos advertir que existen algunos requisitos, tanto en el Código Civil como en las normas administrativas pertinentes (art. 41 Ley 80 de 1993), que dicen relación a cuestiones diferentes al acuerdo sobre el objeto y la contraprestación: existen otros que vienen a ser esenciales para su ejecución, cesión y otros aspectos eminentemente procesales.

De tal manera que, especialmente tratándose de contratos administrativos, esa esencialidad debe referirse a todo aquello que es necesario, no solamente para la existencia en sí del contrato, sino para la validez y eficacia de su plena ejecución, lo cual tiene sus variantes en los casos de urgencia manifiesta, en los que se puede prescindir de algunas de esas esencialidades (por ejemplo, la constancia sobre el acuerdo de remuneración: art. 42 Ley 8o de 1993).

La solemnidad también será relativa, si se tiene en cuenta la cuantía y las condiciones que se hayan consagrado en los

pliegos y los términos de referencia de su publicación, por ejemplo, en el Diario Oficial.

La urgencia manifiesta, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, debe ser declarada mediante acto administrativo motivado. Es tan importante lo referente a la urgencia manifiesta que se pueden hacer traslados presupuestales internos que sean necesarios dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.

El artículo 1501 del Código Civil dispone que “se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las cosas que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial, y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial, ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

Los términos celebración o liquidación se refieren, el último a una etapa final de la contratación, y el primero a un momento equívoco, pues la contratación es un acto complejo que podría quedar incluido en la parte de la norma que dice que el servidor público interviene en la celebración del contrato.

En la disposición actual desaparece el elemento subjetivo: con el propósito de obtener provecho para sí, el contratista o un tercero, que exigía el anterior Código; podría aceptarse en principio la importancia de este delito sin un ánimo de lucro, por tratarse de una infracción contra la administración pública, pero volvemos a llamar la atención de que pueden resultar sancionadas conductas que solamente impliquen un precipitado actuar en el que no resulte difícil predicar la culpabilidad; insistimos en que debe subrayarse la necesidad de tener muy presente el aspecto de la inocuidad de la conducta.

CAPÍTULO QUINTO

DEL TRAFICO DE INFLUENCIAS

I. DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

El artículo 411 del C. P. define el tráfico de influencias en la siguiente forma:

El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

Todos los autores, nacionales y extranjeros, advierten que el delito tradicionalmente llamado “venta de humo” se transformó radicalmente en este Código, que introdujo una figura que muy poco se asemeja a lo que históricamente, desde la antigua Roma, se había entendido por tal.

La conducta consiste en “utilizar indebidamente en provecho propio o de un tercero…”, lo que nos permite predicar que existió una redundancia por parte del legislador, ya que el término en provecho propio o de un tercero es actitud indebida, por lo cual hubiera bastado la segunda de las expresiones.

En anteriores normatividades la conducta la realizaba quien invocaba influencias, ciertas o fingidas, y en la nueva disposición el beneficio se obtiene de utilizar únicamente influencias reales.

Además, el sujeto activo era indeterminado, como que se empleaba para hacer referencia al sujeto activo la expresión el que. Las influencias utilizadas se deben derivar del ejercicio del cargo o de la función, lo que significa que si tienen otro origen la figura no se estructura, o se estructurará una diferente.

Molina Arrubla{97} sostiene con acierto que el legislador pretendió prohibir que los servidores utilicen las influencias naturales que se derivan del cargo y/o la función por ellos desempeñada, para beneficio propio o de terceros, cuando con ellos se busca la obtención de determinados favores por parte de otros servidores públicos. En síntesis, el cambio no es solo de nomen iuris y/o agente delictual, sino, por obvias razones, de conductas ejecutivas y de objeto de protección.

El nuevo Código Penal sanciona pues al servidor público que despliegue un tráfico de influencias frente, o respecto, a otro servidor público. Dice Molina Arrubla que se sanciona específicamente al servidor público que despliega un tráfico de influencias frente o respecto a otro servidor público; lo que se protege es un deber (genérico) de fidelidad, de respeto y de acatamiento de parte de los servidores públicos frente a sus homólogos. No hay una protección a la administración pública, a los ataques de que es víctima “desde afuera” por parte de un extraneus, sino, tan solo, “desde adentro”, por parte de los intraneus.

La antigua figura podría tipificarse en el delito de estafa que se consagra en el artículo 346 del C. P., en armonía con el ordinal tercero del artículo 247 ibídem, especialmente para el caso en que se invoquen influencias simuladas frente a un servidor público, y, si bien es cierto que el sujeto activo es indeterminado, nada se opone a que pueda realizarlo en este precitado caso otro servidor público.

El servidor público utiliza las influencias ante otro servidor, concretamente en asunto que esté conociendo o haya de conocer; aunque se trata de hipótesis diferentes, la segunda de ellas se puede ejemplarizar con el caso en que un servidor público ya sabe que ha de conocer en segunda instancia de un asunto que en el momento del delito se encuentra en el despacho de primera instancia.

En definitiva, podemos concluir que esta disposición no se caracteriza exactamente por su técnica legislativa.

CAPÍTULO SEXTO

DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

I. DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El artículo 412 del C. P. dispone:

Enriquecimiento ilícito. El servidor público que durante su vinculación con la administración, o quien haya desempeñado funciones públicas, y en los dos años siguientes a desvinculación, obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa equivalente al doble del valor del enriquecimiento sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas de seis (6) a diez (Io) años.

La primera variación que experimenta la figura es la que se refiere con la calificación del sujeto activo, ya que en el anterior Código se sancionaba a un servidor público que, sin justificación, tuviera un incremento patrimonial injustificado; en el nuevo Código Penal se parte de la creencia de que ese servidor público, después de que ha dejado el cargo y de haber ocultado o disimulado el incremento, lo deja conocer o se le descubre. Como nuestras leyes procesales penales y los principios garantizadores del derecho represivo no han aceptado, ni pueden aceptar, que se invierta la carga de la prueba, es

necesario establecer que el incremento patrimonial fue consecuencia derivada del ejercicio del cargo o de la función. Aquí puede ocurrir que el incremento patrimonial se obtenga durante el ejercicio de la función pública o durante los dos años siguientes a la desvinculación del servidor.

Si en el proceso no se demuestra esa relación entre actividad funcional e incremento, mal puede hablarse del delito de enriquecimiento ilícito, porque el enriquecimiento puede que aparentemente sea injustificado o ilícito, pero en la realidad puede ser el fruto de una donación, de una lotería, del regalo de un amante y de muchas otras causas que excluirían el delito.

El legislador tuvo buen cuidado de advertir que se estructurara este delito siempre que la conducta no constituya otro, de tal suerte que se trata de una norma residual, y que antes de su aplicación necesita por parte del juez o del funcionario de instrucción, por la vía sistemática, la exclusión de todas las variantes posibles. Puede ocurrir también que no se produzca un incremento patrimonial en el sentido estricto de la palabra, porque el sujeto activo realice una conducta constante en detrimento de sus bienes; por ejemplo, el servidor público recibe bienes, pero inmediatamente los pierde en el juego, en las apuestas y en una serie de vicios que son fácilmente imaginables. La justa interpretación de la norma nos permite deducir que, en el fondo, sí existe un incremento patrimonial y una inmediata pérdida del mismo, lo cual no le puede quitar la categoría delictuosa de que aquí se trata.

El delito, en realidad, en muy pocas ocasiones se puede estructurar, por la exigencia de que es necesario que la conducta no constituya otro delito; de tal manera que, fuera del caso de la desvinculación de la función pública en los dos años siguientes, es muy difícil que se pueda configurar tal ilícito.

CAPÍTULO SÉPTIMO

DEL PREVARICATO

I. PREVARICATO POR ACCIÓN

Dice el artículo 413 sobre el prevaricato por acción:

El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mininos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de los derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

La conducta consiste en que se profiera resolución, dictamen o concepto, con lo cual quedan cobijados los jueces y fiscales, los peritos o asesores técnicos, los procuradores, los asesores jurídicos; existe, sin embargo, la errónea creencia generalizada de que el prevaricato es un delito propio de los jueces.

Se presenta un problema cuando se trata de un órgano colegiado, caso en el cual se ha sostenido, sin razón, que necesariamente hay pluralidad de sujetos activos. Lo anterior no es así, porque bien puede ocurrir, por ejemplo, que un magistrado de una sala haga incurrir en error a los integrantes de la misma, sin que éstos cometan delito.

También ha existido cierta inquietud acerca de los proyectos de resolución o actos administrativos de diferente especie que realizan abogados auxiliares, magistrados de la misma especie o sustanciadores, que preparan las resoluciones, dictámenes o conceptos para que los firme el funcionario encargado, quien por razones obvias no puede ejercer toda la función, pero que tiene la obligación de revisar el trabajo puesto a su consideración para que no sea calificado de descuidado o irresponsable.

Creemos que, aunque se proyecte un acto jurisdiccional o administrativo, esa proyección, si está dentro de las funciones propias del cargo, puede constituir un concepto, de tal manera que ese servidor público realizaría el delito de que se trata. La resolución, el dictamen o el concepto deben ser manifiestamente contrarios a la ley: anteriormente no se utilizaba ese término; sin embargo, los casos en los cuales se produce prevaricato por acción suelen ser aquellos en los que de manera sutil, encubierta, se profieren los actos tratando de ocultar su ilicitud o ilegalidad. Lo que el legislador quiere es que, a pesar de ese hábil maquillaje, la providencia sea manifiestamente ilegal en el fondo y no en la forma. Quiere también el legislador que una inconformidad con la ley, pero sin trascendencia mayor, no pueda ser sancionada como prevaricato, precisamente por lo que tanto hemos hablado sobre la inocuidad de la conducta, en especial si se tiene en cuenta que el delito no admite la culpa.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 8 de julio de 1999{98} sostiene que en el prevaricato por acción queda subsumido el delito de abuso de función pública.

Ha dicho la Corte que el delito de prevaricato tiene como esencial la disparidad o contradicción manifiesta con las normas de Derecho aplicables en cada caso [...] Es fundamental, agrega, que las resoluciones y dictámenes sean injustos en el sentido de que se apartan ostensiblemente del Derecho, sin que importen los motivos que el empleado [...] tenga para ello.

Por ello se trata de una conducta dolosa, porque se exige que el agente delictivo tenga conciencia de la ilicitud de su actuar, que conozca plenamente que el acto que emite es contrario a la ley [.] La ley no exige, para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado en el Código Penal, que se pruebe que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la ley; basta, como acaba de decirse, con el conocimiento de su ilicitud. Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser un elemento útil para comprobar la existencia del dolo, sin

que con ello quiera significarse que cuando se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación.

Gómez Méndez sostiene:

Es perfectamente posible la tentativa, tratándose sobre todo de determinaciones que deban tomar las corporaciones, donde el ponente o sustanciador presente un proyecto de resolución manifiestamente contrario a la ley; así mismo en aquellas decisiones que importan el agotamiento de trámites complejos{99}.

Como ya dijimos, lo proyectado, que está dentro de unas funciones específicas, es asimilable a concepto; por tal motivo nos apartamos de la tesis de Gómez Méndez , porque consideramos que se trata de un delito perfecto. Estamos sí de acuerdo en que puede existir tentativa cuando la producción del acto denominado resolución, dictamen o concepto, para ser tal, necesita del cumplimiento de ciertos requisitos. Habrá tentativa cuando quien prepara, proyecta o pretende dictaminar o conceptuar elabora el acto administrativo o jurisdiccional pero, por cualquier motivo, es descubierto antes de que éste sea sometido a consideración o conocido por los restantes integrantes de la correspondiente corporación.

II. PREVARICATO POR OMISIÓN

Dispone el artículo 414 del C. P.:

El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

Esta figura jurídica se diferencia de la anterior, porque el servidor público no realiza lo que tiene el deber o la obligación de realizar, o lo hace inoportunamente. Molina Arrubla afirma:

En consecuencia, podemos decir que la razón de acriminación de esta conducta, y por ende la razón de ser de este tipo penal, estriba en el hecho de que el funcionario tiene un deber de cumplir con las obligaciones correspondientes e inherentes al cargo que le ha sido diferido, de tal manera que cuando el funcionario falta a ese deber de cumplir dentro del tiempo o de la oportunidad debida las obligaciones propias de la función que le ha sido encomendada está faltando al ejercicio de esa función y, en consecuencia, está atentando no solamente contra la buena marcha y contra el buen nombre de la administración, sino que finalmente está atentando contra la rectitud de la misma, toda vez que ella tiene a su cargo la obligación de cumplir pronta y cumplidamente con el ejercicio de sus funciones{100}.

III. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

Dice el artículo 415 ibídem que las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión,

terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título 11 de este libro.

La razón de que la pena se agrave cuando se trata de estos comportamientos “es porque se refiere a hechos punibles que atentan de manera grave contra la persona o la sociedad y que requieren por parte del Estado una actuación rápida y oportuna, para evitar que se realice más daño o para sancionar de manera inmediata y así producir un acto ejemplarizante [...] Si en alguno de los procesos que se adelantan por estos delitos se incurre en prevaricato el daño que se comete es mucho mayor y por eso se agrava la pena”{101}

La mayor gravedad es fácilmente captable, pero no creemos que la circunstancia de agravación produzca un acto ejemplarizante porque se sancione de manera inmediata, ya que la morosidad seguirá existiendo en estos y en otros delitos.

CAPÍTULO OCTAVO

DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

I. DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

El artículo 416 del C. P. dispone:

El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Realmente, esta norma está demostrando una falta absoluta de técnica legislativa. Tiene, en primer lugar, la característica de ser residual porque tiene operancia fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles. La conducta consiste en cometer acto arbitrario e injusto o en excederse en el ejercicio de sus funciones, con la característica especial ya anotada, esto es, la de que es necesario que no hayan sido tipificadas dichas conductas en otra disposición. Peña Ossa expone que "los servidores públicos con autoridad, al hacer uso desviado de tal potestad, cometiendo acto arbitrario e injusto en detrimento de personas o de bienes, incurren en el abuso de autoridad, y en tal descripción abstracta entran todos los abusos funcionales de los servidores públicos".

Carrara hacía ver -y otros autores lo reiteran- "cómo los delitos establecidos en este título son todos de abuso de autoridad, que solo en esencia se diferencian de aquel que ahora ocupa nuestra atención, en que aquellos al sujeto agente lo mueve un deseo de lucro, en tanto que el móvil del abusador propiamente dicho puede ser el odio, la soberbia, la venganza u otra pasión distinta de la codicia". Por ello, el abuso de autoridad es un delito indefinido e indefinible.

"El peculador abusa de su función al apropiarse en su provecho o en el de un tercero de bienes que administre. El concusionario, cohechador o el servidor público que celebra indebidamente contratos, o que se enriquece ilícitamente, se extralimitan de sus funciones movidos por la utilidad. Si eliminamos la venalidad y suponemos el abuso doloso de un poder público en perjuicio del derecho ajeno, sin que esta lesión constituya por sí misma delito, tendremos el concepto constante del abuso innominado de autoridad.

"La práctica judicial ha registrado como incursos en la conducta prevista al juez que pasó por alto un impedimento, sabiendo de su existencia, a otro que ordenó retener un automotor desconociendo a sabiendas una decisión judicial de entregarlo, actitud en la que persistió, aduciendo que no estaba en la sede del juzgado que había dispuesto la entrega sino en la de su despacho, la realización de una inspección judicial sin sujeción a las normas que la gobiernan, así la providencia que la decretó estuviera

ajustada a derecho, como que la ilegalidad se llevó a cabo en acto distinto al de la resolución o dictamen”{102}.

Este es un caso más en el que debemos recordar el principio de la ultima ratio, pues se podría decir que toda falla intencionada del empleado o servidor público que no esté de acuerdo con las normas, según el temperamento o severidad del juzgador, puede considerarse arbitraria o injusta, si se realiza con ocasión de las funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas. Nos ponemos a pensar que tratar como a un delincuente, con la estigmatización que esto conlleva, a un funcionario público es exagerado en estos casos. Se puede decir que la pena no es privativa de la libertad, pero ello no es suficiente justificación, pues la pérdida del empleo o cargo público puede ser suficiente para anular para siempre a una persona que resulta sentenciada.

Existen, como lo hemos sostenido ya en varios escritos, caminos de reacción estatal que no conllevan la impronta de delincuente, ni la carga de un sumario, de una indagatoria, de una reglamentación estatal de la vida en comunidad. Claro está que existen individuos arbitrarios, abusadores, que carecen de las virtudes necesarias para ejercer una autoridad, pero la forma y el método de corrección no se tienen que buscar necesariamente en los códigos penales.

Ahora bien: abusar del cargo o de las funciones es algo que puede hacerse en forma grave o leve, y esa posibilidad abre las puertas al desconocimiento del principio de legalidad, que debe estar acompañado del de seguridad jurídica.

II. ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA

El artículo 417 del C. P. dice:

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 multa y pérdida del empleo o cargo.

La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar sea de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular.

No vemos la razón de ser del agravante, especialmente si tenemos en cuenta que se cambió la pena de multa por la de prisión.

Gómez Méndez sostiene que el conocimiento de la comisión de una conducta delictuosa, cuya investigación deba iniciarse de oficio, se refiere a los casos que se conocen, no de cualquier manera, sino de los que se hubiese enterado en ejercicio de su cargo o de sus funciones, y, en el caso en que no sea así, como en el evento de los particulares, la omisión carece del factor delincuencial{103}, sin que ello conlleve un cambio de posición sobre el derecho penal, como conjunto de disposiciones residuales, ya que ante la existencia de la disposición no hay razón valedera para sostener la postura del autor citado. Basta que el servidor público tenga conocimiento de la comisión de una conducta que pueda ser delito y se deba investigar de oficio. Otra exigencia significaría crear elementos típicos circunstanciales que el legislador no consideró pertinentes. Otra cuestión se presentaría en el evento en que la norma, sin ese requisito, fuese incomprensible o ilógica.

III.REVELACIÓN DE SECRETO

El artículo 418 de Código Penal dispone:

El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de uno (1) a tres (3) años de prisión, multa de quince (15) a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

Se emplea el término “indebidamente”, el que en un sentido dogmático sobra, ya que se parte de la base según la cual la conducta que el legislador tipifica es, desde el punto de la antijuridicidad formal, innecesario, de suerte tal que podría suprimirse y la figura no sufriría modificación. Como lo decía un célebre autor alemán, son “muletillas” o “impaciencias” del legislador.

La norma trata de dar a conocer noticia o documento, y es necesario saber si ese objeto material debe estar regulado normativamente. Creemos que no, porque el deber de mantener en reserva o secreto puede ser circunstancial y puede originarse en una orden superior, en un mandato, en una directiva, como acontece en la mayoría de los casos.

La noticia no tiene que ser escrita, como que normalmente es verbal. Peña Ossa sostiene que, “descrito dogmáticamente, es un tipo penal de formulación libre por no aparecer demarcada la forma de realización de la conducta, por manera que la revelación del documento o de la noticia puede hacerse de cualquier manera; oralmente o por escrito, con una de las tantas modalidades que uno u otro modo permite el avance tecnológico, y sea cual sea el número de individuos que obtienen ese conocimiento”.

IV. UTILIZACIÓN DE ASUNTO

SOMETIDO A SECRETO O RESERVA

La utilización de asunto sometido a secreto o reserva está reglado por el artículo 419 del C. P. en los siguientes términos:

El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato allegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor.

El comportamiento delictuoso de que trata este artículo es el de utilizar en provecho propio o ajeno.

El término utilizar es demasiado amplio e indica que puede ejecutarlo el sujeto activo en cualquier forma, siempre y cuando sea en provecho propio o ajeno; significa lo anterior que en este tipo penal tiene que existir un aprovechamiento y no meramente un propósito de aprovechamiento.

El objeto material está representado por descubrimiento científico, información o dato, de tal forma que existe aquí una clara diferenciación de conceptos, pues no puede ser lo mismo el utilizar un descubrimiento científico, una información o simplemente un dato. Es importante que aquellos deben permanecer en secreto o reserva, y que el conocimiento se adquiere por razón de las funciones propias del servidor.

Las principales diferencias que existen entre este tipo penal y el anterior radican en que en éste está claramente establecido que la utilización debe hacerse en provecho propio o ajeno y, en segundo lugar, en este tipo se exige la relación funcional, que no se exige en el anterior.

En el anterior tipo se agrava la conducta cuando se produce un perjuicio que está consagrado como agravante; en cambio, en el nuevo, se necesita el provecho, mas no se exige el perjuicio, o, lo que es lo mismo, no siempre que existe perjuicio tiene que existir un aprovechamiento.

Por otro aspecto, este tipo penal también es residual, como que el juez tiene que realizar la operación de establecer que la conducta no constituye otro delito sancionado con pena mayor. Tampoco se aclara que el secreto o reserva debe estar consignado en disposición alguna, de tal manera que aquí también cabe la anotación de que ellas pueden ser fruto de una orden, una directiva, un mandato, etc.; también debe subrayarse que en este caso el descubrimiento científico, la información o el dato deben permanecer en secreto o reserva, mientras que en el anterior artículo esta exigencia está personalizada, porque se dice que el documento o noticia debe tenerla en secreto el sujeto activo, y, aunque parezca una cuestión de poca importancia, en el fondo sí la tiene, porque en la revelación de secreto se exige al servidor público que sea garante de la reserva; es decir, se personaliza el fenómeno, mientras que en esta figura el secreto o reserva se predica como algo inherente al dato, información o descubrimiento científico.

V. UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN OFICIAL PRIVILEGIADA

El artículo 420 del C. P. dispone:

El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste

persona natural o jurídica, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Esta norma no se refiere simplemente al servidor público en forma genérica, sino que como tal debe a la vez ser empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de una entidad pública, lo que quiere decir que existe un complemento a la cualificación o, como dice Higuita Rivera{104}, “es un agente delictivo doblemente calificado”, y por ello es por lo que se habla de información oficial privilegiada, como que se refiere a los servidores públicos de alta dirección, manejo o confianza, que les facilita el conocimiento de la información y es en verdad lo que diferencia esta norma de la anterior.

El núcleo rector de la conducta está descrito como el hacer uso indebido, lo que en puridad de verdad constituye un tipo abierto, inseguro y peligroso porque en él puede encajar una muy variada y abstracta información. Nos atreveríamos a pensar que, por ir claramente en contra del principio de legalidad, podría ser inconstitucional; la disposición ordena que el conocimiento lo haya obtenido en razón de sus funciones, lo cual era innecesario decirlo, dada la cualificación doble de que ya se habló, y además el legislador consignó la siguiente expresión: que no sea del conocimiento público, lo cual también nos parece innecesario, porque si la información ya es conocida por el público la presunta utilización indebida no se daría, o podría constituir un delito completamente diferente.

Existe en la misma forma un elemento subjetivo que es el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, el que desde el punto de vista probatorio hace casi imposible su estructuración, especialmente si se tiene en cuenta que se exigió también el uso indebido, y en esta expresión podría encontrarse como especie dicho elemento subjetivo.

Esta disposición puede ponerse como ejemplo de una mala técnica legislativa, por las observaciones que se hicieron.

VI. ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES

El artículo 421 del C. P. dispone:

El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público la pena será de prisión de uno (I) a tres (3) años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

Algunos autores{105} sostienen que en este tipo también el sujeto activo es doblemente calificado, porque las actuaciones que allí se expresan son de posible realización por quien tiene esta profesión{106}. No compartimos esta posición, ya que no es cierto que quien realice la conducta necesariamente deba ser un abogado, e incluso si lo fuese podría variar la calificación; la representación, el litigio, la gestión o el asesoramiento pueden practicarse o realizarse por el simple servidor público aunque no sea abogado: por ejemplo, si el servidor público es un médico que desempeña el cargo de alcalde, y por su actividad política es conocedor de la administración, puede perfectamente gestionar o asesorar a un amigo o conocido.

Ahora bien, el litigio puede también realizarlo un funcionario público, ya que litigar significa pleitear, disputar en juicio sobre una cosa, altercar, contender, conductas éstas que, si bien es cierto por lo general las realiza un especialista en Derecho o un profesional del Derecho, puede también realizarlas un funcionario público que no necesariamente tenga la referida profesión. No olvidemos que hay asuntos administrativos en que no es

necesaria la presencia de un abogado, y puede presentarse el caso del servidor público que trabaje en un consultorio jurídico oficial y que no tenga las referidas calidades.

La norma establece la necesidad de asegurar la independencia, imparcialidad y rectitud de los servidores públicos en los asuntos judiciales y administrativos por razón de sus funciones{107}.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho:

Para saber cuándo se está o no dentro de las circunstancias que menciona esta norma es muy importante tener en cuenta el derecho protegido a través de ella.

Se trata, como lo ha dicho la sala, de la independencia de la administración de justicia y la rectitud del comportamiento oficial, en cuanto los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público no deben intervenir en asuntos en que se debatan intereses enfrentados, echando el peso de la autoría a favor de quien está investido de tales funciones oficiales, rompe el necesario equilibrio que debe haber en casos, entre las partes.

Pero donde no hay ese enfrentamiento y no existe, por lo tanto, posibilidad de que se perturbe esta situación de igualdad, no se lesiona el bien jurídico tutelado y no puede decirse que existe el daño que ha querido evitar el precepto que rige la disposición penal{108}.

Nos parece muy acertada la última parte de esta doctrina, porque existen funcionarios que de muy buena fe, con conocimiento y con voluntad plenos, colaboran o ayudan a determinadas personas a orientar su gestión ante la administración que ellos representan, más como un favor desinteresado que como un acto arbitrario o injusto, y casos

se han dado en que funcionarios han sido juzgados por esas actuaciones desprovistas en realidad de culpabilidad.

VII. INTERVENCIÓN EN POLÍTICA

El artículo 422 del C. P. dispone:

El servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Aquí sí podemos hablar de una doble cualificación en el sujeto activo, porque, además de exigirse que se trate de un servidor público, es necesario que éste ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar a un candidato partido o movimiento político.

La conducta consiste en formar parte de comités, juntas o directorios o en usar el poder para favorecer o perjudicar electoralmente a las personas o entidades mencionadas.

La disposición así redactada es mucho más lógica que la existente en anteriores disposiciones penales, porque realmente el servidor público no puede realizar actividades incompatibles con las que le son inherentes a su funcionalidad y no debe hacer uso de las prerrogativas de poder ni para perjudicar ni para favorecer electoralmente a ninguna persona.

A pesar de lo anterior, cabe recordar que nos oponemos abiertamente a que estas conductas se eleven a la categoría de delitos. Con sobrada razón, Gómez Méndez{109} sostiene que esta norma es inútil y se constituye en un rey de burlas, y, como dice Luis Carlos Pérez, la intervención de los servidores en política es un vicio tradicional y profundamente arraigado: así, las leyes nada enmiendan cuando la conciencia comunitaria no reprueba cuanto esas disposiciones prohíben. La opinión se compra como cualquier otra mercancía. Y los medios informativos satisfacen únicamente a quien paga sus elevadísimos costos{110}.

Repetimos que el legislador, cuando habla de favorecer o perjudicar, trata de fortalecer el sentido de imparcialidad que debe tener el funcionario público; pero a pesar de ello seguimos considerando que esta conducta en nuestro medio no merece el calificativo de delito y viola el principio de la ultima ratio.

VIII. EMPLEO ILEGAL DE LA FUERZA PÚBLICA

El artículo 423 del C. P. establece:

El servidor público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición para consumar acto arbitrario o injusto, o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años, multa diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con mayor pena.

El servidor público obtiene el concurso de la fuerza pública o emplea la que tiene a su disposición: quiere lo anterior significar que se trata de las fuerzas militares y de policía de las que trata el artículo 216 de la Constitución Nacional. No se trata, pues, de otro cuerpo, como en el caso de los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad, ni del cuerpo armado carcelario, etc. Cuando se emplea el término “emplee las que tenga a su favor” no se está ampliando las posibilidades, sino que es con esos específicamente mencionados con los que se puede realizar el delito.

En el primer evento, el servidor público obtiene el concurso de la fuerza pública sobre la que carece de mando o disponibilidad alguna, sin que sea necesario el que esa fuerza esté enterada de la ilicitud de la conducta desplegada por el servidor. Sería el caso en que un secretario de Hacienda que, abusando de su condición de tal, emplea la fuerza pública para impedir que se realice un embargo en su casa de habitación. En la segunda hipótesis sí tiene a su disposición la fuerza pública, ya porque tenga un auténtico poder de mando o por que le haya sido asignada para su seguridad, de tal manera que tiene una disponibilidad de hecho o de derecho.

Es conducta de resultado, como que es menester que efectivamente se obtenga el concurso o que se logre disponer. Pero no es indispensable que efectivamente se logre consumar un acto arbitrario o injusto, o se impida o estorbe el cumplimiento de orden legítima de autoridad.

Gómez Méndez {111} sostiene que es concebible la tentativa, si el agente obtiene el concurso de la fuerza pública pero no consuma el acto arbitrario o injusto. Al contrario, como ya lo dijimos, creemos que la figura se perfecciona con la primera parte del comportamiento delictual, porque el segundo, como lo sostiene el mismo autor, es un elemento subjetivo (para), no es necesario que se produzca, y sólo motivan el comportamiento del agente. Si se produce el resultado final la cuestión puede ser más grave y la conducta se analizaría en otra forma, según la naturaleza, por ejemplo, del acto arbitrario o injusto que llegase a tener realización.

IX. OMISION DE APOYO

El artículo 424 del C. P. reza:

El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

Aquí se puede presentar un problema de competencia o de fuero, como que la disposición trata de un sujeto activo que sea o pertenezca a la fuerza pública; su omisión o renuencia está relacionada con su cargo o sus funciones, y tendría que conocer de ella la justicia penal militar.

Es indudable que el rehusarse o retardar no deben ser conductas indebidas, ilegales, arbitrarias, es decir, que no deban cumplirse.

Rehusar el apoyo pedido por la autoridad competente es tanto como decir negarse a prestarlo, y demorarlo, retardar ese apoyo. Pero, como lo sostiene Peña Ossa , “no basta el simple rehusar o demorar el pedido de auxilio, pues cualquiera de esos comportamientos alternativos tiene que ser indebido, elemento normativo de contenido jurídico que está inserto en el tipo penal en cuestión para exigir que la conducta omisiva del agente de la fuerza pública carezca de respaldo legal{112}”.

CAPÍTULO NOVENO

DE LA USURPACIÓN Y ABUSO DE FUNCIONES PÚBLICAS

I. DE LA USURPACION Y ABUSO DE FUNCIONES PÚBLICAS

El artículo 425 expresa:

De la usurpación de funciones públicas. El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de uno (I) a dos (2) años.

El sujeto activo, en este tipo, es indeterminado, como que se trata de un particular "usurpador". No basta la simulación de ser un servidor público determinado, sino que es preciso que efectivamente ejerza las funciones.

Como ayuda interpretativa, el legislador emplea el término sin autorización legal. En verdad, existen ocasiones en que el "particular", sin dejar de serlo, ejerce funciones públicas legalmente, como en el caso de los árbitros. Es un tipo penal abierto, pues se refiere al ejercicio de funciones públicas, y bien sabemos la cantidad de actividades que constituyen ese elemento normativo, y que son de variada trascendencia.

Es un delito esencialmente doloso, y lo reafirmamos porque es corriente que sujetos se dediquen a reemplazar a los policías de tránsito, pero se trata de indigentes, que por lo general reciben pequeñas sumas por su servicio, y de allí que hablemos nuevamente de la inocuidad de la conducta.

El artículo 427 del Código Penal consagra un agravante punitivo (I a 4 años), con un elemento subjetivo meramente intencional, esto es, con fines terroristas, lo cual puede presentar problemas de tipificación, especialmente con la tentativa de terrorismo y con el bien jurídico que se pretende amparar.

II. SIMULACIÓN DE INVESTIDURA O CARGO

En el artículo 426 se establece:

El que únicamente simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en multa.

En este caso el sujeto activo igualmente es un “usurpador”, un particular, que no ejerce la función o el cargo, sino que únicamente engaña a terceros simulando o fingiendo ser servidor público o miembro de la fuerza pública.

III. ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA

El artículo 428 dice:

El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de uno (I) a dos (2) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.

Es una modalidad en la que el servidor público desempeña funciones públicas diferentes de las que le corresponden, como sería el caso en el que tiene el agente la obligación de captar dineros y resuelve invertirlos, sin que sea su función el hacer la inversión. Esa inversión es la que legalmente corresponde, pero la ejecuta quien originalmente no debe hacerlo. El servidor público abusa de su cargo, porque es su posición dentro de la administración pública la que le facilita y permite realizar otras que no le corresponden.

No encontramos razones de peso para la creación de este delito, que casi siempre se dará en concurso con otro, ya que su tipificación simple es de difícil ocurrencia. Basta con citar el delito previsto en el artículo 416 para notar las complicaciones que conlleva el concurso aparente de infracciones.

Realmente consideramos que se ha debido hacer una regulación de carácter administrativo, disciplinario, con algunas de estas funciones, y no crear una serie de delitos de difícil comprensión y aplicación efectiva.

CAPÍTULO DÉCIMO

DE LOS DELITOS CONTRA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

I. VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO

El artículo 429 establece:

El que ejerza violencia contra servidor público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años.

Es un delito en el que el sujeto activo no se encuentra cualificado, y consiste en ejercer violencia contra un servidor público, con un elemento subjetivo que no se debe cumplir efectivamente, sino que señala la dirección intencional que se tuvo al emplear la violencia; se insiste: no es menester que realmente se haga u omita por parte del servidor público conducta alguna. Llama la atención cómo en esta misma norma se parifican o igualan las acciones de

ejercer violencia para que se realice acto propio del cargo o uno contrario a los deberes oficiales.

La violencia puede ser física o moral. Para Gómez Méndez,

... no se presenta este delito si la violencia contra el servidor público se ejerce con una finalidad distinta. No siempre que se ejerce violencia contra un servidor público en ejercicio de sus funciones se comete este delito. Si aun dentro de ese contexto se golpea al servidor público por motivos de orden personal, no se tipifica este delito contra la administración, aun cuando bien puede estructurarse otro.

Como en todos los casos de tipo con ingrediente subjetivo, no es necesario que la gente logre el propósito buscado para que el hecho se tipifique. El delito se consuma cuando se ejerce la violencia, con la finalidad indicada, aun cuando no se logre{113}.

II. PERTURBACIÓN DE ACTOS OFICIALES

El artículo 430 dispone:

El que simulando autoridad o invocando falsa orden de la misma, o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, incurrirá en multa.

Realmente y con ánimo no prevenido, debemos afirmar que este artículo tiene una redacción que es muy difícil de comprender y que carece por completo de lógica.

El sujeto activo no está cualificado y su conducta consiste en tratar de impedir, lo que significa que su comportamiento, es decir, el tratar, implica un intento y no un resultado. El sujeto activo trata, como ya se dijo, de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas y, lógicamente, no es lo mismo tratar de impedir una reunión que tratar de impedir el ejercicio de las funciones; pero podría decirse que al impedirse una reunión se impide a la vez el ejercicio de unas funciones, si bien ello se queda en el campo de las hipótesis, pues insistimos en que la conducta no es de resultado, sino de propósito; además, puede ser una actividad legislativa, como puede ser jurisdiccional o administrativa. Pero el legislador, en forma completamente inexplicable, dice a continuación que puede ser otra autoridad pública: es decir, hubiese bastado con referirse a quien trate de impedir la funcionalidad de una autoridad pública, y así el tipo hubiese sido al menos un poco más sencillo.

También el legislador consagró otra conducta alternativa en el campo de una simple posibilidad, como que sanciona a quien simplemente pretenda influir en las decisiones o deliberaciones.

Al iniciarse el artículo se exige que el sujeto activo simule autoridad, invoque falsa orden de la misma o se valga de cualquier maniobra engañosa, con lo cual el intento de impedir o el pretender influir, está acompañado de una serie de modalidades que seguramente las comprenderá quien redactó la norma, como que el valerse de maniobra engañosa cobija todas las demás que se quieren describir.

Y el sentido de la disposición cambia totalmente en el inciso en el que se dice que la pena se aumentará si se realiza la conducta por medio de violencia. La conducta es tratar de impedir o pretender influir, y ello está significando que no se realiza, y en el inciso de agravación se dice que el tipo penal se agravará cuando se realice, con lo cual se cambia completamente el comportamiento en cuanto a su descripción.

Creemos que valdría la pena intentar una acción de inconstitucionalidad, con fundamento en la violación del principio de legalidad. Hay ocasiones en las cuales se incurre en imprecisiones o descripciones de difícil comprensión que el intérprete puede precisar, pero en casos como el precitado, existe una contracción entre el contenido de un inciso y otro, y entonces esa función hermenéutica se hace imposible.

CAPÍTULO ONCE

DE LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN Y DE INFLUENCIAS DERIVADAS DEL EJERCICIO DE FUNCIÓN PÚBLICA

I. UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN OBTENIDA EN EJERCICIO DE FUNCIÓN PÚBLICA

El artículo 431 del C. P. dice:

El que habiéndose desempeñado como servidor público durante el año inmediatamente anterior utilice, en provecho propio o de un tercero, información obtenida en calidad de tal y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa.

Esta disposición tiene una semicalificación del sujeto activo. Cuando se comete es un particular, pero que se desempeñó como servidor público durante el año inmediatamente anterior.

Además, se utiliza en provecho propio o en el de un tercero la información que se obtuvo como servidor público. También el legislador aclara, aunque nos parece innecesario, que esa información no sea ya del conocimiento del público, es decir, que no tenga ninguna condición o calidad de reservada, lo que implica que lo que se quiere con la norma es que el sujeto activo guarde un mínimo de lealtad con lo que fue funcionalmente objeto de su conocimiento y tenga ese carácter de reserva.

Si ello fue así, como parece serlo, no era indispensable agregar el provecho propio o de un tercero, porque se puede obtener el provecho para sí o para un tercero de información no reservada, lo cual sería también criticable o posiblemente objetable; sin que ello signifique que estamos de acuerdo con la redacción de esta norma, la que encontramos merecedora de las críticas y observaciones que se hicieron a la anterior.

II. UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFLUENCIAS DERIVADAS DEL EJERCICIO DE FUNCIÓN PÚBLICA

El artículo 432 dispone:

El que habiéndose desempeñado como servidor público durante el año inmediatamente anterior utilice, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función cumplida, con el fin de obtener ventajas en un trámite oficial, incurrirá en multa.

Esta disposición, redactada en forma similar a la anterior, sanciona a quien utiliza las influencias que se derivan del cargo o de la función cumplida para obtener ventajas en trámites oficiales. Todo parece indicar que, por la forma como quedó definitivamente redactada la disposición, se

quiere sancionar injustamente un hecho que es de natural y común ocurrencia, pues quien haya ocupado un cargo público y quien haya ejercido eficientemente las funciones es persona que recibe el aprecio y reconocimiento de quienes, por una u otra razón, lo hayan conocido, y es natural también, en un medio como el nuestro, que esa persona se convierta en influyente, como lo es también que obtenga ventajas en los trámites oficiales, como la celeridad, y trato preferencial cuando pretenda realizar una actividad que conlleve la intervención pública.

Si la norma hubiese dicho que las influencias derivadas del cargo o de la función pública deberían ser indebidas o ilegales podría tener razón de ser la disposición, pero realmente encontramos que se puede convertir en delito lo que realmente no debería serlo en forma alguna.

Normas como la anterior son precisamente las que desacreditan al derecho penal, como lo hacen por inoficioso e inefectivo. Nos preguntamos en dónde queda el principio de oportunidad y de racionalidad, y especialmente su sentido residual, de que tanto se habla.

III. SOBORNO TRANSNACIONAL

El artículo 433 del C. P. dispone:

El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como no queremos aparecer como críticos severos e irracionales de una legislación que, por lo menos en este aspecto concreto, parece carecer de lógica, diremos que el soborno transnacional es también norma que debería ser demandada por inconstitucional, como que no se respeta en lo mínimo el principio de legalidad y de certeza.

El sujeto activo puede ser un nacional o un extranjero que ofrece a un servidor público de otro Estado cualquiera, en forma directa o indirecta, dineros o utilidades para que realice u omita cualquier acto de sus funciones relacionado con una operación económica o comercial.

Diremos lo siguiente. No se identifica plenamente al sujeto activo, ya que no solamente es necesario que tenga residencia habitual en el país, sino que debe también tener empresas domiciliadas en nuestro territorio. La conducta no es de resultado, basta que se ofrezca a ese funcionario de otro Estado dinero, objeto de valor pecuniario o utilidad para que éste realice u omita acto propio de sus funciones. El mero ofrecimiento puede ser directo o indirecto, el dinero que se ofrece puede ser cualquiera y no sabemos si se está refiriendo a un factor de cantidad o a un factor de denominación (por ejemplo, pesos y dólares).

El ofrecimiento se realiza para que ese tercero haga u omita un acto, pero no se concreta a qué clase de actuaciones se refiere; basta con que esté relacionado con una transacción económica o comercial, como si las dos últimas denominaciones fueran incompatibles.

En ninguna parte se dice que el comportamiento debe ser lícito o ilícito, legal o ilegal, acostumbrado o no, de tal manera que tiene una serie de elementos normativos imprecisos, etéreos, abstractos y de casi imposible manejo. También aquí me atrevo a pensar, y con mucha razón, que sería bien recibida una demanda de inconstitucionalidad.

IV. ASOCIACIÓN PARA LA COMISIÓN DE UN DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El artículo 434 del C. P. dice:

El servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la administración pública, incurrirá por ésta sola conducta en prisión de uno (I) a tres (3) años, siempre que la misma no constituya delito sancionado con mayor pena.

Si interviene un particular se le impondrá la misma pena.

En este caso, nos encontramos frente a un concierto para delinquir entre funcionarios públicos, o entre un servidor público y un particular, y la sanción, aunque no se cometa delito alguno por la sola asociación, será la de uno a tres años de prisión.

“Si interviene un particular”, dice el inciso segundo, lo que se nos hace incomprensible en su forma de redacción, porque el servidor público se puede asociar con otro servidor público o con un particular, de tal manera que quien redactó la norma olvidó lo anterior, y el inciso así visto era absolutamente innecesario.

La norma dispone que se sancionará la conducta siempre y cuando no constituya delito sancionado con pena mayor, y acontece que siempre se presentará otro delito con estas características, porque en el título xii está tipificado el concierto para delinquir, que tiene una sanción de tres a seis años de prisión, lo que hace imposible la aplicación de la norma que tratamos de explicar y que, a la postre, por lo anteriormente anotado, aparece completamente inútil.

Realmente, debemos confesarlo, estamos en la obligación, al escribir estas páginas, de dejar constancia de nuestro asombro y nuestro desconcierto con el legislador

colombiano por haber aprobado tan inconsistentes y desconcertantes normas que se acaban de citar.

Lo anterior, nos atrevemos a pensarlo, es fruto de la improvisación con que se preparó la reforma y de la manera irresponsable como se aprobó “a pupitrazo limpio”. Ojalá lo anterior no vuelva a ocurrir; mejor, no puede volver a ocurrir.

SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA

Delitos contra el régimen constitucional y legal

ITRODUCCIÓN

La tendencia del ser humano al crecimiento social y colectivo, así como su inclinación a la justicia y a la verdad, le compelen a buscar la libertad; estas características explican su reacción contra el poder a lo largo de la historia{114}. Puede decirse que la inconformidad es característica innata del hombre, pues este siempre estará en búsqueda de cambios y no lo satisfará nada, porque es su convicción que “la hierba es más verde del otro lado de la cerca”{115}.

Desde la perspectiva de la biología, la sicología y la ética, son válidas las manifestaciones de inconformidad y la pretensión de obtener un cambio para el progreso; pero un ser humano racional, equilibrado y tolerante sabe que su verdad no es absoluta. El reconocimiento de los otros le impide imponer su cosmovisión y usar la violencia con tal propósito{116}.

El inicio de cualquier cambio siempre empieza por el individuo y su entorno más cercano, luego es posible su extensión a la comunidad. Un movimiento de resistencia colectivo sin la transformación individual creará nuevas luchas internas y motivos de inconformidad e intranquilidad, por causa de la inmadurez y ausencia de disciplina de sus miembros. Ya reconocía Gandhi que en su movimiento se incurrió en lo que él denominó el “error himalayo”: en su sentir, un satyagrahi{117} debe haber obedecido las leyes de la sociedad con inteligencia y por sus propios deseos de hacerlo:

... únicamente cuando una persona ha observado escrupulosamente las leyes de la sociedad, está en condiciones de juzgar si alguna ley en particular es buena o justa, o es injusta y perniciosa. Solo entonces tiene derecho a la desobediencia civil con respecto a ciertas leyes, en circunstancias bien definidas. Mi equivocación residió en no

haber comprendido a tiempo esta limitación. Llamé a la población a unirse a la desobediencia civil antes que estuviera calificada personalmente para hacerlo, y este error me pareció de la misma magnitud que las montañas del Himalaya [...] Comprobé que antes que un pueblo se encuentre en condiciones de participar en la desobediencia civil, debía comprender las más profundas implicaciones de esta actitud.{118}.

Equivocadamente la lucha contra el poder establecido ha sido asociada con el empleo de la violencia, pese a que existen valiosas referencias que permiten demostrar cambios sociales y políticos con la no-violencia o la ahimsa{119}.

La resistencia no violenta no es un método para cobardes, sino para seres fuertes, porque no agreden a su oponente pese a sus provocaciones; mientras permanecen pasivos físicamente, son activos espiritualmente. Uno de los principios que rige este método es la disposición a aceptar el sufrimiento sin queja alguna y a recibir los golpes sin responder. Además, la fortaleza para no perturbarse por las agresiones no solo evita las reacciones físicas, sino las espirituales, pues se rehúsa a golpear al oponente y también a odiarlo. El objetivo no es derrotar al oponente, sino comprenderlo{120}.

Probablemente el antecedente más remoto de una valiente oposición no violenta contra la orden injusta de un soberano fue el protagonizado por una mujer, Antígona, hija de Edipo, quien dio sepultura a su hermano Polinices, pese a que su tío Creonte, el rey, prohibió su entierro por considerarlo un criminal. Polinices se había exiliado y había regresado a luchar contra el orden establecido en Tebas, pero encontró la muerte en el campo de batalla, de manos de su hermano Etéocles, a quien también dio muerte. Al reclamo de su tío Creonte por pasar por encima de la ley, Antígona respondió:

No era Zeus quien me la había decretado, ni Dike, compañera de los dioses subterráneos, perfiló nunca entre los hombres leyes de este tipo. Y no creía yo que tus

decretos tuvieran tanta fuerza como para permitir que sólo un hombre pueda saltar por encima de las leyes no escritas, inmutables, de los dioses: su vigencia no es de hoy ni de ayer, sino de siempre, y nadie sabe cuándo fue que aparecieron [.]

[Y más adelante a las recriminaciones de Creonte, respondió:] [T]odos éstos te dirían que mi acción les agrada, si el miedo no les tuviera cerrada la boca; pero la tiranía tiene, entre otras muchas ventajas, la de poder hacer y decir lo que le venga en gana{121}.

La legitimidad de las autoridades y de sus leyes está asentada en el consentimiento activo o pasivo de los ciudadanos; cuando se resquebraja o divide, el poder se pierde y la fuerza del gobernante no solo resulta debilitada, sino también deslegitimada{122}. Esto lo comprendieron y aprovecharon muy bien Gandhi y Martin Luther King . El primero logró, con su movimiento de resistencia civil, que fuera reconocida autonomía a la India por parte del Gobierno británico en el seno de la Commonwealth{123}: esto sucedió el 15 de agosto de 1947;

y Martin Luther King , con su campaña no-violenta a favor de la igualdad racial, obtuvo que el 3 de julio de 1964 fuera firmada por el presidente Lyndon

Johnson la Ley de los Derechos Civiles, en la cual fue considerada ilegal la discriminación racial.

También en Colombia lo entendieron quienes, en mayo de 1957, lideraron un paro general y pacífico para obtener la dimisión del general Gustavo Rojas Pinilla ; así mismo, los miembros de la Asociación de Trabajadores Campesinos del Carare -ATCC- quienes desde 1987 han venido desarrollando un proceso de pacificación sin violencia en su región{124}.

De acuerdo con nuestra Carta Política, son derechos fundamentales de la persona la libertad de expresar y

difundir su pensamiento y opiniones (art. 20); así como el de reunirse y manifestarse pública y pacíficamente, que solo puede limitarse en los casos que expresamente señale la ley (art. 37). El artículo 40 de la Constitución, por su parte, consagra los derechos que tiene el ciudadano a controlar el poder político y el de revocar el mandato de los elegidos en los casos y forma en que lo establecen la Constitución y la ley (num. 4).

Existiendo mecanismos para oponerse sin violencia al régimen constitucional y legal establecido, así como a las decisiones gubernamentales, legislativas y judiciales, la adopción de vías violentas es considerada ilícita por la legislación penal, y ello explica que existan los delitos enumerados en los artículos 467 a 473 del Código Penal.

La Corte Constitucional, en sentencia C-009 del 17 de enero de 1995, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa , explicó así la razón por la cual estaban tipificados los delitos contra el régimen constitucional y legal:

Es ilógico pensar que pueda legitimarse una actitud de fuerza contra los instrumentos racionales y razonables que la comunidad ha puesto al servicio de la paz perpetua, en el seno mismo del Estado racional, es decir, del Estado inspirado en la ratio juris. La fuerza la tiene la misma sociedad en forma de Estado, por lo tanto no hay por qué dividir esa fuerza y desproporcionar la expresión de una oposición, empleando para ésta la ofensiva armada, que en última instancia afecta al pueblo jurídicamente organizado. En aras del orden no puede introducirse su antinomia: el desorden. En aras de la paz no puede legitimarse la violencia, porque el fin siempre exige medios proporcionados a él. En el marco constitucional de un Estado donde existen instrumentos idóneos para expresar la inconformidad como son el estatuto de la oposición, la revocatoria del mandato, el principio de la soberanía popular, el control de la constitucionalidad, la acción de tutela, las acciones de cumplimiento y las acciones populares, entre otros, no hay motivo razonable para señalar que es legítima la confrontación armada y mucho menos actitudes violentas de resistencia a la autoridad. Los correctivos a las fallas en el manejo del poder político tienen

que ser de derecho y no de hecho. La vía de hecho no puede, bajo ningún aspecto, conducir al restablecimiento del orden, no sólo por falta de legitimidad in causa para ello, sino porque siempre es, dentro del Estado de derecho, un medio inadecuado, desporporcionado y generador de desorden.

Por su parte, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia hizo las siguientes reflexiones:

Ahora bien, si no se está de acuerdo con los programas políticos o comportamientos de algunos miembros del gobierno de turno, nada impide que se hagan públicas dichas inconformidades, ni que se recolecten fondos para propagar las propias ideas, hacer oposición, incluso, intentar revocar el mandato de los elegidos, pues la Constitución Política en su artículo 37 garantiza el derecho a reunirse y manifestarse pública y pacíficamente.

Así mismo, el artículo 40 de la misma obra establece que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, para lo cual podrá crear movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos libremente, difundir sus ideas y programas, y revocar el mandato de los elegidos, en la forma que establecen la Constitución y la ley.

Por tal motivo, la expresión de la opinión política en un Estado social democrático de derecho jamás puede ser sancionada penalmente, ya que de contemplarse como delito, se desconocería el modelo y la filosofía que lo informan, para degenerar en un Estado totalitario, autocrático y despótico, o como lo sostienen algunos doctrinantes, el Estado democrático dejaría de serlo si se persiguieran las ideas, pues él expresa una relación entre hombres, entre fuerzas, una coordinación que regula esas

relaciones. No puede pues, poner valladares al pensamiento. Al hacerlo destruiría sus propios fundamentos, para crear una sociedad abstracta y ficticia que no podría vivir{125}.

Con lo expuesto han sido explicadas suficientemente la legitimidad y necesidad para el progreso individual y colectivo de la oposición contra el régimen constitucional y legal establecido, más aún cuando con él se generan injusticias e inequidades. La inercia y el convencimiento de un gobernante de haber alcanzado la “absoluta” unidad en el pensamiento y sentir de un pueblo, llevan implícito el terror, porque cada disentimiento es una amenaza y cada oponente un enemigo que debe ser exterminado. La ilicitud de las conductas que recrimina el Código Penal surge del uso de la violencia, que es el medio que el legislador pretende evitar para obtener los cambios{126}.

I. DELITO POLÍTICO

Sin pretender dar una definición, podría decirse que en el derecho interno e internacional es catalogado como delito político aquella infracción penal con cuya realización sus autores y partícipes, utilizando la violencia, pretenden el cambio de las instituciones políticas, constitucionales, legales, económicas y sociales de un Estado, para sustituirlas por otras que consideran más justas.

Es preciso aclarar que las opiniones contrarias a las instituciones vigentes, expresadas por mecanismos democráticos y no violentos, no pueden considerarse delitos políticos. Los “delitos de opinión”, que dan lugar a arbitrarias persecusiones políticas, deslegitiman al gobierno que arbitrariamente los crea y facultan a otros Estados y organizaciones internacionales para proteger a los perseguidos políticos{127}.

A. EVOLUCION DEL DELITO POLITICO Y DE SU SANCION

El delito político ya era sancionado en Roma, Grecia y Oriente; estaba fundado en “la protección del mando ejercido por una familia o por un grupo de familias, o por una clase social”{128}.

Durante la etapa comprendida desde la República romana hasta la Revolución Francesa, el delito político fue considerado de gravedad. Bajo el dominio de los emperadores romanos fue calificado en muchos casos como crimen de lesa majestad (de majestatis); esta figura fue una creación caprichosa del soberano quien, por esta vía, buscaba preservar su poder absoluto. El contenido de los crímenes de lesa majestad variaba de acuerdo con los criterios que, respecto a las conductas que consideraba irrespetuosas o riesgosas para conservar su poderío, tuviera el mandatario de turno. Dentro de estos delitos fueron incluidos: el atentado contra el emperador; referirse a él en privado con epítetos irrespetuosos; pasar delante de una estatua del César sin hacerle reverencias; usar trajes de color purpúreo reservado a los reyes; fundir estatuas de oro con la efigie de un particular; bañarse en los lugares destinados a la limpieza de las augustas personas; vestirse o desnudarse ante la estatua de Augusto; azotar a un esclavo delante de ella; llevar una moneda con su efigie a un prostíbulo; o vender un fundo dentro del cual se hallara enclavada una estatua del emperador. Los castigos a los delincuentes políticos fueron drásticos en aquel entonces; consistieron en la pena de muerte, látigo, flagelaciones y confiscaciones.

A partir de la Revolución Francesa se procuró atemperar el rigor de las sanciones y, salvo contadas excepciones, se han establecido penas bastante benignas para los delitos políticos, incluso han sido reconocidas en su favor concesiones especiales como la no extradición y el derecho de asilo{129}. También en muchos casos es posible conceder amnistías e indultos por estos delitos.

B. EVOLUCIÓN DE LA SANCIÓN DEL

DELITO POLITICO EN COLOMBIA

No existe en la Constitución Política ni en el Código Penal una definición del “delito político”, ni siquiera existe un título en el Código Penal que bajo ese nombre aglutine conductas punibles que puedan ser calificadas de tales. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente han entendido que se trata de aquellos comportamientos que atentan contra el régimen constitucional y legal vigente; aunque en algunas oportunidades se han incluido dentro de ellos las conductas que lesionan los derechos políticos de los ciudadanos{130}, o bien la existencia y seguridad del Estado{131}.

En cuanto a la historia de las sanciones relativas a los delitos políticos en Colombia, debe mencionarse que mediante la Ley 26 de mayo de 1849 fue eliminada la pena de muerte para éstos; abolición que extendió a todos los hechos punibles la Constitución de 1863. Cuando la Constitución de 1886 reimplantó esta pena extintiva, la excluyó expresamente para los delitos políticos. La pena capital finalmente fue prohibida con el Acto Legislativo n.° 3 de 1910, que reformó el artículo 29 de la Constitución de 1886.

La Constitución Política colombiana declaró la improcedencia de la extradición{132} por delitos políticos (inc. 3.° art. 35) y reconoce el derecho de asilo (art. 36). Así mismo prevé, exclusivamente para estos delitos, la amnistía{133} y el indulto{134}.

Respecto a las sanciones previstas en las normas penales debe decirse que, con el tiempo, el quántum punitivo ha incrementado para los delitos políticos y su alcance ha sido acortado por la exclusión del delito complejo{135}. El Código Penal de 1936 reprimió la rebelión con prisión de seis meses a cuatro años; la sedición con arresto de seis meses a tres años; la asonada con confinamiento{136} de seis meses a dos años; la conspiración con confinamiento de seis meses a tres años; la seducción, usurpación y retención ilegal de mando con pena equivalente a la mitad de la prevista para los delitos de rebelión o sedición (arts. 139, 142, 144, 145 y 146). Además excluía la responsabilidad por

las muertes o lesiones causadas en el acto de un combate (art. 141){137}. Fue acogido entonces el criterio del positivismo italiano que consideraba que los delincuentes políticos no representaban mayor peligro, por las metas altruistas que perseguían.

El Decreto 1923 de 1978, más conocido como el “Estatuto de Seguridad”, incrementó en forma considerable la pena para la rebelión, estableciendo para ella pena de presidio{138} de ocho a catorce años.

El Código Penal de 1980 señalaba como pena para el delito de rebelión la de prisión de tres a seis años; para la sedición, arresto de seis meses a cuatro años; para la asonada, arresto de cuatro meses a dos años; para la conspiración, arresto de cuatro meses a dos años, y la seducción, usurpación y retención ilegal de mando, de cuatro meses a dos años. Mantuvo la exclusión de pena para los delitos de rebelión y sedición por los “hechos punibles”{139} cometidos en combate, siempre que no constituyeran actos de ferocidad, barbarie y terrorismo (art. 127).

El Decreto 1857 de 1989 -expedido con fundamento en facultades excepcionales del Ejecutivo durante el estado de sitio declarado en 1984 y adoptado como legislación permanente con el Decreto 2266 de 1991- incrementó la pena del delito de rebelión (prisión de cinco a nueve años); y también la de la sedición (arresto de dos a ocho años).

La Corte Constitucional por medio de sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997, declaró inexequible la exclusión de pena para los rebeldes y sediciosos por los delitos cometidos en combate (art. 127 C. P. 1980){140}, por lo cual hay concurso efectivo entre estos y los de rebelión o sedición{141}.

El Código Penal expedido con el Decreto 599 de 2000, por su parte, estableció como pena para la rebelión la de prisión de seis a nueve años; para la sedición, prisión de 2 a 8 años; la asonada tiene prevista pena de prisión de uno a dos años; la conspiración, prisión de uno a dos años, y la seducción, usurpación y retención ilegal de mando, prisión de uno a dos años.

C. DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO COMÚN Y EL DELITO POLÍTICO{142}

Para distinguir al delito político del delito común se han esbozado tres criterios: uno objetivo, otro subjetivo y, por último, uno mixto o ecléctico.

De acuerdo con el criterio objetivo, se debe tener en cuenta el objeto jurídico afectado y al sujeto pasivo. No obstante, la dificultad ha radicado en concretar el objeto de lesión de los delitos políticos. Para tales efectos han sido expuestos diversos planteamientos; uno de ellos es el que ha considerado que delito político es aquel que ataca el sistema, formas y funcionamiento del gobierno; otra postura aboga por incluir los atentados contra los derechos políticos de los ciudadanos; y uno diverso es el que considera como objeto de los delitos políticos la existencia y seguridad del Estado. La doctrina y la jurisprudencia, por lo general, han optado por considerar que son delitos políticos aquellos que atentan contra la organización y funcionamiento del Estado, de acuerdo con las normas constitucionales{143} las demás conductas serán juzgadas como delitos comunes.

El criterio subjetivo, tiene en cuenta los motivos con los cuales actuó el autor del delito. Esto significa que no hay un delito político per se, sino que cualquier delito de los previstos en el Código Penal puede tener motivación política{144}. Los motivos en el delito político deben ser altruistas, progresistas y de interés común. Son consideradas como delitos comunes aquellas conductas que obedecen a intereses personales o egoístas, como el afán de alcanzar reconocimiento público u obtener beneficios económicos o profesionales. Tampoco quedan comprendidos dentro de los delitos políticos los comportamientos que pretenden regresar a etapas superadas, como sería el de intentar derrocar una democracia para sustituirla por una dictadura. Por último, se descartan como delitos políticos las conductas que pretendan beneficiar a una minoría en contra del interés de la mayoría que apoya al gobierno de turno; ejemplo de ello podría ser, que un grupo de la

aristocracia pretenda derrocar un régimen que protege el interés de las mayorías menos favorecidas económicamente, por haber adoptado leyes y medidas que afectan intereses económicos del primero.

El criterio mixto o ecléctico amplía el criterio objetivo, pues no se limita a examinar el objeto jurídico afectado, sin tener en cuenta las motivaciones de sus agentes, y restringe el alcance del criterio subjetivo al apreciar los objetos jurídicos lesionados, evitando que cualquiera de las conductas descritas en el Código Penal sea considerada como delito político, atendiendo tan solo los motivos de sus autores. A tales planteamientos ha adicionado un criterio más, consistente en el modo de ejecución del delito. Diferente de lo que sucede con el delincuente común, el delincuente político tiene interés en que su conducta tenga "impacto político", esto es, que repercuta en la sociedad, logre adhesiones o simpatías y desestabilice las instituciones estatales. Por lo general, al ejecutar las conductas punibles, el delincuente político distribuye boletines, panfletos y propaganda alusiva a la naturaleza del grupo, sus aspiraciones y su ideología.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, desde el 26 de mayo de 1982, cuando rindió concepto desfavorable a la extradición de Leandro Barozzi {145}, ha sido reiterativa y ha sostenido un criterio mixto o ecléctico{146}.

Las diferencias que existen entre el delito común y el delito político podrían ser sintetizadas así:

1. Por el bien jurídico. Mientras que los delitos políticos afectan el régimen constitucional y legal del Estado, los derechos políticos de los ciudadanos{147}, o bien la existencia y seguridad del Estado{148}, el delito común lesiona cualquiera de los otros intereses jurídicamente tutelados por el Código Penal.

2. Por el objeto material. La conducta punible de los delitos políticos recae sobre el Estado como institución política o los ciudadanos como actores políticos; los delitos comunes pueden materializarse sobre personas, objetos o fenómenos.

3. Por el motivo. El delincuente político actúa por móviles de interés común, altruistas y progresistas; en tanto que el delincuente común realiza el hecho por motivos egoístas, bajo el influjo de estados emocionales o psicológicos alterados, o por venganza.

4. Por su tratamiento judicial y punitivo. El delito político es considerado por la Constitución como una infracción privilegiada que puede ser objeto de amnistías e indultos generales (art. 150 num. 17 C. N.); no admite la extradición (art. 35 inc. 3.° C. N.); está amparada por el derecho de asilo (art. 36 C. N.){149}; no inhabilita para ser congresista (art. 179 num. 1 C. N.), ni para ser magistrado de las altas cortes (art. 232 num. 3 C. N.), y tampoco para ser elegido diputado de Asamblea Departamental (art. 299 C. N.); mientras que el delito común no goza de ninguna de las prerrogativas señaladas.

II. BIEN JURÍDICO

Aunque por lo general las conductas descritas bajo el título XVIII del Código Penal de 2000 lesionan o ponen en peligro varios bienes jurídicos, el objeto de tutela es el régimen constitucional y legal.

Definir qué es el régimen constitucional es una tarea compleja, por comprender todos los elementos estructurales e ideológicos previstos por la Constitución Política para la existencia y funcionamiento del Estado.

Régimen, según una de las acepciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es el "sistema político que rige a una nación", y en otra de sus acepciones también se define como el "conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad".

Un acercamiento al contenido del régimen constitucional como bien jurídico, en el Código Penal, lo proporciona la Carta Política de 1991, cuando consagra al Estado colombiano como una república democrática liberal, con

tendencia socialista, y lo define como un Estado social de Derecho (art. 1.° C. N.){150}.

Estructuralmente, el régimen constitucional otorga unas características técnico-administrativas al Estado colombiano que influyen en el ejercicio del poder estatal; son ellas la centralización política, que reconoce un poder único y central al cual se someten todos los habitantes, y la descentralización administrativa, que radica competencias administrativas en manos de organismos regionales, locales o especializados, de acuerdo con la Constitución y las leyes, por lo cual su autonomía es relativa.

Así mismo, ha sido establecida la división de poderes públicos (art. 113 C. N.), aunque con colaboración armónica para la realización de sus fines. Fue regulado un poder ejecutivo monocéfalo, representado por el Presidente de la República, quien es al mismo tiempo Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. Está prevista la elección democrática del primer mandatario, mediante voto directo de los ciudadanos, lo cual ha permitido que la misma Constitución Política diga que el Presidente de la República "simboliza la unidad nacional" (art. 188). El poder ejecutivo está conformado por el Gobierno Nacional (presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos); las gobernaciones; alcaldías; superintendencias; establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado (art. 115 C. N.).

El poder legislativo es bicameral, integrado por miembros elegidos por voto directo de los habitantes del Estado. Y el poder judicial es independiente, está conformado por fiscales, jueces y magistrados de diferentes jerarquías y especialidades, para lograr una imparcial y efectiva administración de justicia.

Existen órganos independientes como el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación y Defensoría del Pueblo), la Contraloría General de la República y el órgano electoral (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil), cuya misión es garantizar la transparencia de la elección de los servidores públicos,

además de vigilar la gestión y ejecución tanto de la función pública como del gasto público.

Ideológicamente, el régimen constitucional predica la igualdad sustancial de los habitantes, sin que admita superioridad de unos sobre otros; así mismo, reconoce el predominio de los valores individuales sobre los colectivos, principios estos propios del Estado liberal. Por último, al definir al Estado como social le impone dar prevalencia a la dignidad humana, con lo cual, al cumplir el deber de lograr un orden político, económico y social justo, ha de satisfacer las necesidades colectivas e individuales de carácter económico y social.

La integridad, permanencia y cabal funcionamiento de esa estructura e ideología del régimen constitucional colombiano es, en principio, el objeto de protección del título XVIII del Código Penal; atentar por medio de la violencia en contra de ellas es conducta punible.

En cuanto al régimen legal, como bien jurídico, debe decirse que en un Estado de Derecho como el colombiano y en un mundo globalizado como el contemporáneo la legalidad es apenas un componente de la constitucionalidad.

Desde las dos últimas décadas del siglo XX la Constitución ha sido la regente del ordenamiento jurídico, desplazando el papel protagónico que tuvo la ley durante el siglo XIX y la mayor parte del xx. En aquella época, cada rama del Derecho (penal, civil, administrativa, etc.) tenía autonomía legal y aplicaba sus principios generales del Derecho en caso de lagunas normativas. Hoy, la creciente constitucionalización del Derecho y la permeabilización de las normas constitucionales a tratados y convenios internacionales que integran el “bloque de constitucionalidad”{151} han dado a la ley el papel de ejecutora de los mandatos constitucionales. Los principios generales del Derecho, por su parte, han sido constitucionalizados para dar uniformidad en su contenido a todas las ramas del Derecho. Como lo anota Louis Favoreau:

... pasando de la legalidad a la constitucionalidad, poniendo en primer plano esta última noción más amplia y de alcance más vasto puesto que incluye las leyes y su campo de aplicación, el proceso de decisión se hace más democrático y más transparente, en el sentido de que la exigencia de constitucionalidad incrementa la necesidad de un debate público y democrático.

Las normas constitucionales en forma progresiva devienen el fundamento común de las distintas ramas de Derecho. Por esto, los principios generales del Derecho, que tenían la tendencia a desarrollarse de manera autónoma en cada disciplina o materia, pierden poco a poco su importancia, en beneficio de las normas constitucionales.

Las cosas ya no son como antes. La ley era “la medida” suprema; hoy es la Constitución. En otros tiempos se hablaba del principio de legalidad; hoy se habla del principio de constitucionalidad{152}.

Implica lo antes expuesto que atentar contra el régimen legal es poner en peligro el régimen constitucional. Impedir el cumplimiento de los mandatos constitucionales al gobierno y a las demás autoridades públicas viola la ley que dispone cumplirlos, con lo cual se lesionan tanto el régimen legal como el constitucional. Estas conductas son sancionadas por el Código Penal en el título que nos ocupa.

Como reflexión final podría decirse que el régimen constitucional y legal vigente en Colombia, desde una perspectiva normativa, contiene todos los elementos necesarios para lograr el equilibrio social, político y económico, que haría posible el progreso igualitario de todos los habitantes y una calidad de vida digna para ellos. No ha sido planteado hasta ahora en el mundo un sistema político mejor, al punto que ha sido el adoptado por la mayoría de los países que conforman el planeta. De seguro quien lo atacará para sustituirlo por uno autoritario,

abusivo, inequitativo e injusto sería calificado de retrógrada y no de revolucionario, con lo cual carecería de cualquier respaldo mayoritario. Desde esta perspectiva, las disidencias que sanciona el título XVIII del Código Penal no deberían ser contra las normas, sino contra quienes representan las instituciones políticas del Estado, quienes no permiten hacer efectivos los mandatos constitucionales y legales para lograr la paz y justicia social que demandan los ciudadanos{153}. Con estos criterios se propone interpretar el bien jurídico tutelado.

III. DESCRIPCIONES COMPORTAMENTALES

A. REBELIÓN

Describe así la conducta el artículo 467 del Código Penal:

Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirán en prisión de seis (6) a nueve (9) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El delito solo admite la coautoría, no la autoría individual directa o inmediata. En tal calidad pueden intervenir particulares o servidores públicos, pero a estos últimos se incrementará la pena hasta en una tercera parte (art. 473 C. P.).

Parte de la doctrina ha dicho que la rebelión es un tipo plurisubjetivo de convergencia, por cuanto las voluntades de los múltiples autores confluyen en un fin común{154}. Esto no es más que la realización conjunta y de mutuo acuerdo que define a la coautoría, a la cual se aplica el principio de imputación recíproca, en virtud del cual todo lo que haga uno de los coautores es imputable a todos los demás{155}. Un elemento fundamental para llegar a esta conclusión es que tanto en la rebelión como en la sedición hay una organización de personas, aunque sea incipiente, en la cual acuerdan las acciones a realizar y los objetivos que pretenden alcanzar. De alguna manera se establece una jerarquía y una división de trabajo entre los diferentes participantes, para lograr las pretensiones comunes.

De acuerdo con las teorías objetivo formal y de dominio del hecho, es autor quien realiza la conducta descrita en el tipo penal y tiene la capacidad de detener o interrumpir su ejecución{156}. Los coautores de la rebelión deben cumplir estos requisitos, además de los propios de la coautoría, como son el acuerdo común, la división del trabajo criminal y la importancia del aporte (teoría objetivo- material) (art. 29 inc. 2.° C. P.){157}.

A los coautores de la rebelión es común el propósito de derrocar al Gobierno Nacional, o bien el de sustituir o modificar el régimen constitucional o legal vigente; y deben haber acordado expresa o tácitamente que lo harían por medio de las armas. Por ello la actividad que desarrollen para lograr tales propósitos no siempre consiste en el empleo de armas por todos y cada uno de ellos, pues existen labores logísticas que son importantes para el éxito de las acciones y que constituyen aportes trascendentales. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

Es entonces evidente que si no hay armas de por medio no se puede pensar jamás en la existencia de un delito de rebelión, pero lo anterior no quiere decir que todos los miembros de un grupo guerrillero tengan que ser combatientes para que se los pueda considerar rebeldes; basta con que se pertenezca al grupo subversivo y por dicha razón les sean encomendadas labores de cualquier naturaleza, tales como de financiamiento, ideológicas, de planeación, reclutamiento, publicidad, relaciones internacionales, instrucción, adoctrinamiento, comunicaciones, inteligencia, infiltración o cualquier otra actividad que nada tenga que ver con el uso de las armas, pero que sea un instrumento idóneo para el mantenimiento, fortalecimiento o funcionamiento del grupo subversivo para que se entienda que se puede dar el calificativo de rebelde a quien tales actividades realiza, porque la exigencia típica de las armas se da con las que utiliza el grupo rebelde al que se pertenece{158}.

La coautoría con división de trabajo o impropia compromete la responsabilidad penal de todos en la rebelión; no obstante, lo que exceda el mutuo acuerdo y las consecuencias necesarias que se desprenden del empleo de las armas descarta la imputación recíproca. Que la rebelión en su descripción típica exija el empleo de armas compromete al coautor por los delitos que se cometan con ellas, como muertes, lesiones personales y daño en bienes ajenos, pues son consecuencias previsibles y probables de la utilización de tales elementos, que él deja libradas al azar; en estos casos responderá a título de dolo eventual por tales conductas punibles (art. 22 C. P.). No podrán serle atribuidas, en cambio, las conductas que ejecuten los demás coautores que no sean consecuencia previsible y probable de la rebelión, como hurtos, extorsiones, secuestros, etc.; a menos que haya consentido expresa o tácitamente en la comisión de ellas.

La responsabilidad de los coautores en la rebelión inicia con los actos ejecutivos propios de ésta que comprenden el empleo de las armas para obtener las finalidades propuestas. El mero acuerdo para cometer el delito, que

sería un acto preparatorio de la rebelión, está sancionado independientemente en el artículo 471 del C. P. como conspiración. En caso de que incurran en el delito de rebelión no responderán por el de conspiración por ser un acto copenado previo o anterior de aquel se aplicará el principio de subsidiariedad{159}.

Punitivamente, los coautores incurrirán en la pena prevista para el delito de rebelión, como lo señala el último inciso del artículo 29 del C. P. No obstante, el artículo 470 del C. P., que es un tipo subordinado que agrava punitivamente el tipo básico, aumenta la pena imponible{160} hasta en la mitad para quienes promuevan la rebelión, la organicen o la dirijan. Los promotores, organizadores y directores de una rebelión son verdaderos coautores. El aporte de los promotores puede consistir en iniciar o impulsar el movimiento rebelde; adoctrinar a quienes dirigirán la rebelión; o bien estimular a los sectores descontentos de la población. La importancia de su aporte y el dominio funcional del hecho impiden catalogarlos como determinadores. Por su parte, los organizadores desarrollan el proyecto de rebelión, coordinan a los distintos integrantes del movimiento, alistan los elementos y la logística necesarios; su aporte también es fundamental y tienen dominio funcional del hecho. Los directores guían, instruyen, disponen, dan órdenes y las revocan; desempeño que denota su importancia y dominio sobre la acción{161}. Las calidades de promotor, organizador y director pueden recaer en la misma persona, pero ello no justifica aplicar más de una vez la agravante prevista en la norma citada.

La autoría mediata puede presentarse cuando se ejerce coacción (vis compulsiva){162} sobre una o varias personas para que, utilizando armas, inicien acciones encaminadas a lograr los propósitos señalados en la descripción típica. También habrá autoría mediata cuando es provocado o aprovechado el error de tipo o de prohibición invencible en el cual se encuentra el instrumento; como cuando éste piensa que su conducta no está dirigida contra el Gobierno Nacional o el régimen constitucional o legal vigente, o bien obra con el convencimiento de que su conducta no está prohibida, o se encuentra justificada. Por último, habrá autoría mediata cuando el agente para la ejecución de su conducta se valga de inimputables. Es necesario que los instrumentos no obren con dolo, y tampoco pueden estar

vinculados a un aparato de poder (un grupo armado disidente, por ejemplo), porque en tales casos podrían ser considerados coautores.

Un aspecto que debe destacarse es que, a pesar de tratarse de un delito que exije la pluralidad de personas para su ejecución, no es descartable la participación de determinadores y de cómplices; estos pueden ser particulares o servidores públicos, sin que haya una circunstancia de agravación especial para estos últimos cuando son partícipes, como sí sucede cuando son coautores (art. 473 C. P.){163}.

El determinador puede generar (por mandato, instigación, inducción, orden, consejo) la idea en otros de ejecutar la conducta descrita en el tipo penal de rebelión, o reforzarla; pero carece del dominio del hecho. Su influencia sobre los coautores debe haber sido trascendental; en caso contrario habría complicidad por reforzamiento de la voluntad. Así mismo, si la manifestación de quien ordena es un aporte fundamental para la ejecución del hecho, no habrá determinación sino coautoría.

La responsabilidad del determinador inicia con los actos ejecutivos propios de la rebelión, que implican el empleo de las armas con el objeto de derrocar el Gobierno Nacional o bien, modificar o sustituir el régimen constitucional o legal vigente. Si esto no llegare a suceder, el principio de accesoriedad limitada impide atribuir responsabilidad alguna al determinador. Significa lo anterior que la sola instigación no hace responsable a la persona como determinadora del delito de rebelión; a menos que incite a cometerlo directa y públicamente, caso en el cual incurrirá en el delito de instigación a delinquir previsto en el artículo 348 del C. P., que protege el bien jurídico de la seguridad pública. Téngase en cuenta que si se consuma el delito de rebelión no podrá concursar con el de instigación a delinquir, por cuanto éste es un acto preparatorio de aquél (principio de subsidiariedad).

Es posible también la determinación en el delito de conspiración (art. 471 C. P.), al crear en otros la idea de ponerse de acuerdo para cometer delito de rebelión o sedición, pero esta conducta queda subsumida en el delito

de rebelión si este último se consuma, pues el primero es tan solo un acto copenado previo o anterior de aquel.

Es pertinente anotar que si el determinador dirige su conducta a personal de las fuerzas armadas, pretendiendo su participación en el delito de rebelión, responderá por el delito previsto en el artículo 472 del C. P.: “El que, con el propósito de cometer delito de rebelión o sedición, sedujere personal de las fuerzas armadas.”. Este tipo penal podrá concursar con el de rebelión si también ha determinado a particulares u otros servidores públicos para que incurran en esta conducta.

De otra parte, el determinador responderá penalmente tanto por el delito de rebelión como por aquellos delitos que sean consecuencias necesarias de aquel, tal como se expuso respecto de los coautores y con las mismas restricciones.

La configuración de la complicidad en el delito de rebelión podría dificultarse por el amplio alcance que ha dado la Corte Suprema de Justicia a la coautoría, en la cual prácticamente se ha considerado trascendental cualquier actividad que desarrolle la persona dentro de un grupo armado revolucionario. No obstante, debe precisarse que la diferencia entre el coautor y el cómplice es justamente que éste no está adscrito a un grupo de tales características, no forma parte de él, por lo cual no hace un aporte importante a la causa, ni tiene dominio del hecho; tan solo presta una contribución o ayuda anterior, concomitante o posterior, previo acuerdo con los autores del ilícito. Ejemplo de complicidad es la acción del simpatizante que, con previo acuerdo, guarda o esconde las armas que se emplearán o fueron utilizadas por los autores; o la de quien consigue los pasamontañas que serán empleados durante un ataque armado; o la de quien confecciona las prendas de camuflaje.

También el cómplice puede intervenir en la conspiración (art. 471 C. P.) y contribuir a otros para que se pongan de acuerdo para cometer delito de rebelión o sedición; pero al igual que sucede con los coautores y determinadores, esta conducta queda subsumida en el de rebelión si este último se consuma, pues el primero es tan solo un acto copenado previo o anterior de aquel.

2. CONDUCTA

Consiste en pretender derrocar al Gobierno Nacional, o pretender sustituir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, mediante el empleo de las armas{164}. Es conducta compuesta alternativa o acumulativa, pues puede perseguirse uno de los fines propuestos (ingredientes subjetivos), dos de ellos, o todos.

El verbo rector pretender, que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa “querer conseguir algo” y “hacer diligencias para conseguir algo”, indica que se trata de un delito de mera conducta y de peligro o de “resultado cortado”{165}. Lo primero, porque sanciona la sola pretensión para obtener las finalidades propuestas, independientemente de su logro, siempre que se haga empleo de las armas; y lo segundo, porque esas pretensiones tan solo amenazan o ponen en peligro el bien jurídico, sin que efectivamente lo lesionen. Si fuera exigido tal resultado, una vez derrocado el Gobierno Nacional y suprimidos o modificados los regímenes constitucional o legal no habría quien castigara a los vencedores. Precisamente el rebelde es juzgado por haber fracasado en su intento de desplazar a quien tiene el poder; si su suerte hubiese sido distinta, quienes lo acusan no habrían tenido la posibilidad de someterlo. En este punto es oportuna la anécdota que los penalistas mexicanos Luis Garrido y José Angel Ceniceros citan de Macedo , y que a su vez el maestro Luis Carlos Pérez transcribe en su texto:

Se celebraba en la Iglesia de San Miguel de París la fiesta del santo y sobre la puerta apareció el siguiente letrero, humorístico al parecer, pero de contenido valioso como el de cualquier definición: “Hoy es la fiesta del admirable Arcángel que arrojó al diablo del cielo: si el diablo hubiera arrojado a San Miguel, hoy sería la fiesta del diablo”{166}.

El delito de rebelión es de ejecución permanente, con lo cual el proceso consumativo se extiende hasta el momento en el cual pongan fin a su conducta{167}.

Desde la perspectiva del verbo rector, difícilmente es admisible la tentativa. Pero que el acto preparatorio de ponerse de acuerdo para cometer delito de rebelión sea sancionado como delito autónomo por el artículo 471 del C. P. (conspiración) evidencia que existe un iter criminis cuyos actos ejecutivos empezarían con el empleo de las armas. Vistas así las cosas, bien puede presentarse la tentativa inacabada, cuando las autoridades interrumpen un movimiento colectivo armado encaminado a derrocar el Gobierno Nacional, por ejemplo. Entonces, no puede ser descartada de plano la posibilidad de rebeliones tentadas.

Explicado el régimen constitucional y legal que los autores pretenden sustituir o modificar, resta concretar otro de los ingredientes normativos: se trata del gobierno nacional, cuyo derrocamiento es pretendido. El inciso 2.° del artículo 115 del C. N. aclara que el Gobierno Nacional "está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos". Con tal concreción, se descarta la adecuación típica en el delito de rebelión de las pretensiones de derrocar a mandatarios departamentales o locales, que bien podrían tipificarse en el delito de sedición (art. 468 C. P.).

Es preciso referirse al "empleo de las armas" como circunstancia modal de la conducta; para ello debe recordarse lo dicho en la introducción a este escrito, respecto a que la protesta pacífica no es objeto de sanción penal y las razones que se expusieron. El artículo 467 del C. P., que describe el delito de rebelión, es claro al exigir que las armas sean empleadas como medio para lograr alguno o todos los fines propuestos por los agentes. Esto significa que las armas deben estar en poder de los autores, aunque no se utilicen desde el principio. No podrá ser calificada de rebelión una manifestación de personas que carecen de armas, aunque sus integrantes tengan el claro propósito de obtenerlas con posterioridad, por algún medio.

En cuanto a la clase de armas que son idóneas para la rebelión, Luis Carlos Pérez dice:

Por armas no debe entenderse para el delito de rebelión todas las cosas con que pueda causarse daño a la integridad física de las personas, verbigracia, los garrotes, cuchillos e instrumentos de labranza. Estas tienen idoneidad en los ataques de hombre a hombre, pero no en la acción colectiva contra un gobierno o un sistema constitucional. Para este efecto, armas son las de fuego, de cualquier potencialidad y alcance{168}.

3. ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Uno de los aspectos a analizar en este lugar es la idoneidad de la conducta para poder considerarla como rebelión. Con tal propósito debe examinarse el número de coautores y partícipes, las armas empleadas y la organización. No es la cantidad de personas la que pone en peligro el bien jurídico tutelado, pues depende de las armas con las cuales pretendan derrocar al Gobierno Nacional o sustituir o modificar el régimen constitucional o legal vigentes. El solo empleo de algunas armas por un grupo de personas, o el uso de armas no idóneas para alcanzar el fin propuesto, aunque intervenga un gran número de personas, no se adecuan sin más reflexiones al delito de rebelión, faltaría examinar si han puesto “efectivamente” en peligro, sin justa causa, el bien jurídico tutelado (art. 11 C. P.).

Por último, la organización del grupo de personas es un importante punto de análisis. No cualquier reunión tumultuaria, aunque algunas personas tengan armas, puede considerarse como rebelión. Sus integrantes, a más de cumplir con las exigencias propias de la coautoría, a las cuales ya se hizo alusión, deben reunir como grupo los requisitos objetivo, subjetivo y de impacto enunciados en el acápite de los delitos políticos; y, además, debe examinarse si tal reunión de personas efectivamente pone en peligro el bien jurídico tutelado. No pueden ser calificados como rebeldes, sin más, quienes participan en paros cívicos, huelgas o manifestaciones, sin verificar los aspectos mencionados.

4 . CONEXIDAD SUSTANCIAL Y

CONCURSO DE TIPOS PENALES

Tal como está regulada la rebelión en el Código Penal vigente, y excluido el delito complejo con la discutible sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997, ya citada, debe concluirse que, en principio, hay concurso real o efectivo entre la rebelión y sus delitos conexos{169}. Establecer la conexidad sustancial (teleológica, consecuencial u ocasional) de otras conductas punibles con el delito político de rebelión es un aspecto trascendental para establecer si pueden beneficiarse de las regulaciones especiales atinentes al indulto, la amnistía, el asilo y la extradición{170}.

Como bien lo dice Luis Carlos Pérez , casi nunca las rebeliones y sediciones se presentan aisladas de los delitos comunes{171}. Las pretensiones de derrocar al Gobierno Nacional y modificar o sustituir los regímenes constitucional o legal, son expresadas por medio de diversas conductas que constituyen otros hechos ilícitos. Un ejemplo de ello es que, por lo general, las armas empleadas en la rebelión no tienen el permiso de la autoridad competente, con lo cual los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego de defensa personal y de uso exclusivo de las fuerzas armadas, así como de sus municiones (arts. 365 y 366 C. P.), concursarán efectivamente con el de rebelión, ya que éste no recoge el desvalor de tales ilícitos contra la seguridad pública{172}. Lo mismo sucede con los delitos de homicidio y lesiones personales, pues la utilización de armas trae como consecuencia que estos resultados puedan presentarse; pero debe aclararse que habrá conexidad con la rebelión, siempre que las víctimas de tales ilícitos sean combatientes{173} y no la población civil{174}.

Otras actividades, como el apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo (art. 173), el acceso abusivo a un sistema informático (art. 195), la violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial (art. 196), la utilización ilícita de equipos

transmisores o receptores (art. 197), la violación de la libertad de trabajo (art. 198), el hurto (art. 239), el acceso ilegal a los servicios de telecomunicaciones (art. 257), la usurpación de tierras (art. 261), la usurpación de aguas (art. 262), la invasión de tierras (art.263), el daño en bien ajeno (art. 265), la falsedad en documentos (arts. 286 a 296), el lavado de activos (art. 323), el testaferrato (art. 326), el enriquecimiento ilítico (art. 327), la existencia, construcción y utilización ilegal de pistas de aterrizaje (art. 385), la violencia contra servidor público (art. 429), la perturbación de actos oficiales (art. 430), el encubrimiento (arts. 446 y 447), la fuga de presos (art. 448), el menoscabo de la integridad nacional (art. 45), la hostilidad militar (art. 456) y el espionaje (art. 463), son conductas punibles que tienen conexidad ideológica, consecuencial u ocasional, con el delito de rebelión.

En cambio, hay otros delitos que no tienen ninguna conexidad con el delito político de rebelión y, por ende, no pueden beneficiarse de su tratamiento privilegiado. Son ellos: el genocidio (art. 101); los delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (arts. 135 a 164); la desaparición forzada (art. 165); el secuestro{175} (arts. 168 a 170); la tortura (art. 178); el desplazamiento forzado (arts. 180 y 181); el tráfico de personas (art. 188); los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (arts. 205 a 219B); la extorsión{176} (arts. 244 y 245); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 328 a 339); el terrorismo (art. 343 y 344) y el tráfico de estupefacientes (arts. 375 a 384). Por estas conductas no puede concederse amnistía ni indulto; puede negarse el asilo y concederse la extradición.

Debe señalarse también que no habrá concurso real o efectivo, sino aparente, de la rebelión con el concierto para delinquir (art. 340), por ser un acto preparatorio de aquel, o delito de tránsito (principio de subsidiariedad); además debe recordarse que ya la coautoría exige el acuerdo previo. Lo mismo habrá que decir de la instigación a delinquir prevista como un delito contra la seguridad pública (art. 348 inc. I.°), que puede ser concebida como un acto preparatorio de la rebelión, por lo cual habría concurso aparente entre estas dos conductas que se resolvería por el principio de subsidiariedad. Igual consecuencia ha de predicarse del delito de conspiración.

5. CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

Ha sido planteada por algunos doctrinantes la exclusión de responsabilidad por el delito de rebelión cuando es dirigido contra regímenes minoritarios o de facto, pues sus agentes actúan a título de defensa colectiva, o de público estado de necesidad{177}.

También han sido distinguidos los actos individuales de los agentes de la administración que obran en contra de la ley y los procederes generales de la administración. En el primer caso, es legítimo que cualquier ciudadano se resista por la fuerza al acto de un agente que obra con violación de la ley; en tal caso estaría amparado por la legítima defensa o el estado de necesidad, según sean las circunstancias en que ocurran los hechos. En tratándose de los procederes generales de la administración, manifiesta Duguit , “todo gobierno que de un modo permanente hace leyes atentatorias al derecho superior que se impone al Estado, o que deja ejecutar actos arbitrarios en violación de las leyes existentes, es un gobierno tiránico, que falta a su misión, y el pueblo que se rebela contra él y lleva a cabo una revolución para derribarlo, realiza, indudablemente, un acto legítimo”{178}

Los miembros de los grupos armados rebeldes no pueden alegar el cumplimiento de un deber ni de orden legítima de autoridad competente, pues, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

Los dirigentes de los grupos subversivos no tienen la condición de autoridad legítima, ni quienes militan en estas organizaciones cumplen deberes legales, como para pensar que los procesados actuaron amparados por las causales de justificación previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 29 del Código Penal (1980), al ejecutar los hechos investigados.

La coacción ajena, el miedo insuperable, el error de tipo y el error invencible de prohibición son causas que pueden absolver de responsabilidad a los autores de la rebelión, una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos que exige la ley para cada una de ellas (art. 32 nums. 8 a 11 C. P.).

B. SEDICIÓN

El artículo 468 del Código Penal describe la conducta así:

Los que mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes, incurrirán en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a cien (ioo) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

I. SEMEJANZAS CON LA REBELIÓN

Muchos de los aspectos estudiados en la rebelión son comunes a la sedición, por lo cual habrá que remitirse a ellos. Así, en la sedición el sujeto activo también es plural, es decir se exige la coautoría; se admite la autoría mediata y la participación de determinadores y cómplices; a quienes intervengan como promotores, organizadores o dirigentes se les aumentará la pena imponible para el delito de sedición en la mitad (art. 470 C. P.); a los servidores públicos cuando intervienen como coautores se les agrava la pena en la proporción señalada por el artículo 473 del C. P.; el verbo rector es pretender; el empleo de las armas es también una circunstancia modal de la conducta; es delito de resultado cortado o de peligro; de mera conducta; de ejecución permanente, hasta tanto cesen en su conducta; es

posible la tentativa (especialmente la inacabada), y admite la conexidad y el concurso material con otras conductas punibles, en los mismos términos ya expuestos para el delito de rebelión.

2. DIFERENCIAS CON LA REBELIÓN

La sedición se caracteriza por pretender impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente. Esa transitoriedad es bien diversa a la permanencia en el cambio de régimen o de gobierno nacional que se pretende con la rebelión. Es entonces este aspecto del ingrediente subjetivo del delito de sedición el que marca una de las diferencias con la rebelión.

Como bien lo señaló la Corte Constitucional en sentencia C-009 del 17 de enero de 1995, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa:

Mediante la sedición ya no se persigue derrocar al Gobierno Nacional, ni suprimir el régimen constitucional o legal vigente, sino perturbar la operatividad jurídica [...]

Es común la concurrencia de la rebelión y de la sedición, por cuanto ambos son delitos políticos, y requieren de grupos de personas como agentes; además suponen el levantamiento armado. Sin embargo, cabe hacer entre los dos tipos penales, una diferencia: la rebelión, propiamente hablando, busca una sustitución de la clase dirigente, total o parcialmente [...] En cambio, la sedición ataca la operatividad de los poderes públicos, impidiendo el desarrollo constitucional o legal...

El ingrediente subjetivo en ambos delitos difiere en su contenido; mientras en la rebelión se persigue derrocar al Gobierno Nacional o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, que tienden a la permanencia, en la sedición se pretende impedir el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente, de manera transitoria.

El objeto material también difiere parcialmente: la conducta de la rebelión puede recaer también sobre el Gobierno Nacional, lo cual no sucede en la sedición.

3. CASO ESPECIAL DE CONCURSO APARENTE

Hay concurso aparente entre la perturbación de actos oficiales por medio de violencia (art. 43o inc. 2.° C. P.) y la sedición. El delito de perturbación de actos oficiales por medio de la violencia es monosubjetivo, la asonada, como ya se ha dicho, es plurisubjetivo. La conducta sancionada en el primero es la de tratar de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier autoridad pública, o pretender influir en sus decisiones o deliberaciones; que en últimas son formas de impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente. Lo anterior indica que el delito de perturbación de actos oficiales por medio de violencia es un hecho acompañante de la sedición, que el legislador tuvo en cuenta cuando redactó su descripción típica; el concurso aparente entre las dos conductas se resuelve por el principio de consunción{179}.

C . ASONADA

La conducta punible es descrita por el artículo 469 del C. P:

Los que en forma tumultuaria exigieren violentamente de la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones, incurrirán en prisión de uno (I) a dos (2) años.

I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

El sujeto activo es plural, pero difícilmente puede plantearse para este delito la coautoría, como quiera que la exigencia de que se haga en forma tumultuaria descarta la convergencia o acuerdo para lograr un fin común.

La forma tumultuaria implica confusión, desorden y alboroto causado por una multitud de personas. No hay una organización ni siquiera incipiente como en la rebelión o la sedición.

Se trataría más bien de un caso de autoría accesoria o paralela o simultánea{180}, en el cual varias personas, sin acuerdo previo ni concomitante, coinciden en coaccionar a la misma autoridad. El plus de ilicitud y el desvalor de la acción para cada uno de ellos consiste en adherir el propio actuar violento al de otras personas que están actuando en igual forma y con el mismo objetivo. Una consecuencia importante de esta autoría accesoria es que no se aplica el principio de imputación recíproca, por no existir interdependencia funcional o división de trabajo entre los diversos autores.

Pueden intervenir particulares o servidores públicos. Cuando estos últimos sean autores, se les aplicará la circunstancia de agravación prevista en el artículo 473 del C. P.

La autoría mediata no es descartable, si opera sobre uno o varios de los integrantes de la asonada.

La participación de determinadores y de cómplices, que intervengan frente a uno o varios de los autores, también es

posible. Pero, por los principios que rigen esta forma de intervención en la conducta punible, especialmente el principio de accesoriedad, su responsabilidad depende de que una pluralidad de personas, entre las cuales se encuentren aquellas a quienes determinaron o prestaron su colaboración, den inicio a los actos ejecutivos de la asonada. Así mismo, solo responderán por aquel delito para el cual determinaron o en el cual prestaron colaboración, o los que puedan catalogarse como consecuencias necesarias; no se les podrán imputar los actos realizados por otros autores, ni los excesos de la persona con la cual se vincularon como partícipes{181}. Son consecuencias necesarias de la asonada las lesiones personales o los daños en bienes ajenos; no lo son los hurtos, homicidios, secuestros o extorsiones. Los partícipes podrán responder por los primeros a título de dolo eventual; pero no por los últimos, a menos que hayan determinado a su comisión o colaborado en ellos.

2. CONDUCTA

La conducta punible consiste en exigir en forma tumultuaria y violenta a la autoridad la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones.

El verbo rector exigir, por sí mismo, carece de ilicitud; esta característica se la dan las circunstancias modales con las cuales es ejecutada la conducta, son ellas, hacer tal exigencia en forma tumultuaria y violenta. Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

Es claro que no cualquier aglutinación de personas, que tenga por finalidad promover un propósito común o expresar una inconformidad sectorial, pueda interpretarse o calificarse de aglomeración tumultuaria [...]

Imprescindiblemente, para que se concrete la figura típica en referencia debe mediar una concreta y específica exigencia a la autoridad pública la que se pretende satisfacer a través de mecanismos violentos, es decir, con el empleo de la fuerza{182}.

La violencia de esa multitud alborotada, que puede o no valerse de armas, acudir a amenazas o a intimidaciones contra las autoridades, constituye un riesgo para el adecuado funcionamiento del régimen legal{183}. Por ello se trata de un delito de mera conducta y de peligro, pues no exige la norma que el servidor público se allane a la voluntad de la muchedumbre.

La asonada es también de ejecución permanente, por cuanto que su consumación se prolonga hasta cuando cesen las exigencias tumultuarias y violentas descritas por la norma.

El objeto material de este delito es la autoridad{184} a quien se exige en forma violenta la ejecución u omisión de algún acto propio de sus funciones. Este último aspecto, que es fundamental para la adecuación típica de la conducta, invoca la necesidad de verificar que lo exigido por la multitud corresponda a lo que debe hacer u omitir el servidor público; en caso de que no sea así, habrá atipicidad relativa de la conducta en el delito de asonada, pero la subsidiariedad expresa del constreñimiento ilegal permitirá encuadrar la conducta de los autores individualizados en este delito (art. 182 C. P.).

3. ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Hacer peticiones a las autoridades por motivos de interés general o particular y obtener pronta resolución es un derecho fundamental constitucionalmente protegido (art. 23 C. P.), pero para que goce de tal protección es preciso que se hagan en forma respetuosa. Tampoco es antijurídico

hacer manifestaciones públicas, pues este es también un derecho fundamental previsto por la Carta Política (art. 37), pero han de hacerse pacíficamente. Significa lo expuesto que el desvalor de la acción no se encuentra en la conducta de hacer peticiones, ni en hacerlo por medio de manifestaciones públicas, sino en el modo como ellas se hacen, esto es, en forma tumultuaria y violenta.

Para determinar la antijuridicidad material de la conducta, debe establecerse su idoneidad para poner en peligro concreto el bien jurídico tutelado (art. II C.P.). Los aspectos que deben ser tenidos en cuenta para tales efectos son el número de personas que integran ese tumulto; la violencia con la cual actúen respecto a la autoridad contra la cual se dirigen; además de la presencia y protección que tenga esta última.

La relevancia de cada uno de los aspectos mencionados frente a la integridad del bien jurídico tutelado, debe examinarse ex ante y en cada situación concreta. Por ejemplo, no se coloca en riesgo el bien jurídico si la autoridad no se encuentra presente en el lugar, aunque la multitud realice exigencias en forma violenta; tampoco cuando la autoridad a la cual se hacen tales exigencias no corre ningún peligro porque está bien protegida por un grupo de escoltas o miembros de la fuerza pública que duplican o triplican el número de manifestantes. En lo que atañe a la violencia empleada, debe determinarse si es o no suficiente para intimidar a la autoridad contra la cual se dirige: una actitud agresiva con los puños o unos empujones, pueden ser vistos por un miembro armado de la fuerza pública como inofensivos, pero en otras circunstancias pueden ser apreciados como actos violentos.

4. CONCURSO DE TIPOS PENALES

El empleo de la violencia, por lo general, traerá consigo la ejecución de conductas que pueden lesionar otros bienes jurídicos; en estos casos habrá concurso efectivo de tipos penales. Tal situación puede presentarse, a manera de ejemplo, con las siguientes conductas: el homicidio (arts.

103, 104, 105 y 109); las lesiones personales (arts. iii a 121); la violación de habitación ajena (art. 189); la violación al lugar de trabajo (art. 191); las injurias por vías de hecho (art. 226); el daño en bien ajeno (art. 265); el incendio (art. 35o); la perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial (art. 353); el daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles (art. 357); el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos (art. 359); el porte de armas de fuego de defensa personal o de uso privativo y sus municiones (arts. 365 y 366).

Existe concurso aparente con el constreñimiento ilegal (art. 182), que se resuelve por el principio de subsidiariedad (expresa).

Con la violencia contra servidor público (art. 429) también hay concurso aparente. A diferencia de éste, que es monusubjetivo, la asonada es plurisubjetivo. Además, el objeto material es más amplio que el de la asonada; la conducta del primero recae sobre servidor público; la del segundo, sobre la autoridad. La conducta sancionada en el primero es la de ejercer violencia contra servidor público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales. Lo anterior indica que al ser redactado el delito de asonada el legislador tuvo en cuenta la ilicitud prevista en el delito de violencia contra servidor público, que es un hecho acompañante de aquel. Por ende, el concurso aparente es resuelto por el principio de consunción{185}.

5. CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

Si por parte de la autoridad hay una agresión injusta, puede plantearse la legitimidad de la defensa, lo cual excluirá la responsabilidad de quien así actúa, siempre que se reúnan los demás requisitos exigidos por la ley y la doctrina para su procedencia (art. 32 num. 6). De la misma manera, puede admitirse el estado de necesidad si a cabalidad se reúnen las condiciones para su reconocimiento (art. 32 num. 7).

La coacción ajena, el miedo insuperable, el error de tipo y el error invencible de prohibición también son causas que pueden absolver de responsabilidad a los autores de la asonada, una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos que exige la ley para cada una de ellas (art. 32 nums. 8 a 11).

D. CONSPIRACIÓN

El artículo 471 del C. P. describe la conducta en los siguientes términos:

Los que se pongan de acuerdo para cometer delito de rebelión o de sedición, incurrirán, por esta sola conducta, en prisión de uno (I) a dos (2) años.

I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Como en la rebelión y la sedición, el sujeto activo de la conducta es plurisubjetivo de convergencia. Todos serán coautores de esta conducta punible que no admite la autoría individual directa o inmediata. Se aplica el principio de imputación recíproca, el cual trae como consecuencia que todo lo que haga uno de los coautores es imputable a todos los demás, pues se trata de un plan común. Aunque sea uno el que elabore los planos, otro el plan de ingreso a una instalación oficial, otro el que obtenga las horas de recorrido de los vigilantes, por ejemplo, todos responden por la totalidad. Significa lo anterior que en este delito también hay una organización del grupo, aún incipiente.

La responsabilidad de los coautores en la conspiración inicia con la exteriorización del acuerdo, pues los pensamientos e

ideas no son punibles en sistemas penales que sancionen el acto y no al autor.

Pueden ser conspiradores tanto los particulares como los servidores públicos, solo que a estos últimos se les incrementará la pena hasta en una tercera parte, como lo establece el artículo 473 del C. P., cuando sean coautores, no partícipes.

La autoría mediata puede presentarse cuando es ejercida coacción, en este caso el instrumento no está de acuerdo y por ello no puede ser coautor de la conspiración. También cuando es provocado o aprovechado un error de tipo o de prohibición invencible en el cual se encuentra el instrumento, el hombre de atrás es autor. Igual consecuencia sucede cuando son utilizados inimputables.

También es posible la determinación para cometer este delito, como cuando el instigador crea en otros la idea de ponerse de acuerdo para cometer delito de rebelión o sedición, o la refuerza. Pero, como ya se dijo, esta conducta queda subsumida en los delitos de rebelión o de sedición, si estos últimos se consuman, pues la conspiración es tan solo un acto copenado previo o anterior de aquellos.

La responsabilidad del determinador inicia con la exteriorización del acuerdo, cuando ya existen planes concretos, mapas, armas, panfletos, etc.

Como sucede en la rebelión y la sedición, la sola instigación no hace responsable a la persona como determinadora del delito de conspiración; a menos que incite a cometerlo directa y públicamente, caso en el cual incurrirá en el delito de instigación a delinquir previsto en el artículo 348 del C. P.

La complicidad no es descartable, pues al exigirse la exteriorización del acuerdo puede haber personas que contribuyan para que éste se concrete, sin intervenir directamente en él. Por ejemplo, quien presta su casa o su oficina para que se realicen las reuniones, pero no participa en ellas ni tiene el propósito de intervenir en la rebelión o sedición, pero simpatiza con tales ideas o las comparte; o quien prepara las bebidas o alimentos para los “conspiradores”.

2. CONDUCTA

La frase rectora de la conducta es “ponerse de acuerdo” para cometer delito de rebelión o sedición. Como bien lo anota Luis Carlos Pérez:

Esa decisión implica ya una preparación de medios, objetivamente consolidada, pues no toman en cuenta las conversaciones para deponer el gobierno o cambiar el régimen constitucional, o impedir su desenvolvimiento. Es necesario que se haya cumplido la adquisición de armas, o al menos el concierto para tomarlas donde se encuentren. También es necesario que se evidencien la organización, los planes para adelantar el movimiento y los objetivos propuestos{186}.

La exterioridad de la conducta no solo es fundamental para su tipificación, sino que es una garantía para los asociados de que no serán recriminados por sus ideas, sino por sus hechos{187}.

La conspiración es de mera conducta, de peligro y de ejecución instantánea, pues se consuma con solo “ponerse de acuerdo”. No exige la norma, para la consumación de la conducta, que efectivamente se realicen la rebelión o la sedición, pues si esto último sucede, como ya se dijo, estos delitos subsumen la conspiración, por ser un acto preparatorio punible de ellos.

Ontológicamente, la tentativa de un acto preparatorio es de difícil configuración, por lo cual es poco probable que se presente en la conspiración; pero si ello fuera posible, pues la imaginación lo puede todo, desde una perspectiva garantista, reprimir etapas anteriores a las de preparación, que son internas o psíquicas en los autores, sería una

intromisión abusiva del Estado en la libertad de sus ciudadanos{188}.

3. ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El artículo II del Código Penal establece que para que una conducta típica sea punible “se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”. En el delito que nos ocupa, debe analizarse si el acuerdo al que ha llegado el grupo de personas pone en peligro el régimen constitucional o legal. Las simples conversaciones, las disconformidades compartidas por un grupo de personas y la expresión de intenciones de modificar el estado de cosas no pueden considerarse delictivas, pues concretamente no ponen en peligro el bien jurídico protegido.

Como ya se advirtió, citando a Luis Carlos Pérez , es precisa la exterioridad del acuerdo en hechos concretos que expresen la probabilidad de la comisión de un delito de rebelión o sedición. El funcionario judicial debe trazar muy bien el límite existente entre el ejercicio del derecho fundamental a la libre expresión que tienen las personas (art. 20 C. N.) y las acciones concretas que ponen en peligro al Gobierno Nacional, el régimen constitucional o legal, tanto en su existencia como en su funcionamiento, para no cohonestar acciones autoritarias y represivas.

4. CONCURSO DE TIPOS PENALES

Puede existir concurso efectivo con otras conductas punibles, pues al exigirse la exterioridad del acuerdo y su materialización en hechos concretos son muchos los hechos que pueden acaecer, como: lesiones personales a otros para obtener información (arts. III a 121); constreñimientos ilegales (art. 182); violación de habitación ajena o de lugar

de trabajo (arts. 189 y 191); acceso abusivo a sistemas informáticos (art. 195); violación ilícita de comunicaciones privadas u oficiales (arts. 192 y 196), y falsedades documentales (arts. 286 a 296), entre otros. Establecer la conexidad ideológica, consecuencial u ocasional de estos delitos con la conspiración, que es un delito político, es fundamental para hacer extensivos los privilegios de los cuales goza el delito político.

Concursos aparentes con otros tipos penales existen, y ya algunos de ellos han sido referidos, como sucede con la rebelión y la sedición, que se resuelve con el principio de subsidiariedad. También el concurso es aparente con el delito de concierto para delinquir (art. 340); para resolverlo se acude al principio de especialidad{189}, pues el legislador al redactar la descripción típica de la conspiración reprodujo los elementos típicos del concierto para delinquir y restringió su ilicitud a los delitos de rebelión y sedición.

5. CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

Las referidas para el delito de rebelión y sedición son comunes a la conspiración. Cuando existe un régimen político minoritario o de facto, una tiranía, un gobierno injusto y corrupto, puede plantearse una legítima defensa colectiva, o bien un estado de necesidad, según sean las circunstancias.

La coacción ajena, el miedo insuperable, el error de tipo y el error invencible de prohibición son causas que pueden absolver de responsabilidad a los autores de la conspiración, una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos que exige la ley para cada una de ellas (art. 32 nums. 8 a 11 C. P.).

E. SEDUCCIÓN, USURPACIÓN Y

RETENCION ILEGAL DE MANDO

La conducta punible está descrita en el artículo 472 del Código Penal en los siguientes términos:

El que, con el propósito de cometer acto de rebelión o de sedición, sedujere personal de las fuerzas armadas, usurpare mando militar o policial, o retuviere ilegalmente mando político, militar o policial, incurrirá en prisión de uno (I) a dos (2) años.

I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Será autor quien ejecute alguna o varias de las conductas alternativas descritas por la norma: seducir, usurpar o retener.

Pueden ser autores los particulares o los servidores públicos, pero a estos últimos se les agravará la pena en una tercera parte, por mandato expreso del artículo 473 del Código Penal.

Al autor de la seducción se le castiga por engañar o influir en los miembros de las fuerzas armadas para que participen en la rebelión o sedición. Pese a que es castigada en forma independiente esta forma de determinación, no se descarta la posibilidad de que exista un determinador, si provoca o refuerza la idea de realizar tal conducta.

Todos los verbos rectores admiten la coautoría, la determinación y la complicidad, si se cumplen los requisitos que exigen estas formas de intervención en el hecho punible.

2. CONDUCTA

El delito puede realizarse con uno o varios de los verbos rectores de la conducta: seducir, usurpar o retener. Tienen un ingrediente subjetivo común: “el propósito de cometer delito de rebelión o sedición”. Pero cada uno de tales verbos rectores tiene características que afectan la adecuación típica de la conducta y que ameritan su estudio en forma independiente.

a. LA SEDUCCIÓN

Seduce, según el diccionario de la Real Academia, quien se vale del engaño o de la persuasión. Con estos medios el sujeto activo obtiene la adhesión de las fuerzas armadas para lograr su propósito. Con el engaño, el autor, prevalido de su astucia, influye en las esferas psicológica y sentimental de la otra persona, quien erróneamente actúa motivada por la apariencia creada. Así sucede, por ejemplo, cuando el agente convence a un grupo de soldados de no obedecer órdenes que se les impartieron, por haberse dado un golpe de Estado y estar bajo órdenes de un nuevo régimen. Cuando el sujeto activo acude a la persuasión con argumentaciones, promesas o halagos persigue influir en las esferas intelectiva, psicológica o sentimental de la otra persona para que, convencida de la conveniencia de la rebelión o la sedición, decida colaborar con sus autores.

El objeto material de la seducción son las fuerzas armadas, que deben entenderse conformadas tanto por las fuerzas militares como por la policía nacional (art. 216 C. N.).

Es delito de peligro, pues la conducta apenas amenaza el bien jurídico protegido, sin afectarlo; es un acto preparatorio de la rebelión y la sedición que se sanciona en forma independiente.

Es de mera conducta{190}, pues basta con desplegar el engaño o iniciar la persuasión sobre el personal de las fuerzas armadas para que la conducta quede consumada, sin que la norma exija que se produzca en dicho personal el efecto de convencerlo, ni que haya accedido a la seducción{191}. Es de ejecución permanente, como quiera que la conducta se consuma mientras se mantenga el engaño o se realice la persuasión. Los dos mecanismos de seducción no descartan la posibilidad de la tentativa acabada o inacabada, como cuando se elabora un documento con destino a las fuerzas armadas para seducirlas, pero no llega a su destino; o cuando alguien desmiente a quien daba informaciones falsas a los soldados.

b. LA USURPACIÓN

Usurpar significa en el diccionario de la Real Academia de la Lengua "arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usarlos como si fueran propios". Para ejecutar esta conducta también pueden emplearse medios violentos o fraudulentos. El núcleo de la ilicitud es la suplantación de quien tiene el mando militar o policial legítimo. Usurpa quien ejerce funciones sin autorización legal; quien ejerce funciones diversas a las que le corresponden y quien simula investidura o cargo, con el propósito de cometer delito de rebelión o de sedición.

El objeto material de la conducta es fenomenológico, recae sobre el mando militar o policial, que es una característica del cargo que otorga rango y poder para ordenar a los subordinados, quienes están obligados a obedecer por el carácter no deliberante que tienen las fuerzas armadas{192}.

Es delito de lesión para el bien jurídico tutelado, afecta el funcionamiento del régimen constitucional o legal vigente, por cuanto el mando militar o policial no lo ejercen las autoridades legítimas. También es de resultado, por cuanto se precisa que el mando militar o policial legítimo haya sido removido y sustituido por otro que lo usurpa. Es de

ejecución permanente, pues la conducta se consuma hasta tanto no cese la acción del usurpador. Por último, el verbo rector admite la tentativa acabada e inacabada.

c. LA RETENCIÓN ILEGAL

Retener significa conservar o no entregar lo que se tuvo legítimamente, cuando ya no se tiene derecho a ello. La ilegalidad de la retención del mando político, militar o policial proviene de la existencia de una orden de hacer entrega del mismo y del ingrediente subjetivo cual es cometer delito de rebelión o sedición.

Debe aclararse que hay casos en que la retención del mando es legal, como cuando ya ha sido nombrado el reemplazo pero este no se ha posesionado en el cargo. Si en este último evento el agente realiza acciones tendientes a cometer delito de rebelión o sedición, su conducta no se adecuará al delito de seducción, usurpación y retención ilegal de mando, sino a un delito contra la administración pública que bien podría concretarse, por ejemplo, en un prevaricato por acción (art. 413); un prevaricato por omisión (art. 414); o un abuso de función pública (art. 428). Su conducta puede adecuarse también en el delito de conspiración y, por supuesto, a los de rebelión o sedición, si estos llegaren a consumarse.

El objeto material de la conducta también es fenomenológico; recae sobre el mando político, militar o policial. Ya se dijo que el mando es una característica del cargo que faculta para ordenar a los subordinados. Está incluido el mando político que ostentan algunas autoridades administrativas como son los gobernadores (arts. 296 y 303 C. N.) y los alcaldes (arts. 296 y 315 num. 2 C. N.); estos últimos, por ejemplo, pueden dar órdenes a la policía por conducto del respectivo comandante.

Por lo expuesto podría decirse que el sujeto activo de esta conducta es cualificado, pues solo podrían incurrir en él

quienes tuvieron mando político, militar o policial; con lo cual son o fueron servidores públicos.

Es delito de lesión para el bien jurídico protegido, pues afecta el funcionamiento del régimen constitucional y legal al no entregar el mando político, militar o policial. Es de resultado, por requerir que naturalísticamente el mando no haya sido entregado. Por último, es de ejecución permanente, pues se consuma hasta tanto no se haga entrega del mando ilegalmente retenido. El verbo rector admite la tentativa acabada e inacabada.

3. ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Frente a cada verbo rector debe examinarse la idoneidad para lesionar o poner en peligro concreto el bien jurídico tutelado (art. II C. P.). No cualquier engaño o argumentación que se exponga ante el personal de las fuerzas armadas, aunque se tenga el propósito de cometer delito de rebelión o sedición, pueden ser considerados seducción. El engaño y la persuasión deben ser de tal entidad y credibilidad que, desde una perspectiva ex ante, puedan lograr la adhesión de las personas a quienes se dirigen.

De otra parte, la jerarquía e importancia del mando policial, militar o político que se usurpa o retiene también es fundamental para establecer la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico. El mando que se ejerza está directamente vinculado con el poder que se tenga y su alcance; estos aspectos deben ser analizados para determinar la antijuridicidad material de la conducta.

4. CONCURSO DE TIPOS PENALES

De consumarse los delitos de rebelión o sedición habrá concurso efectivo con estos delitos, pues, a pesar de ser la seducción, usurpación y retención ilegal de mando un acto preparatorio de ellos, no recogen todo el desvalor de acción y de resultado que éste contiene. El delito de seducción, usurpación y retención ilegal de mando podrá ser considerado un delito político, si reune los requisitos para ello.

Puede haber conexidad teleológica, consecuencial u ocasional del delito objeto de estudio con otras conductas, con las cuales habrá concurso efectivo. Ello sucederá, respecto de los verbos rectores usurpar y retener, con los delitos de: homicidio (arts. 103, 104, 105 y 109 C. P.) y lesiones personales (arts. 111 a 121 C. P.), siempre que no se trate de población civil; apoderamiento de naves, aeronaves o medios de transporte colectivo (art. 173 C. P.); violación ilícita de comunicaciones privadas y oficiales (arts. 192 y 196 C. P.); utilización ilícita de equipos transmisores o receptores (art. 197 C. P.); falsedad documental (arts. 286 a 296 C. P.); porte de armas de fuego de uso personal o privativo y sus municiones (arts. 365 y 366 C. P.); abuso de función pública (art. 428 C. P.), y violencia de servidor público (art. 429 C. P.), entre otros.

En el caso de la seducción puede haber concurso efectivo, por ejemplo, con el cohecho propio (art. 405 C. P.); el cohecho por dar u ofrecer (art. 407 C. P.); el prevaricato por acción (art. 413 C. P.); el prevaricato por omisión (art. 414 C. P.); el abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 417 C. P.); la revelación de secreto (art. 418 C. P.); la utilización de asunto sometido a secreto o reserva (art. 419 C. P.); la utilización indebida de información oficial privilegiada (art. 420 C. P.) y la omisión de apoyo (art. 424 C. P.)

Existe concurso aparente del verbo rector seducir, con el de instigación a delinquir, si la persuasión empleada con los miembros de las fuerzas armadas se ha hecho en forma pública y directa (art. 348 C. P.). En este caso se aplicará el principio de consunción, por cuanto la instigación a delinquir fue prevista por el legislador como un hecho acompañante del delito de seducción, usurpación y retención de mando; en consecuencia, este lo consume.

Así mismo, habrá concurso aparente del verbo rector usurpar mando militar o policial con el delito de usurpación de funciones públicas (art. 425 C. P.); en este evento la usurpación de funciones públicas, por ser un hecho acompañante del delito de seducción, usurpación y retención de mando, será consumido por éste (principio de consunción). Igual principio se aplica al concurso aparente entre la usurpación de mando militar o policial y los delitos de utilización ilegal de uniformes o insignias (art. 346 C. P.) y simulación de investidura o cargo (art. 426 C. P.).

Hay también concurso aparente, que se resuelve por el principio de consunción, entre la retención ilegal de mando y el empleo ilegal de la fuerza pública (art. 423 C. P.); así como entre aquel y el abuso de función pública (art. 428 C. P.).

5. CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD

Es posible reconocer las mismas ya relacionadas para el delito de rebelión y sedición. Cuando existe un régimen político minoritario o de facto, una tiranía, un gobierno injusto y corrupto, puede plantearse una legítima defensa colectiva, o bien un estado de necesidad, según sean las circunstancias.

La coacción ajena, el miedo insuperable, el error de tipo y el error invencible de prohibición son causas que pueden absolver de responsabilidad a los autores de la seducción, usurpación o retención de mando, una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos que exige la ley para cada una de ellas (art. 32 nums. 8 a 11 C. d. P).

BIBLIOGRAFÍA

AA. VV. Lecciones de derecho penal. Parte general, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Arenas, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal colombiano, 6.a ed., Bogotá, Temis, 1986.

Bustos Ramírez, Juan. Manual de derecho penal. Parte especial, 2.³ ed., Barcelona, Ariel, 1991 .

Favoreau. Louis. Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho, Temas de Derecho Público n.° 59, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta y Universidad Externado de Colombia, 2000.

Ferreira Delgado, Francisco. Delitos contra el Estado colombiano, Bogotá, Temis, 1982.

Gaceta del Congreso, n.° 39, 6 de agosto de 1998.

Gandhi. Autobiografía, Madrid, Arkano Books, 2001.

Gombi, Antonio. Martin Luther King, Madrid, ccs, 1994.

Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte general, 3.a ed., Barcelona, ppu, 1990.

Novoa Monreal, Eduardo. Elementos para una crítica y desmitificación del Derecho, Buenos Aires, Ediar, 1985.

Ortiz Rodríguez, Alfonso. Manual de derecho penal especial, Medellín, Universidad de Medellín, 1983.

Pérez Escobar, Jacobo. Derecho constitucional colombiano, 5.a ed., Bogotá, Temis, 1997.

Pérez , Luis Carlos . Derecho penal. Partes general y especial, t. iii , Bogotá, Temis, 1986.

Perez, Luis Carlos . Los delitos políticos. Interpretación jurídica del 9 de abril, Bogotá, Iqueima-Distribuidora Americana de Publicaciones, 1948.

Reyes Echandía, Alfonso. Derecho penal. Parte general, 9.a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

Rodríguez Devesa, José María. Derecho penal español. Parte especial, ii.a ed., Madrid, Dykinson, 1988.

Sandoval Huertas, Emiro. “La sanción penal del delito político” en Penología, reed., Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

Sanz de Santamaría, Alejandro. El camino hacia la paz: Anegociación y estrategia o comprensión y confianza?,

inédito.

Sófocles. Antígona, Estella (Navarra), Salvat, 1969.

Suárez Sánchez, Alberto. Autoría y participación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de derecho penal. Parte general, Bogotá,

Temis, 2002.

VIVES ANTÓN, TOMÁS. “Delitos contra la Constitución” y “Delitos contra el orden público”, en AA. VV. Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

VIVES ANTÓN, TOMÁS. “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, en AA. VV . Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

Zárate, Luís Carlos. El delito político, Bogotá, Librería del Profesional, 1996.

Zuleta, Estanislao. “Etica, terror y revolución”, en Colombia: violencia, democracia y derechos humanos, Bogotá, Altamir, 1991.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. Sentencia C-186, 8 de mayo de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA .

Corte Constitucional. Sentencia C-179, 13 de abril de 1994, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ .

Corte Constitucional. Sentencia C-009, 17 de enero de 1995, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA .

Corte Constitucional. Sentencia C-456, 23 de septiembre de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA y EDUARDO CIFUENTES MUNOZ; salvamento de voto: CARLOS GAVIRIA DÍAZ y ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO .

Corte Constitucional. Sentencia C-177, 14 de febrero de 2001, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ .

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de agosto de 1993,

M. P.: EDGAR SAAVEDRA ROJAS , rad. 7504.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 27 de octubre de 1993, M.

P.: Guillermo Duque Ruiz, rad. 8691.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 20 de agosto de 1996, M. P.:

Carlos Eduardo Mejía Escobar , rad. S-11439.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del i6 de mayo de 1998,

M. P.: Carlos E. Mejía Escobar .

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 28 de abril de 1998, M. P.:

Carlos Galvez Argote, rad. 12486.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de diciembre de 1998, M. P.: Fernando Arboleda Ripoll , rad. 11346.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 1999,

M. P.: Fernando Arboleda Ripoll , rad. 11837.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de junio de 1999,

M. P.: Carlos Augusto Galvez Argote , rad. 12663-99.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de agosto de 1999, M. P.: Jorge E. Córdoba Poveda , rad. 13433-99.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 2 de septiembre de 1999, M. P.: Jorge E. Córdoba Poveda , rad. 14751-99.

MIGUEL CÓRDOBA ÁNGULO

Delitos contra la integridad moral

I. BIEN JURÍDICO. (INTEGRIDAD MORAL)

El título V del nuevo Código Penal (arts. 220 a 228 Ley 599 de 2000) consagra los delitos contra la integridad moral; bien jurídico que se vulnera a través de la comisión de las conductas denominadas genéricamente injuria y calumnia.

Este bien jurídico, dirigido, en principio, a proteger tanto a personas naturales como jurídicas, es finalmente un conjunto de bienes integrado principalmente por el honor, la honra y el decoro, pero que en todo caso se fortalece con el concepto de dignidad humana -principio fundante del Estado social y democrático de Derecho (art. I.° C. N.)- y que se reconoce a toda persona por el solo hecho de serlo, con independencia de su edad, sexo, profesión, religión, etc. Igualmente tiene soporte en el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C. N.).

El bien jurídico que el legislador intenta proteger con la tipificación de estas conductas es la integridad moral, y más en concreto el honor{193}.

El honor representa un bien individual inmaterial y comprende básicamente dos modalidades{194}, como a continación se expondrá.

A. HONOR EN SENTIDO SUBJETIVO

El honor se identifica con el sentimiento que cada uno tiene de la propia dignidad moral y designa aquella suma de valores morales que el individuo se atribuye a sí mismo; o con el sentimiento íntimo de estimación y respeto por la propia dignidad. Dicho en otras palabras, es el sentimiento de nuestra propia dignidad por la conciencia de nuestra propia virtud, de nuestra rectitud, de nuestros méritos personales. Esto es precisamente lo que comúnmente se

conoce con el nombre de honor en sentido estricto o propiamente dicho.

B. HONOR EN SENTIDO OBJETIVO

Es la estimación o la opinión que los demás tienen de nosotros; o sea, la reputación, la honra.

La reputación o la honra es fama, o sea la opinión que los demás tienen de nosotros por las virtudes que tenemos o aparentamos. De otra manera, la honra se entiende como la buena fama o reputación de que se goza ante los demás; se trata de un concepto referido a la ajena valoración de los actos, a la estimación de los demás miembros de la comunidad.

Algunos autores{195} incluyen también dentro del concepto de integridad moral el decoro, entendido como una condición referida particularmente a la gravedad, circunspección y decencia con que se comporta la persona. Es el respeto que se debe a una persona por sus atributos físicos, intelectuales o morales.

Honor, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es la “Cualidad moral que nos lleva al cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos”, o la “Gloria o buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas del que se la granjea”.

Ha dicho la doctrina nacional:

La integridad moral es un estado al que tiene derecho toda persona en su doble categoría de natural y jurídica, para conservarse en el uso y goce de sus sentimientos íntimos de dignidad, disfrutar o complacerse con la buena fama conquistada por ella y aun transmitirla a otros. Es también

el acervo de cualidades que conforman éticamente a cada uno y que, al ser reconocidas, le comunican la admiración, el respeto y la confianza de los convivientes [...]

La honra y el honor, constitutivos de la integridad moral, según el Código colombiano, son bienes que hacen parte de la dignidad{196}.

Para algún sector doctrinal no debe hablarse de integridad moral, sino de patrimonio moral; al respecto se ha dicho:

Ahora, de cara a la denominación de “integridad moral”, no sobra indicar que si, en atención a lo anotado en precedencia, el ente -o entes- que se tutela penalmente es el honor en su doble acepción -objetiva y subjetiva- hubiese sido más acertado, por parte del legislador penal, aludir a “patrimonio moral” que a “integridad moral” en la denominación del título V del nuevo estatuto penal, en la medida en que la palabra integridad hace referencia a una calidad o estado, pero no a conjunto de algo, mientras patrimonio alude a un conjunto o grupo de bienes -entes- que posee una persona. Y en ese sentido patrimonio moral denotaría, con mayor claridad que la palabra integridad, al conjunto de entes morales, honra y honor, que se pretender tutelar{197}.

Es importante hacer una breve referencia a los delitos de injuria y calumnia frente a los medios de comunicación. Si bien los periodistas o comunicadores sociales están amparados por el ejercicio del derecho constitucional a la libertad de expresión e información y a la reserva de la fuente, en principio no vulnerarían el bien jurídico de la integridad moral al difundir su información y, por ende, no cometerían calumnia o injuria; sin embargo, no es menos cierto que la jurisprudencia constitucional{198}, de manera clara y reiterada, ha dejado sentado que la divulgación de

información por parte de los periodistas, a través de los medios masivos de comunicación, debe hacerse de una manera objetiva, ciñéndose a los hechos, orientando a la opinión pública y, si es del caso, alertándola, pero en ningún momento manipulándola para imponer las propias convicciones del periodista o para hacerla útil a sus intereses, pues con esto no solamente se vulnerarían los derechos fundamentales de terceros, sino que se atentaría contra los fundamentos mismos del Estado democrático. En síntesis, los periodistas no están exentos de cometer los delitos de injuria y calumnia, si dolosamente se extralimitan en el ejercicio de su profesión u oficio.

II. INJURIA

El delito de injuria se encuentra regulado en el artículo 220, de la siguiente manera:

Injuria. El que haga a otra persona imputaciones deshonrosas, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes{199}.

Hacer imputaciones deshonrosas es proferir o expresar, injusta y dolosamente, expresiones que atentan contra el honor, la honra o el decoro de una persona.

La injuria es toda afirmación o dicho constitutivo de molestia, agravio o ultraje manifestado injustamente con la intención de ofender, de desacreditar y de ridiculizar.

Imputar es atribuir a otro algo. En este evento es atribuir a una persona algo que afecta el honor de la misma, su dignidad o su reputación, es decir, la integridad moral.

Para consumar un delito de injuria no es necesario que las imputaciones deshonrosas sean falsas, exigencia propia de la calumnia, como lo veremos más adelante.

Las imputaciones deshonrosas pueden versar sobre conductas no punibles penalmente, como el adulterio, el homosexualismo, el alcoholismo y todas las que afecten a las personas en su manera de comportarse (dignidad) o menoscaben el respeto que se les debe tener (decoro). También caben las imputaciones relacionadas con deficiencias de carácter físico, intelectual o moral, que no se pueden resaltar aunque sean verdaderas.

Se trata de un delito de mera conducta que se consuma en el momento en que se realiza la imputación deshonrosa. Puede ser cometida por cualquier persona y el sujeto pasivo también es indeterminado, es decir que puede ser titular del bien jurídico una persona natural o jurídica{200}. Mayoritariamente se acepta que una persona jurídica puede ser sujeto pasivo de un delito de injuria; como es obvio en estos supuestos se afectaría el honor en sentido objetivo, es decir, la honra.

La injuria solo puede ser cometida de manera dolosa. “El dolo de la injuria -según la Corte Suprema de Justicia- lo forman la conciencia y la voluntad de deshonrar, de lesionar la integridad moral de otro. Este elemento subjetivo se debe desentrañar de las circunstancias que rodearon el hecho, de los medios utilizados, de los antecedentes en la relación de los sujetos, de sus condiciones intelectuales y sociales, en fin, de todo aquello que permita tener certeza sobre la intención del autor de las imputaciones”{201}.

La esencia de la injuria está en lo que la doctrina ha denominado animus injuriandi. Para que el hecho ofensivo o deshonroso que se imputa sea constitutivo del delito de injuria es necesario que esté presente en quien lo ejecuta el animus injuriandi; entendido este ánimo, en sentido amplio, como la voluntad de ofender la integridad moral de otro.

Sobre el animus injuriandi ha dicho la Corte: “La injuria debe ser suficiente para inferir daño y debe estar acompañada del animus injuriandi por parte del sujeto activo. La gravedad de la injuria no depende por tanto de la susceptibilidad del ofendido ni de la interpretación que éste

haga de la supuesta imputación deshonrosa sino de su verdadero contenido y alcance en forma tal que se traduzca en expresiones, términos o frases que constituyan o puedan constituir una afrenta al patrimonio moral de la víctima...”{202}.

Para determinar el animus injuriandi se han señalado algunas pautas, como las siguientes{203}:

1. El ánimo exige exteriorización.

2. Cuando las solas palabras, actos o gestos son injuriosos se presume el ánimo, a menos que se demuestre lo contrario.

3. La injuria no depende tanto de las palabras en su sentido natural, sino más bien de la ocasión y de la intención con que se profieran. Las palabras dependen de la intención con que el sujeto agente las expresa. De ahí que una palabra halagadora pueda querer significar todo lo contrario (ironía), lo mismo que los actos o gestos.

Del animus injuriandi hay que distinguir otras clases de ánimos, que no dan lugar a la comisión de la injuria:

— Animus corrigendi: son aquellas manifestaciones que se realizan con el ánimo de corregir. Ej.: el padre al hijo; el profesor al alumno; el jefe al empleado.

— Animus jocandi: se realiza con el propósito de hacer un chiste, una broma, sin deseos de ofender.

— Animus narrandi: es el ánimo de narrar, que normalmente caracteriza a los periodistas, comunicadores, escritores, historiadores, biógrafos, etc.

— Animus consulendi: es aquel que se realiza con el propósito de suministrar informes, consejos o consultas, de una manera más o menos confidencial. Ej.: entregar las referencias comerciales de una persona a efectos de un préstamo; informes a los padres de familia por parte de las directivas del colegio.

— Animus defendendi: es el ánimo de defenderse, es decir, con el que se pretende evitar o rechazar una agresión injusta contra el patrimonio moral, u otra de igual naturaleza. “Existe este ánimo, dice Pacheco Osorio , no sólo cuando se busca destruir el cargo de que se es víctima atribuyendo a otro la calidad de mentiroso, sino también cuando se persigue descalificar moralmente al ofensor, con el fin de impedir por tal medio que se le dé crédito”{204}.

— Animus retorquendi: también llamado ánimo de devolución de injurias; cuando el sujeto pasivo de la injuria la responde con otra dirigida a quien la profirió. En decir de algunos, las palabras pueden repelerse con palabras.

En todos estos supuestos, obviamente, la conducta es atípica.

III. CALUMNIA

La calumnia se encuentra tipificada en el artículo 221 de la siguiente manera:

Calumnia. El que impute falsamente a otro una conducta típica, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a mil (1.000) salarios mínimos legales vigentes{205}.

La calumnia es la imputación falsa y dolosa de una conducta típica (de un delito o contravención) realizada a una persona natural, bien sea que su investigación se inicie de oficio o mediante querella. Las imputaciones falsas de conductas típicas son constitutivas de deshonra, descrédito, molestia, agravio o ultraje. Esta consideración ha llevado a que algunos autores{206} afirmen que la calumnia no es más que un supuesto agravado de la injuria, con una naturaleza que la acerca más a los delitos contra la

administración de justicia que a las infracciones contra la integridad moral. Con razón se dice que toda calumnia implica una injuria, pero no toda injuria lleva implícita una calumnia.

En la calumnia, la conducta típica que se imputa debe ser concreta, determinada y específica. No se comete calumnia sino injuria cuando se señala a otro como “ladrón”, “falsario” o “terrorista”. Para que exista calumnia debe imputarse de manera clara y precisa, y obviamente falsa, la realización de una conducta típica de un hurto, de una falsedad de un determinado documento o de la realización de este o aquel acto de terrorismo. Para la mayoría{207}, el señalamiento también tiene que ser preciso en cuanto a si se realizó como autor, coautor, cómplice o determinador; aunque no se formule con los términos jurídicos exactos, lo importante es que se pueda identificar el grado de realización que tiene la persona presuntamente culpable de la conducta típica falsamente atribuida.

Es importante señalar que la descripción típica que trae la calumnia en la Ley 599 de 2000 es diferente a la que traía el Código Penal de 1980. Así, en el estatuto derogado se hablaba de “El que impute falsamente a otro un hecho punible”; y en el Código vigente se lee: “El que impute falsamente a otro una conducta típica”. De esta manera, lo constitutivo del delito de calumnia ya no será la imputación de un hecho falso del que se predique su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino que es suficiente que se impute falsamente un hecho que el legislador ha descrito como típico.

Esta nueva redacción del delito de calumnia obedece, en primer lugar, a una consideración político-criminal{208}, pues se estimó que se podía causar el mismo daño a la integridad moral -honor, honra y decoro- y que los efectos serían igual de perjudiciales para el sujeto pasivo cuando se imputaba de manera falsa la realización de una conducta típica de homicidio, hurto o prevaricato, así la misma estuviera amparada por una causal de ausencia de responsabilidad. En este sentido, el nuevo Código Penal es menos exigente que el anterior, ya que basta imputar falsamente una conducta típica, en tanto que el anterior exigía imputar falsamente un hecho punible, lo cual

implicaba abarcar no sólo la tipicidad, sino también la antijuridicidad y la culpabilidad.

Igualmente puede decirse que el cambio obedece también a consideraciones dogmáticas, pues si bien, en teoría, el Código de 2000 no se adscribió en la parte general a ningún esquema del delito en particular, sí se puede evidenciar de manera clara que actualmente el contenido de la tipicidad no es el mismo que traía el Código derogado, ya que en la actualidad en sede de tipicidad no solo se debe mirar el aspecto objetivo del tipo sino también el aspecto subjetivo; esto es, que el dolo, la culpa y la preterintención necesariamente deben estudiarse en esta sede, y no en la culpabilidad como lo consagraba el estatuto penal derogado.

Expliquemos lo anterior con un ejemplo: en vigencia del Código anterior, si alguien imputaba falsamente a otro haber matado a su enemigo en legítima defensa, dogmáticamente no había calumnia, toda vez que no se estaba imputando falsamente la comisión de un hecho punible, ya que éste no existía: en efecto, al existir legítima defensa no había hecho punible por ausencia de antijuridicidad. En cambio, si el mismo evento lo resolvemos con el nuevo Código Penal, la conclusión será la existencia de una calumnia, ya que se está imputando falsamente la realización de una conducta típica de homicidio.

De otra parte, es importante anotar que una misma imputación no puede dar lugar a los delitos de injuria y calumnia. Así, ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Es procedente aclarar que la misma imputación no puede dar lugar a calumnia e injuria, porque son dos descripciones típicas excluyentes. Si la afirmación falsa del autor se concreta en la comisión de un delito o una contravención se tipifica la calumnia, así dichas afirmaciones sean deshonrosas; la injuria se configura en todas aquellas situaciones en que se ataca la honra imputando al ofendido actuaciones que no constituyen hecho punible, pero que tienen capacidad para poner en peligro o lesionar su integridad moral{209}.

Se ha planteado la cuestión de si las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de los delitos de injuria y calumnia. Frente a la injuria, la doctrina se ha dividido acerca de admitir esta posibilidad; y frente a la calumnia sí se ha dicho que resulta totalmente inaplicable, ya que no puede imputarse a una persona jurídica la comisión de un delito (conducta típica según el nuevo Código), bajo la premisa que societas delinquere non potest{210}.

En nuestro medio la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

... la primera conclusión que surge es que se debe descartar la imputación por calumnia, ya que las personas jurídicas no son sujetos pasivos de ese delito, en la medida en que no se les puede imputar a ellas la comisión de hechos punibles. Hipótesis distinta es cuando la calumnia se dirige contra los socios, pero en este evento corresponde a ellos como personas naturales presentar la querella.

3. Diferente es la situación respecto de la injuria, puesto que las imputaciones deshonrosas pueden predicarse tanto de las personas naturales como de las jurídicas...{211}.

IV. INJURIA Y CALUMNIA INDIRECTAS

Artículo 222. Injuria y calumnia indirectas. A las penas previstas en los artículos anteriores quedará sometido quien publicare, reprodujere, repitiere injuria o calumnia imputada por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura u otra semejante.

Las conductas descritas en este artículo también menoscaban la integridad moral de las personas, pues igualmente afectan el honor y la honra de aquellos a quienes van dirigidas.

Este artículo consta de dos partes. La primera ha sido llamada por la doctrina como injuria y calumnia repetidas, y consiste en publicar, reproducir o repetir las imputaciones deshonrosas o las conductas típicas falsas hechas por otro. De esta manera, existen dos responsables penalmente: el primero como creador del ataque a la integridad moral, y el segundo como su divulgador. Es obvio que ambos deben actuar dolosamente.

Se trata entonces de un tipo penal compuesto alternativo, ya que las conductas son:

Publicar: que significa insertar o incluir las imputaciones referidas en escritos impresos, en la radio o en la televisión, o en otro medio. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: “Hacer notoria o patente por televisión, radio, periódicos o por otros medios, una cosa que se quiere hacer llegar a noticia de todos”.

— Reproducir: es utilizar o emplear un modo distinto del que se usó inicialmente para divulgar la imputación. Según la Academia de la Lengua: “Volver a hacer presente lo que antes se dijo y alegó”.

— Repetir: es volver a realizar la imputación que otro ha causado ya, usando los mismos términos e iguales medios. Según la Academia: “Volver a hacer lo que se había hecho, o decir lo que se había dicho”.

— La segunda parte de la norma consagra la injuria o calumnia impersonal, encubierta o equívoca, pues se busca realizar la imputación deshonrosa o de una conducta típica falsa, de una manera indirecta, a través de rodeos, con disfraces, con el propósito de eludir la responsabilidad del acto. El autor, de manera dolosa, utiliza expresiones como “se dice, se asegura u otras semejantes”.

— La expresión “u otras semejantes” viola la prohibición de analogía desfavorable, proscrita expresamente por el

artículo 6.° del Código Penal, norma rectora que por su naturaleza es obligatoria y prevalente (art. 13 Código Penal).

V. CIRCUNSTANCIAS DE GRADUACIÓN DE LA PENA

Artículo 223. Circunstancias especiales de graduación de la pena. Cuando alguna de las conductas previstas en este título se cometiere utilizando cualquier medio de comunicación social u otro de divulgación colectiva o en reunión pública, las penas respectivas se aumentarán de una sexta parte a la mitad.

Si se cometiere por medio de escrito dirigido exclusivamente al ofendido o en su sola presencia, la pena imponible se reducirá hasta en la mitad.

Consagra esta disposición penal una circunstancia especial de agravación y otra de atenuación. La existencia de la agravante se justifica por la mayor posibilidad de daño que se causa a la integridad moral de la persona ofendida al utilizarse, por ejemplo, un medio de comunicación masiva, una reunión pública, etc. Lo contrario sucede con la atenuante, pues, siendo el sujeto pasivo de la injuria o la calumnia el único que tiene conocimiento de la afrenta a su patrimonio moral, particularmente en su honor (sentido subjetivo), la potencialidad de daño, por lo menos en lo que a su honra se refiere (honor en sentido objetivo), es ninguna.

Ha dicho la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Esto porque pertenece a la esencia de estos ilícitos la divulgación, ya que es de esa manera como se hace correr un peligro cierto al bien jurídico que se protege, o sea la integridad moral, peligro que radica en que los destinatarios de la información lleguen a tener por cierta la afirmación infamante o ultrajante, con perjuicio de la propia estima del vilipendiado (honor subjetivo) o de la buena reputación de que disfruta en el conglomerado social (honor objetivo, u honra).

Tan cierto es esto que el legislador aumenta la pena en razón de la mayor potencialidad de difusión del medio empleado y la atenúa cuando la afirmación calumniosa o injuriosa se hace por medio de escrito dirigido únicamente al ofendido o en su sola presencia, caso en el cual, por ser este el árbitro de su propia estimación (honor subjetivo) y el único destinatario de la afrenta, se da también la divulgación compatible con esa especie de vilipendio (art. 316 C. P.). Con razón la calumnia y la injuria han sido calificadas como “delitos de exteriorización”, ya que, mientras la ofensa no haya tenido “vida externa”, no existe el reato{212}.

VI. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD

Artículo 224. Eximente de responsabilidad. No será responsable de las conductas descritas en los artículos anteriores quien probare la veracidad de las imputaciones.

Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba:

I.Sobre la imputación de cualquier conducta punible que hubiere sido objeto de sentencia absolutoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento o sus

equivalentes, excepto si se tratare de prescripción de la acción, y

2. Sobre la imputación de conductas que se refieren a la vida sexual, conyugal, marital o de familia, o al sujeto pasivo de un delito contra la libertad y formación sexuales.

Consagra este artículo del Código Penal la llamada exceptio veritatis (excepción de verdad), que permite quedar exento de responsabilidad penal si se llegare a probar la veracidad de las imputaciones, salvo algunas excepciones señaladas expresamente por la norma.

En el Código Penal de 1980 la exceptio veritatis estaba consagrada como una eximente depunibilidad, en tanto en el nuevo Código aparece regulada como una eximente de responsabilidad penal.

En el artículo 317 del C. P. de 1980 se decía: “El responsable de los hechos punibles descritos en los artículos anteriores quedará exento de pena si probare la veracidad de las imputaciones”. Esta parte de la disposición ofrecía serias dificultades frente al delito de calumnia, ya que ésta exigía imputar falsamente a otro un hecho punible, y si, como decía la norma, se probaba la veracidad de las imputaciones se eximía de pena; esto no resultaba correcto, ya que si la imputación era verdadera no podía existir calumnia, sino que ello resultaba simplemente atípico. Es decir, no resultaba posible eximir de pena cuando la conducta en realidad era atípica. Por esto el artículo 224 del actual Código Penal, utiliza una mejor técnica legislativa al eximir de responsabilidad penal a quien realice una imputación verdadera.

Claro está que esta eximente de responsabilidad no es absoluta, tiene sus límites.

En primer lugar, nadie podrá alegar a su favor ausencia de responsabilidad penal demostrando la veracidad de conductas por las cuales el Estado, a través de la

administración de justicia, decidió proferir sentencia absolutoria, preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sus equivalentes (ej.: resolución inhibitoria); pues se trata de pronunciamientos judiciales como resultado de un debate probatorio y jurídico llevado a cabo con las formas propias que trae la ley; decisiones que, además, en su mayoría, han hecho tránsito a cosa juzgada y que por lo tanto no admiten más discusión. El legislador protege a aquellas personas que se han visto involucradas en un proceso judicial y posteriormente han obtenido un fallo a favor; es decir que al resto de ciudadanos no se les permite volver a imputar estos comportamientos, pues de hacerlo incurrirán en el respectivo tipo penal, pese a demostrar la veracidad de las afirmaciones.

Cosa distinta sucede cuando se ha declarado la prescripción de la acción, pues aquí no se realizan juicios de valor acerca de la inocencia o responsabilidad del imputado o sindicado, sino que simplemente se reconoce que ha transcurrido un determinado lapso de tiempo en el cual el Estado, al no ejercer su pretensión punitiva, perdió el derecho que tiene de castigar. Es esta la razón por la cual el particular podría revivir la imputación de conductas delictivas prescritas, y si prueba su veracidad quedará exento de responsabilidad penal.

En segundo lugar, y en aras de salvaguardar el derecho fundamental a la intimidad (art. 15 C. N.) y la consagración de la familia como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 C. N.), se ha establecido como límite a la eximente de responsabilidad el probar la veracidad de imputaciones relacionas con la vida sexual, conyugal, marital o de familia, o aquellas que tengan que ver con quien ha sido sujeto pasivo de un delito contra la libertad y formación sexuales. Por ejemplo, si alguien afirma de otro que es un homosexual, obviamente con ánimo de lesionar su integridad moral, realiza el delito de injuria y no puede alegar eximente de responsabilidad, a pesar de que demuestre que efectivamente lo es.

VII. RETRACTACIÓN

Artículo 225. Retractación. No habrá lugar a responsabilidad si el autor o partícipe de cualquiera de las conductas previstas en este título, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación o en el que señale el funcionario judicial, en los demás casos.

No se podrá iniciar acción penal, si la retractación o rectificación se hace pública antes de que el ofendido formule la respectiva denuncia.

En relación con el Código Penal de 1980, y al igual que el artículo 224, esta norma también deja de ser eximente de punibilidad, para convertirse en una eximente de la responsabilidad penal. Igualmente, se suprime la exigencia que traía el estatuto derogado, en el sentido de que era necesario contar con el consentimiento del ofendido. Adicionalmente, se exige que la retractación sea voluntaria.

Para explicar la retractación, valga la pena traer a colación las consideraciones planteadas por el comisionado Lozano y Lozano al sustentar el proyecto de Código de 1936, y que en su mayor parte son válidas para el régimen vigente:

La retractación se ha considerado como suficiente para excusar la pena -la responsabilidad- en estos casos, pues una satisfacción pública es más honrosa para la víctima que una sentencia judicial, y disipa con mayor amplitud la mala impresión del ataque. En este evento, canceladas totalmente las consecuencias del acto, puede considerarse que la reparación del mal debe equiparase a la hipótesis del desistimiento eficaz y oportuno. Después de una

retractación pública, la aplicación de la pena perdería las razones fundamentales que la justifican.

Para que opere la retractación se deben observar ciertas consideraciones; entre otras:

1. El tiempo para hacerse está precisamente determinado por el artículo 225: hasta antes de dictarse sentencia de primera o única instancia.

2. Igualmente, es necesario que se haga voluntariamente.

3. En caso de ser onerosa la retractación, debe efectuarse a costa del sujeto activo de la calumnia o injuria.

4. Y finalmente, ha de hacerse a través del mismo medio y con las mismas características en que se hizo la imputación deshonrosa o de una conducta típica falsa, quedando a salvo, en los demás casos, la posibilidad de que sea el funcionario judicial quien señale las características en que deba hacerse la retractación (por ejemplo, si se trata de una injuria efectuada por vías de hecho).

En el segundo inciso de esta disposición se establece que si la retractación o rectificación se hace pública antes de que se formule la denuncia, no podrá iniciarse la acción penal. Se habla ya no sólo de retractación sino también de rectificación.

Retractar, según la Academia de la Lengua, es “revocar expresamente lo que se ha dicho; desdecirse de ello”.

Rectificar, según la Academia de la Lengua, es “reducir una cosa a la exactitud que debe tener”.

Para algunos retractarse es reconocer que todo lo dicho es falso, y rectificar es reducir una cosa a sus exactas proporciones. Un sector de la doctrina colombiana considera que la rectificación se presenta cuando la víctima es quien la solicita, en tanto la retractación se da por iniciativa de quien realizó las imputaciones que configuran conductas punibles{213}.

VIII. INJURIA POR VÍAS DE HECHO

Artículo 226. Injuria por vías de hecho. En la misma pena prevista en el artículo 220 incurrirá el que por vías de hecho agravie a otra persona.

Se trata de un tipo subordinado del artículo 220 que igualmente requiere del elemento sicológico del animus injuriandi, esto es, el querer afectar la integridad moral de otra persona, a través de medios reales, de hecho. Es decir, el sujeto activo debe actuar con dolo de lesionar el honor de otra persona. También son llamadas injurias reales, pues no se expresan por medio de escritos, discursos o informes sino a través de gestos o actitudes eficaces para atacar el honor, la honra o el decoro{214}.

Son vías de hecho, como lo afirma Antonio Vicente Arena{215}: “un salivazo, una bofetada, un puntapié sin consecuencias lesivas para el cuerpo o la salud, pues de quedar secuelas habría concurso de injuria y lesiones personales, como lo habría también de injuria y daño en bien ajeno cuando la injuria consiste en manchar o destruir el vestido de otra persona”.

IX. INJURIAS O CALUMNIAS RECÍPROCAS

Artículo 227. Injurias o calumnias recíprocas. Si las imputaciones o agravios a que se refieren los artículos 220, 221 y 226 fueren recíprocas, se podrán declarar exentos de responsabilidad a los injuriantes o calumniantes o a cualquiera de ellos.

Al igual que otros artículos que se han comentado, este también deja de ser eximente de punibilidad para serlo de responsabilidad. De la misma manera, se presenta como novedad en esta disposición la extensión de la exclusión de responsabilidad penal también a los calumniantes, ya que en vigencia del Código Penal anterior, esta eximente únicamente se podía predicar de las injurias, mas no de las calumnias.

Sobre la esencia de esta disposición dice la doctrina extranjera{216}: “Para que pueda hablarse de injurias o calumnias recíprocas es menester que el sujeto activo de las imputaciones sea a su vez sujeto pasivo de esos delitos; lo primero porque realizó injurias o calumnias contra determinada persona; y lo segundo, porque igualmente, a su vez, las ha recibido”.

También se ha señalado{217} que para que pueda predicarse la reciprocidad se debe tener en cuenta, entre otras, las siguientes recomendaciones:

1. Es necesario que exista una relación de causalidad entre las injurias o calumnias proferidas.

2. También es necesario que coincidan, si bien no cronológicamente, sí sicológicamente, es decir, que la persona al conocer la injuria o calumnia de la cual ha sido víctima quiera responder a ellas con otra injuria o calumnia.

3. No se requiere que sean equivalentes; esta correspondencia, entre otras consideraciones (ej.: los motivos, las modalidades), deberá ser tenida en cuenta por el funcionario judicial, para decidir si exime de responsabilidad a uno solo o a ambos calumniantes o injuriantes.

Finalmente es de resaltar que esta eximente de responsabilidad penal no es obligatoria sino facultativa.

X. IMPUTACIONES DE LITIGANTES

Artículo 228. Imputaciones de litigantes. Las injurias expresadas por los litigantes, apoderados o defensores en los escritos, discursos o informes producidos ante los tribunales y no dados por sus autores a la publicidad quedarán sujetos únicamente a las correcciones y acciones disciplinarias.

Por litigante se entiende todo aquél que ostente el carácter de parte dentro de un juicio. Son litigantes, entre otros, el demandante y el demandado en juicio civil, laboral o administrativo, y las personas que intervienen en los procesos penales, como el agente del Ministerio Público que actúa en representación de la sociedad, el procesado y la persona o personas perjudicadas con el delito cuando se han constituido parte civil dentro del proceso penal. Los apoderados son aquellos que han recibido de otro la facultad de representación y de obrar en su propio nombre, además del mandatario que el juez asigna a ciertas personas que no comparecen en juicio (curadores ad litem). Y finalmente, por tribunales no debe entenderse únicamente aquel ente que se forma con varias personas, sino toda institución o persona investida de jurisdicción y con potestad para conocer de diferentes asuntos (civiles, penales, laborales, administrativos, etc.){218}.

Los redactores del Código Penal de 1936 explicaron la razón de ser de esta disposición, así: “De la misma manera, durante el curso de los procesos judiciales, criminales y civiles es inevitable en ciertas oportunidades, para probar y sostener la propia razón, darle su nombre propio a la demasía o sinrazón de la contraparte, y de allí resultan con frecuencia ataques y contraataques que no pueden limitarse por la vía penal, pues harían muy difícil la marcha de los litigios y solo deben ser reprimidos por sanciones disciplinarias, o cuando no se repiten o propagan por otras vías”.

La doctrina nacional{219} considera que este artículo consagra un fenómeno de indemnidad, supuesto en el cual las acciones de ciertos destinatarios de la norma quedan por completo impunes en materia penal.

La norma se refiere únicamente a las injurias expresadas en los escritos, discursos o informes, lo que quiere decir, según un sector doctrinal, que las reales o por vías de hecho, al igual que las calumnias que se profieran, no están cobijadas por la disposición, y frente a ellas sí sería posible la iniciación de un proceso penal. Valdría la pena preguntarse si las injurias reales o por vías de hecho no deberían quedar cobijadas por esta disposición recurriendo a la analogía a favor del sindicado, permitida por el artículo 6.° del C. P., por lo menos en algunos eventos.

La indemnidad que el artículo otorga a los litigantes, sus apoderados y defensores tiene su justificación en que los discursos, escritos o informes tienen un alcance que se circunscribe únicamente al ambiente donde se pronuncian o donde se realizan, esto es, ante los estrados judiciales.

Al respecto se ha dicho:

B. Excepciones a la aplicación igualitaria de la ley penal.

El imperio de la normatividad penal encuentra restricciones para su aplicación, tanto desde el punto de vista interno como del internacional. En relación con las primeras, existen personas que son objeto de un tratamiento legal preferente, según gocen de indemnidad, supuesto en el cual las acciones de ciertos destinatarios de la ley penal quedan por completo impunes, o de inmunidad, que opone impedimentos de índole procesal en lo tocante a la perseguibilidad de los delitos cometidos por quienes gozan de ella.

[...]

En cambio sí son indemnes los litigantes, apoderados o defensores, con ocasión de las injurias contenidas en sus

escritos, discursos o informes dirigidos ante los tribunales, cuando se reúnan los presupuestos del Código Penal, en su artículo 228{220}.

Finalmente es preciso indicar que todos estos delitos son querellables de conformidad con el artículo 35 del CPP (Ley 600 de 2000).

MIGUEL CÓRDOBA ÁNGULO

CARMEN ELOÍSA RUIZ

Delitos contra el orden económico social

I. EL BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO

El auge de la delincuencia económica en la actualidad afecta, sin lugar a dudas, el desarrollo de un país, y sus efectos se proyectan en todos los sectores de la economía nacional, afectando la libre competencia y la libertad del mercado, perjudicando a los consumidores, los productores y, en general, a la industria que se desenvuelve en un régimen de libertad de empresa, y menoscabando la inversión extranjera y, la confianza de los inversionistas, además de desestimular las importaciones y exportaciones de productos nacionales. Dicha delincuencia afecta igualmente el sector financiero y fiscal del Estado, así como la buena fe y la confianza de los consumidores.

Los delitos contra el orden económico constituyen una modalidad delictiva que en la mayoría de los casos tiende a desarrollar su actividad ilícita de manera organizada y planificada, atacando no solamente la economía, sino su orden en general, produciendo de esta forma una ruptura en el equilibrio económico regulado por el Estado.

El fundamento básico del bien jurídico orden económico y social proviene de la Constitución Política, más exactamente en lo que se conoce como la Constitución económica (Título XII). En las disposiciones generales, correspondientes al Capítulo Uno, se desarrollan los elementos que en su mayoría conforman la economía y hacienda pública, que por supuesto están ligados directamente con los delitos que aparecen en el Título x del Código Penal colombiano.

El artículo 333 de la Constitución Política reconoce que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, en concordancia con el artículo 58, que garantiza el derecho de propiedad privada, aun cuando le asigna una función ecológica y social; el artículo 334 dispone, por su parte, que la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, el cual deberá intervenir en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, entre otros, para racionalizar la economía con el fin de lograr el mejoramiento de la

calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un medio ambiente sano.

El artículo 335 hace referencia, a su vez, a las actividades financiera, bursátil y aseguradora, actividades económicas que sólo pueden ser ejercidas con previa autorización del Estado; y el 336 regula los monopolios rentísticos, estableciendo como destinatario final de la recaudación, en el caso, por ejemplo, de los monopolios de suerte y azar a los servicios de salud, y en el monopolio de licores a los servicios de salud y educación.

La consagración de tales disposiciones constitucionales nos permite inferir que lo pretendido por el Estado es lograr un equilibrio entre la iniciativa privada y el intervencionismo estatal. Ese equilibrio que se intenta mantener en nuestro país entre la defensa de valores patrimoniales, unos de carácter individual y otros de carácter público, o entre la economía de mercado libre y la economía dirigida, permite concebir el orden económico de dos maneras distintas{221}.

En sentido estricto, u orden público económico, entendido como aquella parte del orden económico dirigida o intervenida directamente por el Estado; es decir, se trata de la intervención directa del Estado sobre la economía, como sujeto de primer orden que impone coactivamente una serie de normas o que planifica el comportamiento de los agentes económicos; y, orden económico en sentido amplio, entendido como regulación jurídica de la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios{222} de alta importancia para el cabal desenvolvimiento de la sociedad.

Dada la incapacidad del concepto estricto de orden económico para cobijar una serie de hechos que exceden el ámbito puramente patrimonial individual, pero que tienen gran trascendencia frente a los intereses socioeconómicos -como sucede, por ejemplo, con los fraudes a los consumidores-, se empezó a hablar del derecho penal económico, cuyo bien jurídico común, para algunos autores, es el orden económico entendido en sentido amplio{223}.

Otros autores, por el contrario, entienden que solamente el orden económico en sentido estricto puede ser concebido como bien jurídico tutelado, de manera tal que el orden

económico en sentido amplio nunca se presenta como bien jurídico protegido{224}.

Partiendo de lo anterior, es claro que los delitos contemplados bajo la rúbrica orden económico social, en la mayoría de los casos, son de carácter pluriofensivo, ya que, además de comportar una lesión o puesta en peligro del bien jurídico orden económico social, traen consigo una lesión o puesta en peligro primaria a un bien jurídico de carácter individual, que por lo general, aunque no de manera excluyente, será el patrimonio económico o los derechos de propiedad industrial radicados en cabeza de una persona natural o jurídica.

Por todo lo anterior, sin duda, el derecho penal ha expandido su campo de acción ante conductas que pueden lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de orden colectivo; sin embargo, esta aplicación del derecho penal ha traído serios cuestionamientos frente a su real función dentro del ordenamiento jurídico, toda vez que dicho expansionismo riñe con los principios fundamentales al carácter fragmentario del derecho penal y de ultima ratio, razón que lleva a cuestionar la viabilidad o no de tipificar conductas que pueden ser reguladas por otras ramas del derecho.

Lo anterior se evidencia no solo con la consagración de tipos penales de peligro, siendo estos “los que regulan comportamientos en los cuales sólo se avizora la probabilidad de lesión para el bien jurídico, lo cual puede suceder en abstracto o en concreto, de donde ha surgido la división, entre tipos de peligro abstracto y tipos de peligro concreto (...)”{225}. Tipos penales que encuentran una amplia consagración en el título objeto de estudio.

Para la regulación de esta clase de delitos se recurre a los tipos penales en blanco, es decir, “aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo o a otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica. Desde el punto de vista estrictamente formal, pueden ser completos o incompletos; pero sustancialmente muestran un vacío conceptual que ha de ser llenado por otra disposición legal”{226}{227}.

Frente a los tipos penales en blanco, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de Colombia, ha dicho lo siguiente:

(…) En los tipos penales en blanco, también denominados de reenvío, la conducta no se encuentra definida íntegramente por el legislador, sino que es preciso acudir a un precepto del mismo ordenamiento o de otro, a fin de precisar con nitidez su contenido en punto de realizar el proceso de adecuación típica, amén de establecer, entre otros factores, por ejemplo, la conciencia de la antijuridicidad, razón por la cual, no se viola el principio de reserva cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento correspondiente, siempre que este sea claro y permita establecer sin equívocos la conducta punible y su sanción. La utilización de los tipos penales en blanco por parte del legislador obedece a la necesidad de ajustar el contenido de las normas a los frecuentes cambios de la realidad social, como ocurre, entre otras, en materia económica, a fin de evitar que el precepto devenga en inoperante o no consonante con la ratio legis que determinó su creación. En los tipos penales en blanco es preciso distinguir entre el núcleo esencial y el complemento. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, en el sentido de señalar con claridad y precisión tanto los elementos básicos de la conducta punible, como la correspondiente punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El segundo, esto es, el complemento, especifica las condiciones en que tiene lugar aquél, ya sea de índole penal o extrapenal, pero siempre que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo. El núcleo y el complemento integran una sola disposición esencial pero ambos deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad, esto es, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (ley previa), no puede confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales del núcleo o la sanción (ley escrita) y tanto el núcleo como el complemento deben ser claros, ciertos e inequívocos (ley cierta) (...)”{228}.

La consagración de tipos penales de peligro y tipos penales en blanco encuentra, para algún sector doctrinal, justificación al considerar que el derecho penal económico comprende aquellas conductas que atentan contra la dirección de la economía y que ponen en peligro o lesionan el orden de la economía o de un sector importante de ella; el contenido del derecho penal económico es el delito económico{229}.

Para un sector importante de la doctrina{230}, se puede entender que el delito económico en sentido estricto es aquella conducta que lesiona o pone en peligro el orden económico concebido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, esto es, el orden económico en sentido estricto; y que el delito económico en sentido amplio es aquella conducta que, si bien afecta a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, es decir, el orden económico en sentido amplio, poniendo en peligro o lesionando, de igual forma, bienes jurídicos particulares.

El Estado, como titular del orden económico social, es el sujeto pasivo de estas conductas punibles, sin excluir la posibilidad de que terceros resulten afectados con la realización de las mismas.

II. ACAPARAMIENTO

El delito de acaparamiento, también denominado por la doctrina “acopio”, está definido en el artículo 297 del C. P. en los siguientes términos:

Artículo 297. Acaparamiento. El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes acapare o, de cualquier manera, sustraiga del comercio artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a

ciento ocho (108) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes{231}.

Ejemplo: si la leche ha sido considerada oficialmente por el Gobierno como producto de primera necesidad, y es sustraída del comercio en cuantía superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el momento de los hechos.

El actual Código Penal presenta un cambio sustancial en torno a la cuantía exigida para la tipificación del delito: pues en el Código anterior la cuantía era superior a quinientos mil pesos, y en el Código actual es superior a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Es ésta un modificación razonable, si se toma en cuenta la continua devaluación de la moneda nacional, que permite que la cuantía exigida para la configuración típica de la conducta permanezca siempre acorde con la realidad económica del país.

Frente a la cuantía se plantea el siguiente interrogante: ¿qué ocurre frente a la favorabilidad, con la variación anual de la suma que el Estado estipula como salario mínimo legal mensual vigente y con la variación de las normas administrativas que señalan cuáles son los bienes que pueden ser considerados como de primera necesidad?

Al respecto se han señalado diferentes teorías: hay quienes consideran que en el caso de cifras, como es, por ejemplo, el valor del salario mínimo, pese a que el valor sea modificado anualmente, ello no permite aplicación del principio de favorabilidad pues la norma administrativa que actualiza la cifra simplemente busca mantener actual el valor que ha tenido en cuenta el legislador. No ocurre lo mismo, por ejemplo, con las normas que señalan cuáles son los bienes considerados como de primera necesidad; es decir, si un día los huevos son considerados como producto de primera necesidad y al mes siguiente no, en este caso se considera que sí es posible aplicar el principio de favorabilidad{232}.

El verbo acaparar significa adquirir y retener cosas propias del comercio en cantidad suficiente para dar la ley de

mercado; el legislador ha entendido que cuando la conducta recae sobre bienes que superan la cuantía establecida en el tipo penal ello es suficiente para producir una alteración en el orden económico social.

En sentido jurídico penal el verbo acaparar es más restringido que en su acepción gramatical, ya que no cobija todos los productos que se encuentran en el comercio, sino sólo aquellos que son considerados oficialmente de primera necesidad. Pero la conducta no sólo está dada por el verbo acaparar, sino también por el núcleo rector “sustraer del comercio”, que significa apartar, separar o extraer del comercio los bienes a que se alude en el tipo.

Estamos ante un tipo penal compuesto alternativo y de mera conducta, pues se consuma en el momento en el cual el sujeto agente acapara o sustrae del comercio artículo o producto considerado oficialmente como de primera necesidad, siempre en cuantía superior a cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes. La realización de la conducta podría definirse, en un sentido negativo, diciendo que consiste en que el sujeto agente, que tiene en su poder artículo o producto considerado de primera necesidad, de manera dolosa, no lo saque al mercado.

Un sector mayoritario de la doctrina ha señalado que los delitos de mera conducta no admiten la tentativa; otro sector admite la tentativa en delitos de mera conducta siempre y cuando el momento ejecutivo se pueda fragmentar: delitos plurisubsistentes{233}.

El acaparamiento es un delito de peligro abstracto, dado que el tipo penal no exige que se produzca efectivamente una lesión para el bien jurídico{234}, sino que basta que el comportamiento tenga la capacidad o potencialidad suficiente para que se logre una alteración en el mercado{235}.

El tipo penal no exige la presencia de un ingrediente subjetivo, es decir, no interesa para efectos de la consumación del mismo si lo buscado por el sujeto activo era disminuir la oferta para lograr una elevación de los precios en el mercado o si, por el contrario, el objetivo perseguido, al acaparar o sustraer bienes del comercio, era elevar con posterioridad la oferta, para obtener una baja en

los precios, en perjuicio de sus competidores. Basta con que el actor desarrolle la conducta descrita en el tipo, a pesar de la no producción de un resultado específico, para que sea punible conforme lo dispuesto en él. Lo que sí se requiere, obviamente, es que el autor actúe dolosamente.

El sujeto pasivo es el Estado, en atención al bien jurídico tutelado; y el perjudicado directo será el consumidor, en el evento en el cual el acaparamiento llegue a ocasionar una escasez del producto o una elevación de los precios en el mercado. También pueden ser perjudicados los competidores directos, cuando con la conducta se llegue a causar una efectiva desviación de la demanda o una baja en los precios en perjuicio de ellos. El sujeto activo es indeterminado, por lo cual la conducta puede ser cometida por cualquier persona, aunque en la mayoría de los casos lo será un comerciante.

El objeto material del delito de acaparamiento es un artículo o producto considerado oficialmente como de primera necesidad; es este un elemento normativo extrapenal, en la medida en que nos remite a la reglamentación expedida por el Gobierno, tendiente a determinar cuáles son los productos y / o artículos que se consideran de primera necesidad.

A pesar de lo anterior, la Corte Constitucional ha sentado las bases para determinar o por lo menos definir qué se entiende por bienes y servicios de primera necesidad; así, en diversos pronunciamientos ha manifestado que son aquellos que consumen “sectores muy amplios de la población” con el propósito de atender “aspectos vitales de sus necesidades básicas”{236}. Así, los bienes y servicios de primera necesidad son los que se requieren para satisfacer el “derecho a la subsistencia”, es decir, para contar con “las condiciones económicas y espirituales necesarias para la dignificación de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad”{237}. Los bienes y servicios de primera necesidad, en fin, guardan una relación estrecha con el derecho al mínimo vital{238}.

Un sector de la doctrina ha criticado este tipo penal por no incluir en él las materias primas para fabricar productos de primera necesidad ni los servicios considerados de primera necesidad.

Así mismo se plantea el siguiente interrogante: ¿qué ocurre cuando una persona acapara fraccionadamente diferentes artículos o productos considerados oficialmente como de primera necesidad, pero ninguno de ellos en la cuantía exigida por el tipo penal, se configura el delito al sumar las diferentes fracciones? O, por el contrario, ¿para que se configure el tipo penal se debe acaparar en la cuantía exigida un mismo artículo o producto? La doctrina considera al respecto que pueden existir fallas de política legislativa, y sería recomendable no incluir como elemento estructural del tipo las cuantías, como ocurre, por ejemplo, en el delito de especulación.

Debe ponerse de relieve que la expresión “oficialmente considerado de primera necesidad” implica que, necesariamente, debe existir una disposición proferida por una autoridad oficial competente para determinar cuáles artículos y / o productos pueden considerarse de primera necesidad; en consecuencia, no existiendo una disposición en este sentido, no le es dable al funcionario judicial definir, motu proprio y según su propio criterio, si un artículo o producto puede considerarse de primera necesidad; sin embargo, le pueden servir de guía los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional, citados anteriormente.

Aunque se trata de un delito de peligro abstracto, un sector doctrinal considera que el intérprete debe ser muy cuidadoso al momento de desvalorar la conducta en punto de determinación de la antijuridicidad material de la misma, toda vez que será necesario ponderar las diversas circunstancias en las que se haya desarrollado el hecho; aquí se alude al punto relacionado con el establecimiento de una cuantía como elemento descriptivo del tipo, lo cual resulta problemático desde la óptica de la antijuridicidad material.

Así, para algunos al realizar la conducta en el mercado de una gran urbe (donde exista un volumen considerable de artículos a disposición de los consumidores, un gran número de proveedores y un alto nivel de complejidad en el desenvolvimiento de las relaciones de intercambio), cuando las circunstancias lleven a inferir que la conducta del autor nunca estuvo en posibilidad de poner en peligro el orden económico estudiado en el caso concreto, puede concluirse que no existió antijuridicidad material; en cambio, cuando la

conducta se desarrolle en una pequeña población, donde la armonía entre los factores económicos se pueda ver menguada con una intervención mínima por parte de una de las personas que intervienen en el tráfico jurídico, es obvio que ella resultará altamente lesiva del bien jurídico tutelado. No obstante, en virtud del principio de tipicidad objetiva, para que se pueda predicar la tipicidad de la conducta, el acaparamiento siempre debe recaer sobre artículo o producto de primera necesidad, y en cuantía que supere los cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, para algún sector doctrinal, se debe tener en cuenta que, mientras no exista una disposición emitida por la entidad oficial competente para definir cuáles son los artículos o productos de primera necesidad, el tipo penal bajo estudio será inaplicable, por ausencia de definición de uno de sus elementos típicos.

III. ESPECULACIÓN

La conducta típica está definida en el Código Penal de la siguiente manera:

Artículo 298. Especulación. El productor, fabricante o distribuidor mayorista que ponga en venta artículo o género oficialmente considerado como de primera necesidad a precios superiores a los fijados por autoridad competente, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes{239}.

Ejemplo: si el Gobierno ha señalado oficialmente que la leche es un producto de primera necesidad y de igual forma ha fijado el precio, y un distribuidor mayorista la pone en

venta a precio superior al fijado por la autoridad competente.

En un sentido genérico, especular significa efectuar operaciones comerciales o financieras con la esperanza de obtener beneficios derivados de las variaciones de los precios o de los cambios; en un sentido restringido, puede ser definida como la operación comercial que se efectúa con mercaderías, valores o efectos públicos con fines de lucro desproporcionado{240}.

De ahí que se pueda hablar de una especulación permitida y otra ilícita: especulación permitida será aquella que se surte principalmente en las bolsas de valores y, en general, en el ámbito del desenvolvimiento de las relaciones de intercambio comercial; la especulación ilícita, en cambio, será la que recae sobre bienes considerados oficialmente de primera necesidad{241}, sin importar en qué cuantía, constituyendo éstos el objeto material de la conducta.

Un sector de la doctrina ha cuestionado la posibilidad de que se pueda presentar la tentativa en delitos de peligro abstracto, como sería el caso de la especulación y el acaparamiento.

El núcleo rector que rige la conducta es “poner en venta”, por lo cual para que se consume el delito no se hace necesario que efectivamente se realice la transacción comercial. Es, entonces, un delito de peligro abstracto y de mera conducta, toda vez que no se requiere la producción de una efectiva lesión para el bien jurídico, ni la de un resultado.

El tipo penal en estudio se encarga de reprimir la conducta del sujeto que pone en venta artículo o género, considerado oficialmente como de primera necesidad, a precio mayor del establecido por parte de la autoridad competente; son estos elementos normativos de carácter extrapenal, ya que debemos remitirnos a las disposiciones emitidas por el Gobierno, en las que se establezca, de manera clara y expresa:

1. Cuáles son los artículos o géneros oficialmente considerados de primera necesidad y,

2. Cuáles son sus precios máximos.

Para que el delito se configure es necesario que la autoridad competente{242} haya fijado previamente el precio del artículo o género ; elemento de suma importancia para efectos de determinación de la tipicidad de la conducta, puesto que si no se trata de un producto de primera necesidad o no existe un precio máximo fijado por la autoridad competente, de manera previa y expresa, existe libertad para vender dichos bienes a cualquier precio, siendo la conducta atípica, en virtud del principio de legalidad.

La conducta es poner en venta, sin que se incluya, por ejemplo, la permuta entre otras posibilidades comerciales.

De esta forma, la fijación de precios de venta que excedan los límites fijados por el Gobierno, cuando recaiga sobre bienes considerados de primera necesidad, constituirá conducta punible de especulación.

Contrario sensu, el derecho penal no reprime la conducta especulativa cuando recae sobre bienes diferentes a los de primera necesidad, o cuando respecto de ellos no se ha efectuado fijación de precios máximos sino que ella se ha dejado a las leyes del mercado.

Es un delito con sujeto activo cualificado, en la medida en que solamente está en posibilidad de realizar el tipo quien tenga la calidad de productor, fabricante o distribuidor mayorista; es este un punto criticable desde el punto de vista de técnica legislativa, ya que debió dejarse un sujeto activo indeterminado y no excluir sin fundamento legal, por ejemplo, al expendedor minorista.

La redacción del tipo penal presenta un inconveniente, al emplear el vocablo “mayorista” (elemento normativo), concepto ambiguo pues, en algunos casos, no es claro cuál es el límite entre “mayorista” y “minorista”, dado que no existe un criterio preciso que permita delimitarlos. Con todo, para la estructuración del tipo penal sólo es necesario que la cualificación de mayorista se predique del distribuidor.

El objeto material de la conducta es todo artículo o género considerado oficialmente de primera necesidad:

Artículo, en términos generales, significa "mercancía", cosa que se comercia; y mercancía es toda cosa transportable de cualquier género que es objeto de compra y venta.

Género, en sentido lato, se entiende como el conjunto de cosas que tienen caracteres comunes; en sentido mercantil, es cualquier clase de mercancía{243}.

Debe decirse que, de forma análoga a lo que sucede con el delito de acaparamiento, el tipo penal de especulación será inaplicable, en la medida en que no exista una disposición que establezca de manera clara e inequívoca cuáles son los artículos y / o géneros que se consideran de primera necesidad, o que el Gobierno no haya fijado el precio de los mismos.

IV. ALTERACIÓN Y MODIFICACIÓN DE CALIDAD, CANTIDAD PESO O MEDIDA

La conducta punible se encuentra descrita como sigue:

Artículo 299. Alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida. El que altere o modifique en perjuicio del consumidor, la calidad, cantidad, peso, volumen o medida de artículo o producto destinado a su distribución, suministro, venta o comercialización, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes{244}.

Ejemplos: se altera o modifica la calidad cuando a la leche se le agrega agua para venderla al público; se altera o

modifica la cantidad cuando se empaca un producto en recipiente que representa un contenido diferente al real; se altera o modifica el peso cuando al pollo se le inyecta agua y se congela, para venderlo por peso mayor; se altera o modifica el volumen cuando al pan se le agrega levadura en cantidad desproporcionada.

La conducta está dada por los verbos rectores alterar o modificar, bastando con la realización de uno cualquiera de ellos para que se pueda predicar la tipicidad de la conducta (tipo compuesto alternativo). Alterar significa cambiar la esencia o forma de una cosa, al paso que modificar equivale a variar, hacer que una cosa sea diferente de como era antes.

Para que la conducta encuentre adecuación típica no resulta necesario que se demuestre la existencia de distribución, suministro, venta o comercialización en los que haya resultado afectado un consumidor{245}.

De lo anterior resulta fácil inferir que se trata de un delito de mera conducta, pues basta con la alteración o modificación de la cantidad, calidad, peso, volumen o medida de un artículo destinado a su distribución, suministro, venta o comercialización, para que sea sancionada conforme al artículo 299 del C. P., independientemente de que posteriormente se distribuya, suministre, venda o comercialice; sin embargo, debe dejarse en claro que dicha conducta debe hacerse en perjuicio del consumidor, y el artículo o producto debe estar destinado a la comercialización, suministro, distribución o venta al consumidor. De esta manera, si el artículo o producto no tiene esa destinación, la conducta será siempre atípica; por ejemplo, si deseo dar de comer a los animales de la finca y para ello mezclo harina a la comida que les doy. No ocurre lo mismo si mezclo harina en la comida de animales que posteriormente es vendida, caso en el cual la conducta será típica.

Conforme a lo anterior, es necesario explicar qué se entiende por perjuicio al consumidor, y para ello es pertinente definir quién reúne tal calidad. El Decreto 3466 de 1982, Estatuto del Consumidor, lo define como “Toda persona natural o jurídica, que contrate la adquisición, utilización o disfrute de un bien o la prestación de un

servicio determinado, para la satisfacción de una o más necesidades".

En este orden de ideas, podemos afirmar que estamos en presencia de un delito de peligro abstracto, ya que resulta suficiente la creación, por parte del sujeto agente, de una situación de riesgo para los potenciales consumidores, sin que sea necesaria la efectiva lesión al bien jurídico, para la configuración del ilícito.

Frente al objeto sobre el cual recae la conducta, tenemos que el nuevo Código Penal ya no se refiere a "los bienes de que trata este capítulo" como lo hacía el Código anterior; en el actual se señala "artículo o producto". La legislación penal vigente, entonces, tipifica la conducta de una manera más amplia.

Si lo que se altera es un producto o sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo de aplicación personal, que ponga en peligro la "salud pública", deberá aplicarse el artículo 372 del C. P., en razón al bien jurídico tutelado y a la pena imponible, que es mayor, en aplicación del criterio de especialidad.

La expresión producto comprende todos los bienes y servicios resultantes de la actividad económica de un individuo, empresa, industria o nación. Artículo, como se anotó en otro acápite, significa "mercancía", cosa que se comercia; y mercancía es toda cosa transportable de cualquier género que es objeto de compra y venta.

V. OFRECIMIENTO ENGAÑOSO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS

El artículo 300 del Código Penal tipifica una conducta que no había sido regulada bajo la legislación penal derogada, de la siguiente manera:

Ofrecimiento engañoso de productos y servicios. El productor, distribuidor, proveedor, comerciante, importador, expendedor o intermediario que ofrezca al público bienes o servicios en forma masiva, sin que los mismos correspondan a la calidad, cantidad, componente, peso, volumen, medida e idoneidad anunciada en marcas, leyendas, propaganda, registro, licencia o en la disposición que haya oficializado la norma técnica correspondiente, incurrirá en multa.

Ejemplos: I. Un comerciante, a través de una propaganda, ofrece al público una herramienta para trabajo pesado y, en realidad, ese objeto no tiene las características para resistir esa clase de labores.

2. Un importador ofrece un producto para adelgazar; sin embargo, el componente es inocuo.

Así, la conducta deberá consistir en ofrecer, por cualquier medio, bienes o servicios de cualquier clase, toda vez que el tipo penal no hace mayores exigencias; es un delito de mera conducta, ya que el tipo penal se consuma cuando el sujeto activo ofrece, sin que sea necesaria la producción de un resultado específico. Además, es un delito de peligro abstracto, pues no se requiere del menoscabo efectivo del bien jurídico, sino que basta su puesta en peligro{246}.

Requisito indispensable para la configuración del tipo es que ese ofrecimiento se haga al público en forma masiva, esto es, en gran cantidad, de suerte que no queda cobijada por la descripción típica la conducta consistente en ofrecer bienes o servicios de manera privada, o a una persona. No obstante, en sede de estudio de la antijuridicidad material de la conducta, el intérprete debe ser cuidadoso, ya que no resulta igual la conducta consistente en ofrecer a veinte o treinta personas en una gran metrópoli, que hacerlo en una pequeña aldea donde el número de habitantes es muy pequeño; por lo tanto, deberá examinarse caso por caso para determinar si la conducta realmente tuvo la capacidad o potencialidad de afectar el bien jurídico.

Además, se requiere que los bienes o servicios que son ofrecidos no correspondan a la calidad, cantidad, componente, peso, volumen, medida e idoneidad anunciadas; aunque la definición típica emplea la conjunción “e”, en lugar de la disyuntiva “o”, no puede interpretarse en el sentido de que es necesario que todas las propiedades del bien o servicio (calidad, cantidad, componente, peso, volumen, medida e idoneidad) sean discordantes con lo anunciado, pues ello haría nugatoria la finalidad del tipo penal, dado que serían muy pocas las hipótesis que encontrarían adecuación en el supuesto de hecho; basta con que una de ellas no corresponda con lo anunciado para que se configure el tipo penal.

Debe señalarse que, si bien el ofrecimiento puede hacerse mediante cualquier medio, siempre que se haga al público y de forma masiva, para que la conducta encuentre adecuación típica es indispensable que la calidad, cantidad, componente, peso, volumen, medida o idoneidad estén anunciadas en marcas, leyendas, propaganda, registro, licencia, o en la disposición que haya oficializado la norma técnica{247} correspondiente.

Es necesario precisar que dicho ofrecimiento debe ser engañoso, y que éste debe ser idóneo, es decir, apropiado y apto, para que el consumidor crea que el producto tiene realmente las condiciones, calidades y cualidades ofrecidas{248}.

Se trata de un delito con sujeto activo cualificado, como quiera que sólo será punible la conducta así realizada por quien ostente la calidad de productor, distribuidor, proveedor, comerciante, importador, expendedor o intermediario. Se trata de ingredientes normativos (jurídicos o extrajurídicos).

La pena imponible sólo puede ser la pena pecuniaria, cuyo monto se determinará conforme lo dispuesto en la parte general del Código Penal; ello trae aparejada la posibilidad de que el procesado pueda valerse del mecanismo de la oblación para poner fin al proceso, según lo establecido en el artículo 87 del C. P.

Por último, debe ponerse de relieve que este tipo penal cuenta con algunos ingredientes normativos que pueden dar

lugar a ciertos interrogantes; por ejemplo: el hecho de decir que debe ofrecerse al público, ¿significa que la conducta sería atípica si el ofrecimiento se realiza a una sola persona? Además, ¿qué significa en forma masiva?, es decir, ¿significa en gran cantidad?; y entonces, ¿cuál sería el límite entre la gran cantidad y la menor cantidad? Y ¿qué sucede si alguien le ofrece a una sola persona, pero en forma masiva?

Se diferencia del delito descrito en el artículo precedente, en el sentido de que aquí la conducta es ofrecer, en tanto en el anterior es alterar o modificar. En consecuencia, si altera o modifica, pero además ofrece al público, podrían concursar ambos delitos. Si vende el producto y obtiene así un incremento patrimonial no justificado, se discute si podríamos estar ante un concurso aparente con el delito de estafa, en el que se aplicaría este último en atención a que el ofrecimiento engañoso sería el medio engañoso del que se vale el agente para obtener el provecho económico ilícito, como lo exige el tipo penal de estafa.

VI. AGIOTAJE

Aunque el nomen iuris dado por el actual Código Penal es totalmente nuevo, el contenido de la conducta descrita como punible corresponde sólo de manera parcial, como se explicará más adelante, con la que era denominada “pánico económico” en el Código Penal derogado{249}; el actual delito de pánico económico tiene un contenido totalmente diferente. El delito de agiotaje encuentra definición típica de la siguiente manera:

Artículo 301. Agiotaje. El que realice maniobra fraudulenta con el fin de procurar alteración en el precio de los artículos o productos oficialmente considerados de primera necesidad, salarios, materias primas o cualesquiera bienes muebles o inmuebles o servicios que sean objeto de contratación incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66)a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas anteriores se produjere alguno de los resultados previstos{250}.

El agiotaje es un delito con sujeto activo indeterminado, cuya conducta se concreta con la realización de maniobra fraudulenta, con el fin (ingrediente subjetivo) de procurar alteración en el precio de los artículos o productos oficialmente considerados de primera necesidad, salarios, materias primas o cualesquiera bienes muebles o inmuebles o servicios que sean objeto de contratación.

La redacción del núcleo rector (“realizar maniobra fraudulenta”) ha sido criticada en razón a su amplitud, lo cual quebranta el principio de tipicidad, toda vez que maniobra puede ser toda clase de operación material que se ejecuta con las manos.

Al margen de lo anterior, tenemos que fraudulento es aquello que es contrario a la verdad, lo falaz o engañoso; maniobra fraudulenta, entonces, puede entenderse como cualquier tipo de operación engañosa que se lleve a cabo con la finalidad exigida por el tipo. La maniobra engañosa puede darse por cualquier medio y de cualquier forma, siempre y cuando tenga la capacidad de suscitar una falsa percepción en las personas a las que va dirigida.

Resulta importante anotar que no cualquier conducta fraudulenta encontrará adecuación en la descripción típica, sino sólo aquella que tenga idoneidad para poner en peligro el bien jurídico tutelado; es por ello que, en cada caso en concreto, el intérprete debe examinar cuidadosamente cuál es la persona que realiza la conducta, pues, por ejemplo, no tiene el mismo alcance la información suministrada por una persona del común que las declaraciones fraudulentas de una persona con una reconocida posición de poder dentro del medio social, quien posiblemente tendrá capacidad de alterar los precios del mercado{251}; obviamente, entendiendo en sentido amplio el concepto de maniobra fraudulenta

Procurar significa conseguir o adquirir algo, de suerte que el ingrediente subjetivo contenido en el tipo implica que el sujeto agente realice maniobra fraudulenta para, por este medio, procurar la alteración de los precios de productos o

artículos oficialmente considerados de primera necesidad, de salarios, materias primas, bienes muebles o inmuebles o servicios que sean objeto de contratación.

En cuanto al concepto de bienes, muebles o inmuebles, se debe tener en cuenta que para efectos penales no coincide con la definición dada por el derecho civil; en derecho penal debe entenderse que bien mueble es todo aquel que se puede transportar de un sitio a otro.

Se trata de un delito de mera conducta, puesto que es suficiente la realización de maniobra fraudulenta, acompañada del ingrediente subjetivo al que se ha aludido, para que se pueda afirmar que el delito se ha consumado; no se requiere la producción del resultado buscado por el autor (obtener la alteración de los precios).

Por el contrario, conforme lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 301 del C. P., la causación de una alteración en el precio de los artículos o productos oficialmente considerados de primera necesidad, salarios, materias primas o cualesquiera bienes muebles o inmuebles o servicios que sean objeto de contratación, siempre que ella sea la consecuencia de la realización de la conducta definida en el mismo, trae aparejada la ampliación del marco punitivo dentro del que se deberá mover el juzgador

VII. PÁNICO ECONÓMICO

Como ya se había esbozado en el acápite anterior, el contenido de la conducta que hoy en día es descrita -por la Ley 599 de 2000- bajo la rúbrica “pánico económico” no había sido regulado en la legislación penal derogada. En efecto, los elementos estructurantes del hoy denominado delito de agiotaje son, casi en su totalidad, los que otrora constituían el delito de pánico económico

El delito de pánico económico, tal como quedó definido por el nuevo Código Penal, hoy está dotado de un contenido totalmente distinto, así:

Artículo 302. Pánico económico. El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios.

La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas anteriores se produjere alguno de los resultados previstos{252}.

Ejemplo: cuando, como consecuencia de la divulgación de información falsa en un medio de comunicación público, los ahorradores de una entidad financiera retiran el dinero que tenían depositado en sus cuentas.

La definición del delito de pánico económico se halla contenida en un tipo penal compuesto alternativo, toda vez que se puede realizar mediante una de dos conductas: o bien mediante la divulgación al público de información falsa o inexacta; o bien mediante la reproducción de la misma.

Divulgar significa publicar, extender o poner al alcance del público una cosa. El legislador, entonces, emplea un

pleonasmo para dar a entender que la conducta se entiende realizada únicamente cuando el sujeto activo, que es indeterminado, hace pública la información; y lo público, en la acepción que aquí interesa, es aquello que es manifiesto o sabido por todos, o por lo menos por una gran parte del conglomerado social del cual se trate. El verbo reproducir, por su parte, significa volver a producir o producir de nuevo.

Para la estructuración del tipo es necesario que tanto la divulgación como la reproducción recaigan sobre información falsa o inexacta (objeto material de la conducta) que pueda afectar la confianza, bien sea que haya sido elaborada por el propio sujeto que la divulga o reproduce, o bien sea que haya sido elaborada por un tercero.

El elemento común a los verbos rectores está dado por el requisito de que la divulgación o la reproducción de la información se realice en un medio o en un sistema de comunicación público; para estos efectos, no interesa cuál sea, ni tampoco su cobertura (local, regional, nacional, etc.) ni su forma (radio, televisión, prensa, internet, etc.); lo importante es que el medio de comunicación sea idóneo para difundir al público en general la información.

El tipo penal no reprime la divulgación de cualquier tipo de información, pues ello pugnaría con el derecho fundamental reconocido a nivel constitucional, sino que ella debe ser falsa o inexacta: información falsa es aquella que es totalmente contraria a la verdad, es decir, la que no guarda correspondencia alguna con la realidad de los hechos narrados; al paso que información inexacta es la que no es fiel reproducción de la realidad, por no poner de presente puntos esenciales del hecho que se intenta hacer público, o por tenerlos de más.

Otra exigencia del tipo penal se concreta en el hecho de que la información –falsa o inexacta– tenga la capacidad de afectar la confianza de los clientes usuarios, inversionistas o accionistas de las instituciones especificadas en el tipo.

Se trata, entonces, de un delito de peligro abstracto, porque basta con que la información tenga la potencialidad para

afectar la confianza de los sujetos enumerados en el tipo, mas no se hace necesario que ella se vea afectada de manera real. Es también un delito de mera conducta, puesto que no se exige la producción de un resultado específico, sino que, por el solo hecho de divulgar dicha información, la conducta será punible conforme a lo dispuesto en el primer inciso del artículo en cuestión.

Además, debe tenerse en cuenta que para la consumación del tipo penal descrito en el inciso primero no se requiere la presencia de ingrediente subjetivo alguno, es decir, basta con la realización de la conducta, sin que interese cuál era la finalidad buscada por el autor.

Por confianza podemos entender la expectativa que tiene una persona o un grupo de personas, conforme a la cual se espera fundadamente que el sistema siga funcionando dentro de los parámetros normales. En otras palabras, podemos afirmar que, si bien las actividades a las que se dedican las instituciones mencionadas en el tipo penal representan un cierto nivel de riesgo, para los dineros y demás valores que en ellas se negocian, los agentes económicos que, de una u otra manera, participan en tales actividades esperan fundadamente que dicho nivel de riesgo se mantenga.

En este orden de ideas, tenemos que la finalidad perseguida por el tipo penal en estudio es evitar que se divulgue o reproduzca una información –falsa o inexacta– que pueda llegar a causar pérdida de la confianza que los agentes económicos tienen puesta en una institución de las enumeradas en la norma y en el sistema financiero mismo, porque esta situación, la mayoría de veces, traerá aparejada una consecuencia nefasta para la estabilidad y permanencia del sistema y, de contera, del orden económico social; por ejemplo, el retiro masivo de los capitales que a disposición de las instituciones enumeradas en el tipo han sido dejados por los usuarios, clientes, inversionistas o accionistas.

No obstante, para la configuración del tipo, la norma en estudio no requiere que se disminuya o pierda la confianza que los usuarios, clientes, inversionistas o accionistas tienen depositada en el sistema financiero en general, sino que basta con que se afecte la confianza que éstos tienen en una institución controlada o vigilada por la Superintendencia

Financiera, o en un Fondo de Valores, o en cualquier esquema de inversión colectiva legalmente constituido.

El tipo penal contiene varios elementos normativos extrapenales, puesto que nos remite a otros ordenamientos jurídicos, en los cuales se establece cuáles son las instituciones que se encuentran sometidas al control o vigilancia de la Superintendencia Financiera; en el mismo sentido, el intérprete debe remitirse a otro ordenamiento a efectos de determinar cuándo nos encontramos ante un Fondo de Valores o ante un esquema de inversión colectiva legalmente constituido.

La conducta descrita en el segundo inciso consiste en que el autor utilice iguales medios a los descritos en el inciso primero, esto es, que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta, pero con una finalidad específica (elemento subjetivo): provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros, o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios.

La expresión capital extranjero puede asimilarse a inversión extranjera, concepto que cobija tanto la inversión directa como la inversión indirecta o de portafolio{253}; en el mismo sentido, podemos entender que la expresión capital nacional puede ser entendida como la inversión por parte de nacionales, en cualquier forma que se presente.

La nueva legislación penal no sólo contempla como punible la conducta de quien, empleando los medios enunciados en el inciso primero, pretende el retiro de capitales extranjeros, sino que también cobija la idéntica conducta que se desarrolle con el propósito de provocar o estimular el retiro del país de los capitales nacionales. Ello resulta plausible por ser tan lesivo, para el orden económico social, el retiro de la inversión extranjera como el retiro del país de capitales nacionales, e incluso, como lo anota un sector de la doctrina, resulta mucho más grave la conducta consistente en procurar el retiro de capital de propiedad de un nacional, situación ésta de mayor ocurrencia y de mayor gravedad{254}.

Provocar significa incitar, inducir a uno a que ejecute una cosa; y estimular es incitar o excitar. De esta forma, para efectos de la adecuación de la conducta al inciso segundo, no resulta indispensable que de manera efectiva se produzca el retiro de capitales, nacionales o extranjeros, ni el retiro o desvinculación masivos del personal que trabaje en empresa de carácter industrial, agropecuario o de servicios, sino que basta con que el sujeto actúe con dicha finalidad.

El tipo penal exige la presencia de un específico ingrediente subjetivo, faltando el cual deberá afirmarse la atipicidad de la conducta, salvo que la misma encuentre adecuación en otro tipo penal. Así entonces, el propósito del agente debe estar enderezado a provocar o estimular el retiro del país de capital nacional o extranjero o la desvinculación del personal que labore en las empresas mencionadas.

Así por ejemplo, si X, con el propósito de estimular la desvinculación colectiva de personal de la empresa industrial Y, envía un correo electrónico a través del cual reproduce información falsa, afirmando que la materia prima de sus productos afecta gravemente la salud humana tanto de los trabajadores de la empresa como de los consumidores, x estaría incurso en el delito estudiado, en virtud de lo consagrado en el inciso segundo.

Sin embargo, si la conducta realizada por x afecta el buen nombre de la empresa Y, y en virtud de ello los clientes y proveedores de la misma deciden cancelar los contratos, es también posible tipificar dicha conducta en el delito de injuria.

Es necesario aclarar que la conducta cometida por x puede encontrar adecuación típica en el delito de Violación a la libertad de trabajo; sin embargo, dicha adecuación dependerá de la finalidad del autor y de qué bien jurídico se pretenda vulnerar, pues sin duda alguna la concurrencia de ambos tipos penales configura un concurso aparente{255}.

De conformidad con lo prescrito en el inciso tercero del artículo 302 del C. P., la pena se aumentará hasta en la mitad en el evento en el cual llegue a producirse alguno de los resultados previstos; es decir, si efectivamente se logra

afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de las instituciones enunciadas en el inciso primero; o si efectivamente se logra el retiro del país de capitales extranjeros o nacionales; o si efectivamente se obtiene la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios.

Es ostensible que la previsión del inciso primero puede presentar serios inconvenientes frente al principio de legalidad, toda vez que no existe una regla clara que permita determinar si se ha logrado o no afectar la confianza de una manera efectiva; no ocurre lo mismo frente al inciso tercero, en el que siempre el resultado se podrá apreciar, como sería, por ejemplo, el retiro masivo de los capitales depositados o invertidos en una institución de las contempladas en la norma.

Por ejemplo, cuando una persona divulga (utilizando mensajes de datos y, en general, las posibilidades de divulgación que proporciona internet) una información falsa respecto de un banco, ello trae aparejado la pérdida de la confianza que los usuarios y clientes del mismo tenían en dicha institución; consecuentemente, se presenta un retiro masivo, por parte de sus clientes, de los capitales depositados en la institución bancaria. Así, frente a este último evento, es decir, el retiro masivo de los capitales que se tenían depositados en la institución bancaria, sería aplicable la agravación punitiva contenida en el inciso tercero, por ser un delito agravado por el resultado.

VIII. ILÍCITA EXPLOTACIÓN COMERCIAL

Artículo 303. Ilícita explotación comercial. El que comercialice bienes recibidos para su distribución gratuita, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que comercialice artículos o productos obtenidos de entidades públicas o privadas, a precio superior al convenido con éstas{256}.

Ejemplo: quien recibe muestras médicas para su distribución gratuita y con posterioridad las comercializa.

Ejemplo: quien como beneficiario de un programa institucional de complementation alimentaria recibe gratuitamente bienestarina y la comercializa a personas dedicadas a la cría de animales.

La conducta del primer inciso está dada por el verbo comercializar, que cobija tanto la puesta en venta como la efectiva enajenación de los bienes que han sido recibidos para su distribución gratuita. Es un tipo penal abierto que se debe interpretar con relación al bien jurídico orden económico y social; el verbo rector utilizado por la nueva normativa penal es más amplio que los núcleos rectores empleados por el Código Penal de 1980, que usaba las expresiones poner en venta o enajenar bienes; de esta forma, se salva la dificultad que se presentaba anteriormente para tipificar la conducta en los eventos en los cuales el sujeto activo, que es indeterminado, no ponía en venta, sino que permutaba o a cualquier otro título transfería el dominio sobre tales bienes.

La comercialización comprende tanto la mera conducta de poner en venta, ofrecer al público y, en fin, dar a un bien, cualquiera que él sea, las condiciones y organización comerciales aptas para su enajenación, a cualquier título, sin que sea necesario que ella se lleve a cabo de manera efectiva.

Aunque el verbo empleado en la definición típica de la conducta permite la subsunción tanto de la mera conducta de poner en venta, ofrecer, etc., como del resultado que efectivamente se llegue a producir como consecuencia de dicha puesta en venta, tenemos que se trata de un delito de mera conducta, ya que se consuma en el momento mismo en el que el sujeto activo dispone las condiciones necesarias para la enajenación de los bienes, a cualquier título.

El tipo penal no exige la presencia de un elemento subjetivo, como sería, por ejemplo, el ánimo de lucro: basta con recibir los bienes y luego comercializarlos, sin importar la manera en que ello se haga{257}. Sin embargo, surge la duda frente a la responsabilidad del tercero que no recibe el bien directamente, sino que lo obtiene a través de una persona beneficiaria de la distribución gratuita, pues no es claro si es necesario que la persona que lo comercializa debe ser la misma que lo recibe directamente.

El objeto material sobre el cual recae la conducta delictual está constituido por cualquier clase de bienes que tengan como destino final su distribución gratuita, sin que sea necesario que ellos sean catalogados como de primera necesidad; por ejemplo, medicamentos, alimentos, vestuario, herramientas, vivienda, etc., sin que interese de qué entidad o persona provengan: es suficiente que tales bienes tengan por objeto la distribución gratuita:

Al tenor del inciso segundo del artículo 303 del C. P., en la misma pena incurre el sujeto que comercialice artículos o productos obtenidos de entidades públicas o privadas, a precio superior al convenido con ellas.

Frente al verbo rector son válidas las consideraciones hechas frente al inciso primero; lo único que se debe resaltar es que la tipificación que de la conducta hace el nuevo Código Penal es mucho más amplia que la de la legislación derogada, puesto que no limita la adecuación típica de la conducta al hecho de que los bienes provengan de cooperativas, sino que basta con que provengan de cualquier clase de entidad, pública o privada, cualquiera sea la finalidad y la naturaleza de éstas, y, obviamente, que sean comercializados a un precio superior al convenido con ellas.

IX. DAÑO EN MATERIA PRIMA, PRODUCTO AGROPECUARIO O INDUSTRIAL

Artículo 304. Daño en materia prima, producto agropecuario o industrial. El que con el fin de alterar las condiciones del mercado destruya, inutilice, haga desaparecer o deteriore materia prima, producto agropecuario o industrial, o instrumento o maquinaria necesaria para su producción o distribución, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá, el que impida la distribución de materia prima o producto elaborado{258}.

En relación con lo dispuesto en el inciso primero del artículo transcrito, tenemos que se trata de un tipo compuesto alternativo, toda vez que la conducta está descrita mediante el empleo de varios verbos rectores, cuales son: destruir, inutilizar, hacer desaparecer o deteriorar.

Destruir significa deshacer o arruinar una cosa; inutilizar quiere decir hacer inútil o vana una cosa, de forma tal que este concepto queda abarcado por el de destruir, pero la norma diferencia entre uno y otro; hacer desaparecer consiste en cualquier maniobra que se lleve a cabo con el fin de que una cosa deje de existir o no pueda ser encontrada, mediante su ocultamiento; y deteriorar implica menoscabar o poner una cosa en inferior condición de la que estaba antes.

En la medida en que el sujeto activo no requiere de cualificación especial, la conducta puede ser cometida por cualquier persona, quedando sujeto a sanción penal tanto quien es propietario de los bienes especificados en el tipo penal y los destruye como el tercero que desarrolla idéntico comportamiento. Así, la norma penal cobija aquellos casos en que los propios dueños de las maquinarias, los productos agropecuarios o industriales o las materias primas los destruyen para provocar un alza sustancial en los precios

del producto en el mercado, como consecuencia de su escasez{259}.

Para la estructuración del tipo penal se requiere la presencia de un ingrediente subjetivo, consistente en que el autor pretenda alterar las condiciones del mercado, que deben ser entendidas como las condiciones normales dentro de un sistema capitalista, y que tienen fundamento en varias normas constitucionales.

En consecuencia, podemos afirmar que se trata de un delito de resultado, como quiera que es indispensable que efectivamente se destruyan, inutilicen, hagan desaparecer o deterioren los bienes a que hace alusión el tipo penal. No obstante, no se hace necesario que se surta una efectiva alteración de las condiciones del mercado, de suerte que es un delito en el que basta la mera puesta en peligro del orden económico social para la configuración del delito.

El objeto material sobre el cual debe recaer la conducta consistente en inutilizar, destruir, hacer desaparecer o deteriorar es múltiple: materias primas, producto agropecuario o industrial, o instrumento o maquinaria necesaria para su producción o distribución.

Obviamente, resulta importante que el intérprete determine si el resultado producido por la conducta es o no relevante para el derecho penal a la luz del bien jurídico protegido, que es el orden económico social; de modo que si ella no tuvo la capacidad para, por lo menos, ponerlo en peligro, no será posible predicar su antijuridicidad material, independientemente de que ella se erija como un delito contra el patrimonio económico, por ejemplo, daño en bien ajeno; por ello se resalta la importancia del ingrediente subjetivo del tipo penal, que debe tenerse en cuenta frente al primer y segundo inciso, así este último no lo señale de manera expresa.

De otro lado, en lo que atañe a lo preceptuado en el segundo inciso del artículo 304 del C. P., resulta evidente que se pretende sancionar la conducta de quien impida, esto es, imposibilite de cualquier manera, la distribución de materia prima o producto elaborado, sin que interese su clase.

X. USURA

Artículo 305. Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este artículo, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a seiscientos (600) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando la utilidad o ventaja triplique el interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Financiera o quien haga sus veces, la pena se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes{260}.

Ejemplo: quien presta a 20 personas una suma de dinero y a cambio de ello cobra una utilidad que excede en la mitad del interés bancario corriente que para ese periodo cobran los bancos, según la Superintendencia Financiera.

Ejemplo: X solicita una importante suma de dinero a un reconocido prestamista z, quien le ofrece prestarle la cantidad solicitada, durante el término de un año, con un interés superior tres veces al IBC que en el momento del préstamo estaban cobrando los bancos.

La conducta descrita en el inciso primero consiste en recibir o cobrar, directa o indirectamente, utilidad o ventaja que exceda el tope establecido, siendo entonces un tipo compuesto alternativo. Recibir significa tomar uno lo que le dan o le envían, siendo sinónimo de percibir{261}; cobrar significa recibir dinero como pago de algo.

El empleo de verbos rectores alternativos implica que realizará el delito tanto quien toma la iniciativa de pedir o exigir mediante el acto de cobro como quien adopta una actitud pasiva y simplemente se limita a recibir o aceptar el ofrecimiento que se le hace por tercera persona{262}.

Con la utilización de las expresiones “directa o indirectamente” se refunden en el tipo penal la conducta usuraria propiamente dicha y la usura encubierta, consistente en encubrir mediante cualquier forma contractual un crédito usurario{263}. A diferencia de lo que sucede en otras legislaciones, como la española, en las que se hace una nítida diferenciación entre la usura habitual, que es un concepto fáctico alusivo a la realización de conducta usuraria de manera relativamente reiterada; y la usura encubierta, que se consuma aun cuando no se dé con carácter habitual. Dicho sea de paso que el elemento habitualidad no fue incluido en la redacción final del tipo, por lo cual basta con que se despliegue la conducta por una sola vez para que se entienda consumado el delito, obviamente siempre que la conducta tenga la potencialidad de afectar el bien jurídico.

Sin embargo, en reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia ha establecido que si una persona solicita prestado dinero, no por necesidad sino por liberalidad, a quien no es prestamista y paga un interés superior al doble del IBC , éste no se encontraría incurso en el delito de usura, pues no se afecta el bien jurídico tutelado:

(…) Entonces, en términos generales debe decirse que si la víctima ha solicitado a quien no es habitual prestamista, un préstamo de dinero ocasional que no proviene de la necesidad de paliar acuciantes necesidades y directamente manifiesta su intención de pagar un interés superior en el doble al corriente, en principio ningún delito se comete, o mejor, este carece de la nota puntual de antijuridicidad, simplemente porque aquí lo reputado es que quien tiene pleno poder dispositivo sobre sus bienes, ha decidido buenamente otorgar una bonificación asaz generosa a su contraparte.

Desde luego, en el ejemplo relacionado ninguna afectación se presenta respecto del orden económico y social, sencillamente porque no se trata de que el ocasional prestamista busque reemplazar en esa función al sistema financiero o que la economía pueda colapsar por ese solo hecho.

Y tampoco sucede que se vulnera el bien personal, precisamente porque en este caso es la liberalidad y no la necesidad la que impone el pago excesivo de intereses. (…) En suma, la conducta reclama, para su perfeccionamiento, de una efectiva o potencial afectación a los bienes jurídicos tutelados, ora por la actividad continua de quien realiza el préstamo, ya en atención a los motivos que compelen al prestatario a pagar el alto interés (…){264}.

El sujeto activo puede cobrar o recibir el interés usurario bien en forma directa o bien por interpuesta persona.

La ventaja o utilidad de la que trata la disposición se encuentra limitada por el mismo tipo penal, toda vez que debe recibirse o cobrarse como consecuencia de un préstamo de dinero, o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, en el segundo inciso se hace referencia a comprar cheque, sueldo, salario o prestación social en las condiciones señaladas en el primer inciso.

El nuevo Código Penal eliminó la expresión “en el término de un año”, que traía el Código del 80, dado que la Corte Constitucional la declaró inexequible en consideración a que, “resulta evidente que en este caso no existe justificación para establecer una diferenciación que corresponda a un tratamiento diverso de situaciones distintas” (sentencia C-173 del 14 de febrero de 2001). La expresión dentro de un año que traía el Código anterior fue una de las dificultades para la aplicación del tipo penal, dadas las dificultades de interpretación doctrinal.

De la misma manera, varió la previsión según la cual la ventaja o utilidad, para configurarse como usuraria, debería exceder en la mitad al interés que para el período correspondiente estuvieran cobrando los bancos por los créditos de libre asignación; en forma tal que, ahora, dicha utilidad o ventaja debe exceder en la mitad al interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos.

Es este un tipo penal en blanco{265} en la medida en que, para su estructuración, se hace necesario acudir al concepto de interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, el cual deberá determinarse atendiendo única y exclusivamente a la certificación expedida por la Superintendencia Financiera.

En torno a este punto la Corte Constitucional se pronunció en sentencia de constitucionalidad, en la cual se encargó de establecer si el sistema de determinación de interés era contrario al principio de legalidad; por esta vía consideró que, si bien la norma “establece como referente para el delito de usura un hecho actual, como es el interés que estén cobrando los bancos”, y dado que es este un concepto indeterminado, el tipo penal que se encarga de definir el delito de usura es constitucional sólo si se interpreta que la certificación de la Superintendencia Financiera “es la que se haya expedido previamente a la conducta punible y que se encuentre vigente en el momento de producirse ésta”{266}.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha establecido que dicha certificación debe cumplir con determinados requisitos para no vulnerar el principio de legalidad:

(...) De lo expuesto puede concluirse que el complemento del núcleo en el delito de usura, es decir, la certificación de la Superintendencia Bancaria sobre el interés que estén cobrando los bancos en determinado periodo concreto exige que ésta sea previa a la conducta, se encuentre vigente y se la haya dado divulgación similar a la de una ley (...){267}.

En cuanto a los sujetos, tenemos que para algún sector de la doctrina el sujeto activo es indeterminado, dado que la conducta puede llegar a ser cometida por cualquier persona. El sujeto pasivo, dado el bien jurídico tutelado, será el Estado, al paso que el perjudicado será el prestatario del dinero, es decir, quien ha pagado el interés en exceso.

El segundo inciso se encarga de reprimir penalmente la conducta de quien compra cheque, sueldo, salario o prestación social en iguales condiciones a las descritas en el inciso primero, esto es, obteniendo utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que estén cobrando los bancos para el período correspondiente, por lo cual son aplicables las consideraciones atrás expuestas.

El artículo 305 del C. P. contiene algunos ingredientes normativos, como son dinero, cheque, ventaja, utilidad, sueldo, salario, prestación social.

Debe ponerse de relieve que no ha existido consenso en la doctrina en torno a cuál es el objeto jurídico que realmente se tutela con la tipificación del delito de usura: hay quienes consideran que el delito de usura debería estar enmarcado dentro de los delitos contra el patrimonio económico (como ocurría en el Código de 1936), y no como un delito contra el orden económico social (como lo ha sido desde la normativa de 1980), en razón a que no encuentran sustento alguno para afirmar que se ha producido una afectación al bien jurídico en los casos aislados de usura{268}, e incluso se sugiere, en algunos casos, adecuar la conducta al delito de abuso de condiciones de inferioridad (tipificado en el artículo 251 del Código actual).

En contra de esta postura, otros autores se pronuncian afirmando que ella resulta incoherente con la irrelevancia del consentimiento de la víctima. En efecto, toda vez que es este un delito en el que se hace necesaria la participación de la víctima, consintiendo en las condiciones del mismo, y también en atención a que sería absurdo que el derecho penal declare indisponible el derecho patrimonial, fuerza concluir que el bien jurídico protegido va más allá del patrimonio económico, protegiéndose también la libertad de la voluntad del prestatario{269}.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia manifiesta:

(...) Se tiene claro, también, que aunque la mayoría de las veces la usura es libremente consentida, merece ser elevada a delito y castigada, según explicó el citado tratadista, partiendo de la base de que quien recurre a un préstamo usurario, normalmente lo hace en un estado de necesidad del que se aprovecha el acreedor. Para la generalidad de la doctrina, el elemento subjetivo de este delito radica, precisamente, en esa circunstancia, pues, siendo una figura de comisión dolosa, es perfectamente comprensible, como ocurre en la normatividad italiana, que "el dolo usurario venga integrado, entre otros elementos, por el conocimiento del estado de necesidad en que se encuentra el prestatario". También sobre el punto, es pertinente citar al tratadista Alberto Spota, quien define la usura como "todo negocio jurídico en el cual alguien, explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena, se hace prometer una prestación excesiva en relación con la que entrega o promete". (...) Su consentimiento, valga decirlo, no desdice del carácter antijurídico del comportamiento desplegado por el procesado, pues, de lo contrario, la norma que tipifica el delito de usura sería inaplicable en la práctica. Esto porque los verbos rectores de "recibir" y "cobrar", demandan necesariamente la acción de alguien que "entregue" voluntariamente, pues si partimos que esa entrega se realiza por coacción o engaño, estaríamos frente a una hipótesis delictual diferente (...){270}.

También se sostiene que es correcta la ubicación del delito de usura dentro del título de los delitos contra el orden económico, en atención a que la capacidad inflacionaria de la especulación usuaria está en capacidad de incrementar paulatinamente los costos del producto dentro del mercado, trasladándose dicho incremento al consumidor{271}.

En adición a los anteriores argumentos puede decirse que resulta correcta la ubicación sistemática del delito de usura dentro del título de los delitos contra el orden económico social, en la medida que la comisión de conductas de este talante, así sea de manera aislada, es decir, aun cuando quienes cobren intereses usurarios no lo hagan de manera habitual o reiterada, afecta realmente el bien jurídico tutelado dada la multiplicidad de las conductas que puede llegar a presentarse, máxime cuando es patente que en la sociedad colombiana, y en general desde épocas pretéritas y a lo largo de muchas regiones, ha sido esta una forma de obtención de lucro desmedido, valiéndose de la especial situación de necesidad en la que se encuentra la mayoría de víctimas.

Finalmente, es necesario precisar que el delito de usura es de carácter permanente, pues inicia a partir del recibo o cobro de la utilidad y permanece en el tiempo hasta el momento en el que se agote el pago de los intereses superiores a la mitad del ibc .

La Corte Suprema de Justicia así lo reconoció recientemente:

(…) La afirmación en el sentido de que la consumación en el ilícito de usura opera con el recibo o cobro del interés excesivo, obliga determinar si se trata de un delito instantáneo o de carácter permanente, tópico trascendental para definir, en últimas, a partir de qué momento debe descontarse el término de caducidad de la querella. Al efecto, se parte por compartir lo manifestado por el representante del Ministerio Público en su concepto, al consignar que es viable afirmar que el delito de usura “se inicia a partir del recibo o cobro de la utilidad y se mantiene en el tiempo hasta que se agote el cobro de los intereses superiores o se efectúe el pago de los mismos”. Esto es, la

ejecución de la infracción se prolonga en el tiempo, lo cual quiere significar que se trata de una conducta de carácter permanente. Ello es así, porque el cobro o recibo de la utilidad indebida están precedidos de la celebración de un contrato de mutuo o de compraventa de bienes o servicios a plazo, los cuales se consuman con la entrega de la cosa y el acuerdo de voluntades, respectivamente, pero se ejecutan con posterioridad, es decir, el contrato nace a la vida jurídica en un momento dado, pero las obligaciones que contraen las partes suelen cumplirse después, según lo pactado por ellas. De lo anterior se desprende, que para que se entienda ejecutada la conducta punible de usura, no basta con que se celebre el negocio jurídico en el que se pacten los intereses ilegales, sino que es menester que estos se reciban o cobren, lo cual, según se afirmó, suele tener ocurrencia posteriormente, si bien, no se desconoce que ello puede tener lugar en ese mismo momento, vr. gr., cuando las partes acuerdan el préstamo de determinada suma dineraria, desde luego, con tasas usurarias, y el acreedor, al hacerle entrega del dinero al deudor—que, recuérdese, dicho acto perfecciona el contrato de mutuo-, automáticamente le descuenta parte del mismo, como pago anticipado de la acreencia. En ese orden de ideas, es claro que la ejecución del ilícito de usura subsiste en el tiempo, pues el daño solo se agotará cuando el acreedor haya recibido o cobrado el total del monto de la obligación (...) {272}.

XI. USURPACIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHOS DE OBTENTORES DE VARIEDADES VEGETALES

Artículo 306. Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales. El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro

(4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o materia vegetal, producidos, cultivados o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior{273}.

Ejemplo: X diseñador crea una empresa de confección de camisetas deportivas. Las camisetas confeccionadas y vendidas por x tienen impreso el símbolo de Nike o la palabra Nike o la palabra Adidas, sin la respectiva autorización de su titular.

Ejemplo:J importa de China cajas de cosméticos de la marca Z; sin embargo, para su mejor distribución y venta en Colombia decide colocarle la marca Essica.

La conducta está dada por el núcleo rector “utilizar fraudulentamente”. Utilizar es valerse de algo para un fin determinado; fraudulento es lo engañoso, falaz; y fraude es acción contraria a la verdad y a la rectitud que perjudica a la persona contra quien se comete; acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros.

El sujeto debe utilizar efectiva y fraudulentamente, en provecho personal o de terceros, los objetos materiales a los que alude la disposición. Si el individuo desconoce, por ejemplo, que una marca ya estaba registrada, la conducta no es delictiva, sino que es atípica por cuanto no hizo un uso fraudulento.

El utilizar no debe confundirse con comercializar o poner a disposición del consumidor el objeto, debe entenderse la utilización aislada del resto de conductas que el legislador consideró en el inciso segundo.

El sujeto activo es indeterminado, sin ningún tipo de calificación especial; el sujeto pasivo es el Estado; y perjudicado puede ser el propietario, concesionario, importador, quien posea la franquicia de la marca, el inventor, etc., o quien tenga según la ley los derechos sobre el nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial o variedad vegetal protegido legalmente o similarmente confundible con uno protegido legalmente.

El objeto material está compuesto por: nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial o variedad vegetal protegido legalmente o similarmente confundible con uno protegido legalmente. Todos estos son ingredientes normativos extrapenales y para dotarlos de contenido se hace indispensable acudir a las definiciones que de ellos trae la Decisión 486 de 2000, por medio de la cual se establece el Régimen general de la propiedad industrial, el ADPIC y los demás tratados internacionales que regulan la materia.

El tipo penal emplea las expresiones “legalmente protegido o similarmente confundible con uno protegido legalmente”. El alcance de dichas expresiones es distinto: en la primera lo que se usa fraudulentamente es igual a lo protegido legalmente; y en el segundo caso lo que se usa fraudulentamente (nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial o variedad vegetal) es similarmente confundible con lo protegido legalmente.

Lo anterior se ejemplifica de la siguiente manera: el delito de usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales se habrá consumado por haber usado fraudulentamente signo distintivo, patente, variedad vegetal, modelo de utilidad o diseño industrial de los descritos en el tipo, que se halla protegido legalmente, cuando el sujeto pone a un producto una marca que no corresponde con la del mismo; por ejemplo, a una cerveza se le impone la marca de una cerveza conocida y protegida legalmente sin ser ella producida por la firma que detenta el legítimo derecho sobre la marca. Y se habrá consumado por haber usado fraudulentamente signo distintivo de los descritos en el tipo, similarmente confundible con uno protegido legalmente, si,

existiendo un producto de marca x, con características similares se vende uno con la marca xa.

La imitación debe ser apreciada suponiendo que la confusión pueda sufrirla el comprador medio, que presta la atención común y ordinaria{274}, y cuyo nivel de conocimientos acerca de las características del producto original es el de cualquier consumidor, no el de un experto.

Cuando el tipo penal habla de “protegido legalmente” no limita la tipicidad a los derechos de propiedad industrial que se encuentran registrados ante la autoridad nacional competente (en nuestro país la Superintendencia de Industria y Comercio), sino que establece que serán objeto material del delito aquellos derechos que encuentren protección legal, lo que implica que pueden o no estar registrados, esto sucede, por ejemplo, con los nombres y enseñas comerciales, que se encuentran protegidos legalmente por el uso y no necesitan estar registrados, o con los signos notoriamente conocidos.

En este último caso, cuando la usurpación se da sobre un signo notoriamente conocido, es necesario acreditar la notoriedad del signo, conforme a los parámetros establecidos en la legislación y en los tratados internacionales que regulan la materia, de tal forma que se cumpla con el elemento del tipo señalado anteriormente{275}.

La utilización fraudulenta no implica necesariamente la falsedad, ni que se aplique a objeto distinto de aquél al que estaba destinado, ya que estos supuestos se encuentran tipificados en el artículo 285 del Código Penal, que describe el delito de falsedad marcaria{276}, este último muy diferente a la usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedad vegetal, pues la marca de la que habla la falsedad no es un signo distintivo de los protegidos por el derecho de propiedad industrial, sino una forma de identificar oficialmente ciertas características de algunos productos.

Para comprender cuáles son los actos que se entienden como no permitidos por el titular de la marca, enseña, nombre comercial, modelo de utilidad, diseño industrial, patente o variedad vegetal y por tanto cuál es la utilización

fraudulenta, es necesario acudir a la Decisión 486 de 2000, a la Decisión 345 de 1993 y a los demás tratados internacionales que regulan la propiedad industrial y los derechos de los obtentores de variedades vegetales.

En cuanto al inciso segundo de este artículo (que no existía bajo la legislación penal derogada), las conductas allí descritas son alternativas; con todo, se debe entender que la persona que financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes producidos o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso que le precede, también debe hacerlo en forma dolosa.

XII. USO ILEGÍTIMO DE PATENTES

Artículo 307. Uso ilegitimo de patentes. El que fabrique producto sin autorización de quien tiene el derecho protegido legalmente, o use sin la debida autorización medio o proceso patentado, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a setenta y dos (72) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1. 500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que introduzca al país o saque de él, exponga, ofrezca en venta, enajene, financie, distribuya, suministre, almacene, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación producto fabricado con violación de patente{277}.

La conducta se concreta cuando el sujeto agente, sin autorización, fabrica productos o usa un medio o proceso patentado; de lo anterior se desprende que se trata de un tipo de mera conducta, pues para la configuración del tipo objetivo no se requiere que se produzca resultado alguno, y bastará con la realización de cualquiera de los verbos

rectores para que se entienda consumado (compuesto alternativo).

Es un delito de peligro, toda vez que no se hace imperioso demostrar la efectiva causación de una lesión al orden económico social, sino que basta con su puesta en peligro para que sea sancionable conforme lo dispone el tipo penal.

La norma penal en cuestión busca proteger dos clases de derechos, derivados de una patente:

– Por una parte, tutela el derecho exclusivo de explotación del cual goza el titular de la patente; este es precisamente el contenido de la expresión "use sin la debida autorización medio o proceso patentado". La "debida autorización" alude a la celebración de contratos de licencia de explotación, franquicia, etc., esto es, al título, en virtud del cual se otorga autorización a un tercero para emplear el medio o el procedimiento que ha sido patentado, de suerte que quien emplee éste o aquél sin que medie título en virtud del cual se le haya concedido autorización para explotarlo, estará incurso en el tipo penal en cuestión. Partiendo de la base de que se trata de un delito con sujeto activo indeterminado, lo anterior nos permite afirmar la adecuación típica de la conducta desplegada por el titular de la licencia de explotación cuando, sin mediar autorización, otorgue sublicencias de explotación{278}.

– Por otra parte, el empleo de la expresión "sin autorización de quien tiene el derecho protegido legalmente" hace alusión a la protección del derecho exclusivo del cual goza el titular de una licencia de explotación, la cual le concede la facultad de explotar la patente de invención para, por este medio, producir un determinado artículo o servicio.

El segundo inciso del artículo 237 del Código Penal de 1980 establecía que en la misma pena incurrirá el que introduzca al país o saque de él, exponga, ofrezca en venta o enajene producto fabricado con violación de patente; el Código Penal de 2000 trae una modificación pues amplía el ámbito de conductas sancionadas penalmente, comoquiera que, a más de las mencionadas por la legislación derogada, considera punibles las conductas que consistan en financiar, distribuir, suministrar, almacenar, transportar o adquirir

con fines comerciales o de intermediación (ingredientes normativos) producto fabricado con violación de patente.

XIII. VIOLACIÓN DE RESERVA INDUSTRIAL O COMERCIAL

Artículo 308. Violación de reserva industrial o comercial. El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

La pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento veintiséis (126) meses de prisión y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cuatro mil quinientos (4.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero{279}.

Ejemplos: I. Quien se entera, por razón del cargo, de cómo se fabrica el producto Pepsi o Coca Cola y lo divulga o emplea.

2. Quien revela un descubrimiento que debía permanecer en reserva, como una vacuna o medicamento llegados a su conocimiento por razón de su cargo oficio o profesión.

En el primer inciso del artículo estamos ante un tipo compuesto alternativo, ya que la conducta se encuentra dada por los verbos revelar, emplear o divulgar: revelar significa descubrir o manifestar lo ignorado o secreto. Emplear es sinónimo de utilizar, hacer servir una cosa para algo determinado. Divulgar equivale a extender, publicar o poner al alcance del público una cosa.

Para que la conducta encuentre adecuación típica no es necesario que el descubrimiento, la invención científica o el proceso o aplicación industrial o comercial se revele a una pluralidad de personas y se haga prácticamente público, dado que el tipo sanciona el mero hecho de revelar el secreto industrial o comercial. De lo anterior se deduce que es suficiente que la revelación se realice a una sola persona para que se configure el tipo penal, obviamente si tiene la potencialidad de vulnerar el bien jurídico.

Puede afirmarse que lo que pretende proteger la norma es el secreto industrial o comercial; sin embargo, aunque los secretos industriales y comerciales son de diversa índole, la norma en mención sólo cobija como objeto material los siguientes:

— El descubrimiento: hallazgo, encuentro, manifestación de lo que está oculto o secreto o era desconocido.

— La invención científica: invento es acción y efecto de hallar o descubrir a fuerza de ingenio y meditación, o por mero acaso, una cosa nueva o no conocida{280}.

— El proceso o aplicación industrial o comercial: aplicación industrial o comercial es la acción de emplear alguna cosa o los principios o procedimientos que le son propios, para mejor conseguir determinado fin.

Bajo la vigencia de la legislación penal derogada sólo quedaban cobijados los secretos industriales, quedando excluidos de la protección jurídico penal los secretos comerciales, como, por ejemplo, la situación financiera de la empresa, las listas de clientes reales o potenciales, las listas de proveedores, las listas de precios, los sistemas de pago, etc.; cuya divulgación, empleo o revelación encontraría adecuación típica en el delito en estudio.

Exigencia del tipo es que estos deban permanecer en reserva. El que determina que algo debe permanecer en reserva es el titular legítimo de la información; dicha reserva se extiende hasta que la información no sea pública o de conocimiento público. Secreto denota el contenido de lo que no se quiere que sea conocido por terceros.

En este orden de ideas, debemos resaltar que un sector de la doctrina considera que el secreto, sea industrial o comercial, no tiene que encontrarse registrado para ser objeto de tutela jurídico penal, pues el registro convierte en público el invento; en otras palabras, en la medida en que el registro convierte en público lo que era secreto, se debe concluir que la norma hace alusión a los descubrimientos, invenciones científicas, procesos o aplicaciones industriales o comerciales que no se encuentran registrados, ya que, de lo contrario, el empleo de los mismos encontraría adecuación o bien en el artículo 306, o bien en el 307 del Código Penal{281}; otro sector doctrinal considera que el registro, o poner en conocimiento de las autoridades legales, para efectos legales, el secreto, no elimina el carácter de tal y por ende se podría encuadrar la conducta en este tipo penal si llega a ser revelado.

Con todo, debe hacerse claridad en torno a que la información que se pretende mantener en secreto debe ser lícita, ya que quien revela información ilícita, antes que cometer un delito, estará cumpliendo cabalmente con un deber legal.

En el inciso primero es indispensable la presencia de un sujeto activo cualificado, pues el tipo exige que se llegue a tener el conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión, de manera que se trata de un sujeto activo cualificado circunstancialmente. El sujeto pasivo será el Estado y el perjudicado puede ser la persona, natural o jurídica, que tenga el derecho sobre el descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial.

Debe resaltarse la exigencia contenida en el tipo en el sentido de que el secreto (industrial o comercial) que se revela, emplea o divulga debe haber llegado a conocimiento del sujeto agente por “razón de su cargo, oficio o profesión”; sin embargo, se debe tener claro que lo anterior no implica

que, para la configuración del tipo, deba existir una relación laboral, pues el tipo no exige tal situación, sino que basta con que se haya tenido conocimiento de la información con ocasión de un cargo, un oficio o una profesión.

La conducta descrita en el segundo inciso está dada por los núcleos rectores conocer, copiar u obtener indebidamente un secreto; es, entonces, un tipo compuesto alternativo, de mera conducta y de peligro abstracto, que puede ser consumado por cualquier persona, ya que el tipo penal no exige calificación especial del sujeto agente.

Conocer es saber, entender o advertir. Copiar significa reproducir en una parte lo que se encuentra en otra. Obtener es conseguir, alcanzar, lograr una cosa.

No obstante, se hace imperativo que el secreto se llegue a conocer, copiar u obtener indebidamente. Lo indebido es aquello que es ilícito, injusto; de lo anterior se puede inferir que la norma penal pretende sancionar a aquella persona que sin derecho o fundamento legal o convencional llegue a tener conocimiento, copie u obtenga ese secreto. En la medida en que este es un tipo eminentemente doloso, no puede ser sancionada aquella persona que, sin mediar dolo, llegue a conocer, obtener o copiar el secreto; de modo que si ese conocimiento se obtiene, por ejemplo, por un error, la conducta será atípica.

El consentimiento del titular del secreto en la revelación del mismo, según un sector doctrinal, torna atípica la conducta{282}. En efecto, aunque en este punto podría objetarse que no es posible hablar de consentimiento frente a un bien jurídico colectivo, cual es el orden económico social, tal inconveniente queda salvado si se toma en cuenta que el titular del secreto no consiente ni dispone sobre el bien jurídico, sino sólo sobre la naturaleza de secreta o reservada de una información. En efecto, si el titular del secreto considera que sobre él ya no debe pesar la reserva, y permite que dicha información sea empleada, divulgada o revelada por un tercero, resulta obvio que no se da un elemento del tipo, cual es el objeto material de la conducta, toda vez que ella no recaerá sobre un “secreto”, sino sobre una información que ya no ostenta el carácter de reservada.

El tercer inciso del artículo 308 del C. P. contiene una circunstancia específica de agravación punitiva, la cual será aplicable en el evento en el cual, como consecuencia directa de la comisión de las conductas descritas en los dos primeros incisos, se obtiene provecho para el sujeto que la lleva a cabo o para un tercero.

Frente al concurso de conductas punibles pueden existir dificultades respecto a la utilización indebida de información privilegiada de particulares (art. 258 C. P.), y también frente a la utilización indebida de información oficial privilegiada (art. 420 C. P.), lo cual debe resolverse por principio de especialidad. También surgen problemas frente a la utilización de asunto sometido a secreto o reserva (art. 419 C. P.), el cual es subsidiario y en consecuencia sólo puede aplicarse si no constituye un delito sancionado con pena mayor. Igualmente debe diferenciarse del delito de revelación de secretos (art. 418 C. P.), y aplicarse el principio de especialidad, en razón básicamente al bien jurídico, que en este caso es la administración pública.

XIV SUSTRACCIÓN DE COSA PROPIA AL CUMPLIMIENTO DE DEBERES CONSTITUCIONALES O LEGALES

Artículo 309. Sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes constitucionales o legales. El que sustraiga cosa propia, mueble o inmueble, de utilidad social, al cumplimiento de los deberes constitucionales o legales establecidos en beneficio de la economía nacional, incurrirá en prisión dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses de prisión y multa de sesenta y seis punto sesenta y

seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la cosa fuere destruida, inutilizada o dañada{283}.

El verbo rector de la conducta es sustraer, que significa apartar, separar o extraer; pero el verbo sustraer no puede ser entendido solamente desde una óptica material, sino también desde un punto de vista funcional. Esto hace posible afirmar que, aunque el bien no se haya movido del lugar donde se halle, el bien ha sido sustraído si se hace nugatoria su funcionalidad{284}, sin importar el medio por el cual se lleve a cabo tal actividad.

El objeto material sobre el cual deberá recaer la conducta será una cosa propia, mueble o inmueble, siempre y cuando ostente una cualificación especial: que sea de utilidad social. Para algunos, tal calificación no debe ser entendida en el sentido genérico y abstracto dispuesto en la Constitución Política, la cual le atribuye a la propiedad una función social y ecológica (ya que, desde esta perspectiva, cualquier cosa estaría cobijada por la definición de la norma), sino bajo el entendido de que la cosa efectivamente presta un servicio a la colectividad{285}. Pero, para dar una interpretación más acorde con el principio de legalidad, podría afirmarse que sólo aquellas cosas que han sido consideradas por el legislador como de utilidad social, bien sea a nivel constitucional o bien sea a nivel legal, de manera clara y expresa, quedarán cobijadas por el tipo penal contenido en el primer inciso del artículo 309.

El sujeto activo de la conducta sólo podrá ser quien ostente la calidad de propietario de la cosa, de conformidad con lo dispuesto en la legislación civil para estos efectos; en consecuencia, no puede ser autor de este delito quien tenga la calidad de poseedor, tenedor o cualquier otra persona en cabeza de la cual no esté radicado el derecho de propiedad. En efecto, dado que el tipo penal establece que incurrirá en sanción el que sustraiga “cosa propia”, siendo respetuosos del principio de legalidad, mal podría decirse que la cosa “pertenece”, es decir, es “propia” del usufructuario, del poseedor o del tenedor{286}, entre otros.

Es necesario, además, que sobre el propietario pese un deber legal o constitucional que haya sido establecido en beneficio de la economía nacional; el artículo comentado trajo una modificación en relación con lo dispuesto por el artículo 239 del Código Penal derogado, como quiera que éste sólo contemplaba como punible la sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes legales, mas no constitucionales

La tipificación de la conducta va a depender de la existencia de un deber, contenido en norma legal o constitucional, claro y expreso, que pese sobre el propietario de una cosa que haya sido definida, igualmente por norma de rango legal o constitucional, de manera clara y expresa, como de utilidad social{287}.

El segundo inciso establece una pena mayor en el evento en el cual la cosa llegue a ser destruida, inutilizada o dañada por el sujeto agente.

Destruir significa deshacer, arruinar o asolar una cosa. Inutilizar implica hacer inútil, vana o nula una cosa. Y dañar es causar detrimento, perjuicio, menoscabo, en fin, echar a perder una cosa, por lo cual es un concepto que se incluye en el verbo destruir.

XIV. EXPORTACIÓN O IMPORTACIÓN FICTICIA

Artículo 31o. Exportación o importación ficticia. El que con el fin de obtener un provecho ilícito de origen oficial simule exportación o importación, total o parcialmente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes{288}.

Lo primero que se debe poner de presente es que la norma penal actual comporta una ampliación de la gama de

conductas punibles, como quiera que, a más de la exportación ficticia (que era la única conducta considerada como punible conforme al artículo 240 del Código Penal de 1980), se contempla la importación ficticia

Se trata de un delito con sujeto activo indeterminado, pero que exige la presencia de un elemento subjetivo, cual es la finalidad de obtener provecho ilícito de origen oficial. Es este otro cambio que trae el tipo penal vigente respecto a la legislación anterior, toda vez que en ésta no se calificaba la naturaleza del provecho ilícito que el agente tenía el propósito de obtener, mientras que en el artículo 310 del C. P. la redacción del tipo muestra de manera inequívoca que sólo la exportación o importación que hayan sido simuladas por el sujeto con el ánimo de obtener un provecho de origen oficial serán las que encuentren adecuación al tipo; entonces, queda excluida del ámbito del tipo penal la conducta por medio de la cual se simula exportación o importación con el ánimo de obtener provecho de origen privado, dada la atipicidad de la conducta por inexistencia de uno de los elementos típicos.

En efecto, la primera vez que se tipificó esta conducta (en el Código de 1980) se buscó sancionar la conducta de quienes simulaban una exportación para obtener los incentivos que el Estado otorga para promover esta actividad{289}, pero la redacción del tipo fue deficiente por no haber contemplado como elemento de la definición típica el origen del provecho ilícito que se pretendía obtener, por lo cual éste podía ser particular u oficial; con el Código Penal vigente ya no sólo se pretende sancionar a quien simula exportación, sino también a quien simula importación, con el propósito de obtener provecho de origen oficial{290}.

La conducta está definida mediante el verbo simular, que significa representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es. De esta manera, la conducta consiste en que el sujeto finja, de manera total o parcial, haber llevado a cabo exportación o importación, sin que en realidad lo haya hecho.

El tipo penal contempla varios ingredientes normativos, como son: importación, que puede ser definida como la introducción de mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional; y exportación, que puede

entenderse como la salida de mercancías del territorio aduanero nacional con destino a otro país.

La simulación puede ser total o parcial, lo cual implica que, para efectos de la configuración del tipo objetivo, igual resulta que se presenten falsamente los documentos que acreditan una importación o una exportación, o que se presenten aquellos que dan cuenta de una importación o una exportación mayor en cantidad a la realmente embarcada o un precio mayor al que verdaderamente fue cancelado{291}.

Así, por una parte, se busca reprimir la conducta de quien simula exportación con el fin de obtener provecho económico derivado de la concesión de los beneficios tributarios que otorga el Estado a los exportadores; por otra parte, se pretende reprimir la conducta consistente en simular importación, y luego, por intermedio de bancos, solicitar al Banco de la República la concesión de dólares oficiales para cancelar inexistentes compromisos con exportadores en el exterior, logrando así la posesión de divisas oficiales con el correlativo perjuicio que ello trae aparejado para el orden económico, como quiera que el país se ve despojado de ellas{292}.

Se trata de un delito de mera conducta, esto es, el legislador considera punible la simple actuación del sujeto activo{293}, por lo cual no es necesario que obtenga un beneficio para que se entienda consumado el delito, dado que el provecho no se erige como un elemento del tipo, sino como aquello que el agente buscaba obtener con la conducta; igualmente, es un delito de peligro abstracto, pues basta la puesta en peligro del orden económico, sin que sea necesaria su efectiva lesión, para que se afirme la consumación del ilícito. Así las cosas, el momento consumativo de este delito es aquél en el que se presentan los documentos relativos a la exportación o la importación ficticias, solicitando el reconocimiento de la misma{294}.

XVI. APLICACIÓN FRAUDULENTA DE CRÉDITO OFICIALMENTE REGULADO

Artículo 311. Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. El que con destino a actividades fomentadas por el Estado obtenga crédito oficialmente regulado y no le dé la aplicación a que está destinado, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses{295}.

Es un tipo compuesto acumulativo o “de dos actos”, en la medida en que la conducta se despliega durante dos etapas: la primera consiste en la obtención de crédito oficialmente regulado, sin que interese si es otorgado por entidad privada u oficial; la segunda está constituida por la no aplicación del crédito al destino que él tenía, esto es, aplicarlo a fines diferentes para los cuales fue otorgado, o simplemente no aplicarlo{296}.

El Estado destina cuantiosos recursos con el fin de promover y fomentar el desarrollo de ciertas actividades que son de vital importancia para un acelerado desarrollo económico; recursos estos que son canalizados a través de diversas entidades, estatales o privadas{297}. Lo que busca prevenir el tipo penal es que tales recursos sean destinados por los beneficiarios de los créditos para fines distintos a los que han sido establecidos por el Estado.

Debe ponerse de presente que uno de los cambios importantes del tipo comentado está dado por el hecho de haberse suprimido la expresión “con destino a actividad industrial o agropecuaria”, para sustituirla por la expresión “con destino a actividades fomentadas por el Estado”. Dicha modificación amplía el alcance de la descripción típica, como quiera que ya no sólo constituye conducta delictiva la aplicación a objeto distinto de créditos obtenidos para el fomento de las actividades industrial y agropecuaria, sino también la aplicación a objeto distinto para el cual estaba destinado el crédito, siempre que éste se halle regulado por el Estado, por estar dirigido a una actividad fomentada por el mismo.

Podemos sintetizar lo anterior diciendo que la conducta punible descrita en el artículo 311 del C. P. consiste en obtener crédito oficialmente regulado, que esté destinado a

una actividad (cualquiera que ella sea) fomentada por el Estado, y no aplicar los recursos al objeto para el cual fueron destinados, es decir, en la actividad fomentada por el Estado.

El artículo 241 del Código derogado establecía que la conducta consistía en no darle “finalmente” la aplicación a la que estaba destinado el crédito. Resulta acertado que el legislador haya suprimido el vocablo “finalmente”, estableciéndose que la conducta está dada por la obtención del crédito sin darle “la aplicación a que está destinado”. En efecto, la supresión de tal expresión no representa un mero cambio semántico, sino, por el contrario, sustancial, como quiera que mucho se discutió en la doctrina el sentido de la expresión “finalmente” en punto de la determinación del momento consumativo de la conducta punible{298}.

En este orden de ideas, tenemos que el delito se puede entender consumado en el momento mismo en el que el beneficiario del crédito lo aplique a objeto distinto al que había sido otorgado; según un sector doctrinal, también cuando vence el plazo sin que el crédito haya sido utilizado por el beneficiario, o cuando no se invierte parte del crédito en los fines ordenados{299}.

El delito se consuma aunque el beneficiario del crédito cancele oportunamente el monto del mismo a la entidad otorgante, en la medida en que lo que se reprime es la [diversificación crediticia] o el ilegal aprovechamiento del crédito{300}.

XVII. EJERCICIO ILÍCITO DE ACTIVIDAD MONOPOLÌSTICA DE ARBITRIO RENTÍSTICO

Artículo 312. Ejercicio ilícito de actividad monopolistica de arbitrio rentístico. El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o

modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta fuere cometida por el particular que sea concesionario, representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, y hasta la mitad, cuando lo fuere por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de éste{301}.

Con la consagración del artículo 336 de la Carta Política se constitucionalizaron los monopolios de suerte y azar y de licores, señalando destinación específica a las rentas generadas por ellos{302}, así: las obtenidas en el ejercicio de los monopolios de suerte y azar estarán destinadas exclusivamente a los servicios de salud; y las obtenidas en ejercicio de la actividad monopolística de licores estarán destinadas preferentemente a los servicios de salud y educación.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 336 de la Constitución Política, la creación de un arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público, debe hacerse por medio de una ley; e, igualmente, lo relativo a la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos deberá someterse a un régimen propio (Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1994, M. P.: Jorge Arango Mejía).

La legislación vigente se encarga de regular los mecanismos a través de los cuales se hace posible que un particular explote alguna de las actividades que han sido concebidas como monopolios de arbitrio rentístico (suerte y azar, y licores) por medio de la concesión de permisos, autorizaciones o contratos, cuyo otorgamiento sólo puede ser dado por la autoridad estatal competente; pero siempre con la carga, para el particular, de pagar ciertos rubros como contraprestación de la explotación de los monopolios

El artículo 312 del C. P. garantiza el cumplimiento de la norma contenida en el artículo 336 constitucional, que radica en cabeza del Estado el derecho de explotación de los monopolios de licores, y de suerte y azar.

La conducta descrita en el primer inciso consiste en:

— Que el sujeto agente ejerza una actividad monopolística de arbitrio rentístico sin que medie título alguno que lo autorice para su explotación, es decir, licencia o permiso de funcionamiento, o contrato; para estos efectos no interesa cuál sea el medio o la forma empleados por el autor para ejercer ilícitamente la actividad monopolística, o bien

— Que el autor emplee elementos o modalidades de juego no autorizados en el ejercicio de una actividad que constituye monopolio de arbitrio rentístico, como son los juegos de suerte y azar. Esta modalidad de realización de la conducta se reduce a que el sujeto ejerza la actividad consistente en desarrollar juegos de suerte y azar, bien sea sin emplear para ello los elementos de juego autorizados oficialmente, o bien sea creando modalidades de juego igualmente no autorizadas.

La conducta está circunscrita por el núcleo rector “ejercer actividad monopolística de arbitrio rentístico” sin la debida autorización legal; por ello, es claro que nos hallamos ante un tipo penal en blanco, en la medida en que, para determinar la estructuración de la conducta, debe el intérprete remitirse a otros ordenamientos, precisamente aquellos que regulan las actividades monopolísticas de arbitrio rentístico.

Un cambio de gran significación que representa la redacción actual del tipo, de cara a lo establecido en el artículo 241A del Código Penal derogado, consiste en haber suprimido el enunciado “sin sujeción a las normas que la regulan”, para introducir la expresión “sin la respectiva autorización, permiso o contrato”, con lo cual se reduce y delimitan de una manera más clara las conductas que quedan cobijadas por la norma penal en cuestión, pues ya no bastará con la presencia de una conducta contraria a cualquier norma de las que regulan dichas actividades, sino que se hace necesario que el sujeto agente haya ejercido la actividad sin autorización, permiso o contrato en virtud de

los cuales se le otorgue el derecho a explotar la actividad monopolística, o que haya utilizado elementos o modalidades de juego que no están autorizadas; estas dos modalidades de conducta son taxativas en el sentido que sólo ellas serán punibles, y la infracción a una norma de las que regulan las actividades monopolísticas ya no dará lugar, per se, a la imputación de responsabilidad penal.

En este sentido, como lo puso de presente la Corte Constitucional, el tipo penal se integra recurriendo a las leyes reguladoras de los monopolios estatales, y no a toda clase de normas, de forma tal que si, eventualmente, alguna de las actividades monopolísticas de arbitrio rentístico se halla regulada por una norma de inferior jerarquía legal, su transgresión no puede servir de base para imputar responsabilidad jurídico penal por la comisión del delito del que aquí se trata{303}.

En efecto, dado que el ejercicio de actividades monopolísticas de arbitrio rentístico se encuentra absolutamente regulado en todas sus etapas, no le es dable a un particular apartarse de los dictados normativos impuestos por las normas que regulan dicha actividad en cuanto atañe con el ejercicio mismo de la actividad, esto es, sin obtener la respectiva autorización legal y con los elementos que deben ser empleados para ello, como resulta ser, por ejemplo, el formulario oficial que debe ser empleado para determinados juegos de azar.

De otra parte, la expresión “de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio” implica que nos hallamos en presencia de un tipo penal abierto, esto es, que “no precisa de unas específicas circunstancias comisivas, ni de una determinada forma de ejecución”{304}, de suerte que basta con que el agente, por cualquier medio, incursione en una actividad que ha sido considerada como monopolio de arbitrio rentístico.

Es así entonces como un particular no sólo puede cometer el delito objeto de estudio, sino que su conducta puede encontrar adecuación típica en otros delitos. Por ejemplo si X imita aguardiente producido por la Empresa de Licores de Cundinamarca, lo envasa en botellas a las que le coloca la marca “Néctar” y el sello oficial, sin contar con las respectivas autorizaciones, X podría estar incurso no sólo en

el delito de ejercicio ilícito de Actividad monopolística de arbitrio rentístico, sino que su conducta podría encontrar adecuación típica, por ejemplo, en los delitos de Imitación, simulación de alimentos, productos o sustancias, Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales y Uso de efecto oficial o sello falsificado o Falsedad marcaria, en concurso heterogéneo y sucesivo{305}.

El objeto material sobre el cual recae la conducta está dado por la actividad que ha sido establecida como monopolio de arbitrio rentístico, para lo cual, como ya se esbozó, deberá recurrirse a la legislación pertinente a efectos de determinar cuáles actividades son consideradas como tales.

Se trata de un delito de mera actividad, puesto que basta ejercer la actividad monopolística de arbitrio rentístico sin la debida autorización, o emplear elementos o modalidades de juego no autorizadas, para que se entienda consumado el delito. Y es un delito de peligro, en tanto la definición típica no exige para su configuración la efectiva lesión del orden económico social, sino que es suficiente su puesta en peligro, la cual se surte mediante la usurpación de las competencias estatales, que son de carácter excluyente, para ejercer esta clase de actividades

De otra parte, el inciso segundo del artículo 312 del C. P. contempla una circunstancia específica de agravación punitiva en el evento en el cual la conducta descrita en el inciso primero sea desplegada por dos clases de sujetos activos, que deben tener una cualificación especial (sujeto activo calificado), así:

– La pena se aumentará en una tercera parte cuando el sujeto activo sea un particular que tenga una cualquiera de tres calidades: empresario, concesionario o representante legal que haya sido debidamente autorizado para ejercer la explotación de una actividad monopolística. Por ejemplo, podemos afirmar que la conducta se adecua al segundo inciso si el gerente de una entidad, que goza de autorización para explotar un monopolio de arbitrio rentístico, se dedica a ejercer paralelamente la misma u otra actividad monopolística, pero sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad pertinente.

– Igualmente, la pena se aumentará hasta la mitad cuando la conducta descrita en el primer inciso fuere cometida por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio estatal de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración del mismo.

XVIII. EVASIÓN FISCAL

Artículo 313. Evasión fiscal. El concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, que incumpla total o parcialmente con la entrega de las rentas monopolísticas que legalmente les correspondan a los servicios de salud y educación, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa hasta de 1.020.000 uvt .

En la misma pena incurrirá el concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico que no declare total o parcialmente los ingresos percibidos, en el ejercicio del mismo, ante la autoridad competente{306}.

No es posible identificar esta conducta con las que en el pasado se han denominado en forma similar o igual en normas tributarias{307}.

Lo anterior en razón a que la conducta descrita en el primer inciso está dada por el núcleo rector “incumplir total o parcialmente con la entrega de las rentas monopolísticas”, de suerte que se trata de un delito de omisión propia, consistente en que el sujeto incumpla con el deber de transferir a la entidad competente las rentas obtenidas en el ejercicio autorizado de la actividad monopolística de arbitrio rentístico.

El tipo penal se encarga de limitar las conductas que son de competencia del derecho penal, al establecer la exigencia de que esas rentas, de las que el sujeto no hace entrega, sean las que legalmente correspondan a los servicios de salud y educación, únicamente; de manera que si, por ejemplo, existe un monopolio de arbitrio rentístico, cuyas rentas no están destinadas específicamente a la educación o la salud, no incurrirá en este delito quien no haga entrega de las mismas

Basta con que la entrega de las rentas monopolísticas (que corresponden a los sectores de salud y/o educación) se haga de manera parcial, o no se haga, para que se entienda consumado el delito; de esta forma, encontrará adecuación típica la conducta consistente en que el sujeto transfiera una parte de las rentas, pero oculte u omita transferir otra parte de las mismas.

Así mismo, el tipo penal exige que las rentas monopolísticas que no son entregadas correspondan legalmente a los servicios de salud y educación; ello implica plantearnos el interrogante en torno a qué se debe entender por la expresión legalmente, es decir, si hace alusión a la ley en sentido estricto, entendiendo por tal la ley emanada del Congreso de la República y que tenga el carácter de tal; o si, por el contrario, hace referencia a la ley en sentido amplio, entendiendo que bajo esta denominación quedan cobijadas las leyes propiamente dichas, los decretos, las ordenanzas, etc.

Se considera que, en aras de mantener el respeto del principio de legalidad, debe entenderse que el tipo penal se refiere a la ley en sentido estricto, de forma tal que si una norma de inferior jerarquía es la que establece la destinación especifica a los sectores salud y/o educación, y quien ejerce la actividad monopolística no hace entrega de ellas, no habrá cometido conducta típica. Esta afirmación se sustenta en el propio artículo 336 constitucional, que dispone que las actividades monopolísticas deberán ser reguladas por medio de una ley. En este sentido se expresó también la Corte Constitucional en sentencia C-313 de 1994, que, aunque referida al delito de ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, es aplicable en este caso, por tener estrecha relación, como quiera que

se trata del ejercicio de actividades monopolísticas del cual deriva la consumación del delito que aquí se estudia.

Es un tipo penal en blanco, como quiera que la estructura del tipo mismo se halla contenida en otras disposiciones legales, que son precisamente aquellas que se encargan de prescribir, a título meramente enunciativo, lo siguiente: cuáles son las actividades consideradas como monopolio de arbitrio rentístico, cuáles de las rentas obtenidas en ejercicio de las mismas estarán destinadas específicamente a los sectores de salud y educación, cuál es el término dentro del cual se han obtenido las rentas que serán objeto de entrega, en qué plazo debe el sujeto hacer entrega de las mismas, entre otras.

El sujeto activo de este delito es calificado, dado que sólo puede ser autor quien ostente la calidad de concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio de arbitrio rentístico. Así las cosas, no podrá ser autor de este delito quien ejerza ilegalmente actividad monopolística de arbitrio rentístico, pues en este caso se aplicará el tipo especialmente señalado para esta conducta, tipo penal que trae una pena mayor (art. 312 C. P.).

Por otro lado, el segundo inciso del artículo 313 del C. P. también exige la presencia de un sujeto activo calificado, que es el mismo exigido en el inciso primero, es decir, el concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico

La conducta descrita en el segundo inciso está dada por el núcleo rector "no declarar los ingresos percibidos"; por no reportar ante la autoridad competente el monto de los ingresos percibidos en ejercicio de la actividad monopolística de arbitrio rentístico, o declararlos en un monto menor. Cabe poner de presente que la conducta sólo es punible a título de dolo, por lo cual deben estar plenamente probados la totalidad de sus elementos para que la conducta sea punible conforme el inciso segundo del artículo 313.

El tipo penal hace énfasis en que la no declaración debe versar sobre los ingresos percibidos en ejercicio de la

actividad monopolística de arbitrio rentístico, y no sobre cualquier tipo de ingresos que hayan entrado a formar parte del patrimonio del sujeto que ejerce lícitamente actividad monopolística.

Finalmente, es necesario precisar que varias de las conductas analizadas a lo largo de este escrito constituyen infracciones administrativas que deben ser investigadas por las diferentes superintendencias o autoridades administrativas, que podrán imponer las sanciones o multas respectivas en cada caso particular.

DIEGO CORREDOR BELTRÁN

De los delitos contra la salud pública

GENERALIDADES

El interés jurídico por la salubridad pública en el universo penal es de reciente creación, pues se fue estructurando a medida que la medicina fue evolucionando y se fueron superando criterios mágicos que relacionaban la enfermedad o la muerte como castigos divinos o como fenómenos independientes de la voluntad humana, ante los cuales el hombre no tenía otro camino que padecerlas. A partir del avance de la medicina, el Estado vio la necesidad de intervenir en la regulación de la salud pública, empezando a proferir disposiciones fundamentalmente de carácter administrativo hasta la época moderna, cuando se logra, por la intervención de esas ciencias de la salud, la obtención de unos límites soportables de sanidad y de higiene social que permiten acceder a cierta estabilidad al erradicar las enfermedades sociales, previniendo con vacunaciones y controles sanitarios cualquier causa que pueda desencadenarlas.

Así entonces, debemos manifestar que la salud pública puede considerarse como un conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y fomentan la salud de todos los conciudadanos{308}; pero igualmente el carácter de “pública” que califica la salud, no debe entenderse como referencia a una peculiaridad del bien jurídico protegido, sino, más bien, como un rasgo característico de los ataques que suponen estos delitos y que consiste en la afección plural que representan por su carácter de delitos de peligro general o colectivo{309}; por ello se concluye que este bien jurídico es colectivo, autónomo, independiente y debe ser separado de la salud individual, bajo el entendido que aquella puede garantizar efectivamente ésta{310}.

Este título está integrado en el Código Penal vigente por dos capítulos, el de las conductas que constituyen afectaciones a la salud pública, y las constitutivas del tráfico de estupefacientes, que en nuestro sentir, y desde la perspectiva que estamos anotando, merecerá una referencia posterior como que frente a estos ilícitos, no cabe duda, que atienden a un carácter pluriofensivo.

Estos delitos se tienen como de peligro común abstracto, por cuanto la razón de tenerse como típicas sus conductas no es otra que la de proteger la vida y la salud de las personas, pero no se exige su puesta en peligro para el caso concreto para castigarlos; de ahí que quepa el concurso entre estos delitos y los punibles contra la vida y la integridad personal{311}.

Así mismo, debe destacarse que un buen número de estos punibles son tipos penales en blanco, es decir, disposiciones que exigen para su cabal entendimiento, comprensión y aplicación, la remisión a otras áreas del saber extra-penal para comprender el supuesto de hecho. Esta técnica debe asumirse con prudencia, pues es muy posible caer en imprecisiones terminológicas que afecten la misma descripción típica y puedan constituir, en consecuencia, vulneración al principio de la legalidad.

Finalmente, en este acápite debemos recordar que en el evento en el que surja la causación de un homicidio o de una lesión personal, como consecuencia de la infracción a cualquiera de las conductas previstas en el capítulo primero de este título XIII, ello constituye expresamente una circunstancia de agravación punitiva del homicidio, sin que haya en la doctrina unanimidad en torno a la estructuración o no de un concurso efectivo de tipos.

I. DE LAS AFECTACIONES A LA SALUD PÚBLICA.

VIOLACIÓN DE MEDIDAS SANITARIAS{312}

El delito de violación de medidas sanitarias se encuentra definido en el artículo 368 del Código Penal de la siguiente manera:

Violación de medidas sanitarias. El que viole medida sanitaria adoptada por la autoridad competente para

impedir la introducción o propagación de una epidemia, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años{313}.

Ubicando a este tipo penal dentro de la clasificación realizada por la doctrina, tenemos que este corresponde a un tipo penal simple, cuyo núcleo rector de la conducta está dado solamente por la expresión “violar medida sanitaria”; el término violar, según la Real Academia Española, en una de sus acepciones significa infringir o quebrantar una ley o precepto.

Se trata de un delito de mera conducta, toda vez que el simple comportamiento consistente en violar medida sanitaria se contempla como punible, sin que sea necesaria la producción de un resultado específico para afirmar la tipicidad de la conducta, esto es, no se requiere que la epidemia sea introducida o propagada efectivamente para que podamos decir que la conducta es punible conforme al artículo 368 del Código Penal; en consecuencia, el delito se consuma en el momento en que el sujeto agente viola la medida sanitaria.

La conducta consiste, entonces, en violar una medida sanitaria que haya sido adoptada por la autoridad competente con la finalidad de evitar la introducción o la propagación de una epidemia{314}; lo que importa destacar aquí es que el tipo penal reprime única y exclusivamente la infracción a medidas sanitarias que tengan como propósito impedir la introducción al país o la propagación de una epidemia dentro del mismo; de suerte que si se infringen medidas sanitarias cuyo fin no es evitar lo antes mencionado, indefectiblemente la conducta será atípica.

Empero, hay que poner de relieve que no queda cobijada por el ámbito de protección penal de este tipo la represión de la conducta consistente en violar medida sanitaria, adoptada por la autoridad competente, cuando ella tenga por finalidad evitar la introducción o la propagación de una enfermedad de carácter no epidémico.

De otra parte, tenemos que este artículo contiene un tipo penal en blanco, que se define por la doctrina como “...

aquellos casos en los cuales el supuesto de hecho se halla consignado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal”{315}; en palabras de Reyes Echandía: “Hay otros tipos de una relativa incompletud, que la doctrina conoce con el nombre de tipos penales en blanco y cuya característica es la de que en ellos la conducta no aparece totalmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo y otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla”{316}.

Sostenemos lo anterior, ya que la misma estructura del tipo nos deja ver esto al decir: “El que viole medida sanitaria adoptada por la autoridad competente...”; de tal forma que la Ley 9.a de 1979, que se ocupa del tema de las medidas sanitarias, expresa en el artículo 488 que la autoridad competente para proferir estas medidas es el Ministerio de Salud, y al mismo tiempo le otorga la facultad de delegar estas funciones.

Es aquí precisamente donde encontramos un gran inconveniente para determinar la conducta violatoria del tipo penal en cuestión, pues los tipos penales en blanco presentan grandes problemas en el derecho penal, atacándose los mismos por un sector mayoritario de la doctrina que los considera violatorios de las principales garantías que ofrece el proceso penal{317}, entre las que se destaca la legalidad, ausente muchas veces en estos tipos penales; lo que es realmente discutible en el artículo que nos ocupa, pues se debe tener presente que el establecimiento de las medidas sanitarias en Colombia se encuentra bastante disperso en las diferentes entidades del Estado; por ejemplo, la Ley 623 de 2000, al ocuparse de la erradicación de la peste porcina clásica, en su artículo I .° señala que los encargados de proferir las medidas sanitarias correspondientes serán el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y, en especial, el ICA ; lo que nos demuestra claramente que, dependiendo de la epidemia de que se trate, la entidad encargada de prevenirla será quien por distribución de competencias del Estado esté facultada para ello.

Continuando con el análisis del tipo debemos mencionar que la violación de la medida sanitaria puede darse a cualquier título, y es susceptible de ser infringida por cualquier persona, toda vez que se trata de un delito con sujeto activo

indeterminado; el sujeto pasivo, en cambio, siempre será la sociedad, dado que el bien jurídico penalmente tutelado es la salud pública, que se configura como de carácter colectivo o supraindividual.

Sin embargo, es necesario dejar en claro que el delito de violación de medidas sanitarias sólo puede ser cometido de forma dolosa, dado que no ha sido prevista como punible la modalidad de comisión culposa. El dolo, en este caso específico, estará integrado por la conciencia y la voluntad de violar medida sanitaria.

En lo que refiere al tema de los concursos, se plantean las hipótesis de concurso efectivo de tipos penales entre éste y el consagrado en el artículo 369 del mismo estatuto que se titula propagación de epidemia, o el concurso aparente entre los mismos. Frente a lo cual consideramos que la solución viable se plantea en la segunda hipótesis, es decir, como concurso aparente, pues por el criterio de consunción{318}, establecido por el derecho penal para solucionar estos casos; así, si alguien viola medida sanitaria y, como consecuencia de ello, propaga epidemia, la conducta encontrará asidero, no ya en el delito de violación de medida sanitaria, sino en el de propagación de epidemia, pues el primero va dirigido a evitar que se presente esta situación; por lo que, al darse efectivamente estaríamos sancionando dos veces por el mismo hecho, en el evento en que acojamos la primera hipótesis.

Retomando lo dicho anteriormente sobre el tipo penal en blanco, se debe mencionar la discusión existente en torno a la posible inconstitucionalidad del delito de violación de medidas sanitarias, al considerarse por la doctrina mayoritaria que éste puede no corresponder fielmente al principio de legalidad como quedó expresado, pues la dispersión de las medidas sanitarias hace necesario que se piense en la posible violación al principio de certeza de la ley, siendo que quien tenga que observar las mismas se encontrará en circunstancias de confusión para ubicarlas, más aún si se tiene en cuenta que es una materia variable, pues se rige de acuerdo a las necesidades de la sociedad.

Así mismo, se hace referencia a la posible violación del principio de reserva de la ley penal, que en nuestra legislación se traduce en la facultad exclusiva del legislativo

para emitir leyes penales, lo que no siempre se cumple en esta materia, ya que muchas de éstas se expiden por medio de actos administrativos.

El otro sector de la doctrina considera que los tipos penales en blanco no vulneran estos principios, siempre y cuando las facultades sean limitadas en determinadas formas; pero esta es la posición minoritaria{319}.

La Corte Constitucional al parecer se inscribe en este último grupo, pues la tesis dominante en esta corporación apunta a establecer que esta clase de tipos penales no es inconstitucional, siempre y cuando el reenvío normativo precise inequívocamente el alcance de la conducta y de la sanción{320}.

A. PROPAGACIÓN DE EPIDEMIA{321}

El Estado, dentro de su función de mantener las condiciones necesarias para el desarrollo de la vida del individuo y de la sociedad, tiene la obligación de tomar medidas preventivas para evitar el contagio de enfermedades y la propagación de las mismas. Para el cumplimiento de esta función, además de la utilización de medidas administrativas, el Estado ha hecho uso del ius puniendi para controlar una de las fuentes de riesgo más peligrosa para la salud pública como son las epidemias.

Debemos entender que el concepto de epidemia en la legislación penal colombiana es distinto al elaborado por la ciencia médica; en medicina se entiende por epidemia “un determinado número de casos de una enfermedad transmisible que sobrepasa la frecuencia habitual”, mientras que en materia jurídico penal el concepto de epidemia se identifica con una enfermedad contagiosa{322}, sin que se requiera que esté altamente difundida en la comunidad, exigiéndose sí, para algunos autores como Reyes Echandía , y según lo indica la doctrina extranjera{323} que sea grave o peligrosa.

El tipo penal de propagación de epidemia simplemente prevé: "El que propague...", sin determinar un medio específico para su ejecución, permitiéndole al operador de justicia que valore en cada caso si hay o no propagación, teniendo en cuenta que la modalidad de comisión del punible dependerá de la epidemia de que se trate y del medio científicamente apto para que ésta pueda ser transmitida, siempre que se utilice de una manera plural, ya que propagar implica multiplicidad, extensión. Propagar es multiplicar por generación o por otra vía de reproducción, es dilatar o aumentar una cosa, se necesita la pluralidad.

Se debe tener en cuenta, respecto al aspecto subjetivo, que esta es una conducta dolosa y, por consiguiente, para la configuración del tipo se requiere el conocimiento del carácter de la enfermedad y la voluntad de propagarla o la aceptación de su propagación, siendo clara la admisibilidad del dolo eventual.

La propagación de epidemia, al igual que la mayoría de delitos que protegen bienes jurídicos colectivos, es un tipo de mera conducta y de peligro; es decir, el delito se consuma cuando se realizan prácticas mediante las cuales pueda propagarse la epidemia, así la enfermedad contagiosa no sea transmitida efectivamente a alguien, porque, a pesar de que lo que se exige que sea propagado es un proceso patológico en desarrollo y que muchos autores consideran que es un delito de daño{324}, no podemos perder de vista que se trata de un delito contra la salud pública, y, esta última está lesionada tan solo con la creación de un peligro común indeterminado, siendo esto lo que distingue un atentado a la vida y la integridad personal de un atentado a un bien jurídico colectivo.

Si este es un tipo de peligro, cabe preguntarse qué ocurre cuando, además de realizarse actos idóneos para transmitir la enfermedad, se contagia efectivamente a alguien; en estos casos se presentaría un concurso efectivo de tipos entre lesiones personales y propagación de epidemia por la diversidad de bienes jurídicos protegidos en uno y otro delito. Lo difícil será probar el nexo de causalidad entre la fuente de peligro ocasionada por el agente con la expansión del germen patógeno{325} y el contagio efectivo. Cuando se pretenda propagar la epidemia mediante el contagio directo a un determinado grupo de personas y estas personas sean

inmunes a la enfermedad porque han sido vacunadas, se presentaría entonces una tentativa imposible de lesiones personales, la cual no sería punible.

Pueden presentarse también eventos en los cuales los medios utilizados para la propagación de epidemias constituyan otros delitos contra la salud pública, como cuando contamino aguas para propagar o violo medidas sanitarias para propagar; situaciones en las cuales es claro que se presentaría tan solo un concurso aparente de tipos penales aplicando el criterio de la consunción{326}

Si la situación es la inversa, es decir, se utiliza la propagación de epidemia para cometer otros delitos, como el homicidio o las lesiones personales, debemos afirmar que estamos ante un homicidio agravado o una lesión agravada, por haber sido cometidos por medio de alguno de los delitos contenidos en el capítulo primero del título xm del libro segundo, siempre que exista la relación de medio a fin (y en delito complejo). Si esta relación no se logra probar y, por ende, no se estructura la circunstancia de agravación, obligado será afirmar la existencia de un concurso efectivo de tipos entre el homicidio o las lesiones causadas y la propagación de epidemias. También se puede, a través de la propagación de epidemia, cometer un genocidio, ya sea porque se logre la destrucción total o parcial del grupo, cuando lo que se propaga es una enfermedad mortal para la cual la ciencia no ha encontrado cura ni vacuna, como el ébola o la enfermedad transmitida por las vacas locas, o porque simplemente se lesione la integridad física o mental de un grupo.

En estos casos, en los cuales se utiliza la propagación como medio, generalmente se cometerá el delito a título de dolo eventual, teniéndose dolo directo respecto del delito fin.

B. PROPAGACIÓN DEL VIRUS DE INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH) O DE LA HEPATITIS B{327}

Este delito es una de las novedades que, en materia de delitos contra la salud pública, trae el nuevo Código Penal. Para nadie es un misterio la gravedad que estas enfermedades encierran. El VIH es el virus que causa la enfermedad del sida, que es considerada la enfermedad del siglo, para la cual la ciencia aún no ha encontrado cura y que, por tanto, tiene carácter mortal, pues la persona que adquiere el VIH y desarrolla el síndrome tarde o temprano va a morir de él -salvo que ocurra un suceso extraordinario que interrumpa el nexo causal-; lo único que la ciencia ha logrado son procedimientos para morigerar y retardar los efectos de este mal. La hepatitis B, aunque no es tan grave como el sida, sí es igualmente una enfermedad muy delicada, que de no ser tratada a tiempo puede ser mortal también. Es evidente que el VIH y la hepatitis B son enfermedades contagiosas, graves, y que por lo tanto antes de la creación de este delito especial la conducta propagadora de estos dos virus se adecuaba perfectamente al delito de propagación de epidemia (art. 369 C. P.). Pero el peligro para la salud que entrañan estos dos males llevó al legislador a establecer este delito especial con una pena que resulta muy superior.

Esta conducta punible no existía como tipo autónomo en el Código Penal de 1980; sin embargo, con posterioridad, y en atención a la situación que se vivía dentro del medio social, se emitió el Decreto 559 de 1991, donde se adoptaron algunas medidas de carácter penal cuyo fin fue reprimir las conductas que atentan contra la salud pública, complementando así el articulado del Código Penal anterior. Según esta norma, una vez se había tenido conocimiento de estar infectado por el VIH , al sujeto le estaba prohibido desplegar de manera deliberada conductas a través de las cuales pudiese poner a otros en riesgo de ser contaminados, así como donar sangre, semen, órganos o, en general, componentes anatómicos, a riesgo de verse incurso en los delitos de violación de medidas sanitarias y propagación de epidemia. Esta es, pues, la génesis del tipo penal que encontramos en el código vigente.

La norma empieza por señalar un elemento subjetivo, con el cual se cualificó implícitamente el sujeto activo de este delito: “El que después de haber sido informado de estar infectado por el virus de inmunodeficiencia humana (VIH) o de la hepatitis B”. Se exige entonces que el sujeto,

previamente a la realización de la conducta, haya tenido conocimiento de estar infectado por alguno de estos dos virus, y que en el momento de actuar esté presente por consiguiente este elemento subjetivo.

La primera inquietud que surge es si era necesaria la implementación de este elemento subjetivo o si ya se encontraba implícito en el dolo (toda vez que este delito es doloso). La intención de la consagración de este elemento subjetivo era que quedara claro que, cuando el seropositivo o la persona infectada de hepatitis B no sabe que porta el virus y realiza la conducta propagadora, no incurre en este delito. Pero este elemento subjetivo, creemos, sobraba, pues en nuestra opinión está implícito en el dolo, ya que éste abarca el conocimiento de los hechos.

Esta consagración, además de innecesaria, cualificó al sujeto activo de esta conducta punible, pues sólo podrá ser realizada por el portador del virus, esto es, por el seropositivo o el enfermo de hepatitis B, desconociendo que personas no infectadas también pueden propagar estas enfermedades. Piénsese en el caso de una persona que, sin estar infectada, intencionalmente contagia a muchas personas de VIH por medio de una jeringa infectada. Este individuo, al no ser seropositivo, no podría incurrir en este delito, aunque debe llegarse a la conclusión de que es autor de propagación de epidemia, ya que el vih y la hepatitis B antes que nada son epidemias; pero es evidente la desproporción punitiva. Creemos que esto se debió a un simple error de técnica legislativa, puesto que no creemos que de forma deliberada se haya previsto un mecanismo de discriminación y persecución contra el portador de los virus anotados.

El delito contiene dos conductas: a. Realizar prácticas mediante las cuales pueda contaminar a otra persona, y b. Donar sangre, semen, órganos o, en general, componentes anatómicos. Con la realización de cualquiera de ellas se consuma el delito; no se requiere que las dos conductas concurran (la “o” es disyuntiva), por lo que es un delito compuesto alternativo.

C. REALIZAR PRÁCTICAS MEDIANTE LAS CUALES

Teniendo en cuenta que la norma del artículo 370 del Código Penal se titula “Propagación del VIH o de la hepatitis B”, y la voz “propagar” implica multiplicidad, pluralidad, pues de otra manera no se justificaría su inclusión en este título, no se entiende cómo puede configurarse con la simple realización de una práctica por medio de la cual pueda contaminarse a una persona. El delito de propagación de epidemia por su redacción le da ese margen de valoración al intérprete, para constatar si efectivamente hay o no propagación y puesta en peligro de la salud pública; por el contrario, las simples prácticas por medio de las cuales se pueda contaminar de VIHo de hepatitis B a otra persona imponen la tipicidad de este delito. Se podría entender su incriminación ya que con la contaminación a una persona, y por ser asintomática la enfermedad por varios años incluso, produzca per se el atentado contra el bien jurídico, como que nada le va a impedir al contaminado seguir realizando actos similares ante terceras personas, bajo el entendido que es sano o cuando menos no portador de este virus. He ahí la razón por la que se tiene como un tipo de peligro y atentatorio contra este bien jurídico.

Es una conducta bastante amplia en la cual quedarían incluidas todas las prácticas diversas a la donación de sangre, semen y órganos, por medio de las cuales se puedan contaminar estos virus. En esta conducta quedan incluidas todas las prácticas sexuales, que son la vía más común de contagio de estas enfermedades, en especial del vih {328}. También quedan incluidas aquí las prácticas consistentes en el uso común de jeringas, por medio de las cuales se puede también contagiar el VIH o la hepatitis B.

Respecto de las prácticas sexuales, surge el interrogante de qué ocurre cuando el portador del VIH utiliza preservativo en el contacto sexual. La ciencia ha constatado que el condón es un medio eficaz para combatir el sida y otras enfermedades de transmisión sexual. Sobre este tema no existen estadísticas absolutamente confiables por lo inmoral que sería experimentar en esta materia, y además porque todo depende de un adecuado uso del preservativo; pero en

términos generales se ha dicho que el empleo adecuado de éste disminuye en un 97% el riesgo de ser contaminado. En ese sentido es posible decir que cuando el portador del virus utilice correctamente el preservativo en el contacto sexual obraría dentro del riesgo permitido, por lo que no se crearía un riesgo jurídicamente desaprobado y no habría entonces imputación objetiva, siendo la conducta atípica. Aunque algunos autores sostienen que no es posible en este caso hablar de riesgo permitido porque, aunque el riesgo disminuye cuantitativamente, cualitativamente es aún muy alto, por afectar a la salud y a la vida humana{329}.

D. DONAR SANGRE, SEMEN, ÓRGANOS O, EN GENERAL, COMPONENTES ANATÓMICOS

Según el Decreto 1546 de 1998, artículo 2.°, donante “es la persona a la que durante su vida o después de su muerte, por su expresa voluntad o por la de sus deudos, se le extraen componentes anatómicos con el fin de utilizarlos para trasplante en otra persona, con objetivos terapéuticos”. Donar, entonces, es autorizar expresamente la extracción de componentes anatómicos propios o de otro (en el caso de los deudos del difunto) para que sean trasplantados a otra persona con fines terapéuticos{330}.

De esta definición se desprenden tres conclusiones: a. El portador del virus que done sangre, semen, órganos o demás componentes anatómicos, a sabiendas de esta situación, incurre en el delito; b. No obstante lo anterior, es posible que un portador done sus órganos para que los mismos sean trasplantados después de su muerte, caso en el cual operará una causal de extinción de la acción penal (art. 82.1 C. P.), y c. Debido a la cualificación del sujeto activo, no comete este hecho punible el familiar del difunto portador de alguno de estos virus que autoriza que le sean extraídos componentes anatómicos con el fin de ser trasplantados a otra persona; lo que no impide que pueda estar incurso en el delito de propagación de epidemia.

La esencia, entonces, de la conducta de donar está en prestar el consentimiento para la extracción de componentes anatómicos para ser trasplantados a otra persona. No se requiere para que se consume el delito que se dé el efectivo trasplante o colocación del componente anatómico en el otro individuo, basta que se produzca la extracción consentida del componente anatómico con estos fines. La donación puede ser de sangre, por ejemplo, cuando un seropositivo que sabe que porta el virus dona sangre en una campaña de salud para un banco de sangre; así mismo, puede ser de semen, en el caso de los bancos de semen que son utilizados por las mujeres que quieren practicarse la inseminación artificial; o de órganos{331}, en el caso de las donaciones hechas a bancos de órganos. La norma remata diciendo: “o en general componentes anatómicos”, donde cabría cualquier tipo de tejidos que no alcancen a configurar un órgano.

El delito es de mera conducta y de peligro abstracto, razón por la cual es discutible la admisión de la forma tentada, ya que el tipo penal implica de suyo una mera puesta en peligro del bien jurídico y, por tanto, la sanción a título de tentativa presupondría un castigo del peligro de una puesta en peligro.

En cuanto hace a las posibilidades de concursos de hechos punibles que se pueden dar en relación al delito de propagación del VIH o de la hepatitis B, en especial respecto de la propagación del VIH, quizás el punto más polémico sea el de los concursos con delitos contra la vida y la integridad personal.

Sin duda, debido al carácter mortal del sida en la actualidad -dado que la ciencia no ha encontrado cura para este mal-, el delito de propagación del VIH generalmente concurrirá con el delito de homicidio, tentado o consumado, dependiendo de si hubo contagio y, de ser así, del grado de evolución del virus al momento del respectivo proceso penal{332}. Surgen entonces dos hipótesis posibles de cara a esta situación: en la primera, el autor sería responsable únicamente de homicidio (tentado o consumado), agravado en virtud del numeral 3.° del artículo 104, el cual consagra la punición agravada de este delito cuando se realiza por medio de las conductas previstas en el capítulo 1 del título XIII, entre las cuales se encuentra el artículo 370; es decir,

el concurso quedaría excluido, pues de no ser así se sancionaría dos veces por el mismo hecho. En la segunda hipótesis el autor respondería por el concurso efectivo entre homicidio simple (tentado o consumado) y propagación de VIH , excluyendo así la aplicación de la agravante mencionada. Cualquiera de las dos hipótesis es válida, pero por lo general resultará más favorable para el reo la aplicación de la segunda, toda vez que la sanción penal por homicidio agravado será mayor que la del concurso.

Esto nos pone de relieve lo innecesario que resultaba consagrar un delito autónomo para la propagación del VIH dentro de los delitos contra la salud pública, ya que en estos casos estaremos también en presencia de un homicidio tentado o consumado, y es evidente la desproporción punitiva de estos dos hechos punibles, por lo que el delito de propagación del VIH en últimas es lo de menos.

Por último, examinemos un caso que sin duda es de ocurrencia cotidiana y puede resultar problemático, y podemos ejemplificarlo de la siguiente manera: Pedro se hace la prueba del sida y se entera que padece el virus del VIH ; él se lo comunica a su pareja (María), la cual no se halla infectada con el virus, informándole plenamente de la situación, de la posibilidad de una transmisión del virus en caso de sostener relaciones sexuales sin protección, de la incurabilidad de la enfermedad en caso de transmisión y de sus consecuencias mortales. No obstante ello, María consiente en tener relaciones sexuales con él, pues considera que su salud vale poco al lado del gran amor que le tiene; ellos realizan el acto sexual sin utilizar ningún tipo de protección. María no resulta infectada. La cuestión que pretendemos dilucidar es: ¿debe responder penalmente Pedro? y, en caso afirmativo, ¿por qué delito debe responder?

El caso debemos mirarlo desde dos perspectivas: a. Frente al homicidio, y b. Frente a la propagación del VIH . Frente al homicidio, al haber consentido María en la relación sexual y en los riesgos a los cuales se exponía, podemos concluir que se daría una acción a propio riesgo por una participación en una autopuesta en peligro de la víctima, que excluiría la imputación objetiva. De no aceptarse la ausencia de imputación objetiva, en todo caso sería posible la exclusión de responsabilidad penal en virtud de una

causal de justificación, cual es el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico (art. 32 C. P.). Se parte del presupuesto de que la vida es un bien jurídico del cual se puede disponer válidamente por parte de su titular, lo cual hoy en día aún es discutido.

Pero frente al delito de propagación del VIH la situación no sería tan sencilla, pues el bien jurídico tutelado es la salud pública, bien jurídico colectivo cuyo titular es la sociedad, no una persona individualmente considerada, de manera que en este caso María no podría disponer, en principio, del bien jurídico de la salud pública, porque no es el titular del derecho. Así las cosas, ni la acción a propio riesgo ni el consentimiento del titular del bien jurídico podrían exonerar de responsabilidad penal a Pedro. La solución se podría dar por la vía de la teoría de los bienes jurídicos intermedios o de referente individual{333}, que son bienes jurídicos de carácter colectivo en principio, pero que en su vulneración o puesta en peligro específica se concretan en un individuo y por ello se dice que son de referente individual. Tal sería el caso de la salud pública. Asumiendo tal naturaleza de este bien jurídico, podría admitirse la acción a propio riesgo o el consentimiento del titular del bien jurídico, como figuras que exonerarían de responsabilidad penal a Pedro; no obstante ello, la solución es controversial.

Todos estos problemas se derivan en gran parte de la tutela por parte del derecho penal de bienes jurídicos colectivos a través de la utilización de delitos de peligro abstracto.

E. CONTAMINACIÓN DE AGUAS

El artículo 371 del Código Penal colombiano es un tipo de los llamados complejos, como que en la descripción típica se emplean tres verbos rectores, que marcan tres formas para poder adecuar el comportamiento a la norma; son ellas: envenenar, contaminar o alterar el agua destinada al uso o consumo humano. En efecto, observemos que la descripción típica dice:

El que envenene, contamine, o de modo peligroso para la salud altere agua destinada al uso o consumo humano, incurrirá en prisión de uno (I) a cinco (5) años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. La pena será de uno (I) a tres (3) años de prisión, si estuviese destinada al servicio de agricultura o al consumo o uso de animales. La pena se aumentará de una tercera parta a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas.

En relación con la conducta, entiéndase por envenenamiento la acción de agregar una sustancia a otra, de suyo tóxica o que se vuelve tóxica al mezclarse con aquella; no es, pues, indispensable mezclar o agregar "veneno"{334}, sino hacer venenosa la sustancia que es objeto material del delito. La contaminación es la adulteración que se sucede de la sustancia mediante la introducción de gérmenes o bacterias, y por alteración ha de entenderse todo aquel procedimiento que lleva a que se desnaturalice el elemento desde sus características químicas, es decir, menoscabando sus propiedades para ser utilizadas por el hombre. De la redacción de la norma se puede colegir que con la acción de contaminar y envenenar ya de por sí se está generando peligro al ser humano, mientras que en cambio la "alteración" puede ser susceptible de rangos, siendo el punible aquél que se pueda tener como efectivamente peligroso para la salud; por lo que será un aspecto a ser establecido por el funcionario judicial, acudiendo a la prueba pericial especialmente.

Así mismo, el agua debe tener un destino: el uso o el consumo por parte del ser humano; por lo que, si no se cumple con esta condición, la conducta adelantada sería constitutiva de la infracción al medio ambiente, por ejemplo. Ha de entenderse que, "aguas destinadas al consumo humano" hace relación con las que se beben o con las cuales se adelantan labores de preparación de alimentos y cocina; se entenderá por aguas de uso humano aquellas que se destinan a la satisfacción de otras necesidades de la persona: aseo personal, servicios sanitarios, lavado de ropa, etc. No se requiere que la acción recaiga sobre aguas de por

sí potables, pues, a más de que la norma no cualifica el objeto desde esta perspectiva, es claro que lo que se ataca es la calidad e integridad del agua, haciéndola menos apta para lo que normalmente se destina: el consumo y uso del ser humano.

Igualmente debemos precisar que nos encontramos ante un tipo subsidiario, por cuanto se protege “determinado interés jurídico que es tutelado más ampliamente por otro, el cual, además, salvaguardia un interés jurídico diverso”{335}.

El segundo inciso de la norma tipifica de manera atenuada el comportamiento cuando la conducta se realiza sobre aguas que estuvieran destinadas al servicio de agricultura o al consumo o uso de animales; es decir que se presenta esta modalidad cuando con antelación se conoce por parte del autor que esas aguas tienen este destino específico. En este punto recaería la diferencia entre la infracción de esta norma y el atentado contra el medio ambiente, contaminación ambiental, que sin embargo contempla una pena mayor, con lo que pone de presente un tratamiento inequitativo en materia de tasación punitiva dada por el legislador, pues entenderíamos que de todos modos el desvalor es mayor en tratándose de la puesta en peligro de la especie animal y de la actividad agrícola que del atentado ya reseñado contra el recurso natural.

Finalmente, el Código Penal de 2000 trae un tercer inciso que es novedoso frente al texto del estatuto anterior al consagrar una circunstancia de agravación punitiva, que se hace consistir en que la conducta se realiza con fines terroristas, es decir, cuando la acción propia del ilícito se ejecuta motivada por la creación de factores o de situaciones que generen zozobra o terror, adicionándosele el empleo o la utilización de los medios citados en la norma que pueden llevar a la causación de actos idóneos para la generación de estragos. He ahí la razón del agravante, que no solo se encuentra dispuesta para este tipo, sino que se ha convertido en casual de agravación para un buen número de descripciones típicas del nuevo estatuto.

F. CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS, PRODUCTOS

Esta es la conducta que encontramos en el artículo 372 del Código vigente y que aparece descrita así:

El que envenene, contamine, altere producto o sustancia alimenticia, médica, material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo de aplicación personal, los comercialice, distribuya o suministre, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años; multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En las mismas penas incurrirá el que suministre, comercialice o distribuya producto o sustancia o material de los mencionados en este artículo, encontrándose deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, siempre que se ponga en peligro la vida o salud de las personas. Las penas se aumentarán hasta en la mitad, si el que suministre o comercialice fuere el mismo que la elaboró, envenenó, contaminó o alteró. Si la conducta se realiza con fines terroristas, la pena será de prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Si bien es cierto que este artículo tiene su precedente en el artículo 206 del Código anterior, también lo es que su regulación se hace mucho más completa, extensiva y abarca supuestos que la norma anterior no contemplaba, y que desarrolla lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución

Nacional, cuando se indica que la producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado e igualmente este promoverá la investigación y la transferencia de tecnología para la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario.

En relación con el primer inciso y en referencia con su núcleo rector, este está enmarcado por los verbos ya reseñados cuando estudiamos el artículo anterior, pero además se agregaron los de comercializar, distribuir y suministrar, que tienen que ver con el adelantamiento de actos de comercio o de disposición, propicios para generar situaciones o condiciones más claras y contundentes en contra del interés jurídico que se tutela. Comercializar es comprar, vender o permutar géneros o mercancías con fin lucrativo; distribuir es repartir algo entre varias personas designando lo que corresponde a cada una, y suministrar se entiende como proporcionar a alguien algo, vendiéndoselo o dándoselo.

El objeto material es de carácter real y se concreta en producto o sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo de aplicación personal. Este objeto a su vez se convierte, de elemento descriptivo, como se consideraba, en un elemento normativo jurídico, y más cuando hoy, en nuestro país, existe una entidad que como el Invima, encargada, entre otros, de ejercer el "control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva" (art. 245 de la Ley ioo de 1993). Con base en esta disposición se han emitido algunos marcos normativos que desarrollan lo plasmado: así, vale la pena citar el Decreto 1290 de 1994, en donde se asignan las funciones de este ente oficial, disponiéndose, entre otras, el de controlar y vigilar la calidad y seguridad de los productos establecidos en el artículo 245 de la Ley ioo de 1993 durante todas las actividades asociadas con su producción, importación, comercialización y consumo; expedir los registros sanitarios de los mismos productos; promover la aplicación de las buenas prácticas de manufactura para tales productos, así como en su transporte, almacenamiento

y en las demás actividades propias de su comercialización. Igualmente consideramos que el Decreto 677 de 1995, al adoptar las definiciones de un buen número de términos que tiene que ver con este asunto, tendrá que ser objeto de consulta por parte del intérprete de esta disposición. Debe sin embargo llamar la atención el hecho que no coincida la denominación dada en la norma sanitaria con el objeto que se pretende proteger con esta disposición penal, es el caso de los "productos de aseo de aplicación personal", cuando técnicamente se denominan dentro de la norma sanitaria como "productos cosméticos", existiendo una gran variedad de ellos; o el caso del llamado material profiláctico, que, teniéndose como recursos utilizados para proteger al individuo contra las enfermedades, evitar su propagación o controlar su virulencia, podrían excluir lo que en la norma especial se denominan "dispositivos y elementos médico quirúrgicos". En nuestra opinión deberá acudirse a la norma especial para poder entender cuál es la finalidad del ámbito de protección de la norma penal, obviamente sin generar atentados al principio de legalidad y de tipicidad penal.

En un principio se tiene por producto alimenticio todo aquello que alimenta o tiene la propiedad de alimentar, es decir aquello que convertido en alimento proporciona al organismo la materia y la energía que este necesita para mantenerse con vida; por producto o sustancia médica, aquello que tiene cualidad o uso terapéutico; por medicamento, aquél preparado farmacéutico obtenido a partir de principios activos, con o sin sustancias auxiliares, presentado bajo forma farmacéutica, que se utiliza para la prevención, alivio, diagnóstico, tratamiento, curación o rehabilitación de la enfermedad. De conformidad con lo previsto en el artículo 2.° del Decreto 677 de 1995, los envases, rótulos, etiquetas y empaques hacen parte integral del medicamento, por cuanto estos garantizan la calidad, estabilidad y uso adecuado. Esta definición resolvería el problema del concurso que se presentaría con la falsificación que se haría de estos últimos objetos. En nuestra opinión, si tales rótulos, etiquetas, etc., se encuentran ya incorporados a la presentación del medicamento como unidad integrada por todo lo anterior, solamente habría la concurrencia de este ilícito; mas, si nos encontramos con la presentación individual de tales rótulos o marquillas sin que las mismas estén incorporadas a lo que se entiende como ese todo de "medicamento", estaríamos

en presencia de una falsedad documental o de un atentado contra el orden económico y social; por producto farmacéutico deberá entenderse el constituido por sustancias oficialmente aprobadas y que tienen unas características y cumplen unos efectos farmacológicos, fisicoquímicos u organolépticos.

Con respecto al segundo inciso de la disposición, este consagra otro supuesto de hecho referido a la comercialización, distribución o suministro de producto, sustancia o material del mencionado en el inciso primero pero que se encuentre caducado, deteriorado o incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia.

Para la estructuración de este comportamiento se requiere ya no que se haya modificado la estructura bioquímica, física u orgánica del producto, por cuanto se entiende que el mismo en un comienzo cumplió con tales exigencias, sino que cuando se procede a su distribución, suministro o comercialización, el producto o la sustancia se encuentra afectada. El deterioro tiene que ver con la presentación del producto, es decir cuando el contenido no corresponde al autorizado o se hubiere sustraído del original, total o parcialmente; también, cuando por su naturaleza no se encuentre almacenado o conservado con las debidas precauciones o dentro de los rangos recomendados, por ejemplo, de humedad y temperatura. Se encuentra caducado un producto cuando por el transcurso del tiempo se entiende que las cualidades que tenía el mismo han fenecido, es decir cuando han perdido su aptitud para mantener en el tiempo sus propiedades originales dentro de las especificaciones establecidas en relación a su identidad, concentración o potencia, calidad, pureza y apariencia física. El incumplimiento a las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia guarda relación, respectivamente, a las características primarias del producto, a las cualidades que permiten que el producto cumpla su finalidad, y a la aptitud para producir los efectos propuestos, determinados por métodos científicos.

Este inciso en su último aparte trae una referencia a la entidad que debe tener la conducta: “siempre que ponga en peligro la vida o la salud de las personas”; nos parece que es esta una reiteración que se hace en torno a la

antijuridicidad del comportamiento, por lo que, si se logra demostrar que la conducta se materializó sobre un producto o una sustancia que a pesar de estar deteriorado, caducado o alterado en su composición no tenía la entidad para poner en peligro la salud o la vida de las personas, la conducta decae en atípica. Es claro que estas inferencias se tendrán que hacer mediando las pruebas periciales correspondientes.

En el tercer inciso la disposición consagra una circunstancia de agravación punitiva y guarda relación con la hipótesis que quien suministre o comercialice la sustancia fuere el mismo que la elaboró, envenenó, contaminó o alteró: la sanción se aumentará hasta en la mitad, con lo que el legislador resuelve de esta manera la posibilidad de la concurrencia de conductas punibles.

Finalmente, en su último inciso se presenta otra circunstancia de agravación punitiva y guarda relación con el evento de que la conducta se lleva a cabo “con fines terroristas”, para lo cual nos remitimos a lo indicado en el artículo anterior.

G. IMITACIÓN O SIMULACIÓN DE ALIMENTOS, PRODUCTOS O SUSTANCIAS

Esta norma se encuentra tipificada en el artículo 373 del Código Penal dentro de la siguiente descripción:

El que con el fin de suministrar, distribuir o comercializar, imite o simule producto o sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo de aplicación personal, poniendo en peligro la vida o la salud de las personas, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio

de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Este tipo penal guarda la misma estructura del tipo anterior y comparte con él un buen número de elementos, por lo que para la explicación de ellos habremos de remitirnos a lo dispuesto allí.

Por la redacción de la norma surge clara la presencia de un ingrediente subjetivo dentro del tipo penal y que guarda relación con la finalidad que debe tener el agente una vez imite o simule el alimento, producto o sustancia; ese ha de ser la comercialización, el suministro o la distribución del mismo; en consecuencia, si no se da esta posibilidad cuando menos, la conducta decae en atípica; de ello se explica, además, que se haga ver la necesidad de poner en peligro la vida o la salud de las personas. En la exposición de motivos que el entonces Fiscal General presentó al Congreso con el proyecto de Código Penal se refería así a la creación de este nuevo tipo: "... la imitación o simulación de alimentos, productos médicos o material profiláctico, pues en este caso no se envenenan, contaminan, alteran, sino que se simulan, con el grave perjuicio que para la salud del consumidor puede ocasionar la ingestión o utilización de un producto que no tiene las características anunciadas"{336}.

Se entiende por imitar hacer algo parecido a lo hecho por otro, y por simular dar u ofrecer la apariencia de algo. Es claro que, para agotar la acción prevista en estos dos verbos, el autor debe acompañar su accionar de actos externos que permitan generar ese error en cuanto a la integridad y presentación del producto. En consecuencia, las presuntas infracciones en que el agente pueda incurrir para hacer aparecer su producto como el "genuino" estarán abarcadas por el desvalor de acción de este punible; nos referimos a falsedades documentales, por ejemplo, de empaques, enseñas, sellos de caducidad, etc.

H. FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN

DE SUSTANCIAS NOCIVAS PARA LA SALUD

Conducta tipificada en el artículo 374; es igualmente nueva dentro del vigente catálogo de los delitos y de las penas. Su descripción obedece a la siguiente redacción:

El que sin permiso de autoridad competente elabore, distribuya, suministre o comercialice productos químicos o sustancias nocivos para la salud, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años, multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Esta conducta parte de un ingrediente normativo, cual es la existencia del permiso que debe existir, emanado de autoridad competente, que le permita al agente la distribución, elaboración, suministro o comercialización de los productos químicos o de las sustancias nocivas para la salud. A la fecha el Estado ha regulado e intervenido a través de distintas entidades y con la expedición de distintas normas la manipulación de tales productos, lo que igualmente hace que nos encontremos frente a un tipo penal en blanco, que deberá examinarse de cara a obtener la posible tipificación. En efecto, existe una serie de sustancias, por ejemplo, controladas por el Fondo Nacional de Estupefacientes, que son de este carácter y que mal puede confundirse con las que son objeto de regulación y control por parte de la Dirección Nacional de Estupefacientes, como que se tienen estas más afectas a la producción o generación de sustancias estupefacientes y análogas a ellas. Aquellas, en cambio, pueden tener aplicación en la elaboración de productos industriales, alimenticios, etc., sobre los cuales se considera prudente mantener ese tipo de control. Igualmente, el ICA, debe controlar algunas sustancias destinadas al consumo o utilización animal y vegetal que debe vigilar, por lo cual deberá conocerse dicha normatividad, que eventualmente tendrá que ser de utilidad para poder comprender a

cabalidad esta conducta (Decreto 459 de 2000). La crítica acá debemos realizarla en torno a la gran variabilidad que estos listados suelen tener, que lleva prácticamente a que estemos al arbitrio de la autoridad administrativa para la integración o no del mencionado tipo, lo que constituye una glosa adicional a la existencia de esta clase de tipos.

Pero surge mucho más indeterminada la referencia que se hace a “sustancias nocivas para la salud”, pues es un tipo especial, ya que no podría entenderse que esta referencia se haga extensiva a los objetos materiales relacionados, por ejemplo, en los artículos 372 y 373, ya que de serlo estaríamos contrariando el querer del legislador; sustancia nociva debe ser toda aquella que, sin constituir una de las mencionadas en precedencia, sí puede poner en peligro la salud del grupo social, por su naturaleza, conformación, toxicidad, origen, destinación, etc. Indiscutiblemente, el juzgador, auxiliado de los correspondientes peritos, habrá de identificar la sustancia que pueda merecer tal calificativo.

II. DEL TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES Y OTRAS INFRACCIONES

Sin desconocer que este es un tema que merecería muchas reflexiones, en torno, por ejemplo, a la incipiente y contradictoria política criminal que el Estado ha tenido para con el mismo, e igualmente en torno a un tema que es cada día más frecuente en todo tipo de foros o seminarios: el que tiene que ver con la despenalización o la legalización de tales comportamientos, debemos mencionar que ello desborda los propósitos de este manual.

Por lo tanto, haremos alguna reflexión somera en torno al interés jurídico que se pretende proteger con los mismos, y lo precisaremos frente a lo expuesto al comienzo del estudio de este título. El concepto de salud ha sido considerado por el sistema penal como objeto de tutela, de dos modos diferentes: uno, la salud en relación con la persona, con el

individuo, que toca con la protección de la integridad personal, y otro, el que considera que debe mirarse la salud como un bien socialmente difuso, universal y colectivo, por la trascendencia que el bien posee y por la magnitud que los comportamientos tienen de atentar contra la integridad y la seguridad del colectivo; es en relación con este segundo sector que los comportamientos que tienen que ver con estupefacientes{337} encuentran la salud pública como el objeto de vulneración. De ahí que los códigos modernos ubiquen estas infracciones como atentatorias a estos intereses jurídicos supra individuales. Así es como la salud pública, desde esta perspectiva, debe entenderse como la alteración de las condiciones del individuo, como miembro del grupo, incluidas las sociales. Es por ello que se indica que estas conductas relacionadas con estupefacientes persiguen vulnerar esa estabilidad que muestra la colectividad, no sólo en el plano físico, psicológico, moral, sino también en el económico y moral. Partiendo de esta reflexión es que se indica igualmente por parte de otros estudiosos que estamos ante tipos pluriofensivos, ya que, si bien es cierto el legislador ha escogido un objeto de protección prevalente, de igual manera se perciben otros que así también se vulneran con la comisión de las conductas correspondientes, citándose por ejemplo, y para el caso colombiano especialmente, tan perjudicado por estos punibles, la economía nacional, el orden público, el patrimonio económico, la vida e integridad personal y hasta la propia seguridad estatal, siendo además esta la perspectiva que acogió nuestra Corte Constitucional{338}.

A. CONSERVACIÓN O FINANCIACIÓN DE PLANTACIONES

Su texto coincide con el marco normativo precedente, es decir el artículo 32 de la Ley 30 de 1986. La conducta se hace consistir en que, sin el permiso de autoridad competente (ingrediente normativo), se cultive, conserve o financie plantaciones de marihuana o de cualquier otra planta de la cual pueda extraerse alguna de las drogas citadas dentro de la norma: morfina, cocaína, heroína o

cualquiera otra que produzca dependencia, o más de un kilogramo de semillas de dichas plantas.

La acción esta enmarcada por los verbos, cultivar, entendido como la actividad enderezada a conseguir un apropiado desarrollo de la planta de la cual pueda extraerse drogas que causen dependencia; conservar: tener plantas, de las características anotadas, bien sea antes de sembrarlas o luego de ser arrancadas de la sementera, o igualmente la conducta puede recaer sobre semillas, entendidas como embriones en estado de vida latente o amortiguada, acompañados o no de tejido nutricio y protegidos por unas cubiertas, que cuando germina en condiciones adecuadas reproduce la planta; las semillas tendrán que ser de las plantas a las cuales se les reconoce esa cualidad; para la estructuración de la conducta punible en este caso se exige que la incautación se haga sobre semillas en la cantidad referenciada, ya que de no ser así la conducta decae en atípica; y la tercera forma conductual está enmarcada por la expresión financiar: entendida como la actividad de patrocinio económico que se hace por parte de una persona para la existencia del cultivo.

Esa acción debe recaer sobre un objeto material de contenido real: las plantas de donde pueda derivarse cualquiera de las sustancias químicas allí anotadas “o cualquiera otra droga que produzca dependencia”, lo que nos deja en presencia de un elemento normativo, pero que, compartiendo la opinión de Ramírez{339}, consideramos que no constituye mayor problema para su interpretación, como que se trata de términos y conceptos de contenido eminentemente científico, de configuración precisa y rigurosa, sobre las cuales la autoridad administrativa no podrá acomodar ni manipular, por lo que el destinatario de la norma no se va a ver asaltado, como sí puede suceder frente a otros tipos de estas características.

El segundo inciso trae una circunstancia de atenuación punitiva para el caso que el número de plantas incautadas estuviese entre 20 y 100: la sanción a imponer será inferior a la de la conducta prevista en el primer inciso. Es de anotar que si la incautación solo llega hasta veinte unidades, la conducta será atípica, como que, por ejemplo, la Ley 30 de 1986 no consagra una contravención que pudiera subsumir la situación anotada.

B. TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES

La conducta anotada se encuentra tipificada en el artículo 376 del Código Penal, que refiere como típica la conducta de aquel que, sin el permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país así sea en tránsito, saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia: se hará entonces merecedor de la sanción allí fijada.

El legislador de 2000 reprodujo el artículo 33 de la Ley 30 de 1986. En lo referente al sujeto activo se observa que es singular e indeterminado, aunque sí hace referencia a que no posea permiso de autoridad competente, que para estos efectos tendrá que ser la autoridad dedicada a controlar este tipo de conductas, de conformidad con el ámbito de competencias asignadas, es decir de la Dirección Nacional de Estupefacientes. Igualmente trae la precisión “salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal”, de conformidad con los planteamientos que genéricamente efectuó la Corte Constitucional{340} y que dejó a salvo lo dispuesto en el literal j) del artículo 2.° de la Ley 30 de 1986, que define el concepto anotado, por lo que eventualmente, al encontrarnos dentro de los límites planteados, se trataría de un asunto referido a la tipicidad del comportamiento y no al campo de la antijuridicidad, como igualmente otros creen y que pareciera es la posición que ha asumido nuestra Corte Suprema de Justicia{341}.

Es un tipo de conducta plúrima, como que son varios los verbos rectores que permiten la adecuación típica a esta norma, lo que en su momento generó una gran crítica, atribuyéndosele los defectos de un método legislativo casuista. Sin embargo, ante esto debemos acudir a lo planteado por los comisionados cuando en 1972 se dijo: “Es sabido que en general la conducta de llevar de un lugar a otro dentro del territorio nacional droga o sustancia de las

ya mencionadas, utilizando cualquier medio de desplazamiento, puede configurar una de las formas de participación en el delito; pero por las dificultades de orden probatorio que ella implica y su carácter accesorio es preferible, por razones de técnica jurídica y de conveniencia, contemplarla expresamente como forma delictiva"{342}. Igualmente se anotó la conveniencia de utilizar tal número de verbos rectores para "evitar dificultades al momento de la adecuación típica".

Tenemos entonces que el núcleo rector está conformado por "Introducir al país así sea en tránsito o sacar de él": esta expresión fue escogida por los comisionados antes que las expresiones exportar o importar, para permitir punir comportamientos como el realizado cuando se transporta este tipo de sustancias de un país a otro y solo se llega a territorio patrio por paso obligado, casos en los que no se podría aducir las dos formas verbales mencionadas{343}. Transportar debe entenderse como movilización, en cantidad importante, de este tipo de sustancias, utilizando diversos medios de locomoción como marítimos, aéreos, terrestres y muchas veces acudiendo igualmente a la acción de terceras personas. Llevar consigo se refiere al porte que hace la propia persona, es el proceder característico del consumidor, del pequeño comerciante y del que se inicia como "mula". Entiéndase almacenar como la conducta de aquel que acumula una cantidad más o menos importante, en un recinto cerrado, de este tipo de sustancias. Conservar tiene que ver con la anterior acción, mas se precisa que es guardar con cuidado especial. Elaborar ya hace referencia a la introducción por parte del agente de actividades necesarias realizadas en laboratorios o dependencias habilitadas para ello, más o menos especializadas, para la transformación de las plantas y de sustancias químicas con el fin de obtener un principio activo o hacerlas de más fácil y efectivo consumo. Los verbos que aparecen a continuación dentro del tipo se refieren a actividades que suelen estar conectadas, pero que el legislador vio la necesidad de incluir y citar para evitar fenómenos de atipicidad.

El objeto material se concreta ya sobre cualquier droga que produzca dependencia, y es la misma Ley 30 de 1986 la que define para efectos de interpretar sus disposiciones las expresiones más utilizadas en la misma; es así como, por ejemplo, se define la droga como toda sustancia que,

introducida en el organismo vivo, modifica sus funciones fisiológicas; y por dependencia sicológica, como la necesidad repetida de consumir una droga, no obstante sus consecuencias. Es de anotar que nuestra legislación, con buen criterio, acoge la expresión droga como genérica, mientras existen otras legislaciones donde se especifica el objeto material en estupefacientes, alucinógenos, sicotrópicos, etc. (art. 368 C. P. español).

El segundo y tercer inciso de la norma anotada prevé dos hipótesis de atenuación punitiva{344}, dependiendo de la cantidad de droga que le sea incautada al sujeto agente, tratamiento especial que atendió al capricho exclusivo del legislador.

C. DESTINACIÓN ILÍCITA DE MUEBLES E INMUEBLES

Encuentra esta conducta tipificación en el artículo 377 del Código Penal bajo la siguiente descripción:

El que destine ilícitamente bien mueble o inmueble para que en él se elabore, almacene, transporte, venda o use algunas de las drogas a que se refieren los artículos 375 y 376, y / o autorice o tolere en ellos tal destinación, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de mil (1.000) a cincuenta mil (50.000 salarios mínimos legales mensuales.

El sujeto activo de la conducta es indeterminado, y esta consiste en la permisión en que el sujeto agente incurre de que un bien mueble o inmueble con el cual tiene alguna relación sea destinado a realizar las actividades señaladas dentro del mismo tipo. En consecuencia, el actor podrá ser el propietario, usufructuario, arrendatario, tenedor del bien, en fin, como lo indica Rey, para cometer el delito “no es preciso que la persona que facilite los locales sea su

propietario, sino que es suficiente con que los ostente a título de arrendatario o cualquier otro que le atribuya a su posesión”{345}.

La Corte igualmente ha estimado que la destinación que se haga del bien no ha de entenderse que sea de manera permanente: puede ser perfectamente de índole transitoria, efímera y que se agote en el mismo momento en que se cumpla el designio correspondiente{346}.

También es perfectamente posible que pueda concurrir este ilícito con la conducta anterior en cuanto que cada descripción cumple con un cometido específico, y así lo dejó ver igualmente la Corte en providencia del 29 de noviembre de 1994{347}.

Esta disposición en el estatuto anterior contenía dos incisos adicionales que no fueron objeto de reproducción en la nueva normatividad por cuanto, como lo dice la exposición de motivos del proyecto de ley presentado por la Fiscalía, “se suprimieron los últimos dos incisos en los que se disminuía la pena en razón a la menor cantidad de sustancia que se encontraba dentro del inmueble; como quiera que la conducta objeto de reproche es la destinación ilícita del bien, ninguna trascendencia tiene la cantidad de droga hallada, y por ello se dejó la pena más alta de las establecidas”{348}.

D. ESTÍMULO AL USO ILÍCITO

Descrito así: “el que en cualquier forma estimule o propague el uso ilícito de drogas o medicamentos que produzcan dependencia, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales”.

Es un tipo con una circunstancia de modo que atiende a quien de cualquier forma estimule o propague el uso de drogas o medicamentos que produzcan dependencia; en consecuencia, el legislador sanciona a quien

sicológicamente realiza ese tipo de conductas, sin que se requiera para su consumación que en efecto la persona sobre la cual se concreta la conducta haya cedido a la pretensión del sujeto agente; es, por lo anotado, un tipo de peligro abstracto, y se explica desde la perspectiva de tratar de evitar que el consumo pueda adquirir mayores adeptos por la acción directa o indirecta de los ya usuarios de la droga sobre terceras personas. No se pena el consumo o el uso, sino el estimular o el propagar su uso a terceras personas. Lo que se sanciona son los actos que se realizan con destino a promover en el ánimo ajeno la realización de ese consumo. Estimular o propagar significa preconizar o elogiar públicamente, por cualquier medio, el uso de sustancias que generen dependencia física o síquica; y difundir habrá de entenderse como poner en conocimiento, al alcance del público en general, porque lo divulga o propaga, el consumo de los estupefacientes. Este tipo se conoce en la doctrina como “proselitismo activo del uso de drogas”{349}.

En torno a los conceptos de medicamentos y drogas, y tal como lo expresamos en párrafos anteriores, es importante tener en cuenta las definiciones que consagra la Ley 30 de 1986, disposición que para estos efectos sigue vigente.

E. SUMINISTRO O FORMULACIÓN ILEGAL

Su descripción típica corresponde al siguiente tenor:

El profesional o practicante de medicina, odontología, enfermería, farmacia o de alguna de las respectivas profesionales auxiliares que, en ejercicio de ellas, ilegalmente formule, suministre o aplique droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cien (100) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio de cinco (5) a diez (10) años.

Este es un tipo especial, es decir de los llamados cualificados por el sujeto agente, por lo que, para que pueda hacerse correcto proceso de adecuación típica, este ha de reunir la exigencia que la disposición trae; para este caso esa determinación está dada por el aspecto profesional, y, específicamente, por quienes ejercen las llamadas ciencias de la salud. De ahí que se denominen a todos ellos como "facultativos", es decir aquellos que en virtud de poseer un título de facultad universitaria, están autorizados para prescribir, despachar drogas tóxicas o estupefacientes o aplicar las mismas, entendida esta acción como la de introducir la sustancia directamente al organismo de la víctima; es claro que la aplicación se hace con fines no terapéuticos o en dosis superiores a las necesidades, ya que de lo contrario nos encontraríamos ante situaciones plenamente justificadas.

Esa actividad obviamente la desarrolla el sujeto agente contrariando la lex artis, es decir ejerciendo una actividad contraindicada por la cantidad o la calidad de la droga o por inexistencia de la dolencia que aconseje su administración, lo que explica entonces la presencia del ingrediente normativo que refiere a que tal accionar se debe realizar "ilegalmente"; creemos sin embargo que podría haber sido más atinado introducir la expresión "indebidamente", como que esta es más amplia y da menos lugar a equívocos, además, cuando nos estamos refiriendo al ejercicio de profesiones lícitas.

F. SUMINISTRO O FORMULACIÓN ILEGAL A DEPORTISTA

Tipificada en el artículo 380, aparece descrita la conducta que sanciona con prisión de uno (I) a tres (3) años de prisión al que, sin tener las calidades de que trata el artículo anterior, suministre ilícitamente a un deportista, profesional o aficionado, alguna droga o medicamento que le produzca dependencia.

La diferencia con la conducta anterior está dada porque para esta conducta el sujeto agente es indeterminado y porque, igualmente, el objeto material si bien es igualmente personal, surge como cualificado, como que ha de tener la calidad de deportista, es decir, de quien regularmente adelanta una actividad que implica ejercicio en forma de competitividad individual o colectiva y que pone en juego cualidades tales como la movilidad física, la fortaleza y la habilidad; esa dedicación a la actividad la asume este como simple aficionado o como profesional, es decir, se predica de quien ejerce el deporte como medio de vida, de donde percibe unos recursos para obtener ese objetivo. Aun cuando la norma no lo indique, somos del parecer que la conducta debe adelantarse en trance de una competición, es decir, en la fase de preparación o ya dentro de la misma, porque de lo contrario el objetivo que persigue la disposición no se cumpliría.

G. SUMINISTRO A MENOR

Igualmente este tipo se concreta cuando la conducta se realiza sobre menor. Entiéndase como menor el que no ha alcanzado la mayoría de edad, es decir los 18 años y a quien, por lo mismo, se le reconoce una inmadurez, porque se encuentran en fase de crecimiento y porque, además, eventualmente puede ser tenido como víctima más vulnerable y así servir de presa más fácil de quienes pretendan generar estas acciones de iniciación en el consumo de este tipo de sustancias.

La norma indica: “El que suministre, administre o facilite a un menor droga que produzca dependencia o lo induzca a usarla, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años”.

Es un tipo compuesto por la existencia de tres verbos rectores: suministrar, administrar y facilitar. Para estos efectos, y en razón a que no aparece mencionado en un tipo anterior, precisemos que por administración deberá entenderse la facilitación que se hace de la sustancia, pero de manera dosificada, calculada.

H. TRÁFICO DE SUSTANCIAS PARA EL PROCESAMIENTO DE NARCÓTICOS

Indica la norma que incurre en ese comportamiento:

El que ilegalmente introduzca al país, así sea en tránsito, o saque de él, transporte, tenga en su poder elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia, tales como éter etílico, acetona, amoníaco, permanganato de potasio, carbonato liviano, ácido clorhídrico, ácido sulfúrico, diluyentes, disolventes u otras sustancias que según concepto previo del Consejo Nacional de Estupefacientes se utilicen con el mismo fin, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de dos mil (2.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Cuando las cantidades de sustancias no superen el triple de las señaladas en las resoluciones emitidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes, la pena será de cuatro (4) a seis (6) años de prisión y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El artículo anotado sanciona la tenencia ilegal de elementos aptos para la elaboración o procesamiento de cocaína o de cualquier otra droga que produzca dependencia. Una primera crítica a su redacción sería la consistente en que se ha debido mencionar en este tipo el mismo núcleo rector que aparece en el artículo 376, es decir, incluir aquí esos mismos verbos rectores, con el objeto que se encontrara coherencia entre aquella y esta conducta y más cuando se sabe que para efectos de producir aquellas sustancias se requiere de las mencionadas en esta.

Una segunda crítica se hace consistir en que, al incluirse un ingrediente normativo que guarda relación con los conceptos emitidos por la Dirección Nacional de Estupefacientes, estos suelen estar dispersos y, por ende, su conocimiento se hace muy difícil al común de las gentes, y más cuando dentro del marco normativo en sentido abstracto seguramente no merece el concepto como tal trascendencia especial, ya que el concepto ni es resolución, ni es acuerdo, ni es decreto, por lo que entonces una de las funciones que cumple la tipicidad, cual es la fundamentadora, va a encontrar gran tropiezo, esto sin ahondar en las críticas ya efectuadas a los tipos penales en blanco; lo anterior en el entendido que la mención de sustancias que realiza el legislador en la disposición ha de entenderse únicamente como ejemplificativa, como se se deduce de la expresión “tales como”, y no taxativa o determinada. Si el asunto es así, nos debe llamar la atención la manera como esta conducta, y con respecto a este punto, aparece tipificada, por ejemplo, en España (art. 371 .I C. P. de 1995){350}, en donde los equipos, las sustancias y los materiales que serán perseguidos serán los que aparecen incorporados en tratados internacionales, lo que igualmente dota de la posibilidad de combatir la conducta a nivel trasnacional; es de acotar que ese instrumento Colombia lo incorporó a su legislación interna a través de la Ley 67 de 1993.

En el segundo inciso se trae referencia a otro tipo de ingrediente normativo: las resoluciones emitidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes (entre otras, la 09 de 1987 y la 31 de 1991), las que igualmente son de conocimiento limitado y especializado; pero, además, si la reglamentación se encontrara en una disposición distinta a una resolución, esta no podría aplicarse para estos efectos, ya que la mención típica se limita a las de esta especie. Igualmente se hace referencia a un factor aritmético, que solo atendió el capricho del legislador y que seguramente en no pocos eventos va a generar confusión en razón a la sustancia de la que se trate, como que la presentación de muchas de estas sustancias pueden variar de estado (líquido, sólido y gaseoso) sin que todas ellas estén dispuestas en la norma administrativa respectiva.

I. PORTE DE SUSTANCIAS

La disposición prevista en el artículo 383 refiere:

El que en lugar público o abierto al público y sin justificación porte escopolamina o cualquier otra sustancia semejante que sirva para colocar en estado de indefensión a las personas, incurrirá en prisión de uno (I) a dos (2) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor.

La escopolamina es una sustancia alcaloide empleada por los delincuentes para provocar la inconciencia de la víctima y proceder luego, generalmente, a atentar contra sus pertenencias, y en ocasiones contra su libertad sexual. Esta sustancia se obtiene de la planta Datura arbórea, llamada vulgarmente “borrachero” o cacao sabanero principalmente, aunque otras especies botánicas también la producen. La escopolamina, conocida vulgarmente como burundanga, es un líquido viscoso que cristaliza en un sólido con punto de fusión de 59o; es soluble en agua y ligeramente soluble en etanol, éter y cloroformo.

Es igualmente, por su estructura, un tipo subsidiario, y se deduce esta característica cuando hace referencia a “otra sustancia semejante”, que igualmente permita poner en estado de indefensión a la víctima. Sin embargo, es claro que, si la sustancia es de las mencionadas o referidas en el artículo 376, aplicando criterios de especialidad será este el tipo a aplicar. Igualmente, el juzgador deberá acudir a la prueba pericial para poder establecer si la sustancia en particular cumple con los efectos que se le reconocen a la escopolamina para poder realizar el proceso cabal de adecuación típica; es decir, si es apta para colocar en estado de indefensión a la víctima.

J. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION

Finalmente hay que mencionar que el ordenamiento penal colombiano incluye en el artículo 384 unas causales especiales de agravación para los punibles contenidos en las disposiciones anteriores que llevan a que la pena a aplicar se duplique en eventos que, taxativamente dispuestos por el legislador, guardan relación con: la edad, la integridad mental y la habituación de las personas que se utilicen para el adelantamiento de la actividad; al lugar del expendio (colegio{351}, cuarteles, centros deportivos, etc.); el cargo de educador o docente del expendedor; a la calidad de tutor o curador que se tenga en relación con los inmuebles donde se expenda el artículo; a la calidad de transeúnte ilegal por el país, y a la cantidad de droga incautada{352}.

K. EXISTENCIA, CONSTRUCCIÓN Y UTILIZACIÓN ILEGAL DE PISTAS DE ATERRIZAJE

Esta conducta se encuentra dispuesta en el artículo último de este título; fue erigida como conducta delictiva a través del Decreto Ley 1198 de 1987, y hoy el Código Penal de 2000 la reproduce de manera similar. Esta actuación en un comienzo tuvo gran conexión con los comportamientos de que precisamente trata este capitulo, pero hoy se ha extendido su comisión para facilitar la ejecución de otros hechos punibles; es nuestro criterio el que este comportamiento no vulnera el interés jurídico al que nos hemos venido refiriendo, pues en un momento dado lo que se lesiona es la soberanía patria, es la presencia que debe ejercerse por la Nación en los cielos sobrepuestos al territorio nacional; e igualmente tampoco podemos decir que se trate de un tipo de peligro, como que desde esta perspectiva se exige la generación de un resultado lesivo, cual es atentar contra las disposiciones normativas que exigen el adelantamiento de esas actividades dentro de los marcos legales correspondientes. Sin embargo, si

analizamos la descripción como que es vulneratoria de la salubridad pública, al fin y al cabo está ubicada en este título, es claro que bajo esta perspectiva sí podría mantener esta característica.

El sujeto agente es cualificado, atendiendo una determinación jurídica de derecho privado, ya que se refiere al dueño, poseedor, tenedor o arrendatario de predios donde existan pistas clandestinas de aterrizaje, o aterricen o emprendan vuelos sin autorización de la entidad que en Colombia vigila esta actividad, Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

Así también el ordinal tercero de la norma trae otro supuesto que guarda relación con quienes, vinculados con pistas o campos debidamente autorizados, derechos ajenos, no siendo por tanto el libre desarrollo de la personalidad un límite que pueda impedir la tipificación de tales conductas penales".

no reporten el acaecimiento de los supuestos sucedidos en los dos primeros numerales, de manera inmediata, a la autoridad competente (autoridades civiles, militares o de policía, más cercanas).

Es igualmente claro que nos encontramos ante otro tipo penal en blanco, puesto que deberá acudirse a la reglamentación vigente emitida por parte de la Aeronáutica Civil para conocer si se ha adelantado en efecto actividades contrarias a esa reglamentación.

DIEGO CORREDOR BELTRÁN

Celebración indebida de contratos

PRESENTACIÓN

En el Código Penal de 2000 el capítulo relacionado con la celebración indebida de contratos se extiende del artículo 408 al 410, como parte del título XV, de los “Delitos contra la administración pública”. Tal como lo ha destacado la doctrina nacional{353}, estos delitos aparecieron como tales en el Código de 1980, cuando se vio la necesidad de regular por esta vía algunas conductas que ocurrían durante las diferentes fases de la contratación administrativa, debido a que con la descentralización administrativa del Estado colombiano en 1968, y con las reformas legales promovidas por la reforma constitucional de ese mismo año, este debió acudir a los particulares para que, mediante su gestión, coadyuvaran a adelantar y prestar tareas que hasta ese entonces cumplía exclusivamente la organización estatal.

En la orientación moderna del derecho penal de tenerse este como la última ratio del ordenamiento positivo, sólo algunas de las irregularidades que se presentan en el iter contractual se sancionan por esta vía, por lo que otro buen número de asuntos se resuelven por medio de la administrativa. Consideramos imperativo hacer esta referencia desde ya, puesto que para la interpretación cabal de los ingredientes normativos que contienen estas tres descripciones típicas es necesario acudir a esas disposiciones, porque, bueno es reiterarlo, estamos ante tres tipos penales en blanco, aun cuando no todos ellos con las mismas complejidades en relación con este asunto, como precisaremos más adelante.

I. SUJETO ACTIVO

Estas infracciones punibles, como la gran mayoría de las que pertenecen a este título, cualifican al sujeto agente en el servidor público, expresión acuñada en la Constitución

Política de 1991 y que, además de ser bastante expresiva, guarda el sentido que el Constituyente quiso imprimirle para hacer notar que quienes prestan sus servicios al Estado se convierten en personas que están a su servicio y al de sus conciudadanos, de la comunidad, en aras de obtener el bien común como fin supremo de quien se precia ser "hombre social". Para efectos penales es claro que el artículo 20 del Código menciona a quienes habrán de ser tenidos como tales. Sin embargo, para efectos de estos tipos de celebración indebida de contratos, la Ley 80 de 1993 señala expresamente en los artículos 52, 53 y 56 el régimen de responsabilidad que frente a la infracción de estas conductas se le aplica al contratista, a los consorcios y uniones temporales, a los consultores, interventores y asesores externos, lo cual es coherente con lo dispuesto en el numeral 4.° del artículo 26 de esa misma Ley. En efecto, y de conformidad con ella, para efectos penales el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señale la ley para los servidores públicos. En nuestro concepto este tenor no contradice lo expresado en el Código Penal, ya que allí se prevé que se podrán asimilar a la calidad de servidores públicos los particulares que cumplan transitoria o permanentemente funciones públicas. Esta norma especial (la Ley 80) lo que hace entonces es extender ese mandato, que además ya regía con antelación al nuevo Código Penal, posición que también ha tenido su respaldo en la Corte Constitucional, al haber declarado exequible dicha disposición legal{354}, y en nuestra Corte Suprema de Justicia{355}.

II. BIEN JURÍDICO

De manera general debemos manifestar que el objeto jurídico que se protege en esta clase de ilícitos es la administración pública; más específicamente, el objeto protegido se concreta en la transparencia, la integridad, la idoneidad y la rectitud u honradez que deben tener frente a

la actividad de la contratación administrativa los servidores públicos y los particulares que atienden la invitación del Estado a contratar con él{356}; pero también deberá protegerse la buena imagen que la comunidad debe tener de las actividades emprendidas por el propio Estado, y especialmente de las que tienen relación directa con la satisfacción de las necesidades primarias que muchas veces se pretende lograr con la celebración de un buen número de contratos administrativos.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia ha venido indicando:

que el bien jurídico de la administración pública es polivalente y protege diversos valores propios de la actividad estatal; en realidad, tiene una significación estrecha con el funcionamiento del sistema, con la forma como se actúa y como se ejecutan las decisiones públicas. No por otra razón, los tipos penales vinculados con el bien jurídico de la administración pública protegen el interés general, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que son entre otros, valores esenciales de la administración pública, a mas de sus bienes materiales{357}.

En cuanto a los tipos en particular debemos exponer lo siguiente.

III. VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Esta conducta punible aparece descrita así en el artículo 408 del Código Penal:

El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades e incompatibilidades incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

La conducta punible se hace consistir en la intervención que el servidor público realice en las etapas contractuales de la tramitación, aprobación o celebración violando el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Se entiende como la primera etapa aquella que corresponde al momento previo al contrato mismo, y que guarda relación con la selección que del contratista se deba hacer; de acuerdo con la doctrina{358}, la fase de la aprobación es de difícil estructuración, como que, atendiendo la estructura actual del contrato administrativo, por regla general no existe un momento procesal de aprobación de los contratos de las entidades estatales, como sí pudo existir mientras estuvieron vigentes estatutos de contratación ya derogados. La tercera fase en la que puede incurrirse en este comportamiento típico es en la del trámite, esto es, el lapso comprendido entre su perfeccionamiento y el cumplimiento de los requisitos fijados para su propia ejecución.

Llama la atención también que las etapas de ejecución y liquidación contractual no sean susceptibles del adelantamiento de este punible, por expreso querer del legislador{359}. Debemos destacar que en su momento esta omisión se censuró, mas no mereció ninguna referencia de parte del legislador del 2000, manteniéndose idéntica en el texto al del estatuto anterior.

El momento consumativo de este punible se presenta con la sola gestión del servidor público (tipo de mera conducta), a pesar de la inhabilidad o incompatibilidad por él conocida, sin necesidad de que la administración sufra menoscabo patrimonial ni que el funcionario obtenga rendimientos específicos, caso en el cual la conducta podría conllevar otra configuración diferente, como lo ha reseñado la

jurisprudencia nacional y según aparece reiterado en el pronunciamiento citado.

Así también, y como lo anotábamos, este es un tipo penal en blanco, toda vez que para comprender cabalmente la conducta se requiere que el destinatario de la disposición acuda a otros ordenamientos, en este caso al constitucional y al legal, para conocer cabalmente lo que se pretende sancionar. Estamos ante lo que la doctrina conoce como un tipo en blanco con reenvío específico, ya que aparecen claras las disposiciones a las que se debe acudir{360}. Para efectos penales las inhabilidades y las incompatibilidades se asimilan, aun cuando se conoce que las primeras se refieren a condiciones personales definidas por el legislador, que limitan la posibilidad de acción dentro del tráfico jurídico frente al contratista o particular que desea acceder al cargo público; y las segundas se predican para quienes son o fueron servidores públicos, con el objeto de mantener la transparencia, imparcialidad y moralidad de la administración en cuanto que los intereses de aquellos pueden resultar en conflicto con el interés general{361}.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado también que las inhabilidades e incompatibilidades son entonces de derecho estricto, de interpretación restrictiva, de régimen taxativo y expreso, de imposible interpretación o aplicación analógica{362}, por lo que somos de la opinión que por tratarse de disposiciones restrictivas sólo podrán aplicarse las que tengan un claro origen constitucional o legal en sentido estricto.

Atendiendo al mandato legal, es claro que las fuentes normativas que se deben consultar para esclarecer el ingrediente normativo del tipo son la Constitución Política y las normas de carácter legal afines al tema. Es así como la primera de las disposiciones anotadas señala en su artículo 127 algunas de tales inhabilidades e incompatibilidades, cuando indica: “Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones de ley...”. Esta regla se constituye en un mandato imperativo dentro de la organización del Estado y dentro de nuestro estado de derecho, de inmediata y estricta observancia para todos los

coasociados y no únicamente para quienes detentan la calidad anotada; en efecto, un particular que conocedor de esta situación realice, por ejemplo, un proceso contractual, entraría a responder penalmente si consultamos las reglas del dispositivo amplificador de la coparticipación prevista en el estatuto penal; igualmente, la Carta Política plasma otras disposiciones que consagran estos mismos aspectos en los artículos 128, cuando indica que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público; y 180, 181 y 182, que consagran lo pertinente a las inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas; estas disposiciones encuentran su desarrollo en la Ley 5.a de 1992 (Reglamento del Congreso). En el ámbito legal debemos mencionar la Ley 80 de 1993, cuyos artículos 8.°, 9.° y 10.°, principalmente, regulan estas inhabilidades e incompatibilidades; además, en los artículos 22, numeral 6.°, y 58, numeral 3.° de la misma se consagran aspectos que interesan sobre este asunto. Merece asimismo mención especial lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), en el que se erige una nueva causal de inhabilidad en los eventos en que haya habido declaratoria de responsabilidad fiscal contra quien pretenda contratar con el Estado.

IV. INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

Esta conducta aparece tipificada de la siguiente manera en el artículo 409 del Código Penal:

El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el

ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Esta conducta tiene sus antecedentes en la tipificación que aparecía en el Código Penal de 1936, artículo 167, como "negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", y en el artículo 145 del Decreto ioo de 1980 como "Interés Ilícito en la celebración de contratos". La nueva descripción varía en algunos aspectos que si bien no atienden a la estructura misma de la infracción sí merecen mencionarse.

En primer lugar nos referiremos al epígrafe de la norma. En efecto, se tipifica la conducta como "interés indebido" y no "ilícito" en la contratación, como aparecía en la norma anterior. Desde esta perspectiva, la denominación de esta conducta hace que la misma sea mucho más amplia en cuanto que ya no solo se sancionará a aquel funcionario que se interese en cualquier contrato u operación desde la perspectiva de la ilicitud (acaecimiento de conducta con esta calificación), sino que basta con que su entrometimiento sea indebido, es decir desconociendo los fines que tiene la función pública, cual es la de redundar la actividad en beneficio de toda la comunidad; es decir, lo que se pretende con esta tipificación es sancionar la conducta de aquellos servidores que no pretenden sino buscar la satisfacción de sus propósitos, necesidades e intereses personales{363}, con lo que para algunos doctrinantes nos encontramos frente a lo que en derecho administrativo se llaman actos de desvío de poder{364}.

El núcleo rector de la conducta está erigido también por la expresión "interesarse", que guarda relación con la atención o el énfasis parcializado que presta o pone el servidor público en aras de la obtención del beneficio o del provecho para sí o para un tercero. En consecuencia, es perfectamente posible que esta falta de imparcialidad se muestre en favor de la administración, lo que no obsta para que se estructure la conducta que estamos estudiando, por cuanto lo que se pretende proteger con el punible no es solo el interés de la administración pública, sino, fundamentalmente, la rectitud que debe estar presente en cada uno de los procesos de contratación en los que

intervenga esa administración a través de sus servidores, como igualmente otro tipo de principios que inspiran el proceso de contratación estatal como la rectitud, la honestidad, el equilibrio económico, etc., más cuando es criterio hoy aceptado por la Ley 80 de 1993 que el contratista es un “socio” para la administración.

La Corte Suprema de Justicia{365} en anterior oportunidad vio perfectamente posible el acaecimiento de esta conducta bajo esta situación que hoy, con la nueva descripción, se torna, en nuestro concepto, ya en imperativa. Igualmente debemos manifestar que aun cuando en el texto de la norma no se hace alusión a lo “indebido” de ese interés, esa omisión o falta de técnica legislativa no impide interpretar dicho texto de conformidad con lo que indica el epígrafe de la disposición; situación similar a lo que sucede con el fraude a resolución judicial, y más cuando se tiene como sentado que en este punible previsto en el artículo 409, el bien jurídico inmediato a ser protegido es la legalidad y la legitimidad de la contratación, que se ven afectados cuando el funcionario rompe los principios constitucionales y legales que animan este proceso, como son los de transparencia, economía, responsabilidad, imparcialidad, eficiencia, entre otros{366}.

El interés indebido se constituye en consecuencia como un ingrediente normativo que lleva a que nos encontremos ante un tipo penal en blanco, con una descripción excesivamente amplia y que, no dudamos, atenta contra la seguridad jurídica y contra los fines que persigue la tipicidad como elemento de la conducta punible. Sin embargo, ante esta observación la Corte Constitucional adujo, al examinar la disposición, que:

el interés que las normas acusadas penalizan es el que se exterioriza por el servidor público en desconocimiento de su deber de imparcialidad en la gestión contractual, conducta que en la medida en que afecta el bien jurídico administración pública en los términos ya aludidos puede perfectamente ser penalizada por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración en este campo...{367}.

Igualmente ese interés debe surgir en el servidor público como manifestación del ejercicio del cargo o de la función, por lo que debemos compartir con Gómez Méndez {368} su observación de que no deja de aparecer como excesivo este tenor, al considerar que hubiese sido suficiente con incluir la función, pues el ejercicio del cargo, tratándose de la contratación, está íntimamente relacionado con aquella, de tal manera que no puede darse un ejercicio del cargo que no implique un ejercicio de la función, dentro de la órbita de este tipo penal.

Ese interés puede surgir antes o durante la ejecución del contrato y, como anota Molina Arrubla I7, aun dentro de la etapa de liquidación, conforme a las previsiones del tipo penal, en la medida en que lo que se sanciona no es un asunto anómalo, sino la infidelidad del servidor público a sus deberes.

El objeto material sobre el cual recae la actuación del autor ha de ser el contrato y la operación administrativa; deberá entenderse por el primero, y de conformidad con el criterio plasmado en la Ley 80 de 1993, que su característica más importante es el que en su celebración interviene de manera directa una entidad estatal por medio de su representante legal; excepcionalmente, esta disposición contractual admite la posibilidad que los entes oficiales celebren contratos de derecho privado, caso concreto de las empresas oficiales de servicios públicos, las empresas sociales del estado, las universidades públicas, etc. Sin embargo, la norma penal en comento no hace distinción, y por tanto comprendería a toda clase de contratos, sean simples contratos estatales o contratos sujetos al derecho privado; lo importante es que los hubiere celebrado un servidor público en el cumplimiento de su función o en el ejercicio de su cargo. Así mismo, en Colombia con la Ley 80 de 1993, artículo 32, se rompió el criterio de la tipificación contractual estatal, por lo que se ha abierto la posibilidad de que la administración celebre cualquier tipo de contrato, aún de carácter innominado o atípico, en el que las cláusulas quedarán exclusivamente a criterio de las partes, es decir de la administración y el contratista. Igualmente, de conformidad con el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, la administración puede celebrar contratos llamados de formalidades plenas o sin formalidades plenas, llamados también órdenes de servicios, órdenes de suministro, etc.;

en nuestro concepto es igualmente aplicable lo dispuesto en esta norma penal a este tipo de contratos ya que, como lo hemos indicado, la norma penal no hace distingos de ninguna clase.

En cuanto a la operación administrativa, debemos señalar que por ella se entiende aquél fenómeno jurídico que consiste en un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a la ejecución de la decisión legal o administrativa; es decir, en opinión de Arboleda Vallejo {369}, se refiere al traslado real y evidente de la decisión administrativa al mundo de la eficacia, por lo que no se trata de un fenómeno posterior y complementario de la eficacia del mismo, donde igualmente se debe respetar el principio de la legalidad. La operación resulta ser, en consecuencia, la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho, y puede estar vinculada mediatamente a la ley e inmediatamente a un acto de la administración, por lo que siempre será un fenómeno posterior al acto administrativo. Así entonces, tenemos que la operación administrativa es generalmente un proceso de ejecución de la ley o de un acto administrativo. Mientras la norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta. En consecuencia, la operación será un fenómeno posterior al acto administrativo.

V. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES

Esta disposición penal aparece tipificada en el artículo 410 del Código Penal, de acuerdo con la siguiente descripción:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos incurrirá en prisión de cuatro

(4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

Encuentra su antecedente en la descripción típica del artículo 146 del Decreto ioo de 1980, modificado por lo dispuesto en el Decreto 141 de 1980 cuando se hizo referencia a que los requisitos que el servidor público debía pretermitir en el adelantamiento del trámite, celebración o liquidación del contrato debían ser los tenidos como "esenciales"; en ese momento, indudablemente, el legislador, a más de cualificar el ingrediente normativo constituyó en nuestra opinión la introducción de un tipo penal en blanco de muy compleja comprensión{370}, que ha llevado a ser considerado por algunos como la introducción de un tipo penal indeterminado, constituyéndose estos en infracción clara al principio de la tipicidad, lo que ha generado problemas incuestionables en los procesos de adecuación típica e interpretación del texto normativo. Y qué no decir del principio fundamental de la legalidad y de sus manifestaciones claras de reserva y certeza, ya que esta clase de tipos (indeterminados) son aquellos en que la ley, traicionando la reserva y determinación constitucional de las prohibiciones penales, delega en el juez la facultad de identificar las conductas punibles, limitándose a indicarle un vago camino para hacerlo, como es el caso de la utilización de cláusulas generales de valoración (conducta ofensiva, actos deshonestos, hechos subversivos, conductas contrarias al orden público, atentados ilícitos contra el medio ambiente), o también a la remisión a complejos estatutos del derecho extrapenal (conductas contrarias al régimen minero o de recursos naturales, por ejemplo), lo que Fernández Carrasquilla ha denominado "tipos en blanco absoluto" o de "reenvío genérico", y lo que en dogmática corriente se conoce como "tipos super-abiertos"{371}. En un estudio anterior sobre este tema ahondábamos en los interrogantes que la redacción de este tipo puede generar sobre este aspecto{372}.

Es sin lugar a dudas la referencia a tales "requisitos legales esenciales" lo que genera el aspecto más polémico de la disposición que estudiamos cuando en relación con los

mismos la normativa propiamente contractual, a la que por obvias razones debe remitirse el intérprete, no encuentra ni genérica ni específicamente respecto de cada tipo contractual, por ejemplo, cuáles son esos requisitos legales esenciales. En consecuencia, tendríamos que el estatuto al cual debería remitirse por vía de especialidad no cumple su objetivo de llenar la inquietud planteada en la norma penal respectiva. Por lo que surge entonces la indeterminación en el reenvío.

Ante semejante reto, y una vez la Corte Constitucional dispuso la exequibilidad de la norma (Providencia C-917 del 29 de agosto de 2001. M. P.: Alfredo Beltrán Sierra), se habrá de acudir al estatuto contractual, a sus normas generales, y tener en cuenta la norma general del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 que expresa:

Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.° del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Acudir entonces a la normativa civil y, específicamente, a la que tiene que ver con el acápite de los contratos, o a la normativa comercial, dependiendo de la naturaleza y el carácter del contrato, de por sí genera otra indeterminación suma: “los contratos (...) se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes”.

Ante la inquietud planteada, en este punto la doctrina cree resolver el problema haciendo ver procedente la remisión únicamente a las normas de contratación, específicamente a la hoy vigente: Ley 80 de 1993{373}. Menos optimista es la posición de Gómez Méndez , quien observa que al no aparecer en la Ley 80 de 1993 referencia precisa a cuáles son los requisitos esenciales en la tramitación, celebración o liquidación de contratos, es necesario consultar las normas civiles pertinentes, coligiendo entonces que son, de conformidad con el artículo 1501 del Código Civil, los que consulten la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita. Sin embargo, tal como lo iremos a precisar, no

basta con analizar esos cuatro requisitos genéricos: es necesario tener en cuenta que fuera del contexto general de todo contrato, el estatal deberá llenar otros requisitos adicionales, que le son privativos, y que como contrato estatal que es, la ley, no solo la 80 de 1993, sino textos adicionales vigentes, obliga a que los contengan. En consecuencia, sería necesario precisar que el contenido de un contrato estatal tiene dos aspectos que se deben observar en aras de una cabal interpretación: los elementos comunes de los contratos y los elementos propios y especiales del contrato estatal.

En relación con los primeros, es decir con los requisitos comunes, está claro que son, en primer lugar, la capacidad y el consentimiento: dentro del texto del contrato deben aparecer algunos datos que permitan deducir que estos se dan en forma clara y precisa. La capacidad es, para el derecho administrativo y en relación con la parte contratante, la competencia. Así pues dentro del texto contractual deben figurar los datos que permitan individualizar e identificar a la persona del contratante, su calidad e, igualmente, esos mismos atributos en relación con el contratista; así entonces, establecida la capacidad de contratar que le cabe a cada uno de los extremos en la relación que se prevé establecer, se procede a asentar en el contrato las manifestaciones de voluntad de cada una de las partes, es decir su consentimiento o relación con lo que se pretende dar o recibir, hacer o no hacer, es decir en relación con el objeto.

La Ley 80 de 1993 estableció dos modalidades para el proceso de selección de contratistas: una, que corresponde a la regla general: la licitación o concurso público; y otra, que constituye la excepción: la contratación privada. Fija entonces unos requisitos comunes para los dos procesos que, en consecuencia se deben conocer (art. 25, num. 7, Ley 80 de 1993).

La regla general para contratar es mediante licitación pública, aun cuando las excepciones están dadas por el factor cuantía, que fue igualmente reglamentado por medio del Decreto 855 de 1994 (contratación directa previa obtención de dos ofertas y publicación de aviso y demás modalidades; contratación directa a precios del mercado sin obtención de dos ofertas ni avisos: cuando no exista en el

lugar más de una persona que pueda proveer el bien o servicio; contratos intuitupersonae; cuando exista necesidad inminente del bien o del servicio). Las excepciones pueden estar dadas también por el factor de tipología contractual, como son los contratos de empréstito; interadministrativos; de prestación de servicios profesionales; de ciencia y tecnología; para la elaboración de trabajos artísticos; de arrendamiento de inmuebles; de adquisición de inmuebles; de prestación de servicios de salud. O deberse a la naturaleza de los bienes que se pretenden adquirir cuando tienen que ver con los destinados a la defensa y seguridad nacional o cuando se trata de la adquisición o venta de productos de origen o destinación agropecuaria que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas. O en razón de la actividad que se pretende cumplir con los bienes y servicios adquiridos, como son los que tienen por objeto directo las actividades industriales y comerciales que desarrollan algunas entidades estatales, que se contratarán directamente a precios del mercado; así mismo, cuando ha habido declaratoria de desierta: se procede mediante resolución motivada, lo que permite a la entidad contratar directamente, a precios del mercado, pero con las siguientes limitaciones: no se podrá modificar el objeto que fue base de la apertura de la licitación o concurso público ni alterar sustancialmente las condiciones iniciales, ni se podrá contratar con quienes en la licitación o concurso hayan presentado precios artificialmente bajos. En razón a las condiciones del mercado: cuando en el lugar no existe pluralidad de oferentes y se demuestra que en el registro único de proponentes no se encuentra inscrita persona que pueda cumplir con la prestación o que exista un único oferente por ser titular de los derechos de autor, propiedad industrial o que sea de acuerdo con la ley su proveedor exclusivo. O la urgencia manifiesta: cuando por la clase de contrato o su cuantía sea necesario tramitar una licitación o concurso público y se requieran obras, bienes o servicios en un término que no permita ejecutar dichos procesos (estados de excepción, calamidad pública, fuerza mayor o desastre), el representante legal o el delegado para contratar podrá, mediante acto administrativo motivado, decretar la urgencia manifiesta, en la que, además, podrá ordenar la contratación directa a precios del mercado, sin importar la cuantía; podrá ordenar los traslados presupuestales correspondientes para atender la emergencia y luego de realizado el trámite deberá enviar los

documentos que taxativamente cita la Ley 80 a la autoridad fiscal correspondiente, para que se pronuncie en los dos meses siguientes sobre los hechos y las circunstancias que ameritaron tal declaratoria.

En relación con la regla general de la contratación que es la licitación pública, las disposiciones positivas vigentes son más estrictas y perentorias. Si la entidad pretende recibir ofertas para estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y, en los demás casos, licitación. Los requisitos del concurso o licitación, serán: I. Pliego de condiciones y términos de referencia para el caso del concurso; estos documentos constituyen las reglas del proceso y obligan a la administración y a los proponentes; 2. Información a la Cámara de Comercio; 3. Resolución de apertura;

Avisos: oportunidad, medios a utilizar, término de la publicación, contenido de los avisos. Esta materia fue objeto de regulación mediante el decreto 679 de 1994, constituyéndose en otra disposición especial que habrá de conocerse;

Audiencia de aclaración de pliegos y términos de referencia; 6. Plazo de la licitación o concurso; 7. Procedimiento para las evaluaciones, plazo y traslado de las mismas, y 8. Oportunidad para tomar la determinación final, mediante resolución motivada que será notificada personalmente al proponente favorecido y le debe ser comunicada a los demás.

– El objeto. El objeto se relaciona con el contenido mismo de la obligación pactada. Esta puede ser de dar (compraventa o suministro); de hacer, es decir desarrollar una acción positiva a favor de otro (obra pública y prestación de servicios) o de no hacer un acto que, de no haberse obligado, podría realizar perfectamente: obligación de abstenerse de algo, de efectuar una acción negativa (el contratista se compromete a no distribuir productos distintos a los que por el contrato esté distribuyendo por cuenta de éste: distribución de licores). El objeto, dependiendo de su naturaleza, deberá ser identificado completamente de manera inequívoca.

El contrato deberá señalar también el valor y la forma de pago del mismo, en pesos o en moneda extranjera si por su naturaleza y por los sujetos contratistas ello se permite (con entidad extranjera). El valor se podrá señalar en su suma o de otras maneras, como, por ejemplo, extraer la suma total como resultante de multiplicar las cantidades de obra por los precios unitarios respectivos; en este caso deberán cumplirse otros requisitos adicionales que aparecen en las normas especiales.

En cuanto a los pagos, todos los que la entidad contratante hiciere al contratista quedan sujetos a las apropiaciones que para tal fin se deben hacer en el presupuesto nacional o en el de la entidad, y la constancia de ese hecho también debe figurar en el contrato. El pago puede hacerse de una vez o por cuotas o instalamentos, como consecuencia de anticipos para iniciar la obra, como abonos parciales a medida que esta se adelante, mediante actas parciales o como pago final, una vez ejecutada la obra. En este punto es igualmente importante conocer que las entidades pueden pactar la entrega de anticipos o pagos anticipados hasta por el 50% del valor del contrato por cada concepto. El pago anticipado extingue la obligación hasta por el monto entregado, y al pactarse deberá ocurrir luego de legalizado el contrato y normalmente en forma previa al inicio del cumplimiento de la prestación por parte del contratista. El contratista se hace dueño del dinero entregado en calidad de pago anticipado, por esta razón es de libre destinación y no se garantiza “su correcta inversión”. El anticipo, por el contrario, debe destinarse a cubrir gastos propios de la ejecución del contrato, normalmente las actividades relacionadas en un programa de inversión elaborado por el contratista o impuesto por la administración. Esta diferencia, en opinión de Pino Ricci , es importante en cuanto que las entidades podrán entregar el 100% del valor del contrato en forma previa al cumplimiento de la prestación por parte del contratista, haciendo eso sí claridad sobre las circunstancias que motivan la utilización de las dos modalidades{374}. Los anteriores conceptos son distintos, tienen efectos jurídicos diversos y por ello el penalista deberá tenerlos claros.

– La causa. Es el motivo determinante de la declaración de voluntad y también debe estar en concordancia con la ley y el derecho{375}. Todo contrato tiene entonces una causa, y

en este tipo de contratos estatales igualmente existe, pues se colige de su objeto.

Siguiendo con un criterio eminentemente civilista deberíamos concluir que si el contrato en cita no atendiera expresamente lo dispuesto en el acápite anterior, a más de presentarse una situación que generaría el acaecimiento de este hecho punible, desde el punto de vista contractual sería inexistente por carecer de un requisito legal esencial. He ahí la razón por la cual algunos censuran la manera como ha quedado redactado el tipo penal, pues se sancionaría penalmente algo que contractualmente no ha surgido a la vida jurídica, ya que al no cumplirse con los requisitos legales esenciales no puede producir efecto alguno, por lo que sería inexistente{376}.

Con respecto a los segundos, es decir a los elementos o requisitos propios y especiales del contrato estatal, que igualmente habrán de atenderse y que deberá conocer total y completamente el intérprete penal, es bueno referir qué constituyen las llamadas cláusulas excepcionales.

En este punto es importante tener en cuenta que la normativa introducida con la Ley 80 de 1993 generó una serie de transformaciones, de cambio de orientación y de filosofía, y con ello ha generado gran inseguridad en el tratamiento de esos asuntos, que casualmente era uno de los riesgos a los que se estaba abocado frente a los tipos en blanco indeterminados, como se vio. Es así como en la legislación contractual anterior, especialmente en la Ley 150 de 1976, la vigente al momento de expedirse el Decreto ioo de 1980, estaban plenamente definidos los elementos propios y especiales del contrato administrativo y eran aquellas cláusulas que se denominaban obligatorias, porque tenían que incluirse fatalmente en todo contrato con un ente estatal. Las cláusulas de modificación, terminación e interpretación unilateral de los contratos debían ir en todos, y cuando por cualquier motivo se omitían la ley las consideraba, para efectos administrativos, tácitamente incluidas. Las cláusulas de caducidad, de multas, de garantías, de renuncia a reclamación diplomática, de no estar incurso en inhabilidades e incompatibilidades, eran otras que eran propias y especiales en los contratos administrativos que reglamentaba el anterior decreto de contratación.

La legislación actual, lo reiteramos, cambió de filosofía en lo atinente a los contratos estatales.

El artículo 40 inciso I .° de la Ley 80 indica que los contratos que celebren las entidades estatales "...Deberán sujetarse a las previsorias de este estatuto de manera preferencial...", lo que nos lleva a concluir que la ley no deja el contrato estatal a la plena libertad de los contratantes, tal como ocurre en el contrato entre particulares, sino que tales contratos tienen unos requisitos propios a los que deben sujetarse las partes, pero sin que exista la completa y total determinación de todos ellos en la ley, por lo que como lo indica la doctrina: "el estatuto actual suprimió la camisa de fuerza que se había impuesto a la administración con el decreto 222 de 1983, en lo referente a la elaboración de contratos"{377}. En efecto, la legislación anterior era minuciosa en los detalles, en las cláusulas, principios y requisitos que se debían consignar en el contrato. En una licitación inclusive había que redactar la minuta por anticipado, y en ella se incluían todos los datos pedidos por la ley, en forma detallada y exagerada, llegando a traer consecuencias de tal magnitud al contrato que no atendiera esas formalidades que podían representar la nulidad misma del proceso.

Hoy en día el contrato debe cumplir con unas normas, eso es cierto, y debe contener unos elementos propios y especiales que se señalan en la ley, pero con la ventaja de que "...en ausencia de normas precisas..." el contrato podrá sujetarse a las normas civiles o comerciales (art. 40). Se deja mayor campo y amplitud a la entidad estatal y se le autoriza para "celebrar contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que requieran el cumplimiento de los fines estatales" (art. 40, inciso 2.°); situación que es muy importante frente a la presunta infracción de una disposición penal, pues de presentarse seguramente tendría que atenderse el exigente correspondiente que se hace en el plano de la culpabilidad, o del aspecto subjetivo del tipo.

La nueva legislación permite también mayor amplitud de acción al ente estatal, ya que la entidad no se somete en un modelo de contrato, sino que la ley dispone, en sentido amplio, que en los contratos estatales podrán incluirse las modalidades, las condiciones y, en general, las cláusulas o

estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y los principios y finalidades de la Ley 80 de 1993 y a los de la buena administración (art. 40, inc. 3.°).

Se reafirma en consecuencia que la nueva legislación es más amplia, ofrece más posibilidades a los administradores de la cosa pública, les reconoce mayor capacidad, mayor autonomía, les da más independencia, pero, fundamentalmente, acepta que los funcionarios, además de ser competentes para desempeñar su trabajo, saben hacer los contratos, actúan de buena fe y, por tanto, se les deja actuar con mayor holgura, sin imponerles modelos o minutas de contratos de los cuales no se puedan salir. El criterio unánime de los expertos en contratación administrativa es que en lo anterior la legislación mejoró.

Como parte de la perspectiva anterior es bueno indicar que los contratos estatales son solemnes, es decir, deben cumplir una serie de formalidades y requisitos, que además de lo previsto sobre la materia en la legislación común civil o comercial (caso de escritura pública, por ejemplo, en la compraventa de bienes inmuebles o muebles sujetos a registro) deberán reunir las formalidades previstas en la ley especial, pudiendo ser entonces los contratos estatales a más de solemnes, con o sin formalidades plenas.

En el primer caso, el de las formalidades plenas, se entenderá como una de estas, por ejemplo, que deba constar por escrito y suscribirse por las partes; sin embargo, la primera exigencia no es absoluta, pues depende del monto del contrato, según las escalas contenidas en el artículo 39 de la Ley 80 (valores establecidos según el presupuesto anual de la entidad). Este es otro punto que se debe tener en cuenta, pues el valor económico y la trascendencia del contrato varían dependiendo de la entidad contratante, cuyo capital es indispensable conocer, para determinar asuntos de cuantías, por ejemplo; por lo que sobre este aspecto tampoco se puede generalizar. Cuando el monto no alcance la suma mínima estaremos ante un contrato sin formalidades plenas, en los que el acuerdo no debe constar en un documento escrito y suscrito por las partes, basta con que el ordenador del gasto remita una comunicación escrita a la persona que desea contratar,

determinando el objeto y la cuantía a la que responderá el contratista aceptando esos términos, anotando además que no se encuentra incurso en situación alguna que cause inhabilidad e incompatibilidad, para que quede perfeccionado el negocio jurídico. Igualmente la cancelación de la prestación no requiere que sea a través de resolución.

Como requisito para la ejecución del contrato se necesita que la entidad apruebe la garantía única constituida por el contratista, y que existan las respectivas disponibilidades presupuestales. No debemos confundir esta disponibilidad con la existencia del registro presupuestal definitivo, requisito este de existencia presupuestal mas no del contrato.

El contrato estatal se encuentra entonces debidamente legalizado cuando cumple con los requisitos de existencia y ejecución antes vistos, cuando se publica en el extracto único de contratación o en la gaceta correspondiente, y además, cuando supera una cifra estipulada en la legislación tributaria, cancela el impuesto de timbre; mas igualmente se prevén excepciones que deben conocerse. En este aspecto es bueno precisar que la obligación de la publicación se refiere a los contratos con formalidades plenas y se entiende surtida con el pago de los derechos correspondientes (art. 41 de la Ley 80 de 1993), situación novedosa frente a la legislación anterior.

Existe otra problemática en torno a las cláusulas excepcionales, entendiéndose por estas las que le permiten a las entidades imponer su voluntad al particular contratista en forma unilateral, mediante el ejercicio de una potestad administrativa; tienen que ver con la interpretación, modificación y terminación unilaterales y la caducidad, pues la legislación vigente le da ese tratamiento de excepcionales; además, el artículo 14 incorpora la cláusula de sometimiento a leyes nacionales y la cláusula de reversión. Si bien es cierto estas se hacen de obligatoria inclusión en los contratos de concesión, explotación de monopolios, concesión de servicios públicos, concesión para la explotación de bienes del Estado y en los de obras, su no inclusión no acarrea nulidad al contrato y por ende no puede decirse que nos encontremos ante la vulneración de un requisito esencial del contrato, en cuanto que ante su no inclusión expresa tales cláusulas se entienden incorporadas

al texto del contrato. Así lo dispone la Ley 80. Sobre este aspecto, estas cláusulas excepcionales pueden incluirse en los contratos de suministro y prestación de servicios, aun cuanto se prohíbe en otros, como los celebrados con entidades de cooperación, por ejemplo.

Otro punto que consideramos de interés plantear en este momento es un aspecto que, digámoslo, se introdujo con la Ley 80 y obedece a esa nueva orientación de la legislación, de ver al contratista como un socio o un colaborador y, por ende, interpretando esa situación dentro de normas de equidad, hacer notar que el mismo debe sentirse satisfecho de encontrar en el Estado más que a una contraparte a un socio. Nos referimos pues a la introducción del principio del equilibrio económico, es decir por velar porque a lo largo del proceso contractual se garantice el mantenimiento de las condiciones económicas pactadas inicialmente, de tal suerte que si se presenta una situación externa, imprevisible, irresistible o imputable a un extremo de los sujetos, que haga más onerosa su prestación, se considere la necesidad de restablecer el equilibrio económico.

Este principio fue erigido en la Ley 80 de 1993, aun cuando antes de esta disposición era aceptado por la jurisdicción contenciosa administrativa, en oposición al pensamiento de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, que en varios conceptos llegó a considerarlo como abiertamente ilegal; y le ha dado a la interpretación contractual en el aspecto económico un nuevo dinamismo. Los eventos que generan ruptura del equilibrio contractual pueden clasificarse en dos grandes grupos: circunstancias imputables a las partes y circunstancias externas o ajenas. Dentro de las primeras está la utilización de facultades excepcionales y el incumplimiento de las partes; y dentro de las segundas están los llamados “hechos del príncipe”; los que generan la teoría de la imprevisión; la fuerza mayor y el caso fortuito y el hecho de un tercero.

Pero además de lo anterior que pone de presente la necesidad de que esas normas se interpreten con base en los nuevos principios imperantes, el intérprete penal de este tipo de disposiciones deberá conocer toda una relación de legislación, especial una, y general otra, que se aplica complementaria a la Ley 8o de 1993, alguna con vigencia anterior a ésta y otra expedida con posterioridad, que

exigen entonces un esfuerzo mayor en aras de acertar cuando se trate de administrar justicia en este asunto y en relación con la inobservancia de supuestos de hecho que pueden constituir requisitos legales.

A manera meramente ejemplificativa observemos que existen, entre otras, las siguientes disposiciones vigentes promulgadas con antelación a la Ley 80: a. Régimen de contratos de entidades estatales bancarias, aseguradoras y fiduciarias; b.Régimen de concesión de los servicios y actividades de telecomunicaciones; c.Régimen sobre operaciones de crédito público interno; d. Régimen de contratos de ciencia y tecnología; e. Régimen de contratos de entidades estatales que explotan y exploran recursos naturales; f. Contratos de encargo fiduciario y fiducia pública; g. Régimen de servidumbres y ocupación temporal; h. Régimen del Banco de la República; i. Régimen de contratos con entidades sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad; j. Régimen de los municipios y el Distrito Capital; k. Régimen de contratación de las universidades públicas.

Con posterioridad a la Ley 80 se han expedido otros estatutos que han establecido excepciones totales o parciales a su aplicación, entre otros: a. Régimen de servicios públicos domiciliarios; b. Régimen para la venta de propiedad accionaria o de bonos obligatoriamente convertibles en acciones de propiedad del Estado; c. Régimen de transporte público y de concesiones; d. Régimen de las empresas sociales del Estado que presten servicios de salud; e. Régimen para la operación de radioaficionados como concesión especial; f. Régimen para la edición e impresión de textos; g. Régimen sobre ordenamiento territorial; h. Ley 446 de 1998 por medio de la cual se modificaron disposiciones sobre contencioso contractual y liquidación de contratos; I. Ley 489 de 1998 que reformó la función administrativa y cambió conceptos sobre delegación, control ciudadano, régimen contractual de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, filiales, asociación de entidades mediante convenios; j. Decreto 1198 de 1999 sobre transferencias de derechos de dominio, y k. Decreto 1420 de 1998 en el que se introducen nuevos criterios para asuntos relacionados con avalúos.

Con respecto a la liquidación de los contratos, otra de las fases que abarca esta disposición penal que estamos analizando, sucintamente debemos precisar lo siguiente: siempre se había entendido la liquidación como una especie de corte de cuentas luego de finalizado el contrato, para determinar el estado económico de las prestaciones cumplidas en torno al mismo. Ese procedimiento determina la condición mutua de las partes una vez terminado el convenio, es decir, si alguno es deudor del otro, en cuyo caso éste tendrá la calidad de acreedor, o si hay un equilibrio total entre obligaciones y prestaciones que permita considerar que las partes están a paz y salvo mutuamente. Los artículos 60 y 61 de la Ley 80 de 1993 nada dicen sobre la necesidad de incluir en el documento en que conste la liquidación de los contratos ese discurrir o balance económico del mismo, que es el que permite conocer el resultado o situación final de las partes, como sí lo hacía el artículo 289 del Decreto 222 de 1983.

En esta fase, y de conformidad con la filosofía de la Ley 80 de 1993, se amplió de modo sustancial el alcance de esta etapa, pues ya no es un acto circunscrito tan sólo a considerar lo convenido específicamente en el contrato y ejecutado, sino que ha de extenderse a las situaciones no contempladas en él pero ocurridas con motivo u ocasión de su celebración y ejecución. La mentalidad cambió, y por tanto la norma, y de ahí que hoy, como lo anota Bautista, el acto de liquidación no sea un simple corte matemático dirigido a establecer si lo pagado al contratista equivale o no a la prestación por él ejecutada, sino que es una excelente oportunidad para hacer las revisiones, los ajustes y reconocimientos que resultaren legales y justos, e incluir las soluciones a esas diferencias, sea que hubieren sido objeto de acuerdo, transacción o conciliación{378}.

A diferencia de la norma anterior, de conformidad con la vigente sólo es obligatoria la liquidación de los contratos en los que la prestación de las partes se cumpla repetitivamente, como en el de arrendamiento, conocidos también como de ejecución sucesiva o de tracto sucesivo, y de aquellos cuyo cumplimiento se prolongue en el tiempo; pero inclusive en estos casos si por la modalidad de la forma de pago acordada –suma fija mensual previa certificación de cumplimiento– no sea necesario liquidarlo. Como puede presentarse también que sí se requiera la liquidación, caso

de un contrato de ejecución instantánea, en el que el contratista se comprometió, por ejemplo, a entregar un bien con un accesorio cuyo precio no se ha determinado y solo se hará en el momento en que se entregue con base en los soportes o facturas del caso; puesto que se ha dejado como discrecional a la entidad establecer en qué otros casos hay lugar a la liquidación, lo cual parece razonable. La norma tampoco señala un período de tiempo mínimo a partir del cual pueda considerarse que un contrato es de período largo o sucesivo que obligue por tanto a liquidación; en consecuencia, mientras el reglamento no se ocupe del tema queda de alguna manera al arbitrio de cada entidad precisar el punto.

El Decreto 222 de 1983 nada decía sobre el plazo para la liquidación de los contratos y por ello no era raro encontrar que esta se hiciere años después de su ejecución o definitivamente no se hiciere, vacío que fue llenado por la jurisprudencia al insinuar el "plausible" como el adecuado, y se circunscribía a los cuatro meses (Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de enero de 1988). Este término aparece ya mencionado en la Ley 80 de 1993, cuando indica que el plazo dado es de cuatro meses, a falta de haberse señalado en los pliegos de condiciones o términos de referencia y en defecto o ausencia de este plazo.

Así mismo, de conformidad con lo plasmado en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993, para seguir adelante con la liquidación las entidades estatales exigirán al contratista para efectos de la liquidación, la extensión o ampliación, si es del caso, de las garantías del contrato en su oportunidad exigidas, con el objeto de avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extinción del contrato.

Ahora, en torno a la conducta y de conformidad con lo analizado, este tipo penal es de los de conducta compuesta alternativa como que el sujeto agente (servidor público), podrá adecuar su accionar a cualquiera de los supuestos previstos en la norma, como es tramitar contratos sin la observancia de los requisitos legales esenciales o celebrar o liquidar sin verificar el cumplimiento de los requisitos. Respecto a estas últimas formas conductuales, es decir celebrar o liquidar los contratos sin verificar el cumplimiento de tales requisitos, permite que el marco de

aplicación de la conducta se amplíe y pueda comprender comportamientos adelantados dentro del marco de la desconcentración administrativa{379}.

Finalmente, la Ley 599 de 2000 introduce al tipo referido una modificación de poca trascendencia desde la perspectiva analizada a lo largo de este estudio, pues elimina el ingrediente subjetivo del tipo, que decía “con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”, situación que poco va a representar en la interpretación de la norma. Nos debe sí llamar la atención sobre esta supresión que se hace presumiblemente por ser una reiteración innecesaria del dolo. Sin embargo, ese ingrediente llegó a ser calificado por la doctrina como el que “nutre de ilicitud” a la conducta, y no obstante aparece hoy eliminado del nuevo estatuto{380}. La Corte ha entendido como intrascendente dicha supresión y para ello ha reiterado en varios fallos:

que las diferencias que se pretenden encontrar son más aparentes que reales. En efecto, sobre esta temática se ha entendido que “el propósito allí referido (haciendo alusión al artículo 146) no solo puede ser patrimonial sino de cualquier otra índole derivada de la trasgresión de los principios que rigen la contratación estatal, lo cual resulta claro cuando se elude el procedimiento establecido, se privilegian unos contratistas en detrimento de otros, se contrata en condiciones técnicas que no corresponden al objeto del contrato, o se viola el principio de selección objetiva, entre otras eventualidades, pues es claro que un contratista resulta beneficiado con la adjudicación de un contrato tramitado irregular e ilícitamente, .. .”{381}

Igualmente ha indicado la Corte, en aras de ilustrar la entidad de esta conducta punible, que:

el tipo de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales está estrechamente vinculado con el

principio de legalidad, mientras que el interés ilícito está ligado al concepto de interés general. En consecuencia, mediante éste último se sanciona el desvío de poder, a través del cual se privilegia el interés particular en lugar del general, que es fin esencial de la actividad estatal (artículos 2.° y 210 de la Carta Política). De éste modo, allí en donde la conducta emerge como un proceso que desconoce los requisitos necesarios para la validez del contrato, el desvalor de la conducta no puede sino alojarse en el tipo que de manera perfecta define ese acontecimiento como delictivo, en lugar del que sanciona el interés ilícito, que lo hace no desde la perspectiva de la ilegalidad del procedimiento, sino del desvío de poder, respetando la ontología y el valor de la conducta, su ser y el sentido normativo de la misma{382}.

MANUEL CORREDOR PARDO

El delito de estafa

I. ORIGEN

El estelionato parece ser en el derecho romano el remoto origen de la estafa. Apareció como acción subsidiaria a la cual se le aplicaban las penas de la lex testamentaria et nummaria (cornelia de falsis), para acciones de engaño o fraude que causaban daño a un tercero, perjuicio el cual se reclamaba como indemnizable en el derecho pretoriano. No obstante su definición era ambigua, y en muchas ocasiones dependía su aplicación del pretor en casos muy disímiles, pues allí cabían las ventas y permutas sobre bienes con algún gravamen, el cobro de un precio por interposición de influencias, y aun el perjurio. Participaba de las condiciones de la falsedad –por faltar a la verdad– y de los delitos contra el patrimonio.

II. EL PATRIMONIO, BIEN JURÍDICO TUTELADO.

AMPLIACIÓN DE CONCEPTOS

No obstante que ya está definido para estas lecciones el concepto del bien jurídico, para este caso preciso de la estafa, y dada la complejidad que la misma puede asumir en la vida real, bien vale la pena ampliar lo expuesto en relación con este aspecto, para la comprensión del sentido y el alcance del tipo en estudio.

Como son tan diversas las posiciones doctrinarias al respecto, bien quisiera hacer una precisión: universalidad de “bienes” –en el sentido de valores o utilidades patrimoniales– pertenecientes a un titular, que incluye relaciones de derecho de significado económico patrimonial no solo sobre bienes materiales sino aun respecto de distintas relaciones de derecho apreciables económicamente radicadas en un titular de ellas.

Son en este aspecto relaciones de derecho que significan "ventajas patrimoniales", en una variedad de elementos que conforman modernamente un concepto de patrimonio de un titular. Por manera que el bien jurídico comprende en rigor relaciones de derecho que ofrecen expectativas de satisfacción de orden económico patrimonial a un sujeto que es el titular de las mismas.

Es frecuente encontrar referencias a la propiedad, o a las relaciones posesorias, o a una universalidad de bienes que incluye activos y pasivos de un titular, como esencia del concepto. Creo que el tema solo puede definirse en el Código Penal colombiano a partir del examen del elenco de conductas típicas que se refieren al bien jurídico tutelado que se comenta.

Así, en la ley penal colombiana es fácil advertir que allí se encuentran relaciones de derecho diversas que apuntan a:

1. Derechos de dominio o propiedad abstractos sin relación posesoria, como es el caso de la nuda propiedad (art. 669 C. C.), la cual puede ser el objeto de acciones lesivas del patrimonio.

2. Relaciones posesorias referidas a cosas (bienes materiales o corporales), como ocurre en las reglas de Derecho relativas a la posesión, la cual hace presumir el derecho de dominio (art. 762 C. C.: "El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo"), y que es la manera en que aparece el derecho de propiedad sobre los bienes muebles en forma general, y que en otras ocasiones, aun en posesiones irregulares, frente al derecho civil permite acciones de tutela en sede civil para que prevalezca la situación del poseedor como generadora de expectativas patrimoniales frente a los demás -excepto el dueño– y, en otras condiciones, aun respecto del dueño en que se permite la adquisición de bienes, a título de domine, por el transcurso del tiempo (prescripción adquisitiva de dominio). Como es claro, cabe en tal esfera tanto el concepto de patrimonio económico del titular, dada la ventaja patrimonial que le reporta tal relación posesoria, como igualmente la posibilidad de su lesión mediante una conducta típica.

3. Y también relaciones de derecho que tienen que ver con utilidades, provechos, ventajas, expectativas y aun garantías de orden económico patrimonial, en las cuales se advierte nítidamente la característica de la utilidad, ventaja o seguridad patrimonial para un titular, incluso sin relación posesoria ni derecho de dominio relacionados con bienes materiales (corporales, los llama la ley civil). Ello sobre todo a partir del concepto de las "expectativas de prestación económica"_que se derivan de las obligaciones (arts. 1494 y 1502 C. C.), en donde un titular (acreedor) espera la satisfacción de la prestación que se le debe por un deudor, todo lo cual cuando envuelve prestaciones de orden económico patrimonial que hacen parte del bien jurídico.

4. Así mismo se comprenden dentro del mismo actividades de lucro personal que la ley penal estima indebidas en el ámbito del bien jurídico, al parecer sin relación alguna de derecho patrimonial -en el sentido de prestación de tal índole– con otras personas y sin vinculación con bienes materiales en ninguna forma, como en la defraudación de la prenda general de acreedores (relaciones patrimoniales puras), o en la utilización de información privilegiada para lucrarse patrimonialmente. No obstante dado el principio de lesión efectiva del bien jurídico previsto en el artículo II del C. P., es de admitir que será fundamental establecer una relación de perjuicio de este orden que afecte a un tercero, so pena de que el principio enunciado quede fallido, y eliminado el tipo penal respectivo.

I. De manera que el concepto se ha enriquecido modernamente con elementos que se salen del orden tradicional de los derechos reales y de las relaciones posesorias de cosas o bienes –como en la concepción romana– para incluir acciones o situaciones de referente patrimonial que generan ventajas o utilidades económico patrimoniales, que integran esa concepción general del derecho patrimonial compuesto por las prestaciones y relaciones de derecho que lo integran. Ello dado que, según reglas del ordenamiento jurídico y de la vida económica, se consideran perfectamente exigibles y conforman ya un deber de cooperación de otros para la satisfacción de tales expectativas económicas, y que como tales prestaciones a cargo de un patrimonio y a favor de otro patrimonio –no tanto de sus titulares– vienen a componer el concepto general de patrimonio económico.

En esencia, se ha vuelto autónoma en el Derecho la obligación y la prestación, que constituyen ahora relaciones entre patrimonios en virtud de que sobre ellos se conforman prestaciones que deben ser satisfechas mediante la actividad convergente del titular del patrimonio obligado.

Tales derechos de obligación conforman la universalidad patrimonial -complejo de valores económicos-, y las relaciones jurídicas que de allí se derivan son la materia propia de las acciones de agresión contra el patrimonio económico en el orden penal.

Así se dice en la doctrina: "… en la definición de la obligación (considerada en su lado activo) como derecho al valor económico de la cosa debida, derecho realizable sobre el patrimonio del deudor, concebido como el complejo de los valores económicos que le pertenecen (Kóppen, 23)". Igual sucede con la definición de la obligación como derecho que tiene el acreedor sobre el patrimonio del deudor, concebido como "el complejo, no solo de los valores económicos ya realizados (universitas bonorum), sino también como el conjunto de derechos (universitas facultatum) que corresponden al deudor, es decir como conjunto de las expectativas jurídicas protegidas que tiene por objeto valores económicos (Schott , 24)"{383}.

Ello incorpora entonces al concepto de bien jurídico una gama amplia tanto de cosas corporales como incorporales según la definición de la ley civil (arts. 669 y 670 del C. C.), como también una relación especial de propiedad llamada nuda propiedad. Pero además una serie de elementos patrimoniales, como las garantías y prendas accesorias de una obligación principal -independientemente de la obligación a la cual acceden-, y aun el uso de medios no debidos para obtener ventajas patrimoniales en cuanto mengüen un patrimonio ajeno. Mejor sería decir relaciones de derecho que cubren expectativas de satisfacción económica, que, dada la conducta típica, devienen en frustradas o fallidas en razón del alcance prohibitivo del tipo.

Como se ve, ello es más amplio que la propiedad sobre bienes, que las relaciones posesorias, y aun parece exceder de la consideración de una universalidad patrimonial

conformada por activos y pasivos de un sujeto titular del mismo, en algunos tipos.

En efecto, desde la ley civil y comercial, los derechos patrimoniales ya no solo se desenvuelven en relación con bienes (derechos reales) sino también en relación con las llamadas “cosas incorporales”, que son los derechos de diversa índole que pueden configurarse en el orden patrimonial, como el usufructo, el uso, la habitación, por ejemplo, y modernamente sobre todo ello por su incidencia en la vida general los derechos de relación jurídica (acreedor = deudor, o patrimonio acreedor de la prestación frente al patrimonio obligado a la misma) que emanan de las obligaciones o créditos, y del concepto social del respeto a la esfera patrimonial de los demás, en sentido amplio.

Por ello la prestación personal de otro que está obligado, es decir esa relación de lo que se debe (prestación), igualmente hace parte del patrimonio, así como el respeto a la satisfacción del acreedor en forma general, de aquello a que está obligado el deudor y que tiene significado patrimonial.

2. De otra parte, si se repasa el catálogo de las conductas típicas contra el patrimonio se hallará que en la órbita de la tutela penal específica se encuentran aspectos distintos de significado patrimonial pero que no envuelven una relación posesoria. En los hurtos ciertamente que es la posesión lo primordial. Pero en la extorsión puede abarcar contenidos de derecho privado sin referencia a la posesión de bienes, al menos inmediata, como en la amenaza de un mal futuro para la entrega futura de un bien patrimonial (extorsión) -en la tesis de que el tipo no requiere resultado-.

En la estafa puede comprenderse el engaño para otorgar la escritura de transferencia del dominio mediante su registro, sin que se logre todavía la posesión de los bienes correspondientes, caso en el cual ya existe la tradición del inmueble en la llamada posesión inscrita.

En la emisión y transferencia ilegal de cheques (art. 248 C. P.) no aparece la relación posesoria sobre bienes sino el engaño sobre la exigencia legal de previa provisión de fondos (art. 714 C. Co.), ni tampoco en el abuso de confianza en cuanto el apropiarse va más allá de la misma

posesión preexistente en la relación (art. 249 C. P.). Tampoco se advierte tal relación posesoria con bienes en el abuso de condiciones de inferioridad (art. 251 C. P.), ni en el alzamiento de bienes (art. 253) que defrauda la prenda general de acreedores según se prevé en el artículo 2488 del C. C., al tenor de lo dicho antes. Menos se advierte una relación posesoria con bien alguno en la figura típica del artículo 258 del C. P. que reprime la "Utilización indebida de información privilegiada", aunque será necesario requerir un daño patrimonial a un tercero para la lesión efectiva del bien jurídico y no quedarse solamente en el aprovechamiento del autor.

Por lo anterior, creo que el bien jurídico está bien denominado como patrimonio económico en cuanto más amplio que el que suministra la noción de relaciones posesorias, y aun el del derecho de dominio clásico -rezago romanista-, tal como se expuso en párrafos precedentes.

De otra parte, la Constitución Política ha planteado una nueva dimensión: limitación al bien jurídico, en cuanto enmarca toda la actividad económica de las personas, y la iniciativa privada dentro de límites del bien común (art. 333 C. N.), y tanto las nociones de empresa como de libre competencia económica caen dentro de un marco normativo de responsabilidad frente al interés público, dado que la propiedad es "una función social" (art. 58 C. N.).

Por tanto, creo que en este espacio de expectativas económicas, por un lado, y de límite por el interés social, por otro, el bien jurídico sí corresponde a una universalidad que no es posible definir a partir de los bienes nada más (que apenas son el objeto de la acción típica), sino de la riqueza como concepto social de la economía, que regula tanto el aspecto de los bienes, en cuanto dominio, posesión o tenencia –pues todo ello tiene una relación de derecho de significado económico– como también las actividades de toda clase de contenido patrimonial en que surja una relación económica que proporcione una ventaja de tal orden regulable por el Derecho, y respecto del patrimonio de una o varias personas.

Así, es preferible la definición del bien jurídico como una universalidad de relaciones del tráfico con significado patrimonial económico, abarcadas por el Derecho, en orden

a satisfacer expectativas patrimoniales particulares, en el ámbito de un desarrollo justo de las relaciones económicas enmarcadas dentro del interés general de la sociedad.

Ambito en el cual no resulta permitido el abuso respecto del dominio, la posesión o la tenencia tanto de bienes materiales como de derechos no reales y su significado, y aun la prohibición de realizar operaciones de alcance económico tendientes a obtener ventajas económicas por medios no permitidos en el mundo del tráfico de las relaciones económico-sociales.

3. Este concepto de universalidad o conjunto patrimonial de un titular será importante para definir el momento y la naturaleza del provecho y el sentido del perjuicio patrimonial ajeno, dado que en el delito de estafa –como se verá– es necesario un desplazamiento patrimonial de la víctima hacia un patrimonio distinto, bien del estafador o de un tercero, mediante un acto de disposición respecto de uno o varios elementos concretos integrantes del patrimonio. Y, correlativamente, la consumación del delito se produce una vez se desplace el elemento patrimonial como objeto estafado del conjunto de bienes de la víctima (lo que conlleva una relación patrimonial), que se verá disminuido en el objeto desplazado (mejor, en la relación de derecho que el significa). Del mismo modo, el provecho patrimonial se dará en el instante en que el desplazamiento permite el ingreso del nuevo elemento (objeto estafado) al patrimonio del estafador o de un tercero, independientemente de si el autor de la conducta logra beneficiarse del mismo, lo cual excede ya el ámbito del tipo.

III. EL MODO Y EL ALCANCE DE LA ESTAFA

Parecería necesario repetir que no existe un delito contra el patrimonio estructurado únicamente sobre la base del efecto patrimonial, o perjuicio patrimonial mismo, en el sentido de su disminución o afectación, pues ello es característico de muchas actividades lícitas, o al menos no punibles penalmente en la organización social del tráfico económico, sino por el modo o la forma de la agresión

patrimonial; ni tampoco existe un delito de un tercero que ataque la totalidad del patrimonio como universalidad, salvo el de la auto defraudación de la prenda general, pues una buena parte de los delitos patrimoniales se verifican sobre uno o varios bienes concretos del titular del derecho como objetos de la acción del tipo penal, o, en otra buena parte, ya no sobre el objeto sino sobre una relación de derecho patrimonial del titular de tales derechos que vendrá a configurar el objeto de la agresión patrimonial.

Por tanto, se puede concluir que los delitos patrimoniales, como la estafa, están configurados, en la mayoría de los casos, sobre la base del modo o los medios como se produce dicha lesión al patrimonio ajeno, y por los cuales se obtiene una ventaja del patrimonio del estafador o de un tercero, siempre que pongan en peligro o lesionen un patrimonio ajeno.

Supuesto además que en la estafa -que es el tema de este trabajo-, aunque viciado por el error, se verifica un acto voluntario de disposición de un bien del patrimonio de la víctima, el delito puede versar tanto sobre la relación de posesión que se traslada mediante la entrega como sobre el derecho de dominio mismo transferido por un acto jurídico que transmita tal derecho (título y modo), y aun sobre una expectativa cierta de derecho integrante de un patrimonio, lo cual marca una diferencia sustancial respecto del hurto.

En este delito de estafa en particular, la característica fundamental es la del modo engañoso que vicia por error el conocimiento sobre el alcance económico del negocio jurídico, y por ello se lo considera agresión intolerable del bien jurídico en las relaciones patrimoniales del tráfico.

IV. LA ESTRUCTURA DE LA ESTAFA

En este aspecto de su estructura el delito de estafa tiene una configuración necesaria, con un orden predeterminado de sus elementos típicos, en que no es posible intercambiar uno de ellos o suprimirlo sino bajo la consecuencia de que

desaparezca la posibilidad de la imputación del tipo de estafa. Bajo tal orden lógico en que se produce la conducta en la actividad social, la descripción típica tiene una secuencia imperativa que no puede ser desatendida.

Tal estructura se deriva claramente de la definición típica y el sentido que ella tiene de prohibición en el texto del artículo 246 del Código Penal actual, no obstante que se invirtió gramaticalmente el orden que traía la codificación derogada que empezaba la fórmula típica con “la inducción en error” (cfr. art. 356 C. P. derogado).

En efecto, el artículo 246 del C. P. empieza en su tenor literal por la acción de “obtener un provecho ilícito” en vez de la “inducción en error”, lo cual eventualmente obedece al deseo de colocar primeramente lo que se ha considerado como la acción típica, y luego los demás elementos de la estafa, pero ello no puede desvirtuar la secuencia propia del comportamiento típico, como se verá.

V. LA DEFINICIÓN DEL TIPO PENAL

Define la estafa el artículo 246 del C. P. con la siguiente fórmula típica:

El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá el que en lotería, rifa o juego, obtenga provecho para sí o para otros, valiéndose de cualquier medio fraudulento para asegurar un determinado resultado.

La pena será de prisión de uno (I) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

I. En primer lugar, se deduce del mismo texto literal que la ley penal colombiana consagra tres modalidades de la estafa:

a. Por inducción en error, mediante artificios o engaños.

b. Por mantenimiento en error, mediante artificios o engaños.

c. Por aseguramiento de un resultado en rifa, apuesta o juego, por medios fraudulentos.

En todas tres se requerirá como resultado final la obtención de un provecho ilícito, dada la acción típica que exige un resultado patrimonial para el delito en mención, y correlativamente un perjuicio frente a expectativas patrimoniales.

B2. La primera modalidad de la estafa: en esta primera modalidad aparecen como elementos esenciales, dada la secuencia natural de la conducta, los siguientes:

— Empleo de artificios o engaños por el autor con la finalidad de inducir en error a una persona.

— Existencia del error en el inducido (sujeto errante), como consecuencia de la inducción.

— Acto de disposición respecto de un elemento patrimonial, derivado del error anterior.

— Perjuicio de la persona titular del patrimonio del cual se desplaza el elemento patrimonial, como consecuencia del acto de disposición que se menciona.

— Provecho correlativo del autor de la estafa o de un tercero, que corresponde al perjuicio anterior.

— Artificios o engaños:

Como medios determinantes del engaño que induce error, la ley señala dos específicamente: a. Los artificios, y b. El engaño.

Artificio, para estos efectos, se ha definido como una maniobra material ostensible, de modo que se identifica con la mise en scene o aparato externo –apariencia objetiva externa– que crea el error, en lo cual se sigue la vieja idea carrariana –tomada a su vez de la doctrina francesa– de que las simples mentiras no bastan para configurar una estafa: en efecto, si alguien las cree, “cúlpese a sí mismo”, pues no será víctima de estafa.

De modo que es indispensable que exista una presentación objetiva externa que tienda a engañar: vestir un uniforme o un traje especial (militar, de sacerdote), una tarjeta de presentación que acredita una profesión y un título, crear una fundación aparente, por ejemplo.

El engaño, en cambio, es una invención mentirosa eficaz, sin un acompañamiento externo tendiente a crear el error; es decir, es un engaño basado en una inveracidad determinante en una situación concreta. Invocar una posición o cargo, o aducir una calamidad general, o tomar mercancías a crédito para no pagarlas.

Para la jurisprudencia nacional no existe diferencia entre esos dos medios propios de la estafa: Y, con relación al artificio y al engaño, expuso: “Son fenómenos equivalentes, expresivos en el fondo de la misma cosa”. Y se agrega con más amplitud: “Consisten en todo medio habilidoso para transfigurar la verdad. Son sinónimos de astucia, doblez, ardid, trampa, artimaña o maquinación empleada para dar apariencia de verdad a la mentira”{384}.

– Inducción de un error: dado el artificio o el engaño, tal como se ha definido antes, es evidente que el debe ser idóneo para crear en la víctima del error –que la doctrina llama sujeto errante–, como fenómeno o estado sicológico

interno, una equivocada apreciación o percepción de la realidad económica de la operación que se realiza, cualquiera que ella sea.

De manera que, a partir de la producción del artificio o engaño que tiende a la formación de un juicio errado en el sujeto, será menester que en la realidad sicológica del engañado se produzca una condición interna personal, que consistirá en la apreciación errada de las condiciones y elementos estructurales de la negociación o relación económica de que se trate, y que ha sido formada por el inductor en el sujeto errante.

De tal manera que si el error obedece a una convicción personal propia (creencias y costumbres propias), no inducido desde una acción externa del que se aprovecha, no cabe imputar estafa por falta de la inducción en error. Tal el caso de quien cree en ritos de “santería”, y paga por ello. En ese evento la disminución patrimonial que sufre la persona del ejemplo no obedece a un error inducido por el tercero, sino a una convicción propia. Del mismo modo cuando se entrega dinero por un sentimiento de piedad a quien finge ser un lisiado.

En otros términos, el error del engañado debe realmente existir, como consecuencia directa e inmediata del empleo de los artificios o engaños. Por esa razón, si el error no se deriva del artificio o engaño utilizados por el estafador supuesto, ciertamente que no podrá imputarse la estafa.

Aclaro que el sujeto errante puede ser el titular del patrimonio, caso en el cual coincidirán el engañado y el perjudicado con el delito. En otras ocasiones uno es el engañado y otro el perjudicado: como en el ejemplo del vendedor de un comercio que es engañado para entregar una mercancía, pero en que el perjuicio lo recibe el propietario de la tienda comercial.

– Acto de disposición: mas, luego de la existencia del error, resulta imperativo que el engañado realice un acto de disposición, sobre uno o varios bienes integrantes del patrimonio del tercero perjudicado, en virtud del cual se produzca el desplazamiento de un bien o varios del patrimonio de la víctima al del estafador o al de un tercero. Es la única manera en que se producen también el perjuicio

y el provecho ilícitos que requiere el tipo penal, que son esenciales en el delito de estafa.

Es evidente que en la descripción típica de la estafa no existe referencia a un acto de disposición de parte del sujeto errante, como lo piden expresamente otras legislaciones: por ejemplo, la española (art. 528): “Cometen estafa los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o de un tercero”. Como se verá enseguida, el acto de disposición corresponde a la naturaleza de la conducta típica, y la distingue de otras acciones típicas contra el patrimonio.

Mirando el tema en la ley penal nacional, se tiene que el tipo penal del artículo 246 del C. P. exige la obtención del resultado patrimonial propio de la estafa (“El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero”), con lo que, implícitamente, a partir del error es menester que se produzca una acción cuyo contenido sea la movilización del elemento patrimonial estafado. Ello es consecuencia de requerir el tipo el fundamento de error, que no encuentra sentido alguno si no es para que, bajo tal conocimiento errado inducido, se produzca un consentimiento viciado respecto de la movilización del patrimonio.

Surge así como imperativo para la correcta imputación del resultado de la estafa el que exista un acto de disposición material, o jurídica, lo cual entraña una manifestación de voluntad de la persona que efectúa tal disposición respecto del traslado del objeto de la estafa, bien se trate de bienes muebles o inmuebles, o de derechos, casos ambos en que existirá un acto de disposición patrimonial según corresponda a la naturaleza de cada uno de ellos.

En efecto, no cabe duda que parece incluido en el alcance del tipo el que exista un consentimiento viciado por error, puesto que este último no se explicaría como fundamento de la conducta típica si no es admitido que dentro del conocimiento, que es la esfera en que se halla el error, está llamado a cumplir una función de asentimiento en la estructura del tipo: la de “defectuosa autorización” para la disposición (el traslado) de un bien con sentido patrimonial, obviamente en perjuicio del titular del patrimonio afectado.

Pero además, si no se admitiera el acto de disposición voluntaria, libre de coacción, resultaría imposible distinguir una conducta de estafa de los hurtos con apoderamiento, en que se emplea la propia fuerza del ladrón para tomar por sí el objeto hurtado. Es por ello que el engaño de a para que se distraiga el joyero b, quien exhibe los diamantes, mientras un tercero, c, los toma y se los lleva, aprovechando la distracción creada, configura hurto pero no estafa. Ello debido a que se trata de un apoderamiento de los bienes, pues no media acto de disposición y el engaño solo sirvió para disminuir la custodia de los mismos a fin de facilitar el apoderamiento.

Por lo mismo, el acto de disposición es elemento indispensable para la estructuración cabal de la conducta típica de estafa en sede del artículo 246 del Código Penal, como fenómeno subsiguiente del error, y antecedente del perjuicio y del provecho.

La falta de dicho acto de disposición elimina la posibilidad de la estafa consumada, que se queda en tentativa, o queda impune. La inducción en error queda trunca en su propósito final un momento antes del acto de disposición. O, en otra hipótesis sin acto de disposición, por ejemplo, el caso del hombre disfrazado que se introduce clandestinamente al circo, para ver la función sin pagar, es evidente que realiza un acto engañoso que eventualmente hace errar al portero del circo, pero que no genera, ni tiende a ello, un acto de disposición patrimonial del propietario del espectáculo. En eventos semejantes no cabe imputar estafa, precisamente porque la afectación patrimonial se deriva de la frustración de la expectativa del pago de la boleta de entrada (generalmente reprimida a través de los códigos de policía: cfr. art. 58 C. Nacional de Policía), pero no de un acto consentido de traslación patrimonial (disposición) producida por tal error.

– El provecho ilícito: la exigencia del resultado de beneficio patrimonial está dada con la expresión “obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero”.

Sin embargo, es de tener en la cuenta que el beneficio patrimonial se produce tan pronto el elemento patrimonial (bien) es desplazado del patrimonio de la víctima al del estafador o de un tercero. Así que tal provecho es

consecuencia inmediata del acto de disposición, y a la vez dicho acto marca el momento del perjuicio patrimonial de la víctima.

Como en la mayoría de los delitos contra el patrimonio, no se requiere que el estafador realice los esperados o supuestos beneficios económicos del bien, sino que es suficiente para el resultado típico la traslación del objeto o derecho estafado. Así, habrá estafa consumada si A ha adquirido de B un lujoso automóvil mediante ardides y engaños, no obstante que lo conserva sin utilizar en el garaje de su casa.

El provecho debe medirse en términos económicos por el valor de aquello estafado, es decir por la cuantía de la disminución patrimonial de la víctima de estafa, dado que bien puede ocurrir que no haya una exacta correspondencia respecto del incremento correlativo del autor. Así en el caso de quien estafa un cargamento de frutas que por el transporte sufre mermas y pérdidas debidas a la naturaleza del bien.

Ahora bien, la ley expresamente exige que el provecho obtenido sea ilícito, con lo cual parecería descartar la posibilidad de que la inducción en error para que alguien disponga el traslado de un bien que legítimamente debe entregar a su acreedor sea considerada como una estafa. Ello se debe a que, siendo legítimo el resultado (la prestación), no puede estimarse que exista un desvalor de resultado en el patrimonio, y por tanto no hay lesión efectiva del mismo ni incremento indebido del obligado a la prestación. Igualmente desaparecería el desvalor de la acción, a no ser que esta contuviera algún elemento que le diera carácter injusto propio fuera del sentido patrimonial (constreñimiento personal, v. gr.).

El perjuicio ajeno: correlativamente, el momento de traslación del elemento patrimonial que es objeto de la maniobra de estafa implica de necesidad la disminución ilegítima del patrimonio de la víctima del delito, precisamente en razón del acto de disposición bajo error, que decrecerá ipso facto el patrimonio ajeno.

Como se dijo, el acto de disposición es el concepto determinante tanto del provecho ilícito del autor de estafa

como del perjuicio ajeno de la víctima de los actos de estafa.

Bien puede afirmarse que tanto el provecho ilícito como el perjuicio ajeno son elementos del tipo que corresponden al mismo concepto desde una óptica diversa de examen, desde la perspectiva del autor del delito que recibe el incremento patrimonial y de la víctima del mismo que lo sufre.

En el ejemplo anterior del automóvil, es claro que el provecho patrimonial ilícito del estafador es no tal automóvil sino, mejor, el valor de los derechos patrimoniales vinculados al mismo, y el perjuicio ajeno es también el mismo bien, es decir el valor de las relaciones de derecho inherentes a la posesión del objeto en mención. Valga la pena decir que el automóvil es el objeto de la acción típica –pues la cosa no es un derecho– y que en estricto sentido jurídico tanto el perjuicio como el provecho, están definidos por las relaciones de derecho que se trasladan mediante el acto de disposición de la cosa concreta.

Pero ciertamente vale advertir que el valor (de las relaciones de derecho inherentes al bien) del objeto estafado es a la vez el monto del perjuicio causado.

– Equivalencia entre provecho y perjuicio: de lo dicho antes, y dado el sentido de la estafa, es claro que el provecho y el perjuicio son iguales desde el punto de vista de su significado económico patrimonial, si bien de signo contrario. Aunque no equivalgan en sentido estricto equivalentes cuantitativamente en la realidad como en el ejemplo ya citado de las frutas.

Pero se concluye ciertamente que el perjuicio de la víctima es la medida de la estafa y, también determina el valor del provecho del estafador. Aun cuando materialmente el enriquecimiento o acrecimiento patrimonial del estafador sea menor por alguna razón, como cuando se tienen que pagar fletes y seguros para recibir las mercancías estafadas, o timbres de documentos y gastos notariales para el mismo efecto. El alcance del tipo lleva a afirmar que el valor de la mengua del patrimonio de la víctima debe ser considerado como el valor del incremento del estafador, en el sentido ya explicado (valor de las relaciones de derecho vinculadas al bien).

Con ello quiero decir que el provecho y el perjuicio no varían, y que guardan una correlación de igualdad en vista de que tanto el uno como el otro se miden por el valor del bien o bienes que hayan sido objeto de disposición del patrimonio de la víctima, que correlativamente es el valor del provecho del estafador. No parece atendible técnica ni político criminalmente que el estafador reduzca el valor de su provecho, frente al perjuicio de la víctima, por costos o mermas propios de los bienes estafados, ya que ciertamente el derecho penal se orienta a la protección de la incolumidad del patrimonio de la víctima de la estafa, –no del provecho ilícito del estafador–, razón por la cual es el daño real y cierto del perjudicado la única medida del perjuicio, y correlativamente del provecho ilícito para el autor de la conducta típica penal.

– La ficción de loterías, rifas, juegos y apuestas constituye una estafa corriente: dentro de este campo es necesario considerar la conducta realizada mediante la artificiosa utilización de aparentes rifas, juegos, loterías y apuestas como verdaderas estafas en la modalidad en examen, pero no dentro del caso tres del tipo penal en comentario, que se tratará después. En estos últimos sí hay contrato de alea, pues la rifa es cierta; en los que tratamos en este acápite no existe contrato, ya que se finge la rifa.

En efecto, aquí se considera el artificio consistente en fingir o simular una rifa, juego, apuesta o lotería que en verdad no se verifican como contratos aleatorios (no son contratos aleatorios dada su ficción), sino que constituyen una apariencia tendiente a inducir en error a fin de lograr el pago del valor de la apuesta, que finalmente beneficiará patrimonialmente al estafador. Es una estafa perfecta si, ex ante, no existe la voluntad de permitir un desarrollo correcto del alea de ganancia o pérdida para los apostadores o jugadores. Se tratará en este caso de la inexistencia real de la rifa, el juego, la apuesta o lotería, que se ofrecen solo como atractivo aparente (artificio) para engañar a los participantes.

Es de tener en la cuenta que, dada la ficción que vicia los juegos y las apuestas, estas no existirán materialmente, pero sí como artificio de engaño para quienes creen en ellas. Por lo mismo, el valor del perjuicio de quien apuesta en la ficción ofrecida es el valor de lo apostado o pagado por

un alea que no existe, pues se finge. En tanto que el provecho correlativo del estafador será la suma que se ha recibido por cada participante. En este tipo de situaciones (rifas fingidas) el acto de defraudación patrimonial se reitera múltiples veces, respecto de diversas personas, en un unitario contexto de conducta de defraudación según el plan del autor, que el derecho penal considera en el sentido jurídico como una sola conducta, es decir un solo delito. Ello debe estar acompañado de una relativa unidad de tiempo, espacio y finalidad, lo que dará lugar al llamado delito masa (art. 31 C. P.) No hay variación, no obstante, respecto de la equivalencia del perjuicio de la víctima y el provecho del estafador, dado que la suma de los perjuicios individuales –que no dejan de ser individuales por ello– es el perjuicio que causa el estafador a través de rifas o juegos, y a la vez éste vendrá a ser su provecho global en el cúmulo de los pagos efectuados por los participantes en la rifa o juego simulados.

Por ello, estimo errada la posición de alguna jurisprudencia que considera que si llega a darse algún "ganador" con las boletas, loterías o talones emitidos el valor del perjuicio patrimonial estafado es el del premio mayor, pues ello envuelve una contradicción esencial, dado que si es un artificio –engaño, por tanto– no puede exigirse el pago real como si no lo fuera. Pero además ello rompe todo el esquema de la estafa como tal en cuanto a la correlación entre el perjuicio y el provecho como beneficio correlativo del autor.

La consideración, que estimo equivocada, del perjuicio recibido por el estafado como igual al premio ficticiamente ofrecido implica un alea inexistente que surge ex post a la conducta misma y a su resultado, pues viene a cumplirse a posteriori por fuerza de una decisión extraña al autor cuando la conducta del tipo debe examinarse en una instancia anterior, y de otra parte conceptualmente en contrario de la voluntad del autor del delito (dolo) que ha partido de la consideración de la rifa como un artificio de engaño y no del ofrecimiento de un premio en forma real.

La contradicción es evidente pues el autor ha engañado para obtener un provecho patrimonial ilícito que finalmente ha logrado respecto de varias personas, con el argumento fundamental de que no tenía la intención de efectuar rifa o

juego alguno ni de pagar los premios ofrecidos, pero finalmente se pagará el premio ofrecido como si estos hubieran sido ciertos. Esta ruptura de la correlación entre provecho y engaño no corresponde en modo alguno al tipo penal, y no puede admitirse.

3. La segunda modalidad de estafa: en la legislación penal colombiana, aparte del comportamiento activo acabado de mencionar de inducción en error, aparece una modalidad distinta de la estafa consistente en el acto de mantener en error a la víctima o a un tercero. Es decir que no se induce ya el error, sino que este preexiste en el sujeto errante.

Leámoslo: “El que obtenga provecho ilícito para sí o para un tercero [...] manteniendo a otro en error por medio de artificios o engaños...”.

De modo que los elementos comunes ya explicados merecen el mismo comentario, y solo habré de ocuparme del aspecto diferencial de la conducta típica. Por ello: “Mantener en error por medio de artificios o engaños.” es lo que cabe revisar para este efecto.

Veamos las diferencias:

a. En esta modalidad no existe inducción en error, es decir el sujeto activo de la conducta no crea el error en un sujeto errante sobre el cual actúa mediante artificios o engaños.

b. En cambio sí existe el sujeto errante, pero no inducido o llevado a error, sino que ya está previamente en error por cualquiera razón que sea, independientemente de la conducta del autor del ilícito. Lo importante será que el autor de estafa no haya creado o formado la equivocada percepción de la realidad patrimonial que fundamenta el ulterior acto de disposición que perjudica a la víctima. La actitud interna de error está dada ex ante.

c. Se requiere que el autor de estafa estimule de alguna manera, o recree, el estado de error preexistente en otro mediante artificios o engaños.

Es decir, mediante maquinaciones externas perceptibles, que en este caso no irán a crear un estado de error, sino a

preservarlo en las condiciones en que se encuentra o acrecer el estado de error preexistente.

O también mediante una mentira eficaz (engaño) convergente respecto del contenido del error en que está el sujeto errante, para que se mantenga en el mismo.

En el resto será igual a la estafa corriente por inducción, pues a partir de tal error preexistente se realizará un acto de disposición patrimonial que perjudica al titular del patrimonio afectado y beneficia al estafador o a un tercero.

4. Aseguramiento de un resultado en lotería, rifa y juegos es modalidad distinta de la estafa:

En este caso la estructura analizada con anterioridad cambia completamente, dado que el inciso 2.º del artículo 246 del C. P. se refiere a un fraude completamente diverso por su estructura, en que no se produce una inducción en error o un mantenimiento en error de un tercero, ni tampoco existe acto de disposición, como es evidente. Bien puede concluirse que en esta modalidad no existe el error del tercero, ni el acto de disposición a partir del error preexistente.

Creo por ello que se trata de un tipo penal diverso, que se aproxima a la estafa en el sentido de que existe allí una maniobra fraudulenta que persigue para el autor una ventaja económica indebida, quien se lucrará finalmente en el orden patrimonial mediante la obtención de un provecho de tal naturaleza, en detrimento de los apostadores en la lotería, rifa o juego. Ni siquiera es una estafa por medio de rifas, loterías o juegos, como se dijo antes, que debe ser tratada en la primera modalidad de este delito.

La conducta consiste en la utilización de cualquier “medio fraudulento” tendiente a “asegurar un determinado resultado”, obviamente de una rifa, juego o apuesta ciertos, que desde ese punto de vista son perfectamente lícitos. Mirando a la acción misma, esta tiene un comienzo y desarrollo completamente lícito y válido en el sistema de Derecho, solo que en cuanto al resultado final este no se debe a la suerte o el azar, dado que resulta asegurado indebidamente por el autor, a favor suyo o de un tercero, contra la naturaleza aleatoria del contrato, una de cuyas

condiciones, tal vez la más importante, es la contingencia incierta de ganancia o pérdida, que hace parte de la causa del contrato (“. motivo que induce al acto o contrato.”: art. 1524 C. C.). Tal control posterior del desarrollo del azar, evidentemente no previsto ni admitido y contrario a la ley que rige el contrato, no podía estar en los cálculos ni motivaciones de los contratantes. El resultado de la rifa, la lotería o el juego debe producirse no por razón de un curso causal predeterminado (controlado) sino en virtud del azar, lo que resulta quebrantado cuando se lo convierte en un resultado seguro para alguien, en detrimento de la expectativa general de ganancia de todos los contratantes (jugadores y apostadores), y en beneficio patrimonial de quien asegura el resultado contra la ley del contrato.

Si se examina con atención el texto se admitirá que el medio fraudulento no tiende a engañar a un tercero antes o en desarrollo del contrato, sino a burlar su expectativa final sobre el riesgo incierto del resultado propio del contrato, mediante un modo de “asegurar contra legem un resultado específico de la lotería, la apuesta o el juego”, con la finalidad (intención de autor) de “obtener el provecho patrimonial señalado en el texto del artículo 246 del C. P.

Dentro del tipo es evidente admitir que la conducta se considera injusto penal en cuanto se trata de un contrato aleatorio (arts. 2282 y 2283 C. C.) en que todos los participantes en la rifa, juego o apuesta, en virtud de lo que han pagado por ello, tienen derecho a un juego, apuesta o lotería en que exista un alea de ganancia o pérdida pura, sin interferencias de ninguna índole que perturben el desarrollo de las posibilidades del azar previstas en la ley para el juego, la apuesta o rifa legítimas.

Visto así el tema, puede concluirse que no hay una actuación tendiente a crear una actitud interna de error (inducción) en el apostador o jugador en el momento de contratar, dado que no sabe del aseguramiento posterior del resultado que se producirá alterando el curso del alea, ni tampoco se dará el error como tal pues el contrato aún mantiene un desarrollo conforme a su naturaleza, y por último tampoco existirá un acto de disposición de la suma apostada o jugada bajo error, dado que las apuestas o sumas jugadas se pagan cuando todavía no se produce la interferencia ilícita respecto del resultado aleatorio.

La diferencia con el caso tratado antes es la de que, en este, el contrato comienza y se desarrolla en forma perfectamente lícita hasta antes del momento del resultado, cuando este es asegurado (controlado) en forma ilícita. En el evento anterior –que sí es una estafa corriente– todo el desarrollo de la rifa, el juego o la apuesta ab initio es un procedimiento controlado por los autores de la estafa.

En la estafa corriente, la ilicitud de la conducta empieza con la acción en la presentación misma del contrato aleatorio fingido, y termina en el resultado ilícito patrimonialmente. En cambio, en esta modalidad en examen la acción comienza lícitamente con la presentación de una rifa, juego o apuesta legales, y termina con un resultado ilícito debido al control del mismo por el autor.

Como en la estafa corriente, parecería necesario exigir dos resultados en el recorrido de la conducta típica: el primero es el de amañar el resultado de la rifa, apuesta o juego, dado el cual, y mas allá del mismo, subseguirá un nuevo resultado, el de la obtención de la ventaja patrimonial que de ello pueda seguirse.

Con ello se reafirma la idea de que conductas como la analizada son eminentemente dolosas, con dolo directo de primer grado, que abarca los dos resultados previstos en el tipo, pues no se comprendería bien el alcance del tipo penal sin admitir que el autor busca la finalidad de una ventaja patrimonial pasando previamente por el resultado intermedio del arreglo fraudulento del juego, la rifa o la lotería.

De modo que la estructura en el tipo contempla los resultados como correlacionados y condicionados uno con el otro, dado que la realización del primer resultado del tipo (el control en el resultado) se verifica con la finalidad de lograr el segundo, de orden patrimonial (el provecho ilícito). A la vez, el dolo tiene la misma estructura, puesto que obedece al plan del autor para lucrarse, con lo que su intención final está precedida por el acto fraudulento de control del resultado del contrato aleatorio, el cual está a la vez preordenado al propósito final de provecho injusto del autor.

VI. DIFERENCIA CON EL ILICITO CIVIL

Como es claro, y puesto que la estafa gira alrededor del error y el consentimiento viciado como su aspecto característico, estaremos en algunos casos en la línea fronteriza con el ilícito y el dolo regulados por la ley civil en materia de obligaciones. Tal parentesco parece venir desde la época romana que abarcaba el estelionato bajo la actio doli.

Mucha literatura se ha producido respecto de este tema del límite entre el delito de estafa y el dolo y el error reglados en la ley civil, que se ha desarrollado bajo la consideración de la diferencia entre dolo civil y dolo penal en la estafa. La importancia se advierte si se descubre que en los casos de error y dolo civiles el contrato se anula, y que ello genera indemnizaciones por los perjuicios sufridos por el engañado o de quien sufre el dolo. Y ante los principios admitidos de ultima ratio del derecho penal, es obligado determinar si ello debe revisarse, dado que paralelamente existe otra acción de orden penal que se ocupa del mismo error y el mismo dolo, en consecuencia del mismo daño.

Desde esa perspectiva se han dado múltiples soluciones, todas controvertibles:

1. La de Carrara que diferencia entre simulación y disimulación (aparentar aquello que no es, u ocultar aquello que es) pero que, ante la dificultad de diferenciar “entre el dolo lícito [...] y el fraude que es el elemento esencial del estelionato”, dado que “Es costumbre [...] por lo menos tolerada en el consorcio humano que los contratantes se engañen mutuamente” (Programa n.° 2341), acaba por resolverlo mediante una solución tomada de la idea de la casación francesa de la mise en scene, que sostiene que el engaño debe estar acompañado de un aparato exterior -circunstancias externas– que dé eficacia al mismo. Si el engaño no va acompañado de tales circunstancias objetivas consistirá solo en una mentira, que como tal no genera la imputación de estafa.

En ese punto se afirma: “En resumen, hay que distinguir entre mentira y artificio. La mentira no es delito porque

ninguno debe creer fácilmente las palabras ajenas, y si las cree, cúlpese a sí mismo [...] Pero el artificio presenta las condiciones objetivas del delito." (ibíd., n.os 2344 y 2345).

2. La solución de Carmignani atendía al hecho de la intensidad del engaño, pues si en él se daba la llamada magna calliditas (grande impostura) cabía la imputación penal de estafa, pero si no era tan apreciable lo procedente era acudir a las indemnizaciones de orden civil y a la acción de nulidad del contrato. En tal orden de ideas, una variante de la misma solución es la de que el engaño debía revelarse como eficaz frente a un hombre de condiciones de prudencia media.

3. Una tercera posición se refiere al hecho de que, si el engaño está orientado a obtener un lucro económico, el dolo es civil, y la acción la de nulidad. Pero, si el autor emprende su acción de engaño para causar perjuicio o dañar al tercero, se estará ante un dolo penal, y por ende frente a una acción de carácter penal.

4. Una cuarta posición afirmaba que si el engaño recaía sobre la materialidad sustancial de la cosa –no las condiciones accesorias– o sobre la identidad de la cosa misma surgía el dolo penal y por tanto la imputación correspondiente. Si apenas versaba el engaño sobre condiciones materiales de la cosa pero accidentales, la acción era civil y el dolo de esa naturaleza, como en el caso de vender oro por cobre, o cambiar la esmeralda por una morralla.

5. Una conclusión final advierte que entre el dolo civil y el penal no existe diferencia alguna, salvo la que apunta al llamado dolo incidental en derecho civil (arts. 1741 y 1742 C. C.), en que no hay lugar a la anulación del contrato o negocio jurídico, y apenas permite fundamentar reparaciones de orden civil.

— Solución en el sistema colombiano: dentro del sistema nacinal y dado el criterio que se viene manejando en algunos sectores respecto de la absoluta autonomía de la voluntad, y a partir de allí basados en la posibilidad de la libre configuración del contrato por las partes del mismo, es evidente que el contrato como tal (verbal o escrito),

lícitamente celebrado, no podría formalmente constituir medio de engaño para defraudar.

— La perspectiva constitucional: sin embargo, en el Derecho actual la tendencia del derecho privado se orienta por admitir como norma superior el interés público. En tal sentido, la Constitución Política de Colombia en suartículo 58 señala que la propiedad es una función social, y el artículo 333 de la misma Carta coloca como límites a la actividad económica y la iniciativa privada “el bien común”, y la libertad de empresa igualmente tiene una “función social”. Además, “la libre competencia supone responsabilidades”.

Si se mira que un elemento esencial de la vida económica del tráfico social es la propiedad y su concepto genérico de patrimonio, se advierte que el bien jurídico definitivamente adquirió contenidos de interés general (social), el cual se extendió a los negocios y contratos de orden patrimonial, como medios por excelencia de circulación y movilización de la riqueza.

En efecto, el Código Civil se ocupa de una serie de reglas de las obligaciones, que bien permiten concretar esos nuevos contenidos sociales, correlacionándolos con el marco constitucional, como son los vicios del consentimiento en las obligaciones que generan vicios de nulidad absoluta y relativa (art. 1741 C. C.), y que el propio Código define específicamente respecto del llamado error de hecho sobre la especie de acto o contrato en su artículo 1510, el error sobre la calidad o substancia esenciales de la cosa y sobre calidades no esenciales de la misma, en su artículo 1511, y el error acerca de la persona con la cual se contrata en su artículo 1512.

Del mismo modo se trata el dolo civil previsto en el artículo 1515 del C. C. que señala que existe vicio del consentimiento cuando es obra de una de las partes, y también “cuando aparece claramente además que sin él no hubiera contratado”, y si a ello se agregara que según el artículo i524 del Código Civil se tiene que causa es “el motivo que induce al acto o contrato”, será obvio que el contrato tiene también el límite del interés legítimo y razonable del otro contratante.

De ahí surge, por imperativo de ley y del interés publico previsto en la Constitución Política, un deber de comportamiento correcto para el contratante que está advertido de la causa del contrato, que lleva a imponer a los contratantes la cooperación personal para que la prestación debida se cumpla según tales principios de los motivos determinantes del contrato.

Si uno de los contratantes, por lo acabado de decir, asume un silencio reticente frente a los temas de la materia contratada, o los oculta, de modo que permitan mantener el error de la otra parte, podrá ser imputado de estafa dado que su omisión es equivalente a un engaño que mantiene el error. Se trataría de una comisión de estafa mediante omisión (comisión por omisión) en la modalidad segunda de mantener a otro en error mediante engaños, que prevé el artículo 246 del C. P. Ello se extiende aun a los aspectos incidentales del contrato, si estos conforman la causa para contratar y fueron conocidos por el otro contratante.

– El dolo in contrahendo: bien se advierte que en estos casos el dolo surge en una esfera precontractual, y ciertamente que solo en tales casos puede considerarse que el contrato ha sido un medio o artificio para engañar al otro contratante con la finalidad de lograr una ventaja injusta patrimonial.

De manera que puedo concluir, en principio, que cuando existe dolo in contrahendo de una de las partes, y este se refiere a la causa del contrato (motivo para contratar), debe imputarse estafa a través de contratos, cuando el motivo fue conocido suficientemente para las partes.

Al respecto se puede leer la siguiente doctrina: “el dolo constituye vicio de la voluntad en función del error que hace sufrir a la víctima [...] La teoría del dolo complementa en la práctica la teoría del error.”{385}.

No sobra repetir que no existe diferencia entre dolo civil y penal: “De suerte que no existe diferencia específica alguna entre el dolo civil y el dolo penal. Es solamente la mayor o menor gravedad del hecho o de la omisión, gravedad que se mide por el daño social que estos producen, lo que determina que la ley no se contente en ciertos casos con deducir de ellos consecuencias puramente civiles, tales

como la nulidad de los actos jurídicos, y la obligación de indemnizar los perjuicios, sino que también los sancione penalmente”{386}.

Es decir, cuando se presente una relación patrimonial a través de contratos que implique una prestación inequitativa, o irrazonable, y la ventaja patrimonial indebida que de allí se derive obedezca a dolo al contratar de uno de los contratantes, es imputable estafa típica a través del contrato respectivo.

VII. CAUSALES DE AGRAVACIÓN

El delito de que se ocupa este trabajo tiene en la ley tres causales de agravación (art. 247 C. P.) que consisten en:

1. Que el medio fraudulento se relacione con vivienda de interés social.

2. Que el provecho se obtenga por quien, sin ser partícipe en un secuestro o extorsión, con ocasión de tales delitos realice una inducción en error o mantenga en error a otro.

3. Que se invoquen influencias reales o simuladas, para obtener de servidor público un beneficio en asunto de que conozca.

En realidad las circunstancias merecen un breve comentario:

a. El nuevo Código Penal ha tomado muy en cuenta el concepto de los intereses sociales de la población más necesitada, como aspecto de política criminal, para fundamentar tipos penales y para establecer circunstancias agravantes de las conductas típicas. Así se ve del peculado por aplicación oficial diferente (art. 399 C. P.), y la causal en examen. La vivienda como necesidad básica y urgente de sectores amplios de la población, de poca capacidad económica, ofrece un sector de población en condición de necesidad que la hace más vulnerable a maniobras de

engaño en la materia mencionada. Ello justifica político criminalmente una agravación como la comentada.

b. La condición personal reprobable y la mayor gravedad de un acto delictivo adicional sobre quien ya soporta un agravio intolerable (el secuestro), y la ausencia de comprensión del sentido ético de la vida en sociedad, eleva objetivamente el grado de reprochabilidad del injusto en este caso. Es evidente que no se trata de los autores del secuestro ni de la extorsión, sino de terceros que aprovechan tales situaciones.

c. Esta agravante se trasladó de la vieja fórmula del Código Penal colombiano respecto del llamado antes "Tráfico de influencias" (art. 147 C. P. de 1980), semejante en algún código ya derogado a lo que los italianos llamaron venta de "humo y arroz", cuando la influencia es simulada, o apenas un pretexto. Es en tales casos nada más que un engaño para interponer influencias, bien reales o bien simuladas, frente a un funcionario del Estado, dado que en últimas no se despliegan las influencias en ninguno de los dos casos.

– Sin embargo, la agravante es más amplia en el actual Código: es claro el tema de la estafa cuando se trata de la interposición de influencias "simuladas",

pues la obtención del provecho patrimonial propio de la estafa obedece a un claro engaño, dada la simulación de las influencias ante la administración pública.

Igual cuando las influencias son reales porque si existe una relación con el servidor de la administración, y se pretexta utilizarlas, en tal caso también se engaña, dada la inactividad del autor en tal sentido, caso en que habrá igualmente estafa en vista del engaño para beneficiarse sin contraprestación alguna.

Pero no aparece tan claro –aun cuando pueda suponerse irregular o indebido y contrario a la ética– que sea válida la misma conclusión para el caso en que las influencias son reales y se realizan materialmente, pues en este evento no hay engaño, ni error, dado que la gestión se efectúa aun bajo la consideración de ser indebida, pero ciertamente que no existe fraude al respecto. En estos casos ni el acto de disposición tiene causa de error. Creo que ello debió

considerarse como delito contra la administración pública, dado el supuesto de ilicitud en la interposición de influencias, pero no en este campo de la estafa, que no requiere típicamente que el artificio o engaño recaiga sobre objetos o materias lícitas o éticamente valiosas.

VIII. LA ESTAFA MEDIANTE LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE CLAVES ELECTROMAGNÉTICAS

Aunque es un campo en que se requiere una legislación especial, se ha querido introducir en el derecho penal el concepto de estafa –dado el engaño que va implícito– para el caso en que se produzcan manipulaciones de claves secretas para acceder a sistemas computarizados (se tratará de códigos de acceso o claves falsificados, utilizando indebidamente los legítimos, o mediante sucedáneos de la clave), que permiten el provecho de orden económico.

Creo que, dado que es un imposible el engaño y el error de los aparatos automáticos que solo corresponden a la esfera subjetiva reflexiva del hombre, será claro que allí existe una actividad ilícita consistente en el empleo ilegítimo de la clave de acceso a la operación, que permite dispensar o lograr el provecho ilícito (dinero en cuenta, por ejemplo), que más se parece a un apoderamiento, mediante el uso ilegítimo de una clave que permite acceder al bien correspondiente, que a una estafa.

No obstante, el mundo informático es más complejo y disímil, y por ello es indispensable pensar en una nueva legislación al respecto. Mientras tanto, casos como el esquematizado aquí corresponden más al hurto mediante apoderamiento, con uso indebido de claves (que hacen la función de llaves), que a la estafa.

No obstante este aspecto esencial, la imposibilidad de engaño al sistema automatizado (que solo es manipulado) y la ausencia de error del mismo (dado que no hay proceso mental de conocimiento), puesto que se trata de un sistema

automatizado que reacciona en forma electrónica a estímulos predeterminados en los programas correspondientes, es forzoso afirmar que no es posible imputar estafa, sino otro fraude diverso. En el mismo sentido Suárez : “Solo se puede inducir o mantener en error a una persona [...] luego no es posible engañar a una máquina o artefacto”{387}.

En contra Romero , quien lo admite aparentemente, para lo cual sostiene: “...se ha escrito estafa por computadora y no estafa a la computadora...”, no obstante lo cual agrega: “Sin embargo, se insiste, esta solo es posible cuando hay una persona engañada”{388}. Al analizar este último aspecto indica que siempre hay una persona que controla los “datos” o los “resultados”, y “estas son, por lo general, las personas a quienes los defraudadores engañan, para obtener que aprueben, bajo error, los datos fraudulentos”{389}. Como se ve, hay dos imprecisiones: 1. Se acaba reconociendo que debe engañarse a una persona, el controlador del proceso, lo que muestra que se vuelve al mismo punto de partida, y, 2. Se busca que ese controlador “apruebe bajo error” los “datos fraudulentos”. En este último aspecto, es claro advertir: a. Que no siempre existe una persona en el control, pues muchos sistemas son completamente automatizados, con lo que no resulta exacto el argumento; b. Que en muchas ocasiones el controlador es solo apenas un revisor posterior y formal de los procesos, es decir interviene después de cumplido automáticamente el proceso, caso en el que no puede ser la persona engañada que dispone del efecto patrimonial, y c. Que en otras ocasiones el controlador o revisor interviene como parte del proceso automatizado en su integridad, de modo que no tiene un verdadero control de verificación de la operación, la cual impulsa como un eslabón más de la cadena iniciada, que no puede detener ni conoce en su detalle, por lo que no es cierto que sea un sujeto engañado.

Creo que en muchas ocasiones habrá hurto o abuso de confianza, y en ocasiones falsedad documental, pero ciertamente no es posible pensar en una estafa de la estructura tradicional que prevé el Código Penal.

IX. CUESTIONES ESPECIALES

Dos temas finales quisiera tocar, que han sido planteados en algún momento de la doctrina en relación con la estafa:

I. La estafa respecto de poseedor ilícito, y 2. La estafa sobre objeto o con causa ilícita.

En el mismo orden vale la pena decir lo que seguirá:

I. En la estafa al poseedor ilícito (hurtador, v. gr.), respecto de un objeto o bien que previamente ha hurtado (se ha apoderado), es claro que la respuesta debe ser afirmativa, para concluir que bien cabe la estafa al que tiene en su posesión como elemento patrimonial un bien o elemento que ha adquirido en forma ilícita, y que desde la perspectiva del hurto ha incrementado su patrimonio dado que como objeto poseído entra en el mismo, con las ventajas que ello le produce.

Adviértase que en el hurto no se pierde el derecho de dominio, que parece ser el fondo de la cuestión, sino la posesión de la cosa, que se disfruta patrimonialmente desde que se la tiene materialmente, y con ello se ha enriquecido el poseedor ilícito. De otra parte, la posesión, dado que es un hecho con consecuencias jurídico patrimoniales, se ampara en el derecho como tal posesión sin que signifique un derecho formal –el poseedor se presume dueño mientras otro no justifique serlo–, por lo que como ella permite el uso y disfrute y disposición material del bien, será evidente, que conforma una relación patrimonial evidente ya ni siquiera en el grado de expectativa, la cual puede a su vez ser objeto de estafa.

2. En cuanto a la estafa sobre objeto ilícito, la respuesta es igualmente clara: sí es factible dado que: a. El tipo penal no condiciona la existencia de la conducta típica a su licitud, sino a la condición de la obtención de un provecho patrimonial mediante engaño y consentimiento viciado por error; b. La protección que se deriva del tipo penal recae en la integridad del patrimonio de quien es engañado –el sujeto pasivo–, cualquiera que sea el medio engañoso. Pero no establece, como parece confundirse, el derecho a la contraprestación ilícita, lo cual es evidente –no hay derecho a la contraprestación ilícita–, sino que sirve como medio de

engaño simplemente para defraudar patrimonialmente, y c. Se opone a esto el argumento de que el engañado actúa a propio riesgo, pues sabe de lo ilícito del trato, por el cual ha de pagar, lo que no resulta exacto dado que “nunca (será consciente) [...] del efectivo perjuicio económico que engendra su acto de disposición”{390}.

Ya la jurisprudencia nacional igualmente definió el problema en el mismo sentido en el caso de una defraudación engañosa realizada por empleados o la empresa en que trabajaban, aprovechándose de los pagos ilícitos y clandestinos que efectuaban a pretamistas del mercado cambiario.

MANUEL CORREDOR PARDO

La falsedad de los documentos

I. LO VERDADERO DEL DOCUMENTO EN LA DOCTRINA

La verdad genuinidad o la verdad por el origen documental. En la doctrina general de la falsedad de los documentos, en forma esencial, solamente aparecen tres conceptos para definir el problema expuesto: el primero de ellos es el que define la verdad a partir del objeto documental en sí mismo, y por tanto en la verdad inherente a su creación y respecto de dicho momento: la condición de su formador y el modo que le imprima a su formación, que definen todo el contorno del objeto documental como representación indirecta de verdad para el tráfico jurídico.

Por manera que se contrae a la verdad del objeto a partir del acto humano de su creación, de modo que la verdad en él declarada o representada y que conforma la verdad perceptible del objeto así creado sea la verdad admitida colectivamente, y que se coloca en el tráfico jurídico como elemento genuino de la vida social para la configuración general de las relaciones de Derecho. Es la verdad del origen en sí mismo del documento. Se confronta así origen documental y documento creado para definir la verdad del mismo.

Definida tal verdad por la creación del objeto documental, que es el momento de su origen, el cual comunica al objeto documental creado su manera y modo de ser definitivos para el tráfico jurídico, tal como lo concibe el formador, es evidente que ella queda circunscrita a una relación de identidad (igualdad) entre el autor y la declaración o la representación documentales, puesto que en un documento verdadero el creador será el mismo autor que aparezca en el documento, y la declaración o representación que se ha querido documentar será la que recoja el soporte documental en su materialidad. De donde cualquiera modificación posterior será una acción de falsificación si llegara a variar la condición de formación original dándole la cualidad negativa de falso respecto del sentido inicial de su nacimiento a la vida del tráfico.

Es de notar que el documento es un objeto creado por su autor para la vida social, que adquiere autonomía por sí mismo como tal objeto en el tráfico, que se independiza por tanto del creador y que, dada su condición de símbolo de representación auténtico, vale como tal en el tráfico.

El tema resulta fácilmente comprensible si se examina el modo en que puede surgir lo falso, en forma empírica, en la vida social. Como es forzoso, la esencia de lo falso se deriva de una cualidad negativa que una acción de modificación comunica a un objeto o materia determinados que, partiendo de su ser propio, que les ha sido dado originalmente en el momento de su creación o aparición, se adulteran o corrompen separándolos de su tal condición prístina o de creación propia.

O diciéndolo en otros términos, es indudable que lo falso y la falsedad son predicados del documento pero no de su relación con la realidad externa a él, que es una cuestión diversa que involucra un elemento distinto. En lo falso se mira al documento como creación de un autor, y por tanto en principio no son conceptos que correspondan a la materia a la que se refiere el documento (aquello representado en él) sino que son las características objetivas del mismo documento las que permiten advertir su falsedad, con independencia de lo que representa –por ello es prueba histórica indirecta–, que requieren por tanto una acción subsiguiente sobre la especie primitiva e inicial para comunicarles un ser, o modo de ser, distinto al que tuvieran en su formación original.

Tal acción post origine será la acción de falsificar la especie o materia que está significada en la ley por la expresión falsificar, y el resultado de dicha operación sobre la materia originaria será el objeto falso, es decir el documento falsificado.

Si se me permite la expresión, no puede existir un documento falso ab initio, en su origen –salvo las falsedades impropias ideológicas, que son falsedades referidas a la relación entre la representación documental y una realidad externa, pero no de los documentos strictu sensu–, pues ese tal modelo primigenio será el que rija su condición de ser verdadero, a partir de lo cual, y como patrón de su propia cualidad de origen, se dirá, de aquellos objetos o seres que

surjan a posteriori del modelo inicial por modificación del mismo, que son falsos o que constituyen una falsedad de lo original.

Por lo mismo es de esencia en la falsedad de un objeto, y obviamente ello cabe plenamente para el concepto de falsedad documental, es decir que la afirmación de lo falso es una necesaria referencia de contradicción al modelo u objeto inicial que desde su creación o aparición históricas ha fijado definitivamente, y hacia el futuro, su condición de ser verdadero. A partir de ese momento, todo cambio o modificación que indebidamente se introduzca al ser originario del objeto configurará conceptualmente el predicado de lo falso. Si de la acción se dice, será la de falsificar; si del objeto, será lo falso como resultado de aquella.

En tal sentido se puede predicar que tal objeto es falso, o mejor que contiene en sí mismo la falsedad respecto de su creación o formación, bien por mutación del contenido original o bien del autor inicial, o de ambos. Pero la falsedad no está en otro objeto diverso o extraño a él mismo.

Un ejemplo nos indicará con claridad lo que se ha querido expresar: el cuadro pictórico “Las Meninas” de Diego Velázquez, realizado en 1656, es una obra maestra de la pintura barroca española en que aparece la infanta Margarita acompañada de varios personajes, los bufones, el propio pintor y otros elementos, que son propios en su composición, volúmenes, espacio y color de su momento de creación y por tanto de su creador. Tal es la verdad de origen de la obra. Mas si alguien lo alterara, suprimiendo de la bella pintura al pintor Velázquez o a la infanta Margarita para colocar otro personaje diverso, o lo adicionara con un nuevo elemento (así sea bellísimo y perfecto pictóricamente) lo convertirá en un “cuadro falso”. O si creara otro cuadro copiado del que se menciona con suposición del mismo autor o de otro, y aun más bello y acordado perfectamente con la realidad de las personas y cosas si se pudiese, será necesario aceptar que ese tal es falso.

Y en el conjunto de las obras pictóricas que conforman el mercado del arte se tendrá una perturbación puesto que habrá una que no es genuina, con el consiguiente riesgo

para el tráfico respectivo, independientemente de que ella engañe a un comprador en particular, lo cual puede ocurrir (o no) según el juicio crítico que se elabore sobre la calidad de la pintura. Pero esto depende ya de un aspecto externo al documento y propio del individuo particular en la relación personal de quien se enfrente al cuadro falso en su origen.

Como se deja dicho, es claro que lo falso apunta a lo original, y no a la belleza y perfección estética o a la conformidad con la realidad del contenido del cuadro como que si alguien lo reforma para mejorarlo, o elabora otro aun con fidelidad a la realidad, cometerá una falsedad pictórica. Y de la misma manera la obra será auténtica, y verdadera como objeto pictórico, aun si en la realidad no hubieran existido las infantas ni el espejo ni el palacio, pero hubieran sido pintadas en el cuadro por la sola imaginación del pintor.

En materia de documentos Carnelutti lo expone diciendo que el documento como objeto prueba el acto humano de documentación realizado por el autor que le da origen, pero nada más. Leamos: “la declaración consiste en escribir y el documento en lo escrito; la primera es un acto, el segundo un objeto; lo escrito una vez formado no es, en realidad, la declaración sino que la representa”{391}.

Correlativamente la falsedad se circunscribirá a esos aspectos objetivos de la prueba del acto de documentación y su resultado. De no ser de tal modo el derecho penal en punto de falsedad asumiría la ardua tarea de encontrar la verdad más allá del documento, con las dificultades extraordinarias que ello acarrea para la funcionalidad del tráfico jurídico documentado, al punto de obstaculizarlo en forma grave.

A. LA VERDAD SINCERIDAD

El segundo criterio utilizado para definir la verdad documental parte de confrontar la declaración o la representación documental con el contenido del fuero

interno del creador, que como tal no pertenece al documento en estricto sentido, sino que se supone que tal actitud interna debería reflejarse o reproducirse en el objeto documental que es formado para el tráfico.

El fuero íntimo del formador documental sería el extremo de comprobación de la verdad del documento, lo que excedería el límite del documento como tal pues en esencia establecería la verdad de una relación entre dos elementos –uno de ellos el documento formado–, y además deviene imposible en el mundo práctico. Dicha actitud interna como tal es un elemento subjetivo, por lo tanto imposible de trasladar, con rigor, al objeto documental. Pero nuevamente la verdad documental se torna en la exigencia de una sinceridad subjetiva del autor que parece más propia de la ética o de la moral, lo cual sin embargo, para efectos de la verificación empírica que es propia del derecho, será completamente imposible dado que conlleva la exigencia de adentrarse en el fuero íntimo de la conciencia humana.

De otra parte, esto nos lleva en el mundo práctico a que no será posible conocer tal íntima convicción sino por expresión del propio autor, con lo que el contenido, la validez de las relaciones y los objetos del tráfico quedarían siempre a merced del individuo que forma el documento, quien a su arbitrio podría según su conveniencia afirmar o negar su contenido de conciencia al documentar. Lo que resultaría intolerable en la vida del tráfico.

En este caso no es una verdad inherente al documento objetivo, sino referente a un elemento distinto del documento que pertenece al fuero interno del autor, por tanto de una verdad subjetiva que no surge del documento como tal en su autonomía, y que no es perceptible con inmediatez al mismo dada su pertenencia a la actitud interna del autor, lo que colocaría un condición práctica imposible para controlar la veracidad del objeto documental. En esta teoría de lo falso nuevamente debe cotejarse el objeto documental con un referente externo al mismo, por fuera de él, pero además imposible de confrontación eficaz dado que no existe medio para advertir el contenido de la actitud interior, salvo la decisión del propio autor de reconocer como tal una cualquiera actitud, lo que llevaría al tráfico a depender de la voluntad del formador documental exclusivamente.

La dificultad de verificar en el tráfico esta verdad sinceridad distante del documento, que no emana de él mismo objetivamente, es evidente. Pero además lleva a que el tráfico general estaria sometido a la voluntad personal de un creador individual de documentos.

Este aspecto, si bien no determina la falsedad, es importante en la consideración de los documentos simulados, cuya característica es la de su insinceridad, aunque ello no determine ya su falsedad, dado que son verdaderos en cuanto son auténticos objetivamente.

En estos eventos la verdad no está constituida por un objeto sensible o empírico propiamente, sino por una idea, propia de la interioridad sicológica del sujeto como autor del documento. En hipótesis semejante, la confrontación de veracidad será entre la actitud interna del sujeto autor con el contenido del documento, pero como es evidente no se tratará de una falsedad circunscrita al medio de prueba como tal sino a la relación que se presupone para ello.

En tal caso resulta más preciso referirnos a dicha verdad interna y su correlación con el documento como la sinceridad del creador documental al elaborar dicho objeto documental, “libre de fingimiento” respecto de la realidad sicológica interior a la que supuestamente debería referirse el documento elaborado. No obstante el supuesto de insinceridad –que es una clase de no verdad–, ello no configura un defecto objetivo del documento como medio de prueba formado para el tráfico, y apenas cabe en los conceptos de simulación total o relativa, si media acuerdo de los creadores documentales. Como se advierte, para la materia en estudio, es la creación de un documento verdadero, voluntariamente formado por los intervinientes pero con un contenido fingido parcial o totalmente por los mismos autores documentales. En tal evento existirá probablemente un fraude respecto de terceros, mas no una falsedad del objeto creado mediante tal fingimiento de la voluntad interna, puesto que el documento se ofrece al tráfico y se percibe en él como objeto tal cual fue conformado por sus autores.

Tal falta de verdad respecto del fuero interno de los autores, o del autor, puede tener un significado ilícito en el orden civil (dolo de una de las partes), aun en el penal (estafa), o

revestir condiciones de intrascendencia en la vida social (v. gr. compra de un computador que se factura a nombre de un hijo).

Ante semejante dificultad práctica, en donde el Derecho queda imposibilitado de entrar para efectos de coerción puesto que se trata del fuero íntimo del ser humano, y visto que el documento es un objeto con una apariencia perceptible para el tráfico general, sobre la cual de modo general puede actuar el tráfico en forma expedita, es evidente que solo deviene controlable y coercible en forma práctica aquello exteriorizado por el hombre para ser representado en dicho objeto. Aparece en estos casos otra vez la autenticidad documental como regla de control social del símbolo documental creado para uso de los asociados.

En otros casos, los menos, se ejerce el control de la documentación del tráfico a través de su veracidad –en las falsedades ideológicas, que se examinarán en seguida– pero en punto de sinceridad personal del autor documental será casi un imposible medir lo falso. De todas manera este aspecto no determina falsedad del documento, como está admitido en forma general, y antes bien es regla de interpretación contractual como se advierte del artículo 1618 del Código Civil que dice: “Conocida claramente la intención de los contratantes, deberá estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Es decir, deja el tema deferido a la apreciación de quien reflexiona sobre el contrato para determinar su alcance frente al documento, que es un problema que lo excede como tal y no pertenece a él pues se trata de la interpretación personal que sobre él se efectúa. Algo semejante ocurre con los documentos en general, como se dirá después en cuanto al juicio de credibilidad sobre los documentos.

B. LA VERDAD POR LA IGUALDAD CON LO REPRESENTADO (VERDAD VERACIDAD)

Existe, además del ya explicado concepto de autenticidad, que es el seguido por la ley penal colombiana –como se dirá luego–, y el de la sinceridad, otro concepto de lo falso, en que la contradicción entre verdad y falsedad o entre lo verdadero y lo falso se establece, ya no en el objeto mismo y su relación con el momento de su creación en sí, sino respecto de un elemento diferente a él que se encuentra por fuera y más allá de él mismo (realidad externa), que servirá de patrón de referencia para establecer la verdad o la falsedad del objeto que la debe mostrar (el documento), con lo cual este pretendería ser un reflejo exacto que contiene dicha realidad exterior, y ya no simplemente la representa.

Es el fundamento de la falsedad ideológica, en donde el símbolo se confunde con lo real, dado el criterio de que la realidad material siempre rige la formación de documentos en el tráfico social. En esta concepción de lo falso el documento es como la realidad misma y por lo tanto es un medio de conocimiento de ella, pero ciertamente que no será más un medio de prueba indirecto según la clasificación de la teoría de la prueba al respecto.

Esa pretensión absoluta de conocer la realidad misma del mundo circundante a través de documentos adelanta la represión penal típica a un momento anterior a la creación del documento –la realidad previa a él–, lo cual no deja de ser una aspiración ideal pero irrealizable en un desarrollo práctico de la vida social en su cotidianidad.

Y que además tiene la objeción grave de que toda actividad de la colectividad basada en los documentos quedaría supeditada a una posterior confirmación de la certeza de dicha identidad entre la realidad y el documento. Esto es así dado que una de las funciones sociales del documento, por demás indispensable en la vida organizada, es la de hacer posible la actuación general sobre los documentos existentes genuinamente creados, lo que se vería entorpecido en grado sumo en espera de la comprobación de certeza de los documentos, y equivaldría en lo práctico a prescindir de ellos como medios de prueba para acudir al examen directo de los objetos de prueba (personas o cosas). En ambos casos se perdería la seguridad y la necesaria agilidad del tráfico en la vida moderna y su discurrir normal.

Esto, como se advierte, implica un proceso de comparación que se extiende más allá del momento de creación del objeto-símbolo, en que surgirá de necesidad el predicado de falso o verdadero en la medida en que se conforme una representación simbólica documental que no contenga esa verdad exterior (falso), o que, al contrario, dada su conformidad con lo externo se afirme que es su reflejo o su igualdad en el símbolo y, por tanto que es la verdad o que es conformante de lo verdadero. Pero ello no deja de ser una ilusión. La ambición de tener la realidad presente en forma directa, valiéndose del documento en el tráfico, será desmesurada tarea, pero además hará inútil al documento como medio de prueba indirecto.

Resultará así dado el supuesto previamente definido de que dicho elemento externo tal como existe en el mundo real, es decir la realidad misma, debe duplicarse o reproducirse en el objeto-símbolo del tráfico documental que deberá representarlo idéntico a su expresión material, es decir a su configuración externa como fenómeno. Solo bajo tal supuesto el documento sería verdadero, pero ciertamente que ello lleva a dos conclusiones que parecen inaceptables en la vida social: el documento no se requeriría como medio de prueba en el mundo de lo jurídico, y la seguridad de las relaciones jurídicas quedaría supeditada a la percepción directa de la realidad de las situaciones, cosas o personas. Caso en el cual la condición de verdadero del documento se deriva del hecho de que muestra en sí su igualdad con la realidad misma y no como lo que es: una representación.

Pero con esto se suprime la importancia de la prueba documental y su función en la vida social, que hasta ahora se basa en ella para la interacción colectiva. En este caso la falsedad (o la verdad) no miran al momento de formación del objeto simbolizante (lo que incluye su autor y su modo de creación), sino que, partiendo del entendido de ser el objeto documental una representación de otro objeto que se supone real o verdadero, el predicado de su verdad o su falsedad se regirán por la igualdad o desigualdad que resulte del proceso de comparación entre el objeto simbolizado y el objeto simbolizante. Es decir, entre el fenómeno y su representación documental. Pero aun en ese evento todavía quedará en suspenso determinar cuál es la verdad del fenómeno subyacente (cosa, situación o persona) que se presupone debe copiar el documento.

En el mismo ejemplo anteriormente citado, si en el cuadro de Velázquez apareciera la infanta Margarita igualmente alta y bella a como realmente era en cuerpo y figura por una idealización del pintor, se diría que el cuadro es verdadero, puesto que corresponde a la realidad exterior. Mas si el pintor en un gesto galante hubiera representado en su obra a una infanta más alta y más bella que la real, se predicaría que el cuadro adolece de falsedad, lo cual suena absurdo: ¡el cuadro es verdadero y no falso!

Este planteamiento implica grandes dificultades de orden práctico, entre otras determinar si es posible captar por el documentador la verdad del objeto en su exacta dimensión, cuál es la verdad que debe reflejar y en qué forma, si el apartamiento mínimo o parcial de ella permite afirmar lo falso o es necesario un distanciamiento importante, y en qué grado, de la misma, y, como ocurrirá en muchos casos, si esa verdad que debe ser reflejada en el documento a su vez puede ser objeto de un nuevo y propio juicio crítico de su veracidad, con lo que la materia en estudio se adentra en el campo de lo absolutamente relativo para fijar lo falso. Piénsese en el contenido de un informe financiero: si debe reflejar el valor del inmueble estrictamente por lo anotado en los libros de contabilidad, o debe representar el verdadero valor comercial (lo real) del mismo sin atender al registro en libros, o reflejarlo documentalmente con la desvalorización o la valorización recibida por el bien conforme a los fenómenos económicos de depreciación y devaluación, o mirando su deterioro real, o solo según el valor oficial del registro catastral. Según sea uno u otro el criterio del juzgador, se podría imputar falsedad documental por falta de veracidad del documento, como resulta claro. Y la falsedad dependerá entonces de un juicio personal poco objetivo.

En estos casos no es rigurosamente exacto decir que el documento es falso, sino que no conserva una relación de igualdad con un elemento externo con el cual es comparado, más allá de su propia conformación material como objeto. Tal contradicción no se resuelve en la falsedad del documento como tal sino en el predicado del desacuerdo entre dos objetos verdaderos y existentes: las cosas materiales o las personas que son el objeto directo de prueba, y el objeto documental empleado como medio de prueba, del cual se sirve el tráfico jurídico para desarrollar

sus actividades organizadas en forma válida para el Derecho.

C . LA VERDAD EXIGIDA POR LA LEY PARA EL TRÁFICO JURÍDICO DOCUMENTAL

Como se advierte inmediatamente, la tesis planteada de la verdad por el momento de creación es la admisión práctica de una realidad: la imposibilidad de intromisión en la sinceridad íntima del formador del objeto, o la no menos imposible tarea de atar el tráfico jurídico a la verificación directa de los objetos por probar.

La razón de ser es la de que la verdad atinente al objeto-documento para efectos de su funcionamiento como elemento del mismo tráfico, y que sirve de base a las relaciones interpersonales, atañe ya no al individuo (al formador) del cual se separa, con autonomía plena, sino a toda la comunidad en la cual aparece el objeto falso con aptitud potencial de relacionarse con cualquiera miembro del tráfico jurídico.

Esa característica de su autonomía indica que no debe contar lo ocurrido con anterioridad ni el efecto posterior al momento de formación del documento (realidad precedente, engaño posterior), pues en este caso se mira a la prueba integrante del estatus general probatorio de la sociedad interesada en la sanidad del tráfico que se basa en él.

Ello confiere una dimensión diversa a la usual concepción de la falsedad como engaño particular (que no lo es), pues ante la admisión de la existencia de un tráfico jurídico basado en documentos, al cual se destina y en el cual se introduce el documento falso, la perspectiva de protección jurídica se orienta por la tutela de las relaciones jurídicas que potencialmente surgen en el seno de la vida social a partir de la colocación de dicho documento en la misma, y que presuponen su validez formal para permitir que fluya el mismo tráfico a partir del estado de prueba existente en la

vida colectiva, sin necesidad de acudir a una relación de conocimiento directo entre el sujeto observador de la prueba y los objetos de prueba (personas y cosas), o al examen de la intimidad personal, condiciones ambas casi imposibles y que entorpecerían el tráfico antes que facilitarlo. Se trata entonces de la protección de un estado general de la sociedad organizada que se basa en la prueba documental como medio de prueba, que para un mejor funcionamiento de la vida general es menester mantener en su autonomía objetivamente válido.

Esa razón de ser permite rescatar el título de la ley penal referido a la "Fe pública" (aunque no se comparta el sentido de credibilidad general o estatal que él tuvo inicialmente) que considera las falsedades no como conducta de agresión a bienes jurídicos individuales o particulares, sino en tanto bien jurídico colectivo -no individual–, el cual, en materia de falsedades documentales, será bien entendido de manera funcional y moderna como la protección de un estado de seguridad social del "tráfico jurídico basado en la documentación", dado que sobre ella –la documentación genuina– pueden actuar válidamente los miembros del mismo bajo el supuesto de su conformación por un autor conocido para el tráfico.

La persistencia en la ley penal colombiana del concepto arcaico de fe pública, como simple expresión del lenguaje cuyo contenido ha cambiado con la realidad de que se trata en las sociedades actuales, en las cuales es decisivo el concepto de lo general y público –no de lo particular e individual–, no es más que un rezago de la tradición histórica romana y su exigencia de protección a la verdad como engaño individual. Tal estimación de engaño individual era la que permitía, a nivel personal, el ejercicio de las acciones consagradas en el derecho romano (ejercicio de la acción de dolo, y aplicación de las penas de la Ley Cornelia, según parece, si había un perjuicio indemnizable en virtud de fraude).

Ahora, en el Estado "social de Derecho", que se funda en el "interés general" –art. 1.° C. N.–, en la organización colectiva se parte de dos supuestos propios de la vida general: el principio de confianza en la actuación regular de los formadores de documentos para el tráfico, y el de la orientación de los asociados (terceros) en dicho tráfico por

las señales y datos objetivos que perciben inmediatamente de los documentos circulantes en el tráfico.

Se puede concluir que, desde la perspectiva de una situación de tutela colectiva de la protección penal, ella mira a lo objetivamente creado tal como se advierte en el documento. Esto último porque no es posible, no se debe, al menos, partir del principio de desconfiar de aquello que se espera en materia de documentación de los demás miembros de la colectividad, y adicionalmente de la regla de exigir esfuerzos desmesurados por fuera de las expectativas normales de la vida, como los de adentrarse en el fuero interno o comprobar directamente la realidad a cada paso de la actuación de las personas. A evitar estos extremos se orienta la ley al proteger como bien jurídico la situación social de documentos genuinos, como base correcta de un tráfico jurídico general.

En aquella noción tradicional quedaba comprendida la credibilidad de todas las gentes del tráfico en relación con la veracidad que a nivel particular se pudiera otorgar al documento, es decir, se basaba en un aspecto extraño al documento y de naturaleza subjetiva: la fiabilidad que alguien le otorgara al medio de prueba, lo que ciertamente está centrado en un aspecto subjetivo de valoración personal sobre el objeto documental, que constituye un plus que está más allá del documento como objeto.

Tal forma de ver tradicional apunta a una situación de engaño particular o individual, y por tanto no a una situación de orden general social; es decir, tal concepto se orienta por una relación de engaño individual que no permitirá apoyar un criterio seguro para la organización social, dado que el efecto de engaño puede producirse o no, según circunstancias concretas, lo que dejaría la sanidad del tráfico documental a merced del azar. Tal es el fundamento para que se hubiera dicho que los documentos privados solo eran objeto de una fe privada{392}, dado que el maestro italiano comprendió perfectamente que el engaño no está en el objeto documental sino en el juicio de comprensión y de inferencia racional que a partir del mismo efectúa una persona en particular, que consiste en la credibilidad particular en la valoración probatoria. De ello se sigue un perjuicio a un bien jurídico individual distinto, que fundamenta el concurso de conductas típicas (estafa,

fraude procesal). De no ser así, el concurso tendría la misma base objetiva y subjetiva de imputación en detrimento del principio non bis in idem.

No es modernamente al parecer, se repite, la noción del bien jurídico, que apunta precisamente a una concepción a la inversa: a partir de la consideración objetiva del documento en frente de todos los individuos componentes del tráfico, que les permite actuar válidamente con base en la apariencia exterior perceptible de los documentos –que es lo que se puede "ver" en el tráfico–, dado que además es la única que el tráfico puede controlar eficazmente; y supuesto que la sociedad debe conformarse con medios de prueba que intermedian su conocimiento de la realidad, en vista de que no es entonces posible en la mayoría de casos una relación directa con los objetos de prueba de manera eficiente.

De no admitirse así, el tráfico general basado en los documentos se dificultaría a tal grado que resultaría imposible.

Ahora es claro, pues, que existe el dicho tráfico social protegido por el derecho penal como expresión de resguardo jurídico al ámbito (situación) de las relaciones de personas al interior de la organización social. Tal situación es forzosa si se mira al hecho cierto de que dado el documento en su apariencia material externa, y una vez colocado en el tráfico –no antes–, el mismo toma la característica de ser un objeto autónomo de la vida de relación social, que permite fundar actuaciones autorizadas en forma general para cualquiera de los miembros de la colectividad. Es el fundamento admitido como seguro para el desarrollo de tales actividades, en las cuales para efectos prácticos de la vida organizada solamente puede exigirse razonablemente el conocimiento de su autenticidad. Piénsese en el documento que tenga una expresión representativa respecto de la actividad económica de un almacén por departamentos que exprese que se han vendido mercancías al menudeo por doscientos millones de pesos en el mes, lo cual resultara imposible de comprobar de manera directa observando el objeto de prueba.

Es decir, el documento como elemento fundante de relaciones generales válidas no es ya un objeto material que

pertenezca a una persona en concreto, ni que se dirija a una persona igualmente en concreto, razón por la cual no se caracteriza por ser un engaño dirigido a alguien sino un elemento del tráfico general de la vida social (un estado general de prueba necesario para la vida social), en la cual sirve como elemento de equivalencia jurídica de objetos de prueba (personas, situaciones y cosas) para permitir la fluidez de las relaciones interpersonales, condición que adquiere cuando se le coloca en ese ámbito y con tal finalidad de orden probatorio jurídico general. Es una situación general de la prueba, que debe mantenerse objetivamente sana y correcta, tal como acontece con el agua de consumo colectivo que debe mantenerse incontaminada.

Pero, dado que la sociedad como tal no tiene la capacidad de reflexionar sobre los documentos que aparecen en su tráfico, puesto que carece de las condiciones para ello, necesariamente queda excluido el engaño del concepto de falsedad en documentos, lo que permite concluir que la configuración del tráfico jurídico documental es una condición general, es un estatus sano de la prueba, que sirve de manera objetiva de sustento a la actividad humana de relación, supliendo la imposibilidad de conocimiento directo por el conocimiento mediatizado a través de documentos, los cuales deben tener como mínimo el que sean genuinamente creados para el tráfico para soportar una relativa seguridad jurídica de los asociados. Como estado de la prueba en la sociedad, la autenticidad es un límite mínimo de protección razonable para una condición básica de la misma, indispensable para su desarrollo, como los niveles exigibles de la salubridad del agua, la seguridad o tranquilidad públicas, o la sanidad del medio ambiente.

Por ello las características personales del momento de su conformación ceden ante la dimensión autónoma que adquiere el documento como objetividad en las relaciones interpersonales generales del tráfico en que se introduce, como elemento que integra ese estado general de tráfico jurídico relativamente seguro.

I. ARGUMENTOS DE LEGALIDAD DEL SISTEMA

– El falso verdadero. En ese orden de ideas, el texto del artículo 295 sobre falso veraz lleva a la conclusión de que lo protegido en el tráfico jurídico documental es la seguridad objetiva que en el mismo existe a partir de la conformación auténtica de documentos (pues la verdad no elimina la falsedad del documento), dadas las tres funciones que los objetos documentales tienen socialmente: la de perpetuación o permanencia, la de garantía (indican el autor cierto) y la de servir de medio de prueba de la representación o declaración documental, que permiten establecer una situación general de la prueba en el tráfico, sobre la cual puedan actuar los miembros del mismo. Dada la verdad objetiva del documento, el tráfico puede actuar con seguridad relativa en virtud del principio de confianza general en la apariencia perceptible del objeto documental (que es lo que advierte el miembro del tráfico).

– El cotejo de pruebas. En segundo lugar es evidente que la credibilidad sobre los medios de prueba no hace parte del documento, y corresponde a un juicio valorativo en dos sentidos: individual para cada prueba, y luego en interrelación con las otras pruebas –en materia judicial–, de manera que en esa tarea de análisis individual y cotejo general se logre la certeza judicial, es decir, a la que se considera la verdad probada. Se puede confrontar sobre la valoración los artículos 187 del CPC –“apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica”– y 238 CPP -“Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”–.

Si ello es correcto, en un ámbito profesional del examen de la prueba (el proceso) en que las personas que intervienen están preparadas para descubrir la verdad o la mentira de la prueba, es evidente que no puede considerarse el tráfico bajo tal supuesto de certeza o veracidad del contenido documental, pues sería exigir más de lo previsto en sede profesional; y además, dado que se trata de ofrecer una protección para la eventual actuación de otros (todos) sobre la prueba del tráfico, excedería la posibilidad real de conocimiento de la prueba que deben tener los ciudadanos corrientes el tráfico.

– La tacha de falsedad. Es igualmente claro que la tacha de falsedad documental establecida en el ordenamiento procesal respecto de las pruebas documentales públicas o privadas, dilucida únicamente el tema de la autenticidad: si el documento no es auténtico lo declara falso para efecto del proceso, y si se demuestra la autenticidad del mismo será estimado como verdadero en la actuación procesal respectiva (cfr. arts. 289 a 293 CPC). Es tema corriente en el manejo de las pruebas documentales, de gran importancia en el asunto comentado aquí: "La autenticidad o falsedad del documento puede ser demostrada con la utilización de cualquier medio probatorio. Así por ejemplo pueden recibirse declaraciones de las personas que observaron el hecho de la firma del documento o el de cuando se manuscribió."{393}.

Ello porque el sistema jurídico colombiano define el problema de la veracidad del contenido documental (representación o declaración) en la valoración probatoria conforme a las reglas de la sana crítica probatoria, en el estudio particular y de conjunto ya indicado.

Pero ese aspecto no puede derivarse del objeto documental como tal, que si es auténtico será verdadero objetivamente para el tráfico, y permitirá actuaciones válidas formalmente a partir de ese supuesto. Una exigencia mayor para el hombre medio del tráfico, resulta imposible en el marco del concepto colectivo del bien jurídico de seguridad del tráfico jurídico documental.

– El documento medio de prueba. Está claro también que el documento no es sino medio de prueba, dada la imposibilidad del hombre en el tráfico de conocer y aprehender en forma directa la verdad (la realidad material circundante), para que pueda comportarse en el tráfico. Tal condición de prueba indirecta obliga precisamente a una reflexión adicional subjetiva para descubrir ahí sí la verdad que pueda tener el documento. Pero ella no emana de la prueba misma en forma directa{394}, que sirve como símbolo para la actuación del tráfico, pero no como medio de conocimiento directo. Por ello lo único exigible en el tráfico como verdad, rigurosamente hablando, será la condición externa de su autenticidad.

– La imputación de un delito de fraude. Pero, además, siempre se acude al concurso de conductas típicas, cuando se produzca un engaño a una persona individual, con un daño particular, y respecto de un bien jurídico igualmente privado. En tal caso la ciencia penal ha tenido en cuenta que uno es el bien jurídico de la seguridad del tráfico, que corresponde a la sociedad como organización de vida, y otro el bien jurídico particular que resulte afectado en concreto.

Todo ello mueve a pensar en que, en estricto sentido, en el sistema colombiano, la falsedad como acción contra el tráfico general solo debe atender a la confección objetiva del documento, mirando a las cualidades formales que le son inherentes.

La libertad de configuración de la ley penal puede establecer otros supuestos para la falsedad de documentos, como ocurren en las falsedades ideológicas, a lo cual habrá que atender, siempre que no se envuelva en ello una acción de engaño individual, que no puede pertenecerle.

II. EL BIEN JURÍDICO: LA SEGURIDAD DEL TRÁFICO JURÍDICO DOCUMENTAL, COMO SITUACIÓN COLECTIVA

El concepto de bien jurídico en estos delitos ha sido discutido extensamente, y, aunque no se ha de volver sobre esta discusión jurídica, sí se dirá que existen tres criterios básicos sobre los cuales podrían ser comprendidos los tipos penales de la ley colombiana, dado que todos ellos se imbrican en el decurso histórico de los textos de falsedad documental en el Código colombiano. Veámoslos.

El primero de los conceptos entiende la fe pública como la credibilidad que emana de la autoridad del Estado, es decir en el sentido de lo público estatal, razón por la cual se presupone una credibilidad general en la vida social, determinada no por la razón propiamente sino por la imposición de la autoridad estatal a través de diversos medios, incluido el de la ley. Dentro de dicho marco la fe

pública consiste en el crédito que los miembros de la comunidad otorgan (o deben otorgar) a los símbolos y signos de la autoridad estatal. Razón por la cual los documentos de carácter público se revisten de una especial significación e importancia en cuanto tales, y se los dota de presunciones de autenticidad y verdad formales.

Por esta vía se llega a una concepción de la falsedad documental que se fundamenta en la sola alteración o modificación del documento oficial, dado que es emanación y símbolo de la autoridad del Estado. De tal supuesto se deriva que el documento oficial es intangible, y su modificación material implica una "falsedad per se", en donde no se requiere para la ilicitud a título de falsedad afectar ni la función del documento en la sociedad misma ni su contenido de medio de prueba, y por lo mismo, no siendo indispensable sino la modificación del documento público (acción de mutación), tampoco debe estimarse elemento de la descripción de la conducta típica el uso dentro del tráfico jurídico. En ese sentido se han elaborado las leyes penales colombianas; por eso los tipos penales se han formulado sobre el supuesto de la "falsificación", sin que aparezca el uso del documento como condición típica. Así se ve tanto en la codificación de 1936 (art. 231) como en la de 1980 (arts. 218 y 219) y en la Ley 599 de 2000 (arts. 286 y 287 C. P.). En esta última codificación, sin embargo, aparece una expresa referencia en los textos a la posibilidad de servir de prueba.

Desde la perspectiva anotada, y vista la concepción de fé pública señalada, es claro que el uso como elemento típico carece de importancia alguna dada la protección al objeto documental por sí mismo y su intangibilidad, como emanación propia del Estado. Ello no debería ser así, si la definición del bien jurídico resulta diversa a la que dimana de la autoridad del Estado, puesto que en tal caso se exigirá otra orientación a la estructura de los tipos penales de falsedad documental.

Pero, además, plantea un problema especial en la legislación colombiana, cual es el de que el tipo de falsedad documental privada (art. 289 C. P.) se ha configurado de modo diverso introduciendo en su fórmula típica un segundo acto adicional a la acción de "falsificación" del documento. Este segundo acto es el del "uso" del documento como

complementario de la estructura típica. Sin embargo, si el bien jurídico es el mismo, como me parece, y si el sentido de lesividad del tipo es también igual al que se encuentra en las falsedades documentales públicas, es menester admitir que la distinta redacción de los tipos no obedece a una razón de fondo sino a criterios de política criminal que lo expliquen suficientemente, pero no es de su esencia.

Mi opinión es la de que el bien jurídico no es en rigor el de la fe pública estatal, tal como se comentó, sino uno diferente más funcional y acorde con el desarrollo de la organización social presente. En este aspecto la expresión fe pública resultará apenas un continente genérico, de tradición histórica, dentro del cual cabe una especificación y concreción funcionales de la fe pública, como la sanidad y seguridad del tráfico jurídico documental en cuanto situación valorada legalmente.

b. Una segunda concepción de la fe pública, con un contenido social antes que de autoridad, la presenta como la credibilidad general de los miembros de la sociedad en determinados símbolos, formas y elementos de uso colectivo, en sus relaciones diarias en la vida social. Es de orden social, puesto que las necesidades del vivir diario van exigiendo un consenso en principio en sectores reducidos, y luego en forma más general cada vez, hasta la colectivización o generalización de la idea de confianza en cierto elementos del tráfico social, como necesidad de todos con la finalidad de protegerse del engaño individual que hipotéticamente pudiere surgir{395}.

En el mismo sentido de engaño se insiste en el acta 77 del anteproyecto de Código Penal colombiano: “. la sociedad tienen el derecho de gozar de la confianza de no ser engañada, confianza sin la cual sería prácticamente imposible la vida colectiva”{396}. De lo anterior no cabe duda de que el legislador de 1980 tuvo en la cuenta, para la regulación de la falsedad documental, la idea central de evitar el engaño, es decir de ofrecer una protección a los individuos de la colectividad para no ser engañados. En relación con el Código actual no se toca el tema, en forma especial.

Sin embargo la idea de no ser engañado, como aspecto esencial de lo falso, envuelve el requerimiento de que el

documento presente en sí la verdad para evitar todo error del engañado, con lo cual “objeto jurídico del delito deviene así la facultad cognoscitiva del hombre ‘individualmente considerado’”{397}. Bajo tal condición, “el germen del pseudo concepto de fe pública [...] está en el derecho a la verdad de antigua y venerada memoria”{398}.

I . Este concepto de fe pública, como credibilidad o confianza de los ciudadanos en los documentos, dado que ello envuelve las facultades internas de aprehensión y reflexión humanas sobre el objeto documental, mira a evitar el engaño particular o individual al enfrentar el documento que contiene una falsedad. De donde la tutela del derecho apuntaría a proteger los intereses individuales de cada una de las personas, en el momento concreto de su valoración sobre el documento como medio de prueba. Esa protección de la credibilidad de los individuos, no de la sociedad, que como tal no tiene capacidad de creer o de dar credibilidad, envuelve así la exigencia de verdad para evitar el engaño en un retorno a la idea del derecho romano en la expresión de Paulo , tantas veces citada.

Es por ello que, si el bien jurídico es colectivo, debe rehusarse el criterio de que la fe pública es la “credibilidad” o “la confianza” en determinados signos, formas o símbolos de uso social, puesto que ello mira al momento cognoscitivo del documento (en el sentido de creer o confiar) que esta mas allá del mismo (por fuera de él), y que reside en la capacidad interna de valoración de una persona en particular enfrentada al medio de prueba falso. En tal caso la protección se ofrecerá a la víctima de engaño, individualmente vista, para evitar la lesión de algún interés que le es propio (bien jurídico individual), pero todo ello, dado el proceso intelectivo que comprende, estará ya por fuera del documento y de su condición de ser falso.

Es el engaño un “plus” diverso de la falsedad del documento objetivamente visto, pues él se deriva fundamentalmente de la “facultad cognoscitiva del hombre”, con lo que existirá siempre un margen de azar en el resultado. De aceptarse tal modo de pensar, ello tornaría eventual la falsedad documental según se produzca o no el engaño.

Por eso no puede ser la credibilidad de las personas la que determine el alcance y sentido del bien jurídico de la fe pública, puesto que por petición de principio el bien jurídico es colectivo o social, y no puede asentarse en criterios subjetivos accidentales propios del individuo en su apreciación de los documentos.

De otra parte es evidente que el engaño y el perjuicio que de él se derive se hallan tutelados en relación con el particular interés personal que resulte afectado en otras disposiciones del ordenamiento penal (estafa, honra, v. gr.), lo cual fuerza la conclusión de que otro aspecto distinto de la credibilidad y el engaño es el fundamento del bien jurídico de la fe pública.

Algunos sectores sostienen que este aspecto demuestra la inutilidad del concepto de fe pública, y que por ende es razonable la crítica que considera inexistente el objeto jurídico colectivo tutelado. Más adelante se volverá sobre el tema.

c. Finalmente se llega a la concepción del bien jurídico como una situación social de seguridad general del tráfico jurídico, que el redactor de las ponencias del Código de 1980 expresamente señaló que se había tomado como orientación esencial para la redacción del capítulo correspondiente, siguiendo la idea de origen germánico, y por tanto rompiendo completamente con el modelo de inspiración romana de la legislación nacional, aunque se duela de mantener la expresión “fe pública”, en una dualidad conceptual que en mi opinión no debe admitirse.

Dice el acta 77 del anteproyecto de Código de 1980 lo siguiente: “Y si bien es cierto que se ha escogido como bien jurídico el de la fe pública, no podemos predicar que esa fe o esa confianza sean eminentemente abstractas, sino algo muy concreto, que no es otra cosa que la referencia de esos objetos al tráfico jurídico”. Luego de ello, se insiste en que para la existencia de falsedad documental se requiere “incidencia en el tráfico jurídico”, y después se ocupa de definir dicho tráfico como “todo lo que crea una relación intersubjetiva [...] recogida por el derecho”{399}. No cabe duda, aparte de la mezcla aparente de conceptos antagónicos entre fe pública y tráfico jurídico, de que la abstracción del concepto de fe pública se quiso corregir

mediante la concreción del sentido de los documentos en el tráfico colectivo de la vida social, y con ese sentido y significado se redactaron los tipos penales que aparecen en la ley penal colombiana.

Sin embargo, el concepto de seguridad del tráfico jurídico basado en documentos, como se dirá enseguida, debe estimarse objetivamente como situación social general, o sea como un estado de pruebas genuinas que integran la vida social y que constituyen una forma de ser de la sociedad, una situación necesaria para el tráfico, con independencia de fenómenos subjetivos como los de "credibilidad, o "confianza" en la prueba, pues ello está por fuera de la prueba, y hace depender de la actitud interna de las personas individuales el criterio para la definición de la falsedad de documentos, volviendo el planteo al tema del engaño particular.

El bien jurídico, entendido entonces como la protección de la funcionalidad del documento en el tráfico, en el documento y su finalidad probatoria es determinante para la conformación del objeto de tutela jurídica.

Tal concepción ha surgido y se sostiene con gran fuerza en la doctrina española, como se advierte en este pasaje: "La autenticidad de la declaración o la perpetuación que conlleva el documento no pueden ser suficientes, aisladamente, para dotar de contenido el bien jurídico."{400}, que hace referencia a dos condiciones objetivas del documento que son las perceptibles como derivadas del mismo en el tráfico: su autenticidad en la función de señalamiento del autor, y la de perpetuación de la representación o declaración documental (permanencia con independencia del autor), las cuales estima insuficientes para definir el bien jurídico, e inseparables del valor probatorio (en crítica a Puppe y Samson) y su efecto en el tráfico.

Por ello agrega: "En definitiva, el bien jurídico protegido específica-mente en el delito de falsedad documental sería la propia funcionalidad del documento en las diversas misiones que tiene que cumplir en el tráfico jurídico"{401}.

Este último planteamiento lleva a la confusión inmediata del objeto de la agresión típica con el bien jurídico, como

reconoce la misma autora: “Al igual que sucede en los delitos contra la vida o el patrimonio, el objeto material coincide, en términos objetivos, con el contenido del bien jurídico protegido”{402}.

En tal punto se sigue al pie de la letra la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, que ha sostenido últimamente la idea de la funcionalidad del documento, así: “El documento debe cumplir al menos una de estas tres funciones: a. Función de perpetuación (refleja la manifestación de voluntad o de conocimiento de alguien); b. Función probatoria (permite acreditar dicha declaración, no necesariamente su veracidad, pero sí el que se haya realizado); y c. Función de garantía (permite identificar al autor o autores de la declaración en él reflejada”)”. En última instancia lo que se protege con la punición de las falsedades no es tanto la verdad como la función que los documentos están llamados a desempeñar en la vida jurídica, que es la de perpetuación de las declaraciones de voluntad, la de identificación de sus autores, y la estrictamente probatoria del negocio jurídico que el documento refleja{403}.

Es evidente que no puede confundirse el objeto de la agresión típica –el documento– con el bien jurídico protegido, en cuanto este es un valor considerado por el legislador, que necesariamente es diferente del objeto y no puede equipararse a él. Aun cuando resulta evidente que el objeto contenga en concreto el sentido del valor protegido, pero este no puede ser confundido con el objeto en que él mismo pueda encarnarse. Como se dirá después, el bien jurídico es perfectamente diferenciable del objeto de la agresión típica dado que es una estado general de seguridad de la sociedad derivado de la condición exigida por el sistema de corrección objetiva de los documentos que se introducen en el tráfico.

Necesidad y justificación de la condición social de seguridad del tráfico jurídico de documentos:

Es evidente que el concepto del tráfico jurídico también ha sido discutido en la doctrina de la falsedad documental. En compendio, las argumentaciones de objeción a dicho concepto se desenvuelven en el ámbito conceptual afirmando que, como la garantía de la seguridad del tráfico

se deriva de la cualidad de prueba del documento, ciertamente se tiene que admitir que la seguridad del tráfico no sería más que la seguridad social basada en la capacidad probatoria como efecto de los documentos. Es decir que se cuenta para tal concepción con la capacidad de "probar" como fenómeno sicológico de persuasión o convicción personales, por tanto con el efecto que cause frente a quien se enfrente con la prueba. Y de ahí, dado que ello depende de la reflexión personal de quien razona sobre la prueba, se retorna por vía directa a "la funcionalidad del documento" como bien jurídico, dadas sus tres funciones básicas de perpetuación, señalamiento de su autor y medio de prueba, con la consecuencia incorrecta teóricamente de identificar el objeto de la acción del tipo con el bien jurídico de protección. Se estima además que no pueden separarse las funciones del documento de perpetuación y autenticidad –que son objetivas y propias de la autonomía del documento– con aquella otra que le es esencial de probar, "en la medida en que se sobrevaloraría un aspecto de una realidad que es indivisible y única{404}.

Aparte el error teórico que significaría tal confusión, parece también evidente que para definir el bien jurídico, con el sentido colectivo que tiene y prescindiendo del efecto de engaño que cause, dado que ello es diverso del documento como integrante del conjunto de la prueba del tráfico, es menester despojarlo de contenidos subjetivos propios de la consideración de una relación que excede al documento mismo, cuando este es valorado por quien se enfrente hipotéticamente a la prueba. La subjetivización que ello implica desvirtúa el alcance social objetivo que es propio del bien jurídico en que se atiende a la preservación de una condición de corrección objetiva mínima, de todos los medios de prueba colocados en la vida social, que conforman un estado general de existencia de documentos que constituyen el estado de prueba general de la vida colectiva.

a. Creo realmente que "La fe pública no es una pura abstracción del espíritu humano, sino un concepto elaborado por la constatación de palpitante realidad entre los hechos sociales"{405}.

b. Es evidente, también, que los bienes jurídicos, dado que son valoraciones propias del derecho, no consisten en

objetos, personas o cosas, sino que ellas en concreto representan el contenido axiológico del bien jurídico. Por tanto no puede confundirse el objeto de la conducta típica con el bien jurídico, como sucede con la idea de estimar el documento o su función como el bien jurídico protegido en la materia de falsedad documental, según se acaba de comentar.

De manera que, si no puede verse el concepto de bien jurídico en el objeto (documento), es claro que él, como fenómeno de valoración que atañe a la sociedad, y que se efectúa a través de la ley penal, puede recaer sobre todos aquellos fenómenos, circunstancias, situaciones, cosas y objetos de interés general que significan algo valioso para la sociedad organizada, y que la misma incluye en su sentido de protección como tal para la convivencia social.

– Por ello en la ley penal aparecen situaciones de orden general que resultan o constituyen verdaderos y reales "bienes jurídicos", dada su importancia colectiva y la definición de la ley de estimarlos como dignos de protección, momento en el cual adquieren la categoría de bienes jurídicos en el seno de la sociedad, sin que puedan identificarse con objetos concretos.

– Así, son de ver las situaciones generales atinentes a la vida de la colectividad como tal -no a sujetos individuales- que se refieren al "orden económico social", a los "recursos naturales", al medio ambiente, o a la salud pública, que por consideración legal en el orden penal conforman una situación de orden general de la vida colectiva, a la cual se la define normativamente como un "bien jurídico". Bien se advierte en ellos que la ley considera como tal bien un estado general (pero no una persona o cosa), que estima necesario y benéfico para la vida social: la libre concurrencia al mercado, el equilibrio entre la preservación y uso de la fauna y la flora, o las condiciones mínimas de sanidad de las aguas de consumo humano, la tranquilidad del diario discurrir de la vida ciudadana, o la salud general de los habitantes, sin que en ellos, en cuanto valores de protección, se examine en forma específica la función de un objeto o persona. El valor atañe así a una situación o condición conveniente y valiosa para la sociedad, independientemente de la función particular de cosas, personas y objetos. Aun cuando estén íntimamente

vinculadas al concepto del bien jurídico como valor protegido.

– De manera que no cabe objeción teórica si se estima que el bien jurídico en estos delitos es una situación de la sociedad, cual es la de mantener como condición básica de seguridad general un status de la prueba documental objetivamente auténtica, como límite perceptible de modo inmediato en la actuación colectiva, sin que para ello cuente el efecto de engaño personal a un miembro de la colectividad. Es esa precisa condición o estado general lo que interesa proteger como fundamento de una sociedad organizada en forma correcta para el tráfico jurídico.

– Como es evidente, también puede establecer la ley, más allá de la autenticidad -que es la tesis sostenida aquí como verdad del documento-, la condición de la veracidad del contenido documental para la vida social; pero ello se revela como absolutamente imposible en una sociedad como la actual, en el nivel de desarrollo de su organización, dada la exigencia implícita de que en la sociedad se perciba la realidad misma directamente -la verdad-, con lo cual se debería prescindir de un objeto intermedio entre el sujeto cognoscente y la realidad, como es el documento (medio de prueba indirecto).

En tal caso, si se pretende el conocimiento de la verdad material no cabe utilizar los medios de prueba a cambio de la apreciación directa de la misma, pues aquellos sobrarían. Exigir tal conocimiento, si bien es posible en la libertad de configuración de la ley, parece una situación de contradicción esencial, que en vez de contribuir al buen desarrollo de la vida social lo obstaculiza en extremo, pero además suprimiría o minimizaría en la práctica un instrumento, como el documento, que se muestra como necesario en la organización de la vida social, que vendría a carecer de todo sentido.

– La seguridad general del tráfico jurídico basado en la condición de que los documentos probatorios circulantes sean genuinos, como exigencia mínima del derecho en general para la vida social, mira hacia la configuración de un estado (situación) correcto de los objetos documentales que sean creados en la organización colectiva. Ello permitirá una vida social dentro de unos límites de

seguridad que resulten tolerables en el ámbito de la regulación legal. Es una situación protegida por el Derecho (por tanto bien jurídico) semejante a la que consiste en la salubridad del agua de consumo general, o la del medio ambiente sano o la seguridad pública sin riesgos apreciables en la sociedad. Y en ello se mira al conjunto de los documentos como un estado objetivo de la vida social; por eso solo se consideran aspectos de tal carácter, con independencia de la reflexión del particular individualmente sobre cada documento, y del efecto subsiguiente así mismo personal de credibilidad o engaño que él pueda generar.

– La falsedad documental consiste así en la conducta de quienes fabrican objetos documentales no permitidos –falsos–, sin atender la valoración legal de la situación social protegida respecto del conjunto de los documentos en el tráfico (que se requieren al menos auténticos), la cual a partir de la definición legal se ha elevado a la categoría de bien jurídico de protección. Es una configuración social del tráfico, una condición o estado general que se considera de seguridad relativa para la sociedad en sus necesidades del tráfico. Leamos: "Un bien es una situación o hecho valorado positivamente. El concepto de situación se entiende en este contexto, en sentido amplio, comprendiendo no solo objetos (corporales y otros), sino también estados y procesos"{406}.

c. De manera que se llega, así me lo parece, al concepto de bien jurídico en la falsedad de documentos, que consiste en una situación o estado colectivo que la ley quiere preservar sano, dada su utilidad social para el tráfico, que perfectamente admite ser llamado la "seguridad del tráfico jurídico que se basa en documentos para el tráfico".

Así se advierte que no es ni un sentimiento de confianza general, ni la credibilidad de individuos o personas, pues este aspecto subjetivo es apenas una consecuencia posterior y externa de la prueba documental existente en la vida de relación. Ni menos es el respeto (acatamiento) de la autoridad del Estado, por la imposición de confianza general que el mismo determina, sino el reconocimiento de una realidad social atinente a la indispensable existencia de documentos para las relaciones Ya se dijo, y se reitera, que cuando la base del bien jurídico es la credibilidad, que envuelve la facultad de reflexionar y valorar en el plano personal sobre la prueba documental, el acento de la

protección penal mira al individuo respecto de la eventualidad de ser engañado, lo cual resulta tutelado bajo otros rubros de la ley penal (estafa, honra, etc.), es decir, ese específico ámbito de la vida social recibe protección bajo la regulación de otros bienes jurídicos, según la clase de engaño.

d. Ello permite ya reafirmar que es indispensable encontrar un fundamento objetivo diferente a la credibilidad personal para la fe pública (que siempre será ex post, ya sea social o judicial), que debe concretarse en un nuevo concepto como el de seguridad del tráfico jurídico documental, que es lo único que permite entender con coherencia el sentido y orientación de los tipos penales actuales. Con lo anterior es obvio que el engaño particular no está en juego para la definición de la falsedad documental.

e. En segundo lugar, se puede fundamentar el concepto de bien jurídico, y parece completamente válido, a partir del contenido y sentido de los tipos penales en concreto, mediante un procedimiento de inducción que lleve hacia el valor jurídico que pretende proteger la ley penal, al que necesariamente se refieren los tipos en su construcción y configuración como injusto típico. Así, es obvio que todos los tipos penales de falsedad, -lo que no ocurría antes- contienen una expresión condicionante del tipo respecto de que la falsificación cabe solo en relación con un documento "que pueda servir de prueba" (arts. 286 a 293 C. P.).

Dado que la posibilidad de probar o de servir de prueba implica una relación con los demás, con otros, dado que carecería de sentido una prueba para sí mismo (pues, como nadie escapa a su autoconciencia, no se requiere prueba), será necesario admitir que los tipos revelan un sentido potencial probatorio ante otras personas, es decir frente a terceros. O sea con un alcance en la vida de relación de la sociedad. De ahí se induce que el bien jurídico tiene el significado de una aptitud de comunicación en sentido probatorio jurídico con los demás a través de los documentos, y ello permite reafirmar que el bien jurídico es el del tráfico jurídico de documentos con alcance probatorio.

f. Admitido igualmente que la falsedad es conducta ilícita que afecta a la organización social en su configuración

colectiva, y que no es posible pensar en la idea de prevención de engaños individuales o particulares, dado que ello no corresponde a un concepto colectivo del delito, según se acaba de comentar, es inevitable la conclusión de que el interés jurídico que rige la falsedad tiene una perspectiva igualmente colectiva, que no podría ser otra, por lo discurrido antes, que el tráfico documental probatorio de la vida social organizada.

g. El tráfico jurídico, como concreción de un abstracto concepto de fe pública, ciertamente que se advierte como una condición existente en la vida social, que necesita de los documentos, y dado que la colectividad no podría relacionarse jurídicamente sin el medio de prueba documental.

Dicho tráfico debe ser entendido como: organización en la vida social de relaciones de personas en forma general con base en objetos documentales de sentido jurídico, que está constituida por un conjunto de objetos-símbolos sobre los cuales se estructura un buen segmento del tráfico jurídico de la vida colectiva, dentro del cual todos los individuos (lo cual equivale a decir uno cualquiera) están en posibilidad de actuar con base en lo percibido en condiciones de diligencia normales (buena fe) a partir de los documentos colocados en el seno de dicho tráfico.

Esa dimensión social rige necesariamente el documento una vez introducido en el tráfico, y por tanto es tal relación inmediata y autónoma del documento “con todos” (dado que el documento adquiere identidad por sí mismo como objeto del tráfico, y se independiza de su autor), que se produce de todas maneras con posterioridad a la acción de su creador e independiente del mismo, la que viene a definir todo el contorno de la falsedad documental.

En otros términos, la falsedad documental como delito contra el tráfico jurídico, es decir, desde el concepto del sentido y función colectivos que desempeña el documento en el tráfico general, regula el ilícito en orden a la tutela de todas las posibilidades de actuación voluntaria de los miembros de la organización social sobre la base de los documentos que como objetos autónomos integran el estado del conjunto de la prueba socialmente existente. Tales documentos cumplen la función de medio de prueba –pero

no de medio de conocimiento– frente a todos, escindidos del autor que los origina al cual ya no pertenecen más sino a la colectividad, a partir de su introducción en el tráfico (uso en el tráfico jurídico documental).

Tal es la razón de que la tutela penal se ofrezca frente a la simple colocación de los documentos falsos (no auténticos) en el conjunto del tráfico documental, que debe preservarse sano y legítimo en vista de la posibilidad de actuación de cualquiera, que obviamente no puede conocer la realidad material sino apenas guiarse por lo objetivo del estado de los documentos del tráfico jurídico (o fe pública, como dice la ley). No se advierte engaño allí en sede de falsedad, dado que la organización general como tal no examina ni valora los documentos, sino apenas se satisface con la previsión de que todos los que se coloquen en la función probatoria general sean auténticos o genuinos objetivamente.

Por tanto, el delito de falsedad no es un delito caracterizado por el engaño como fenómeno de inducción en error, que es propio de las personas naturales en su reflexión sobre la prueba, lo cual hace parte de delitos de contenido individual y no colectivo.

La falsedad se configura antes de dicha reflexión, es decir antes de que alguien resulte engañado y con independencia de que ello ocurra. V éase que en muchos casos existirá la falsedad documental -por tanto la lesión al bien jurídico- sin que haya sujeto engañado y sin que se produzca lesión adicional a la propia de la colocación en el tráfico jurídico mismo. Por ejemplo: cuando se falsifican documentos de pago que se llevan al banco para su cobro, y dado que allí, de coincidencia, está el titular de la cuenta afectada, no se verifica el descargo del instrumento mencionado. Nadie negará que allí no hubo engaño a nadie, pero tampoco podrá negarse que existe falsedad del documento que se ha colocado en el tráfico probatorio.

De modo que está claro el hecho de que el engaño no es parte de la falsedad ni configura el bien jurídico de la seguridad y sanidad del tráfico jurídico general. Ello porque el fenómeno de engaño o de inducción en error es un plus adicional a lo falso, que depende de la reflexión humana sobre el objeto falso que ya existe en el tráfico jurídico. En

este caso el análisis desciende a nivel de un problema individual de valoración.

Al respecto “se debe recordar que el delito de falsificación documental no es un ‘delito de engaño’ sino un delito contra los medios de prueba documentales. Por ese motivo no es un delito contra bienes jurídicos individuales, sino contra bienes jurídicos sociales, y más concretamente contra la seguridad del tráfico basado en pruebas documentales”{407}.

En virtud de esa característica ya comentada de la autonomía del documento, que pierde en el tráfico su relación personal para funcionar como un objeto del mismo frente a todos (insisto en que el documento es un objeto del tráfico separado de su autor), en un status general del tráfico basado en documentos, la concepción del mismo y de la falsedad debe ser, y es, esencialmente objetivada (no íntima subjetiva), dado que es solo su objetividad la que se conoce en el conjunto general del tráfico documental al cual se ha introducido mediante el uso, para servir de medio probatorio fundante de relaciones jurídicas válidas, o al menos que aspiran a ser reconocidas como tales dada la condición general en que se da la actuación de cualquiera persona, que ha confiado en aquello objetivo que se advierte de la prueba existente en el conjunto de los medios probatorios circulantes al momento de su actuación. Solo hasta allí aparece lo razonablemente exigible en punto de falsedad documental, si se quiere permitir un tráfico jurídico probatorio fluido que no impida las relaciones interpersonales de la vida colectiva, ni las dificulte a un grado tal que las haga poco menos que imposibles.

El tráfico presupone, y actúa sobre tal supuesto, una situación de legitimidad previa al documento en cuanto a la decisión personal del autor respecto de la necesidad de formación del mismo para el tráfico, que se extiende al sentido representativo que en forma auto-responsable le comunica para el estado general de los documentos en la sociedad, en el entendimiento de que dicho elemento documental ha de servir de base a la actuación válida de los demás.

Es por ello que, si la protección del bien jurídico (el tráfico jurídico documental como concreción funcional de la vida

organizada) tiene sentido colectivo y no individual, la concepción de la falsedad debe analizarse objetivamente en su apariencia exterior, con independencia de aspectos subjetivos no revelados por el objeto mismo, y de elementos materiales externos al documento que no puedan percibirse del mismo como regla objetiva de actuación en el tráfico. Es por ello que la exigida, por algunos, relación de identidad total o parcial con un objeto material determinado pero exterior al documento, por tanto a un dato de referencia distinto al documento en sí, no debe ser considerada en estricto sentido falsedad, dada la idea de tutela de la verdad para el tráfico tal como está configurado en el sistema documental por las pruebas que han formalmente ingresado a él. Solo ello es exigible para una actuación válida de los miembros de ese tráfico, y solamente a ese aspecto puede circunscribirse el tema de la falsedad de documentos, si el bien jurídico es la seguridad general en el tráfico colectivo de documentos, y la situación de confianza que a partir de ese status se genera, con la finalidad de sustentar y darle validez a la actuación de todas las personas en el tráfico.

En este momento vale recordar que, dada la autonomía del documento y su capacidad de circulación general, es perfectamente posible que cualquiera persona del tráfico sin relación personal alguna con el creador del documento (autor documental), y aun ni siquiera próxima geográficamente a la creación documental, que eventual e hipotéticamente se vea enfrentada al documento introducido en la circulación probatoria, debe confiar en aquello que representa el documento como tal para una actuación válida, y por esa razón el sistema de derecho ofrece una tutela de orden legal al tráfico general.

Es un requisito de seguridad jurídica de la vida común, que se basa en la necesidad de confiar en la actuación de los demás y se muestra en un objeto representativo sobre el cual los demás integrantes del tráfico construyen relaciones de orden jurídico. Ese es el fundamento por el cual el engaño propio de la simulación en documentos no es punible como falsedad no obstante la inveracidad que pudiera contener. En la organización social se espera que la conformación de documentos en el inmenso volumen del tráfico cumpla con las expectativas del mismo, partiendo de los principios de auto responsabilidad y buena fe que imponen deberes de actuación correcta en la vida colectiva.

Y es claro que, como tal objeto documental creado por el autor, es un factum que adquiere la validez que formalmente ostenta ante todos en el momento de su introducción legítima, aun cuando pueda ser divergente de una convicción íntima o de un pensamiento interno del autor documental –que no se advierten en el tráfico general–, o no guarde identidad con un referente objetivo no contenido en el documento –que tampoco puede percibir el hombre del tráfico–, dado que esos aspectos de control de veracidad o sinceridad no pueden aparecer en el documento como tal. De modo que no están en el ámbito de protección del tráfico colectivo documental aquellos elementos de autoría o de la relación individual de conformación documental que no aparecen o surgen del documento en sí mismo como realidad que percibe el tráfico en sus relaciones usuales.

Es evidente que la sociedad como tal solo puede conducirse en sus relaciones colectivas dentro del ámbito de auto responsabilidad de sus integrantes, con base en las formas y los objetos que contiene dicho tráfico, los que cada persona en el ejercicio del ámbito de su libertad de actuación introduce en el mismo, bajo la condición de que -limitación propia de las relaciones de derecho– sean creados en forma genuina (relación de autenticidad) como condición de su aceptación general con un sentido de equivalentes de verdad formal (medios de prueba) del tráfico general: es claro que este último no puede, vista su necesidad de confianza, seguridad y de agilidad en su desarrollo, sino apoyarse en dichos objetos tal como han sido creados e introducidos en el conjunto de las relaciones de la organización social. Además es el único control práctico y realizable al alcance del hombre en el momento de la colocación del documento probatorio en la actividad jurídica.

Siempre se ha pasado por diversas tesis al respecto, algunas que prácticamente consideran que el bien jurídico no existe como tal, y mejor sería proteger los bienes jurídicos concretos individualmente afectados con el engaño, pasando por la de Liszt para quien el delito se fundaba en el medio o instrumento de agresión de bienes jurídicos diversos, lo cual resta trascendencia al mismo. O aquella que estima como bien jurídico la protección de la prueba misma. O la definición que centra su atención en la tutela de las

apariencia externas de objetos, símbolos y signos de uso social. Y en otra vertiente la protección de los sentimientos de los asociados en los documentos.

Todo lo anterior lleva a afirmar la dificultad de definir la falsedad y el concepto unificador del bien jurídico respectivo. Pero, como es evidente, las teorías del medio o instrumento, de protección de la prueba o de los documentos en sí, o de las apariencias externas de signos o formas, acaban apoyando el concepto de bien jurídico en el objeto mismo de la acción falsaria, es decir en el documento que como tal es solamente objeto de la falsificación, y no puede ser confundido con el bien jurídico.

Aquella definición de los sentimientos de confianza vuelve al tema del engaño personal de dicha confianza, y cabe la objeción de que es un ángulo individual o personal del bien jurídico, que como vimos excede el límite propio de la falsedad como creación de un peligro de sentido colectivo.

Pienso que en la vida del documento deben distinguirse tres momentos, propios de su dinámica funcional, perfectamente separables: el momento de la creación del documento. Este está definido en una serie de relaciones personales de autor –el formador documental– en que obviamente cuentan respecto de la objetividad representada los aspectos de la veracidad, la sinceridad y el sentido subjetivo de autor que este pretenda comunicarle al objeto creado. Aquí quisiera observar algo importante: si el documento creado no está destinado a su colocación en el tráfico probatorio general, cualquiera que sea dicha relación de veracidad, sinceridad o sentido, no puede considerarse desde la perspectiva de ese tráfico para afectarlo con el desvalor de su agresión al tráfico mismo, y por lo tanto no puede sobre esa base imputarse una falsedad documental respecto del colectivo social en su tráfico.

Es evidente entonces que en la relación que surge del documento se perciben dos momentos especiales y dos relaciones diversas: la una como contacto entre el autor y un tercero particular a través de un documento, tercero al cual engañará si finalmente otorga credibilidad al artificio documental; la otra como relación impersonal del documento con la colectividad de la vida social, en la cual aparece. Lo primero genera una defraudación al particular

que hipotéticamente se coloca frente al documento (estafa, v. gr.). Lo segundo, una afectación general de la pureza del tráfico general, dado el objeto que adolece de la incorrección de su falsedad objetiva. La primera relación será del tráfico mismo, al cual no está predeterminado. Por tanto, el problema planteado aquí se resuelve con la afirmación de la ausencia de contenido de injusto típico, pues no significa en modo alguno, ya en sede típica, una agresión al tráfico. Con lo cual puede decirse que la inveracidad del contenido, o la simulación del mismo por parte del autor, o los propósitos del autor de bromear (animus jocandi) o de ostentación (velpompam et ostentationem) –que sin duda son elementos de autor en tal momento de la creación– hacen parte de un aspecto externo al documento y que pertenecen al autor mismo (su veracidad, su sinceridad, su intención como formador del objeto), y que no se relacionan en modo alguno con el tráfico jurídico documental como estado de la vida de relación. Y tales casos son de atipicidad, visto que está axiológicamente implícito en el sentido de la protección al tráfico que este solo puede ser lesionado o puesto en peligro como interés general por los objetos documentales que a él se destinan o que en él se colocan, con el propósito de engañar en el mismo (elemento subjetivo de autoría). Es evidente entonces que en tales condiciones no se crea un riesgo en el tráfico documental general.

Si se objetara aquí que cualquiera de estos documentos en su relación de autor en el momento de su creación, auténticos por tanto, afectados de inveracidad, insinceridad, o sin dirección al tráfico, podrían llegar al mismo por casualidad, o por un dolo subsiguiente del autor o de un tercero, lesionando el tráfico, motivo por el cual deben ser estimados como una falsedad del tráfico documental colectivo, es menester negarlo, en principio, dado que el documento no ha sido creado falso (falsificado) para afectar el tráfico. Ello puesto que para la lesión del tráfico no pueden tenerse en la cuenta todos los aspectos subjetivos del momento de la formación documental, sino los elementos objetivos, que son los únicos que aparecen frente a “todos”, en el momento de su introducción dentro del elenco de objetos documentales con sentido probatorio existentes en el tráfico. A este basta la condición objetiva de su autenticidad, visto que es el único elemento perceptible y

controlable por “todos” en el tráfico, sobre el cual el sistema de Derecho permite una actuación válida de terceros.

Si la inveracidad, la falta de sinceridad del autor, o el propósito distinto del autor plantean un engaño en el tráfico jurídico, este no puede ser imputado a título de falsedad documental, pues el tráfico colectivamente visto actúa legitimado sobre la base de lo auténtico del documento probatorio. Tal engaño del documento auténtico permitirá, si estuviere contenido en un diverso tipo penal, la imputación que a tal tipo corresponda, pero no a los de falsedad dado que estos protegen el tráfico general de los documentos conforme a su forma externa y objetiva en el momento de su colocación para la actuación de los miembros de la comunidad, que no pueden guiarse sino por aquello que se les exhibe y muestra como auténtico.

La inveracidad y la falta de sinceridad de autor, y la introducción posterior al tráfico, a partir del momento de creación documental auténtica (aunque con las condiciones anotadas antes) no representa ningún riesgo para el bien jurídico colectivo como estado general de prueba dado que está permitido, en el sistema de Derecho, que sobre esa base mínima de la autenticidad puedan cumplir los integrantes de la sociedad un actuar válido formalmente. Esto es claro si se recuerda que la circunstancia de ser genuino permite jurídicamente en el sistema, con base en el principio de confianza y de buena fe generales, actuar válidamente por parte de terceros (que son los protegidos en el marco del bien jurídico) en las diversas relaciones de Derecho dada la prueba auténtica, por lo tanto formalmente verdadera, que fundamenta dicha actuación.

Finalmente, cuando se exige la veracidad del documento o la sinceridad en el autor del mismo, se desplaza el momento de análisis y de protección jurídica al extremo inicial de la formación documental, en sus relaciones de orden personal y objetivo, cuando aún no entra al tráfico jurídico. En esa perspectiva no se independiza todavía el documento de su autor. Por ello se centra la atención en la relación particular del autor y de otro como persona individual, pero no en la relación propia del tráfico colectivo que está conformada por un objeto, el documento, y todos los integrantes del tráfico jurídico.

Creo que se me dispensará la siguiente esquematización: en un engaño particular, dado que la sociedad como tal no puede ser engañada, pues no puede reflexionar sobre el documento –en el cual caben los documentos falsos y los auténticos inveraces o simulados–, se establece una relación del documento con un particular concreto que es engañado. En el fraude propio de la falsedad documental la relación surge entre el documento y la colectividad ("todos en general"), la cual, dada su imposibilidad de reflexionar (conocer), no puede ser engañada, pero sí afectado su estado general de los objetos documentales de prueba.

– Estado del tráfico y creación documental. Ello permite decir, frente al estado del tráfico, que, aun a partir de la convicción interna o de la experiencia sensible que como vivencia pueda tener en sí el creador del documento, es posible que por su propio y personal acto volitivo (sicológico) asuma una de cinco posibilidades diversas en el momento de la formación documental para el tráfico jurídico, y que corresponderán a estados del tráfico en relación con la prueba documental: a. Crear el documento conforme a la realidad material (correspondencia con el objeto externo); b. Crearlo con una correspondencia parcial a dicha realidad sensible (conformidad parcial con dicho objeto externo);

Crearlo sin correspondencia alguna con una experiencia externa del formador (ausencia total de conformidad con lo externo); d. Formarlo en divergencia con su pensamiento íntimo, y e. Abstenerse de crear el documento respecto de dicha realidad exterior empírica (ausencia de prueba en el tráfico).

En los cuatro primeros casos (a, b, c, y d) surgirá un documento verdadero en el sentido de auténtico para el tráfico jurídico. En el último (d) no se forma documento alguno, con lo que se tendrá, desde el punto de vista de la existencia en la organización social de un conjunto de pruebas documentales, un vacío o ausencia documental en el tráfico jurídico.

Tal el sentido que señala la doctrina al estado de la prueba documental como necesidad de la vida social, que tiene un doble status: positivo, si se mira al conjunto de pruebas documentales existentes como un estado de la vida de

relación de aquellas legítimamente creadas por su autor para el tráfico, y negativo como un estado general en la sociedad de ausencia o carencia de pruebas respecto de situaciones de interés en la vida social.

De ello, además, se sigue que la falsedad material consistirá en la ruptura de la verdad de origen de la prueba cuando sobre las pruebas legítimamente creadas (estatus positivo de la prueba) que ya conforman el tráfico se introduce mediante acción física sobre las mismas, por parte del falsario, una modificación material en el texto o en la identificación de autor del mismo.

En la llamada falsedad material por creación integral o ex novo, cuando el falsario, frente al estado de ausencia de la prueba (status negativo de la prueba en la vida social), crea ilegítimamente la prueba en su totalidad material, dada la ausencia de prueba preexistente.

– Las falsedades impropias. Aparte de las anteriores falsedades materiales, que son propiamente falsedades documentales –del documento en cuanto tal–, y dependiendo de la ley en concreto, la introducción de pruebas inveraces en el tráfico, que ya no miran a la relación de existencia objetiva y a su relación de autenticidad, son igualmente consideradas una falsedad documental, llamada ideológica, siempre bajo condición estricta de que la ley expresamente prevea una conducta típica de esa naturaleza.

De modo que la ley puede extender el concepto de falsedad –que ya hemos visto– a casos de inveracidad del contenido representativo del documento, por razones de política criminal, con el riesgo evidente de extender la posibilidad de represión penal hasta aspectos de inveracidad usualmente tolerados y permitidos en la organización social, y en otros eventos hasta límites insignificantes en que no parecería necesaria la represión penal por falsedad documental, aun admitiendo la posibilidad de engaño derivada de situación como la analizada.

Esta falsedad documental, basada en el control de verdad de una realidad material extraña al documento mismo, no es propiamente una falsedad del objeto documental sino una expresión de incoherencia entre el documento y una materialidad que subyace más allá del mismo. Al documento

en cuanto tal no se le tacha de falso por un defecto contenido en él, sino por su diferencia con otro elemento distinto a él, aquella materialidad con la que supuestamente debía tener una correlación de semejanza.

Se trata de una ausencia de igualdad entre dos términos, en que no hay identidad con otro elemento diverso, como si se dijera que el objeto A es diverso del objeto B, y por lo tanto que son diferentes entre sí, lo que permite aseverar que A es falso. El supuesto implícito es el de que A debería ser igual a B.

Lo cual es distinto de la falsedad del documento, puesto que el predicado que se advierte es el de ser diferente a un extremo preestablecido de comparación. En este caso el documento es diferente a X, pero no falso en si, y esa condición de diferencia la ley penal, por razones de política criminal, en ocasiones la toma como núcleo de una definición típica de falsedad ideológica. Naturalmente que eso conlleva muchas dificultades prácticas, como se dirá luego.

En el Código Penal colombiano existe tal forma impropia de falsum documental público para los documentos públicos en el artículo 286.

– El bien jurídico protegido. El concepto del tráfico jurídico (o fe pública). Pero se advierte en seguida que en todas las cuatro posibilidades de formación documental a que me referí en precedencia es la persona del autor, a partir de su voluntad de creación, la que determina respecto del tráfico jurídico la aparición o no del documento (presencia o ausencia de documento), y su correspondencia con la realidad exterior en forma total o parcial (correlación con lo externo); pero, dado que dicha correlación con lo real no está al alcance de quienes hipotéticamente se han de enfrentar al documento falso en el uso propio del tráfico, en el cual solo pueden percibir la apariencia de su objetividad material, es esta la referencia de lo falso “para todos”. Lo demás resultará una exigencia de deberes de control imposibles en un tráfico jurídico ágil y dinámico.

Es obvio entonces que una correcta protección del tráfico jurídico en condiciones razonables del actuar humano, que consulte las relaciones admitidas y usuales frente a la

expectativas propias de la organización social, en principio debería basarse en la preservación y tutela de tales formas externas (apariencias) dado que son ellas las que se perciben en el tráfico jurídico documental. Tal percepción general de los documentos en la vida social, que es completamente independiente de su creador, y dado el principio de buena fe y de auto responsabilidad, constituye el fundamento de la actuación en el tráfico de todos los miembros de la colectividad.

Por ese motivo es claro que el concepto del bien jurídico (tráfico jurídico, o fe pública) y el sentido de su protección se edifican a partir de la configuración simplemente auténtica, mirando al origen de su formación y la presentación que le imprima el creador documental. Resulta determinante para la tutela de la colectividad titular del bien jurídico, a la cual se lesiona con la introducción en ella de los documentos falsos, que se permita un actuar válido de los miembros de la sociedad basado en dicha apariencia externa, tal cual ellos aparecen en el tráfico, en virtud del principio de confianza general, admitido el supuesto de una creación legítima de los mismos.

Es decir, el documento es individualmente la propia obra del autor, que exterioriza en el objeto documental con el sentido y alcance que el propio autor quiera darle, en lo cual cuentan elementos de orden subjetivo personal, pero que pertenecen al momento de su creación (veraz, sincero, auténtico, exacto, constitutivo, declarativo). Estos aspectos resultan primordiales para la ley penal, que toma, en orden a la protección de la colectividad (que es la titular del tráfico, o de la fe pública, si se quiere), un segundo momento de la vida documental a partir del instante en que el documento creado se desprende de su autor y cobra la autonomía que le es propia, para asumir su función de circulación en la vida social.

Tal es el momento de la tutela penal, cuando se coloca el documento creado frente a la colectividad como tal, dentro de la que cumple una función para todos a partir de su presencia formal externa, con lo cual el autor crea un objeto verdadero que coloca en el tráfico general. Este funciona sobre la base de su configuración genuina –único medio externo de verificación a partir del objeto en sí mismo– dado que adquiere la condición de símbolo de verdad ante todos,

que es su esencia, y por ende lo toma como concepto de su función general social, y no como objeto de sentido individual concreto frente a un solo individuo de la vida colectiva.

Esto dado lo imposible que resulta la confrontación de dicho objeto con la múltiple y variable realidad material al momento de su colocación dentro del tráfico. O también la imposibilidad de relacionarlo, en el momento de su colocación y dada su autonomía respeto de su creador, con la intimidad subjetiva de su formador, del cual se separa con autonomía propia.

En ambos casos mirando al documento como prueba en el orden general de la sociedad, la cual solo atiende estos factores funcionales de control de su veracidad ante la absoluta imposibilidad de los otros medios mencionados, e independientemente del tema de la adecuación a un tipo penal, que ocupará un aspecto posterior de regulación legal sobre tales bases materiales.

Como se ve, la naturaleza del bien jurídico y su conformación a partir del sentido social de la función del documento en las relaciones jurídicas, y la necesidad de salvaguardia de las relaciones colectivas –no individuales, repito– que surgen a partir de la necesidad de la introducción del documento al tráfico como elemento fundante de relaciones válidas en la vida social, autorizadas y mandadas estas por el ordenamiento, muestran más a las claras que en otros sectores del derecho penal que la imputación de la falsedad es eminentemente jurídica (imputación objetivo jurídica).

Por lo tanto no es correcto, en mi sentir, que se la haga depender –la falsedad– de conceptos puramente naturales causales propios del ser, como la sinceridad y la verdad de la persona del autor al documentar, que obviamente tienen sentido puramente natural.

De modo que la exigencia de veracidad (el autor debe tener como cualidad personal veraz al documentar) apunta a una actitud sicológica interna del formador de documentos, que tiene inmensas dificultades desde el punto de vista de su coerción bajo una regla externa de Derecho, y además la imposibilidad de su verificación empírica en un modelo de

vida social que reclama la necesidad de actuar bajo un principio de confianza en los demás, y en forma ágil y oportuna.

Tal concepción es un retorno a los conceptos naturales de la imputación penal ya superados, y a una concepción causal sobre bases ónticas de la acción falsaria en la vida social, sin atender el sentido y el significado de la misma frente a todos, en el momento de su introducción en el seno de la vida organizada en la cual cumple ya una función al permitir la actuación de los demás miembros de la sociedad con validez fundada en la presencia objetiva de la prueba documental.

Los principios de imputación jurídica (art. 9.º C. P.), y de antijuridicidad material en el sentido de lesión efectiva a un bien jurídico (art. 11 C. P.), permiten asentar legalmente los criterios materiales de la falsedad en su funcionalidad social y la dinámica que ella envuelve, en un mundo de relaciones jurídicas que a partir de la apariencia del documento se conforman o podrían hipotéticamente conformarse, y que ciertamente constituyen el daño del tráfico general bajo el tiítulo de falsedad, que no puede confundirse con el daño privado o particular que corresponderá a un bien jurídico singular bajo un bien jurídico distinto que comprenda ese daño privado.

Ello admitiendo que el control de la veracidad y de la sinceridad personales resulta para el tráfico común de la vida social, que generalmente carece de medios de verificación de tales condiciones personales, tarea que excede los límites del actuar corriente de un hombre medio diligente y prudente.

I. LOS TIPOS PENALES EN PARTICULAR

Dentro de la codificación actual (Ley 599 de 2000) aparecen las diversas figuras de conductas punibles tipificadas bajo el concepto de falsedades documentales, de los artículos 286 a 296 del Código. La estructura del capítulo demuestra, en

forma general, que se conserva la configuración de las conductas típicas que traía el Código de 1980, entre ellas la de falsedad ideológica en documento público, la falsificación material de documentos públicos tanto por el servidor público que ejerce sus funciones como por quien no actúa funcionalmente o por quien no es servidor público, la falsificación de documentos privados como tipo penal de dos actos (falsificación y uso), dos tipos penales para la falsedad por destrucción de documentos públicos y de documentos privados.

Mantiene también la atenuación de la falsedad por ser verdadero su contenido (ideológicamente verdadero), y una forma de falsedad personal –que obviamente no es falsedad documental en modo alguno–, aunque en ello suprime una de las que antes se consagraban.

Aparece también una definición de documento para efectos penales, y algunas reglas sobre uso de los documentos falsos que agravan la punibilidad y en otras configuran tipo penal autónomo. Novedad importante es la de una falsedad de autor mediato que se estableció en el artículo 288 del Código actual, y que al parecer recoge inquietudes sobre la eventual impunidad en esa materia para el servidor público que es engañado, especialmente en las llamadas en algún sector “falsedades notariales”.

2. LOS TIPOS PENALES DE FALSEDAD

EN DOCUMENTOS PÚBLICOS

Dentro del grupo de tipos penales que se refieren a la falsedad en documentos públicos la ley penal colombiana trae los siguientes textos típicos.

a. LA FALSEDAD IDEOLÓGICA EN DOCUMENTO PÚBLICO

(ART. 286 C. P.)

A diferencia de las codificaciones antecedentes en el país, el capítulo respectivo comienza con la falsedad ideológica en documento público, que recibe la punibilidad más alta entre las conductas de falsedad, pues oscila de 4 años en el mínimo a 8 en el máximo de prisión. Es de suponer que se la ha considerado como una de las formas de falsedad más graves, lo cual explicaría su nueva ubicación como primer texto del capítulo.

El texto tiene la siguiente fórmula: “El servidor público que en el ejercicio de sus funciones al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de cuatro a ocho años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 10 años”.

Vale la pena comentar al respecto que el sujeto activo requerido por la descripción debe ser un servidor público, conforme a la definición más general de órgano o agente de la función pública, es decir, persona que presta servicios al Estado, en sus diversos niveles, en las funciones públicas que la Constitución Política adscribe al Estado mismo como propias de su configuración como persona jurídico política.

En tal virtud, es empleado al servicio del Estado aquel que cumple funciones públicas estatales, conforme a la Constitución y la ley, y atendidos los mandatos de los artículos 121 y 122 de la Carta Política. En esta consideración sólo son funcionarios públicos, desde el punto de vista material, aquellos que según el contenido de la función asumen tareas propias del Estado conforme el mandato constitucional, es decir que desarrollan las funciones propias de las tres ramas del poder público y otras tareas exclusivas y propias (ejecutivo, legislativo y judicial, las de los órganos de control y la rama electoral, y además las funciones de vigilancia y control de la actividad privada) que competen al Estado según el marco constitucional. Por manera que, partiendo de la función como esencia, son servidores públicos aquellos que cumplen actividades de la administración pública, en cuanto asignadas por el ordenamiento constitucional al Estado, en orden a la satisfacción de las finalidades políticas del mismo: el bienestar, la convivencia y el mejoramiento de la

vida social. Por tanto, son estos quienes pueden producir documentos públicos para todos los efectos. Caben allí, en la particular esfera de actividad de la que son investidos, los llamados servidores públicos que transitoriamente desempeñan funciones públicas (árbitro, jurado de votación), dado que el contenido de su actividad es igualmente función pública.

De otra parte, es evidente que la noción legal de documento público está claramente establecida en la ley en el artículo 251 del CPC , que dice: “Documento público es el otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención”, de donde se viene a concluir que deriva su naturaleza de público de su formación o creación en ejercicio de funciones públicas; y, dado que según el artículo 122 de la Constitución “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento.”, solo en ese preciso ámbito de competencia es en el que puede actuar como tal, puesto que no puede ejercer funciones distintas de las que le señala la ley (art. 121 C. N.).

De manera que el documento público lo es en la medida en que sea creado o formado por la actividad funcional de un servidor público, dado que es la única manera en que estará formado en ejercicio de su cargo. También en otras ocasiones lo es por intervención de los funcionarios públicos, es decir cuando no lo forma el servidor público sino que lo avala mediante una actividad funcional que le permite intervenir en la formación del documento.

Por ello creo que solamente tienen el carácter de documentos públicos aquellos objetos documentales que son expedidos bajo dos condiciones de formación: por un servidor público del Estado y, necesariamente, y solo así, en el ejercicio de las funciones públicas propias del cargo. Es decir, la función que lo forma es la fuente que califica el documento como público o privado.

Es por ello que solamente en aquella área que comprende la administración pública strictu sensu, cuyo ámbito puede verse en el artículo 150 numeral 7 de la Constitución Política, es decir la administración nacional, ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, entidades del orden nacional, y

las correlativas estructuras de los departamentos y municipios existen o se crean documentos públicos (arts. 300 y 313 C. N.). Lo anotado permite afirmar que los documentos expedidos por los empleados y funcionarios de la empresas industriales y comerciales con capital del Estado, las empresas de economía mixta con aportes estatales, los entes de administración de recursos parafiscales en general, y las empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios –aun con aportaciones de capital estatal y con tutela oficial en mayor o menor grado– no cumplen funciones públicas del Estado, sino industriales, comerciales y de servicios que estructuran un sector de especial interés social con vinculación de aportes de capital del Estado en actividades de régimen privado, y que no conforman la administración pública en sentido rigurosamente funcional de las competencias exclusivas del Estado según el régimen constitucional, y por tanto no forman documentos públicos sino privados, aun si el empleado eventualmente es denominado para distintos efectos formales, que no materiales, empleado público u oficial. A pesar de la reiterada postura en el derecho nacional, en virtud de la cual en sede penal se ha considerado que, en tanto haya capital oficial, se está ante un servidor público, y por ende esto permite la imputación de delitos propios de servidores públicos, es obvio que ello resulta imposible respecto de los documentos, dado que estos solo son públicos en cuanto emanan de una función constitucionalmente definida como de tal naturaleza.

Que ello es así lo corroboran con autoridad legal, clara por demás, los decretos 1050 y 3130 de 1968, que reglamentaron las empresas de economía mixta y empresas industriales y comerciales del Estado: en los artículos 6.° y 8.° el primero señala que su régimen jurídico es “conforme a las reglas del derecho privado”, y en los artículos 3.° y 31 del segundo se establece el mismo régimen privado por remisión –art. 3.°– y se define que los actos y hechos “estarán sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria”. De donde no cabe pensar en que bajo un régimen de derecho privado se pueda crear un documento público. También se reitera el mismo régimen privado en la Ley 489 de 1998 respecto de las empresas industriales y comerciales del Estado y empresas de economía mixta, como se lee en los artículos 93, que somete a los actos y contratos de la empresas industriales y

comerciales a las “disposiciones de derecho privado”, y 97, para las empresas de economía mixta cuyos actos y actividades se cumplen “conforme a las reglas de derecho privado”.

Todavía en el mismo sentido se expidió la Ley 142 de 1994, sobre servicios públicos domiciliarios, que siguiendo el mandato del artículo 365 de la Constitución Política sometió a dichas empresas al derecho privado, aun en los eventos en que tuvieren capital estatal únicamente, como se percibe de la ley en cita respecto de contratos en que no se estaría sujeto a las normas de contratación oficial de la administración pública (art. 31), y en cuanto al régimen de actos y contratos que “se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado”.

De manera que bien puede afirmarse –lo mismo se dirá respecto de delitos distintos contra la administración pública, como el peculado– que este sector de empresas de actividad económica e industrial con aportes patrimoniales del Estado, dado que actúan bajo régimen de derecho privado, no puede generar actos de documentación pública; es decir, no puede crear documentos públicos, aun si, y a pesar de que, la ley en ocasiones denomina a los agentes de tales entes como “servidores públicos”, lo cual no pasa de ser un aspecto formal de la investidura, que no implica función pública por sí misma, y que no puede sobreponerse al mandato expreso de someterse al derecho privado en sus actos y contratos.

Este tipo penal consagra la llamada falsedad ideológica en documento público, que consiste en la falta de correlación entre el contenido representativo o declarativo del documento, con un segundo elemento extraño al documento –aquello que debió representarse o declararse, con lo cual ciertamente que no se atiende a su verdad objetiva sino que se establece una relación de contradicción entre dos objetos diversos: el documento en cuanto elemento autónomo del tráfico con una declaración o representación que le es propia, y un objeto externo a él mismo, con el cual se compara, para deducir la veracidad de la representación o declaración que muestra el documento como tal–. Con lo cual el delito en examen pasa por el juicio comparativo del juez o del particular que debe analizar el documento, y

valorarlo, de donde la falsedad predicada se deriva de tal juicio pero no del objeto documental.

Como parece claro, ya no se trata de la verdad del documento como tal –que es objeto independiente y autónomo respecto de su autor– sino de la confrontación de relación entre el documento (que es verdadero en cuanto es auténtico) y aquella materia objeto de prueba (persona, cosa o situación). Por lo mismo, bien puede afirmarse que el documento por ello no es falso en sí mismo como objeto del tráfico, sino incongruente la relación de los dos objetos comparados en el proceso de racionalización de dichos elementos.

Naturalmente que la ley en su libertad de configuración de las conductas típicas bien puede establecer como típica en el orden penal la discordancia de la relación indicada, a lo cual habrá que atender por imperio de la norma punitiva, pero en el entendimiento de que en esencia no se trata de la falsedad objetiva del documento (dado que él es verdadero por ser auténtico) sino que se establece como típica en el ordenamiento penal una relación de discordancia entre dos objetos, uno el documento –que es verdadero como tal– y otro un objeto por probar (factum probandum).

El inconveniente de tal postura legal, y teórica, es el de que la verdad como extremo de comparación dependerá del juicio de reflexión personal, tanto en el momento ex ante de la formación del documento como en el juicio ex post a la creación del objeto documental, con un alto riesgo de inseguridad para la definición de la conducta típica misma. Tanto que lo falso dependerá no de una aspecto objetivo, sino de un juicio personal sobre el documento, y por tanto el desvalor de acción como el del resultado de lo falso documental caerá en el ámbito del azar. Piénsese en un estado financiero en que el registro contable coloca el inmueble por su valor de catastro, dado que en libros así aparece. Si en el juicio posterior sobre el punto alguien determinara que el valor verdadero es el comercial actual, o el de adquisición, o el de su valor comercial más los índices de valorización, o definitivamente un nuevo valor depreciado por la crisis de la economía todavía no asentado en la contabilidad, concluiría que existe falsedad documental por inveracidad del contenido. Y si se analiza el momento ex ante del formador del documento se tendría

con evidencia que tal fue su convicción personal (juicio valorativo) sobre la verdad que debe ser consignada en el documento, dado que es aquello registrado como verdad comercial y económica en los libros contables oficiales, y por tanto debería concluirse en esa perspectiva que el documento es verdadero y no falso.

Es por ello que considero que las falsedades por inveracidad que trae la ley colombiana para los documentos públicos, por ser un retorno a la exigencia de verdad en la vida social –lo cual es un criterio ético– no constituyen un elemento de seguridad jurídica, pero además no son en esencia falsedad de los documentos sino una conclusión interna de reflexión de orden personal sobre la contradicción de dos objetos respecto de una verdad supuesta. Es por ello que los juicios de reflexión sobre los documentos (credibilidad, confianza, veracidad, engaño) que constituyen estados internos de la persona del tráfico que se enfrenta a los documentos no integran ni deben conformar el concepto de lo falso objetivo, ni deberían atenderse en la formulación de hipótesis típicas de falsedad documental. El delito de falsedad no es un delito de engaño, pues este está recogido en otras configuraciones típicas, como la estafa o el fraude procesal.

De todas maneras, con las salvedades anotadas, es claro que constituye conducta típica penal este tipo de inveracidad del contenido de lo que representa o declara el documento, con los riesgos ya advertidos.

La conducta típica solamente puede cometerse en el momento de la extensión del documento, es decir, en el momento de su fijación en el medio que lo soporta (momento de elaboración) por parte de su autor. Precisamente ello muestra la característica que la diferencia de la falsedad material. En esta el autor verifica una acción material de falsificación –“acción y efecto de falsificar”: Diccionario de la Real Academia de la Lengua– sobre un objeto preexistente (modificación) o mediante la fabricación material total del documento (falsedad ex novo), en una manipulación física por un autor espurio externo al objeto documental que por lo mismo se afectará objetivamente en su autenticidad. En tanto que en la falsedad ideológica no hay manipulación física del documento por un autor externo, como se dijo atrás, sino

que el autor legítimo del documento afecta su conformación de relación extrínseca (elemento material fuera del documento) mediante la fijación en el soporte de una mentira, o la omisión de alguna verdad, como supuestos que deberían estar en la representación o declaración documentada. La falsedad material es obra de un falsificador –sujeto extraño al documento–, en tanto que la falsedad ideológica emana del legítimo autor documental. Precisamente por ello el primero es documento falsificado en cuanto a su autenticidad objetiva interna, y el segundo falso en cuanto a su veracidad extrínseca de relación con un elemento extraño al documento pero que se considera un supuesto de él.

Dada esa condición temporal de la acción típica, cualquier modificación del texto y autor documentales (relación de autenticidad), aun efectuada por el mismo legítimo autor, implicará de por sí una falsificación material del objeto documental.

Las acciones típicas son de acción y de omisión, según el texto analizado. En efecto, se tiene de la fórmula típica que la acción del servidor público puede ser una de estas dos: a. Faltar a la verdad "consignando una falsedad", lo cual significará en esencia que se diga una mentira en forma positiva en el texto del documento en el momento de su fijación; es decir afirmar en la expresión textual un contenido de representación o declaración mentiroso; b. O, alternativamente, omitir una representación o declaración que debía, en virtud de alguna exigencia jurídica, fijarse en el soporte material documental.

Como es evidente, todo ello parte del supuesto axiológico del deber de veracidad del autor legítimo del objeto documental, que debe imponerse en algún sector del ordenamiento jurídico. Está claro que un deber de veracidad impuesto a la persona retorna a la exigencia de un derecho a la verdad de parte de la vida social. Y el delito se configura entonces como la infracción del dicho deber de veracidad, mediante la afirmación mentirosa, y por la reticencia de la verdad exigible, mediante la omisión de fijarla como contenido documental. Si aparece la obligación de veracidad como un deber exigible, y ello hace relación con un contenido mental del autor que decide quebrantarlo

mintiendo al documentar, por acción o por omisión, ello parece configurar el tipo claramente como un tipo de infracción de deberes funcionales. Pero no rigurosamente como un acto de falsificación del documento.

Es por esa razón que aparece en el texto, con nitidez, que la falsedad ideológica se verifica en cuanto el servidor público se halle "en el ejercicio de sus funciones", lo cual se explica debido a que es menester arraigar la figura típica en un deber preestablecido en el orden legal, lo cual siempre existirá para los servidores públicos por su oficio, y explica tanto la acción de mentir como la omisión de la veracidad. Así se manda en el artículo 10.° del Código Penal: "En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley". Ese deber se infringe diciendo mentira o dejando de decir la verdad. Es natural que tanto la mentira como la omisión de verdad deben tener significado jurídico de manera tal que resulten intolerables como situación de riesgo en el tráfico respecto de la prueba formalmente creada para el mismo, conforme a las reglas de la organización social.

Amén de que, dado el momento de la configuración de la conducta típica (al extender el documento), es evidente que debe pedirse de necesidad que se encuentre el documentador en ejercicio de funciones públicas, so pena de atipicidad de su comportamiento.

El objeto material de la acción es el documento, es decir un objeto que se independiza de su autor y cobra plena autonomía dentro del tráfico documental en su relación con todos, y que debe representar o declarar algo distinto de sí mismo, para la sociedad en la cual se coloca. Tal define ilustre autor colombiano: "… documento es toda cosa capaz de representar un hecho cualquiera o una manifestación de pensamiento", y "La representación de otro hecho, en el amplio sentido del vocablo, debe emanar o surgir del objeto y no de la mente del intérprete"{408}.

Por primera vez en la legislación penal colombiana la estructura de los tipos penales de falsedad circunscribe el objeto de la falsedad, dentro de una cualidad especial atinente a la prueba, con una expresión que condiciona el documento, y para este caso el documento público, bajo el

siguiente predicado: “que pueda servir de prueba”. Algún sector de la doctrina lo ha entendido como la exigencia de que el documento público realmente pruebe en el mundo del tráfico, es decir que produzca el resultado de convicción de un examinador de la prueba, bien oficial o privado.

Esta comprensión del predicado típico lleva a condicionar la falsedad documental a su eficacia en el mundo real, es decir, incluye en la consideración de la falsedad documental un resultado que está más allá del documento objetivo, como es el estado interno de persuasión de quien se vea abocado al examen de la prueba de documentos.

El defecto de la misma estriba en que: a. El efecto es un plus por fuera del documento mismo, y no hace parte de lo falso del objeto documental; b. El estado de credibilidad respecto de un documento depende de la capacidad subjetiva de reflexión y análisis del observador de la prueba, y su manejo de las reglas de experiencia, de ciencia y de lógica; c. Dada esa perspectiva es claro que el efecto probatorio (en el sentido de convicción o certeza) dependerá siempre del azar, según los sujetos y su capacidad en la valoración de la prueba; este efecto está en la “mente del intérprete”; y d. La ley penal cubre tal efecto, posterior a la consideración de la prueba documental como objeto, mediante la estructuración de otra serie de conductas típicas que contemplan el engaño y el error, como aspectos configurantes de los tipos penales respectivos en que se protege al individuo (no a la sociedad) de posibles engaños y errores de quien enfrenta la prueba objetiva.

Tales en forma amplia la estafa del artículo 246 del C. P., el fraude procesal del artículo 453 del C. P., el fraude al sufragante del artículo 388 del C. P., y la fraudulenta internación en asilo del artículo 186 del C. P., sirven como ejemplos. Es por esa razón que resulta compatible la falsedad de documentos, puramente objetiva, sin el engaño subsiguiente respecto de un particular, con la estafa que se basa en su configuración en un fenómeno posterior al documento: el engaño que genera en una persona que racionaliza sobre la prueba documental.

De manera que la expresión típica “que pueda servir de prueba” no puede apuntar a la eficacia del resultado

probatorio respecto de un hombre individual, pues ello hace parte de otro tipo penal, pero sobre todo excede el marco objetivo de los documentos existentes, como conjunto de medios de prueba, que pertenecen al tráfico colectivo social.

Si ello es así, será necesario encontrar otra explicación del predicado. Si se admite que los aspectos subjetivos propios del individuo (como la credibilidad, la confianza, el engaño, el error, la convicción o la persuasión) pertenecen a este y no al documento, y están cubiertos por otras conductas tipificadas en la ley que así lo contemplan, en relación con otros bienes jurídicos esta vez individuales, es evidente que la expresión se refiere a una cualidad probatoria del documento pero no a su efecto. Y dada su condición objetiva, no puede ser otra que una objetiva aptitud probatoria en cuanto en su configuración, y dadas las reglas de experiencia, aparece en el status general bajo la apariencia y conformación exterior objetiva de los restantes objetos de prueba de la vida social. Es el estado general de la prueba, como condición de seguridad de la vida social, lo que permite requerir que la prueba objetivamente sea genuina, sin contaminación de falsedad alguna objetivamente vista, como situación ideal para el desarrollo de la vida organizada socialmente. Ello permite descartar para efectos falsarios todo documento sin tal aptitud, por ejemplo el escrito anónimo, que por esa condición no tiene aptitud probatoria respecto de ninguna persona del tráfico en tanto permanezca en el anonimato; o los documentos históricos, que por la obsolescencia ya no tienen aptitud probatoria en el tráfico, y no pertenecen al mismo: v. gr., el documento del registro del nacimiento real de Nefertiti la reina egipcia del siglo XIV a. C.

Así entonces parece que el predicado “que pueda servir de prueba” señala una cualidad objetiva del documento que podría explicarse en dos sentidos: excluye aquellos que carezcan de todo significado que pudiera probarse –en abstracto– con el documento, según las reglas y usos sociales, y deben estimarse incluidos en el concepto aquellos de contenido relevante, de orden jurídico, dado que ex ante sí tienen tal aptitud. Queda por fuera de consideración la dinámica del objeto documental y su aptitud probatoria efectiva respecto de una persona concreta –que no es el tráfico general–, dado que en tal caso devendrá un efecto de persuasión (el documento ha

probado, es decir, ha persuadido), que está por fuera del documento, y que no puede condicionar la falsedad documental, como se vio, pues ello requeriría un supuesto perverso en la ley: el que la prueba falsa pruebe efectivamente, para tener por realizado el delito de falsedad. Es evidente que las pruebas falsas en principio no deben probar, dada su falsedad, por petición de principio, razón por la cual su consideración penal corresponde a un estado de la prueba social, que se ubica antes del engaño al particular.

Por ello no se requiere para efectos de falsedad que las pruebas sean autenticadas mediante una actuación que lo establezca (ahora la ley en los documentos privados los presume auténticos en muchos casos, y en ocasiones con la sola presentación a las oficinas judiciales, cfr. art. 11 Ley 486 de 1998), dado que aun cuando carezcan de tal condición pueden y deben ser apreciadas procesalmente, y con mayor razón cuando hacen parte de la vida diaria extraprocesalmente. Digo también extraprocesalmente pues no podría pensarse en una exigencia más rigurosa para los ciudadanos corrientes, que aprehenden y se relacionan con la prueba en el tráfico diario, que para los jueces que actúan en la reflexión sobre la prueba prevalidos de una formación especializada, con una experiencia en ello y unas reglas que les permiten un mejor conocimiento a través de los medios de prueba (sana crítica o tarifa probatoria).

Pero la condición general para la sociedad como titular de la seguridad del tráfico jurídico, y no exclusivamente para el juez en la conducción de procesos, es la de que, con la nota de autenticación o sin ella, desde que los documentos satisfagan la condición de garantía colectiva de señalar su autor a partir del documento (autenticidad, aun cuando no tenga nota especial) tienen el carácter de documentos existentes en el tráfico corriente, y por tanto pueden usarse como pruebas –en abstracto– . En esa condición, por ende, reúnen la exigencia del tipo de “que puedan servir de prueba”.

No ha sido entendido así en algunos sectores de la praxis judicial colombiana, pero es evidente lo que se afirma aquí si se revisa el contenido del artículo 11 de la Ley 486 de 1998 que dice: “Autenticidad de documentos. En todos los procesos, los documentos privados presentados por las

partes para ser incorporados a un expediente judicial, con fines probatorios, se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con los documentos emanados de terceros". Ello demuestra que los documentos tienen aptitud probatoria por sí mismos sin necesidad de la autenticación, que es una exigencia formal del proceso para su apreciación y que en ocasiones se usa en otros sectores de la vida social, pero que nada tienen que ver con la aptitud probatoria que corresponde al documento en sí mismo, y comprueba definitivamente que la credibilidad que se otorgue al mismo depende solo de la reflexión personal de quien examine el documento.

Aquí es menester una consideración de lege ferenda: es evidente que si la autenticidad (no la autenticación) emana del documento en sí dada su función de garantía (señala su autor), y la ley ya presume la autenticidad de la documentación privada en las actuaciones judiciales, entonces no tiene mayor sentido la diferencia entre documentos públicos y privados a efectos de la falsedad documental, en vista de que basta la condición de existir en el tráfico como objetos documentales con un texto y un autor tanto para los documentos públicos como para los privados (autor público en funciones para aquellos, autor privado para estos) para ser apreciados valorativamente en el proceso o en la vida social en las interrelaciones del tráfico. A partir de la autenticidad (cuestión objetiva), en el juicio de reflexión sobre la prueba, puede el valorador admitir o no como cierto el hecho representado, tanto en una como en otra clase de documentos. Salvo reglas coercitivas al respecto (pruebas ad substantiam actus o ad solemnitatem), en que la prueba documental no solo es medio de prueba, sino requisito de existencia del acto material y de su validez. En este caso la ley efectúa la valoración por el intérprete en el proceso.

Pero ello no cuenta en esencia para el sentido del uso social del tráfico, que como tal no está sometido a reglas fijas de interpretación y valoración de pruebas, aun cuando se guíe con razones de experiencia por tales principios en muchas ocasiones. En la dimensión del colectivo social es claro que cada hombre del tráfico puede creer o no en la declaración o representación documentales (credibilidad personal subjetiva), en igualdad de condiciones de racionalización de

la prueba tanto con documentos públicos como con documentos privados, y, como se vio, autenticados o no autenticados. El documento del tráfico lo es en cuanto cumpla tres funciones objetivas: de garantía, en cuanto indica a partir de si el autor; de perpetuación de la declaración o representación, dada su autonomía y permanencia respecto del creador documental, y de medio de prueba del acto de documentación en sí mismo (no de la certeza de lo representado).

Por ello digo que el engaño, el error, la credibilidad, la convicción o persuasión, como aspectos de la esfera cognoscitiva del hombre, no pueden ser ni son del documento sino de la persona que valora el documento, y por ese motivo no pueden determinar el concepto de falso documental.

En resumen, se tiene que la expresión típica “que pueda servir de prueba” limita el objeto material de los tipos de falsedad a esos específicos documentos con aptitud probatoria, que lo son todos, tanto públicos como privados en cuanto reúnan objetivamente en sí las tres funciones indicadas atrás (perpetuación, garantía, medio de prueba) y aparezcan en el tráfico –no en el dominio personal del autor–. Esa es su condición, de estar en el tráfico, que es el momento de la falsedad documental –no antes ni después–, y por tanto no es necesario esperar a que se produzca el engaño particular (eficacia probatoria), o que el documento adquiera una determinada condición formal que simplemente reafirme lo que ya es el documento en su materialidad.

Este elemento típico que se expresa diciendo “que pueda servir de prueba” merece aclaración para los casos de omisión en la falsedad ideológica –que permitirá una conclusión para los demás casos de falsedad– dado que en la Comisión Redactora del Código de 1980, antecedente del actual artículo 286 del C. P., el comisionado Reyes preguntaba con rigor qué era lo que podía servir de prueba, dado que lo callado en el documento no podía probar precisamente por estar omitido. El texto propuesto decía de “consignar una falsedad que pueda servir de prueba” o “callar una verdad apta para servir de prueba”, lo que suscitó este diálogo en la comisión: “¿Qué es lo que sirve de prueba? La falsedad que se consigna o que se calla en el

documento, o el documento mismo, porque en el artículo anterior esa aptitud se predicaba del documento en sí y en este caso no se hace lo mismo [...] Lo que se calla no es prueba o no puede servir de prueba sino en cuanto se refiera al documento"; a lo cual respondió Romero : "se quiere dejar en claro que la falsedad que se introduce o que se calla (sic) debe tener relievancia en el tráfico [...] sin que ello quiera decir que no se refiera al documento en sí."{409}.

Aquí es evidente que se indaga por el efecto eventual de probar ante un particular como condición de la falsedad ideológica, y de la razón del cambio dado que la conformación anterior se refería a la aptitud en sí de los documentos sin contar con el resultado ante un tercero. Es evidente que la referencia que finalmente quedó en la ley colombiana ("que pueda servir de prueba") se refiere entonces a una cualidad del documento en sí, y no al efecto probatorio de lo representado o declarado ante un persona particular que se enfrente al documento. Es entonces, no solo para este tipo penal sino para todos en los que aparezca tal expresión, una referencia a una condición inherente al objeto de prueba existente en el tráfico, que tiene tal aptitud in genere por su contenido en relación con la vida social y jurídica.

Precisamente, y no obstante lo que se acaba de decir, en esta clase de falsedad se atribuye al documento mismo la capacidad de ser referente de una verdad externa al documento, que si no la contempla se dirá que no la representa o declara en el texto, por reticencia, incumpliendo el deber especial de veracidad que atañe al autor. Pero ello, precisamente, indica que tal verdad no quedó representada por una infracción de deber del servidor público (parece más una infracción en la órbita de la administración pública), pero no lleva a conclusión ninguna sobre eficacia probatoria diversa a lo ya expuesto: dada su condición objetiva como medio de prueba, se tendrá que el aspecto omitido no quedó representado en el objeto debiendo estarlo, de lo cual nadie tendrá que concluir que lo omitido está afirmativa o negativamente probado. Pues, como se viene diciendo, los efectos probatorios no están en el documento, como se ha dicho antes, sino en el proceso de reflexión probatoria particular de quien valora la prueba de documentos, el cual dirá qué significado le otorga. Lo

sucedido en la comisión muestra cómo no es correcto, según la historia de la disposición legal, que se quiera enlazar al objeto documento un proceso y un efecto subjetivos extraños al mismo, que no establecen su falsedad en estricto sentido.

De lo que se trata entonces no es de que lo representado o la declaración documentales puedan efectivamente probar como efecto o resultado en la esfera cognoscitiva del hombre, sino que la cosa misma (el documento es una cosa representativa), por su conformación objetiva, contenga las reglas objetivas de formación previstas en el ordenamiento jurídico en materia de pruebas documentales, al momento de ser colocadas en el tráfico. Una de tales reglas, por disposición especial de las leyes penales, excepcional me parece dado que implica una exigencia social a la verdad: es la de que los documentos públicos deben ser veraces en su contenido en cuanto este tenga importancia probatoria, y tal deber de veracidad comprende la acción o la omisión en el acto de documentar. En esencia, se repite, no es una falsificación documental, sino la infracción de un deber funcional del servidor público de consignar la “verdad” sin cambiarla, y el de no omitirla.

Sirva la inquietud de la comisión, ya transcrita, para reafirmar aquí la idea de que el efecto probatorio, es decir el estado subjetivo de convicción, no hace parte de la falsedad, y que por tanto no puede de antemano inquirirse por qué ha probado el documento, pues ello no es aspecto que tenga que ver con la falsedad predicable del objeto mismo, aun en los casos de afirmación de una mentira o de omisión de una supuesta verdad.

B. LA FALSEDAD MATERIAL EN DOCUMENTO PÚBLICO (ART. 287 DEL C. P.)

El legislador colombiano incluyó en un solo texto la falsificación de documentos públicos por un autor particular, como por uno con la calidad de servidor público

en ejercicio de sus funciones, que antes se hallaban en dos tipos diferentes (arts. 218 y 220 C. P. de 1980). Por lo demás, los textos son semejantes a los que se leían en la anterior codificación, sin variación de contenido o significado.

El texto actual dice en el artículo 287 del C. P.:

Falsedad material en documento público. El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres a seis años.

Si la conducta fuere realizada por un servidor público en el ejercicio de su funciones, la pena será de cuatro a ocho años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de cinco a diez años.

Debo comenzar por el inciso segundo, que es conducta típica más grave porque, además de la falsedad documental, envuelve el quebranto de deberes especiales del servidor público, razón por la cual se pena con más intensidad punitiva. La pena a la que se refiere el inciso cuando dice "la pena será de cuatro a ocho años" es de prisión, dado que debe interpretarse como una referencia a la misma calidad de pena que se impone al particular previsto en el inciso inicial del texto. No es grave en modo alguno, y sin dificultad se entiende, pero cierto será que como ello envuelve la seguridad jurídica de los ciudadanos, y la libertad humana, pues señala el monto del castigo imponible, no debió dejarse resquicio siquiera a una interpretación distinta.

La falsedad material por servidor público, en documento público, se describe típicamente con la expresión deducida del texto: "El servidor público que falsifique documento público que pueda servir de prueba, en el ejercicio de sus funciones", incurrirá en la pena ya comentada.

Es evidente que también aquí el sujeto activo del tipo es un servidor público, es decir una persona empleada al servicio del Estado que desempeña funciones de contenido funcional material adscritas por al Constitución Política al Estado. Por lo mismo no tienen tal calidad para efectos de la creación de documentos de este carácter aquellas personas formalmente consideradas, por la ley, como servidores públicos, pues no cumplen realmente funciones públicas según el ordenamiento constitucional. Es evidente además que ello sea así, si la definición legal dice que documento público es el creado en el "ejercicio del cargo" (art. 251 CPC), que es igual que decir en el ejercicio de funciones públicas, como rezaba una disposición del Código Civil ya derogada.

En este aspecto, me remito a lo dicho en el comentario al texto anterior respecto del servidor público; no obstante lo cual reitero que, en mi opinión, los llamados por la ley servidores o empleados públicos de las empresas industriales y comerciales del Estado, de las empresas de economía mixta, de las entidades administradoras de recursos parafiscales, de las empresas de prestación de servicios públicos domiciliarios, no desarrollan funciones materialmente públicas, aun cuando su capital sea total o parcialmente del Estado. Este aspecto del capital social de la empresa no determina en el sistema Constitucional y legal la conversión de dichas actividades de índole industrial y comercial en funciones normativamente adscritas al Estado en orden al servicio público. Así se deduce del régimen privado que las gobierna según los decretos 1050 y 3130 de 1968 y las Ley 469 de 1998, y 142 de 1994, que se citaron en relación con la falsedad ideológica, y a lo cual me remito. Insisto en que es la función pública estatal la que constituye la fuente legítima de formación de documentos públicos, por lo que un empleado denominado formalmente como público, si no tiene materialmente la función pública, no puede crear documentos públicos (de lo menos no puede surgir lo más).

Describe el texto legal como configuradora de la conducta típica la acción del servidor público "que falsifique" documento público. Es la misma acción de los tipos que se refieren a la falsedad de particular en documento público (art. 287 inc. I.° C. P.), la falsedad en documento privado (art. 289 C. P.), y la falsedad por uso de documento

falsificado (art. 291 C. P.), que de necesidad implican una falsedad de orden material por el sentido de la expresión del tipo.

Adviértese que la descripción típica emplea, para configurar y fundamentar los demás tipos del capítulo, expresiones verbales adecuadas a la distinta naturaleza de las conductas que quiere prohibir bajo pena el legislador.

Así se tienen las acciones de la falsedad ideológica del artículo 286 del C. P. (consignar una falsedad, o callar total o parcialmente la verdad); la de obtención de documento público falso del artículo 288 del C. P. (inducir en error a un servidor público); las de destrucción, supresión u ocultamiento de documentos públicos o privados (arts. 292 y 293 C. P.), y la de falsedad personal (art. 296 C. P.: sustituir, suplantar a una persona, o atribuirse) que utilizan para su definición otras acciones diversas a la falsificación: según la modalidad de conducta falsaria, es claro que la falsificación está nítidamente reservada a los cuatro casos mencionados. En estos casos la acción no consiste en una modificación material de los documentos, ni en la actuación de alguien mediante fabricación física del objeto material documental.

No así en el tipo en examen, en que se requiere “falsificar el documento público”.

Pues bien, la expresión “falsificar” tiene el significado preciso de “adulterar, contrahacer”, y la “falsificación” es acción y efecto de falsificar, de donde se tiene que en esencia se trata de una actuación material del hombre sobre el objeto documental, o una manipulación material mediante creación total por fabricación del objeto, que le atribuye una cualidad negativa de ser falso respecto de su opuesto verdadero. Dado este sentido de la expresión ciertamente que resulta imperativo decir que la expresión falsifique, o falsificación, identifica la acción propia de la falsedad material de los documentos, bien por acción sobre un documento genuino preexistente en el tráfico o por confección material de un objeto no existente en el mismo. En ambos casos se requiere una manipulación operativa de orden físico para crear otro documento diverso del original, o para crear materialmente uno que no podría crearse por quien lo fabrica.

En tal sentido la jurisprudencia ha entendido la expresión “falsificar”, diciendo: “No cabe duda que para el legislador de 1980 cualquier forma de falsificación material que se haga en documento público, y privado, queda comprendida en el verbo rector ‘falsificar’. Esto respecto de las llamadas formas propias de falsedad, ya que a las impropias se les dio tratamiento separado”{410}, en un caso en que se rechaza que la fabricación ex novo de un documento corresponda a una falsedad ideológica.

En la falsedad material por modificación se tienen en la cuenta dos aspectos:

I. Que la acción de modificación cabe respecto del texto documental, en su contenido representativo o declarativo propio y determinante. Ella puede ser, de otra parte, una acción física de adición o de supresión de una parte del objeto documental, que –como veremos luego– altere su sentido probatorio en su condición objetiva. Tales adiciones o supresiones deben significar un cambio en su cualidad probatoria en relación con aquello representado o declarado en cada documento, y que debe ser probado mediante él. Ello porque, limitada la falsificación a objetos que “puedan servir de prueba”, es evidente que resulta un contrasentido admitir que la modificación sobre un elemento documental de representación o declaración, no significantes probatoriamente, dada una estimación objetiva del documento, pueda alcanzar el sentido de prohibición del tipo penal en comentario. La modificación puede ser físicamente pequeña o extensa, pero siempre debe incidir en el significado probatorio documental para cambiarlo. Por ejemplo: S ha vendido una casa a T, por escritura pública. Molesto porque no han indicado en tal documento sus títulos nobiliarios y su condición de prohombre en la ciudad, subrepticiamente agrega tales títulos y condiciones personales. Se debe concluir que, visto el significado probatorio de la escritura, que es la compraventa del inmueble, el cual permanece inalterado, la adición de lo escrito, si bien es un cambio material, no es una modificación de sentido probatorio, y por lo mismo no puede reputarse falsedad documental. O, v. gr., en otro caso: en el recibo que expide a en relación con la entrega que hace a B de 1.500 onzas de oro firma el recibo correspondiente y certifica su pago. B desplaza el punto de la cifra i .500 al espacio posterior al 5, con lo cual queda el recibo

representando 15.00 onzas de oro, como entregadas y pagadas por A. Aquí es igualmente claro que existe falsificación, dado que el cambio de sitio del punto implica una considerable variación del significado probatorio en sí mismo del documento.

Igual se diría frente a supresiones documentales: como en el caso en que el documento declare no haber recibido el pago, y se borre (supresión) el adverbio “no”, con lo que el sentido es el opuesto al que contenía el documento original. O en el caso de la supresión completa por cualquier medio (borrado, tachadura, substancias químicas, etc.) de una cláusula significante del documento, como el pago en una compraventa.

2. Que la acción de modificación material recaiga sobre el autor que aparece del texto documental. Ya se vio que el documento cumple tres funciones en el tráfico jurídico: de perpetuación de lo declarado o representado, de medio de prueba de que se hizo tal representación o declaración, y de garantía del autor documental, es decir de que el objeto documental proviene de quien aparece como su creador o formador para el tráfico social. Es precisamente el conocimiento de quién es el autor lo que permite establecer una circunstancia general de confianza en el tráfico, dado que sobre ese supuesto cierto se tendrá una base objetiva adecuada para asentar en tales pruebas el tráfico jurídico.

El autor usualmente estará indicado por la firma del texto documental, pero puede igualmente identificarse a partir del documento mismo, como cuando se menciona el nombre del autor en el tenor literal, u otras circunstancias semejantes. Si el nombre del autor no se conoce del documento mismo, pero se determina posteriormente por medios extraños al documento, v. gr., declaraciones testimoniales, o prueba grafológica, no existe autor apareciente en el documento, que por tanto carecerá de autor en cuanto objeto. En tales casos es probable que sea el autor documental, pero ciertamente que no es el autor que se deriva del documento en su autonomía. No cumple el documento, así, con una de sus funciones en la vida social: la de garantía del tráfico general respecto de un autor cierto y conocido del documento, que como tal debe surgir del mismo y no por otros medios probatorios.

– El desvalor de acción de falsificar. La acción de falsificar en el tipo tiene sentido de acto voluntario, orientado finalmente a conferir al objeto documental una cualidad diversa a la original o auténtica que él tiene, dado que es acción de alterar una materia previa o crear una materia no existente, en relación con un estado social de la prueba contrario al que se pretende mediante la acción de falsificar. Si, entonces, el autor de falsificación parte del objeto verdadero para convertirlo por su acto en falso, será claro que no puede sino mediar una orientación de la voluntad en la conducción final de la acción hacia lo falso. Y, de la misma manera, si hay una situación de ausencia de prueba, y el falsario decide fabricarla materialmente, se debe admitir que su acción está finalmente dirigida a crear un objeto en contrario del estado de prueba preexistente (ausencias de prueba). Solo en estos casos se advierte el desvalor de la acción del autor, que tiende a separarse de lo verdadero documental.

Por ese motivo no existe falsificación de documentos (ni falsedad en general) por error, o por ignorancia, ni en la situación de corrección de errores. No cabe en tales condiciones admitir que existe en el autor un desvalor de falsificación en su acción, dado que no tiene conciencia de que falsifica, aun cuando como resultado produzca, en virtud de error o ignorancia un documento a divergencia del original y auténtico; pues no basta para la imputación el desvalor del resultado, sino ambos conjugados en el mismo contexto de la conducta típica. V gr., el notario descubre, al examinar la minuta, que en la escritura ya otorgada se colocó el nombre de uno de los otorgantes cambiado, pues en vez de Rey se escribió Reyes. Irregularmente decide borrar las letras sobrantes en el documento ya otorgado, con lo cual su acción no pretende distanciarse de la declaración de los autores de la escritura, sino, por el contrario, ajustarse a la declaración que quisieron documentar. Es decir, se retrotrae el texto documental a la voluntad de documentación de sus creadores. Adviértase que no se dice a la verdad material, sino a la verdad formal expresada por el documentador.

En una situación contraria a la del ejemplo anterior, se documenta una compraventa de un inmueble de y para z por un millón de pesos, y luego el notario descubre que no es el precio en la realidad, sino cinco veces más, razón por la cual

decide borrar para reemplazar en el escrito el precio simulado por el real. En este caso existe con claridad la voluntad del notario de apartarse del documento como tal, para colocar un contenido diverso –así sea el real–, y cometerá una falsedad del documento aunque no de la realidad. Frente a las reglas de formación de documentos se advierte con nitidez el desvalor de la acción del notario en el caso del ejemplo. Aun cuando falsifique para colocar la verdad material, es punible como tal falsedad aunque con la reducción de pena prevista en el artículo 295 del C. P.

– La corrección de errores y el desvalor de acción. Es igualmente de considerar que la corrección de errores, aun cuando ello se haga de modo irregular según los reglamentos de una actividad determinada, no configura tampoco falsificación de documentos en este orden. En efecto, si se ha dicho ya que en la falsedad es necesario, no solamente el resultado, sino fundamentalmente el desvalor de la acción de falsificación (en cuanto orientación de la voluntad hacia lo falso que se manifiesta en la acción misma), es evidente que el cambio objetivo del documento para corregir un error implica la acción contraria a la de falsificar. En efecto, si se advierte que el documento objetivamente, por el error previamente cometido, contiene una representación o declaración diversa de la que en su configuración auténtica u originaria se le dio, es evidente que el objeto documental no corresponde a su originalidad o genuinidad, y por tanto la acción que persiguiera la finalidad de volverle ese estado originario o genuino carecería de todo desvalor de acción en el campo de la falsedad. Precisamente el cambio del documento mediante la corrección apunta a restituirle su condición verdadera (auténtica), se orienta a restablecer el estado en que debió entrar legítimamente al tráfico –el que su autor le dio para el tráfico–, por lo que carece de todo sentido de desvalor. Es simplemente una corrección de lo errado del objeto orientado hacia lo verdadero documental que no puede ser reprochado en la acción.

El objeto de falsificación es el documento público, que es el producido por el servidor público en ejercicio de sus funciones; es decir que la fuente de su naturaleza de público es la actividad funcional pública en sentido material, razón por la cual podría decirse, abstrayendo al autor –en su investidura nada más–, que es el objeto documental

producido por la función pública del Estado constitucional y legalmente establecida.

Es también evidente que el servidor público puede producir documentos en una doble calidad individual: como persona privada –el girar un cheque de su cuenta personal– y como persona al servicio del Estado –expedir el decreto de nombramiento de un ministro de Estado–, y que la investidura, que no se pierde durante el ejercicio del cargo, no incide desde el plano puramente personal para definir la condición pública o privada del documento. Es modificar el punto de partida, pues solamente la función en virtud de la cual se cree o forme el documento por un autor es la que le otorga la calidad de público al documento.

Sobre el concepto de documento, la función pública y el concepto de servidor público ya se dijo en otro aparte lo que pienso.

Finalmente, se requiere que el documento público "pueda servir de prueba" en el tráfico jurídico, como es evidente. Aunque atrás ya se puntualizó lo relativo a este aspecto como simple aptitud probatoria objetiva inherente al objeto documental, es importante repetir que no se trata de una exigencia de eficacia probatoria frente a un individuo en concreto, visto que ello depende de la capacidad del juicio crítico en el análisis de la prueba, y la posibilidad (eventual) de que aquél crea, confíe o adquiera la convicción como efecto de tal racionalización sobre la prueba. Con ello dejaría la falsedad su sentido social, colectivo, y carecería de significado el bien jurídico de la seguridad general del tráfico jurídico (fe pública en sentido amplio).

Refuerza este argumento el hecho de que la Comisión Redactora del Código de i980, en los proyectos anteriores que fueron el origen del texto que se comenta, expresamente consideró que se trataba, en todos los tipos que lo incluyeron, de una aptitud probatoria del documento en sí mismo, sin otra consideración adicional (cfr. supra, cita del acta 80 del Anteproyecto).

C. LA FALSEDAD DE PARTICULAR EN DOCUMENTO PÚBLICO

En este mismo texto aparece el tipo penal que comprende la falsedad de un particular que crea o forma un documento público falso. Dice el texto del artículo 287 del C. P. “El que falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de tres a seis años”.

A diferencia del caso anteriormente expuesto, es evidente que la situación descrita requiere que el autor de la falsificación sea una persona no cualificada como servidor público en ejercicio de funciones públicas. Es decir que el sujeto activo de la acción típica debe ser un “particular” en sentido amplio. En efecto, la fórmula típica excluye al servidor público en ejercicio de funciones; en esencia, no al servidor como tal, sino a la función pública legal en relación con los actos de documentación. Es evidente que, desde ese ángulo, un particular puede incurrir en la falsedad mencionada, pero también un servidor público, aunque por fuera del ejercicio estricto de su función pública, lo que en la situación de relación anotada en el tipo equivale a ser también un particular, dado que lo relevante para la situación descrita en la ley es que la falsificación se realice “fuera del ejercicio de funciones públicas”, condición que satisfacen tanto el particular –porque no las tiene– como el servidor público fuera del ámbito de su competencia estricta. Que es lo contrario de lo previsto para el inciso segundo del texto.

La acción típica es igualmente la de “falsificar” (“falsifique”), que, como se dijo antes, es la acción humana de contenido material que obra físicamente sobre el objeto documental para imbuirlo de una calidad negativa, como la de ser falso respecto de aquel patrón documental que se estima verdadero (el auténtico). También aquí es claro que tal acción opera de dos maneras: modificando la prueba documental legítima preexistente, o fabricando en su totalidad el objeto documental. Las demás condiciones sobre la necesidad de que haya alteración no resultan determinantes sino en cuanto cualitativamente se afecte el significado probatorio que el documento tiene en sí, por lo cual no importa la extensión o magnitud físicas del cambio.

Vuelvo aquí a la necesidad de tener en la cuenta que todo cambio o modificación no implica la imputación de falsedad

por falsificación, sino en cuanto exista un desvalor de la acción del autor documental, en cuanto actúe tendiendo a producir mediante tal modificación un documento diverso del genuino. Con lo cual no existe falsificación por error o ignorancia, dado que no se conoce ni quiere falsificar, o porque el cambio material está determinado por el sentido de corrección de un error objetivo del documento (no de la realidad material), pues es evidente que no puede desvalorarse en sede de falsedad documental el acto que pretende dar su objetividad prístina al objeto documental, visto que la actitud interna del autor se orienta conforme al derecho que rige la autenticidad de los documentos.

Este tipo tiene, en el caso de autor particular, una diferencia con el texto antes comentado (inc. 2.° art. 287 C. P.), dado que, si bien ambos se refieren a documentos públicos como el objeto de la falsificación, es evidente que, en los casos de formación integral del documento, el particular o el servidor público por fuera del ejercicio funcional no pueden formar documentos públicos.

Existe una confusión derivada de la expresión lingüística del tipo, pero, como resulta forzoso, es claro que aquí no existe legalmente un documento público. Luego entonces se tratará de la creación de un objeto documental con la apariencia objetiva de un documento público, que no adquiere tal calidad precisamente porque no ha sido originado por la función pública.

De modo que la acción típica debe ser entendida en su significado en dos sentidos:

La acción de un particular o de un servidor público fuera de funciones, mediante actos de modificación de un documento público preexistente, caso en el cual es cierto que el particular falsifica un documento público. Precisamente la acción del falsario particular es la de falsificar (no la de crear documentos públicos legítimos), que como tal acción de falsificación puede ser desarrollada por un particular, y en tal hipótesis perfectamente puede recaer en un documento público previamente formado. La expresión típica se entiende como modificar un documento público, que elimina toda duda al respecto.

1. La acción del particular o del servidor público fuera de funciones, que, dado que estamos en un tema de falsedad material, forman un documento en forma integral, es decir lo fabrican completamente, desde el soporte hasta el contenido representativo o declarativo y su autor. Aquí no se acude por el legislador penal al sentido jurídico funcional de creación de documento público, el cual en el artículo 251 del CPC se define con la expresión de “otorgar”, que a su vez, conforme al diccionario, significa “disponer con autoridad pública”, que sería un imposible tratándose de quien carece de ella para el caso concreto. Ni la falsedad material de documentos por creación total involucra la consideración de creación funcional del documento, sino la más corriente y burda de fabricar materialmente el objeto, con una apariencia externa (en el texto y el autor) semejante a la de los documentos públicos. Hubiera sido deseable más rigor en el lenguaje de la ley, dividiendo en dos el tipo: uno para la modalidad de falsificación de documento público por particular con la expresión actual, lo que es perfectamente posible, como se dijo; y otro para la modalidad de fabricación de un documento por un particular con el significado de un documento público.

2. Si la expresión falsificar y falsificación comprende la falsedad material, y esta a la vez tiene dos subespecies: la de alteración de un objeto documental preexistente y la de creación in toto –soporte y representación– de un documento, que no es otra cosa que fabricarlo, dada la carencia funcional que le da sentido, es válido concluir que la expresión típica “falsifique”, en la segunda posibilidad, tiene el sentido de “fabrique” un documento que “aparezca” como público en el tráfico, en vista de que no puede otorgarlo o crearlo funcionalmente.

Es cierto que el objeto de la acción de falsificar en el tipo es un documento público, en relación con el cual es propio indicar que para la falsificación material por modificación o alteración, ello resulta claro: debe tratarse de un documento público que previamente haya sido formado por otra persona en ejercicio de una función pública. Y en segundo lugar es indudable que, en la hipótesis de falsificación material por creación integral (ex novo o in toto) que está abarcada por la expresión falsificar, no puede decirse que ello recaiga sobre un documento público, sino sobre un documento fabricado con remedo de las formas y

apariencias de los públicos de uso normal en la vida social, por su texto o su autor.

3. Si se discutiera que en ese evento la conducta del particular es atípica, puesto que no falsifica documento público dada su incapacidad para crearlo, se tiene que, como la falsedad material consiste en la afectación de la autenticidad (que comprende la relación de identidad de autor y texto) de los documentos, en cualquiera de sus dos elementos o de ambos a la vez, esto último como en este caso de falsedad ex novo, está claro que a ello se atiene la ley penal, pues dentro del concepto de lo espurio bien se puede fabricar un objeto con la configuración que el artífice quiera darle, aun cuando nunca pueda adquirir la legitimidad de origen.

Este es el sentido de la ley penal, y obviamente así se lo ha entendido desde siempre en nuestro sistema. En tal sentido la jurisprudencia{411}, que rechaza el criterio de una sentencia de instancia frente a un documento con apariencia de público elaborado por un particular, que en forma absurda condenó por falsedad en documento privado con el argumento de que el falsario carecía de la función de creación de documento públicos.

Así mismo, siguiendo el esquema general de los tipos de falsedad, se requiere que el documento –no su representación o declaración– “pueda servir de prueba”. Ya se explicó que ello debe ser entendido como la “aptitud del documento en sí” para probar; es decir, se trata de una cualidad que reside en el objeto documental con independencia de su efecto o su relación con la convicción que alguien tome del mismo, puesto que esa situación interna pertenece a la capacidad cognoscitiva de las personas pero no al documento.

En ese orden de ideas no se requiere que el documento despliegue su aptitud de probar, ni que se exija una nota especial de autenticación –que además no incrementa en modo alguno la aptitud probatoria del documento–, ni tampoco que carezca de dicha nota o de requisitos especiales como la presentación en una oficina determinada, pues ellos son condiciones de su trámite en la circulación del tráfico pero no se relacionan con la capacidad probatoria inherente al documento Más

ampliamente en otro punto de este trabajo se revisa el aspecto de la aptitud probatoria del documento.

En este sentido de la aptitud probatoria inherente al documento, la jurisprudencia dijo, al resolver un caso de destrucción de documentos, que la fe pública se afectaba "independientemente de si con la conducta falsaria se alcanza a irrogar daño concreto [...] Lo relevante es [...] la potencialidad que tenga para lograrlo, lo cual viene determinado [...] por la aptitud declarativa del documento falsificado"{412}.

d. LA OBTENCIÓN DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO

Por primera vez aparece en la legislación un tipo penal que se ocupa del tema, aun cuando no es la primera ocasión en que el tema se propone en la evolución legal del derecho penal colombiano. Ya en el proyecto de 1974{413} se había considerado una figura semejante, solo que en aquella se exigía que el particular obtuviera la elaboración del documento público sin indicar la manera o el modo ("El que obtuviere que un funcionario."), consagrando un tipo de resultado, lo que en el texto actual apenas constituye un elemento subjetivo del tipo; y, como segunda diferencia, en el actual Código se requiere que se induzca en error para la producción del documento oficial, lo que no se contempló en aquella ocasión.

La redacción del tipo es:

Artículo 288. El que para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa, o callar total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de tres a seis años.

Consagra una solución típica para las dificultades evidentes de casos prácticos en que funcionarios públicos, especialmente los notarios, eran víctimas de error inducido por un particular, con la consecuencia de extender un documento no verídico en su contenido.

La solución que se dio fue contradictoria y disímil. Había quienes consideraban que el notario incurría en la conducta típica de falsedad ideológica, pero que debía excluirse su responsabilidad por el estado de error en que había actuado. El particular se miraba como determinador de la falsedad ideológica del funcionario notarial. Otra solución fue la de estimar que el notario no incurría en falsedad en modo alguno, puesto que no conocía que faltaba al deber de consignar la verdad documental, y, dada la accesoriedad de la posición del partícipe particular (determinador), este quedaba impune. No faltó la tercera posibilidad de que fueran condenados los dos, el notario y el particular, este como determinador y aquel como autor de falsedad ideológica en documento público.

La estructura del tipo incluye estos elementos:

Un particular en el sentido ya indicado antes (incluye al servidor oficial fuera de funciones), que debe reunir en sí la finalidad de obtener un documento público no verídico, y realizar la acción de inducir error suficiente en el servidor público para que lo extienda o lo produzca.

– Un elemento subjetivo aparente del tipo. La ley incluye, con la apariencia de elemento subjetivo, esta exigencia: "para obtener documento público", es decir que la acción del particular ex ante debe ir dirigida a la finalidad de lograr que el servidor público produzca un documento, propio de las funciones del mismo, en condiciones de inveracidad, bien en el texto, bien en el autor documental. Este mismo elemento marca ab initio el desvalor de acción del particular que induce al servidor público en las condiciones del tipo, puesto que ello requiere orientar, aprestar los medios y las condiciones de modo de crear el estado de error en el agente del Estado o el notario, condicionado todo ello al fin de que se elabore y coloque en el tráfico un documento público garantizado en su autenticidad, en quebranto del deber de veracidad o del

deber de certificar la verdad, que impone el ordenamiento a los servidores públicos y a los empleados con función de dar fe pública en los documentos.

Interesante resulta saber si, como en todo elemento subjetivo, no es necesaria para la tipicidad la formación real del documento que se propone el autor de la inducción en error, sino que basta el momento subjetivo del particular que manipula al servidor público. Induce a pensar en ello el hecho de que se requiere que el documento que se procura "debe servir de prueba", y no se entendería que cumpla tal predicado sin estar completamente elaborado y sin que, además, se colocara en el tráfico jurídico documental. El epígrafe también, aunque no es lo definitivo, muestra que se trata de la "obtención del documento público falso" en forma efectiva.

Ello dado que sin un documento reputado de falsedad, ideológica en este caso, no podría pregonarse ni siquiera falsedad documental alguna, y, de otra parte, la falta de la creación completa de un documento público no veraz, que esté destinado a entrar al tráfico jurídico, no puede producir lesión ni peligro de lesión efectivos de la seguridad del tráfico jurídico documental que tiene sentido social general. Creo además que la confección parcial de un documento (incompleto) en las condiciones de error indicadas por el tipo no representa, dada su imperfección, un riesgo inmediato de afectación del bien jurídico de la seguridad general del tráfico, por lo que ni siquiera debe reprocharse como tentativa. El documento incompleto no podría, por ser defectuoso objetivamente, colocarse en el tráfico jurídico documental, lo que, si bien no elimina del todo el riesgo para el bien jurídico, sí lo hace remoto, con lo cual decaerá la imputación de tentativa de un injusto de falsedad.

Adicionalmente es claro que la sola inducción en error del servidor público –sin documento–, aun admitiendo la finalidad indicada, se quedará en una relación personal que no podría considerarse como involucrada en el tráfico jurídico colectivo, la que eventualmente derivaría con más acierto jurídico penal en una tentativa de falsedad inidónea de parte del inductor, dado que sin documento no puede llegar al tráfico documental que se supone pretende lesionar. Salvo que durante la inducción en error se realizaren actos que constituyan por sí mismos delito, no

podrá ser castigada la sola inducción en error como agresión a la seguridad del tráfico jurídico documental.

Por tanto se puede concluir, en principio, que el elemento subjetivo es aparente, y que la comprensión más acorde con el sistema de las falsedades será la de que el tipo penal abarca una segunda acción aparte de la de inducir el error, cual es la de obtener el resultado, tal como estuvo redactado el texto del proyecto de i974 que se citó atrás.

Pero la inquietud inmediata a esto será la de saber lo que ocurre si se logra el propósito final, es decir se elabora por el servidor público bajo error un documento público inveraz, que eventualmente el particular coloca en el tráfico. Es evidente que el servidor público no ha realizado conscientemente conducta típica alguna, dado su actuar con error, y que sólo el particular debe responder de la conducta específica del artículo en examen (art. 288 C. P.), pero no de determinación de falsedad ideológica en documento público, puesto que no existen actos de determinación delictiva en el supuesto típico de error.

Tampoco pienso que sería posible considerarlo como autor "interviniente" en un tipo penal de deber especial, en relación con la falsedad ideológica prevista en el artículo 286 del C. P., puesto que la especialidad del tipo en examen impide esa posibilidad.

– La autoría mediata. Teóricamente se ha consagrado un tipo penal de autoría mediata, en que el particular, mediante la inducción en error del servidor público portador del deber especial, tiene la posibilidad efectiva de conducir en tal situación el curso causal hacia el fin propuesto: la producción de un documento público ideológicamente falso.

De no existir este tipo penal, la conducta del servidor público bajo error debería examinarse normalmente en sede del tipo penal de falsedad ideológica de servidor público (art. 286 C. P.), pero, supuesta la falta de conciencia del servidor público de infringir su deber funcional de veracidad en el documento, su acción carecería del desvalor de acción necesario para imputar la conducta típica de falso ideológico; lo cual lleva directamente a las situaciones conflictivas ya mencionadas, en las que el particular se liberaría de responsabilidad penal en algunas soluciones de

la praxis, no obstante el evidente desvalor de su actuar tanto en la acción como en el resultado.

La acción típica definida en el texto es la de “inducir en error” (“induzca en error”) que requiere, como se advierte, un efectivo resultado de orden sicológico en el sujeto pasivo de la inducción –el servidor público–, y además es la esencia de la construcción típica, dado que es el pivote sobre el cual se exonera al servidor público de responsabilidad penal, y se hace responsable en cambio al particular como autor de una acción típica de falsedad enmarcada en el deber especial de un servidor público De manera que el particular debe desarrollar comportamiento dirigido a la persona del servidor público para llevarlo a error, sobre la veracidad del documento, y además debe lograr la producción del mismo documento no verídico, según el planteamiento expuesto sobre el elemento subjetivo aparente.

Creo además que el error del servidor público, que he llamado serio y razonable, para que exonere de la imputación de autor típico al servidor público, y dé paso a la autoría del particular en sede del artículo 288 del C. P., debe recaer sobre los elementos componentes del tipo; es decir, debe tratarse de un error de tipo (art. 32.10 C. P.), dado que es la única forma de error –según la doctrina dominante– que excluye la imputación típica penal al servidor público, y que por lo mismo sería la única posibilidad en que podría operar perfectamente el tipo de la autoría mediata.

Y en relación con este aspecto, y visto que el tipo tiene tres elementos esenciales: la condición de servidor público, el ejercicio de funciones y la formación de un documento público no verídico, la disposición indica que no cabe sino la posibilidad de que exista el error de tipo sobre el objeto de la acción, el documento, exclusivamente además en cuanto a la veracidad del objeto documental de la acción típica. Ello porque el tipo penal requiere precisamente de esos elementos típicos para la configuración de la conducta del particular inductor, y no es admisible error sobre ellos de parte del mismo servidor público dado que hacen parte, junto con su investidura del marco, de sus deberes funcionales.

En cuanto a los demás casos de error, respecto de falsedades materiales o errores de prohibición, ello no está previsto en el tipo especial, y como subsiste en todo caso la tipicidad de la falsedad ideológica en el servidor público de que se trate es obvio que en tal caso el tipo llamado a regir la situación es el artículo 286 del C. P., lo cual impide la aplicación del texto que se comenta.

Naturalmente que si no existe error, sino connivencia con el servidor público, y este hace parte del plan del autor para elaborar el documento público falso, la adecuación típica es la de falsedad ideológica del artículo 286 del C. P., y el particular será un determinador del autor titular del deber especial.

El objeto de la acción es doble: la persona del servidor público, y el documento público. Sobre la primera se ejercen las maniobras de inducción en error, y se verifican todos los actos necesarios para conducirle a confeccionar el documento público ideológicamente falso, en estado de error. Precisamente el que se lo coloque en estado de error (serio y razonable) bloquea la conciencia de la infracción del deber de veracidad que compete al mismo, excluyendo la imputación del tipo propio de falsedad ideológica, y abre la posibilidad de la aplicación del tipo de comisión mediata por un autor no calificado: el particular que manipula el curso causal utilizando como instrumento al servidor del Estado.

En la tesis que aquí se plantea, además, la de que se requiere como resultado el documento público ideológicamente falso, este también es un segundo objeto de la acción del autor típico particular, ya que valiéndose del instrumento ciego (el servidor público) elabora longa manus el documento público que se ha propuesto.

Prima facie pienso que solamente bajo estas condiciones puede efectuarse una correcta adecuación al tipo del artículo 288 del C. P., e imputar a un particular la autoría mediata de un documento público afectado de falsedad ideológica.

e. FALSEDAD EN DOCUMENTO PRIVADO

La falsedad documental en los documentos privados se contempla en el artículo 289 del C. P., con la misma estructura de tipo de dos actos que venía en el Código de 1980. El texto legal que se analiza dice literalmente:

El que falsifique documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá, si lo usa, en prisión de uno a seis años.

Tratándose de documentación privada, y vista la forma de redacción del tipo (“el que”), no puede pensarse sino en una persona particular como autor del comportamiento típico. En el artículo 251 del CPC , que consagra las dos grandes categorías documentales de lo público y de lo privado, se dice, por contraposición a la condición de creación de los documentos públicos, que el documento privado es el que “no reúne los requisitos para ser documento público”. Si esto es así, de forma positiva se puede afirmar que documento privado es el formado por una persona en cumplimiento del rol o los roles de sus actividades particulares.

En este punto es bueno advertir que, aun dentro del gran segmento de la organización social general respecto de las actividades privadas o particulares, que en materia de documentación cubrirá la especie de los documentos privados, en esta existirán subespecies de documentos privados en la medida en que el sector atribuya roles de actividad especiales que tengan la función privada de generar o producir documentos específicos. Así, el cuentacorrentista bancario producirá documentos privados llamados cheques, bajo las condiciones regladas que establece el sistema. O el auditor de la empresa suscribirá informes financieros y balances en el área en que desempeña tales funciones, igualmente bajo las reglas dadas para el caso. El rector de la universidad generará documentos de orden académico, en esa específica

actividad, y también eventualmente deberá atender algunas especificaciones de orden normativo.

Todos estas personas producen igualmente documentos privados, y como tales tienen la posición de legítimos formadores de documentos de esa naturaleza para el tráfico. Ello es importante tenerlo en la cuenta si se piensa que, en la falsedad documental, el autor de documentos (piénsese en la autenticidad documental) tiene una importancia suma. Tanto, que bien puede sostenerse en forma amplia que la falsedad de documentos es la usurpación por el falsario de la posición del legítimo autor documental según las condiciones de la organización social. Ejemplo: el cheque es falso porque x lo elaboró en un formato de la chequera de A, usurpando su posición en la organización social de creador documental autorizado, en la situación concreta.

La primera acción típica, pues es tipo de dos actos, es la de "falsificar" ("el que falsifique"), la cual implica, como se dijo antes, una actividad física de contenido material para modificar un objeto documental privado preexistente a fin de quitarle la condición prístina de su autenticidad de origen, o para crear materialmente todo el objeto (fabricación), incluyendo la materia física y los elementos que formalmente lo integran (texto y autor). Abarca dos grandes formas de la falsedad material, la modificación del documento ya existente, y la fabricación integral o ex novo del mismo. Es el mismo sentido ya comentado con anterioridad en la referencia al artículo 287 del C. P., al cual me remito ahora.

Por primera vez aparece en la configuración de los tipos de falsedad, como segunda acción –segundo acto del tipo–, la expresión relativa al uso del documento ("si lo usa"), que marca una diferencia notable en relación con los tipos de falsedad documental pública, todos los cuales carecen de él.

Forzoso viene decir que, dada la unidad de bien jurídico y de la homogeneidad de las hipótesis de conductas prohibidas, es decir, la unidad de acción y de objeto de ella (falsear documentos para el tráfico), no es admisible que la aparición de este elemento en un tipo y no en otros señale una característica de incompatibilidad del injusto penal en cada una de ellas. La falsedad pública y privada –en

documentos de esa naturaleza– son iguales en cuanto acciones de agresión al tráfico jurídico colectivo, y la falta del uso en la primera no hace diferencia sustancial sino puramente técnica de redacción típica. La explicación ya se dio en otro lugar de este trabajo, diciendo que el legislador colombiano ha construido los tipos de falsedad documental pública como tipos penales de resultado cortado o anticipado, en tanto que el tipo de falsedad (por falsificación) en documento privado es un tipo penal de dos actos.

Dado el supuesto de que la conducta típica debe lesionar o poner en peligro de lesión, efectivamente en ambos casos, el bien jurídico tutelado, según lo establecido en el artículo II del C. P., es evidente que las acciones descritas en los tipos deben estar dirigidas hacia la agresión de dicho bien (tal es su desvalor de acción), tanto en la falsedad de documentos públicos como en la de documentos privados. Supuesto así que el bien jurídico es la seguridad general del tráfico social basado en las pruebas documentales, como una situación o estar colectivos en la organización social –a la manera de la salud o la seguridad públicas–, que establecen una situación apreciada por la ley como valiosa para el desarrollo de la organización social en su tráfico, resulta, por petición de principio, que la conducta típica de falsedad debe estar orientada hacia la vida social del tráfico, como condición indispensable para que tenga el sentido de lesión o al menos peligro de lesión del mismo. En otros términos, está claro que la agresión al bien jurídico colectivo cuyo titular es la sociedad no puede darse sino en la medida en que la acción constituya una intromisión indebida en el status de pruebas de la vida social que conforman el tráfico.

En tal virtud, las acciones típicas de falsedad, todas, y por tanto los objetos portadores de falsedad, deben estar orientadas finalmente a llegar al tráfico. Lo que equivale a decir que deben superar el ámbito de control personal del agente de la falsedad, para colocarse en el conjunto de las pruebas del tráfico. Tal es el sentido que tiene el uso de los documentos falsos.

El concepto de uso en el tráfico corresponde al empleo que jurídicamente corresponde a la naturaleza del documento de que se trate, en el sistema, de acuerdo con las reglas de la sociedad organizada para cada una de las clases de

documentos que utiliza el tráfico. Por ello no constituye uso el empleo por fuera de la normal utilización del documento, como cuando un cheque falso se coloca como advertencia de que no se reciben cheques en un establecimiento comercial. Tampoco lo será el entregar el documento sin voluntad de hacerlo funcionar como prueba, como cuando se da a guardar a otro transitoriamente. O en el evento en que se remite el documento falso con un mensajero a un tercero.

Cuando el documento va a ser usado en el tráfico como medio probatorio, existe un lapso en el cual aún permanece el objeto documental en la esfera de poder del falsario, o de un enviado: en tal condición el documento está en vía de llegar al tráfico general pero aún no es usado o empleado en él, puesto que no se coloca todavía en el estado general de la prueba inherente a la sociedad, fuera del ámbito particular del falsario. En el ejemplo de la orden de entrega de mercancías falsa, que el falsificador remite con un cómplice suyo que ha de recibir las mercancías, ciertamente que todavía no hay “uso del documento” para efectos de la falsedad, en tanto no se exhiba el mismo para la entrega mencionada. Es decir, cuando el documento está en vía de uso pero todavía se mantiene en el círculo de custodia del falsificador, o de sus cómplices, aún no puede pregonarse el uso típico, por lo que la conducta quedará en grado de tentativa.

De los argumentos anteriores se tiene que concluir que la falsedad solo puede consumarse cuando el documento privado se usa en el tráfico. El uso en realidad significa que el documento salga del ámbito de control personal del autor de la falsificación de tal manera que cualquier hombre de la vida social en general pudiera basarse en él para efectos probatorios, dada su condición objetiva de medio de prueba. Por ello bien vale concluir que el uso es realmente la aparición o colocación en el tráfico general, integrando el conjunto de la prueba existente en el mismo, momento en el que integrará el acervo general de prueba de la vida colectiva.

A partir de allí, cualquier integrante de la sociedad podría basarse en él como medio probatorio formalmente existente. Su conclusión personal de si cree que el documento representa la verdad, o la conclusión judicial a posterori, ya no hace parte de la falsedad documental pues es un efecto

individual y subjetivo de quien se enfrenta a la prueba (social o judicialmente), que se tutela por vía de otros tipos penales si hay engaño (estafa, fraude de prenda, fraude procesal, fraude electoral, etc).

El documento privado es el objeto de la acción del tipo, y se definió desde el punto de vista del tipo (el concepto material se analiza en otra parte) prácticamente al momento en que se dijo lo pertinente sobre el particular como autor documental. Repitamos que la naturaleza del documento, dentro de la clasificación en públicos y privados, depende necesariamente de la función o rol del autor que legítimamente lo crea, o lo puede crear, en la organización social. Por tanto es documento privado el que forma un particular en cualquiera de los roles del sector privado de actividad que corresponde a los integrantes del tráfico jurídico.

Nuevamente aquí la expresión “que pueda servir de prueba” pide como condición típica que el documento tenga en sí mismo una aptitud de prueba en sí (no que pruebe efectivamente), es decir que, dada su conformación objetiva de texto representativo o declarativo y autor apareciente, pueda eventual e hipotéticamente servir como medio de prueba en el tráfico jurídico. Ya se dijo que las funciones del documento en el tráfico son las de perpetuación (permanencia de la representación), de garantía (muestra su autor) y de medio de prueba (de la representación o declaración, no de la verdad material externa); y en esa perspectiva el documento privado en el tráfico será un objeto documental creado por un particular, siempre que reúna en sí las funciones indicadas. Tal es la condición objetiva del documento en el tráfico, con independencia del engaño, o de la certeza, o de la credibilidad, o la confianza, que una persona particular pueda sufrir, tener o adquirir a partir del examen racional del objeto documental, que como tal apenas es medio de prueba y no medio de conocimiento.

Es característica de los tipos penales de resultado cortado o anticipado que su conformación típica en la descripción de la conducta anticipe la represión penal a un momento inmediatamente anterior a la lesión efectiva del bien jurídico, por razones de política criminal. Es por ello que cabe concluir que si las falsedades documentales públicas, igual que las privadas, deben lesionar o poner en peligro

efectivamente la seguridad del estado general del tráfico documental de la sociedad, necesariamente deben tender a llegar al mismo. Como el tipo que consagra la falsedad documental pública no requiere formalmente el uso, es evidente que no cabrá predicar peligro de lesión al tráfico sino admitiendo que la falsificación de documentos públicos debe ir acompañada, en el momento de la editio falsi, del propósito del autor de injerir en el tráfico jurídico. O sea que el tipo debe entenderse en su sentido final de agresión al bien jurídico, como falsificación más el propósito de uso en el tráfico. Este ultimo será necesariamente un elemento subjetivo del tipo, que es el que conlleva el peligro de lesión del tráfico.

Problemática del tipo de dos actos. Dada la conformación del tipo como tipo penal de dos actos que se integran, falsificar y usar, es obvio afirmar que las dos acciones dichas conforman una unidad no solo gramatical sino de sentido, dada la voluntad final única de agresión al tráfico jurídico que caracteriza la conducta típica.

Sobre este supuesto es evidente que:

a. La unidad de sentido del tipo no puede fraccionarse en dos actos humanos diversos, para considerarlos por separado, dado que ello comportaría deshacer la tipicidad en su unidad de sentido de agresión única al tráfico documental. Por ello cuando el documento falsificado se usa por quien no obedece a la misma voluntad de ejecución de la agresión al tráfico, no se integra la unidad típica. Es decir, no hay adecuación típica perfecta. Ejemplo: A falsifica una letra de cambio para presentarla al cobro en el banco, y por error pierde el documento falso, que finalmente B, quien halla el documento accidentalmente, presenta y cobra en el banco, lucrándose. En este caso A debe responder de una tentativa de falsificación de documento privado (a pesar de que la falsedad del objeto ya está completa), dado que no usó el documento falso. La colocación en el tráfico y la presentación al banco (efectuados por B) no son resultados imputables a la acción de A. En relación con b es a la inversa: si bien ha colocado el documento falso en el tráfico, no puede serle imputado el acto de falsificación, por lo que debe reprochársele únicamente la defraudación que con ello ha realizado (estafa). En este caso no pueden aplicarse los artículos 290 y 291 del C. P., en vista de que el primero

requiere que sea “copartícipe”, y B no lo es, y en el segundo se reprocha el uso a título de falsedad, pero de documento público, por lo cual no puede aplicarse a B.

En cambio, sí habrá uso para el autor de falsificación si este envía a un mensajero C, que no conoce de la falsedad del documento, para que lo presente al banco.

b. El tipo puede tener dos autores de la falsificación (coautores), que realizan la misma conducta típica, en el supuesto de que se acuerden para realizar por separado cada uno de los dos actos integrantes del tipo. En tal caso se mantiene la unidad de fin entre los dos coautores, en los actos convergentes en una única agresión al tráfico jurídico documental.

En tales eventos es indispensable admitir que los dos autores estén unidos en un mismo plan de agresión al tráfico, en virtud de lo cual uno de ellos (A) falsifica el documento –con lo cual aún no se completa la conducta típica–, en tanto que el otro autor (B) –que no falsifica materialmente el objeto documental– coloca en el tráfico documental el objeto que el falsificador ha confeccionado (uso).

En tal virtud es pertinente decir que hay en esos eventos una sola conducta típica, realizada por dos autores, los cuales se dividen entre sí la tarea de realizar cada uno de los actos del tipo, para consumar conjuntamente una única agresión al tráfico jurídico documental.

c. Los dos actos de falsificación y uso pueden espaciarse en el tiempo, en una duración más o menos prolongada, sin que pierdan su unidad de sentido y de finalidad, por lo cual, no obstante, conforman una sola acción típica.

En el caso en que A falsifique un documento privado –un cheque– para esperar la oportunidad en que haya fondos en el banco en la cuenta que habrá de afectarse, razón por la cual B –que está plenamente de acuerdo con el falsificador– debe esperar un mes para que se efectúe el traslado de fondos que se quiere afectar, deberá admitirse que se trata de una sola falsificación documental privada en el marco del artículo 289 del C. P.

Como es evidente, ello puede presentar algunos problemas de orden procesal, que en la práctica deben resolverse atendiendo a la unidad de conducta típica, si ella subsiste.

Si el segundo acto no se produjere, es obvio que todo queda en tentativa de falsedad documental privada, dado que, si bien se falsificó en forma completa el documento, no se ha colocado en el tráfico.

El mismo efecto tendrá el hecho de que por caso fortuito, o error, un tercero sin connnivencia con los dos autores del plan de falsificación utilice el documento falseado, caso en el cual los partícipes en el plan criminal apenas se han quedado en el primer acto de falsificación, sin el uso que se habían propuesto, por lo cual solo responderán de tentativa de falsedad documental privada (el resultado de uso del tercero no puede serles imputado).

Aquí surge un problema interesante para la teoría del delito: si se supone que A falsificó el documento y que B, en connivencia con el anterior, recibe el objeto falso y espera usarlo oportunamente, lo cual no logra hacer por circunstancias ajenas a su voluntad. Como es claro B, al recibir el documento falso, no usa todavía puesto que no sale el objeto del ámbito de los autores de la falsedad, por lo cual no ha realizado ni el acto de uso ni el de falsificación material. Es evidente que A responde como autor de tentativa, por un acto suyo: el de falsificar el documento con propósito de uso que no se ha realizado. Pero más difícil será la situación de B, que no ha realizado acto alguno: ni ha falsificado, si bien estaba de acuerdo en ello, ni tampoco ha usado, porque no ha podido hacerlo. Dada la unidad de propósito que según el plan tenían los dos (A y B), es perfectamente posible imputar la tentativa también a B, dado que la falsificación del objeto documental es parte de la obra común de los dos, en una división funcional de actividades, que obedecía al mismo plan delictivo.

Una cualidad del objeto documental en sí es la ya examinada referente a que pueda servir de prueba en el tráfico general. Respecto del tema ya reiterado varias veces, no cabe más que insistir en que se trata de una aptitud del objeto documento que pertenece a la objetividad misma del documento privado, en este caso, y la cual debe tener para que pueda considerarse incorporada en el tráfico colectivo.

La idea de que no se requiere que efectivamente pruebe frente a alguien sigue siendo esencial, y de ello se deduce que el engaño, la persuasión que del documento se pudiera producir, es un efecto propio de la facultad cognoscitiva del ser humano y no del documento como medio de prueba. Por ello no es un delito de engaño, como en ocasiones pudiera pensarse.

Lo afirmado en este punto permite aquí repetir para el documento privado que la nota de autenticación no es importante para efectos de la falsedad de documentos ni hace diferencia alguna respecto de los documentos no autenticados, pues la autenticidad es una relación interna del documento, de igualdad entre la expresión y el autor que documentan y que aparecen en el cuerpo objetivo del documento. De otra parte, reafirma lo dicho el hecho de que la ley presuma la autenticidad de los documentos privados que se presentan al proceso con fines probatorios{414}.

La idea en algún sector de que la autenticidad da más fuerza probatoria al documento es completamente errada, puesto que la fuerza probante del documento se deriva del documento mismo: el ser auténtico (no el estar autenticado), quién es su autor, y la forma del contenido representativo o declarativo, que son la materia de quien valora la prueba. Pero, además, para efectos de la falsedad no cuenta la mayor o menor fuerza probatoria del documento, sino que este ostente en el tráfico aptitud probatoria in genere. Es por ello que la diferencia entre documento público y privado desacralizada la consideración del documento como representación intangible del Estado en viejas concepciones de la fe pública; no debió tenerse en la cuenta para conformar tipos diversos, pues la fe pública se afecta en cuanto el objeto documental se altera en sus condiciones formales, lo cual incluye su aptitud probatoria potencial. Más todavía, según el contenido del documento, un documento privado puede causar más daño en el tráfico jurídico que uno público, lo que se revela fácilmente en este ejemplo: un documento público falso que decreta el ascenso de una mecanógrafa en el sector público tendrá menor gravedad que un documento privado igualmente falso que contiene un contrato de exportación de café por valor de 1.500 millones de dólares.

La aptitud probatoria, pues, es común a todos los tipos de falsedad, y es el fundamento de los mismos, razón que mueve a pensar en que basta que el documento en sí tenga capacidad probatoria inherente, aspecto en el cual todos serán iguales para el tráfico jurídico.

– El problema de la falsedad ideológica en un documento privado. Ha sido recurrente, a partir de la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia desde 1965, la discusión de si se halla tipificada en el Código Penal la falsedad ideológica en los documentos privados. Desde esa época se ha mantenido una doble postura sobre este aspecto, considerando que, si bien no se exige un deber de ser veraz a los particulares, debe imputarse falsedad documental cuando el documento no veraz produzca un engaño a un particular y un perjuicio respecto de un bien jurídico propio del engañado o de un tercero. En cambio, en el mismo supuesto del documento privado no veraz, pero que no alcanza a un tercero para engañarlo ni afecta un bien jurídico del mismo, no se imputa falsedad documental. No aparece claro cómo la lesión a un bien jurídico distinto de la fe pública –ej.: el patrimonio– determina que la acción se impute a título de falsedad documental, cuando dado su desvalor de acción y por el resultado debería imputarse una estafa. Tampoco se puede compartir la dualidad de trato para la documentación privada, puesto que si la no veracidad no lesiona ningún bien jurídico particular (el patrimonio) ni causa daño a un tercero, entonces no existe falsedad documental privada. Es una concepción de lo falso como un delito de engaño, que está por fuera de él.

En decisión reciente{415} se ha reiterado por mayoría esta jurisprudencia, con base en que debe existir el deber de veracidad expreso para el particular, en unos casos, y en otros “el deber de veracidad surge de la naturaleza del documento y su trascendencia jurídica, cuando está destinado a servir de prueba de una relación jurídica relevante, que involucra o puede llegar a comprometer intereses de terceras personas determinadas.”. En esencia, la jurisprudencia coloca como condiciones de la falsedad ideológica estas: i. Que exista en la ley la imposición de un deber de veracidad respecto del particular; 2. Que, de no existir dicho deber específico, él surja de la naturaleza del documento, y se entiende que surge del documento cuando está destinado a servir de prueba y se comprometen

intereses de terceros, y 3. Que ello ocurre si el documento prueba per se. No obstante lo anterior, la misma jurisprudencia considera que las declaraciones de renta al Estado, o las declaraciones de bienes cuando se ingresa al servicio público, pueden revestir mendacidad porque se hacen “en documentos que carecen de aptitud para probar por si mismos”.

El hecho de que el legislador de 1980 –la jurisprudencia corresponde a ese Código– hubiera excluido el tipo penal de falsedad ideológica en documentos privados no impide la imputación de falsedad, dado que el modelo gramatical del artículo 221 “comprende tanto la falsedad material como la ideológica”.

No puede admitirse el sentido de la jurisprudencia, por muchas razones, entre otras, que lo que obliga legalmente “no es el querer de los comisionados” sino las conductas que legalmente se tipifican; o que para los dos modelos de comportamiento se utilizaron dos verbos rectores distintos: para la material, falsificar, y para la ideológica, “consignar y callar” y no puede entenderse uno como si fuera el otro.

En este aspecto, ya se ha explicado con suficiencia el tema. Veamos:

a. En el proyecto del Código actual (Ley 599 de 2000), igualmente se excluyó un texto que consagraba la falsedad ideológica en documento privado, bajo el supuesto de una exigencia de verdad impuesta expresamente por la ley o la Constitución Política a los particulares.

El argumento es supremamente serio ahora, sobre todo si la consideración del Código de 1980 –absurda, además–, de que el documento privado se convertía en público, cuando se incorporaba a una actuación oficial, no es correcta hoy. Pero además, no se cuenta en la jurisprudencia, entonces, con los documentos privados que no se incorporan a actuación oficial alguna, y que sin embargo sí hacen parte del tráfico jurídico, dejando fuera todos los documentos privados que no se llevan a una actuación oficial. Así mismo, se parte de un supuesto errado: es claro que la obligación de los particulares cuando documentan es la de decir la verdad, sobre todo si se parte del principio de la buena fe, tanto en las declaraciones de renta como en toda clase de

informes o documentos de ese carácter. Pero para que la inveracidad sea punible requiere la construcción de un tipo penal que expresamente lo diga.

b. El modelo lingüístico empleado –como en el salvamento– es evidente que establece la diferencia entre falsificación y faltar a la verdad al extender el documento. Aquí es evidente que la comprensión del modelo de falsedad ideológica, frente al que corresponde a la falsificación material, no puede ser forzado por la interpretación de la jurisprudencia, que puede dar un sentido a la ley, pero no puede dar a un modelo de lenguaje el sentido que corresponde a otro modelo de expresión, pues ello rompe el significado que dichos modelos tienen en la sociedad, que son los "hablantes y oyentes" a los cuales se dirige la ley.

Sistemáticamente la diferencia de expresiones lingüísticas integradoras de los tipos no puede explicarse sino admitiendo que el lenguaje utilizado por el legislador delimita, con su sentido gramatical (que es el instrumento del legislador), aquel concepto de realidad social válido que quiere insertar en el tipo penal así descrito, de donde, si emplea diversas estructuras y expresiones de lenguaje, es evidente que ello corresponde conceptualmente a diferencias esenciales de validez y realidad jurídica. Es obvio que "Lo importante es que es en la estructura de las oraciones donde podemos leer la estructura de los pensamientos [...] En todo caso los miembros de una comunidad de lenguaje han de partir en la práctica de que hablantes y oyentes pueden entender de forma idéntica una expresión gramatical", dado que "Suponen que las mismas expresiones mantienen el mismo significado en las diferentes situaciones y actos de habla en que son empleadas"{416}.

Creo que se confunde en la jurisprudencia dos temas: el de la aptitud de prueba del documento en sí, a partir de sus condiciones inherentes, con algo distinto del documento y que no le pertenece, como el efecto que produce frente a un hombre particular que se enfrente al medio de prueba. En este evento la verdad surge de la reflexión de valoración particular, y puede ocurrir o no, lo que introduce un elemento de azar en la discusión.

En resumen, creo que la falsedad ideológica de documentos privados no está tipificada, y la jurisprudencia ya lo ha indicado cuando declaró que las mendacidades en la declaración de renta no constituyen falsedad ideológica en documentos, sino infracción tributaria.

Las falsedades por una acción contra la materia del soporte documental. Estas formas de afectación del tráfico documental probatorio, lo mismo que las falsedades ideológicas, no consisten ya en una real falsificación documental por la alteración objetiva de la prueba en sí misma, o la formación no genuina de prueba documental, sino que comprenden unas acciones que lesionan la seguridad del tráfico jurídico basado en pruebas, en la medida en que, del status general de la prueba socialmente existente, el autor, sin falsificar la prueba, modifica dicho estado general de prueba, mediante actos de destrucción, ocultamiento o supresión del soporte material en que se halla contenida la prueba. Como es obvio, al actuar sobre el elemento material que contiene la representación o declaración, afecta la situación de la prueba en la sociedad.

Los textos típicos dicen: artículo 292 del C. P.: “El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años”.

El inciso segundo consagra una agravante para cuando una de las acciones se realiza por servidor público en ejercicio de sus funciones, y la pena es de 3 a 10 años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período.

Si el documento fuere pieza procesal de carácter judicial se aumenta la pena de una tercera parte a la mitad.

El artículo 293 del C. P. reza: “El que destruya, suprima u oculte total o parcialmente un documento privado que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de uno a seis años”.

Naturalmente se sigue en la concepción de que el documento público es más importante en el tráfico probatorio que el documento privado, razón por la cual es más grave destruir un documento de aquel carácter.

Para simplificar el estudio, digamos en qué consisten las tres acciones típicas de destruir, ocultar o suprimir los documentos.

Partiendo del entendimiento claro de que el documento como objeto está integrado por dos partes físicas fundamentales, la materia sobre la cual se fija o extiende la representación o declaración documental, y esta como aspecto de significado para el tráfico que contiene el medio de soporte, la falsificación propia consiste en la acción que opera sobre el contenido (texto y autor) para modificarlo, o en la fabricación de los dos elementos, el soporte físico y el contenido. Las demás, que no tienen este sentido, son llamadas falsedades impropias, precisamente porque la forma de la acción es diversa. En las falsedades de estos dos tipos penales la acción del autor se dirige contra pruebas preexistentes, pero no para su alteración o modificación de sentido, sino para afectarlas en su integridad corporal o material.

–Destruir: la acción se caracteriza porque el autor, obviamente con voluntad de afectar el conjunto del tráfico probatorio, “deshace o arruina una cosa material”. Es decir, actúa sobre el soporte físico del documento, para deshacerlo como tal materia, sin tocar en forma directa el contenido de representación o declaración del documentador.

Es natural que ello rompe el status probatorio legítimamente creado para la sociedad, en la medida en que se destruye la materia en que se ha extendido la prueba, y con ello desaparece el contenido con aptitud probatoria, evidentemente.

La destrucción puede ser completa si la materia física que soporta la prueba se deshace por completo (quemar un cheque oficial o uno privado de modo que no quede nada de él), o parcial si no llega hasta ese extremo. Naturalmente que la destrucción parcial debe comprender el soporte documental en parte importante de su materialidad, de manera que afecte la aptitud probatoria que antes de la acción destructiva tenía el objeto documental. Por eso, en el ejemplo de quien rasga apenas uno de los extremos de un cheque oficial, de manera que no impida que él mantenga su aptitud probatoria, no se ha cometido la falsedad por

destrucción parcial del documento. El desvalor de la acción está en lesionar esa aptitud de prueba que es inherente al documento.

– Ocultar: tiene el sentido de “esconder, tapar, encubrir a la vista” el soporte material del documento, es decir la materia en la cual aparece la representación o la declaración documental. Es consecuencia de dicha acción que al esconder o tapar el continente se esconde o tapa la prueba, es decir el contenido, impidiendo que ella exhiba en el tráfico su aptitud probatoria, que es la función del documento como medio de prueba.

Ejemplo: la resolución que reconoce en una entidad oficial intereses de mora a un contratista se esconde bajo otros documentos de la oficina pública, impidiendo que el documento funcione en el tráfico para demostrar ese aspecto de la relación contractual.

– Suprimir: del mismo modo, es “hacer desaparecer” la materia documental, desde el punto de vista físico, pero no mediante la destrucción de ella. Por lo mismo debe manipularse la materia de modo que el documento sea “ilegible”{417}, es decir que no pueda advertirse la aptitud probatoria para el tráfico. Los ejemplos clásicos de este aspecto de la supresión son la conversión de una escritura pública, o de un balance financiero, por el procedimiento de ponerlos en agua en una masa blanda para elaborar piezas o figuras del juego de ajedrez, o convertir un pergamino en una suela de zapatos. En ambos casos la materia permanece sin destruirse, pero ciertamente que la representación o declaración ya no pueden ser leídas, con lo que se ha suprimido tal aptitud probatoria del documento existente en el tráfico.

No creo correcta la afirmación de que la supresión se da cuando con medios materiales se borran o tachan (con ácidos, o borrando, o con tintas) “los caracteres escritos de un documento”{418}, pues en ese caso nada diferenciaría la falsificación mediante acción de modificación del texto documental de la supresión. Es obvio que los casos citados son de falsificación material del documento, y que no hay supresión. La diferencia es clara: la supresión se refiere a una actuación sobre la materia que soporta los caracteres (por eso se llama falsedad impropia), no sobre estos

mismos. El borrado de un documento no es supresión sino falsificación por eliminación física del texto de una cláusula, pero no la conducta que aquí se examina.

Los conceptos de servidor público, de particular, y el de "que puedan servir de prueba" ya han sido suficientemente comentados, y a ello me remito. Solo que, dada la índole de la acción será difícil comprobar las condiciones objetivas que debe tener todo documento para estar en el tráfico.

f. LA FALSEDAD POR EL SIMPLE USO,O DEUSO

Una conducta típica de falsedad documental, que agrede el tráfico jurídico documental mediante el simple uso de documentos no auténticos, sin que el autor haya falsificado el documento, es la conducta que tipifica el artículo 291 del C. P. Dice la fórmula típica: "El que sin haber concurrido a la falsificación hiciere uso de documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de dos a ocho años".

La conducta típica de uso sin haber falsificado, en el sentido de no haber concurrido a ella ni objetiva ni subjetivamente, en mi opinión, se refiere exclusivamente al uso de documento público, lo que plantea tres inquietudes inmediatamente, según la tesis que se sostiene aquí: a. Qué tratamiento jurídico penal recibe el autor material de la falsificación previa; b. Por qué razón el uso de documento privado falso, por quien no participó en la falsificación, no recibe el mismo tratamiento de parte del legislador, y c. Si el acto de uso en la condición señalada en el tipo elimina la imputación de un delito concurrente como la estafa.

Dada la estructura general de los tipos de falsedad documental pública, que no contienen referencia alguna al "uso" del documento en el tráfico, es claro que el legislador ha estimado que la agresión a la seguridad colectiva del tráfico de documentos se consuma en el momento en que el documento falso se coloca en el tráfico, lo cual es correcto dado el concepto de antijuridicidad material, razón por la que considera punible la introducción al tráfico de esos

documentos públicos. Pero extrañamente no dispuso nada en relación con el falsificador que llegare a usar en el tráfico el objeto que ha falsificado, con lo cual la progresión mayor de la acción hacia la lesión del bien jurídico en estos casos no parece tener incidencia en la consideración de la ley. Ello refuerza la convicción, ya expuesta, de que la falsedad en documentos públicos debe acompañarse de un elemento subjetivo pero necesario: propósito de llegar al tráfico, dado que este es el momento en que el bien jurídico es puesto en riesgo efectivamente.

En cambio, la conducta de quien sin falsificar lleva al tráfico, que parece de menor gravedad, configura conducta típica por sí sola con una pena de dos hasta ocho años, que se iguala en el máximo con el empleado que falsifica el documento.

Ahora bien, si la estimación teórica del legislador fue la de que el uso lesiona en sí mismo el bien jurídico, se debió establecer en este caso una graduación de la punibilidad acorde con la gravedad de la acción realizada, e incluir el uso en la falsedad de documentos públicos, por la misma razón que estructuró los tipos penales como de resultado anticipado. Es evidente que si, aparte de colocar el documento falso, se produce un engaño a un particular que lesiona otro bien jurídico diverso (patrimonio, v. gr.) cabe plenamente el concurso, lo que avala la posición que se sostiene.

También respecto de documentos privados falsos, colocados en el tráfico jurídico por un tercero ajeno a la falsificación, se tendría una situación semejante a la que se viene comentado. Sin embargo, no se estableció un tipo respecto del uso de documento privado falso por quien no ha intervenido en la falsificación, lo que, si genera un engaño a un tercero, se resolverá como una defraudación de tal individuo particular (estafa, por ejemplo). Dado que los documentos públicos y privados son iguales para efectos de la falsedad de documentos, según se comentó atrás, y no parece existir una razón de la diferenciación en el trato típico que permite que el uso por un extraño a la falsificación se resuelva como estafa simplemente, en tanto que en el caso de los documentos públicos no ocurre de igual manera. Se concluye con evidencia que el efecto de engaño no es determinante de lo falso del documento.

Cabe la posibilidad de que el legislador haya elaborado los tipos bajo el supuesto de que el delito de falsedad es de engaño –usurpando la posición de la estafa–, y que la colocación o uso en el tráfico documental (que es el momento de la lesión al bien jurídico) recoge el efecto que el documento falso puede generar en el observador particular de la prueba, razón por la cual, y dado que el uso hace parte del tipo penal de falsedad en documento privado, no se contempló por separado. Tal resultará correcto frente al falsificador mismo que usa, dada la unidad de conducta típica, como explicamos en otro aparte. Pero no en la hipótesis de un extraño a la falsificación que usa documento privado en el tráfico, que no es imputado de falsedad sino de estafa, cuando debió seguirse el mismo régimen del artículo 291 del C. P. Ya se vio cómo la diferencia desde el punto de vista probatorio no existe entre documento público y privado (ni siquiera en la presunción de autenticidad), ni tampoco de la gravedad de la acción de falsedad, pues es posible que una falsificación privada sea más grave que una pública, o a la inversa. De manera que no se encuentra explicación alguna para la disposición.

Finalmente, visto que el delito de falsedad no es de engaño, sino que se refiere a una situación general objetiva del tráfico social que se basa en documentos, aunque es indispensable el uso o colocación del objeto falso en el tráfico para que tenga sentido de lesión al mismo, ello no abarca el engaño, o el efecto de persuasión de un particular enfrentado a la prueba, visto que ello es un plus extraño y externo al documento, pues envuelve un proceso subjetivo de reflexión humana, al final del cual aparecerá la credibilidad (o no) sobre el contenido de representación o declaración del objeto documental. Tal proceso y la conclusión del mismo hacen parte del fuero interno de la persona, por lo que mal puede ese proceso de raciocinio cubrirse con el concepto de falsedad que es propio del documento como especie objetiva.

En este aspecto, la falsedad solo puede consistir en la colocación en el tráfico, y más allá de ese momento aparecerá el proceso subjetivo de reflexión que puede dar lugar a un engaño, con la consecuencia del concurso correspondiente de estafa.

g. FALSEDAD PERSONAL

De lo dicho hasta aquí, y supuesto que el bien jurídico es el de la seguridad social del tráfico jurídico documental (basado en el estatus documental general), no cabe sino concluir que esta figura típica no pertenece a esta sección de la ley, por que no es una falsedad documental sino de orden personal.

Es obvio que es la vieja figura que existía en el derecho romano, sobre el engaño en cuanto a la persona o sus cualidades personales, como predicados del ser humano en sociedad. La única razón de ser para penar una conducta como esta es la de que falta a la verdad sobre la persona y sus predicados, como en la vieja teoría de Paulo el romano, lo que no es verdad pero se asevera como verdad. Falta de verdad, que si bien afecta la credibilidad de alguien, es evidente que no lesiona bien jurídico alguno por sí misma. Tanto, que actualmente mentir sobre los datos de identificación personal constituye una contravención de policía en el Código correspondiente.

Ahora bien, si se la mira como acción dirigida a la lesión del bien jurídico del tráfico jurídico documental, es obvio que este se afecta mediante los documentos falsos, pero no por las personas mentirosas.

Los elementos subjetivos del tipo son la finalidad de “obtener un provecho para sí o para otro”, o la finalidad de “causar daño”. Si se piensa en que puede orientarse hacia un bien jurídico diverso, que pueda lesionarse mediante engaño particular, pues hará parte de un iter criminis específico, dentro del cual tendrá el desvalor de acción que corresponde a la situación concreta.

Si se trata de obtener un beneficio patrimonial (provecho), es obvio que este debe ser indebido, caso en el cual será estafa, por ejemplo. Si es para conseguir sentencia o acto administrativo contra la ley, ante funcionario público, será fraude procesal.

De perseguirse causar daño, es obvio que en ese espacio del daño propuesto o causado deberá integrarse la mentira de las cualidades personales o la suplantación, caso en que tampoco ofende al tráfico jurídico documental propio del capítulo. Si, v. gr., z quiere envenenar a un paciente, para lo cual se finge como determinado médico que lo tiene a su cuidado en la clínica, tal acción hará parte del iter criminis de homicidio, pero no en sede de falsedad. O, si b se propone destruir el cultivo de y, para lo cual se finge el agrónomo que ha sido llamado para un examen del estado del mismo, ello igualmente se integra en el delito de daño en bien ajeno consumado o tentado, pero no es falsedad de documentos en el tráfico.

De manera que no guarda relación el tipo penal con el bien jurídico de que se trata, como que este solo puede ser afectado mediante documentos que se coloquen en su tráfico colectivo, pero no por personas como tales. Y si se engaña en el tráfico, para beneficiarse o dañar, la acción de suplantación o de ficción de calidades personales necesariamente hará parte de las actividades que se orientan a la realización del daño o la obtención del beneficio. Si ello comporta conductas delictivas, serán parte del iter crimnis respectivo, pero tampoco cabrán en la falsedad del tráfico.

Como no puede suponerse que el legislador consagró una pena en el Código para quien miente sobre sus calidades personales, o para quien suplanta a otro, como infracciones de veracidad, sino en cuanto ello signifique daño para alguien o beneficio indebido para el autor o un tercero, la conducta debe ser absorbida por la acción delictiva en concreto, o por la acción de daño específica. Pero además, por principio de ultima ratio, es evidente que la consagración penal de una conducta prohibida debe hacerse sobre el supuesto de la gravedad de la lesión que ella puede causar, a un bien jurídico concreto, y no para comportamientos intrascendentes de la vida social. De lo contrario se estaría criminalizando una conducta ique no reviste mayor gravedad, o la simple mentira, sin lesión de bien jurídico de importancia.

El ejemplo que se dio en la comisión redactora del anteproyecto de 1980, del estudiante que se presenta por otro a rendir el examen, engañando al profesor, debe

quedarse en lo académico, sin la trascendencia de su consagración en un tipo penal. Y si se produce un daño o un beneficio no debidos, pues ello es de otro bien jurídico, y por tanto de otro tipo penal.

Y si se arguye que la suplantación o la mentira de calidades personales se hizo con la exhibición de un documento falso que las refuerza o avala (público o privado, no importa ya), pues será obvio que tal suplantación o mentira por sí mismas no afectan la fe pública, pero sí el falso documento, caso en el cual procederá la imputación en sede propia de falsedad. Mas si el documento no es falso, sino aprovechado por quien suplanta o miente en lo personal, se vuelve a la suplantación como maniobra de engaño para otro delito diverso a falsedad, o para dañar en el campo de otra ilicitud, como se vio. Ejemplos: A se presenta como X para efectos de alojarse en un hotel sin que nadie sepa donde está, pues quiere dedicarse a escribir una tesis: no puede imputarse la conducta típica en modo alguno. O, A, para lograr que le entreguen los dólares que se han girado a un estudiante, se hace pasar por B, caso en el cual habrá una estafa, pero no falsedad personal. Un tercer ejemplo sería que A, para lograr estafar en un almacén de comercio, se hace pasar por B y presenta la cédula de identidad de B genuina (que la ha encontrado accidentalmente), lo que lleva otra vez a la estafa, pues no hay falsedad del documento, y su presentación es apenas una reiteración de la suplantación ya dicha. Finalmente, A, con el propósito de estafar en un almacén comercial, se hace pasar por B, pero en tal caso sí presenta una cédula falsa de B para identificarse: en este caso sí existe una agresión a la seguridad del tráfico jurídico documental, por la presentación de la cédula falsa, y obviamente cabrá en concurso con estafa, si esta se consuma.

De todo ello puede rescatarse una idea esencial para el tráfico jurídico documental: que este solo puede ser agredido documentalmente por un medio documental. No de otra manera.

Pienso, por lo dicho, que la conducta típica, en un examen riguroso, carece de todo desvalor de acción y de resultado respecto del bien jurídico protegido en las falsedades documentales, por lo que no puede ser aplicada como

falsedad documental, pues no pone en peligro la seguridad del tráfico jurídico basado en documentos.

h. LA FALSEDAD PARA OBTENER

PRUEBA DE HECHO VERDADERO

Si bien se mira el texto es una atenuante de punibilidad, en la consideración político criminal evidente de que si el documento (medio que agrede el bien jurídico) es falso, pero el contenido del mismo es verdadero, el daño debe ser de menor entidad en la vida social de relación social.

Léase: artículo 295 del C. P.: “El que realice una de las conductas descritas en este capítulo, con el fin de obtener para sí o para otro medio de prueba de hecho verdadero, incurrirá en multa”.

Tanto da decir, frente al texto, que el que cometa falsedad en documento (público o privado), según las reglas antes definidas, será penalizado en menor grado, dado que se realizó la falsedad documental (agrediendo el tráfico) para conseguir medio de prueba de un hecho considerado verdadero. Pero adviértase que la conducta es típica de falsedad documental, no obstante que el documento falso se refiera a la verdad. Es decir, el bien jurídico se somete a riesgo aun en el evento en que el contenido sea verdadero, de donde lo que cuenta para estos efectos es una verdad que se contrae al documento mismo.

Como el “falso veraz” atenúa tanto la falsificación material como la ideológica, ello requiere un examen más detenido:

a. En primer lugar, es evidente que el texto no tolera una adecuación directa, dado que es una atenuante general de todas las formas de falsedad.

b. En cuanto a la falsedad material de documentos, si es cierto que el hecho que el documento representa en forma verdadera no lo purga de la imputación de falsedad, es

obvio que ello se debe a que la verdad protegida es la verdad autenticidad del objeto documental, sin que ello se determine por la verdad material. Así, si un documento se altera en su relación de autenticidad, para colocar la verdad real conocida por el falsario, está claro que siempre existirá el desvalor de falsificación (tanto de acción como de resultado), y su comportamiento corresponde al tipo penal de falsedad material, solo que se varía la pena por multa. También es claro que un documento auténtico –salvo el caso de falsedad ideológica– que exhiba una declaración inverídica (o representación) no admite el juicio de tipicidad como falsedad material documental.

c. Para la falsedad ideológica documental, que se tipifica únicamente en documentos públicos, como se comentó antes, dado que su índole es la falta de verdad parecería difícil concebir una aplicación de la atenuante mencionada, puesto que no se entendería típica la conducta de extender un documento público consignando la prueba de un hecho verdadero, pues ello es lo esperado.

No obstante, en los documentos públicos con intervención de funcionario público que tiene el poder de certificación de la fe pública, si la manifestación de terceros, que se debe tomar en el documento público, es no verídica, advertido lo cual el servidor público, abusando de su poder de certificación de fe pública, coloca la verdad, podría admitirse la aplicación de la atenuante. Véase cómo la declaración mentirosa de los otorgantes del documento es la verdad que debe contener el documento público y no otra, por lo que en estricto sentido el cambio para poner la verdad material que conoce el servidor público podría constituir el caso para este efecto.

De paso, es bueno comentar que en el país se generalizó la expresión poder certificador, como si todos los funcionarios públicos lo tuvieran, cuando ello no es cierto. Ello en principio se tomó para nuestro derecho de la doctrina y legislación italiana, en donde ciertos servidores públicos tenían función específica de certificar en forma general con fuerza probante de fé pública (en forma fehaciente), como los notarios. Los demás funcionarios públicos pueden documentar en el servicio público, creando una prueba documental pública corriente sin ese especial poder certificador.

i. UN USO QUE INCREMENTA LA PUNIBILIDAD

En el artículo 290 del C. P. aparece una disposición agravatoria de la falsedad documental pública, y solo para esta clase de falsedad, “para el copartícipe para la realización de cualesquiera de las conductas descritas” “que usare el documento”.

El incremento de punibilidad es solo para el copartícipe, de manera que, conforme al artículo 30 del C. P., la agravante por uso se aplica únicamente al determinador y al cómplice. Extraño resulta que al autor de la falsedad, si usa, además de falsificar, no se agrave la punibilidad, pero sí a los copartícipes.

Los comentarios sobre el significado del uso que hicimos en textos anteriores son igualmente válidos ahora. El uso es la sola colocación en el tráfico del objeto documental, y no comprende el engaño subsiguiente ni el error que suscite en una persona particular, pues ello solo permitirá el concurso si se viola otro bien jurídico distinto.

LEONARDO CRUZ BOLÍVAR

Delitos contra la seguridad pública

I. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS

La historia de los delitos contra la seguridad pública tiene una especial relación con la situación de orden público en el país, sobre todo en lo que se refiere tanto a la lucha contra el tráfico de drogas y la guerra que ello ha generado como al conflicto armado al que Colombia se ha enfrentado desde hace aproximadamente 40 años.

Ello tiene demostración en que durante la historia reciente de la legislación penal colombiana ningún otro título del Código Penal ha sido objeto de tantas reformas como el que ahora nos ocupa. Una muestra de que esta tendencia se mantiene en el legislador es la expedición de la Ley 733 de 2001, puesto que la primera importante reforma al Código que apenas comienza a entrar en vigencia es precisamente al título de “Delitos contra la seguridad pública”.

En concreto sobre los cambios legislativos, un primer referente en la situación de la reforma perenne a los delitos contra la seguridad pública es el Decreto 1923 del 6 de septiembre de 1978, conocido como “Estatuto de Seguridad”.

Dicho decreto, como otros que vendrían posteriormente, crearía un paralelismo con la regulación del Código Penal, pues antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991 la regla general fue recurrir a la figura del llamado “estado de sitio” consagrado en la Carta Política de 1886 disponiendo la suspensión de la legislación vigente, para lograr así la entrada en vigencia de estatutos de legislación de excepción. Vinieron similares regímenes posteriores, entre los que se destaca el “Estatuto para la defensa de la democracia”, que puede ser la síntesis de la reacción a la violencia ocurrida en los años 80 y que trajo consigo diversos decretos{419}. El mencionado estatuto, que fue el Decreto Ley 180 de 1988, hizo trascendentes reformas a los delitos contra la seguridad pública, nuevamente, basándose en las facultades del artículo 121 de la Constitución de 1886. Como se verá, la definición que entonces se hizo del delito de terrorismo, basada en una descripción objetivista,

es la que aún subsiste en la legislación penal vigente en nuestros días.

Llegada la década de los 90, con su movimiento constitucional y la expedición de la nueva carta fundamental, se produjo una fusión de buena parte de los decretos producidos en la década anterior, hecho que pretendió, y finalmente logró, constitucionalizar ese cúmulo de normatividad aislada que era y sigue siendo una incógnita para muchos. Tal situación se hizo realidad por la "comisión legislativa", coloquialmente conocida como "congresito", que dio cumplimiento al artículo 8.° transitorio de la constitución de 1991, y se cristalizó con el Decreto 2266 de ese mismo año. Conjuntamente con esa legislación se expedía el Decreto 2700, que creó la no muy célebre "justicia regional", llamada por el común "justicia sin rostro" por la posibilidad que tenían jueces, fiscales y testigos de reservar su identidad ante los sujetos procesales.

Buena parte de los delitos contra la seguridad pública se mantienen vigentes con las modificaciones, y acaso desaciertos, con que se estatuyeron para 1991 como consecuencia de los cambios legislativos, hasta el año 2001, cuando entra en vigencia la Ley 599; y, como ya se ha mencionado, al poco tiempo algunos delitos del título ya han sido objeto de reforma.

La constante en las legislaciones mencionadas es el recorte de las garantías procesales y sustanciales, la reducción del concepto de delito político, para ser sustituido por la generalización del acto terrorista, la penalización de los actos preparatorios y un no muy claro sentido de la proporcionalidad{420}.

II. EL BIEN JURÍDICO " SEGURIDAD PÚBLICA"

No resulta fácil aproximarse a una definición de este bien jurídico tutelado, dado que dentro de este capítulo se incluyen conductas diversas que pueden tener finalidades

bien diferentes, como es el caso del incendio, que puede o no tener intenciones destructivas de impacto social, o del terrorismo o el concierto con fines terroristas o para cometer delito de narcotráfico, conductas en esencia diferentes en las huellas que dejan en la comunidad.

En legislaciones europeas, como la española o la alemana, existe la tendencia a diferenciar en capítulos independientes los “delitos de peligro común” y aquellos en contra del “orden público”. Entre nosotros dicha diferenciación también ha existido, y en el Código de 1980 se estableció que dentro de los delitos contra la seguridad pública existieran dos capítulos independientes, el primero referente al terrorismo, instigación y concierto, correspondiendo en términos generales con lo que en los referidos códigos se conoce como “orden público”, mientras que en un segundo capítulo se establecen los delitos de peligro común, que coinciden con la definición de las legislaciones ya citadas.

En el estatuto de 2001 se sigue ese mismo esquema del Código de 1980, agregando en el primer capítulo las amenazas y quedando exactamente igual el encabezamiento del segundo capítulo a como se encontraba en 1980.

Luego, sin buscar definiciones sacramentales de “seguridad pública”, parece más conveniente partir de analizar los dos grandes bloques que componen el concepto, dado que, como se puede ver, si bien no son antagónicos o disímiles, sí pueden ser diferenciados con claridad.

El primer capítulo versa sobre terrorismo, concierto y amenazas. En este acápite, la seguridad pública hace referencia a la presencia de un orden mínimo en la sociedad, que permite el desarrollo de la paz como sensación o ambiente constante o estable, no simplemente como aspiración. Se trata de un estado ideal de la comunidad en que ella se mantiene en un orden aceptable respecto de los bienes jurídicos de mayor entidad, como sería la vida, la integridad, el libre desarrollo de la personalidad, así como se mantiene la posibilidad de que la autoridad se ejerza pacíficamente con respeto de los ciudadanos. Es, acaso, un clima, un ambiente de común tranquilidad.

Todo delito implica un daño, una desconfiguración social: ello se puede sostener desde un punto de vista sociológico, pero cuando se atenta contra esa certeza de que se convive en un ambiente de comunes expectativas de no agresión se entra en la desconfianza colectiva y en la incertidumbre acerca de un eventual atentado a la comunidad. En tal momento, se ingresa en la ruptura de la seguridad pública entendida como orden público, seguridad interior, etc.

En los delitos de peligro común, segundo grupo de delitos, la perspectiva del bien jurídico está dada en una protección más concreta de lo individual que en el evento anterior, como sería la vida, el patrimonio, la salud, que se puede ver amenazada por situaciones que elevan de forma abstracta las posibilidades de acceso, disfrute e intangibilidad de tales bienes{421}; luego puede verse este capítulo específico como una forma de afectación a la seguridad pública, en un ámbito más restringido y delimitado que aquel que corresponde a los actos de terrorismo, o concierto, dado que el peligro común se genera para bienes jurídicos más específicos o incluso privados e individualizables, como ya se mencionó, aunque todas las conductas quedan enmarcadas bajo el término seguridad pública.

III. SOBRE LAS INFRACCIONES EN PARTICULAR.

CAPÍTULO PRIMERO. DEL CONCIERTO, EL TERRORISMO, LAS AMENAZAS Y LA INSTIGACIÓN

A. CONCIERTO PARA DELINQUIR

Artículo 340. Concierto para delinquir. Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años.

Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley, la pena será de prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de dos mil (2.000) hasta veinte mil (20.000) salarios mínimo legales mensuales vigentes.

La pena privativa de la libertad se aumentará en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir.

I. EL CONCIERTO PARA DELINQUIR SIMPLE

En sus orígenes fue conocido como cuadrilla de malhechores, hasta que en el Código de 1936 se utilizó la expresión “asociación para delinquir”, pasando con posterioridad a la del Código de 1980 con la denominación que se conoce.

Se trata de un delito de mera conducta en donde se sanciona el simple acuerdo, la decisión común de varias personas que se proponen cometer indeterminados delitos con la idea de crear un estado delictivo entre los asociados, de forma tal que su comportamiento constituye una amenaza para la seguridad colectiva.

De lo anterior surge la necesidad teórica y práctica de diferenciar esta conducta punible de la coautoría, y en concreto de la coautoría impropia.

Para el efecto, es importante resaltar en el concierto apartes fundamentales que lo diferencian de la coautoría.

a. EL OBJETIVO ABSTRACTO

El concierto es la asociación acuerdo o convenio entre varias personas para realizar “delitos”. Esto implica que se da la reunión de voluntades, por lo menos dos, para desarrollar conductas delictivas en abstracto. Se sanciona ese simple hecho; puede no haberse realizado acto ejecutivo de alguna de las posibles conductas punibles; basta que esas personas lleguen al común designio. El concertarse para una finalidad genérica específica influirá respecto de los “conciertos especiales”, que agravan la conducta, pero que en momento alguno modifican la existencia de la figura. Desde un punto de vista práctico, es obvio que quienes se conciertan no generan un contrato o un acto de aprobación expreso de estar incursos en este delito, sino que sus actividades, elementos, procedimientos, contactos, etc. hacen inferir con claridad el acuerdo para cometer delitos.

b. LA INDETERMINACIÓN

Quienes se conciertan no organizan un plan criminal buscando la realización de alguno o varios delitos específicos previamente diseñados, como tampoco los que pueden presentarse ocasionalmente, en una acción aislada, como cuando alguien pretende hurtar y dispara para herir a un vigilante, en la llamada “conexidad ocasional”. La indeterminación hace referencia a que el objetivo común no está limitado por un plan específico, sino que puede haber tantos planes como sean necesarios para concretar el permanente fin del concierto. En la coautoría, si bien pueden darse conductas que inicialmente estarían por fuera de un plan concreto, ellas siguen de cerca el plan inicial determinado que, una vez agotado en el tiempo, modo y lugar, víctimas, etc., se agota en su relevancia penal{422}.

En el ámbito de la coautoría la realización de delitos por fuera del plan es predecible por los que concurren en la realización, pero también, una vez ejecutados éstos, se agota la conducta punible. Es precisamente lo que no ocurre en la decisión de cometer tantos delitos como sean necesarios para mantener la resolución común, pues desde un principio el acuerdo va más allá de un plan criminal, para entrar en un verdadero estado delictivo en el que cualquier procedimiento contrario a la ley resulta admisible y las diversas conductas pueden ser ejecutadas cuantas veces y en cuantas circunstancias puedan ser útiles.

c. EL PROPÓSITO DE PERMANENCIA O CONSTANCIA

Esta característica puede entenderse como un aparte dentro de la indeterminación{423}, con base en que, para efectos de la configuración del tipo subjetivo, al tratarse de un delito de “mera conducta”, si lo que se busca es cometer conductas punibles indeterminadas ello implica que tal finalidad no está limitada en el tiempo.

Puede ocurrir que los concertados sean sorprendidos por las autoridades antes de que comience a operar efectivamente la organización, lo que no excluye la atribución del concierto, puesto que, tal como se manifestó en la primera de las características, de las situaciones objetivas surja con claridad que su deseo es mantenerse en la ejecución de tantas conductas como sean necesarias para prolongarse cronológicamente en el objetivo delictual.

Supóngase el caso de unos traficantes de armas, a los que solo les son incautadas algunas municiones para arma de uso personal, que en el mejor de los casos se subsumirían en el artículo 365 del C. P. Sin embargo, los mencionados son encontrados en una bodega de su propiedad, en donde existe documentación falsificada de organismos de defensa de toda Latinoamérica, copias de comunicaciones, dirigidas a los mismos, en los que se hacen solicitudes de armas cortas y largas con referencias específicas y sus respectivas municiones, así como comunicaciones con países proveedores de armas ilícitas, folletos descriptivos de

armamento de toda clase con sus respectivos precios en el mercado internacional y nacional, pedidos de organizaciones terroristas enviados desde varios lugares del país y fuera de él, números de cuentas de entidades bancarias ubicadas en paraísos fiscales, listas de funcionarios encargados de otorgar aprobación de porte y comercio de armas con números de cuenta, mapas con rutas terrestres, aéreas y marítimas, gran cantidad de elementos de telecomunicaciones, etc.

Como aparece lógico, lo fundamental en el comportamiento de estas personas, no es tener unas municiones propias de un arma de uso personal, sino el hecho de que por sus documentos, elementos y demás huellas se deduce que se trata de traficantes internacionales de armas, que para mantenerse en su objetivo realizan el comercio ilícito de forma continua; no se trata de hacer uno u otro envío, sino de mantenerse en la realización de la conducta en forma repetida e indefinida, como también de aquellos otros comportamientos punibles para lograr el éxito de la actividad, como sería, para el ejemplo propuesto, la falsificación de documentos, el soborno a funcionarios, la recepción de dinero procedente del narcotráfico y otras actividades ilícitas, la colaboración con grupos terroristas, de narcotráfico, el lavado de activos producto del comercio ilícito, etc.

2. LOS CONCIERTOS ESPECIALES

La ley penal colombiana dadas las especiales condiciones del país en materia de delincuencia, en donde se presentan multiplicidad de organizaciones que tienen al delito como industria, cuyo grado de amenaza a la comunidad es más pronunciado, decidió castigar con mayor pena privativa de la libertad algunas finalidades comunes específicas por las que se origina el concierto. Se reitera entonces que no se trata de que necesariamente se tengan que cometer efectivamente, por los concertados, todos y cada uno de los delitos en mención, sino demostrar que la finalidad de la concertación es cometer alguno de ellos de forma tal que se realicen esas u otras conductas cuantas veces sean

necesarias, de forma independiente a si efectivamente se realiza alguna de ellas. Si alguno de esos delitos se comete, opera el concurso efectivo de hechos punibles.

Debe tenerse en cuenta que inicialmente la expresión “narcotráfico” contenida en la norma fue reformada por la Ley 733 por la expresión “tráfico de drogas tóxicas”, la que, además de ser confusa, sobre todo por la expresión “tóxicas”, debe entenderse en sentido lato, puesto que ella no designa un específico delito concreto, como sí ocurre en las demás actividades consagradas en el resto del inciso, sino que se refiere a una actividad genérica que puede designar varias conductas punibles, como serían las establecidas en los artículos 375 a 382 del C. P., y no solo el simple tráfico del artículo 376.

3. EL INCISO TERCERO

Tiene como fundamento sancionar con mayor severidad a quienes se constituyen como ideadores o estrategas de una organización delictiva que a quien realiza las conductas materiales propias de la actividad concreta; ello en consideración a que los jefes de los grupos delictivos son quienes realmente originan el concierto, y a ellos adhieren los demás miembros, quienes son ejecutores de las ideas y estrategias criminales; finalmente, están quienes prestan un servicio ocasional o accidental sin hacer en realidad parte de la organización.

Un ejemplo de esta situación es el común uso de los correos humanos para transportar drogas fuera del país{424}, común y despectivamente llamados “mulas”, que son utilizados por poderosas organizaciones. El individuo que transporta la droga es simplemente un autor del delito de tráfico de estupefacientes, artículo 376, que a su vez viene organizado, financiado e ideado por los concertados como narcotraficantes. Sobre estos últimos, y no sobre quien apenas hace el trasporte, o quienes hacen simplemente contactos y procedimientos que no implican liderazgo o financiación, se predica el aumento punitivo en mención.

Respecto de este punto es importante, en lo que se refiere a ciertos estados de concierto, tener en cuenta el reclutamiento forzado{425}, dado que una persona puede pertenecer a una organización concertada, como sería un grupo ilegalmente armado, pero con fundamento en que, por ejemplo, fue constreñido, mediando amenazas de muerte en contra de él mismo y su familia, a unirse a la organización. Estos eventos representan especial complejidad, dado que el individuo entra a hacer parte de alguno de estos grupos inicialmente por la fuerza, pero posteriormente realiza otras conductas punibles de forma voluntaria. En esta clase de eventos las causales eximentes de responsabilidad establecidas en el artículo 32 numeral 8, "insuperable coacción ajena" o "miedo insuperable", pueden llegar a configurarse, siempre y cuando se demuestre que todas las conductas ilícitas del individuo fueron motivadas por alguno de esos supuestos, lo que no debe ser pasado por alto en el estudio de una conducta de este tipo, dada la pluralidad de factores de reclutamiento para grupos armados ilegales existentes en el país.

El inciso 3.° del concierto presenta un problema que muestra la improvisación y falta de análisis que son tradicionales en el legislador en estas materias. Como puede notarse, dos de las hipótesis de agravación de dicho inciso tercero son el organizar y financiar el concierto en general, lo que no tiene objeción. Sin embargo, en el inciso segundo, al agravar en los conciertos especiales las conductas relacionadas con los grupos ilegalmente armados, se encuentran consagradas ya esas mismas causales para esa modalidad de concierto, cuando la norma expresa: "… o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley".

Luego, cuando se trata de grupos ilegalmente armados, para los financiadores u organizadores solo puede operar el agravante del inciso 2.°, ya que, por el principio de non bis in idem, solo es posible agravar una vez, salvo, desde luego que el agravante pueda ser ubicado en otra de las posibilidades que trae la norma, como fomentar, promover, dirigir o encabezar; lo que no parece muy fácil, puesto que los conceptos "organizar" y "financiar" tienen gran amplitud.

B. EL ENTRENAMIENTO PARA ACTIVIDADES ILICITAS

Artículo 341. Entrenamiento para actividades ilícitas. El que organice, instruya, entrene o equipe a personas en tácticas, técnicas o procedimientos militares para el desarrollo de actividades terroristas, de escuadrones de la muerte, grupos de justicia privada o bandas de sicarios, o los contrate, incurrirá en prisión de quince (15) a veinte (20) años y en multa de mil (1.000) a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se trata de un delito de mera conducta, que está concebido para punir aquellas conductas que amenazan la seguridad pública cuando se perfeccionan las tácticas de guerra de grupos armados ilegales, por personas que son encargadas exclusivamente para ello, por sus conocimientos acerca del tema.

Se desvalora en esta norma el pretender hacer más letal y peligrosa la organización delictiva, pues se trata de un perfeccionamiento progresivo de la comisión de ataques a poblaciones, enfrentamientos con el ejército y la policía, secuestros masivos, pillaje, saqueo, etc., de tal forma que éstos sean aún más efectivos, lo que desde luego hace de estos actos factores de riesgo social incalculable.

Al hacer referencia la norma a instrucción en tácticas, técnicas o procedimientos militares se introduce un elemento normativo que puede ser entendido como la impartición de conocimientos relacionados con cuestiones de estrategia militar, y no solamente con informaciones o difusión de los procedimientos a seguir por el grupo, sus objetivos, propuestas, futuras acciones, etc. Estas conductas, sin la menor duda, se adecuan a otras normas, como la rebelión o el concierto para delinquir, ente otras, pero no al artículo 341.

Es muy importante en este aspecto tener en cuenta que se trata de una conducta autónoma, lo que implica que si, en desarrollo de las enseñanzas impartidas por el instructor de

guerra ilícita, surgen conductas punibles específicas e individualizables que pueden ser relacionadas directamente con dichas instrucciones, se presenta un concurso efectivo de hechos punibles.

Ejemplo: un asesor internacional es contratado específicamente para apoyar una incursión armada a una estratégica posición militar que implica ataques especiales, dada la fortaleza de la construcción y la cantidad y calidad de quienes se encuentran en el “objetivo”. El estratega utiliza los planos del lugar, analiza la geografía de la zona, el clima, las vías de acceso, debilidades y fortalezas, etc., y planea la forma más conveniente de realizar el ataque, el que efectivamente se concreta dejando una gran cantidad de muertos, destrucción y desplazamiento de la población. En esta hipótesis, al ser la instrucción un acto concreto, se conecta con los demás delitos cometidos y genera el concurso entre el delito en mención y los demás que fueran cometidos en cabeza no solo de quien es contratado, es decir el asesor, sino de quienes participan en él, por igual.

Sin embargo, aunque la instrucción militar sea abstracta y no concreta como se menciona en el ejemplo anterior, existe la posibilidad de concurso con delitos contra el derecho internacional humanitario, o terrorismo, como cuando se asesora a las organizaciones violentas en la fabricación de armas ilícitas, desde el punto de vista del dih , como sería el caso de los tristemente célebres “cilindros bomba”, elementos que por su inexactitud y diseño causan cada vez que se utilizan muerte y destrucción a la población civil no combatiente. En tal caso, la instrucción concursa con el delito de “utilización de medios y métodos de guerra ilícitos” (art. 142), e incluso con el delito de “actos de barbarie” (art. i45).

La expresión “o los contrate”, que se encuentra al final de la norma, y que no parece muy clara, debe aplicarse con relación a quien contrate los servicios del asesor, y no quien contrate grupos sicariales, pues resultaría contradictorio que en la misma norma, de forma insular, se sancionara la contratación de grupos armados cuando ello no concuerda con la evidente inspiración de la norma que pretende evitar el progreso táctico y tecnológico de los grupos ilícitos.

1. LAS CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION

Artículo 342. Circunstancia de agravación. Cuando las conductas descritas en los artículos anteriores sean cometidas por miembros activos o retirados de la fuerza pública o de organismos de seguridad del Estado, la pena se aumentará de una tercera parte a la mitad.

Dada la gravedad de que un servidor público haga parte de una organización de esta clase, o la asesore en labores de estrategia militar, se dispuso esta agravante. El encargo que se hace al servidor tiene una dimensión de apoyar los fines constitucionales como la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad, la vida y, en general, los derechos fundamentales que orientan en la actualidad al Estado. En consecuencia, pertenecer a una organización delictiva implica traicionar en grave manera esos fines, y más en concreto cuando esa traición se refiere a aquellos bienes o intereses fundamentales que se pretenden mantener por el Estado.

Se ha considerado en igual sentido no solo que quien hace parte de la administración tiene las obligaciones mencionadas, sino también que quien se aparta de ella debe mantener la fidelidad no solo al Estado, sino también a la reserva y privacidad de la información que en ejercicio del cargo conoció, unido al deber de no traficar con el conocimiento de hechos, funcionarios, documentos y demás elementos a los que tuvo acceso cuando ostentó la calidad de funcionario. Es desde luego más grave la conducta cuando se comete dentro de la administración, puesto que el riesgo al bien jurídico es más intenso.

En la ejecución de delitos como el concierto para delinquir en la modalidad de narcotráfico, paramilitarismo, o grupos guerrilleros el conocimiento que se tenga de la estructura, tácticas, recursos y demás aspectos relacionados con las fuerzas militares, de policía y en general de organismos de seguridad del Estado es un factor que resulta del más alto valor para las organizaciones delictivas; por ello, con frecuencia recurren a tratar de corromper servidores

públicos retirados activos que proveen información de trascendencia para las actividades ilícitas.

Esta causal de aumento punitivo presupone, como se ha dicho, que el funcionario o exfuncionario se encuentre en estado de concierto, y no simplemente realice alguna cooperación aislada con organizaciones al margen de la ley, lo que, si bien puede configurar delito, no implica concierto, y por lo tanto tampoco la incursión en esta agravante.

C. EL DELITO DE TERRORISMO

Artículo 343. Terrorismo. El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta.

Si el estado de zozobra o terror es provocado mediante llamada telefónica, cinta magnetofónica, video, casete o escrito anónimo, la pena será de dos (2) a cinco (5) años y la multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigente.

1. CARACTERÍSTICAS DEL TERRORISMO

1. El originar en un sector identificable de la sociedad o en toda ella un estado generalizado de miedo, sensación de amenaza e inseguridad, o prolongarlo en el tiempo.

2. Tal resultado se debe obtener mediante el despliegue de actos que eleven el riesgo a bienes jurídicos fundamentales o a elementos básicos de la vida en comunidad.

3. Los actos de peligro deben ser realizados por medios lo suficientemente idóneos para causar daños considerables a las personas o a las cosas, sin que sea necesario que tales hechos se configuren, pues si ello ocurre puede incurrirse en otras conductas.

4. Si la primera de las características se ocasiona solo por medio de la difusión de una amenaza, sin acto alguno efectivo que eleve el riesgo de ciertas actividades o bienes jurídicos, se procederá a atenuar la pena.

En el análisis de este delito sobresale como primer aspecto que no se exige una específica finalidad, ingrediente subjetivo, de provocar el “estado de zozobra y terror”, sino que con la simple acción que provoque tal resultado se consuma la conducta; el análisis de cómo se ha llegado a esta concepción del terrorismo puede partir de una breve comparación con la que entrara en vigencia con el Código Penal de 1980.

La norma originaria del delito de terrorismo en el Código de 1980 establecía: “El que con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra, o de perturbar el orden público, emplee contra personas o bienes, medios de destrucción colectiva, incurrirá en prisión de diez (10) a (20) años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los demás delitos cometidos que se ocasionen con éste solo hecho”.

Como puede notarse, además de ser completamente diferente la norma originaria a la vigente en la actualidad, en un primer momento esta exigía que se cometiera el acto “… con el fin de crear o mantener un ambiente de zozobra”, ingrediente subjetivo que resulta muy acorde con la esencia del delito y el bien jurídico que se pretende proteger.

En nuestro criterio, bastante más acertado fue el legislador de 1980 que el actual, que viene influido{426} por todas las vindictas legislativas que se han presentado a lo largo de casi veinte años de pretender acabar con los problemas de violencia utilizando el Código Penal, sin el menor éxito.

La expresión “ambiente de zozobra” establecida en el Código de 1980 toca la esencia de lo que es realmente el terrorismo, y lo desliga de entender este delito solo desde la visión de los grandes actos de violencia contra la vida y la integridad, puesto que para realizar un acto terrorista no se necesita en realidad efectuar un desproporcionado acto violento; incluso un atentado terrorista puede, por iniciativa del autor, no producir siquiera daños personales, como en el caso de ciertos grupos internacionales que antes de colocar artefactos explosivos en lugares concurridos por el público se comunican con las autoridades para dar un pequeño margen de tiempo que permite evacuar a posibles víctimas humanas. Tal práctica evita la causación innecesaria de muertes y lesiones, pero no excluye el carácter de terrorista a la conducta, precisamente porque se encuadra en ese “ambiente” inseguro, hostil y temeroso que sufre la población que no está segura de poder llevar su vida en condiciones normales. Es en esencia el terrorismo, obligar a la sociedad a desempeñarse en un medio lleno de amenaza, ante la contingencia de un desastre que puede presentarse en cualquier momento.

A pesar de estas consideraciones, la legislación actual exige, como se expuso en las características, poner en peligro la vida, integridad o medios de comunicación, entre otras entidades, creando una casuística que no consulta con la realidad de la aparición de este delito, que puede catalogarse más como psicológico, desde la perspectiva que lo buscado por el verdadero terrorista no es necesariamente atentar contra la vida u otros bienes, sino la amenaza generalizada, y con ella la coacción para lograr beneficios de otro tipo{427}.

Dicho ánimo de amenazar por medio del terrorismo es frecuente encontrarlo como requisito a la sanción de este delito en la legislación de países aún afectados por el mismo, como Inglaterra, que en su Act de 2000{428} establece que el acto terrorista debe estar planeado para influir sobre el gobierno o intimidar al público o a una

sección del mismo, como también cuando se realiza con el propósito de avanzar, en el sentido de obtener alguna clase de beneficio, en alguna causa política, religiosa o ideológica. Igualmente, en España, se establece que el delito de terrorismo debe tener la finalidad de "subvertir el orden constitucional y alterar gravemente la paz pública" (art. 571 C. P.), entendido este elemento como subjetivo, ya que, en criterio de un sector de la doctrina de ese país, "no basta pues que se altere el orden, sino que es preciso que dicha alteración, mediante esas u otras de las alternativas formas comisivas que se prevén en la definición legal de los delitos de terrorismo, se ejecute con el ánimo específico de alterar la paz pública, o el orden constitucional"{429}.

En nuestra legislación, luego de la expedición del Decreto 180 de 1988, "Estatuto para la defensa de la democracia", aparentemente se hizo más objetiva la conducta. En materia jurisprudencial, inicialmente se sostuvo por parte de la Corte Suprema de Justicia, en posición que luego varió, que debe ejercitarse el fin terrorista, lo que desde luego parece muy razonable, dado que no cualquier conducta que cause el temor y la situación de desconfianza y miedo propias del terrorismo puede llegar a ser considerada como acto de tal categoría por consideraciones solo objetivas; lo que, de paso, genera problemas con otras figuras del mismo título, como el incendio, dado que en tal delito siempre se pone en peligro la vida y la integridad; o casos en que se obra con dolo de ímpetu, como cuando un militar autorizado para portar una granada ve a su antigua novia en compañía de otro y en un ataque de furia les lanza el artefacto explosivo: en tal caso no existe la finalidad de mantener un estado de zozobra y amenaza en la población, sino que la impetuosa actitud del militar tendría sanción dependiendo de si causa lesiones personales o muerte a su novia y el acompañante, o si no es así, evento en el que puede incurrir en el delito descrito en el artículo 359: empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos.

A pesar de ello, la Corte, en recientes pronunciamientos, parece seguir la tendencia de exigir solamente que el dolo abarque la intención de realizar las conductas peligrosas para la seguridad pública, sin que necesariamente se analice el propósito de causar pánico, desconfianza y zozobra{430}.

Esta posición es bastante discutible por cuanto, más allá de sostener que no es requisito la intención de causar el ambiente amenazante e intranquilo, lo que pareciera más lógico es aceptar que algunas conductas per se llevan consigo el dolo directo, indirecto o eventual no solo de causar estragos, sino de llegar a crear un ambiente de inseguridad, amenaza y desasosiego en el diario vivir de las personas.

Cuando para realizar una extorsión un grupo armado coloca una bomba que estalla en una carretera que conduce a una finca, esa situación lleva implícita la intención dolosa de mover las conciencias de quienes habitan la región y buscar la intimidación general, mediante la amenaza, basada en la demostración de capacidad de daño y devastación, así se concreten solo daños materiales. En este caso la finalidad inicial se desarrolla dentro del concepto de una extorsión, pero, como delito medio, se encuentra el terrorismo.

En tal hipótesis pueden encontrarse dos finalidades diferentes e individualizables entre sí; una, buscar el éxito del constreñimiento extorsivo, y otra, el causar incertidumbre, sensación de inseguridad y pánico generalizado en la población.

Luego, aquí la situación no se configura como terrorista solo porque se utilice un explosivo, sino porque se desea crear un ambiente amenazante que ayuda a la conducta extorsiva.

En conclusión, si bien la conducta se ha movido a una concepción más objetiva, en otras palabras, el tipo penal ha sido desprovisto de elementos subjetivos específicos, no quiere ello decir que no sea necesario desvincular el comportamiento de su significancia social, y por tanto es siempre necesario analizar si la finalidad buscaba crear un estado de amenaza, incertidumbre y miedo en la población, cuando se ejecuta un acto determinado que desarrolle los presupuestos de la norma. Esa finalidad puede estar presente tanto por dolo directo como indirecto o acaso eventual.

2. LOS “ ACTOS DE TERRORISMO”

Debe aclararse que, dadas las condiciones actuales de la legislación, se hace necesario determinar que el delito de terrorismo establecido en el ámbito de los delitos “contra la seguridad pública” es aquel que no se realiza, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado que vive el país, puesto que si es en tal ámbito que se producen las mencionadas conductas es claro que, por el principio de especialidad, lo procedente es aplicar el artículo 144 del C. P. que establece:

Artículo 144. Actos de terrorismo. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla, incurrirá por esa sola conducta en prisión de quince (15) a veinticinco (25) años, multa de dos mil (2.000) a cuarenta mil (40.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

Lo anterior tiene como consecuencia en el actual momento histórico, el que pocos eventos terroristas puedan subsumirse en el “terrorismo simple”, siendo que la mayoría de ilícitos que desde hace algún tiempo se presentan tienen relación directa o indirecta con el conflicto interno.

3. SOBRE EL “ ESCRITO ANÓNIMO”

Con brevedad es necesario hacer referencia a la improvisación y escasa preparación de las normas que en este título se han estatuido. Ejemplo de ello es la expresión que en el inciso segundo del artículo 343 se observa y que sostiene que la amenaza debe realizarse por “escrito

anónimo”, lo que de manera insólita lleva a concluir que si la amenaza terrorista se firma o es emitida por autor conocido la conducta es atípica, como ocurre cuando un grupo amenaza con arrasar una población rural inerme a causa de considerar que sus habitantes están auxiliando a otro actor armado. Afortunadamente en esta hipótesis se aplicará la norma del artículo i44 antes citada, como se ha dicho, por especialidad, partiendo de que se trate de una situación en desarrollo del conflicto. Puede notarse que la reciente disposición no está contaminada por el caos de la legislación que sobre seguridad pública ha regido en el país, precisamente cuando este es uno de los bienes en contra de los que con mayor contundencia se ha atentado en los últimos años.

4. TERRORISMO AGRAVADO

Artículo 344. Las penas señaladas en el inciso primero del artículo anterior, serán de doce (12) a veinte (20) años de prisión y multa de cinco mil (5.000) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando:

1. Se hiciere copartícipe en la comisión del delito a menor de dieciocho (18) años;

2. Se asalten o se tomen instalaciones de la fuerza pública, de los cuerpos de seguridad del Estado, o sedes diplomáticas o consulares;

3. La conducta se ejecute para impedir o alterar el normal desarrollo de certámenes democráticos;

4. El autor o partícipe sea miembro de la fuerza pública o de organismos de seguridad del Estado;

5. Cuando la conducta recaiga sobre persona internacionalmente protegida diferente de las señaladas en el título 11 de este libro, o agentes diplomáticos de conformidad con los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, o se afecten edificaciones de países amigos o se perturben las relaciones internacionales.

En el artículo 344 del C. P. se consagran cinco agravantes respecto del delito en mención, que por lo general también están referidas al conflicto armado; ello tiene como consecuencia que tampoco será muy frecuente la aplicación de estas, puesto que al haber tipo penal especial, como son los "actos de barbarie", éste acoge con mayor claridad la conducta básica, y si esta se desarrolla en relación con los combatientes referidos en el derecho internacional humanitario o la población civil protegida por ese régimen desde luego la norma a aplicar es el artículo 144.

D. LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS RELACIONADOS CON ACTIVIDADES TERRORISTAS

Artículo 345. Administración de recursos relacionados con actividades terroristas. El que administre dinero o bienes relacionados con actividades terroristas, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La conducta descrita en la norma tiene como finalidad sancionar penalmente a aquellos que dan soporte

económico a las actividades del terrorismo, por medio de la inyección de capital o bienes, mantenimiento e inversión de los mismos, etc., para el avance y sostenimiento de esas actividades.

Debe tenerse especialmente en cuenta que el dolo en este delito implica necesariamente conocer que los recursos administrados se relacionan con “actividades terroristas”.

La expresión “administración” implica desplegar conductas complejas, no simplemente dar un bien o acaso entregar una ayuda: se extiende a tener capacidad de decisión sobre los recursos o elementos, posibilidad de cambiarlos de lugar, invertirlos, organizarlos conforme a las actividades ilegales, etc.

Por tal razón, el que vende explosivos a quienes se sabe que realizarán un atentado terrorista no incurre en este delito, sino que puede ser cómplice de terrorismo y eventualmente incurriría en porte ilegal de armas, dado que el delito estudiado se refiere solo a aquellos que tienen el control económico y de organización de dichos bienes, de forma independiente a la relación que quien realiza la conducta tenga con el correspondiente grupo.

Es importante resaltar que al ser la analizada una conducta de especialidad evidente se debe aplicar de preferencia al lavado de activos cuando, por ejemplo, los bienes que se utilizan, invierten o transforman tienen un origen ilícito como el narcotráfico o la extorsión, y posteriormente son utilizados para ejercer actos de terror. Al ser la finalidad específica de la administración de bienes el atentar contra la población y, en general, contra el orden público, se entiende subsumida la conducta en la administración de recursos para actividades terroristas, y no en el artículo 323 del C. P.

E. UTILIZACIÓN DE UNIFORMES E INSIGNIAS

Artículo 346. Utilización ilegal de uniformes e insignias. El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas, uniformes, insignias o medios de identificación reales, similares o semejantes a los de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de cincuenta (50) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Resulta un atentado contra la seguridad pública, por lo menos en las condiciones específicas de nuestro país, que cualquier persona, sin autorización oficial, use aquellos elementos que identifican a las fuerzas militares, en sus diversas actividades.

En esta conducta resulta de trascendental importancia analizar que los verbos rectores como transportar, almacenar, distribuir, comprar, vender, suministrar, sustraer o portar deben entenderse desde la perspectiva de lo que pretende proteger el legislador, dado que portar una pequeña insignia o llevar alguna prenda militar sin el inequívoco plan de atentar contra la seguridad pública no puede ser objetivamente imputable a quien realice la conducta, puesto que no eleva en forma relevante el peligro al bien jurídico tutelado.

Respecto del verbo sustraer, puede generar complicaciones con el delito de hurto, y esta conducta deberá analizarse para cada caso concreto desde el autor.

Sin embargo, existe en el delito de hurto el agravante de que el delito se realice sobre “efectos y armas destinados a la seguridad y defensa nacionales”. En tal caso, la palabra “efectos” es de tal amplitud que puede entenderse que incluye cosas como uniformes, insignias, etc. En tales casos, cuando se presenta la simple sustracción, se incurre por especialidad solo en el delito de hurto agravado, pero al enajenar, o dar alguna otra posibilidad de uso al uniforme o insignia, sin lugar a dudas se incurre en el concurso efectivo entre las dos conductas, hurto agravado y utilización de uniformes o insignias. La anterior interpretación atendiendo al interés jurídico que pretende proteger el legislador.

F. EL DELITO DE AMENAZAS

Artículo 347. Amenazas. El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá, por esta sola conducta, en prisión de uno (I) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la amenaza o intimidación recayere sobre un servidor público perteneciente a la rama judicial o al Ministerio Público o sus familiares, en razón o con ocasión al cargo o función que desempeñe, la pena se aumentará en una tercera parte.

El primer aspecto que debe tenerse en cuenta respecto de esta conducta es la característica especial de la intimidación, puesto que, independiente al contenido de la misma, es decir, del mal con que se pretende intimidar real o ficticiamente, el acto debe tener un impacto colectivo, propio del terrorismo, y no simplemente consecuencias de temor a una persona o grupo reducido a causa de una acción.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en diversas oportunidades, estableciendo que, incluso, las amenazas que en ocasiones hacen los delincuentes con el fin de evitar que la víctima denuncie la comisión del delito no corresponde a esta modalidad típica{431}.

De igual manera, esta figura debe diferenciarse del terrorismo telefónico, plasmado en el artículo 343 inciso 2.º, puesto que en el caso de las amenazas el elemento "personal o familiar" pone un contenido de amenaza directa

sobre una persona, comunidad o institución determinadas, lo que particulariza el objeto de la intimidación.

Sin embargo, la diferencia fundamental entre las dos figuras enunciadas se encuentra en que el terrorismo, como acción directa contra las personas y bienes de uso colectivo, tiene un grado de inmediatez mayor al de las simples amenazas, por ejemplo, cuando un individuo realiza una llamada telefónica a un centro comercial populoso un día hábil, sosteniendo que hay una bomba frente al lugar, y logra que éste sea evacuado, causando pánico y confusión en quienes se encuentran allí: ello se subsume en la conducta establecida en el artículo 343 inciso 2.º. Mientras que, si la amenaza va dirigida al centro comercial, sosteniendo, por ejemplo, que si opta por distribuir una publicación de un determinado partido político o movimiento será objeto de ataques terroristas, esto es, sin una intimidación general que implique una perturbación inmediata de la comunidad, pero sí que tal acto puede ejecutarse en un futuro incierto pero posible, ello tiene como consecuencia que la conducta se subsuma en la tipicidad del delito de “amenazas”.

Desde otra perspectiva, si quien es amenazado con ser víctima de un acto terrorista indeterminado lo es en función del constreñimiento para obtener de él una prestación económica, puede configurarse el delito de extorsión. A pesar de lo anterior, no puede excluirse el caso de que la amenaza sea de tal gravedad que por sí misma implique necesariamente ir más allá del “constreñimiento”, verbo rector de la extorsión, como en el caso en que grupos reconocidos como terroristas amenazan a comerciantes de una determinada zona para que entreguen dinero a cambio de no realizar actos terroristas, que ya han ejecutado en otros lugares dejando muerte y devastación. En tales casos, la conducta es más compleja que el simple constreñimiento extorsivo, para concursar con el delito de amenazas. Se fundamenta nuestro criterio en que la intimidación puede llegar a ser tan intolerable para el ordenamiento y la seguridad pública que no alcanza el reproche a ser subsumido simplemente en un delito contra el patrimonio económico, en el que se encuentra ausente el concepto de intimidación terrorista.

G. LA INSTIGACION A DELINQUIR

Artículo 348. Instigación a delinquir. El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o género de delitos, incurrirá en multa.

Si la conducta se realiza para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, secuestro extorsivo, tortura, traslado forzoso de población u homicidio o con fines terroristas, la pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Esta figura es conocida genéricamente como “apología del delito” y tuvo una variación entre el Código de i980 y el actual, pues en el antiguo ordenamiento tenía como pena el arresto de 3 meses a 3 años y multa. Es de anotar que, conjuntamente con el aumento de punibilidad a esta conducta, en diversos decretos de las décadas de los 80 y 90 se incluyeron figuras adicionales, como la omisión de informes de actividades terroristas, y la instigación o constreñimiento para ingreso a grupos terroristas entre otros. Afortunadamente, en la actualidad el artículo 348 no incluyó esa cantidad de hipótesis delictivas que poca utilidad tuvieron, como buena parte de los regímenes basados en el estado de excepción.

La modificación realizada al delito en mención fue incluir un agravante, en aquellos casos en que la apología se comete respecto de infracciones de mayor sensibilidad e impacto social, tal como se establece en el párrafo segundo de la norma.

El delito de apología tiene como razón de ser el sancionar a quien promueva de forma pública e inequívoca la realización de conductas sancionadas penalmente. Apologizar es, en términos comunes, alabar, exaltar, mostrar ante todos lo positivo de algo o de alguien. Luego,

al utilizar tal expresión respecto de conductas establecidas en el Código Penal, se está promoviendo que la sociedad tenga la idea de que dichas conductas son constructivas o aprobadas por ciertas personas, lo que finalmente tiene como consecuencia la incitación a que se realicen.

La característica más relevante de este tipo penal, además de la acción apologética de una conducta reprochada penalmente, es el carácter de público que tal proceder debe mostrar. Esto nos indica que la exaltación de hechos delictivos tiene que ser, así sea en grado mínimo, ideada de tal forma que pretenda llegar a varias personas, como sería el caso no solo de una noticia en un periódico o en la televisión, sino también de una conferencia, un escrito, una página de internet, diferente a los correos personales, que tienen el carácter de privado, etc. Es por esencia, como otros de los delitos observados en este título, de mera conducta.

En cualquier caso, dicha promoción de lo ilícito debe ser directa, elemento normativo que pretende enfocarse a que no sea una simple opinión o apreciación, sino una verdadera incitación a que un conglomerado realice la conducta descrita como punible, proponiendo de forma inequívoca no tener en cuenta la norma penal.

Este aspecto toca desde luego con la libertad ideológica, dado que no puede sancionarse a quien en desarrollo de una profesión liberal y protegida por la Constitución manifieste críticas o reservas contra el legislador por erigir en punibles ciertos actos o mostrar que es inútil sancionar penalmente algunos otros, sino que se requiere la concreta intención de buscar que el conglomerado desconozca la fuerza vinculante de la pena en un evento concreto de delito o delitos{432}.

La instigación para delinquir puede realizarse respecto de un específico delito del Código Penal, v. gr. homicidio, acceso carnal, etc., como sería el caso de quien hace propaganda para que en una población se generalice el tráfico –no simple consumo– de drogas, porque es una forma de aniquilar a los países industrializados, quienes, según el instigador, deben pagar por los daños hechos a los países subdesarrollados.

En todo caso, lo directo de la instigación para delinquir no debe confundirse con la también conocida como instigación, figura propia de la participación, diferenciándose estas, básicamente, en que la segunda no tiene el carácter de público y concreto, es decir que quien instiga en calidad de partícipe lo hace ya en una individualizada conducta delictiva para que sea realizada por otra persona en concreto, a diferencia de la instigación como figura típica que en esencia es abstracta. Un caso de instigación, como participación de un determinador, sería el de aquel que va a un bar, donde se encuentra un amigo de quien conoce su impulsividad, y le dice: “allí, en tu casa, está tu mujer con su amante; yo la he visto, tu única salida como hombre honorable es darle muerte; ve, toma tu arma y mátala; de no ser así, serías un cobarde...”. La diferencia es, pues, de lo abstracto a lo concreto.

En ese mismo orden de ideas, para el instigador de la parte especial es completamente indiferente, respecto de su responsabilidad, si los instigados realizan o no la conducta o conductas promocionadas; mientras que el instigador partícipe, al referirse a la realización de un delito concreto, solo responde en la medida que el instigado llegue en la ejecución del delito, por lo menos al estado de tentativa, conforme al principio de ejecutividad.

H. LA INCITACIÓN A LA COMISIÓN DE DELITOS MILITARES

Artículo 349. El que en beneficio de actividades terroristas incite al personal de la fuerza pública u organismos de seguridad del Estado a desertar, abandonar el puesto o el servicio, o ponga en práctica cualquier medio para este fin, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se trata de una norma tomada de legislaciones extraordinarias de los años 80, que sanciona a aquellas personas que provoquen a miembros de las fuerzas militares o a funcionarios adscritos a órganos de seguridad para realizar conductas que faciliten actividades terroristas, como son la deserción, el abandono del puesto o, en general, colaboren con la realización de actividades terroristas.

Debe quedar en claro que se sanciona en este caso es al instigador y no a quienes efectivamente realizan la conducta, que pueden incurrir en terrorismo, delitos militares o delitos contra el DIH . En otras palabras, se trata de una instigación especial respecto de delitos militares conexos con actividades terroristas; esto implica, como se ha mencionado en el caso anterior, que la efectiva realización de los delitos en concreto no modifica en nada la situación del instigador.

IV. CAPÍTULO SEGUNDO

DE LOS DELITOS DE PELIGRO COMÚN O QUE PUEDEN OCASIONAR GRAVE PERJUICIO PARA LA COMUNIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

A. EL DELITO DE INCENDIO

Artículo 350. Incendio. El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble, incurrirá en prisión de uno (I) a ocho (8) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realizare en inmueble o en objeto de interés científico, histórico, cultural, artístico o en bien de

uso público o de utilidad social, la prisión será de dos (2) a diez (10) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad si la conducta se cometiere en edificio habitado o destinado a habitación o en inmueble público o destinado a este uso, o en establecimiento comercial, industrial o agrícola, o en terminal de transporte, o en depósito de mercancías, alimentos, o en materias o sustancias explosivas, corrosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas, infecciosas o similares, o en bosque, recurso florístico o en área de especial importancia ecológica.

Como se sostuvo al analizar el alcance del bien jurídico tutelado, este es el primer delito de lo que puede considerarse como una especie dentro de los delitos contra la seguridad pública, conocida en la doctrina como “delito de peligro común”, que se diferencia de los delitos contra “el orden público”.

El incendio se entiende como un delito de peligro, pero a su vez no constituye una elevación del riesgo contra la seguridad pública similar a la del delito de terrorismo, a pesar de que puede amenazar la vida, el patrimonio y otros bienes de importante entidad.

La razón por la que el delito de incendio se concibe como un delito de peligro común puede entenderse, en primer lugar, desde un punto de vista histórico, pues, antes que los explosivos, carros bomba y demás formas de causar amenaza en la sociedad actual, el incendio era la forma de hacer terror en la comunidad, por su fuerza destructiva y letal. Esa fuerza destructiva está dada por la capacidad de propagación que el fuego tiene en sí, que, si bien es cada vez más dominable por el hombre, aún sigue siendo un factor amenazante de gran importancia en caso de ser utilizado.

Esa capacidad de propagación que tiene el fuego hace precisamente que la norma vigente tenga cierta gradualidad dependiendo de las características del fuego causado, pues el que se realiza sobre cosa mueble, como sería un vehículo sin pasajeros, es por esencia menos peligroso que el causado a un inmueble, así sea igualmente deshabitado, que puede tener como ingrediente de mayor peligrosidad al bien jurídico el que el segundo de los incendios mencionados se pueda extender a lugares habitados o factorías, centros productivos o vegetación entre otras posibilidades.

Desde esa misma perspectiva, el Código, si bien puede considerarse casuístico, acierta en superar la clásica división entre bienes muebles e inmuebles para incluir en las conductas de mayor punibilidad los procedimientos incendiarios que, de forma independiente a la clase de bien, representen mayor peligro para otras entidades jurídicas protegidas, como es el caso de prender fuego a bosques, sustancias peligrosas, etc.

No es lo mismo prender fuego a una bicicleta que a un vehículo que tenga dentro un tanque de oxígeno, hidrógeno o gas propano, y esperar la misma reacción del legislador por considerar que, de acuerdo con la legislación civil, ambos se consideran bienes muebles.

En cualquier caso, el dolo en estos casos debe contener, exclusivamente, la intención de causar el fuego y sus consecuencias, puesto que si de la acción puede inferir el autor que, además, puede derivarse la generación de pánico, intimidación a la población o, en general se busca impactar sicológicamente a la colectividad de forma tal que se puedan individualizar otras acciones más graves, puede incurrirse en delitos como terrorismo.

Además de la modalidad culposa, que se analizará con posterioridad, debe tenerse muy en cuenta que el delito de incendio se relaciona de forma directa con el manejo de fuentes de peligro; es de crucial importancia el análisis de la figura de la posición de garante, en el ámbito de la omisión, en el caso de personas encargadas de encarar el fuego, como bomberos, socorristas, etc. Tal sería el caso de los bomberos que, luego de recibir la llamada de alerta, se abstienen de ir al lugar porque están en huelga y el fuego se propaga por varias horas causando daños considerables a

bienes muebles e inmuebles, así como a personas. En tal caso, si se demuestra que la actividad normal de los bomberos evitaría la propagación, implicaría la imputación del resultado omisivo a título de dolo, dada la obligación que se tenía de impedir el resultado con base en el deber jurídico de actuar fundamentado en una posición de garante (art. 25 del C. P.){433}.

Finalmente, el delito de incendio, cuando se realiza contra bienes de interés ecológico, se aplica por especialidad de forma preferente a delitos como daños en los recursos naturales, pues ellos se refieren a específicas conductas relacionadas con la explotación o uso de los recursos, mientras que la descripción del incendio menciona una concreta forma de destrucción, tipificando detalladamente que, en caso de que el incendio sea de bienes de interés para los recursos naturales, se incurrirá en el inciso tercero del artículo 350; luego prima este sobre un comportamiento estatuido como forma genérica de destrucción, como es la mencionada en el artículo 331.

Es discutible la tentativa en este evento; sin embargo, en la doctrina se encuentran ejemplos que posibilitan este dispositivo amplificador del tipo, como cuando, con el propósito de incendiar, un individuo deja elementos incendiarios de gran poder que cuando están a punto de accionarse son descubiertos por un guardia que los desactiva. Aplicando criterios de tentativa, como inmediatez temporal y proximidad a la lesión al bien jurídico, es factible aceptar esta figura en casos como el descrito o similares.

B. DAÑO EN OBRA DE UTILIDAD SOCIAL

Artículo 351. Daño en obras de utilidad social. El que dañe total o parcialmente obra destinada a la captación, conducción, embalse, almacenamiento, tratamiento o distribución de aguas, incurrirá en prisión de dos (2) a diez (10) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Lo esencial en esta figura es diferenciarla por su especialidad respecto del delito de daño en bien ajeno (art. 266), cuando se encuentra agravado por el numeral 4 de esa misma norma, dado que allí se ha mencionado por el legislador que el incremento punitivo se da como consecuencia de que el daño se ocasiona “sobre bienes de uso público, de utilidad social.”.

En el presente caso, la norma se considera de peligro común al dirigirse la conducta respecto del agua, elemento vital sobre el que cualquier acto destructivo produce un peligro generalizado digno de protección por el legislador, y que torna la conducta en especial respecto de la establecida contra el patrimonio económico.

Cuando se trata de conductas que causan daños sobre aguas privadas, y siendo la intención el beneficio económico del actor con el perjuicio del propietario de otro predio o predios, ello no configura esta modalidad típica, sino la establecida en el artículo 262: “usurpación de aguas”, dado que son comportamientos que consisten por lo común en desviar aguas, lo que, si bien causa daño, no puede configurarse como delito de peligro común.

C. PROVOCACIÓN DE INUNDACIÓN O DERRUMBE

Artículo 352. Provocación de inundación o derrumbe. El que ocasione inundación o derrumbe, incurrirá en prisión de uno (I) a diez (10) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Hace parte de lo que en la doctrina internacional se conoce como “delitos de estragos”, y es difícil que se piense en una acción de inundación dolosa sin que se incurra en el artículo anterior, siendo más rica la descripción de la presente.

Parece tener más posibilidad de aparición esta conducta, que debe entenderse como la invasión de las aguas en terrenos que no constituyen sus cauces ni sus depósitos naturales{434}, en el ámbito del delito culposo. De igual manera, tanto en el artículo anterior como en el que ahora se analiza el manejo del agua, como tarea que implica el control de una fuente de peligro, tiene especial relieve respecto de la posición de garante, por ejemplo, de los vigilantes de una presa o los ingenieros que la controlan o funcionarios del Estado encargados de su cuidado.

Respecto del derrumbamiento, resulta de importancia analizar que la normatividad no diferencia entre el ocasionado a un edificio, como se hace en otras legislaciones, y el que se ocaciona por ejemplo a una mina, cantera o barranco, aspecto que consideramos positivo, dado que pueden generarse derrumbes en lugares naturales que revisten especial peligro para la población, como es el caso de los desplazamientos de tierra que se presentan por, v. gr., filtraciones de agua en barrios periféricos de las ciudades y ocasionan tragedias. Así, la importancia de esta figura puede ubicarse también en el ámbito del delito culposo y la posición de garante, sin que ello excluya la trascendencia del la acción dolosa.

D. PERTURBACIÓN EN SERVICIO DE TRANSPORTE COLECTIVO U OFICIAL

Artículo 353. Perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial. El que por cualquier medio ilícito imposibilite la conducción o dañe nave, aeronave, vehículo o medio motorizado destinados al transporte colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Los medios de trasporte resultan siempre de especial atención para el interés jurídico tutelado por el legislador, como puede verse, por ejemplo, en el agravante consagrada en el delito de hurto (art. 241 num. 6). La razón que ha tenido el legislador coincide en buena parte con el agravante del delito contra el patrimonio, en el sentido de pretender reaccionar con mayor contundencia a los atentados contra medios de transporte en donde la situación de personas y cosas resulta especialmente vulnerable.

Quien causa algún traumatismo en nave o aeronave genera sin duda situaciones de desconcierto, preocupación e inestabilidad laboral y económica a personas que necesitan desplazarse.

Es viable esta sanción como atentado a una prestación de servicio, pues la conducta se perfila contra un servicio público que en la actualidad puede resultar esencial. No tiene relación con este delito lo sofisticado o costoso del vehículo, nave o medio de transporte bien puede ser una chalupa que traslada de una orilla a otra del río los miembros de una comunidad rural, puesto que lo trascendental en este evento es que se castiga el impedir que las personas se trasladen de un lugar a otro de forma normal. Una acción contra los medios de locomoción, en todo caso colectiva, implica impedir que se trasladen menores, eventualmente enfermos o personas que van a prestar servicios esenciales en otras palabras, la perturbación del desplazamiento lleva consigo la puesta en peligro indirecta de otros bienes de forma intolerable socialmente: es por ello un típico delito contra la seguridad pública en la modalidad de peligro común. Como en los demás casos analizados, que en otras legislaciones como la española se denomina “estragos”, si los daños son causados con finalidad terrorista las conductas se subsumen en tal norma, tratándose así de un concurso aparente.

E. SINIESTRO O DAÑO EN AERONAVE

Artículo 354. Siniestro o daño de nave. El que ocasione incendio, sumersión, encallamiento o naufragio de nave o de

otra construcción flotante, o el daño o caída de aeronave, incurrirá en prisión de uno (I) a siete (7) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La norma se refiere en especial a las naves que se desplazan por agua y aire, y resulta difícil pensar en ejemplos en que la conducta no se encuadre en el artículo anterior o en el delito de terrorismo; por ello, como en otros casos ya referidos, resulta interesante analizarla desde la perspectiva del delito culposo. Cuando al realizarse esta conducta se ha causado muerte o lesiones tales resultados implican la subsunción en los respectivos tipos penales.

No se pueden considerar frecuentes casos en los que la conducta descrita pueda ser sancionada de manera independiente a otras del Código Penal pero, al referirse la norma a situaciones como el hundimiento, encallamiento o caída, puede aplicarse a naves marítimas destinadas al transporte de carga, razonamiento que resulta lógico, pues los elementos llevados pueden contener sustancias o elementos peligrosos; otro tanto puede pensarse respecto de las aeronaves que realizan transporte de carga.

El grupo de delitos que se viene observando se deslinda en su tratamiento de las conductas punibles contra la vida, puesto que, en vista de la ocurrencia de una lesión a este bien jurídico fundamental, cambia la imputación ante la concurrencia del resultado más grave, lo que genera el aumento punitivo del artículo i04 numeral 3.

Es de interés observar que la legislación alemana y española, por ejemplo, en algunos aspectos incluye agravantes o regula específicamente la punibilidad cuando, por comportamientos similares a los que se han analizado, surgen daños a la vida o integridad{435}.

F. EL DELITO DE PÁNICO

Artículo 355. Pánico. El que por cualquier medio suscite pánico en lugar público, abierto al público o en transporte colectivo, incurrirá en multa.

Puede entenderse el pánico como una de las máximas expresiones del miedo, que produce un estado de especial turbación emocional del ser humano. Dicho estado, al ser propagado en un lugar abierto al público, como estadios, plazas, parques, conciertos o centros comerciales, produce incalculables riesgos, como por ejemplo cuando durante o a la salida de un espectáculo deportivo muy concurrido alguien da voces de incendio, o de que se está derrumbando el estadio o, en fin, cualquier aviso falso que implica la crispación del público, su descontrol y huida sin cauce.

Debe tenerse en cuenta que en los casos en que se origina el pánico por medio de amenaza de un acto terrorista, llevada a cabo por los medios establecidos en el artículo 343 párrafo segundo, desde luego no se incurre en el tipo penal de pánico, sino en el de terrorismo atenuado.

La norma prevé como es también lógico que esa clase de situaciones de pánico se puedan generar en un vehículo de transporte masivo, como avión, tren, autobús, barco de pasajeros, etc., dadas las complicaciones que puede generar una fingida alerta de emergencia.

Especial atención merece en este evento lo relativo al error sobre el tipo, en relación con la percepción equivocada que se pueda tener sobre una causa de peligro, que implique dar alerta, como en el caso de una persona que cree por confusión observar llamas o humo en un centro comercial y alerta a gritos el hecho, confirmándose después que se trató de una percepción equivocada. Resulta importante analizar que respecto de una tal acción, si bien esta puede ser motivada por error, si este es evitable, queda la posibilidad de atribuir la conducta por vía culposa.

G. DISPARO DE ARMA DE FUEGO CONTRA VEHÍCULO

Artículo 356. Disparo de arma de fuego contra vehículo. El que dispare arma de fuego contra vehículo en que se hallen una o más personas, incurrirá en prisión de uno (I) a cinco (5) años.

Se castiga con este delito la elevación del riesgo, nuevamente, a la vida humana y la integridad que se encuentra agrupada en un medio de transporte colectivo. Desde luego, esta modalidad implica que el dolo del delito en cuestión no sea el de matar puesto que, si tal fuera, resultaría un delito contra la vida, y los demás resultados se entenderían como posteriores o anteriores copenados. En caso de tener el dolo único de disparar contra vehículo y de que resultaren daños, ellos serán imputables a títulode tentativa, dolo eventual o indirecto, o culpa según sea el caso, por ejemplo si se ocasionan lesiones a personas que están dentro del vehículo.

Pueden encontrarse ejemplos de la comisión de delito por vía culposa, por ejemplo, en el caso de un miembro de las fuerzas armadas, de policía o de seguridad del Estado que, al registrar en un retén en la vía pública un vehículo con pasajeros, dispara su arma contra el vehículo por tenerla incorrectamente asegurada, situación por la que puede serle imputada esta conducta.

H. EL DAÑO EN OBRAS O ELEMENTOS DE LOS SERVICIOS

DE COMUNICACIONES, ENERGÍA Y COMBUSTIBLES

Artículo 357. Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles. El que dañe obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, radiales o similares, o a la producción y conducción de energía o

combustible, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta se realice con fines terroristas.

Trata este delito de un daño en bien ajeno cualificado por la importancia de los bienes destruidos, puesto que al atentarse contra redes de telecomunicaciones, elementos de conducción de energía, etc. se producen graves consecuencias a toda la comunidad, se impide el acceso a servicios públicos esenciales, se mantienen incomunicados sectores de la población, se eleva el riesgo de accidentes, se produce imposibilidad de transportarse por la oscuridad y la inseguridad en las vías, en fin, se puede por medio de la acción contra los elementos mencionados en el tipo generar caos, confusión, descontrol y en general, como en la mayoría de estas infracciones, peligro común.

Es importante analizar brevemente que desde luego los elementos que se inutilizan, averían y en general dañan deben ser de aquellos que prestan utilidad para el servicio público general, y no los que son empleados para el uso individual. Por ejemplo, no incurriría en esta conducta el que daña un teléfono celular en un ataque de rabia en una discusión con su pareja, al notar una llamada “sospechosa” en el receptor del otro, o el que inutiliza el comúnmente llamado como “contador” de la luz instalado en su domicilio, en una discusión con su cónyuge, o el computador de su oficina como venganza porque ha sido destituido del cargo, o inutiliza la antena de televisión por satélite de su hogar por retaliación contra la compañía de televisión privada.

No debe perderse de vista que en estos delitos se debe siempre generar peligro común o colectivo, ya que si éste es individual puede ocurrir que la conducta no sea punible o acaso que se incurra en otra infracción diferente, como lo sería en el presente caso el daño en bien ajeno simple, por dañar el teléfono, el contador, la antena, etc.

Respecto de conductores de energía eléctrica, redes telefónicas, etc., si el daño privado se hace para alterar los contadores con el fin de obtener un provecho ilícito en la prestación del servicio podría incurrirse en el delito de defraudación de fluidos, en concurso con la infracción que nos ocupa, siempre y cuando se genere un peligro contra la seguridad pública, y no la simple alteración de contadores u otros elementos, y para el referido bien jurídico.

El agravante establecido en el artículo 357 párrafo segundo, que se analiza, es una disposición que presenta complicaciones con el tipo de terrorismo puesto que, como se ha visto, en dicha descripción típica se debe ejecutar la conducta poniendo en peligro, entre otros, “edificaciones, medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos”.

Pero, a diferencia de lo que ocurre en los delitos contra la vida en relación con el terrorismo, en donde se trata de delitos de diferente bien jurídico, si se realiza un acto terrorista ello implica poner en peligro las edificaciones, medios de comunicación, etc.; pero si además de ello se concurre en el resultado, que no es abarcado por el descripción del artículo 343, tal situación tendría como consecuencia la realización del delito que tipifica el daño efectivo, para el caso, el daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles.

Sin embargo, analizada con detenimiento la problemática, se genera una curiosa situación en donde se castiga con mayor severidad la puesta en peligro de los bienes que su daño efectivo{436}, puesto que el terrorismo, que puede poner en peligro los bienes mencionados en el artículo 357, tiene mayor pena que el daño efectivo de esos mismos bienes aun si tal hecho se comete con finalidad terrorista.

Estos problemas, como ya se había vaticinado, se presentan por la casuista y poco razonada forma de analizar el terrorismo que hemos desarrollado en el país, puesto que una definición más simple de este delito tendría como consecuencia que su punibilidad absorbiera por su amplitud a otras y, en caso de darse ciertos resultados, se podría estudiar la agravación correspondiente o incluso el concurso efectivo.

Es esta una situación más en donde el legislador, por pretender aumentar la punibilidad, crea graves problemas que no hacen otra cosa que confundir y lesionar el principio de proporcionalidad.

La única posibilidad que queda en el presente evento sería analizar el elemento modal que trae el terrorismo, cuando exige que la conducta se debe realizar "valiéndose de medios capaces de causar estragos", expresión que pretende hacer ver que cuando se utilizan medios especialmente peligrosos la conducta tiene el carácter de efectivamente terrorista, y no de simple destrucción y causa de amenaza, pero sin el despliegue de medios de impacto masivo en contra de bienes, etc. Se concluye de lo expuesto que cuando se realiza la conducta con fines terroristas, pero sin medios masivos de destrucción, se incurre en el agravante, pero no en el delito de terrorismo, como cuando para causar pánico en una población se cortan los cables de energía mas sin utilizar explosivos u otras formas de destrucción, o cuando para presionar una negociación sindical se obstruye el fluido de combustible con el fin de causar el correspondiente estado de inestabilidad propia del terrorismo, pero sin realizar la conducta de forma que se dañen los bienes mencionados en la norma especial, sin hacer uso de medios de destrucción masiva que pongan en peligro otros bienes, situación que no será muy frecuente.

I. TENENCIA, FABRICACIÓN Y TRÁFICO DE SUSTANCIAS U OBJETOS PELIGROSOS

Artículo 358. Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos. El que ilícitamente importe, introduzca, exporte, fabrique, adquiera, tenga en su poder, suministre, trafique, transporte o elimine sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de cien (100) a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta la mitad, cuando como consecuencia de algunas de las conductas descritas se produzca liberación de energía nuclear, elementos radiactivos o gérmenes patógenos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes.

Las conductas rectoras del tipo, como importar, introducir, exportar, se deben realizar en contra de la regulación que existe en el país para el manejo de los elementos peligrosos, y en especial refiriéndose al Tratado de Basilea de marzo de 1989 que se convirtió en la Ley 253 de 1995 por aprobación del mismo y que posteriormente fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-377 de 1996, y entró en vigencia en nuestro ordenamiento a partir del 31 de marzo de 1997.

De otro lado, el término “peligroso”, elemento normativo, indica necesariamente una evaluación respecto de la seguridad pública, puesto que no cualquier elemento que cause peligro puede entenderse como idóneo para el concepto exigido en el tipo. La clase de sustancia y su cantidad desde luego deben tenerse en cuenta respecto de la imputación objetiva de la conducta. Deben excluirse del tipo sustancias como los explosivos, que están reguladas específicamente en este mismo capítulo, así como las sustancias peligrosas que son utilizadas para el tráfico de estupefacientes, como éter, ácido clorhídrico, etc., cuyo porte está regulado por el régimen de estupefacientes y a su vez su tenencia ilícita está igualmente regulada por los delitos contra la salud pública.

No sobra aclarar que al utilizar el legislador la palabra “sustancia” está abarcando una generalidad tal que implica que los verbos rectores pueden referirse a elementos materiales líquidos, sólidos o gaseosos, como ácidos, sustancias peligrosas para la piel, venenos utilizados en la industria, gases tóxicos o inflamables o residuos quirúrgicos que contienen enfermedades infecto-contagiosas, etc.

El agravante del artículo hace referencia a los casos en que del transporte, tenencia, etc. se genera una liberación de agentes patógenos, energía nuclear o elementos radioactivos. Como la emisión de esos elementos puede generar resultados nocivos respecto de otros bienes jurídicos, puede presentarse concurso efectivo con delitos contra los recursos naturales, la salud pública e incluso contra la vida e integridad personal, tanto en el ámbito de conductas dolosas, como culposas.

J. EMPLEO O LANZAMIENTO DE SUSTANCIAS U OBJETOS PELIGROSOS

Artículo 359. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos. El que emplee, envíe, remita o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público, sustancia u objeto de los mencionados en el artículo precedente, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, siempre que la conducta no constituya otro delito.

La pena será de cinco (5) a diez (10) años de prisión y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la conducta se realice con fines terroristas.

Se enmarca la conducta en un mayor grado de peligro que el anterior supuesto de hecho, pues ya no se trata de la sustracción del manejo legal de esos objetos peligrosos, sino que hace referencia a una acción de dirigir en contra de personas o lugares determinados esos objetos peligrosos que pueden tener consecuencias nefastas.

Se trata de un tipo penal de subsidiariedad tácita, como se deduce de su redacción, puesto que si, por ejemplo, al

lanzar un recipiente con ácido sulfúrico a la entrada de una vivienda habitada, se producien lesiones a quienes allí habitan, por expresa disposición legal se debe responder por el delito de lesiones personales que corresponda, o en su caso, de homicidio e incluso tentativa de homicidio.

Igual puede ocurrir si se presentara una acción como la que se ha realizado en Estados Unidos con el envío por correo de esporas de ántrax, pero en caso de contaminación, se podría incurrir en el delito correspondiente contra la seguridad pública o la vida.

K. MODALIDAD CULPOSA EN LOS DELITOS DE PELIGRO COMÚN

Artículo 360. Modalidad culposa. Si por culpa se ocasionare alguna de las conductas descritas en los artículos anteriores, en los casos en que ello sea posible según su configuración estructural, la pena correspondiente se reducirá de una tercera parte a la mitad.

Establece el artículo 360 que los delitos descritos en los artículos 350 a 359 pueden cometerse por culpa, siempre y cuando su descripción de conducta así lo permita, lo que se traduce en que solo aquellas que implican resultado son factibles de subsumirse en esta modalidad.

Es posible pensar en el incendio culposo, cuando, por ejemplo, un industrial que opera en una factoría elementos inflamables se sustrae al cumplimiento del manejo de los mismos y ocasiona una conflagración. También puede ocurrir, por ejemplo, que por negligencia se presente el daño en obras o elementos de los servicios de telecomunicaciones, energía y combustibles. Incluso, puede ser posible, como ya se mencionó, que se suscite pánico de forma imprudente en un lugar abierto al público, como cuando un individuo cree ver un carro bomba en las afueras

de un estadio, por lo que da voces del hecho y genera la estampida del público, pero la falsa percepción se debe al avanzado estado de embriaguez del individuo.

Mientras esas posibilidades culposas son claras, no es factible que los verbos rectores de transportar, exportar, tener en su poder o traficar objetos peligrosos puedan ser cometidos en la modalidad culposa, dado que implican acciones simples que no requieren la realización de un resultado.

Varias de estas conductas, como sería el caso de la provocación de inundación o derrumbe, siniestro o daño en obras de utilidad social, pueden ser cometidas por omisión, cuando alguien tiene la posición de garante en relación con el bien jurídico tutelado, como en el caso de los ingenieros que monitorean una zona de riesgo volcánico o quienes tienen el control de una represa, para el caso del delito de provocación de inundación o derrumbe. Ello, en nuestro criterio, aunque no sean de aquellos delitos cuyos bienes jurídicos son mencionados en el parágrafo del artículo 25 del Código Penal{437}.

L. DELITOS RELACIONADOS CON ELEMENTOS RADIOACTIVOS Y ENERGÍA NUCLEAR

Artículo 361. Introducción de residuos nucleares y de desechos tóxicos. El que introduzca al territorio nacional residuos nucleares o desechos tóxicos incurrirá en prisión de tres a diez (10) años y multa de cien (100) a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 362. Perturbación de instalación nuclear o radiactiva. El que por cualquier medio ponga en peligro el normal funcionamiento de instalación nuclear o radiactiva, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años y multa de

cien (100) a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 363. Tráfico, transporte y posesión de materiales radiactivos o sustancias nucleares. El que sin permiso de autoridad competente fabrique, transporte, posea, almacene, distribuya, reciba, venda, suministre o trafique materiales radiactivos o sustancias nucleares, utilice sus desechos o haga uso de isótopos radiactivos, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de tres (3) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando como consecuencia de alguna de las conductas anteriores se produzca liberación de energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o salud de las personas o sus bienes.

Estos delitos pueden analizarse de forma conjunta, dado que su aplicación se caracteriza por tener elementos normativos que necesariamente llevan a integrar la tipicidad de los mismos.

Para establecer de forma correcta la tipicidad de estas conductas, que no tienen antecedente en el Código Penal, debe tenerse en cuenta que conforme el Decreto 567 del 30 de marzo de 2000, que modificó el Decreto 1141 del 29 de junio de 1999, el Ministerio de Minas y Energía es el encargado de regular, controlar y licenciar a nivel nacional todas las operaciones concernientes a las actividades nucleares y radiactivas, esto según el artículo i.° de dicha normatividad.

Ese ministerio, según el estatuto, deberá velar por que se cumplan las disposiciones legales y los tratados internacionales relativos a seguridad nuclear, protección física, protección radiológica y de salvaguardias.

En dicho marco de funciones el mencionado ministerio deberá dictar las normas y reglamentos para cumplir los fines referidos.

Pero, si bien a nivel interno la reglamentación de la actividad sobre estos materiales corresponde a la administración, lo que resulta de mayor jerarquía normativa e importancia para el derecho penal es la regulación en derecho internacional de las conductas relacionadas con elementos radiactivos y la energía nuclear, dado que puede sostenerse sin exageración que en este caso el bien jurídico "seguridad pública" adquiere un carácter supranacional.

Por ello, la normatividad aplicable para la definición de los variados elementos normativos de los tipos en mención, como "instalación nuclear", "isótopos radiactivos", etc., es la Ley 728 del 27 de diciembre de 2001, por medio de la cual se aprobó la "Convención sobre la protección física de los materiales nucleares", firmada en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980{438}.

Esta legislación, además de la definición de los materiales, establece compromisos relacionados con el manejo de tales elementos, e incluso se refiere al tratamiento de los delincuentes que estén acusados de realizar conductas indebidas, como apropiación de material nuclear.

En síntesis, resulta claro que para el desarrollo de estas hipótesis normativas es necesario recurrir a definiciones extrapenales que están en los tratados internacionales, como el referido, y en la normatividad interna, a cargo principalmente del Ministerio de Minas y Energía.

LL. OBSTRUCCIÓN DE OBRAS DE DEFENSA O DE ASISTENCIA

Artículo 364. Obstrucción de obras de defensa o de asistencia. El que con ocasión de calamidad o desastre público obstaculice de cualquier modo las obras o medios de defensa o de asistencia o salvamento, incurrirá en prisión de

uno (I) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Atenta contra la seguridad pública el impedir o dañar las obras que pueden ofrecer seguridad a la población en caso de una calamidad o desastre, pues con tal conducta se evita la respuesta eficaz del Estado o los particulares para salvar las vidas y bienes de una comunidad amenazada por un hecho devastador. En todo caso, puede discutirse la conveniencia de la fórmula legislativa utilizada por el legislador, en el sentido que solo se comete el delito cuando se presenta la calamidad pública, cuando en realidad las obras o instalaciones deben estar siempre disponibles para la respuesta inmediata, y cualquier daño o afectación a ellas genera un peligro para el bien jurídico.

Sin embargo, el legislador ha preferido la mayor lesión al interés protegido, y sanciona la conducta de obstrucción de obras solo cuando se ha presentado la calamidad, lo que muestra que se ha decidido por la hipótesis de mayor daño, pues la conducta de obstaculizar obras de defensa o asistencia se torna más inaceptable en el momento en que se ha concretado una situación de desastre o calamidad.

Para efectos del tipo penal, resulta importante tener en cuenta que obstruir implica, desde el punto de vista de un entendimiento usual y común del término, impedir el normal accionar de algo, evitar que un elemento, entidad o persona cumpla su función, estorbar, dificultar, entorpecer{439}. En este caso, lo que se impide es el normal despliegue de una acción de salvamento o defensa ante un desastre colectivo, que en circunstancias ideales tendría como consecuencia la evitación de daños contra la vida, integridad personal, bienes, etc.

Como puede notarse, estas conductas pueden implicar otras necesarias para su consumación, como puede ser inutilizar, dañar, destruir total o parcialmente la obra de defensa, acciones que podrían generar multiplicidad de posibilidades de concurso, que se deberán analizar en cada caso concreto, por ejemplo, con el daño en bien ajeno, caso en el cual se deberá aplicar la norma en cuestión por especialidad; lo que no parece ocurrir en lo que se refiere al

terrorismo, puesto que, si la obstrucción se realiza por medios de destrucción que tengan capacidad de afectación masiva, en razón a que la acción en el delito de obstrucción se debe realizar con ocasión de calamidad o desastre tiene ello como consecuencia el concurso efectivo de tipos, en efecto, en el terrorismo, si bien se exige que el acto “ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices”, tales posibilidades no están limitadas en circunstancias de tiempo o modo, mientras que en el tipo de obstrucción de obras de defensa la conducta se debe realizar “con ocasión de calamidad o desastre”.

En conclusión, si se realiza un acto terrorista que destruye una obra de asistencia, en momentos en que se presenta una calamidad, ello tiene por efecto el concurso efectivo de tipos, ya que los tipos establecen conductas separables jurídica y fácticamente, luego se puede invocar la especialidad.

Por “obra de asistencia o defensa” puede entenderse muy variados elementos, y no debe pensarse que la palabra “obras” implique limitarse a bienes inmuebles. Ejemplificando, podemos enumerar toda clase de aparatos y dispositivos que sirven para rescate, defensa o salvamento terrestre, aéreo o fluvial, como naves, vehículos o herramientas, y también construcciones similares a plataformas, estaciones, helipuertos, aeropuertos, e incluso elementos de mano, como extintores, motobombas, mangueras, herramientas, cables de salvamento, etc.

M. LOS DELITOS DE PORTE ILEGAL DE ARMAS Y EXPLOSIVOS

Artículo 365. Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de

fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años.

La pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará cuando la conducta se cometa en las siguientes circunstancias:

1. Utilizando medios motorizados.

2. Cuando el arma provenga de un delito.

3. Cuando se oponga resistencia en forma violenta a los requerimientos de las autoridades, y

4. Cuando se empleen máscaras o elementos similares que sirvan para ocultar la identidad o la dificulten.

Previo al análisis de la figura en concreto, es pertinente tomar la definición que se ha hecho de “arma de fuego” en el Decreto 2535 de 1993, artículo 5.°: “son armas de fuego las que emplean como agente impulsor del proyectil la fuerza creada por expansión de los gases producidos por la combustión de una sustancia química”.

Tanto en lo que se refiere a los verbos rectores como a los objetos que se mencionan en la norma, ella presenta unas hipótesis verdaderamente insólitas, más aún teniendo en cuenta que uno de los más graves problemas que se relaciona con la violencia del país es la facilidad evidente con la que se realiza el comercio de armas en cualquier lugar sin restricción real alguna de las autoridades.

Los verbos rectores equiparan al comerciante, es decir al traficante, con el tenedor de arma ilícita, lo que implica un desnivel en la punibilidad, puesto que al ser ésta de uno a cuatro años el margen de dosimetría es muy bajo para el juez.

Lo expuesto tiene relación con que el tipo penal en cuestión se refiere a lo que se conoce como “armas de defensa personal”, en cuya delimitación nos detendremos con posterioridad; de momento debe entenderse que tales armas no sean utilizadas por grupos legal o ilegalmente armados, sino que son armas que normalmente se destinan, por su calibre, tamaño, munición y demás elementos, a la defensa individual, por contraposición al arma de asalto.

En la dotación común de un agente armado se encuentra el arma de uso personal, revólver o pistola, de corto alcance, que por lo general se menciona como arma individual, pero ello no implica que su uso sea de igual manera militar de forma generalizada.

Dadas las características de estas armas, previos unos requisitos ante el Ministerio de la Defensa pueden ser portadas por los particulares.

Como puede verse, la tenencia de un arma de estas características, como una pistola calibre 38, puede utilizarse para dotación de grupos armados al margen de la ley, lo que lleva a entender que es un desacierto del legislador equiparar en un mismo tipo penal la tenencia de un arma: que alguien, por ejemplo, posea un revólver sin el permiso respectivo, con el tráfico de una gran cantidad de ellas, como en el caso del que abastece de armas de uso personal a grupos ilegales luego de hurtarlas a las fuerzas militares.

Por medio de un ejemplo puede notarse la desproporción aludida, pues para el legislador es la misma conducta punible la del individuo que transporta en un camión una tonelada de armas calibre 22 que aquella realizada por un comerciante que tiene su negocio ubicado en una zona “difícil” y mantiene, tras el mostrador del establecimiento, un arma del mismo calibre sin autorización de porte.

En el primer caso las armas pueden ser utilizadas para incontables fines ilícitos, como dotación de grupos armados, milicias, sicarios o cualquier otra de tantas hipótesis factibles en el país, mientras que las posibilidades de daño en el segundo ejemplo, si bien se mantienen, son claramente menores. En otras palabras, en la redacción del tipo penal no se consultó lo que supuestamente guía la construcción de las conductas punibles y su punibilidad, como es el bien jurídico tutelado, pues conductas evidentemente más peligrosas como el tráfico, almacenamiento y distribución de armas están equiparadas al simple porte, lo que no obedece a una racionalidad en la legislación.

Pero si, en relación con los verbos rectores, encontramos problemas, en relación a los objetos materiales el tipo ingresa en el absurdo, puesto que conjuntamente con la tenencia de armas de defensa personal se agregó de forma desafortunada la expresión “explosivos”, creando una descomunal desproporción en la norma. Tal sería el caso de quien transporta 100 kilos de pentolita{440}, que es una sustancia explosiva que puede causar innumerables daños: dicha conducta se equipararía punitivamente a la hipótesis de la tenencia de arma de fuego sin permiso de autoridad, como en el caso del comerciante al que se aludió en ejemplo anterior. Lo expuesto, sin la menor duda, representa un gran desacierto en la legislación, que, comparada con la de otros países, sin la menor duda muestra alto grado de desorden, y, lo que es más preocupante, un evidente beneficio a los grandes comerciantes de armas.

En el Código Penal español, por ejemplo, que desde luego puede tener sus críticas, por lo menos la distribución de las conductas de porte y uso de armas corresponde a una gradualidad apenas obvia, que va aumentando la pena en la medida que las armas revisten mayor peligro; por ello en principio se sanciona solo la tenencia –art. 564– de las armas cortas, luego las largas, que se agrava con el borrado, ausencia o alteración del número de identificación del arma{441}, y otras hipótesis. En un segundo grupo se sanciona en la legislación mencionada, como es apenas natural, excepto para el legislador colombiano, la conducta de fabricación, comercialización o depósito de armas, siendo la pena gradual según la clase de armas, y también de forma independiente se hace referencia al tráfico. Y

siguiendo un orden, se insiste, apenas lógico, la legislación ibérica en el artículo 568 describe y sanciona de forma independiente la tenencia y fabricación de explosivos.

Incluso, volviendo a nuestra legislación, podría haber sido comprensible que los explosivos se incluyeran en el artículo siguiente al que ahora se estudia, que se refiere a la tenencia y porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares, dado que allí se hace mención a un grado mayor de peligro a la comunidad; pero equiparar los explosivos a armas de protección personal ha sido desde tiempo atrás un gran desacierto de la legislación.

Desde otro aspecto entre los diferentes verbos rectores, sobre cuyo significado no parece necesario hacer demasiados comentarios, sí es pertinente hacer referencia al de “almacenar”, puesto que este no puede confundirse con el de guardar o conservar{442}, en razón a que el primero se refiere a mantener en un lugar un conjunto de objetos, en este caso de armas, y no simplemente una.

Esta reflexión, que en principio parece meramente idiomática, tiene implicaciones prácticas consistentes en que el mantener un arma de uso personal al interior de un domicilio sin portarla y sin el permiso correspondiente tiene como consecuencia, en caso de ser detectada por autoridades, su decomiso, y la persona estará expuesta a las sanciones administrativas que correspondan, pero su conducta es atípica.

– Concepto de arma “de uso personal” y “permiso de la autoridad para su porte o tenencia”. Para determinar si un arma es de uso personal o privativo de las fuerzas militares es necesario recurrir a la normatividad administrativa. En el Decreto 2535 de 1993, ya enunciado, se establece en su artículo 3.° “que los particulares, de manera excepcional, sólo podrán poseer o portar armas, sus partes, piezas, municiones, explosivos y sus accesorios, con permiso expedido con base en la potestad discrecional de la autoridad competente”. Según el mismo decreto en su artículo 32, son competentes para la autorización de porte de armas: el jefe del departamento de control y comercio de armas, municiones y explosivos, y otras autoridades allí mencionadas de forma restrictiva.

En dicha normatividad, en el artículo 7.° se establecen también las clases de armas, que son:

— De guerra o de uso privativo de la fuerza pública.

— De uso restringido.

— De uso civil.

Se entiende para esta reglamentación que armas de defensa personal son, según el artículo ii , que no se cita textualmente:

Revólveres y pistolas que reúnan las siguientes características:

— Calibre máximo 9.65 (38 pulgadas).

— Longitud máxima de cañón 15.24 cm (6 pulgadas).

— En pistolas, funcionamiento por repetición o semiautomática.

— Capacidad del proveedor de 9 cartuchos (“balas”), y en algunos casos 10.

— Carabinas calibre 22S, 22L y 22LR no automáticas y escopetas cuyo cañón no sea superior a 22 pulgadas.

Luego el porte de esta clase de armas o la munición que les corresponde, sin la autorización de la autoridad competente, tiene como consecuencia la incursión en la conducta típica, mientras que la tenencia sin autorización en un inmueble es una conducta contraria al reglamento en mención.

I. LAS ARMAS INSERVIBLES

Se entiende que las armas inútiles para producir su finalidad, dañadas por el paso del tiempo, descuido o

cualquier otro factor no pueden generar una imputación por este delito, como tampoco por el 366, caso diferente de las llamadas armas de colección cuya regulación se hace en el mismo Decreto 2535, que no se consideran inútiles sino mejor “inutilizadas” para su exhibición, de tal forma que no presenten peligro.

Otro tanto puede decirse de la munición inservible o en cantidad que se entiende que no eleva el riesgo al bien jurídico, como los proyectiles, incluso algunos de arma larga, que personas por curiosidad tienen en su casa como adorno o colección, siempre y cuando no sea un número que haga pensar que se utilizan en algún arma, o estén ubicados en sus cajas originales que indiquen que se han adquirido en grandes cantidades, en fin, que se infiera que su tenencia es casual e inofensiva.

2. LAS CAUSALES DE AGRAVACIÓN

Dentro de las causales de agravación es necesario resaltar en el numeral 2: “cuando el arma provenga de un delito”.

En este evento surge la problemática del hurto de armas, puesto que un individuo puede hurtar un arma, y, de forma independiente a si esta tiene o no permiso de porte, quien realiza el hurto queda en posesión de un arma sin autorización; en este caso se ha sostenido que solo se incurre con posterioridad en el delito de porte ilegal de armas, cuando se llega a separar la tenencia del arma, como objeto material del hurto, de una segunda conducta que implicaría un cambio de estado de ese objeto, como sería utilizarla para la comisión de otro delito, el ofrecerla en venta, etc.

Otro agravante que merece un breve comentario es lo establecido en el numeral 4 cuando se refiere a quien porta el arma ilícita con máscaras o elementos que dificulten su identificación, situación que se refiere a la posibilidad de que pueda estarse planeando la realización de un delito mediante la utilización del arma portada, como cuando

frente a un banco se sorprende a cuatro hombres que esperan en un vehículo, con armas no amparadas y con máscaras en sus caras: en tal caso no sería factible aceptar la tentativa de hurto pero sí el porte de armas agravado por los numerales I y 4.

N. PORTE DE ARMAS DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES

El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, repare, almacene, conserve, adquiera, suministre o porte armas o municiones de uso privativo de las fuerzas armadas, incurrirá en prisión de tres a diez años.

La pena mínima anteriormente dispuesta se duplicará cuando concurran las circunstancias determinadas en el inciso 2.° del artículo anterior.

En los verbos rectores que se mencionan se puede resaltar el antes referido de “conservar”, lo que implica que, a diferencia de las armas de defensa personal, el mantener en un domicilio un arma de uso privativo de las fuerzas militares tiene como consecuencia no solo la simple sanción administrativa, sino también la consecuencia penal de incurrir en la conducta típica mencionada.

I. EL TÉRMINO “ARMA DE USO PRIVATIVO DE LAS FUERZAS MILITARES”

En primer lugar, el Decreto 2535 ha hecho referencia a las armas de uso privativo, sin que un criterio residual, como sería “todas aquellas que no sean de uso personal”, pueda ser aceptable, pues existen armas de manufactura casera o artesanal que pueden entrar o no en las clasificaciones, y además existen las armas deportivas, de colección y de uso restringido.

Las armas de uso privativo de las fuerzas militares tienen su definición más común en el Decreto 2535 ya citado, en el que se hace una enumeración en su artículo 8.°, de la que podemos resaltar que se entienden armas de esta clase las que tienen un calibre superior a las de uso personal, fusiles y ametralladoras de calibre superior a 22LR, las armas automáticas de cualquier calibre y armas propias de guerra como granadas, lanzagranadas, lanzacohetes, así como las armas a las que, si bien pueden tener calibres o características de arma de defensa personal, se les han acondicionado accesorios caracterizados como prohibidos, a saber: miras láser o de ampliación lumínica, silenciadores y otros tipos mencionados en los reglamentos.

La jurisprudencia no ha sido ajena al estudio de la diferenciación entre armas de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas militares, principalmente porque la Sala Penal de la Corte se ha visto en la obligación de dirimir constantes conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y de orden público, regional, especializada, según fuera el caso que conocía, o del porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares o de hechos realizados con armas de este tipo, lo que ha implicado que la definición de las mismas resulta determinante para establecer el procedimiento a seguir{443}. Sobresale, entre otras, la conclusióna que llegó la Corte en relación con aditamentos modificatorios de la capacidad de los proveedores, sobre lo que concluyó:

Acorde con los parámetros jurisprudenciales antes reseñados, los cuales emanan de una sistemática interpretación de los artículos 8.° y II del Decreto 2535 de 1993, ha de concluirse que la pistola incautada es de defensa personal, aun cuando “su proveedor tiene capacidad para 15, 20 o 25 cartuchos”, pues el calibre es

inferior a 9,652 mm., no es automática, su cañón no alcanza los 15.24 cms. (tiene 10 cms.) y carece de dispositivos de tipo militar{444}.

2 CONSIDERACIONES FINALES DE LOS DELITOS DE PORTE DE ARMAS

Se trata de un delito de mera conducta, puesto que el portar así lo determina. Por ello, expresiones como ofrecer o suministrar indican que se puede incurrir en el delito sin que se tenga consigo el arma,si se tiene acceso a la misma para su préstamo, venta, regalo etc.

De igual manera, desde el punto de vista probatorio, puede demostrarse en una actuación judicial que una persona portaba un arma, por ejemplo porque realizó un homicidio con ella, así al momento de ser detenida por las autoridades la misma no se le encuentre. En tal caso, si por los vestigios encontrados en la víctima o en el lugar de los hechos, como sería el proyectil o las vainillas, se determinan las características del arma por medio de estudios periciales idóneos, puede aceptarse la atribución del porte siempre y cuando, desde luego, se colmen los requisitos probatorios que correspondan en las características del arma.

Otro aspecto que genera alguna controversia es el relacionado con la posibilidad de coautoría en el porte de armas, puesto que en decisión de la Corte Suprema se ha llegado a sostener la posibilidad de que aunque una sola persona porte el arma, por ejemplo, en el caso de una banda en el que cualquiera la utiliza pero todos participan del plan en el que se incluye la posesión común del artefacto, ello genere la coautoría impropia{445}.

Esta tesis puede ser objeto de serios reparos en el ámbito de la coautoría, pues parte de una tesis claramente subjetivista de la autoría, que implica la determinación inequívoca de lo pensado por los coautores, lo que no siempre aparece tan claro en las actuaciones

judiciales{446}. Sin embargo, a favor de la posición de la Corte puede estar el mismo reglamento de armas que establece en su artículo 17: “Porte de armas y municiones. Se entiende por porte de armas y municiones la acción de llevarlas consigo, o a su alcance para defensa personal con el respectivo permiso expedido por la autoridad competente”.

En este sentido, en nuestra legislación se puede entender un concepto extenso de “porte”, que desde una valoración estrictamente jurídica implica, más allá de tener adherido al cuerpo el armamento, el inequívoco acceso material al arma sin obstáculo alguno, lo que evita limitarse a las simples consideraciones eminentemente subjetivistas.

Ñ. FABRICACIÓN, IMPORTACIÓN, TRÁFICO, POSESIÓN Y USO DE ARMAS QUÍMICAS BIOLÓGICAS Y NUCLEARES

Artículo 367. Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares. El que importe, trafique, fabrique, almacene, conserve, adquiera, suministre, use o porte armas químicas, biológicas o nucleares, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años y multa de cien (100) a veinte mil (20.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará hasta la mitad si se utiliza la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana.

En el presente evento, se entiende que no se trata de que los verbos rectores se realicen sobre las “sustancias”, como ocurre en los delitos establecidos en los artículos 358, 361 y 363, sino de armas, entendido este término como simple referencia del artículo 5.° del Decreto 2535,

constantemente mencionado en este último aparte: “Son armas todos aquellos instrumentos fabricados con el propósito de producir amenaza, lesión o muerte a una persona”.

Tal vez a la definición mencionada cabe aportarle que los efectos pueden producirse sobre una o un número indeterminado de personas, característica propia de las armas que se mencionan en el artículo.

En consecuencia, en los tratados internacionales, ya mencionados en líneas atrás, que definen la energía nuclear, las radiaciones y demás elementos propios de esa clase de energía pueden entenderse como instrumentos para determinar esa compleja forma de armamento de destrucción masiva que no tiene mayor desarrollo en Colombia, como sí en los países desarrollados, que se han visto obligados a la suscripción de tratados como el de “no proliferación de armas nucleares” en 1968, aunque ese instrumento no define ni delimita los conceptos de arma nuclear.

En relación con las armas químicas y biológicas, ellas tienen un desarrollo importante a nivel de definición en tratados internacionales para efectos de sus limitaciones de uso.

El primero de los instrumentos al que se debe hacer referencia es el Decreto 1901 de 2000 que incorporó como legislación interna la “Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción”, hecha en París el 13 de enero de 1993, cuya adhesión se consolidará el 5 de abril de 2000 mediante Ley 525 del 12 de agosto de 1999, declarada exequible, junto con la Convención, por la Corte Constitucional en sentencia C-328 del 22 de marzo de 2000.

Se trata de una extensa normatividad, que incluye no solo las definiciones de lo que se considera como arma química, sino también las tareas de los países miembros en el trabajo de organización contra esas armas, los controles a dichas armas, inspecciones para verificar la existencia de las armas, en fin, todo un régimen que aspira a evitar la generalización del uso de esa clase de armas. En síntesis, tal normatividad permitirá integrar el tipo en mención para

determinar en un caso concreto la tenencia de un arma química.

En lo que se refiere a las armas biológicas, debe aludirse al Protocolo de Ginebra de 1925 que hace referencia a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, firmado en Ginebra el 17 de junio de 1925.

Y de otro lado la “Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y toxínicas{447}y sobre su destrucción”, firmada en Londres, Moscú y Washington el 10 de abril de 1972, en donde se puede igualmente determinar si las armas portadas pueden considerarse como biológicas, para efectos de la definición del objeto utilizado.

Respecto del verbo “usar”, a que se refiere el tipo, debe tenerse en cuenta que en caso de tratarse de un grupo armado, que utiliza esta clase de armas en desarrollo o con ocasión del conflicto, ello tiene como consecuencia la aplicación del artículo 142, “utilización de medios y métodos de guerra ilícitos”, por especialidad, en razón a que dicha norma se refiere expresamente al conflicto, es decir, a un “uso” específico: se trata de una conducta particularizada, sin que el hecho de que no se sostenga en el delito contra el derecho internacional humanitario cuáles son los medios ilícitos específicos -armas químicas o biológicas- lleve a pensar en una mayor riqueza, pues la misma norma es más exigente respecto de la acción a realizar, aspecto esencial para predicar la especialidad.

JOSÉ GUILLERMO EDUARDO FERRO TORRES

Delitos contra la familia

I. GENERALIDADES

Dentro de los esquemas del moderno derecho penal, la institución familiar goza de una posición cimera e influyente, como que constituye con sobradas razones, y no sólo desde una consideración formal, la base de la sociedad, de cuya existencia, conservación y estructura debe ocuparse el poder estatal de manera prioritaria, casi para justificar su razón de ser, dotándola de refuerzos de toda índole, entre los cuales sobresalen los normativos; resultando los más radicales los sancionatorios, que en este acápite parecen apuntar hacia la prevención y rechazo de atentados perpetrados desde el interior de la misma institución, a cargo de sus integrantes e, incluso, de extraños a la institución, quienes son depositarios de cierta autorización para acercarse a su estructura, pues son ellos a quienes el legislador ha entregado el poder de mantenimiento de las condiciones que deberán instalarse y conservarse para que la organización responda a las funciones primarias que se le adscriben en pro de la obtención de los propósitos del conglomerado. Un análisis somero del diseño del título nos permite alcanzar con rapidez esa certeza, pues al lado del predominio formal de conductas con sujeto activo cualificado por su pertenencia a la familia, figuran descripciones que en apariencia la excluyen, como la adopción irregular y la supresión, alteración o suposición del estado civil; no obstante, una indagación acerca de su trasfondo nos conduce a destacar un carácter que se conecta con la adscripción al grupo ya consolidado o en trance de formación, siempre en torno a la producción céntrica de efectos que repercutan en la existencia fáctica o proyectada del ente en cuestión.

Hubiéramos querido detenernos aquí en el desarrollo histórico del fenómeno y aludir a sus principales acepciones conceptuales, pero para los objetivos que nos hemos propuesto basta con aceptar que tuvo origen en la necesidad de satisfacer impulsos carnales y de complemento espiritual entre especímenes de diferente sexo, tal y como de manera idéntica lo reseñan las tradiciones orales y escritas de los credos religiosos;

ayuntamiento que devino en la formación de la descendencia que debió acomodarse a las flexibles pautas de una evolución sometida a los avatares de la naturaleza y el desarrollo de inteligencia y voluntad, presidido ante todo por el afán de imponerse a un entorno físico casi siempre hostil. De ahí en adelante, la relación generadora de impulsos tan variados como búsqueda de protección y seguridad, mantenimiento de afinidades, autoafirmación de la especie, preservación de bienes, desarrollo de aspiraciones, se erigió como el receptáculo por antonomasia de elementos homogéneos, que era conveniente preservar contra atentados externos, pues al fin y al cabo la fuerza así obtenida era superior a la susceptible de ser desplegada por el individuo como tal. Sin embargo, era menester que se pudiera confiar en la consistencia de la unidad así obtenida, para que el sentido de pertenencia no adviniera como una simple creación artificial y caprichosa. Para acercarse al alcance de esa meta había que proscribir los encuentros sexuales esporádicos e indiscriminados, imponiendo regulaciones drásticas que los redujeran al máximo, primero dentro del ámbito moral, confundido con el jurídico, y luego sólo en este último; tendencia que dio lugar a la institucionalización de la búsqueda de parejas definidas, en los sistemas monogámico o poligámico, con el acompañamiento de solemnidades y ritos que conducían a un cambio de estatus individual, admitido por el resto de integrantes del conjunto, que hizo carrera bajo la denominación de matrimonio: verdadero hito diferenciador entre lo legítimo e ilegítimo y que marcaba la pauta para que se aceptara o rechazara la convivencia entre varón y mujer, fuente única hasta hace poco tiempo de la formación de la familia, que en el sentido restringido se conocía como nuclear, término bajo el cual se abarcaba también a los hijos resultantes de la unión. En cambio, la expresión familia extendida cubre a todos los ascendientes, descendientes, colaterales, adoptantes, adoptivos y afines. En Colombia, la Ley 294 de 1996, en su artículo 2.°, se ocupó de señalar que: “La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”, precisando que son integrantes de ésta los cónyuges o compañeros permanentes, el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar, los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos y todas las demás personas que de manera

permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica. La precedente enunciación se ajusta a los contenidos que en la órbita universal se le han atribuido a la célula matriz de la sociedad, que a partir de las reformas implementadas en nuestro país desde el año de 1968 y las plasmadas en la Constitución de 1991, con sus desarrollos ulteriores, han acercado el régimen nacional en tan fundamentales materias a los ordenamientos más modernos.

Uno de los temas más interesantes en esta área es el correspondiente a la determinación del bien jurídico tutelado. Al respecto, se ha venido perdiendo la importancia hegemónica de que estaba revestido en los principales estudios teóricos vigentes durante la segunda porción del siglo XIX y gran trayecto del XX, y ha entrado en franca decadencia en la época contemporánea, debido a la cobertura fragmentaria que prestaba, pues el conjunto de tipos diseñado a su alrededor no coincidía con la riqueza de su contenido, ni el susceptible de ser protegido por parte del legislador era el que se reflejaba en los comportamientos prohibidos de manera expresa dentro del desarrollo de los enunciados capitales enumerados en el Código punitivo; además, muchos de los tipos no siempre guardaban consonancia con los valores situados como patrones suyos, con lo cual se propiciaba una enorme desorientación respecto de la determinación de los grados de afectación de estratos primordiales de intereses reconocidos como dignos de tutela. En las modalidades conductuales que se han inscrito previamente en esta clase de lugar, apreciamos que la familia como tal no se acomoda al marco conceptual de lo entendido por bien jurídico –pese a lo sostenido por la Corte Constitucional–, ya que en sí carece de contenido valorativo; es, más bien, un soporte o receptáculo de intereses, que su estructura debe custodiar y preservar para su propia subsistencia y la de la sociedad en general, que se reflejan en el afianzamiento que sus integrantes poseen, merced a las expectativas que en torno suyo se crean, en ámbitos de competencia delineados por los encargos que se les confieren. Encontramos entonces, que el grado de correspondencia generador de compromisos legales debe establecerse entre las características ejemplares predicables de la familia como institución descollante en la comunidad, particularizadas en cargas impuestas a sus componentes, y los niveles de excesos generadores de riesgos, para dichos predicamentos

relevantes. De la acogida de tal dirección dependerá la precisión con que podamos dotar el juicio resultante de certeza, siguiendo la tendencia a identificar más bien cierto rango de deber adscrito a cada individuo como miembro de la familia, lo que resulta atinado dentro del proceso de deslinde de posibilidades de atribuibilidad de las conductas.

Así pues, la identificación de cuáles son los deberes que han sido señalados para cada uno de los individuos integrados dentro de esta clase de relación marcará las pautas para la graduación de su apartamiento de los cauces normales precisados para guardar sus posiciones de garantes de los bienes ajenos, porque no es factible que se pueda hablar con propiedad de papeles inherentes a condiciones como padre, madre, hijos, hermanos, y los demás avalados por la naturaleza misma de la familia, dentro de los cuales se incluye la parentela creada a través de resortes utilizados por las modernas sociedades y recogidos por el derecho para apuntalar la célula en cuestión, sujeta a tantas transformaciones en épocas recientes, como consecuencia de la asimilación de procesos de universalización, tomados, como ya se precisó, por normas de rango constitucional y legal. Una de ellas –se detecta de entrada en las líneas del Código Penal– es la desaparición de los matrimonios ilegales y la bigamia, como conductas punibles, que se han rendido ante el empuje de los nuevos tiempos, debido en parte al viraje que se dio en la Carta en el campo religioso, al romper su férrea fidelidad al catolicismo, preconizador de la monogamia, y consagrar apertura a todo tipo de credos, como inapreciable defensa de la libertad de conciencia, franqueo de un paso que se veía restringido con la antigua fórmula. Además, debe mencionarse que el derecho ha cumplido de manera satisfactoria con el compromiso de facilitar sus estructuras a los cambios que se iban detectando en el seno de la sociedad, para recogerlos y condicionar sus normas a ellos; en este caso, se advirtió que la tendencia de quienes aspiraban a fundar un hogar estaba centrada cada vez de forma más creciente en la constitución de uniones de hecho, como lo evidenciaron estudios de suyo bastante prolijos e interesantes aunque un poco desactualizados, desarrollados por sociólogos, trabajadores sociales, antropólogos, dentro de los cuales descuellan los de las doctoras Virginia Gutiérrez DE Pineda y Ligia Echeverri DE Ferrufino {448}, que han puesto de presente ese giro bastante radical dentro del conglomerado, en

donde el matrimonio como la fórmula básica de organización familiar ha venido sustituyéndose por las formaciones de parejas alejadas de cualquier protocolo o bendición impartida por representantes de los poderes divino o terreno, sobre todo en las capas sociales superiores, cobrando una importancia que ya empieza a ser reconocida por el derecho, a la par con la recepción de un conjunto de dispositivos que ya no arrancan de la existencia de esta clase de vínculo, sino que se asientan en la indagación de la realidad social colombiana, tornando a las bases en donde esa condición adquiere una preponderancia bastante grande dentro del principal tratamiento que se le puede otorgar. Entre otras razones porque no por el hecho de omitirse para algunos efectos su entronización legal esta clase de relación debe dejarse excluida de los contextos jurídicos más importantes.

A la par, este es un terreno accidentado, en donde confluyen variadas vertientes, que tienen que ver con el advenimiento de conflictos de toda naturaleza en el cual es fácil identificar que la ley penal debe sólo inmiscuirse en aquellos campos en donde su misma presencia se calibra como indispensable, desechando otros enfrentamientos de intereses que puedan comprometer con seriedad la armonía de la vida en común, la intimidad de las personas, la autodeterminación o la preservación de la unidad y otro tipo de valores que son inherentes al mismo establecimiento y conformación de la unión entre varias personas, protegidas por ciertos signos comunes que deben ser preservados ante todo y que insinúan cautela en cuanto imponen extremo tacto para introducir comportamientos y descripciones que permitan una intromisión punitiva oficial; en efecto, de lo contrario la inobservancia de criterios elementales resultaría catastrófica en la medida en que se estaría exponiendo al núcleo familiar a publicidades nocivas, a intromisiones fatales, que revertirían en el agudizamiento de incompatibilidades, el surgimiento de diferentes pareceres, la ruptura del sentido de pertenencia y el predominio de los intereses particulares de quienes integran esta clase de organización, lo que vendría, en cierta forma, a remarcar la validez de alternativas no penales, como la posibilidad conciliatoria, manejo privado de los asuntos mediante la facilitación de asesorías especializadas a cargo del Estado. Ello obligaría a sopesar las conveniencias de penetración tan extrema del rigor

estatal en tales manifestaciones, lo que siempre aparecería avalado por la experiencia y el sentido común.

Es cierto que la aceptación social a manifestaciones violentas de la autoridad, casi siempre paterna, tuvo su auge en algunas épocas de la evolución humana, atrincheradas tras el derecho de corrección y que, lejos de ser combatidas, se convirtieran en dudosa e hipócrita bandera de pedagogos a ultranza, más o menos guiados por el deseo de defender bárbaras proclividades. No obstante, continúa siendo necesaria la utilización de ciertas dosis de energía, clasificables como violentas, para enderezar expresiones familiares extremas y contumaces, haciéndose atinado el despliegue de alguna rudeza para reestablecer el orden hogareño. Hallamos que en ese contexto, de acuerdo con la tradición, el derecho de corrección, por ejemplo, facultaba a los padres, y así se autorizaba dentro de su rol a intervenir de modo autoritario y áspero, muy particular, frente a sus hijos, sin que esa conducta se considerara como lesiva de determinados intereses protegidos en otro lugar dentro del código penal, dejando a salvo siquiera la posibilidad de intervención de personas extrañas al círculo íntimo, siempre y cuando no implicaran la comisión de transgresiones extremas. Esa aceptación se daba incluso con atinencia a sujetos ubicados en la periferia de la familia, como el maestro, que recogía la delegación de la potestad paterna, previniendo el grave peligro de propiciar el afloramiento de condiciones muy perjudiciales para el alcance de comunes objetivos que persigue esa clase de tratamiento. Como quiera que también se registra la introducción, de rango constitucional, del predominio de los derechos del menor sobre los de todos los otros sujetos, se erige esa determinación en fuente de dubitaciones interpretativas, que a nuestro juicio dejan incólumes las prerrogativas a las cuales nos hemos referido aquí.

De otra parte, debemos anotar cómo se trata de una agrupación delictiva que parece remitir a otros lugares del Código los comportamientos de extraños, caracterizada a la vez por la implícita inclinación a intervenir en la esfera familiar, dentro de cuya soberanía se han incluido los atentados contra el estado civil de las personas, ya que los otros bienes jurídicos, de manera en apariencia residual, acaparan los sobrantes compendios, para ser más precisos, de deberes que se han establecido para intervenciones

excluidas de la ostentación de los roles consagrados en el presente título. Los diversos tipos se hallarían en condiciones de recoger esos atentados, haciéndose urgente que, como requisito previo, se examine la factibilidad de apreciar los conflictos entre los papeles asignados a cada interviniente, para deducir los puntos de armonía o colisión que entre ellos se presentarían, teniendo en cuenta las facultades para incidir en las esferas ajenas de competencia; para cuyo logro se haría necesario que se especificara de antemano el alcance de estos papeles preponderantes y sus permisiones, para no contaminar desde el principio la totalidad del proceso, ya que no es fácil compatibilizar con las observaciones que hemos realizado la de darle cierto énfasis a las hipotéticas subsunciones en apartados diversos del ordenamiento.

Se descuenta entonces que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada quien, es decir, advertida la posición suya dentro del núcleo antedicho, pueda propiciar desequilibrios en ese delicado habitáculo que lo superen, en cuyo caso la primacía se desplazaría en desmedro de los valores familiares dignos de favorecimiento a estadios diversos por expresa remisión del legislador, como ocurre con la violencia intrafamiliar o como se registró con la mendicidad y tráfico de menores, que por virtud de la Ley 747 del 19 de julio de 2002 se desplazó al dominio de las transgresiones contra la autonomía personal, de forma muy antitécnica por cierto. También es conveniente que se diga que en el territorio que estamos delineando, muy de seguro, se producen agresiones graves que el más ambicioso plan legislativo no podría puntualizar, por su sutileza o con simpleza, por abarcar el conocimiento íntimo que se adquiere entre seres que al verse precisados a pasar muchas horas del día juntos, compartir numerosas y delicadas confidencias y romper las fronteras de las inhibiciones, quedan expuestos a ataques de difícil rechazo, que en una gran cantidad de casos erosionan la unidad familiar y cuya acumulación desgasta la confianza mutua, sin perder tampoco de vista que todas las construcciones jurídicas tienden a coincidir en un punto en donde presunciones tales como solidaridad, comunión, afinidad, respeto, franqueza, etc., adquieren rango de certeza, cuando se obvian consideraciones que dentro de las normales contigüidades de este género, estimulan el advenimiento de circunstancias adversas, como ojerizas,

disensiones, enfrentamientos, malentendidos, convirtiendo este contexto en frágil, quebradizo y propicio para que se desencadenen dramas, que devienen en dolorosas tragedias, siendo justamente el lugar en donde se incuban las fases de posibilidades más extremas de reacciones individuales desmedidas y brutales. Ello debe ser sopesado también dentro de una adecuada balanza de juzgamiento para poder advertir los pros y contras y no influir tal vez con una excesiva negatividad en la adecuación de estos comportamientos dentro del contexto penal. Tampoco debemos pasar por alto el dominio de las influencias culturales, el papel de los medios de comunicación que, sin control y haciendo gala de tenacidad poco constructiva, se solazan patrocinando apologías de destrucción y caos para aumentar el volumen de espectadores, y no tienen empacho en jugar con la desestabilización del núcleo familiar, condicionando las costumbres suyas, manipulando el pensamiento de sus integrantes, intentando conducirlo hacia ciertas desviaciones presididas por fama y dinero, conceptos que a la postre son los que vienen a ejercer una marcada influencia, muy superior a la sugerida por el respeto a los valores del espíritu, con respecto al comportamiento de los integrantes de esta clase de organismo. Al fin y al cabo temas como el sexual, el económico, el acatamiento jerárquico, el afectivo y el respeto son matrices que fijan la ruta familiar y que condicionan las estructuras, sometidas a los cambios producidos dentro de la sociedad, bastante veloces a medida que pasa el tiempo y se traducen en una superior vigencia de lo nuevo, dotados de esa celeridad que deja la sensación de que las disposiciones legales cada vez se hallan más relegadas a planos de alejamiento, de divorcio con la realidad, que hacen ver los mismos esfuerzos en materia legal como inocuos o muy difíciles de asimilar a esos aspectos tan cambiantes y problemáticos; por ejemplo, uno de los ítems que en la actualidad se maneja en tratándose de asimilar tal viraje, es el concerniente a la aceptación incluso de formas de uniones diferentes a las heterosexuales, lo que ha conducido a que los principios que antaño presidían los desarrollos de las conjunciones humanas se vean sustituidos de forma bastante amplia y se reconsideren las pautas que antes se imponían de manera total dentro de las comunidades humanas. Por igual, debemos anotar los resultados de las últimas investigaciones en el área que estamos abordando,

consistentes en dejar en claro que la familia extensa ha venido perdiendo la cohesión que antes la caracterizaba, a favor de la familia nuclear, y que en las grandes urbes se nota un desarraigo social muy amplio, que revierte en la pérdida de identidad con el resto de elementos que se consolidaban alrededor de la posibilidad de un contacto directo que servía como mecanismo transmisor de valores.

Por remitirse la constelación doméstica a entornos culturales de donde emanan las prerrogativas que el orden positivo le reconoce y protege, se plantea un conflicto de intereses con los derechos fundamentales, cuya génesis se adhiere a la naturaleza humana misma, y se admite por estudiosos contemporáneos que mientras éstos son universales, individuales, inalienables e irrenunciables, aquélla finca su validez en jurisdicciones locales, por lo tanto, nutrida por relativismos y cambios, carentes de vocación totalizadora{449}. No obstante, han sido objeto de reconocimiento en cuerpos normativos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas, en donde se cita a la familia de forma precisa. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre (10 de diciembre de 1948) incluye alusiones al respecto:

Nadie será objeto de intromisiones arbitrarias en su vida privada, su familia... (art. I2).

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y a fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (art. 16).

Todo aquél que trabaje tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso de necesidad, por cualesquiera otros medios de protección social (art. 23-3).

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...) tiene derecho a los seguros en caso de desempleo... (art. 25-1).

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio, gozan de la misma protección social (art. 25-2).

Toda persona tiene derecho a la educación (...) 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (art. 26).

Se mencionan asimismo los derechos al respeto de la vida privada y familiar, al matrimonio para todo hombre y mujer a partir de la edad núbil. El Convenio Internacional de los Derechos del Niño adoptado el 20 de noviembre de 1989 por las Naciones Unidas, incorporado al derecho interno mediante la Ley 12 de 1991, habla de manera muy destacada de la familia. Otros pactos y convenios, de alcance más restringido, tocan tan especial temática, como la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, suscrita en Montevideo el 15 de julio de 1989, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en Belem do Para el 9 de junio de 1994, y el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, en La Haya el 29 de mayo de 1993. A propósito de la protección de infantes y adolescentes, el

auge que ha cobrado en los últimos días el reconocimiento de su importancia y el afán de cumplimiento de los pactos internacionales, ha llevado al país a integrar de forma expresa, dentro del Código Penal preceptos que elevan las penas cuando el perjudicado es un menor. En ese orden de ideas, se destaca que así se procedió con la violencia intrafamiliar y la inasistencia alimentaria, expandiendo incluso las condiciones de procedibilidad.

II. DE LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

A. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Se introducen por primera vez en nuestra legislación sus acepciones principales, como atentatorias del bien jurídico de unidad y armonía familiares, por la Ley 294 de 1996, de una forma, a nuestro juicio, antitécnica e inconveniente, con pretensiones apenas de dar cumplimiento a compromisos internacionales, sin reparar en indebidas repeticiones, ni necesidades de establecer con precisión sus caracteres identificativos.

La inscripción de las conductas que constituyen a juicio del legislador atentados contra la unidad y armonía de la familia dentro de este rubro presenta, a mi parecer, un loable propósito, en cuanto al realce que debe darse a la familia como objeto de protección penal, pero en la práctica es contradictoria del principio del derecho penal mínimo, pues bastaba la invocación de las normas tradicionales, tal vez con la introducción de las circunstancias de agravación referidas a ciertos miembros de la familia más vulnerables, y en algunos casos a la existencia del parentesco, para que, sin necesidad de regulaciones autónomas e insulares, que en vez de ayudar han causado enormes confusiones en la práctica, se hubieran obtenido resultados más cercanos a las finalidades perseguidas. En efecto, si apreciamos los comportamientos que aparecen inscritos dentro del capítulo, sometidos a algunas variaciones, en particular de

carácter punitivo, para elevar las sanciones originales de la Ley 599 de 2000, por las leyes 882 y 890 de 2004, 1142 de 2007 y 1257 de 2008, bajo los motes de “violencia intrafamiliar”, “maltrato mediante restricción a la libertad física” y “ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad”, nos resultaría fácil deducir que, dado el carácter subsidiario expreso de los dos primeros enunciados, que en principio se fundaba en sus posibilidades de menor punibilidad, pero que al incrementarla de manera considerable dejó de comprender hipótesis muy residuales, que en la práctica eran de muy extraña ocurrencia, para configurar un espectro de enorme vastedad, que da vuelta a su carácter subsidiario para convertirlo en principal, en cuanto toca con las hipótesis enmarcadas en el artículo 229. En cambio, frente a las agrupadoras de afectaciones contra la libertad de locomoción se incurre en graves imprecisiones que conducen a abismos de incertidumbre al intérprete, como lo remarcaremos en su momento. En similar dirección, la titulación del capítulo imprime el predominio de la violencia como circunstancia única de realización del maltrato y de la restricción a la libertad, dejando por fuera engaño y otras formas de abuso, como el realizado sobre discapacitados, ancianos, embarazadas, enfermos, que con acierto fueron ubicados al lado de los menores para procurar incrementos de la pena, en cuanto víctimas preferidas por su más débil potencia defensiva, en ataques que evidencian un apartamiento más reprochable de su autor, de los valores cuya custodia en el seno de la organización familiar se ha notado prioritaria, todo, si partimos del supuesto de la existencia intrínseca de la violencia dentro del verbo rector como lo dijimos, para aumentar la pena por esa condición inferiorizante. Pero si no media ésta los excluiría de protección por el mero abuso o empleo de engaño. Similar observación podríamos vertir frente a la protección de otros bienes como el patrimonio económico, cuyo desmedro sitúa en grave riesgo el mantenimiento del equilibrio doméstico. No resulta con facilidad explicable que se haya desglosado el comportamiento del maltrato mediante restricción a la libertad física, del género descrito en el artículo precedente, porque siempre cabría dentro de esa fórmula, a menos que existieran otras posibilidades como las que supusieran un examen de los tipos que implican desmedro a la libertad de traslación, en otros lugares del Código descritas, lo cual, es casi inevitable, tienden a dejar como resultado, generación

adicional de perplejidades, sobre todo si nos detenemos en sus ingredientes subjetivos. Sin embargo, el asunto, como lo puntualizaremos en su momento, es mucho más complejo.

Los argumentos suministrados para justificar la inclusión de estos tipos no son muy convincentes, como que se trata de repeler la permanencia de tales transgresiones y buscar revestir de la importancia que merece el bien jurídico, propósitos que se han alcanzado con tipificaciones autónomas en las que se favorece a los individuos conformantes de la familia, teniendo en cuenta tal posición, sin que se sobrecargue de niveles de valoración innecesarios el objeto jurídico. Con respecto al argumento de la conveniencia de evitar actos agresivos reiterados en el tiempo, que escapan a los controles legales existentes, lo aconsejable es que ellos sólo trasciendan la órbita privada y sean justiciables cuando asuman ribetes de intensidad y gravedad, para lo cual siempre han existido mecanismos legales. De resto y como algo común, no debe extrañar ni escandalizar que los naturales roces que se producen dentro de la intimidad de una maquinaria para cuyo cabal funcionamiento se requiere del constante contacto entre sus partes, no susciten interés para el derecho criminal, pues no constituyen argumentos válidos para justificar invasiones extrañas, al acampar antes de las líneas demarcatorias impuestas a su dinámica esencial; y que tomando el otro extremo no se ve cómo se le reconoce importancia a un bien, dejando las consecuencias primitivas de su violación, libradas a apreciaciones subjetivas en donde triunfan prejuicios, pasiones y sentimientos, que en vano ha tratado de excluir de sus pronunciamientos el juicio penal, porque entrañan graves desmedros a principios tan caros como el de legalidad, proporcionalidad y defensa de la intimidad, en especial la familiar, so pretexto de procurar la adecuada salvaguardia al menor, a la mujer, al discapacitado, al anciano, etc., etc., que se dispensaría con prescindencia de esa normatividad, porque está claro que la protección de tales individuos es autónoma e independiente de su integración a la familia.

Es tarea nuestra establecer hasta dónde las violaciones que pueden presentarse a la delicada estructura de la familia encuentran su acogida dentro de esta sede, puesto que representarían atentados que debido a la inclusión de la mal llamada fórmula subsidiaria, tal vez al principio lo fuese,

deberían mirarse como paso previo, alejados de su posibilidad de inclusión en otros dispositivos descriptores de comportamientos humanos. Los más obvios serían: las lesiones personales, desde sus formas más leves, es decir, dentro de la clase generadora de incapacidad personal que no sobrepasa los treinta días, cuya pena será la de prisión de 16 a 36 meses de prisión, que al concurrir con la circunstancia especificada en el artículo 104 numeral primero, dejaría la sanción entre 21 meses, 10 días de prisión y 54 meses de prisión, hasta algunas de las más graves, exceptuándose, tal vez, la perturbación psíquica permanente y la pérdida anatómica o funcional de órgano o miembro, el constreñimiento ilegal y para delinquir agravados, homicidio por piedad, inducción o ayuda al suicidio, homicidio culposo, aborto consentido, lesiones al feto, lesiones culposas al feto (siempre y cuando se considere que el ser humano en formación es miembro de la familia), abandono de menores y personas desvalidas, omisión de socorro, injuria, calumnia, injuria por vías de hecho, inasistencia alimentaria, perturbación de la posesión sobre inmueble, etc., etc. Pero, como se ve, las posibilidades de invocación de este mecanismo serían desmedidas y múltiples, sin mayores contenciones, y abarcarían desde gritos, insultos, gestos amenazantes, utilización de palabras fuertes, lanzamiento de objetos, prohibiciones de hacer y otros actos que de acuerdo con las costumbres resulten portadores de violencia, hasta formas de homicidio. Otro aspecto que nos parece fundamental es el relacionado con la generación de resultados culposos alcanzados merced a la verificación de maltratos que puedan ser tenidos como dolosos, situación en la cual deberá, antes, hacerse una prospección hacia las penas que corresponderían, para determinar, de acuerdo con su monto, cuál sería el invocable, pues es factible que se incurra en homicidio o lesiones de ese carácter.

B. VIOLENCIA INTRAFAMILIAR PROPIA

I . TIPICIDAD

a. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Sujetos. Recurrimos en este acápite a la metodología tradicional la cual conservaremos a lo largo del desarrollo de estas líneas, para precisar los elementos constitutivos de cada uno de los tipos cuyo estudio debemos abordar. No creemos necesario reiterar los alcances conceptuales de estas partículas por considerar que son bien conocidos. Hecha esta advertencia, pasaremos de lleno a cumplir con el cometido anunciado. El legislador, al utilizar la expresión "integrante del núcleo familiar" para conectar al agente de la conducta, está introduciendo un ligamen con las posibilidades propias de desarrollo de la misma, de tal manera que se establece una cualificación de orden natural y jurídico de la cual no puede carecer quien actúe. Así pues, de conformidad con la Ley 294 atrás mencionada, son integrantes de este núcleo y, por lo tanto, hipotéticos realizadores del comportamiento que venimos precisando: a. Los cónyuges o compañeros permanentes; b. El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar; c. Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos, y d. Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica, precisión esta última que expande de manera superlativa el radio de posibilidades de intervención a otros parientes no comprendidos dentro de los tres primeros numerales, como los demás de carácter adoptivo, los afines, e incluso personas extrañas pero que se hallen figurando dentro de la constelación familiar, como los empleados de adentro, por ejemplo, fámulas, jardineros, cocineros, damas de compañía, etc. Como si lo precedente no bastara, el artículo 1 .° de la Ley 1142 de 2007 extendió su área de influencia a "quien no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio o residencia y realice alguna de las conductas descritas en el presente artículo".

Se destaca, entonces, que los señalamientos aludidos parecen girar en torno a dos pivotes fundamentales: el primero referido a un criterio de deducción de posición privilegiada dada por el parentesco cercano como

generador de autoridad y responsabilidad, y el restante, adherido a la cercanía que la aceptación de participar de alguna manera de los asuntos inherentes a la intimidad hogareña confiere a ciertas personas. Ya sabemos que el sujeto pasivo, como titular de los valores materia de tutela en esta sede normativa, debe, por razones didácticas, ubicarse dentro de las categorías de individuo, Estado y sociedad; surge como verdad de a puño que, eliminadas las posibilidades de radicarse este reconocimiento en cabeza de los dos primeros, su precisión se centra entonces en la sociedad, legitimada por tradición como el macrorganismo que se adueña de la condición a la cual estamos aludiendo; de tal suerte que, expresándose esa denominación de la familia, obvia destinataria de la protección correspondiente, como célula primaria de aquella, es la que se reviste de tales galas. Incluso, tal conclusión se muestra en toda su crudeza cuando evocamos las más corrientes escenas, consistentes en manifestaciones de brusquedad o desconsideración que se producen contra uno de los integrantes de la familia y que repercuten, al realizarse en su presencia, contra los demás circunstantes, dándole la razón a quienes comunican la titularidad del bien protegido a la entidad colectiva, que resulta como prioritaria si nos atenemos sólo a unidad y armonía del organismo colegiado, pero como es un tipo pluriofensivo o complejo, es imperativo que al afectarse bienes jurídicos como la libertad individual, integridad personal, moral o sexual, incluso vida y patrimonio económico, cuyos titulares son los individuos, deberá hablarse de ellos como sujetos pasivos de los mismos también. Es más, la presencia del consentimiento tendrá alcance y consecuencias que se ajustan al carácter del bien jurídico. Pues si éste es disponible no se afectará cuando se halla dentro del ámbito de potestad de arbitrio de su titular, pero en términos generales, el reservado a la colectividad parental o doméstica se caracterizará por no depender de la anuencia de cada insularidad

Objetos. Ya hemos observado cómo en las épocas que corren la contextualización de categorías jurídicas alrededor del bien jurídico tutelado ha perdido la importancia que la acompañaba, por la manifiesta insuficiencia del concepto como instrumento metodológico, y que entonces ha de hacerse énfasis en la posición que cada sujeto tiene como garante de los derechos ajenos y en el mandato ínsito en la norma; lo cual fuerza al intérprete a establecer con toda

nitidez el papel que le compete a cada quien como portador de determinado rol frente a las exigencias propias de la convivencia, de tal laya que la deducción de obligaciones resulte aneja a ese cometido, y se hará entonces indispensable precisar las dimensiones que posee el ámbito de adscripción en relación con lo que se espera de todos los elementos del conjunto, sorprendidos en su particularización en función de los demás. Encontramos en tal búsqueda que son predicables varios deberes nacidos de papeles expresos como el de padre, madre, cónyuge, hijo, hermano, suegro, servidor doméstico, etc., que se habrán de identificar en cada caso, para contrastarlos con el posible peligro o lesión que se infiera a predicamentos deducibles del valor que se quiera proteger, lo cual marcará la verdadera pauta de su tratamiento legal; pues no se debe olvidar que la familia se cohesiona alrededor de componentes muy quebradizos y frágiles como la intimidad, solidaridad, respeto a las jerarquías, confianza y proyección social, que se verían afectados por la presencia de factores extraños, dentro de los que se cuenta la intervención judicial. Además, dentro de los juicios valorativos que se emitan en torno a la conducta examinada, el factor costumbre y sentido de ciertas actuaciones, dentro de marcos culturales y sociales, deberá mirarse con mucha atención, porque lo que para la estructura educativa del juzgador puede significar un exceso de violencia, para los sometidos a su apreciación puede ser un acto anodino, connatural a sus relaciones. Dentro de esta apreciación, estimamos que el máximo centro de protección será el del mantenimiento de las condiciones que favorezcan la conservación de la unidad familiar en medio de un clima de armonía y comprensión. Asimismo, el objeto material tendrá un carácter personal, en cuanto la actuación del agente se concretará en uno o varios de los integrantes de su célula familiar, frente a su pertenencia a ella. Es, además, un tipo de mera conducta, en principio, pues bastaría la simple expresión del pensamiento del actor para que se configure, lo cual no obsta para que debido a su gran posibilidad de ensanchamiento derivada de los alcances de su verbo rector, puedan ocupar con toda propiedad lugar en su interior eventos de resultado como las lesiones personales. También podríamos catalogarlo como de peligro, pues no se requiere de entrada que disminuya, afecte con carácter de

alguna entidad, ni armonía o unidad familiares. Tampoco la producción de daño a la estructura familiar, y simple o complejo, dependiendo de la entidad del maltrato.

Modelo de conducta. Se utiliza un solo verbo rector: "maltratar", que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su última edición define como "tratar mal a alguien de palabra u obra" o "menoscabar, echar a perder", plural significación que, para ajustarnos a los propósitos plasmados por el legislador en sus últimas ejecutorias y manifestaciones explicativas de los cambios que conocemos, haremos extensiva a ambas acepciones, pues no resulta gratuita la patente elevación de la pena a imponer, que enlazaría tanto expresiones que sin abandonar su esencia de significantes poseerían cierta levedad, como aquéllas de cierta dañosidad, que permitirían recurrir con propiedad a la segunda de las opciones planteadas. Ambas, sin embargo, para ser consecuentes con la denominación que preside el capítulo, se restringirán al aspecto violento, pese a que en las nociones correspondientes se deja de incluir circunstancia alguna de modo. Merced a las precisiones que atrás hemos hecho, es decir, dejando de mantenerlo como tipo subsidiario, pues lo era cuando la cortedad de su pena lo hacía figurar como el último recurso de subsunción de conductas que escapaban a las demás previsiones típicas establecidas en el Código, mientras ahora constituye un inmenso saco, donde pese a seguírsele atribuyendo una condición subsidiaria caben casi todas las conductas que se cometen en la vida doméstica, con muy pocas excepciones, cuestión que propician, de un lado, el extraordinario tamaño del verbo rector y, de otro, la enormidad de la sanción incluida como eje de la posibilidad de aplicación de la fórmula. De tal suerte que por igual se estructuran como especies de maltrato incluible dentro de la jurisdicción del tipo golpes, gritos, expresiones verbales hirientes, pellizcos, empujones, zancadillas, regaños, mechoneos, gestos, ademanes, etc., los cuales, en términos generales, creen un ambiente de incomodidad y enrarecimiento que conspire contra la mutua confianza y tranquilidad familiares, como lesiones de cierta gravedad, aborto consentido, homicidio piadoso, injurias por vías de hecho, etc., concediéndosele tanta liberalidad al juez para decidir qué es maltrato, que termina convirtiéndose en un

verdadero sátrapa jurídico. En este orden de ideas, será él quien establezca el grado de irradiación que tales conductas produzcan para el mantenimiento del equilibrio doméstico, pues una discusión entre cónyuges, por ejemplo, ya habitual en el hogar, es factible que no afecte a ninguno de los protagonistas, pero sí en cambio conturbe y transmita inseguridad a los hijos.

De otra parte, debe mirarse también la clase de mensaje que se trasmite a través de la verificación del comportamiento, atendiendo la configuración psicofisiológica de los miembros de la familia y su madurez cultural, pues lo que para unos puede ser normal, y representar incluso hasta afecto, para el resto puede resultar lesivo y antipático, siendo necesario valorar no sólo la fuerza objetiva intrínseca de la conducta, sino su potencial destructivo desde particulares observatorios individuales, tarea que tal vez se antoje ardua y difícil para el juzgador. En similar sentido, es fundamental que desde el principio se diferencie entre los espacios propios de lo doméstico y los ajenos a él, porque hay formas de violencia que a pesar de plantearse entre integrantes de esta célula en la práctica no conciernen a ella, en cuanto florecen al amparo de diferentes condiciones, entrando a ubicarse en el dominio de roles excluidos de los familiares. Vgr., el airado reclamo que el padre entrenador de un equipo de fútbol –moda puesta en boga hace algún tiempo en Colombia– le hace a su hijo militante en el mismo, por no seguir sus consejos durante un partido; el esposo que en su condición de profesor se ve obligado a anularle el examen que ante él presentaba su alumna cónyuge, al sorprenderla copiando. Las formas de violencia a las que debe ceñirse la aplicación del tipo se estructuran alrededor de lo físico y psíquico: enunciación que es consecuente con las categorías de comprensión tradicional de la violencia. En buena hora se decidió eliminar la gradación sexual, presente en la redacción original de la norma de 2000, porque todos los autores coincidían en señalar que esta categoría no constituía, en puridad de términos, forma de violencia específica, sino un terreno en donde se expresan la física o la psíquica, y que por ser todavía un tabú entre nosotros y, por lo mismo, objeto de tratamiento especial, se le concede un espacio punitivo de agravación que aquí no existe, pues se le ha situado a un nivel en apariencia alternativo, cuando en realidad sólo es predicable su presencia como un tinte o

faceta de las dos básicas vertientes que terminó la norma señalando como únicas.

El carácter omnicomprensivo del tipo, como ya lo comentamos, impide en la práctica que tenga posibilidades concursales con punibles como constreñimiento ilegal, lesiones personales, homicidio, tortura, actos sexuales violentos, injurias por vías de hecho o propias, etc., es decir, con aquellos que recojan circunstancias de orden violento, por cuanto predomina el criterio de preferencia a favor de la superior punibilidad, de cada uno en particular, porque en sentido lato todos ellos representan formas de 'maltrato'. Es de improbable ocurrencia también, debido a las características del tipo, que se dé la tentativa; más bien, es de algún interés la discusión acerca de cuál sería la unidad mínima de ejercicio de violencia que debería tenerse en cuenta para apreciar la consumación de la conducta. A este respecto, lo correcto, a nuestro juicio, es la cesión al sano criterio del juzgador de la posibilidad de evaluar in genere el contenido global de la materia llegada a su conocimiento a través de la querella o la denuncia, sin importar tanto incluso la reiteración de una conducta en el tiempo, o su excepcionalidad, sino su capacidad para afectar la conservación de los valores familiares

b. ASPECTOS PSÍQUICOS DE LA CONDUCTA

Dentro de los criterios genéricos que orientan la determinación de la subjetividad de quien actúa, el tipo que analizamos no es la excepción dentro de los componentes de este título, en cuanto su verificación sólo puede darse en la forma dolosa, que exige que el sujeto activo conozca su posición dentro de la célula familiar, sea consciente de las obligaciones que de ella se derivan y actúe sabiendo que su conducta puede causar malestares con potencial suficiente para destruir o afectar el clima de favorabilidad en el que debe moverse la unidad familiar y, además, plasmar esa ideación en hechos, pudiendo y debiendo conducirse en otra dirección. Se carece de ingredientes subjetivos específicos.

2. JUSTIFICACION

Una aproximación a la naturaleza de la conducta nos permitirá deducir sin mayores titubeos que la causal de justificación que se impone con mayor frecuencia es la del derecho de corrección, debido al reconocimiento de un orden verticalizado dentro de la institución familiar y de los deberes que su existencia comporta en el área educativa, asignados a los ascendientes sobre los descendientes en especial. El principal problema radica en elaborar juicios de condicionamiento previos que permitan dimensionar el tamaño de las atribuciones que competen a los sujetos revestidos de autoridad en el seno de la institución. Hoy se registra la tendencia a evitar que se castigue de manera física a los hijos, al entender que esas prácticas son el trasunto de brutalidad y animalismo que en aras de un tributo a una discutible civilización se debe ofrendar. Empero, muchas de las actitudes oficiales del Estado lo desmienten, lo cual debe tomarse como un patrón que logre en idéntico sentido primar en la vida particular. Al fin y al cabo, la más decantada teoría penológica, reflejada en el respectivo ordenamiento, nos indica que para desviaciones extremas y reiteradas se hace necesaria la aplicación de correctivos que se acoplen a la magnitud e intensidad del problema detectado, siempre y cuando en el plano familiar no se creen riesgos de afectación de los derechos fundamentales. Desde luego que institutos más genéricos como el cumplimiento de un deber son de recibo en esta sede, lo mismo que estado de necesidad, legítima defensa y ejercicio de un derecho.

3. CULPABILIDAD

Surgirá la necesidad de emitir juicio de reproche, siempre y cuando, analizados todas las motivaciones que se hicieron presentes en la realización de la conducta, se establezca que el agente poseía la capacidad para entender y comprender la injusticia de su actuar y de obrar de manera autónoma en concordancia con esa comprensión.

III. MALTRATO MEDIANTE RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD FÍSICA

A.CARACTERÍSTICAS

La inclusión de este tipo dentro del Código Penal nos parece un despropósito mayúsculo, desde varios ángulos: el primero porque, al ser catalogado como de aplicación subsidiaria, supeditado a que se halle sancionada la conducta descrita en él con pena mayor, siempre se adecuará a cualquiera de las formas de constreñimiento ilegal agravado por los vínculos parentales o de secuestro, pues en esas sedes se recogen en su totalidad las expresiones de limitación de la libertad imaginables, de acuerdo con los idénticos alcances de los verbos rectores utilizados, (constreñimiento ilegal), las circunstancias, los propósitos perseguidos (secuestros extorsivo y simple), los cuales superan en cuantía punitiva a la prevista en esta categoría del maltrato; de tal suerte que para hablarse con propiedad de conductas residuales se requeriría que fuera posible diferenciar los alcances de los verbos “restringir” y “constreñir” y que se careciera de una finalidad aquí en cuanto a la privación de la libertad, para alejar el comportamiento del secuestro, lo que lo excluiría del elenco de los actos humanos. De otro lado, se daría a entender que la restricción de la libertad a miembros de la familia en general, mediante engaño o abuso, sería o atípica; o, al encasillarse dentro de formas que admiten esta circunstancia, como el secuestro, se optaría por esta última subsunción, lo que sería mucho más grave que la forma violenta, solución antinómica e inaceptable. Además, al no exceptuarse la forma de violencia intrafamiliar consistente en la afectación de la libertad de menores sobre los que se tiene la patria potestad (salvo la excepción especificada en el artículo 230A), del tipo genérico del artículo 229, resultaría cobijada por ésta o por disposiciones más onerosas como las atrás aludidas, lo que redundaría en un tratamiento para el autor injusto y desproporcionado, en

todos los casos, resultando ventajoso carecer de dicha facultad legal.

B. TIPICIDAD

I. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Sujetos. Se trata de un tipo como el precedente, con sujeto activo cualificado jurídicamente, en donde se hace necesario distinguir, en lo que toca con la conducta realizada sobre menores, entre quienes perteneciendo al círculo familiar (el artículo 32 de la Ley 1257 de 2008 ha dispuesto que: “Para efectos de lo establecido en el presente artículo se entenderá que el grupo familiar comprende los cónyuges o compañeros permanentes; el padre o la madre de familia, aunque no convivan en un mismo lugar; los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica. La afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio, unión libre”), tienen la patria potestad sobre ellos y quienes no. Se entiende por tal atributo “La ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados El conjunto de derechos que, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone” (artículo 288 C. C. modif. artículo 19 Ley 75 de 1968). Los artículos 310, 312, 313, 314 y 315 del C. C. señalan los eventos y sus consecuencias que la suspenden: demencia, interdicción judicial para los padres y emancipación frente a los hijos. El sujeto pasivo, como ya lo anotamos, es la sociedad, cuando la vinculamos a mantenimiento y conservación de la unidad y armonía familiares, transparentada en su unidad más representativa, la familia, pero el individuo, cuando posamos nuestra atención en los otros bienes jurídicos tutelados, que lo determinan como su titular.

Objetos. El mensaje subyacente en el tipo, aunque con las imprecisiones advertidas, respecto del objeto jurídico, es el

de mantener el clima de respeto, cordialidad y afecto entre los componentes de la familia, levantando una barrera de carácter legal que impida el surgimiento de excesos que sitúen en peligro las disonantes relaciones que se deben registrar en su seno, mediante la imposición del deber de abstención de utilizar medios violentos que aminoren el espacio de movimientos propio del normal desarrollo de sus miembros. El objeto material es personal, ya que el comportamiento halla concreción en cualquiera de los integrantes del núcleo familiar, estableciéndose la distinción en cuanto atañe a los menores, entre aquellos sobre los que se tiene la patria potestad, que sería una expresión no recogida dentro del tipo, y la que en efecto se consagra, acerca de la presencia de ese vínculo.

Modelo conductual. Se cifra en la utilización del verbo "restringir", que resulta sin duda mucho más amplio que "privar", dándose una relación de género a especie entre ambos, ya que no se reduce como éste a la enunciación de un comportamiento de carácter permanente, ni afectador sólo de la libertad de locomoción, sino que su tónica, en principio, es la de adoptar formas que se agotan en un solo instante y englobar otras que influyen sobre variadas expresiones de libertad, unidas a la autonomía, como de conciencia, trabajo, expresión, etc. Como adecuado sinónimo de "constreñir" posee su mismo radio de aplicación. Esto es, su entendimiento debe relacionarse con la mínima porción de violencia punida en el Código, sólo que aquí no trasciende el círculo familiar; pero, como quiera que todas las formas de constreñimiento resultan más gravosas por haberse incluido como circunstancia incrementadora de la pena, su realización por quienes se hallan involucrados en la relación familiar torna esa aplicación imposible y refleja la poca formación jurídica de sus proponentes, que sin espíritu crítico acogieron el artículo homólogo de la Ley 294.

2. ELEMENTOS PSÍQUICOS DEL TIPO

Es un tipo que puede ser realizado con exclusividad de manera dolosa, para lo cual el sujeto debe conocer el nexo que lo ata con el objeto material, como integrante de su círculo familiar, sabiendo que su comportamiento restringe la libertad del mismo. No presenta ingredientes subjetivos específicos.

C .JUSTIFICACIÓN

Vuelve a surgir como principal causal de exclusión de la antijuridicidad el derecho de corrección, aunque tampoco se descartan el cumplimiento de un deber, la legítima defensa y el estado de necesidad.

D. CULPABILIDAD

Debe basarse en la deducción de capacidad para comprender los elementos constitutivos del injusto, y autorregularse en armonía con esa comprensión, como clave de la estructuración del juicio de reproche.

IV. EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD

A.CARACTERÍSTICAS

Vástago directo de tendencias rectificadoras de dislates provenientes de anteriores improvisaciones legislativas, este tipo emerge con el encargo implícito de corregirlos,

pues el conocimiento por las unidades juzgadoras de eventos en donde uno de los progenitores intervenía para impedir que su homólogo siguiera ejerciendo la potestad de vigilancia y cuidado sobre su retoño, tomándolo de facto bajo su égida, derivó en no pocas condenas por secuestro en cualquiera de sus formas. Como tal situación despertaba naturales censuras por la injusticia que suponía, el creador de leyes se apresuró a enmendar su desacierto, mediante el artículo 7.º de la Ley 890 de 2004, a nuestra consideración de forma incompleta y sin duda parcial, porque ha debido extender ese manto de menor punibilidad al ascendiente que no ejerce la patria potestad y a otros parientes y allegados, y señalar otros ingredientes subjetivos que tornan más llevaderos los juicios de reproche emanados de la conducta, como cuando se actúa para procurar la mejoría de las situaciones físicas o mentales del menor.

B. TIPICIDAD

I. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Sujetos. Actor sólo lo puede ser el progenitor a quien se le ha reconocido el derecho de ejercer la custodia o cuidado sobre el hijo menor de edad en compañía de su par, o cuando carece de esa facultad, aunque, en ambos casos, debe gozar del ejercicio de la patria potestad. En esta categoría deben quedar incluidos tanto los padres consanguíneos como los adoptivos.

El sujeto pasivo prevalente lo será la sociedad, en cuanto se trata en principio de un comportamiento que atenta contra la familia, pero como sin duda es un tipo complejo que afecta otros bienes jurídicos como la libertad, su titular seguirá siendo el individuo, en este caso el hijo menor.

Objetos. El jurídico lo será, en primer término, la unidad y armonía de la familia, y, en un plano secundario, la libertad del menor. El material se agota en la categoría personal.

Modelo de conducta. Se trasplantan, sin mayores previsiones, los mismos verbos rectores empleados dentro de las descripciones de los tipos de secuestro, es decir, arrebatar, sustraer, retener y ocultar, cuya utilización tuvimos la ocasión de criticar en trabajos anteriores{450}, y que, para los efectos de su adaptación a los fines de esta norma, deberán restringirse a su interpretación como formas violentas, ya que no pueden fugarse de su señalamiento previo de tal especie condicionante del capítulo en donde se hallan cautivos. Empero, de no mediar esa ubicación dentro de los ilícitos contra la unidad y armonía de la familia, su sola estructura lingüística llevaría al tipo a figurar como una especie de secuestro.

2. ELEMENTOS PSÍQUICOS DEL TIPO

Se acepta como única forma de verificación suya la dolosa. En cuanto a los ingredientes subjetivos específicos, se ha reseñado como fin del comportamiento el de privar al otro padre del derecho de custodia y cuidado personal, sin duda frecuente, pero que no es el único que podríamos situar a este nivel.

V. DE LA ADOPCIÓN IRREGULAR

A. GENERALIDADES

La inclusión de este mecanismo protector dentro del Código Penal es el reconocimiento de una institución que ha cobrado gran auge dentro de las condiciones jurídicas modernas. La adopción o prohijamiento, como decían las antiguas leyes castellanas, ha sido y es bastante discutida en la doctrina y ha tenido en las leyes positivas distinto tratamiento.

Adquirió gran auge histórico en el derecho romano, donde cumplía el fin de que un pater no muriese sin herederos suyos y de que no quedase abandonado el culto de los dioses lares, resultando muy favorecida su práctica por el concepto de la familia imperante en aquel derecho, que la fundaba sobre los casos puramente civiles de la agnación. Los romanos conocieron la arrogación, por la cual entraba en la familia un sui juris, y la adopción, en su sentido lato, que hacía penetrar en familia distinta de la suya a un alieni juris. En el derecho feudal, la adopción tuvo aplicación muy escasa, porque no se podía mezclar en una misma familia a los villanos y plebeyos con los señores, pero después de la Revolución Francesa y como acto jurídico que establece entre dos o más personas un parentesco civil, de efectos análogos a los de la filiación legítima, ha sido admitida por casi todas las legislaciones. Desde luego el derecho moderno ha modificado la adopción, concediendo la facultad de adoptar a mujeres y hombres, basándola en el interés del adoptado y haciendo intervenir por lo general en ella a la autoridad judicial y al Ministerio Público. En Colombia, esta institución se consagró en el Código Civil y ha sido objeto de algunas modificaciones entre las que se cuentan las leyes 140 de 1960, 75 de 1968 y 5a de 1975, luego reemplazadas por el Decreto 2737 de 1989 y la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006, más conocida como Código de la Infancia y Adolescencia. Los cambios introducidos en la figura originaria han buscado, a través de su desarrollo, brindar al menor una superior protección de conformidad con las normas vigentes a nivel internacional. Como consecuencia de este giro en el pensamiento legislativo, se eliminó la llamada adopción simple, consistente en que el adoptado no perdía los vínculos con su familia natural, y se prefirió encaminar el conjunto normativo hacía la exclusiva regulación de la adopción plena, entronizando condiciones garantistas en defensa primordial del menor, abandonando otra clase de consideraciones como las patrimoniales.

Incluso, los últimos desarrollos jurisprudenciales se han centrado en la extensión del ámbito de cobertura de los derechos del menor, como un buen esfuerzo de orden hermenéutico para adaptar los dispositivos de la nueva constitución al reconocimiento de tales como el cuidado y amor, para que ellos sean los que presidan las relaciones entre las personas vinculadas a través de estos nexos. La idea nuclear de la adopción se fija en el reconocimiento

legal, para todos los efectos, del vínculo social y psicológico que se forma entre alguien que asume por voluntad propia la condición de padre y la persona que se adueña de la condición de hijo legítimo, cuando no la posee de suyo. El artículo 61 del Código de la Infancia y Adolescencia aborda esta cuestión al expresar que es “medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”. Con la expedición de normas penales sobre la materia se señala como telón de fondo a la familia como el escenario por antonomasia propicio para asegurar el adecuado desarrollo del menor. De ahí la justificación de los esfuerzos estatales para lograr que temas como la prevalencia de sus derechos sobre los de los demás, dentro de los que se encuentra a tener una familia, tan capitales, no se queden como simple letra muerta. El actual artículo 232 tiene sus antecedentes en los artículos 265 del Decreto 2737 de 1989 y 88 del anterior Código del Menor que, salvo la expresión “irregulares” del primero, mantenía idéntica descripción.

B. TIPICIDAD

I. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Sujetos. En principio pareciera que nos encontráramos frente a un tipo con sujeto activo indeterminado; sin embargo, un análisis más detenido nos permitirá establecer que, con respecto al verbo rector realizar, la ley establece limitaciones en torno a la persona que pueda absorber la calidad de adoptante. Acerca de este punto, el artículo 68 del Código de la Infancia y Adolescencia establece: “podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido veinticinco años de edad, tenga al menos quince años más que el adoptable y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mínimas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente”. Empero, se prevé una

excepción al límite de edad consistente en la adopción de uno de los cónyuges del hijo del otro. En cuanto a la llamada adopción conjunta, siguiendo las voces del artículo 68 del Código en cita, se autoriza a "los compañeros permanentes, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años. Este término se contará a partir de la sentencia de divorcio, si con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, estuviese vigente un vínculo matrimonial anterior". Encontramos entonces esta particular cualificación.

El sujeto pasivo principal, por voluntad expresa del legislador, es la sociedad, al fungir como inmediato continente de la familia, sin perjuicio de que, al afectarse bienes jurídicos radicados en cabeza del individuo, quien ostente su titularidad sea éste.

Objetos. En concordancia con todos los predicamentos hechos en precedencia, se acepta insuflar vida a una institución que merece toda la protección jurídica, como la adopción, siempre y cuando se hayan cubierto los requisitos de suyo exigentes, para garantizar al menor la construcción de un entorno adecuado, en el cual puedan desarrollarse sus objetivos como ser humano, de tal suerte que en la marcha del proceso se rechacen las formas que puedan influir negativamente en su reconocimiento estatal. Así pues, el objeto jurídico se hallará radicado en la firmeza de las bases que deben caracterizar la institución familiar, pues la formación de los roles parentales se integra a una dinámica en la cual deben predominar la transparencia y la lealtad, como garantías del correcto cumplimiento del ciclo evolutivo del menor. El objeto material es desde luego de carácter fenomenológico, circunscrito a la credibilidad y prestigio de que debe gozar la institución de la adopción, aunque pudiera pensarse que es personal, debido a su concentración en el menor, aspecto que debe desecharse en la medida en que no siempre la inobservancia de aspectos formales repercute en contra de éste.

Conducta. Se utilizan dos verbos rectores alternativos: promover, que debe tenerse como sinónimo de fomentar, impulsar, proteger, organizar, apoyar, inspirar, fundar; y realizar, entendido como la concreción del proceso por

quien está en trance de resultar favorecido por la decisión estatal, en ambos casos frente a la adopción del menor. Las dos conductas se hallan condicionadas para que se entienda con suficiencia el reproche penal, a las circunstancias que siguen:

a. Sin cumplir los requisitos correspondientes. Las condiciones que el autor debe obviar tienen relación con aspectos sustanciales y procedimentales. Dentro de las primeras contamos las inherentes al adoptado, que debe ser menor de dieciocho años declarado en situación de adoptabilidad, o cuya adopción haya sido consentida con antelación por sus padres (artículo 63 C. de la I. y A.); o el mayor de dieciocho años, cuando ha estado bajo la protección del adoptante antes de cumplir dicha edad y hubieren convivido bajo el mismo techo, por lo menos dos años antes de que éste cumpliera la mayoría de edad (artículo 69 C. de la I y A.), el hijo de uno de los cónyuges, o compañero, que demuestre una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (29 años si es adoptado por el otro (artículo 68 C. de la I y A.); el pupilo con respecto a su guardador, una vez aprobadas las cuentas de su gestión; y el niño, niña o adolescente indígena, siguiendo las recomendaciones establecidas en el artículo 70 del C. de la I. y A. En cuanto al adoptante, las precisadas atrás. Además, de acuerdo con el artículo 66 del C. de la I. y A., se exige el consentimiento previo de quienes ejercen la patria potestad, o el de cualquiera de ellos si falta el otro; y, por igual, del menor, en los casos previstos por la ley, consentimiento que debe carecer de vicios en todos los eventos. Frente a los restantes, esto es, a los adjetivos, como quiera que la ley prevé la intervención tanto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) como de las instituciones autorizadas por éste para adelantar el programa de adopción, estos organismos se encargan de comprobar que en efecto se hayan cubierto las exigencias anotadas con anterioridad. Debido a que el Código de la I. y A. recoge la hipótesis de que personas u organizaciones privadas desarrollen programas de adopción, adelantando proyectos que faciliten y refuercen los estatales, se ha aceptado que, previa licencia concedida por este ente oficial, actúen empresas de tal carácter. Resulta por tanto factible que se permita la adopción sin la observancia de los requisitos que hemos señalado, en cuyo caso se perpetrará la conducta descrita en el tipo, que en tratándose de la intervención de

servidores públicos puede concurrir con ilícitos contra la fe pública o la administración pública, y con respecto a particulares pueden ocasionarse atentados contra la administración de justicia, como el falso testimonio o el fraude procesal.

b. Sin la respectiva licencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar programas de adopción. Como ya lo establecimos, en cuanto dice relación en especial con la promoción de las adopciones, es necesaria la adquisición de permiso expedido por la entidad en mención, lo cual significa que la carencia de tal pronunciamiento situará a personas individuales o adscritas a organizaciones, en terrenos criminales.

c. Utilizando prácticas irregulares lesivas del menor. En principio se pudiera creer que la acogida de la circunstancia descrita en este lugar sobra, porque ella estaría inscrita en las previsiones anteriores o en otro apartado del Código. No obstante, se han registrado, en efecto, actuaciones con respecto a particulares autorizados para promover adopciones que serían de difícil tipificación, como el cobro de dineros con el pretexto de facilitar los trámites oficiales, el ofrecimiento de menores a través de exhibiciones como bestias en un zoológico, en veces desnudos y con maquillajes denigrantes a interesados, lo que atentaría contra el infante al incluírselo como una mercadería cualquiera.

2. ELEMENTOS PSÍQUICOS DEL TIPO

Es un tipo que sólo puede ser perpetrado mediante actuación dolosa. No incluye ingredientes subjetivos específicos.

3. JUSTIFICACIÓN

A primera vista, se podría decir que la causal más frecuente sería la del estado de necesidad, cuando median intereses económicos o afectivos que podrían, respectivamente, conjurar el peligro que su carencia entraña para el actor.

C. CULPABILIDAD

Requiere del agente capacidad para entender y comprender la injusticia de su actuación y para autorregularse de conformidad con esa comprensión, de donde nacerá la posibilidad de rubricar el juicio de reproche.

D. PUNIBILIDAD

Se establecen dos circunstancias incrementadoras de la pena: que la conducta se realice con ánimo de lucro, y que el copartícipe se aproveche de su investidura oficial o de su profesión para realizarla; en la primera, porque siempre se ha considerado que la apetencia material resulta baja y envilecedora, como motor de la acción, en contraposición con la espiritual, y en la otra, porque personas en representación del Estado o en explotación de su imagen de confiabilidad por los conocimientos que les atribuyen, están más comprometidas con el papel que deben desempeñar como tales, y, desde luego, su mal uso debe acarrearles consecuencias más gravosas.

VI. DELITOS CONTRA LA ASISTENCIA ALIMENTARIA

A. GENERALIDADES

Pese a que en este acápite se alude a la existencia de dos ilícitos, el llamado contra la asistencia alimentaria propiamente dicho, y el de malversación y dilapidación de bienes de familiares, aquí nos dedicaremos con exclusividad a brindarle la importancia al primero de ellos, pues dentro de nuestra práctica judicial ha llegado a figurar como el más frecuente en incidencia, si nos atenemos a cálculos extraoficiales que lo sitúan por encima incluso de los atentados contra el patrimonio económico y la integridad personal. En ese sentido diremos que reviste un especial interés desentrañar sus principales características y hacer un estudio crítico acerca de la conveniencia de su mantenimiento dentro de nuestras principales pautas legislativas. Es curioso, en primer término, que habiéndose establecido en todas las disposiciones legales al respecto una igualdad entre el hombre y la mujer, la cual entraña que las mismas posibilidades laborales, académicas y sociales se brinden, al menos en teoría, a ambos, esta clase de especificación no haya tenido ningún tipo de repercusión dentro de las estadísticas que se llevan con respecto al ilícito mencionado, puesto que en 99% de los casos que se registran –sin pecar de exagerados–, quien acude a los estrados judiciales para formular la respectiva querella es la mujer; lo cual posee una significación bastante palmaria, por cuanto apunta a remarcar la artificiosidad de la igualdad entre los sexos, o la no asunción por la mujer de su nuevo papel, que nos fuerza a tratar de investigar las causas por las cuales esa clase de actitud aparece tan atildada; yes conveniente que, para encontrar una mejor encuadramiento al respecto mezclemos de antemano factores como el afectivo, el costumbrista, el de conveniencia, y conformemos un cuadro que nos facilite de manera más plena el allanamiento a este tipo de campo. No es extraño que una mujer despechada y ávida de venganza, a pesar de poseer cierta solvencia económica, con el objetivo de incomodar a su ex compañero, de desquitarse de él, de ilusionarse con una reconciliación, ya que ha rehuido otras posibilidades de encuentro, o como un mecanismo público de protesta, no tenga ninguna reserva para acercarse a los tribunales para denunciar a la persona que considera no se ha encontrado a su propia altura, o que le ha inferido determinada clase de herida que es necesario restañar, así sea a costa de granjearse su enemistad permanente, dejando a salvo cuadros de desgarrador dramatismo en

donde el varón desnuda su negligencia, desamor e irresponsabilidad.

De otro lado, dadas las condiciones económicas del país en los últimos años, que han sido tan difíciles, el grado de desempleo tan amplio (cercano al 18%), las posibilidades de encontrar fuente lícita que permita la satisfacción de esas necesidades se tornan cada vez más esquivas, de tal forma que esa contienda que aquí se plantea, antes de consultar, con la ortodoxia habitual, la letra y el espíritu de la ley, debe remitirse hacia la investigación, en estos eventos mucho más pormenorizada y exacta de la verdad; pues está en juego la incolumidad de la familia o la generación de dificultades para obtener ingresos, ya que la existencia de un expediente penal infunde terror a algunos, forzándolos a cambiar de aires, y con ello, se degüella a la gallina de los huevos de oro y se espantan posibilidades de engrosar el caudal laboral, porque muchos patronos en ciernes prefieren evitarse líos cuando acogen reos de la justicia, incidiendo todo ello en la restricción de las condiciones económicas de cada uno de los miembros de la pareja, porque también se tiende a mirar con malos ojos a quien se atreve a denunciar. En similar sentido, no es posible que se continúe presumiendo que la única pieza procesal con que se cuenta dentro del expediente sea el texto de la querella, que funge de pauta inamovible, para que luego en la mayoría de los casos se declare a la persona denunciada ausente, creyéndole a pie juntillas a la mujer, en todas sus expresiones y sin dar la menor oportunidad de defensa al sindicado, justamente porque el funcionario judicial confió en que los datos incluidos en la correspondiente querella coincidían con exactitud con la intensidad de los lloriqueos y la buena fe expresada desde el principio por la denunciante, la cual muchas veces ha suministrado dirección y datos equivocados acerca de los verdaderos ingresos de la persona que sindica, las causas que motivaron el incumplimiento de las obligaciones, la envergadura de la colaboración y hasta la situación económica de la misma, que la desfiguran y hacen aparecer como una especie de monstruo, de individuo desnaturalizado, insensible a las obligaciones que ha contraído con ella.

De otro lado, es también conveniente que el funcionario advierta que el derecho a quejarse ante las autoridades no es privativo sólo de la mujer, sino que el varón está

amparado por igual, sólo que, por razones más de prestigio y culto a un machismo bastante discutible, prefiere, cuando queda al cuidado de sus hijos, aun reconociendo la idoneidad económica de su ex compañera, asumir esa falencia como un reto que compromete su amor propio, y por ello no es fácil que se valga de ayuda externa, porque prefiere soportar en silencio su desazón antes que llevar la queja a destinos diferentes de aquellos que se encuentran cercanos a su propia vida cotidiana, como el hogar. El trasfondo sociológico de la conducta es también bastante complejo, hasta el extremo de que se ha establecido que por las pocas oportunidades que en el campo laboral se están ofreciendo, la satisfacción de estas obligaciones cada vez se hace más ardua, a pesar de la previsión que en un momento determinado se consignó, de orientar hacia el campo penal el castigo por tales inobservancias, el cual también ha entrado a girar en los últimos años alrededor de la protección del menor de edad, que merece, a juicio de quienes han hecho incursiones en el estudio de esta clase de temas, una mayor comprensión por parte del Estado; ya que aquí –tal vez como en ningún otro lugar del Código Penal–, se enfatizan de manera superior los roles de padre y madre con respecto a sus hijos, que son, con sobrada prioridad, quienes deben recibir ese sustento por parte de sus mayores, y se precisa también con bastante tino el ámbito de competencia de orden institucional que debe primar en la protección de estos señalamientos dentro del Código, que las mismas normas, en una gran cantidad, se han encargado de puntualizar y de limitar para que no se presenten equívocos al respecto y se puedan derivar esas obligaciones de manera innegable del propio cuerpo legislativo.

El compromiso –al fin y al cabo esta dirección se puede delimitar bastante fácil– que liga a los conformantes de la pareja para con sus hijos es nítido y entendible, y por más esfuerzos que se pretenda realizar esa imagen de infantes gimientes y necesitados se está imponiendo de manera constante dentro del quehacer judicial para supeditarlo a sus características más salientes, encontrando de entrada una predisposición bastante amplia a no aceptar excusas de ninguna naturaleza, incluso invocando normas tan discutibles como la consignada en el artículo 155 del antiguo Código del Menor, (hoy ratificado por el artículo 129 de la Ley 1098 de 2006, mejor conocida como Código de la Infancia y Adolescencia) que a falta de la fijación de

los ingresos del alimentante establece la aberrante presunción, contraria a la realidad social, de que se devenga el salario mínimo, aspecto que será objeto de un estudio mucho más detenido en el momento en que lleguemos a ese paraje.

Superada ya esa discusión sobre la naturaleza de los ilícitos de acción y de omisión, que es demasiado superflua como para que le concedamos una importancia que ya perdió desde hace bastante tiempo, el enfoque que resta darle a tal materia queda establecido también dentro de pautas bastante exactas, que comprenden simplemente la realización de un comportamiento que viene a privar a determinadas personas de la recepción de los soportes básicos para poder mantener condiciones dignas en el plano vital. Incluso, se está incurriendo en exabruptos ya patentizados desde los orígenes mismos de las normas jurídicas, en máximas que de manera inexplicable se han dejado de aplicar, como aquélla que recientemente fue objeto de un estudio bastante interesante por parte de la Corte constitucional, consistente en que ninguna norma jurídica puede obligar a los coasociados a cumplir lo imposible. Y es que no se gana nada con mantener una permanente amenaza sobre quien ha resultado sindicado por el incumplimiento de las obligaciones de este género, lo cual, fuera de restarle cierta libertad para buscar mejores oportunidades laborales, lo hace cobrar aborrecimiento hacia los integrantes de su antiguo hogar y alejarse de ellos apenas tenga la oportunidad, aprovechando, de otra parte, los altos índices de impunidad que se registran en el país. Es más, vale la pena que cuestionemos el mantenimiento de esas normas dentro del marco criminal, ya que se ha establecido su gran inoperancia para corregir los desajustes que entre las personas vinculadas se generan. Además, una presión judicial como la que aquí estamos denunciando, que con disfraces más o menos nobles o altruistas se da, con la escueta consigna de que debe conseguir el procesado dinero como sea, lo predispone en numerosos eventos a realizar conductas criminales so pretexto de recaudar los dineros para el pago de determinada obligación. El Estado no puede obligar a nadie a proseguir o iniciar la realización de conductas ilícitas para sufragar los dineros que satisfacen las cadenas alimentarias, y si se establece que la única posibilidad de ser captados proviene de esa fuente se debe exonerar a la persona. Además, ¿hasta dónde alguien

se puede negar a recibir dineros de proveniencia ilícita para satisfacer obligaciones alimentarias?

En similar dirección, se halla fuera de todo cuestionamiento, de acuerdo con lo predicado en el artículo 25 del Código Penal, que la situación de padre o madre es constitutiva de posición de garantía, ya que se ha puesto la voluntad al servicio de la protección real de una persona, al consentir en la mayoría de los casos su acogida, aunque bastaría la aceptación de los deberes que la convivencia impone.

Por igual, se está facilitando, a mi juicio, a través de esta vía una intromisión que puede causar serios daños a la estructura del hogar por parte de las autoridades, que se quedan casi siempre en la superficie, pues la preocupación estatal es de índole casi que formal, porque se niega a indagar por el puerto final de los haberes que se entregan, los cuales son utilizados para fines diferentes a la satisfacción de dichas necesidades para quienes originalmente se destinan.

Aunque la regulación de la inasistencia alimentaria como delito es de reciente data en nuestra legislación, su inclusión dentro de esquemas de tal naturaleza ya ajusta bastantes siglos, como que se detecta su presencia en ordenamientos de tradición babilónica y persa. En Colombia, data del año de 1968, con la expedición de la Ley 75, haciéndose notorio que abarca apenas la prestación de carácter económico, dejando por fuera la moral{451}.

B. TIPICIDAD

I. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Sujetos. Se establece aquí la posibilidad de que actúe un solo sujeto, de carácter cualificado por las regulaciones jurídicas que se le imponen, ya que debe poseer la calidad de ascendiente, descendiente, adoptante o adoptivo,

cónyuge o compañero o compañera permanente, circunscribiendo esta última determinación sólo a uniones heterosexuales existentes durante lapsos no inferiores a dos años, frente al perjudicado. Los primeros revelan una condición consanguínea que se extiende hacia arriba, abarcando padres, abuelos, bisabuelos, tatarabuelos, etc., y hacia abajo, siguiendo un orden inverso, es decir los hijos, nietos, bisnietos, etc. Los siguientes se atienen a un vínculo de naturaleza jurídica, nacido de la asimilación de alguien que en principio no pertenece a la familia, que se concretan en las fórmulas de adopción, matrimonio y uniones maritales de hecho.

El sujeto pasivo sigue siendo la sociedad, reflejada en la familia, y, yendo más lejos, –para ser consecuentes con los demás bienes jurídicos protegidos– se le da trascendencia a los miembros sobre los que se precisa la obligación correspondiente, dentro de los cuales el menor prima, al afectarse también otros derechos de los cuales se desprende su titularidad.

Objetos. En torno a este punto la atención del legislador parece haberse volcado hacia la protección de los integrantes de la célula familiar, que precisan de una ayuda significativa, en pos de asentar el espíritu que debe solidarizar a todos sus miembros, mediante prestaciones que garanticen el normal crecimiento de unos, hasta cuando puedan defenderse por sí mismos (la situación de los menores, cuya prevalencia en materia de derechos ha marcado un verdadero hito en nuestras concepciones actuales), y la conjuración de las necesidades propias de la subsistencia de otros, que por hallarse en inferioridad de condiciones como inválidos, dementes, viejos, deben ser cubiertos por la tutela parental. El objeto material pertenece a la especie de personal, por cuanto la conducta del agente recae sobre cualquiera de los miembros de su familia atrás señalados, con quienes los ligan esos específicos vínculos.

Conducta. Su referencia se agota en la previsión normativa de sustraerse sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a las personas enunciadas en precedencia. No constituye mayor dificultad el señalamiento

del alcance del verbo rector, que puede ser interpretado como incumplir, abstenerse de satisfacer las respectivas obligaciones. Más complejo nos parece intentar delimitar el contenido de las demás expresiones incluidas dentro de la descripción, lo cual procedemos a hacer. Mucho se ha discutido acerca de si el tipo, siguiendo las voces de nuestro Código Civil, se ha referido a los congruos o a los necesarios, conceptos que por ser con suficiencia conocidos nos abstendremos de repetir aquí. Sin embargo, como en los tratamientos doctrinales más destacados en nuestro medio, por ser anteriores a la instauración del Código del Menor, no se hacía una referencia específica al tema, resulta útil señalar que en su artículo 133 se precisa: "Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto". Con lo cual se dilucida en parte el problema, puesto que un gran porcentaje de procesos iniciados por este ilícito incluyen la abstención de prestación de alimentos en relación con menores. De todas maneras, el establecimiento de la medida de la obligación debe hacer abstracción de un simple marco teórico, para fijar sus extremos entre la magnitud de la carencia y la de las posibilidades para cubrirla, cuestión que no es absoluta, sino que está sujeta a fluctuaciones en el tiempo, que dependen tanto del déficit de la privación como de la cambiante posición económica del hipotético responsable de su redención. Despejado ello, debemos encaminar nuestros pasos hacia el desentrañamiento de lo que debe abarcar la expresión "legalmente debidos", que a nuestro juicio suscita más ambigüedades. De entrada, podemos predicar de ella que contiene inequívoca alusión a una verdadera obligación, cuyas características y alcances deben buscarse en la legislación civil, en cuanto se conforma un ligamen entre dos personas por lo menos, de donde se genera la adscripción a papeles de deudor y acreedor sin que su contenido se limite a meros derechos reales, pues su sentido humanístico es ostensible; y si así no fuere, se estaría contrariando la Constitución, que proscribe la recurrencia al derecho penal por simples acreencias de contenido civil, debiéndose más bien establecer la

necesidad de percibir la prestación y la capacidad para suministrarla, extremos ambos que se tienen que acreditar a lo largo del proceso, como elementos vitales de la investigación; lo que resulta aún más arduo en tratándose de menores, pues tanto padre como madre, y en su defecto los otros ascendientes, deben soportar sobre sus humanidades, de manera igualitaria, el peso de la obligación, la que, al no existir prohibición legal, puede ser satisfecha por un tercero. De conformidad con las normas aplicables a estos casos, ella surge para los hijos desde el momento mismo de la concepción; frente al cónyuge, desde la fecha de la celebración de la ceremonia matrimonial, y con atinencia a los demás familiares a partir de la ocurrencia de la eventualidad de orden personal que requiera el auxilio ajeno. En ese orden de ideas, podemos distinguir varias situaciones emparentadas con la inexigibilidad de la prestación, que constituye una faceta que impediría el encuadramiento típico de la conducta, para no ahondar en la naturaleza y características de la obligación, así: I. Las que impiden la formación de la obligación; 2. Las que la tornan no reclamable; 3. Las que la extinguen, y 4. Las que la suspenden, las cuales abordaremos como sigue:

1. Las que impiden la formación de la obligación. Alude a los requisitos que en términos universales precisa la legislación civil para que todo acto jurídico se repute válido, como su producción por una voluntad exenta de vicios, por lo menos no subsanables, poseer objeto lícito y partir de una capacidad in genere del acreedor.

2. Las que la tornan no reclamable. Se caracterizan por la preexistencia o surgimiento de una imposibilidad concreta, que hace parte de regulaciones jurídicas globales, que redundan en la inocuidad de su demanda. Se pueden incluir dentro de este género:

a. La exclusión del parentesco que da lugar al surgimiento del débito. Caben aquí tanto quienes no se comprenden dentro del alcance de la norma, como los hermanos, padrastros, primos, etc., como los que no posean el vínculo consanguíneo o civil generador de la prestación.

b. La impotencia económica. Equivale al reconocimiento de las máximas latinas Nemo potest ad impossibile obligari (nadie puede ser obligado a lo imposible) e Impotentia excusat legem (la imposibilidad excusa de la observancia de la ley). Pues la base de la prestación está constituida por la capacidad de cubrirla, y quien no tiene con qué se sitúa fuera del alcance coactivo del mandato, lo cual fue reconocido por la Corte Constitucional en las sentencias C-237 de 1997 y C-388 de 2000, que aceptan, siguiendo caras tradiciones civiles, que se excluye de la imposición de gravámenes de cualquier naturaleza quien, sin dolo o culpa grave, carece de los medios para sufragarlos. Sin embargo, nuestros funcionarios judiciales hacían caso omiso de realidad tan aplastante cuando tomaban el artículo 155 del Código del Menor (en mala hora reproducido por el artículo 129 del actual C. de la I. y A., Ley 1098 de 2006), como trinchera para llevar hasta la sede del proceso penal la presunción contenida allí de que, ante la dificultad para "acreditar el monto de los ingresos del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal" (cursiva nuestra). Previsión nefasta si la había, porque de una parte ha sido utilizada para seguir la ley del menor esfuerzo y de otra había sido dotada de un alcance que estaba lejos de poseer y que, incluso, transponía los linderos de la lógica y la constitucionalidad. En efecto, el mismo organismo de cuyos resortes se han desgranado expresiones que no podemos asegurar sean coherentes, afirma "… cualquiera sea la postura dogmática que se asuma, lo cierto es que la carencia de recursos económicos no solo impide la exigibilidad civil de la obligación, sino –a fortiori– la deducción de la responsabilidad penal, dado que cuando el agente se sustrae al cumplimiento de su obligación, no por voluntad suya, sino por haber mediado una circunstancia constitutiva de fuerza mayor, como lo es la carencia de recursos económicos, la conducta no es punible por ausencia de culpabilidad"{452}; y "… la imposibilidad de pagar por insuficiencia de recursos debidamente documentada constituye justa causa para disminución o suspensión temporal de la obligación alimentaria y sirve para desvirtuar la responsabilidad penal por el delito de inasistencia alimentaria"{453} (cursivas nuestra). De las

posturas anteriores, que se esperaban fueran faro y luz para despejar la naturaleza de la cortedad económica frente a la teoría del delito, emergía en cambio, una confusión insospechada en una entidad del rango de la citada, que empero, no se detenía allí. Dentro del mismo contexto, que corresponde a la respuesta dada a la demanda que contra la presunción contenida en el artículo 155 del Decreto 2737 de 1989 (antiguo Código del Menor), presentada por el ciudadano Darío Garzón G., la encumbrada corporación, para afirmar la vigencia de esa norma, negando de paso que atentara contra los principios de rango superior de la presunción de inocencia e igualdad, dijo, después de atildar las características de la misma como tal, que: "... puede sostenerse que si bien un sector de la población no devenga el salario mínimo legal, la mayoría de las personas, en edad de trabajar, percibe, por lo menos, un ingreso mensual equivalente a dicha suma. En efecto, tanto los datos que aporta la experiencia como la obligación del empleador de pagar, no menos de una cuantía mínima legal como salario mensual, permite sostener que la presunción cuestionada es razonable". Ante demanda que empleando similares argumentos, se interpuso en contra del art 129 de la Ley 1098 o Código de la Infancia y Adolescencia, la H. C. C. en Sentencia C-055 de 2010, declaró ajustada al orden constitucional la presunción, aduciendo que: "es razonable por basarse tanto en datos empíricos como en la existencia de una obligación legal de los empleadores de pagar al menos dicho monto. También, porque es proporcional en tanto medida idónea y necesaria para garantizar el pago de la cuota debida al menor, parte débil de la relación procesal en el juicio de alimentos. Y finalmente por cuanto se trata de una presunción legal que en todo caso puede ser desvirtuada"{454} (Sin palabras).

Dentro de la misma pieza jurídica inicial, se lee, después de emplearse argumentos muy discutibles, éste: "... quienes han decidido optar por la maternidad o la paternidad, están dispuestos a hacer lo que esté a su alcance para aumentar su nivel de ingresos de forma tal que puedan satisfacer las obligaciones que tienen para con sus hijos". Con lo cual se conectan dos premisas que nada tienen que ver entre sí, pues los dos momentos que contiene son diferentes y tan contradictorios como la aseveración de que los pobres no tienen derecho a traer hijos al mundo, o que alguien por asumir la condición paterna no puede arruinarse. La

prelación de los derechos del infante o adolescente, que se sepa, ninguna influencia despliega sobre la solvencia de los responsables de los núcleos familiares a los que pertenecen éstos, a menos que se le dé crédito al viejo aforismo de que todos los niños llegan al mundo con el pan debajo del brazo. Después, observa: “constata (sic) la Corte que la norma demandada resulta útil y necesaria para garantizar un límite mínimo de la cuantía de la obligación alimentaria. Ciertamente, la presunción legal cuestionada impide que el deudor de mala fe pueda llegar a ocultar, incluso, la parte de su patrimonio que corresponde a un salario mínimo legal”{455}. La anterior apreciación abate el sentido común en tal magnitud, que estábamos convencidos de la primacía del principio de la buena fe, instaurado en Colombia como presunción, y que aquí se deroga para dar paso a la adopción de la razón contraria, como pivote de otra presunción. Nótese que se alude a la necesidad de especificar un mojón que sirva de referencia a la fijación del límite de la obligación por lo bajo, pero cuando esperábamos que la presunción, en su aspecto de búsqueda de las reglas de experiencia y generalidad para su consagración, se erigiera sobre datos ciertos y creíbles, en vez de mencionarlos se incluyen especulaciones sin soportes serios. Al propio tiempo, ¿cómo es posible que se diga que no se afecta la presunción de inocencia y a la vez se asegure la presencia de la inversión en la carga de la prueba?

En cambio, las reflexiones contenidas en la Sentencia C-316 de 2002, que declaró inexequible el artículo 369 del CPP , en cuanto fijaba el mínimo de la caución prendaria para obtener la excarcelación en un salario legal mensual, discurren en un sentido que pone en tela de juicio la validez de las que sirvieron de apoyo para la producción de la providencia en precedencia aludida. Especifica la Corte Constitucional que: “... no hace falta adelantar mayores investigaciones socioeconómicas ni aportar extensas estadísticas sobre la realidad de la Nación para averiguar que hoy por hoy, muchas personas y muchas familias subsisten mensualmente con menos de un salario mínimo legal. Tampoco es difícil imaginar –dolorosamente es fácil hacerlo– que la satisfacción de las necesidades básicas de muchos individuos depende de lo que puedan producir o puedan recibir día a día en el desempeño de humildes oficios, debido a las altas tasas de desempleo que se incrementan diariamente en el país. “En Colombia, la

existencia de personas incapaces de cancelar una caución prendaria equivalente a un salario mínimo legal mensual constituye una realidad verosímil, actual y cotidiana, antes que una circunstancia extraña o excepcional. La pobreza y sus degradantes niveles son, en el país un hecho notorio". Luego agrega: "¿Por qué, si se consulta la capacidad mínima económica de quienes pueden pagar desde uno a mil salarios mínimos legales mensuales, no se hace lo propio con quienes sólo pueden sufragar una cantidad menor? La forma como ha sido planteado este interrogante deja al descubierto la desigualdad que subyace a la norma. A través suyo se llega a la paradoja de que para los más necesitados no se aplica el principio de la proporcionalidad (...). La medida por la cual se establece una cuantía mínima a la caución prendaria no consulta las condiciones sociales y económicas del país y se erige en institución que desconoce la igualdad real y efectiva de los asociados"{456}.

Es inconcebible que la situación nacional se haya deteriorado tanto en dos años como para afirmar que es presumible que la mayoría de colombianos de bajos recursos devenga por lo menos el salario mínimo en el 2000, y luego, en el 2002, que ya esa realidad ha dejado de primar. Somos conscientes de la riqueza conceptual que las providencias que hemos citado contienen, y que sería muy útil explorarlas más a fondo, pero fuera de sobrepasar la pretensión de este trabajo, sus contradicciones hablan por sí solas. Además, no creemos, por encerrar verdaderos atentados contra la cordura, que esa presunción neutralice la de inocencia y la del apotegma de igualdad, porque si a ésta se le ha conferido rango constitucional, para abarcar las fases que debe agotar el juez, con el fin de declarar a alguien responsable de la comisión de un ilícito y proceder a imponerle la correspondiente sanción penal, son resultado de su demostración a nombre del Estado de que ha obrado típica, antijurídica y culpablemente, exigencias que, unidas, permitirían quebrantar el sagrado apotegma; aquí, como lo hemos planteado y parece aceptarlo la Corte Constitucional, así sea de soslayo, la integridad de la máxima orientadora queda a salvo, porque abarca sólo las hipótesis de condiciones de exigibilidad de la obligación en el campo civil, las cuales son requisitos abarcados dentro del proceso de tipificación de la conducta, inscritos como ingredientes normativos, es decir para aceptar que pertenecen al mundo de los "legalmente debidos"; pero, en tratándose de seguir

soportando la carga probatoria el Estado, sigue corriendo por su cuenta; en los campos de puesta en peligro del bien jurídico tutelado y aducción de la evidencia del actuar doloso, éste debe demostrar ambas facetas, para rendir homenaje a la presunción de inocencia. Cualquiera otra forma de interpretación la quebrantaría de manera inexorable. Además, aparecería como absurdo mayúsculo que como la suposición contenida en el antiguo artículo 155, equivalente al actual 129 de la Ley 1098 de 2006, sólo se extiende para las obligaciones que impliquen menores, puesto que su inclusión en ese ordenamiento tiene apenas esas pretensiones, las demás contraídas con otras personas quedaran liberadas de dicho peso, cuando ni las unas ni las otras se conectan con potencialidades individuales, reflejadas en el área económica, produciendo en cambio resquebrajaduras incurables en el principio de igualdad, que se evaden de la esfera soberana del simple asentamiento de las prelaciones otorgadas en la Carta a los derechos del menor. Dentro de este acápite, vale la pena mencionar también a quienes por su doble condición de desposeídos y privados de sus posibilidades de percibir ingresos lícitos deben expulsarse del grupo de los pasibles de exigencia, como los reclutas o ciertos presos{457}.

Asimismo, la demostración de la existencia de otra u otras obligaciones, cuya satisfacción parcial o total impediría que pudiera plantar cara a las materia de la querella, las tornan inexigibles, porque ninguna autoridad de la República puede condenar a un habitante del suelo patrio a quitar el pan de la boca a uno necesitado, con el cual subsiste la obligación para dárselo a otro, pues son derechos del mismo rango y naturaleza, en especial cuando los ingresos se agotan en el propio mantenimiento de la vida y en el de la persona a cargo.

c. Imposibilidad física o mental del obligado, así se mantenga incólume su potencialidad económica. Ocurre cuando el deudor queda privado de los medios para cubrir su compromiso, como cuando es secuestrado, pierde la conciencia por influjo de un golpe, posee bienes pero no puede adquirir solvencia, etc.

d. Imposibilidad para hacerle llegar el auxilio al titular del débito. Representa una de las hipótesis más frecuentes, pues se produce cuando se ignora su paradero, porque se

evade de la casa, tomando rumbo desconocido, o es privado de su libertad, o es sustraído, casi siempre, por uno de los miembros de la célula familiar, y las posibilidades de entrar en contacto con él desaparecen para quien debe velar por su subsistencia, pese a esmerarse en hacer las averiguaciones pertinentes; aquí se estima que asume todos los gastos en forma voluntaria, arrogándose la responsabilidad total, el autor de la ocultación, perdiendo la ocasión de reclamarlos con posterioridad.

3. Las que la extinguen. En consonancia con lo estipulado en el Código Civil, las circunstancias que producen este efecto son: a. Injuria atroz del beneficiado contra el alimentante, esto es, por delito grave o leve (?) que entrañe ataque a la persona del alimentante (artículo 414 inc. final C. C.); b. Cuando el varón al cual se deben alimentos necesarios ha cumplido veintiún años, “salvo que por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo” (artículo 422, inc. 2.° C. C.), y c. Por la muerte del beneficiado (artículo 424 C. C.){458}.

d) Las que la suspenden, mientras tengan vigencia: I . El cambio o la extensión en la titularidad del crédito, lo cual ocurre con el matrimonio de la hija a quien se prestaba ayuda económica. Entra a pertenecer a otro régimen, en donde asume responsabilidad su cónyuge; 2. La desaparición de la necesidad, que se da cuando el alimentado adquiere otros medios de subsistencia;

3. La desaparición de la causa que generaba la obligación, como cuando cesa la incapacidad física o psíquica que le creaba imposibilidad para valerse por sí misma a la persona alimentada, y 4. La pérdida de la capacidad laboral del alimentante, que se da por ejemplo al llegar a avanzada edad, o sufrir lesión o enfermedad que le impidan conseguir empleo{459}.

La utilización por el legislador de la expresión “justa causa” debe conducirnos a la interpretación, dada la naturaleza de los demás elementos previstos en el tipo, de que ella se refiere a eventos que dentro del plano civil son reconocidos, en cuanto su presencia se acepta para desproveer a la obligación exigible de su cumplimiento, por la irrupción de condiciones peculiares que la contrarrestan, en torno a la efectuación del pago dentro de los plazos

correspondientes{460}. Las más comunes se plasman en la obturación de los conductos reconocidos para cumplirla, como el rechazo voluntario del condigno apoyo por el beneficiado o su representante, la no utilización de los bienes o caudales dejados a disposición del alimentario por ignorar su existencia u olvidarse su paradero, el incumplimiento por un cambio súbito de las condiciones del sujeto pasivo del débito, desconocidas por el alimentante.

Se presenta concurso aparente de tipos con las modalidades de abandono de menores y personas desvalidas y omisión de socorro, que por sus mismas naturalezas apuntan hacia la plasmación de conductas generadoras de peligro, y frente a las cuales los criterios que han permitido su inclusión en el Código son de diversa índole. Así, el abandono parece dirigirse hacia la prohibición de eventos caracterizados por una sustracción del menor o de la persona desvalida del entorno físico en donde se encontraba, de orden totalitario, nacida de la inobservancia del deber jurídico que con ellas poseía el autor, derivando un peligro directo e inmediato con respecto a la vida e integridad personal, mientras que en la omisión de socorro la condición del sujeto pasivo es precaria y angustiosa, la cual demanda de todos los componentes de la colectividad una acción urgente en pro del necesitado, que actualice el sentido de solidaridad, que subyace en la esencia de la obligación. Se echa de menos que no se haya consagrado la circunstancia de agravación prevista para las formas de abandono, de la generación de lesiones o muerte, con lo cual el concurso entre la conducta descrita en este tipo y los resultados contra la vida e integridad personal a título de culpa puede predicarse. Desde luego, si la inasistencia ha sido seleccionada por el agente como medio para lesionar o matar, la riqueza descriptiva de éstos subsumirá a aquélla. Tampoco se descarta que se estructure como forma de violencia intrafamiliar, en cuyo caso prevalecerá la inasistencia por su especificidad.

2. ELEMENTOS PSÍQUICOS DEL TIPO

En vista de que la única forma de realizar esta conducta es a título de dolo, la prueba de la presencia, tanto de intelecto como de voluntad, debe correr por cuenta del Estado. Dentro de este enunciado son bastante usuales las formas excluyentes de culpabilidad. El error puede estructurarse en sus diversas formas, así: con respecto al tipo, la equivocada percepción del agente puede centrarse alrededor de su calidad de obligado, en la medida en que abrigue la convicción, con respecto al alimentado, de que no es su padre, hijo, abuelo, etc., de la condición de solvencia plena de éste o de que la obligación ha sido asumida por otra persona, ya que nunca le han pedido ayuda en el pasado; de que la asistencia opera de manera total, cuando es apenas parcial; de la comisión de un delito en su contra, cuya comisión atribuye al alimentado; la noticia de la muerte del acreedor de las mesadas o la cesación de su incapacidad, etc.

C. ANTIJURIDICIDAD

Para que se cope su aspecto positivo se requiere que el actor, al menos, ponga en peligro las normales condiciones de vida que deben primar dentro de su núcleo familiar, sin que medie justificación para ello. En torno a este último punto, pueden sobrevenir situaciones que resultan las más comunes, frente a la estructuración de tal categoría de causales, que se enmarquen en el estado de necesidad. Dentro de las hipótesis de más frecuente ocurrencia se hallan: I . Enfrentamiento de factores de riesgo que afectan al alimentante o a personas allegadas, como la presencia de enfermedad, proceso judicial, deudas inaplazables, cuyos costos deben ser con urgencia cubiertos por éste. Asimismo, cuando emplea los recursos para el pago de rescates, extorsiones, etc.; 2. Evitación de peligros que se ciernen sobre el obligado con motivo de la realización del pago, que no puede ser satisfecho sino de esa forma, como cuando el hermano, padre, o el nuevo compañero de la madre a cargo del menor, lo amenazan de manera creíble, si se enteran de que se ha vuelto a comunicar o acercar a ésta de cualquier forma, o en los eventos de necesitarse la permanencia en la clandestinidad o en el anonimato por advertencias de

muerte, secuestro, captura; 3. Adquisición de certeza de que los dineros de la obligación se están empleando para cubrir gastos diferentes. Figurando dentro del trasfondo del débito su expresa finalidad para satisfacer necesidades determinadas frente a destinatarios precisos, el establecimiento o del desvío de esos aportes para satisfacer otros conceptos, inversiones suntuarias, por ejemplo, o de su aplicación a personas con las cuales no subsiste la obligación, a nuestro sentir, mientras la situación no se solucione, justificará la abstención de su cubrimiento. Con mayores veras, cuando los haberes se emplean para iniciar a los beneficiados en vicios, hábitos malsanos, corruptores o ilícitos o negándoles u ocultándoles el origen de los mismos, para sembrar motivos de desamor, desconfianza y rechazo; 4. Utilización de los recursos disponibles para la adquisición de medios de subsistencia, como la compra de máquinas, elementos de trabajo, materia prima, etc., cuyo dominio ampliará hacia el futuro las fuentes de aseguramiento de ingresos y producirá mayor estabilidad, y 5. Confluencia de obligaciones del mismo nivel, que no pueden ser cubiertas con simultaneidad por el alimentante, entendiéndose que al verse compelido a elegir una o varias dentro de las mismas dejará sueltas o sin respaldo las sobrantes.

Ha sido tema de polémica el relacionado con la posibilidad de aceptar el consentimiento como causal de justificación, en el entendido de que se sobrepasen las exigencias planteadas en la legislación civil para reputarlo válido, pues quedaría sobreviviendo la sede de exclusión de la antijuridicidad como sitio en donde cabría diferenciar dos hipótesis según los grupos de posibles beneficiarios de las mesadas: el de los menores, que por sus caracteres preferenciales y la necesidad que los asiste excluirían la posibilidad de que alguien pudiera facilitar su anuencia por ellos, ya que no tienen capacidad para hacerlo de manera directa; recuérdese que, con respecto de ellos, el proceso puede iniciarse de oficio y el conformado por las demás personas en donde sí tal mecanismo ejercería sus reconocidos efectos. De todas formas, recuérdese que el artículo 424 del C. C. le asigna a la recepción de alimentos un carácter de irrenunciable.

Vale la pena que insistamos en la meticulosidad con que debe proceder el funcionario judicial, para analizar el grado de cobertura de las causales de justificación, que puede ser

total o parcial por su peculiar naturaleza, ya que es normal que la inasistencia se justifique durante ciertas franjas temporales o durante todo el periodo. Con las enunciaciones anteriores no hemos pretendido agotar el inmenso espectro de posibilidades que se configuran para excluir la antijuridicidad de la conducta: apenas hemos enunciado algunas.

D. CULPABILIDAD

Es frecuente que se incurra en error sobre la existencia del tipo incriminador o en el de prohibición, como que el sujeto activo prohije la convicción de que él se halla aquejado por enfermedad que debe tratar o que su vida corre peligro, que se están destinando a fines ilícitos los dineros, que por haberse renunciado a la prestación ha quedado exonerado de su satisfacción, etc. Son de recibo, en similar medida, la coacción y caso fortuito o fuerza mayor, como cuando es sujeto pasivo de un atentado contra su patrimonio, que lo priva de los dineros que destinaba al pago de la obligación, o cuando después de laborar durante considerable tiempo, su patrono se declara en quiebra o insolvencia para birlarle la remuneración conseguida, o ante la irrupción en la vida del dador de la prestación de tragedia, calamidad o infortunio.

E. PUNIBILIDAD

Dentro de la fijación de la sanción que corresponde a este ilícito, el legislador ha previsto la combinación entre la privativa de la libertad, de 16 a 54 meses de prisión, y la pecuniaria de multa, comprendida entre trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que oscilará entre 32 y 72 meses de prisión y de 30 a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos cuando la inasistencia se cometa contra un menor,

lo cual es consecuente con los lineamientos contenidos en la Carta Política de 1991, en el sentido de brindarle una protección prevalente a éste. También es comprensible que se haya mantenido la circunstancia de agravación señalada en el artículo 234 del C. P., referida al aumento punitivo de hasta una tercera parte, cuando el obligado con la finalidad de “sustraerse a la prestación respectiva, de manera fraudulenta oculta, disminuye o grava su renta o patrimonio”, ya que aparece como más digno de drasticidad estatal el individuo que demostrando una superior insensibilidad para con los miembros de su núcleo familiar, se vale de maniobras torticeras y simulatorias para evadir el cumplimiento de su obligación.

A su vez, el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 señaló este artículo para que su autor o partícipe sufriera la agravación de un tercio en el mínimo y la mitad del máximo.

La encrucijada que se ofrece en cuanto a la posibilidad de iniciar el proceso mediante querella de parte (alimentarios no menores) y de oficio (menores) genera serios problemas de difícil solución, porque se sujeta la institución a respuestas sometidas a las consecuencias que cada una de las formas de impulsión del quehacer estatal ofrece, lo cual desdibuja su esencia y deja fisuras de muy grueso calibre en su integridad; pues, en teoría, los mecanismos de extinción de la punibilidad del desistimiento, conciliación, caducidad e indemnización integral serían invocables para alcanzar este fin en condiciones normales, pero la admisión de hipótesis de su conocimiento de oficio, para los concretos eventos señalados en el CPP , impediría su aplicación, de manera genérica; incluso, se debería hacer abstracción de las indagaciones que para proteger los derechos de menores se han iniciado por querella de parte, ya que la factibilidad de proseguirlas de oficio negaría que las formas de extinción de la potestad estatal pudieran encontrar vía libre. Además, se crearía un peligroso boquete de inseguridad jurídica y desigualdad, en la medida en que para algunas situaciones, más dependientes del azar que de criterios racionales, operarían dispositivos favorecedores, los que frente a idénticas conductas se rechazarían.

F. ASPECTOS PROCESALES

Importa destacar que la querella debe reunir como condiciones de procedibilidad todos los requisitos que consagra para tal clase de iniciación investigativa el Código adjetivo, de una parte, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos, para lo cual el funcionario deberá comprobar de entrada si ellos confluyen en la exteriorización de la noticia criminis, para aceptarla o rechazarla, esto último al registrar vicios absolutos o relativos, y decidir ordenar que se subsanen cuando tal vía se posibilita.

La querella debe ser presentada por el propio perjudicado del delito, a menos que se trate de un incapaz, en cuyo caso actuará en su nombre el representante legal, que si falta capacitará al defensor de familia, Ministerio Público e, incluso, al Defensor del Pueblo, extendiéndose esta potestad al evento de que el autor del ilícito haya sido el representante legal, dentro de los seis meses siguientes a la comisión de la conducta punible (artículos 34 de la Ley 600 de 2000, y 71 de la Ley 906 de 2004).

Se debe exigir al querellante que pruebe, como aspectos elementales, la existencia de la obligación, su parentesco con el agente, su condición de necesitado y la exigibilidad de la obligación, consistente en el hecho de que el deudor está en condiciones de proporcionar alimentos, para evitar que se ponga en movimiento el aparato administrador de justicia del Estado de forma innecesaria.

El hecho de que el proceso haya concluido con preclusión de la investigación, cesación de procedimiento o sentencia condenatoria no tiene nada que ver con que el antiguo procesado vuelva a incurrir en la conducta, evento en el cual no existe óbice para iniciar una nueva indagación en su contra, pues se trata de un nuevo acontecimiento.

En cuanto dice relación con la prejudicialidad, creemos que deben distinguirse los objetos en los que se centra la indagación que deba estar realizando la jurisdicción civil: si se trata del escudriñamiento de la relación que liga al demandante con el demandado, a través de un juicio de impugnación de paternidad o de la demanda de nulidad del matrimonio, el proceso penal no debe suspenderse, debido a que la primacía de la presunción se impone y se siguen

causando durante su transcurso las obligaciones respectivas. Pero, en cambio, sí debería suspenderse cuando el centro del debate se ubica en la discusión de la falsedad del registro civil de nacimiento{461}.

En el artículo I .° de la Ley 1181 de 2007 se hace expresa alusión a la posibilidad de aplicación del principio de oportunidad.

VII. MALVERSACIÓN Y DILAPIDACIÓN DE BIENES DE FAMILIARES

Se previó como complemento de la inasistencia familiar por la Ley 75 de 1968, en su artículo 41, luego el Código de 1980 la recogió en su artículo 266, y el actual estatuto punitivo la plasmó como precisando los sujetos en los que se concreta, enunciando al ascendiente, al adoptante, cónyuge o compañero permanente, dejando el resto de la descripción idéntica, incluso conservándole su carácter de tipo subordinado, aplicable sólo cuando la conducta señalada no cupiera en otro tipo que le prescriba una pena superior.

A. TIPICIDAD

I. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Sujetos. La conducta es realizable por un solo sujeto de orden cualificado, pues se concreta en quien ejerza la patria potestad, la tutela o curatela en ascendiente, adoptante, cónyuge o compañero permanente, precisiones éstas que restringen el número de actores, pues quienes no se hallen comprendidos dentro del núcleo familiar incurrirán en la conducta genérica descrita como atentado contra el

patrimonio (artículo 259 C. P). Ya hemos expresado atrás que la patria potestad comprende "el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone" (artículo 19 Ley 75 de 1968), y cuyo ejercicio corresponde a los padres de manera conjunta y, en ausencia de uno de ellos, el restante la asumirá, en armonía con lo dispuesto por el Código Civil (arts. 289 a 311).

Las guardadurías, vocablo genérico que comprende tanto tutelas como curatelas, son cargos "impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallan bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida" (art. 428 C. C.).

A la condición de compañeros permanentes se accede por la unión marital de hecho, definida como "... la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados hacen una comunidad de vida permanente y singular" por el artículo I. ° de la Ley 54 de 1990.

La sociedad se contempla como el sujeto pasivo, cuyo reflejo miniaturizado es la familia en sus haberes económicos.

Objetos. Se pretende proteger el patrimonio familiar de los atentados que realicen los administradores del mismo, dentro de las categorías que se ha reseñado, para asegurar transparencia y honestidad, y, en consecuencia, el soporte material se halla constituido por el acervo integrado por los activos que constituyen el respaldo económico de la unidad respectiva.

Conducta. El tipo es de lesión, complejo, compuesto alternativo, demarcando la conducta en los verbos malversar, como sinónimo de destinar los caudales a un uso ajeno a su función, despilfarro, ilícito manejo, y dilapidar, cuya acepción más común es la de malgastar los bienes que se tienen a cargo. Es decir, que mientras el primero se dirige hacia la aplicación equivocada de los bienes en perjuicio de su titular, el otro presupone erogaciones excesivas, superfluas e injustificadas que deprimen la masa

económica. En una gran proporción, estos verbos llevan ya implícita una amplia carga de contrariedad con el mundo jurídico, por lo que resulta casi un despropósito predicar que se ha dilapidado o malversado de manera justificada.

Se puede dar un concurso aparente con el abuso de confianza, o con el uso indebido, tal como lo ha advertido el maestro Reyes Echandía , quien lo puntualiza así: “cuando el agente se limite a malversar o dilapidar los bienes que administra, responde penalmente en los términos de esta disposición, pero que, si no los administra ilícitamente sino que se apropia de ellos valiéndose de su encargo – independiente de que los dilapide, malverse o acreciente– incurriera en delito de abuso de confianza con la agravante prevista”{462}. Por igual, es viable la producción de este fenómeno jurídico frente a la estafa, falsedad documental y uso indebido.

2. ELEMENTOS PSÍQUICOS DEL TIPO

Estamos cara a cara con un tipo ejecutable sólo bajo la forma dolosa, lo cual exige de su autor la suma de las facetas intelectiva y volitiva en su producción.

B. CULPABILIDAD

En el aspecto negativo, saltan a la palestra el error y la coacción, como los mecanismos que la excluyen con superior frecuencia.

C. PUNIBILIDAD

Se acumulan dos penas principales: la prisión de I a 2 años y la multa de I a 10 salarios mínimos legales mensuales, y una accesoria privativa de otros derechos: en este caso se cifra en la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curaduría por lapso igual al de la sanción privativa de la libertad e incluso por un tercio más (arts. 47 y 52 C. P.).

La pena anterior se incrementó, en virtud de la Ley 890 de 2004, en una tercera parte respecto del mínimo y en la mitad frente al máximo.

VIII. INCESTO

A. CARACTERES GENERALES

La inclusión de este comportamiento dentro de los prohibidos en el Código Penal ha sido calificada, con razón, como el reconocimiento del dominio que aún despliega su negro manto, de prejuicios, atavismos y sujeciones morales ya superadas por fortuna dentro de las sociedades modernas, pese a que la Corte Constitucional, en sentencia ya célebre, después de hacer un juicioso análisis en el que invoca opiniones de reconocidos psicólogos, sociólogos, antropólogos y genetistas, concluye que su mantenimiento en el estatuto punitivo no contraría el cuerpo normativo superior, y en especial el precepto que garantiza el libre desarrollo de la personalidad. Manteniendo el culto casi proverbial que nos inspiran tan elevados y profundos raciocinios, incluso llegando a ser partidarios de los mismos, debemos congratularnos como cristianos practicantes con la necesidad de preservar las buenas costumbres, el sentido de la estética, los cánones de la pureza, la incontaminación de la raza. Pero como penalistas dueños de un espíritu humanístico, aborrecedores de tendencias represivas y fatuas, que sobrecargan sin razón las páginas de la producción legislativa en materia criminal, abrazando de una parte el criterio de que el derecho penal

sólo debe invocarse para aliviar situaciones extremas, y que además se debe seguir una técnica depurada que evite confusiones y desorientaciones interpretativas a los encargados de dinamizar las reglas, nos repugna ese procedimiento. En efecto, consideramos que, al constituir el área sexual el coto por antonomasia de la privacidad humana, sólo puede ser allanado so pretexto de la verificación de conductas que de manera comprobada y tajante atenten contra el respeto mutuo que debe primar en el transcurso de las relaciones parentales, la armonía y unidad del núcleo familiar, que además comporten ataques a la libertad, integridad y formación sexual, agravios que ya se encuentran punidos con severidad ejemplarizante en otros lugares del Código.

Ahora bien, el mantenimiento de relaciones de tal carácter, entre individuos capaces, mayores de edad, libres de disponer como quieran de sus cuerpos, puede ser algo que suscite comentarios adversos, rechazos aceptables, protestas de los dueños de la moral, mas no agravio alguno a cualquiera de los bienes jurídicos tutelados, porque, al fin y al cabo, si no trascienden del ámbito de lo privado carecen de soporte para ser criminalizados; máxime cuando la razones que se han blandido son insuficientes para amparar de idéntica forma a los excluidos de vínculos sanguíneos como adoptante y adoptivo, y a los actos diferentes de la cópula normal, que por razones obvias se sitúan por fuera de la perpetuación de la especie; en paralela dirección, se conservaron en el ostracismo los ayuntamientos entre tíos y sobrinos y primos. Es más, si pidiéramos la opinión de eminencias en ciencias sociales, acerca de la influencia de radio y televisión, vistos en familia, se aconsejaría que por los dispares conceptos que suscitan los programas, se originan roces y enfrentamientos que indisponen a los miembros de ella entre sí, lo cual atenta contra la cordialidad que debe primar en su seno, pero no por ello se prohibiría la actividad bajo amenaza sancionatoria. Y así podríamos seguir enunciando, de forma interminable, ejercicios riesgosos, que en latencia abrigarían gérmenes de disolución y ruptura del clima doméstico, pero que, al ser por la sociedad tolerados como parte del precio que se tiene que pagar por el disfrute de derechos, se admiten y soportan.

B. TIPICIDAD

I. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Sujetos. El actor es monosujetivo y cualificado por el parentesco, y su estructura parece negar los motivos de su tipificación, en cuanto se ha desterrado de la soberanía del tipo a quienes pertenecen al núcleo familiar, como los parientes por afinidad y las personas que conviven dentro de esa unidad, conforme lo ha establecido la Ley 294 de 1996, lo cual parece eliminar los soportes de orden cultural y social que se invocaron.

El sujeto pasivo queda reducido, en nombre de la sociedad, a un fragmento muy desnaturalizado de la amplia concepción que se manejaba acerca de la familia, como lo dejamos esclarecido atrás, aunque debido a los otros bienes jurídicos que pudieran favorecerse en este apartado se desprendía también una titularidad individual

Objetos. Por más esfuerzos que hemos hecho, declaramos nuestra incapacidad para identificar el valor primordial que aquí resultaría afectado por la conducta del agente en torno a la familia misma, dejando a salvo que, si el atentado se ha producido mediante violencia o abuso no se enmarcaría dentro del tipo de incesto, sino que constituiría un atentado encasillable dentro de los delitos contra la libertad, formación e integridad sexual, así corramos el riesgo de ser catalogados como escamoteadores del único ejemplo que hasta la fecha ofrecen los defensores de la existencia del concurso ideal. El material es, desde luego, de carácter personal.

Conducta. Se utiliza el verbo rector "realizar", referido al "acceso carnal", cuya definición, por cierto bastante amplia e inconveniente, se halla contenida en el artículo 212 del Código Penal, que precisa lo que ha de entenderse por éste, así: "la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier

otra parte el cuerpo humano u otro objeto". Sin embargo, tan notable ayuda al intérprete se ve puesta en entredicho por la alusión explícita del mismo legislador, que la remite con exclusividad a los ilícitos señalados en el título que preside la descripción de los atentados contra la libertad, integridad y formación sexuales y a "otro acto sexual". Aquí, el establecimiento de la diferencia entre ambos pudiera parecer fundamental, pero lo cierto es que carece de importancia, debido a que para aplicar la pena da igual que se verifique el uno o los otros.

2. ELEMENTOS PSÍQUICOS DEL TIPO

Como los anteriores, la única vía conductora a su realización es la dolosa, en donde el actor debe saber que la persona en la cual descarga su libidinosidad se halla dentro de los grados señalados en el tipo.

No se alude a ingredientes subjetivos específicos.

C. ANTIJURIDICIDAD

En principio, al resultar inmerso en la penumbra el bien jurídico tutelado, resulta difícil fabricar premisas que justifiquen su enervación.

D. CULPABILIDAD

Las principales formas que la excluyen están plasmadas en el error sobre el parentesco.

IX. SUPRESIÓN, ALTERACIÓN Y SUPOSICIÓN DEL ESTADO CIVIL

A. CARACTERES GENERALES

Los esfuerzos que desde las últimas cuatro décadas del siglo XX han venido haciendo los dirigentes nacionales para dotar al país de instrumentos versátiles de carácter legislativo en el campo de la organización y uniformidad de los dispositivos que conciernen al estado civil de las personas, se han plasmado en la emisión del Decreto 1260 de 1970, cuya irradiación ha sido amplia y poderosa, como que ha influido, entre otras áreas, en la penal, al considerarse que ciertas conductas, por el peligro que encerraban para la institución, debían ser con fortaleza impedidas y sancionadas bajo la férula punitiva, con el fin de obtener cierta especificidad, en contraste con la inclinación casuística sita en codificaciones precedentes, pues tales actuaciones se ubicaban ora como adversas al bien jurídico de la fe pública o de la propia familia. Salta a la vista que la pretensión oficial se ha volcado hacia la búsqueda de la protección de la familia, como pilar inconmovible de la sociedad, entendiendo que en tan caro círculo, para lograr el alcance pleno de credibilidad comunitaria, por la sinceridad, honestidad y confianza que se deposita en ella. Se incluyó en el Código de 1980 en su artículo 262, texto calcado casi en su integridad por el vigente a excepción de la alusión tocante con "hacer inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo", que contribuye en buena medida a reforzar la no tan nueva tendencia constitucional y legal de protección al menor, que se halla inmersa en los casos de mayor ocurrencia. Debemos también alertar acerca de la común manía de confundir el estado civil, que por su naturaleza es imprescriptible, inalienable e indivisible, con su prueba, que es algo externo, sometido a formalismos, pero cuya protección es evidente.

B. TIPICIDAD

1. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO

Sujetos. Un ligero apercibimiento acerca de los elementos estructurales del tipo nos induciría a pensar que su actor es indeterminado, pero creemos que la descripción no puede desligarse del conjunto y, por tanto, se impone una interpretación sistemática, la cual presupone la exploración del contexto fáctico en el que se desenvuelve la conducta, que cobra relevancia por la correlación específica que adquieren las formas de posicionamiento y acentuación de la identificación individual con el marco de referencia familiar y el conjunto de roles que allí se manifiestan; todo ello apuntando hacia la ratificación de un interés que no puede escapar a su catalogación como parental, o de contigüidad social: punto en el que coincidimos con el maestro Alfonso Reyes Echandía , quien observaba al respecto: "... ordinariamente la ejecutarán, en cualquiera de sus tres modalidades, quienes estén ligados familiar, social y oficialmente al hecho generador del estado civil. En tratándose del registro de nacimientos, tales personas son, conforme al art. 45 del Decreto Extraordinario 1260 de 1970 las siguientes: el padre, la madre, los demás ascendientes, los parientes mayores más próximos, el director o administrador del establecimiento público o privado donde haya ocurrido el nacimiento, la persona que haya recogido al recién nacido abandonado, el director o administrador del establecimiento que se haya hecho cargo del recién nacido expósito, o cualquier otro interesado mayor de dieciocho años"{463}. Empero, es útil que anotemos que los menores no son lo únicos protegidos por la norma, y que otros sujetos podrían resultar afectados por la perpetración de los comportamientos descritos.

El sujeto pasivo prevalente, por expresa alusión del legislador al referirse a la familia, es la sociedad,

concretada en el derecho que cada persona posee a pertenecer a la respectiva célula, merced a la cual se identifica y logra su posicionamiento. No obstante, como el tipo es complejo, también se estarían afectando otros bienes jurídicos que, vistos en su naturaleza, determinarían la condición de su titularidad.

Objetos. Como quiera que en toda comunidad humana, dotada de cierto sentido organizativo, se hace necesario que cada quien pueda conocer el rol que le pertenece, y así los demás ubicarlo, gracias a su autónoma condición jurídica, la cual se proyecta en las coordenadas de nombre, estado civil, nacionalidad y domicilio. Como lo dejáramos expuesto, el Decreto 1260 de 1970 se ha encargado de marcar las pautas que amojonan el ámbito del estado civil, precisando que éste consiste frente a la persona, en su "situación jurídica en la familia y la sociedad" (art. I.°), que determina su "capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones". Se deriva "de los hechos, actos y providencias que lo determinan y de la calificación legal de ellos" (art.2°). En este orden de ideas, es la existencia real de las personas, evidenciada en el nacimiento, la que posibilita la necesidad de identificarse de los demás y asumir individualidad; luego se derivan los demás atributos, que ameritan su reconocimiento. El objeto jurídico se concreta, pues, en el derecho que todo ser humano tiene a poseer una colocación temporo-espacial que lo individualice y referencie, con respecto a la sociedad, así como a ostentar una identidad.

El objeto material es de índole fenomenológica o material, en cuanto hunda sus raíces en un reconocimiento de carácter oficial, acerca de una condición determinada que posibilita a las personas la ostentación de calidades surgidas al amparo de permisiones del Estado y usanzas sociales o en los documentos que las corroboran, pero que es ante todo anejo a la esencia de la persona.

Conducta. Al tratarse de un tipo compuesto alternativo, se requiere estudiar de manera independiente, cada uno de los verbos que forman esta trilogía, así: suprimir: es indicativo de extirpar, ultimar, borrar, lo cual, en armonía con las apreciaciones vertidas por varios autores patrios, sólo se

produciría mediante la eliminación física de la persona, pero que en la práctica resultaría de imposible verificación, por la potísima razón de que una condición ontológica no es susceptible de percibir afectación ajena en su esencia, en el grado de extinción conservándose ésta, porque si la conducta apunta hacia su misma destrucción sería contradictorio arrancar de la comprobación de su subsistencia, proceso aún más difícil cuando esa calidad es apenas potencial. Sin embargo, la intención del legislador parece haber girado en torno a la represión del cierre de las vías legales que obra el agente, para evitar el acceso a ese reconocimiento, el que, empero, se mantendrá latente, lo cual apenas lo aplazará. Es palmario que se tenían en mente las conductas de ocultación y cambio del niño o el fingimiento de parto. Alterar: es producir alguna modificación dentro de los componentes del estado civil, para introducir factores que no compatibilizan con la realidad, como cuando al extranjero se le hace aparecer como nacional, al soltero casado, al hijo como sobrino, etc. Suponer: se encuentra especificado dentro del conjunto típico bajo el término "haga inscribir en el registro civil a una persona que no es su hijo o que no existe", que, como se ve, engloba las hipótesis de alguien que nunca lo fue, del que, pese a haberlo sido, ya desapareció, y la inscripción del que carece de la condición de hijo. Todas las anteriores actuaciones del agente se enmarcan dentro de las características clasificatorias de tipos de mera conducta, porque basta con la simple maniobra del actor, sin que sea necesario que se dé en efecto la modificación dentro del estado civil, y envuelve lesión, porque mientras las cosas se devuelven a su estado original permanece conculcado el derecho correspondiente. Su consumación se dará, de acuerdo con la naturaleza del verbo rector, en la supresión, entendida como la abstención de acudir por el agente al registro que convalidaría la existencia de las condiciones de la persona; de manera formal, conforme a las exigencias jurídicas, se incurriría en la comisión típica, mientras durara el silencio del actor; en cambio, en las demás modalidades, su consumación sería instantánea.

Puede concurrir con otros tipos, como la falsedad ideológica o material, o el abandono de menores y personas desvalidas, dependiendo de la posibilidad de aglutinar con

independencia y autonomía los caracteres propios de cada conducta.

2. ELEMENTOS PSÍQUICOS DEL TIPO

El legislador ha dejado sólo la posibilidad de que las conductas incluidas en la disposición no puedan ser cometidas sino de manera dolosa, aspecto que exige que el sujeto activo sepa que está suprimiendo, alterando o suponiendo el estado civil de una persona, posea conciencia de la ilegalidad de su actuación y actúe con voluntad

C. JUSTIFICACIÓN

Los comportamientos que aquí se dan cita pueden quedar amparados por el estado de necesidad: piénsese en los casos muy explotados en obras literarias y culebrones mexicanos, de la madre que para evitar que su hijo sea borrado del mapa, debe aparentar que nunca ha existido, y por eso lo sitúa en otro hogar a buen recaudo de sus enemigos, manteniendo incógnita su existencia, o los muy recurridos en tramas sensacionalistas, del cambio de bebés con el propósito de preservar su integridad.

D. CULPABILIDAD

Pueden esgrimirse las causales generadoras de inculpabilidad del error, coacción, temor insuperable y caso fortuito y fuerza mayor.

E. PUNIBILIDAD

Se mantuvo intacta la cuantía de la pena privativa de la libertad, en cualquiera de las modalidades precisadas, con lo cual se establece un tratamiento igual para todas ellas, equiparándolas en sus consecuencias, que son las de prisión de I a 5 años, sanción que ha de incrementarse de una tercera parte a la mitad, siguiendo la imposición de la Ley 890 de 2004.

VICENTE E. GAVIRIA LONDOÑO

Delitos contra los derechos de autor

PRESENTACIÓN

Por contradictorio que resulte, es lo cierto que las múltiples y siempre constantes innovaciones tecnológicas propias del mundo moderno, aparte de producir nuevos tipos de actividades económicas que merecen la protección internacional, generan también los instrumentos, recursos y conocimientos para que los derechos de los titulares de las creaciones del intelecto sean fácilmente vulnerados, lo cual, en gran parte, resulta de relevancia para el derecho penal.

Así, pues, el mismo desarrollo de la tecnología facilita que el titular del derecho de explotación pierda el control sobre la productividad de la obra.

Podría pensarse que el interés de los ordenamientos jurídicos en proteger los derechos de los autores es reciente, y que el mismo se ha acrecentado en tanto en cuanto el desarrollo y la globalización en todo orden imponen la necesidad de contar con regulaciones acordes a los nuevos tiempos y tecnologías, de manera tal que la particular forma de riqueza que se involucra en la propiedad intelectual cuente con la protección adecuada.

Maguer lo anterior, es claro que tal preocupación no es nueva, pues existen antecedentes que se remontan incluso a varios siglos atrás{464}, como, a manera de ejemplo, puede decirse respecto de la ley francesa número 7 de enero de 1791 o “decreto relativo a los autores de descubrimientos útiles”, la cual, pese a que “para los revolucionarios franceses los pretendidos derechos del autor y del inventor se presentaban como monopolios obstaculizadores de la libertad económica, del libre comercio y eran una nueva versión de los privilegios feudales”, según nos lo recuerda el profesor Ernesto Rengifo en su magnífica y obligada obra de consulta sobre el moderno derecho de autor{465}, constituyó de todas formas un triunfo indiscutible para la protección de los derechos intelectuales, al reconocerse no sólo que la obra es propiedad de su creador, sino que la protección de tal realidad comporta el respeto “de uno de

los derechos del hombre de origen natural, preexistente a toda ley, sagrado e inviolable”{466}.

Con todo, siendo entonces que el tema no es novedoso y que la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de decantarlo a lo largo de los años, es lo cierto que hoy en día, y sin que exista una razón aparente para ello, se plantea una profunda división, o mejor, separación{467}, entre los llamados derechos de autor y los derechos de propiedad industrial, pese a corresponder a especies de un mismo género, esto es, la propiedad intelectual{468}, entendimiento que de entrada justificaría y aconsejaría el estudio conjunto de los temas, lo cual no ocurre en el derecho penal colombiano, toda vez que los delitos contra la propiedad industrial denominados Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales (art. 306), uso ilegítimo de patentes (art.307) y violación de reserva industrial o comercial (art. 308) del actual Código Penal, aparecen en el título X, donde se contemplan los delitos contra el orden económico y social; al paso que los llamados delitos contra los derechos de autor, esto es, violación a los derechos morales de autor (art. 270), defraudación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos (art. 271) y violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos y otras defraudaciones (art. 272), se regulan en un título completamente diferente: el vm, donde el bien jurídico tutelado no es la propiedad intelectual, sino los derechos de autor.

En el mismo sentido, una rápida ojeada a los antecedentes constitucionales de la materia permite concluir que en la hora actual no existe justificación para que temas que corresponden a un mismo instituto jurídico se estudien de manera independiente, sin perjuicio, por supuesto, de las particularidades que cada campo de la propiedad intelectual propone.

Así, aunque en la Constitución de 1811 se hacía referencia a la protección de los inventores, pero se guardaba silencio en cuanto a la propiedad artística y literaria, la Carta de 1858 sí se ocupó de ésta al otorgarle atribuciones al Ejecutivo para conceder patentes relacionadas con la protección de las producciones literarias, “de las invenciones útiles aplicables a nuevas operaciones industriales o a la

perfección de las existentes”{469}, disposición que en su parte esencial sería reiterada por la Constitución de Rionegro de 1863 en la medida en que tanto la propiedad científica como la literaria se regulaban conjuntamente.

Otro fue el tratamiento que la Carta Fundamental de 1886 prodigó al tema, pues separó los conceptos, al paso que en la Constitución de 1991 la referencia a la noción de propiedad intelectual no es de aplicación restringida a los derechos de autor, ya que también abarca el concepto de propiedad industrial en sus más corrientes manifestaciones, como son las marcas, patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, nombre y enseña comercial.

En este sentido, el artículo 61 de la Carta establece que “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”, al paso que el artículo 150 numeral 24 ibídem dispone que corresponde al Congreso “regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual”, deduciéndose de la expresión “y las demás formas de propiedad intelectual” que para el constituyente fue de claridad meridiana que “la categoría propiedad intelectual –como lo destaca Rengifo– es omnicomprensiva y abarca no sólo los institutos propios de la propiedad industrial, sino también otro tipo de creaciones o bienes inmateriales”{470}.

Otro tanto se desprende de varios instrumentos internacionales que se han ocupado del tema, como acontece con la Convención de Estocolmo de 1967, por medio de la cual se constituyó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la cual se ocupa de los dos temas, derechos de autor y propiedad industrial, no de manera simplemente conjuntiva, sino bajo la premisa que ambos pertenecen a una misma disciplina.

Así las cosas, no existe fundamento científico ni mucho menos jurídico para que se mantenga un estudio y tratamiento separado –como acontece con el Código Penal colombiano–, entre los conceptos de propiedad industrial y derechos de autor, ya que la razón de ser de la protección en ambos casos es, en esencia, la creación intelectual.

Definido lo anterior, corresponde ocuparse del tratamiento que la legislación penal colombiana otorga a los derechos de autor como modalidad de la propiedad intelectual, tarea para la cual forzosamente deben efectuarse varias referencias y reenvíos a normatividades diferentes a la penal, ya que la comprensión de las conductas típicas recogidas en los artículos 270, 271 y 272 del Código Penal de 2000, en razón de los elementos o ingredientes normativos que allí se incluyen, no resultará posible si no se consultan otras legislaciones e, incluso, varios instrumentos internacionales de los que ha sido partícipe Colombia.

En este sentido, el cabal entendimiento de los tipos penales referentes a violaciones de derechos de autor y derechos conexos exige tener en cuenta, por lo menos, los siguientes tratados internacionales de los cuales hace parte Colombia{471}: I. El Convenio de Berna de 1886; 2. La Convención Universal sobre Derechos de Autor de 1952{472} 3. La Convención de Roma de 1961 sobre protección de artistas, intérpretes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión; 4. El Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) de 1994; 5. El Tratado OMPI sobre Derechos de Autor (TODA) de 1996, y 6. El Tratado OMPI sobre Intérpretes Ejecutantes y Fonogramas (TOIEF) de 1996.

Así mismo, debe tenerse en cuenta la siguiente normatividad interna: I . La Decisión 351 de I993{473}; 2. La Ley 23 de 1982, y 3. La Ley 44 de 1993{474}.

A. BIEN JURÍDICO TUTELADO

Sin perder de vista lo anterior y en términos generales, puede decirse que el concepto de derechos de autor se refiere al plexo o conjunto de derechos, tanto morales como patrimoniales, que la ley otorga al creador de una obra literaria o artística.

Al lado de los derechos de autor se otorgan derechos a ciertas personas que colaboran a la difusión de las obras, conjunto de derechos que se denominan como derechos conexos y se otorgan exclusivamente a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores fonográficos y a los organismos de radiodi fusión. Los titulares de derechos conexos, a diferencia del autor, no gozan de prerrogativas de orden moral, con excepción de los artistas intérpretes o ejecutantes{475}.

No es fácil precisar el bien jurídico tutelado en el título vm del libro 2.° del Código Penal, particularmente por el hecho de que la otra especie de derecho intelectual, esto es la propiedad industrial, se ubica en un bien jurídico completamente diferente (el orden económico y social), pese a lo cual, para acercarse a tal propósito, conviene recordar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al referirse a una de las especies de derechos de autor, concretamente a los derechos morales, adoctrinó que se trata de derechos de rango fundamental mediante los cuales se protege la facultad creadora del hombre, “la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu (...) prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana y a la dimensión libre que de ella se deriva”, por lo que de desconocerse al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, sería “desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia naturaleza”{476}.

Los derechos patrimoniales o de explotación que se derivan de los derechos de autor no tienen la categoría de “fundamentales”, como sí se predica de los morales, pero en todo caso ameritan la protección por parte del Estado.

El derecho de autor y, por ende, el bien jurídico que se tutela, se refiere al conjunto de facultades, atribuciones o derechos morales y patrimoniales que le permiten al individuo explotar de forma exclusiva aquello que es producto de su intelecto y que, además, “persiguen que la obra siempre sea un reflejo de la personalidad de su

creador”{477}, y que se respete la paternidad que éste tiene sobre aquella.

Cabe agregar que como mecanismo para permitir el desarrollo de la cultura, el derecho de autor cuenta dentro de sus principios o postulados el de la no protección de la ideas, siendo únicamente objeto de su tutela la forma como el autor las expresa.

Siendo que a través de la normatividad que regula el tema de los derechos de autor se ofrece protección a la posición que la creación intelectual, cualquiera que ella fuere, ocupa dentro de la sociedad, pero, a su vez, se disciplina un equilibrio “entre los derechos de explotación de la obra y el interés de la sociedad de disfrutar de la cultura, el arte y de compartir el avance científico y sus beneficios”{478}, podría concluirse que lo que se protege con los tipos penales del capítulo VIII del libro 2.° del Código Pena, es la preservación del equilibrio que debe existir entre el interés privado de los titulares de derechos de autor y derechos conexos, y el interés público y social de acceder en condiciones justas y de competencia leal al disfrute de todas aquellas manifestaciones en que se concreta la creación del intelecto.

B. DESCRIPCIÓN COMPORTAMENTAL

Habiendo expuesto de forma indicativa lo que comprende el derecho de autor y lo que entendemos es el bien jurídico protegido en el capítulo VIII del libro 2.° del Código Penal (Ley 599 de 2000), corresponde estudiar los tipos penales que integran dicho capítulo, no sin antes presentar una breve explicación acerca de los antecedentes que existen en la materia, considerándose esto como una herramienta para que el lector comprenda de mejor manera la protección penal de los derechos de autor en Colombia.

I. ANTECEDENTES DE LA PROTECCIÓN PENAL PARA EL

A. CÓDIGO PENAL DE 1936 (LEY 95 DE 1936, TEXTO DEFINITIVO ADOPTADO POR EL DECRETO 2300 DE 1936)

Bajo una norma única con la cual podía entenderse se sancionaban las conductas contra los derechos intelectuales, dentro del título de los delitos contra la economía nacional, disponía el artículo 285: “El que falsifique o altere los nombres o marcas legalmente registrados, de las obras del ingenio, o de los productos de la industria, incurrirá en prisión de seis meses a dos años y en multa de cincuenta a mil pesos”.

1 .LEY 86 DE 1946

Esta incipiente regulación del Código Penal de 1936 sería complementada posteriormente mediante la Ley 86 de 1946{479}.

Podemos señalar como rasgos característicos de esta normatividad:

— Protegía a las obras inéditas, sólo si el acto no autorizado de explotación de la misma se efectuaba haciéndola pasar como de titularidad del infractor o de otro o alterándola, pero no existía un similar tratamiento para cuando se publicaba la obra sin contar con el consentimiento del autor, aun cuando se hubiere respetando su paternidad, esto es, no se tutelaba el derecho al inédito en sí.

— Hacía énfasis en la tutela al derecho de reproducción{480}.

— Incluía infracciones que más que atentar contra los derechos de autor atentaban contra bienes jurídicos diferentes, tales como la competencia leal en el mercado y lo que, para aquél entonces, se entendía como “moralidad pública”{481}.

— Tenía en cuenta la clase o mérito de la obra para determinar si era merecedora de protección o no{482}.

— No se consideraba delito, en general, la violación de derechos morales.

— Contemplaba penas de prisión de 3 meses a I año, aun cuando en ciertos eventos permitía agravar la pena hasta la mitad{483}.

2. CÓDIGO PENAL DE 1980 (DECRETO 100 DE 1980). LEYES

23 DE 1982 Y 44 DE 1993

a. No se contempló en este estatuto (Código Penal de 1980) una regulación propia para los derechos de autor, pese a lo cual el tema de la propiedad intelectual sí fue objeto de tratamiento en su modalidad de propiedad industrial, pues específicamente se ocupó del tema de la usurpación de marcas y patentes (art. 236), uso ilegítimo de patentes (art. 237) y violación de reserva industrial (art. 238), por manera que la protección penal a los derechos de autor continuó siendo dispensada por las disposiciones de la Ley 86 de 1946 a que se hizo alusión.

b. Tal normatividad fue de aplicación hasta la promulgación de la Ley 23 del 9 de diciembre de 1982, la cual derogó expresamente (art. 259) la Ley 86 de 1946.

En la Ley 23 de 1982, además de contemplarse el régimen sustantivo del derecho de autor, entre otros, se reguló lo concerniente al régimen penal del derecho de autor{484}, normatividad que si bien, en general, era bastante similar a

lo que se regulaba en los artículos 96 a 100 de la Ley 86 de 1946, presentaba las siguientes características:

– Hacía referencia expresa a la protección de los fonogramas, esto es, a los derechos de los cuales es titular el productor fonográfico{485}.

– Se criminalizaban, de manera concreta, las falsedades que se consignen en los documentos que se emplean para contabilizar el monto de remuneración (regalías) a favor de los titulares de derechos de autor y derechos conexos{486}.

– Se establecieron penas de prisión de 3 a 6 años para la mayoría de infracciones contra los derechos de autor.

Posteriormente se expediría la Ley 44 de 1993, la cual modificó y adicionó la Ley 23 de 1982, entre otros aspectos en lo que tiene que ver con los artículos 232 a 235.

En los artículos 51 a 59 de la Ley 44 de 1993 se contemplaron no solo los tipos penales correspondientes, sino que se regularon con cierto detalle medidas de orden policivo y procesal relacionadas con los delitos contra los derechos de autor. En términos generales, lo contemplado en los artículos 51 y 52 ibídem corresponde a lo previsto en los artículos 270 y 271 de la Ley 599 de 2000, razón por la cual en este aparte nos abstenemos de hacer algún comentario al respecto, pues será en el aparte siguiente cuando en detalle nos ocupemos de dichas normas.

En lo que guarda relación con los artículos 53 a 59{487}, cabe comentar lo siguiente:

– Se contemplan penas de prisión de 2 a 5 años, aun cuando se establece su aumento hasta en la mitad en caso de coparticipación o perjuicios materiales superiores a 50 salarios mínimos o grave perjuicio para la víctima.

– Se regula con cierto detalle lo que tiene que ver con incautación de material ilícito y su destrucción.

– Se contemplan medidas policivas para hacer cesar la actividad ilícita.

– En tratándose de conductas que afectan derechos patrimoniales de autor, se contempla la posibilidad de desistimiento por parte de la víctima una vez ha sido indemnizada.

3. CÓDIGO PENAL DE 2000 (LEY 599 DE 2000).

SU MODIFICACIÓN PARCIAL POR PARTE DE LA LEY 1032

DE 2006

Contrario a lo que acontecía con los estatutos penales anteriores, en donde, como se dijo, la protección penal para los derechos de autor se encontraba en legislaciones diferentes a la del Código Penal propiamente dicho (leyes 86 de 1946, 23 de 1982 y 44 de 1993), en la codificación penal de 2000 se reguló directamente el tema, pues en los artículos 270, 271 y 272, correspondientes al títulode la parte especial, se contemplan “Los delitos contra los derechos de autor”.

A diferencia de la Ley 599 de 2000, no se establecía en la anterior legislación –Ley 23 de 1982 y Ley 44 de 1993–, la cual quedó derogada en los artículos que describían las conductas típicas contra los derechos de autor con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000{488}, cuáles comportamientos lesionaban los derechos morales de autor, cuáles iban en contra de los derechos patrimoniales y cuáles atentaban contra los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales, pese a lo cual del estudio del articulado de la Ley 23 de 1982 y de la Ley 44 de 1993, sin dificultad podían hacerse las precisiones de rigor, a partir del propio sentido de cada uno de los tipos penales y, por supuesto, las normas propiamente dichas del contenido sustancial del derecho de autor contenidas tanto en la Ley 23 de 1982 como en las demás normas nacionales e internacionales enlistadas en la introducción de este escrito.

Como de alguna manera ya se anticipó, la Ley 1032 de 2006, por la cual se modificó parcialmente el Código Penal,

reformó en parte lo dispuesto en los artículos 271 y 272 de la Ley 599 de 2000, modificaciones normativas que en su gran mayoría, según se comentará más adelante, no implican un gran cambio de fondo.

A continuación procederemos a explicar el contenido de cada una de las conductas establecidas en los artículos 270 a 272 del Código Penal de 2000, haciendo los comentarios y exposiciones relacionadas con la Ley 1032 de 2006.

2.1.1. LA CONDUCTA DEL ORDINAL I.°

Dispone el ordinal I .° del artículo 270{489}, que incurrirá en prisión de 2 a 5 años y multa de 20 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien:

Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

Según esta disposición, existe violación a los derechos morales de autor cuando se publica, total o parcialmente, una obra inédita, cuestión que es sistemática con la normativa sustantiva del derecho de autor, en tanto en nuestro medio el derecho al inédito hace parte del catálogo de derechos morales{490}. Esta facultad otorga al autor de la obra, con total exclusividad, la decisión de si su obra debe ser o no divulgada, aun cuando, una vez ha fallecido, dicha decisión solo se le respetará si ha dispuesto al respecto mediante testamento. En otras palabras, si no testó expresamente sobre el particular, sus herederos podrían legítima y lícitamente disponer la divulgación de la obra que había permanecido inédita.

El objeto material del tipo penal es la obra inédita. Esta es “aquella que no haya sido dada a conocer al público”, es decir, aquella que no ha sido divulgada{491}.

El legislador –no solo en el ordinal que estamos comentando sino en general en todos los que componen la descripción de los delitos contra los derechos de autor–, califica el objeto material indicando el carácter de la obra (literaria, artística, etc.), cuestión que entendemos como innecesaria en tanto en la expresión “obra,” u “obra literaria o artística” queda comprendido cualquier tipo de obra protegida por el derecho de autor, llámese audiovisual, plástica, cinematográfica, software, arquitectónica, fotográfica, etc.

Igualmente, cabe comentar que es un equívoco del legislador penal mostrar el fonograma como una obra protegida por el derecho de autor, en tanto se trata solo de la fijación en el soporte físico de algunos tipos de obras, mas no de la obra en sí misma{492}.

El verbo rector de este tipo penal es “publicar”. Su comprensión puede ser amplia o restringida dependiendo de si se parte del significado gramatical o del entendimiento normativo del término, respectivamente.

El significado gramatical de “publicar” es “[d]ifundir por medio de la imprenta o de otro procedimiento cualquiera, un escrito, estampa, etc.”{493}. Por el contrario, según la definición normativa proporcionada por el ordenamiento del derecho de autor, “publicar” o “publicación” es “[p]roducción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho, siempre que la disponibilidad de tales ejemplares permita satisfacer las necesidades razonables del público, teniendo en cuenta la naturaleza de la obra”{494}'

Existe una gran diferencia entre una y otra definición, pues mientras en la gramatical una obra se hallaría publicada cuando esté divulgada mediante ejemplares o no, esto es, mediante cualquier mecanismo o procedimiento, en la normativa sólo existe publicación de una obra cuando su divulgación se dé mediante ejemplares razonablemente suficientes para satisfacer las necesidades del público.

Y esta evidente distinción tiene un importante impacto en el alcance de la conducta típica que se viene comentando: si se asume el significado amplio o gramatical de “publicar”, debe afirmarse que toda divulgación de una obra inédita sin el consentimiento del autor, esto es, toda violación al derecho al inédito, encuentra plena adecuación en el ordinal I.° del artículo 270.

Si se acoge el sentido restringido o normativo de “publicar”, deberá sostenerse que no toda divulgación de la obra sin el consentimiento del autor es penalmente típica, sino que solo lo será si esa divulgación no autorizada de la obra se realiza mediante un número o cantidad de ejemplares que razonablemente satisfagan las necesidades del público. Así, no sería típica, por ejemplo, la conducta de hacer una declamación –comunicación pública– de un poema inédito de otro ante un numeroso auditorio, ya que si bien es cierto esa declamación es una manera de divulgar una obra, no constituye una publicación de ésta en el sentido normativo de la acepción, pues, se repite, para éste se requiere de la reproducción de ejemplares que satisfagan las necesidades del público.

La cuestión, entonces, es determinar cuál debe ser el entendimiento o sentido que debe adoptarse respecto del término “publicar”.

En nuestra opinión, el significado de “publicar” que debe acogerse es el que hemos denominado restrictivo o normativo, toda vez que de conformidad con el criterio de interpretación establecido en el artículo 28 del Código Civil{495}, cuando un término de halla definido en una norma, es el significado que brinda ésta y no el gramatical o corriente el que debe acogerse.

Por lo anterior, pensamos que el legislador no debió usar el verbo “publicar” sino el verbo “divulgar”, no solo porque éste es el que guarda relación directa con el derecho al inédito y comprende tanto la “publicación” como cualquier otra forma de dar a conocer al público una obra, sino porque hubiera evitado que la protección a derecho al inédito sea solamente parcial, pues no habrá conducta penalmente típica, infortunadamente, si la violación al derecho al inédito o divulgación inautorizada se efectúa mediante un procedimiento distinto al de una publicación.

Finalmente, cabe comentar que frente al derecho al inédito poco o nada importa que la divulgación de la obra inédita sin consentimiento del autor sea de carácter total o parcial, pues la ineditud de una obra comprende todo o parte de la obra, puesto que lo importante, como ya se explicó, es que el autor es el único que puede decidir si su obra, en todo o en parte, puede ser divulgada o no.

2.1.2. LA CONDUCTA DEL ORDINAL 2.°

Dispone el ordinal 2.° del artículo 270{496} que incurrirá en prisión de 2 a 5 años y multa de 20 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien:

Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

En principio –porque como se verá más adelante la siguiente afirmación es tan solo parcialmente cierta–, en este tipo se pretende proteger plenamente el derecho moral de paternidad{497} o sancionar la conducta comúnmente denominada plagio.

El derecho de paternidad es, tal vez, el más importante y representativo derecho moral, de ahí por qué se afirme que al hablar de violación a los derechos morales de autor se está hablando de plagio, término éste que no es empleado por la legislación colombiana y al que solo se refieren de manera expresa contadas legislaciones foráneas, como la española, la peruana y la ecuatoriana. Sin embargo, debe precisarse que el plagio es solo una de las formas a través

de las cuales se produce violación a los derechos morales de autor; luego, no todo caso de violación a éstos implica plagio{498}.

Se suele clasificar el plagio en burdo o servil e inteligente. Será el primero cuando la obra se reproduce en su integridad de manera idéntica a la original; y lo será el segundo cuando la reproducción es parcial, o cuando aún siendo total se le acompaña con agregados que pretenden mimetizarla para que pase desapercibida la reproducción integral.

Tarea harto difícil es la de precisar si frente a dos obras que presentan similitudes y diferencias, la constatación de las primeras es suficiente para predicar la existencia del plagio. Nos inclinamos porque debe atenderse más a las diferencias que a las similitudes, pues de ordinario existirán lugares comunes, tanto en las obras literarias como artísticas, que por idénticos que resulten, más que corresponder a una expresión objetiva de plagio tienen relación con la forma en que de ordinario se expresan las ideas, o responden a lo que se ha denominado un "subconsciente colectivo" que sin dolo o mala fe puede emerger de manera natural en una creación.

Pensamos, pues, que pese a las múltiples opiniones que para determinar cuándo hay plagio aconsejan observar las similitudes y desatender las diferencias, que éstas deben ser siempre del mayor interés para el funcionario judicial, ya que las identidades en muchas ocasiones pueden ser fruto del azar, del desenvolvimiento de una misma idea dentro de un mismo marco social, como acontecería, a manera de ejemplo, en las obras cinematográficas que giran en derredor al problema de la drogadicción y prostitución infantil, donde por fuerza se encontrarán múltiples similitudes en el desarrollo de las ideas, en el lenguaje o en la jerga utilizada por los personajes, en el comportamiento de éstos, en el desenlace, etc.

De ahí que resulte tan atinada la recomendación de Satanowsky {499} cuando dice que no resulta aconsejable ni es prudente que se establezcan en esta materia "reglas generales y precisas", ya que la solución ha de buscarse en las circunstancias de cada caso, "aunque opinamos que son los parecidos lo primero que se debe analizar", conclusión

ésta que nos resulta apenas elemental, ya que de partirse del análisis de las diferencias, no habría nada que estudiar, pues es obvio que si se alega en un momento dado el plagio de una obra respecto de otra, ha de partirse de la potísima consideración de que existen similitudes.

Ahora bien. Lo que corresponde es determinar si en verdad la violación del derecho de paternidad es lo que se halla recogido en el ordinal 2.º del artículo 270, o si, por el contrario, ello no es así o al menos no totalmente.

Para dar solución al problema planteado, conviene precisar que el registro de la obra en la Oficina de Registro de Derechos de Autor no otorga derechos de autor, pues éstos nacen en el momento de la creación.

En efecto, la protección que la ley otorga al autor tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera de registro alguno. El registro solo tiene una finalidad de otorgar publicidad a la labor de creación o de facilidad probatoria de los derechos y dar garantía y seguridad a los mismos.

Así entonces, la inscripción de una obra en el Registro de Derechos de Autor no otorga el derecho moral de paternidad. En ese orden de ideas, si bien inscribir una obra de un tercero puede ser una forma de mostrarse como su autor sin serlo, esto es, de violar el derecho de paternidad o plagiar, lo cierto es que no es la única forma de hacerlo y, de seguro, tampoco la más común.

En consecuencia, si el verbo rector del tipo es “inscribir” en el registro de autor, sin hesitación debe sostenerse que cualquier otra modalidad de plagio –como sería, por ejemplo, publicar una obra literaria como de autoría de quien en realidad no la creó– no halla adecuación en el ordinal 2.° del artículo 270 ni, como se deduce de las explicaciones que proporcionamos respecto de los otros incisos del mismo artículo, en ninguna otra de las conductas que se encuentran recogidas en el delito que el legislador colombiano denomina “violación de los derechos morales”.

En nuestra opinión, entonces, además de no sancionarse todo tipo de conductas plagiarias, siendo que es igual de reprochable toda conducta que viole el derecho moral de

paternidad, independientemente del medio o escenario que se emplee para ello, el inciso 2.° del artículo 270 parecería plantear una modalidad especial de fraude procesal más que una verdadera violación a los derechos morales, en el sentido que se engaña a los servidores públicos de la Dirección Nacional de Derechos de Autor respecto del autor de determinada obra, obteniéndose un acto administrativo (acto de registro de la obra) contrario a la ley (contemplando como autor de la obra a quien en realidad no es su creador).

No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha adoptado una posición contraria a la que hemos expresado, la cual difícilmente podemos compartir.

En efecto, el pasado 28 de mayo de 2010, la Sala de Casación de Penal, con ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa{500}, profirió la que, hasta donde sabemos, es la primera sentencia de casación colombiana en la que se trata la problemática de los derechos morales de autor en el ámbito penal. De hecho, se trató de un fallo judicial con amplia repercusión en los medios de comunicación, de seguro no sólo por la aparente novedad de la temática, sino por quien resultó involucrada y finalmente condenada: una profesora, ya retirada, de una prestigiosa universidad de Bogotá.

En síntesis, quien fue declarada como penalmente responsable por los jueces de instancia del delito de violación de derechos morales de autor contemplado en el artículo 270 del Código Penal –confirmándose tal decisión en sede de casación al no casarse el fallo de segunda instancia–, al haber, como se dice cotidianamente, plagiado el contenido de una tesis de grado de quien fue alumna suya, desde luego haciéndose aparecer como su autora. En últimas, el caso trató de una violación al derecho moral de paternidad.

Si bien es cierto que tal prerrogativa parecería ser la más importante con que cuenta cualquier autor respecto de su obra –de hecho, es presupuesto de cualquiera de las otras–, y, por tanto, su protección jurídica penal parecería sensata según lo explicamos antes, la verdad es que la vulneración a tal derecho moral no quedó tipificada como delito en el Código Penal colombiano, independientemente de la razón

que haya llevado a ello (descuido, falta de técnica, desconocimiento, mayor interés en lo patrimonial, etc.). Pero en el referido fallo, pese a aceptarse lo anterior, se decide no casar el fallo de segunda instancia, manteniendo una sentencia condenatoria por un hecho que no está previsto como delito en la ley.

En efecto, curiosamente en la sentencia se señaló que gracias a una "interpretación extensiva" y "constitucional" del tipo penal que se denomina violación de derechos morales de autor, si bien expresamente la violación al derecho de paternidad no había quedado recogida en el artículo 270 del Código Penal, en tanto del bloque de constitucionalidad se derivaba el carácter fundamental y la importancia de dicho derecho, era menester protegerlo por vía del derecho penal, interpretando extensivamente el contenido del tipo penal.

Como lo anticipamos, tal posición no puede compartirse bajo ningún punto de vista. El obvio respeto al principio de legalidad estricta en materia penal es una cuestión que no tiene discusión, por lo que para que un comportamiento sea tratado como delito es menester que esté reconocido en la ley como tal. No es admisible que un juez cree un delito, pues se trata de una competencia exclusiva del legislador, dentro de los límites constitucionales; al contrario de lo que quiso enseñar la Corte Suprema de Justicia, pensamos que lo que se desprende del bloque de constitucionalidad es la imposibilidad de interpretar extensivamente un tipo penal, o de considerar como delito un comportamiento que expresamente el legislador no ha previsto con tal cualificación.

Resta esperar que el fallo comentado haya sido sólo un error aislado del supremo tribunal y que pronto corrija tan absurda tesis de interpretación extensiva de los tipos penales. Pero aún más, ojalá que no haga carrera en el resto del país, en el resto de autoridades judiciales, aquello de que el bloque de constitucionalidad es pretexto para violar el principio de tipicidad o de legalidad estricta, no sólo en materia de derechos de autor, sino, en general, en todo lo que tiene que ver con cualquier delito.

Ahora bien. Otro comentario cabe respecto de la tutela que se pretende dispensar en el ordinal en comento al derecho

moral de integridad{501}, pues dicha prerrogativa no económica puede ser vulnerada de manera distinta a la inscripción de la obra con contenido o esencia distinta al que el autor en realidad le fijó a la obra. De hecho, tal vez el evento de menos ocurrencia es el que una persona pretenda mancillar la reputación de un autor violentando su derecho moral a la integridad, inscribiendo la obra con título o contenido deformado o mutilado. No obstante, y sin perjuicio de las precisiones que se harán más adelante, las conductas que violen el derecho moral de integridad encuentran adecuación en el ordinal 3.° del artículo 270.

Finalmente, debe ponerse de presente que la redacción y ubicación del tipo penal daría a entender que falsear el nombre del editor o del productor de una obra constituye una violación a derechos morales de autor.

Tal entendimiento es equivocado, pues ni el editor ni el productor son titulares de derechos morales de una obra: sólo el autor, y nadie más que él, es titular de derechos morales de su obra.

Suele creerse que los editores son titulares de derechos de autor o conexos, pero se trata de una concepción equivocada. Las normas sustantivas de derechos de autor y conexos no les otorgan ningún derecho oponible erga omnes, como ocurre con los titulares de derechos de autor y conexos.

Cosa distinta es que la impresión de ejemplares piratas cause un daño patrimonial al editor que sí realiza la impresión y divulgación de ejemplares con la autorización correspondiente del titular del derecho de reproducción de la obra, caso en el cual el editor puede reclamar perjuicios bajo las reglas propias de la responsabilidad extracontractual, al igual que cualquier otra persona que sufre daño con el hecho ilícito de otro, o que pueda acudir para su protección al régimen de competencia desleal.

También bien diferentes son los casos en que el editor no tiene esa simple calidad, sino que, además, ha sido cesionario de derechos de autor, evento en el que es titular de derechos de autor, no por ser editor sino por haber sido cesionario de los mismos; o el caso en el que, por ejemplo, alguien simplemente saca varias fotocopias de una

determinada edición de un libro, caso en el cual el editor eventualmente puede alegar derechos de autor no respecto de la obra que edita sino respecto de la composición gráfica y artística de la respectiva edición, esto es, como autor de una obra independiente de la obra que se edita.

El productor de una obra cinematográfica nunca será titular de derechos morales sobre dicha obra. Será titular de los derechos patrimoniales salvo disposición en contrario. Quien sí se reputa autor y titular de los derechos morales de la obra cinematográfica en su conjunto, es el director (Cfr. artículos 98 y 99 de la Ley 23 de 1982).

En consecuencia, pensamos que si se inscribe un autor con nombre de productor o editor falsos, se está en presencia, con mayor razón, de lo que denominamos anteriormente como un fraude procesal especial, en el sentido que el acto administrativo de registro sería contrario a la ley, en tanto las normas de derechos de autor son contundentes al definir quién es el editor o el productor de una obra{502}.

2.1.3. LA CONDUCTA DEL ORDINAL 3.°

Dispone el ordinal 3.° del artículo 270{503} que incurrirá en prisión de 2 a 5 años y multa de 20 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes quien:

Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

Con este tipo penal se pretende sancionar cualquier comportamiento que atente contra el derecho de integridad

de la obra, derecho moral de gran importancia pero por supuesto distinto al de paternidad.

Así las cosas, lo que se reprime mediante el evento descrito en el numeral 3.° del artículo 270 del C. P. es la conducta de deformación o mutilación de la obra ajena, con lo que, pese a reconocerse la paternidad en cabeza de otro, se le causa agravio al honor del autor o a su reputación, o resulta demeritada su obra. Tal sería el caso de la mutilación de una obra de García Márquez , donde por virtud de las supresiones o deformaciones, se le ocasionara perjuicio a la reputación del Nobel. Con tal comportamiento no solo se afectaría el honor y reputación de éste, sino que también resultaría demeritada su obra.

Pese a lo anterior, este tipo penal no está al margen de nuestras críticas.

En primer lugar, hace parte del tipo el ingrediente o elemento normativo “sin autorización previa o expresa de su titular ”, elemento que daría a entender que la integridad de la obra o, mejor, el derecho moral a la integridad es alienable o disponible, posición que a todas luces es errónea, pues el derecho de integridad, al hacer parte del plexo de derechos morales, es totalmente inalienable o indisponible, esto es, su titularidad no puede mutar a favor de persona distinta del autor. Legítimamente, solo el autor puede alterar o mutilar su obra, pero no puede siquiera autorizar a que otro lo haga; podría decirse que se trata de un acto personalísimo. Muy distinto es el derecho de transformación, el cual, por su carácter patrimonial, sí puede ser dispuesto por su titular.

En segundo lugar, el tipo emplea los verbos rectores compendiar, mutilar y transformar. De esas tres acciones, en realidad solo “mutilar’ tiene que ver con el derecho moral de integridad, pues compendiar o transformar una obra guarda relación con el derecho patrimonial de transformación. Los verbos que el legislador penal debió utilizar para hacer alusión al derecho moral de integridad, por simple coherencia con las normas sustanciales del derecho de autor, debieron ser deformar y modificar.

Como se aprecia, en el ordinal 3.° del artículo 270 quedan incluidas conductas que, en rigor, no tienen que ver con

violaciones a derechos morales sino al derecho patrimonial de transformación. Así entonces, si el ordinal que venimos comentando, en razón al título del artículo 270, pretendía tratar las violaciones a los derechos morales de autor, no es coherente ni sistemático que contemple conductas violatorias del derecho patrimonial de transformación mediante actos de compendio{504}.

2.1.4. LA AGRAVANTE DEL PARÁGRAFO

Dispone el parágrafo del artículo 270:

> Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico, fonograma, videograma, programa de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.

El parágrafo del artículo 270 contempla una agravante punitiva de hasta la mitad de la pena, cuando en los casos de cambio, supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho.

Si la intención del legislador era otorgar un tratamiento más drástico a esta clase de conductas, hubiera bastado con indicarlo así en el numeral 3.° del artículo 270, en vez de incurrir en una disposición que no tiene otra virtud que contribuir en la dificultad del entendimiento de un tema de por sí complejo.

En este sentido, es de ver que la disposición del parágrafo sólo puede aplicarse respecto de los casos a los que se

refiere el numeral 3.° del artículo 270 del C. P., por cuanto es el que hace relación con los verbos que se emplean en el parágrafo en comento. En realidad, no se encuentra en qué caso el agravante sería aplicable a una conducta adecuable en el ordinal 2.° o en el I .°.

A esta agravante, en realidad, no se le ve otro sentido que el de sancionar con mayor gravedad a quien viola el derecho moral de integridad o el derecho patrimonial de transformación, pese a que “reconoce” al “titular legítimo del derecho”, en comparación con quien, además de infringir el derecho moral de integridad o el derecho patrimonial de transformación, no “reconoce” al “titular legítimo del derecho”.

Así lo anterior, la regulación carece de sentido si se tiene en cuenta que puede generar mayor perjuicio a la reputación u honor del “titular legítimo del derecho” cuando es “reconocido” en relación con su obra carente de su integridad o mutilada, que cuando esa violación al derecho moral de integridad o al patrimonial de transformación se realiza sin hacer alusión al “titular legítimo del derecho”. No obstante, lo anterior ratifica lo sostenido cuando explicamos el ordinal 2.° del artículo 270, acerca de que la legislación penal colombiana, en realidad, no considera como conducta típica la violación al derecho moral de paternidad o plagio, salvo en la particularísima y extraña modalidad recogida en ese ordinal 2.°.

2.2. VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR

Y DERECHOS CONEXOS (ARTÍCULO 27I)

Según Retondo, mientras el plagio consiste en dar por propio el trabajo ajeno desfigurándolo, e implica “utilizar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias”, la piratería comporta la “copia de todo lo original y lo que está en el dominio público, pero siempre se atribuye al autor la paternidad de la obra{505}”.

Así lo anterior, en resumidas cuentas podría afirmarse que en la conducta que usualmente se denomina plagio, el sujeto agente da por propia la creación ajena, al paso que en la piratería no existe por principio apropiación de la paternidad de una obra, sino que, precisamente, se reconoce tal paternidad efectuando reproducciones ilícitas donde se cita al autor verdadero, pero careciendo éste del conocimiento acerca de la existencia de aquellas reproducciones por no haber dado su consentimiento o aprobación para tal efecto.

Los derechos patrimoniales, también llamados derechos de explotación, le otorgan al autor el derecho exclusivo para reproducir su obra, traducirla, adaptarla, arreglarla o de cualquier manera transformarla, lo mismo que para comunicarla al público mediante su representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio, de todo lo cual puede reportar provecho económico, como que constituyen formas de explotar su creación intelectual.

Este derecho de autor le confiere a su titular un “monopolio de explotación de la obra como derecho exclusivo, absoluto y oponible erga omnes{506}, el cual, a diferencia de lo que se ha expuesto respecto de los derechos morales de autor, sí es transmisible y renunciable, amén de ser temporal”.

Destaca el profesor Rengifo que a diferencia del sistema de copyright originado en la tradición angloamericana del derecho de autor, donde los derechos patrimoniales aparecen taxativamente enumerados en la ley, en la concepción jurídica latina los derechos de explotación no están sujetos a un sistema de numerus clausus sino de numerus apertus, toda vez que el autor tendrá tantos derechos de explotación cuantas formas o medios de utilización de la obra sean posibles, lo cual dependerá de los avances de la tecnología.

Así, si bien cuando García Márquez dio a la luz su obra La increíble y triste historia de la cándida Eréndiday de su abuela desalmada estaba asistido por el derecho para explotar su creación en cuanto ésta se difundiera por medios escritos, o se representara en cine, televisión, radio o en el teatro, hoy el avance tecnológico permite que la obra sea divulgada, trasmitida, reproducida, etc., por medios

electrónicos otrora impensables, frente a los cuales en todo caso el autor tiene un derecho de explotación{507}.

Imposible sería, o por lo menos resultaría en extremo tedioso, hacer un estudio o una enunciación de todas las formas que hoy se conocen para la explotación económica de una obra, pues éstas no solo dependen del mecanismo tecnológico de difusión o reproducción (publicación, ejecución, representación escénica, proyección, emisión por radiodifusión, transmisión por hilo, cable, fibra óptica, retransmisión, exposición pública, acceso público a bases de datos, etc.), sino también de la clase de obra de que se trate. De ahí por qué solamente hagamos alusión a los eventos del artículo 271 del Código Penal, que, en últimas, son los que ahora interesan.

Como se esbozó al iniciar este apartado, la Ley 1032 de 2006 introdujo modificaciones, entre otros, al artículo 271. En tanto en cada uno de los ordinales no existe ninguna modificación sustancial, nos limitaremos a transcribir la norma actual y hacer las explicaciones del tipo sin señalar ninguna diferencia. Al fin de la explicación de este artículo, haremos referencia y explicación a los cambios que introdujo la Ley 1032 de 2006 en la estructura del tipo, aun cuando, se insiste, dichas variaciones normativas no son sustanciales o no reportan cambio en lo que recoge el tipo penal.

Debe indicarse que la primera modificación que cabe señalar es la relativa al título o nomen iuris del tipo penal, pues el artículo 271 original se intitulaba “Violación a los derechos patrimoniales de autor”, pero luego de la reforma normativa de la Ley 1032 dicha rúbrica es “ Violación a los derechos patrimoniales de autor y los derechos conexos”.

En realidad, y como se verá mejor en la medida en que se vaya explicando el tipo penal, en nuestra opinión esa modificación del título no representa una alteración en el contenido de la norma, pero sí proporciona claridad y coherencia, en cuanto desde la redacción original del tipo penal se deduce que no sólo se preveían comportamientos violatorios de los derechos patrimoniales de autor, sino también de los derechos conexos.

2.2.I. LA CONDUCTA DEL ORDINAL I.°

Dispone el ordinal I.° del artículo 271:

(Artículo modificado por el artículo 2.° de la Ley 1032 de 2006.) Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes: Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

En este ordinal se encuentran varios verbos rectores. En cuanto a los verbos “reproducir” “distribuir”, “importar”, “adquirir para la venta o distribución”, “suministrar” y “vender”, hacen referencia a la violación de los derechos patrimoniales de autor de reproducción, importación y distribución{508}.

En tanto también se comprende en la redacción del tipo la “reproducción y comercialización de fonogramas”, debe decirse que también halla adecuación típica en este ordinal la violación de los derechos conexos de reproducción, importación y distribución de los cuales es titular el productor fonográfico{509}.

En el mismo orden de ideas, si la interpretación o ejecución de un artista intérprete o ejecutante se halla fijada en un fonograma, la conducta de “reproducción y comercialización” sin la autorización de aquél o de su derechohabiente, también constituirá violación de los derechos conexos del artista intérprete o ejecutante,

siempre que se satisfagan las condiciones de tales prerrogativas{510}.

Es, en esencia, el caso típico de piratería, donde el autor del tipo penal, aprovechándose de la buena fama o reputación del autor de la obra, del artista intérprete o ejecutante y/o del productor fonográfico, comercializa ejemplares de la obra o del fonograma, sin la debida autorización del titular del derecho de reproducción de la obra o el fonograma.

A manera de ejemplo, concierne la conducta del artículo 271.1 del Código Penal a los eventos que con frecuencia conocemos de obras jurídicas de impecable y hasta mejorada presentación, que corresponden a reproducciones ilícitas de las obras de Roxin , Jiménez DE Asúa , Jescheck , para citar algunas, las cuales se ofrecen en el mercado sin mayor recato, como si la venta de las mismas no constituyera el delito de piratería y, correlativamente, el de encubrimiento por receptación (artículo 447 C. P.) para quien adquiere bienes que tienen origen inmediato en el delito. Caben también aquí, como es lógico, los casos en que se reproduce o copia un programa de ordenador para convertirlo en herramienta de trabajo y no para tenerla como copia de seguridad.

La sanción penal se extiende no solo para quien efectúa la ilícita reproducción o comercialización (distribución, importación, ofrecimiento, venta, adquisición para la venta o suministro), sino para las personas que de una u otra forma integran la cadena que inicia con la reproducción y termina con la venta, como son quienes almacenan, conservan y transportan las reproducciones piratas de las obras y los fonogramas.

No cabe duda que tales conductas no atañen directamente a derechos patrimoniales de autor o derechos conexos, pero sí son comportamientos que inciden y son aportes relevantes en la cadena de comercialización de obras y fonogramas piratas.

2.2.2. LA CONDUCTA DEL ORDINAL 2.°

Se dispone en el ordinal 2.° del artículo 271:

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico.

Se sanciona aquí, en esencia, la violación del derecho de comunicación pública de las obras y los fonogramas.

Debe tenerse en cuenta que en tratándose del autor o su causahabiente, el derecho de comunicación pública corresponde a una prerrogativa de carácter de exclusividad, o sea, que nadie puede realizar comunicación pública de una obra sin la autorización previa y expresa del titular del derecho; pero en cuanto al derecho de comunicación pública que asiste a los artistas intérpretes y ejecutantes y a los productores fonográficos es tan solo de orden remuneratorio, esto es, para hacer comunicación pública de una interpretación o ejecución o de un fonograma, no es menester obtener autorización previa y expresa del titular del derecho conexo correspondiente, ni éste puede oponerse a dicha comunicación pública, sino que simplemente tendrá derecho a recibir una remuneración equitativa por dicho acto.

En todo caso, ese simple carácter remuneratorio del derecho de comunicación pública que el ordenamiento jurídico otorga a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas, tiene una excepción, la cual

consiste en que el derecho de comunicación pública de los artistas intérpretes o productores fonográficos sí cuenta con el carácter de exclusividad –o sea puede autorizar o prohibir la comunicación pública– cuando la interpretación o ejecución no se encuentra fijada en un fonograma por autorización previa o expresa del intérprete o ejecutante o cuando la interpretación o ejecución simplemente no se halla fijada o constituye una interpretación o ejecución radiodifundida en sí misma{511}.

En consecuencia, y para dar una interpretación coherente de este ordinal junto con el inicio del artículo 270{512} y el régimen sustantivo de los derechos de autor y derechos conexos, es claro que la conducta es atípica si la comunicación pública realizada se hace sin autorización del artista intérprete o ejecutante o del productor fonográfico –pues ya se explicó que esa autorización no se requiere–, salvo en el caso de excepción explicado que sí es menester esa autorización. En todo caso, se nos generan serias dudas acerca de si no pagar la remuneración equitativa a favor de los artistas intérpretes o ejecutantes y el productor fonográfico puede ser una conducta con relevancia penal, o si, por el contrario, un caso tal, desde la óptica constitucional, tan sólo comportaría el no pago de una deuda, mas no una infracción a la ley penal, por manera que no podría tenerse como punible dicho comportamiento, pues es bien sabido que la Carta Política es categórica al prohibir la prisión por deudas{513}.

Por obvias razones, resultará imposible para los titulares del derecho de autor y conexo de comunicación pública vigilar a nivel mundial que su obra no se comunique públicamente sin reconocer los derechos correspondientes, ya sean de exclusividad o de remuneración, situación ésta que en ocasiones tiene lugar de manera simultánea y múltiple{514}. De ahí, precisamente, que la ley autorice la formación de sociedades de gestión colectiva, a las cuales corresponde administrar los derechos de sus socios y negociar, entre otras funciones, con los usuarios las condiciones y las contraprestaciones por las autorizaciones para la comunicación pública de las obras de sus socios, recaudando a nombre de éstos las remuneraciones de los derechos que les corresponden y concediendo las autorizaciones pertinentes.

Lo anterior, entonces, permite afirmar que si una persona solicita autorización para la comunicación pública de una obra a la sociedad de gestión colectiva a la cual pertenece el autor, paga allí la remuneración correspondiente y paga la regalía del caso en la sociedad de gestión colectiva que agremia a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los productores fonográficos, no habrá conducta típica alguna pese a que posteriormente el autor de la obra manifieste que no deseaba la comunicación pública de su obra, en tanto la autorización para ello fue concedida por una entidad legitimada para hacerlo en razón a la asociación previa del autor.

2.2.3. LA CONDUCTA DEL ORDINAL 3.°

Se preceptúa en el ordinal 3.° del artículo 271:

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes: Alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas.

Se hace referencia a la violación del especial derecho de alquiler que en el ADPIC y en los Tratados OMPI (TODA y TOIEF) se ha reconocido con contenido propio dentro del catálogo de derechos de explotación{515}.

En cuanto a la referencia de otras formas de comercialización del artículo podría en principio tenerse por innecesaria, ya que los eventos aquí puntualizados podrían estimarse que encuentran adecuación en la disposición del numeral I .° del mismo artículo, en la medida que

corresponderían a eventos comprendidos dentro de verbos rectores de dicho ordinal, especialmente al relacionado con la distribución.

Sin embargo, a diferencia del ordinal I .°, lo que aquí se sanciona no es la reproducción ilícita de una obra ajena o el manejo o suministro a cualquier título de una obra "pirata", sino que se reprime la conducta de quien comercializa de cualquier modo una obra, sin obtener permiso previo y expreso para ello, con lo cual desconoce el derecho de explotación del titular de los derechos.

Cabe aquí reiterar que cuando se compra una producción original, en el precio se incluye de ordinario el pago de los correspondientes derechos de autor; no obstante, ello en manera alguna legitima al comprador para, por ejemplo, alquilar la obra, ya que para hacerlo se requiere el pago de unos derechos patrimoniales diferentes. En el mismo sentido, quien alquila no adquiere derecho para reproducir la obra ni para ejecutarla públicamente, ni quien adquiere el derecho para radiodifundirla puede reproducirla o ejecutarla públicamente de manera distinta, ya que cada forma de explotación de ordinario está sometida a una regulación especial que implica el reconocimiento y pago de unos derechos de autor. Por eso un autor puede recibir regalías por la reproducción fonográfica, por la interpretación, por la radiodifusión, etc.

Sería entonces ilícita la conducta de quien adquiere una película original para VHS o DVD y comercializa la misma, por ejemplo, a través de su alquiler, pues la compra de la película solo otorga al comprador el derecho para usarla privadamente, mas no para explotarla comercialmente, pues este derecho exige la realización de un contrato adicional y del pago de las regalías correspondientes.

2.2.4. LA CONDUCTA DEL ORDINAL 4.°

En el ordinal 4.° del artículo 271 se preceptúa:

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes: Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales.

De la conducta contemplada en este ordinal cabe destacar que, efectivamente, la fijación de representaciones públicas de una obra teatral o musical constituye una violación a derechos patrimoniales de autor y el derecho conexo que al respecto tutela al artista intérprete o ejecutante{516}. En este sentido, se habrá notado que en múltiples representaciones musicales o teatrales se prohíbe a los espectadores el ingreso de vídeo cámaras a efectos de evitar que por este medio se fije ilícitamente la representación.

Sin embargo, la norma merece críticas, en cuanto, en primer lugar, el derecho de autorizar o prohibir la fijación de una obra musical o teatral no depende de que lo que se fije sea la representación pública de la misma obra, pues tal derecho tiene lugar independientemente de que lo que se quiera fijar sea la representación pública o cualquier otra forma de expresión de la obra. Por eso, la redacción de la norma permitiría entender que quedan por fuera de este tipo penal toda fijación de una obra en la que esa fijación, valga la redundancia, no se haga a partir de la representación pública de la obra, sino que lo que se fije sea cualquier otra forma de expresión de la obra.

En segundo lugar, creemos que nada aportan las conductas de reproducir o comercializar, en tanto tales comportamientos ya se hallan recogidos en ordinales anteriores del artículo 271.

Además de la crítica ya hecha respecto a la conducta fijar, vale la pena tener en cuenta lo siguiente: según la propia normativa de la materia, aun cuando se habla de fijación de una obra se está poniendo de presente una connotación

especial, también es cierto que fijar no es más que una especie o forma –la primaria de muchos tipos de obras– de reproducir una obra{517}. Así las cosas, siendo bien estrictos con la interpretación de los elementos de la norma, en realidad este tipo no trata ningún comportamiento diferente al que ya se halla recogido en el ordinal I.°, pues en el ordinal que estamos explicando no hay recogido nada distinto que reproducción y comercialización ilícita de obras[55].

2.2.5. LA CONDUCTA DEL ORDINAL 5.°

Dispone el ordinal 5.° del artículo 271:

> Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes: Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título.

Este ordinal no aporta absolutamente nada distinto a lo recogido en los otros ordinales.

Necesariamente disponer, realizar o utilizar en el contexto de la disciplina del derecho de autor, tiene que hacer referencia a alguna de las formas de explotación de las obras. Si hacemos el ejercicio de combinar dichos verbos con cada uno de los objetos en que se supone recaen dichos comportamientos (la comunicación, la fijación, la ejecución, la exhibición, la comercialización, la difusión o distribución o representación de una obra), nos damos cuenta que las

conductas que se contemplan en este ordinal no son distintas en nada a las de ordinales anteriores.

En efecto, disponer de una comunicación, exhibición, ejecución, difusión o representación -además que el verbo disponer no es muy técnico en la materia– no puede significar cosa diferente a que, como primera opción, alguien ordena alguna de esas acciones sin autorización previa y expresa del titular, caso en el cual la conducta no sería nada distinto a la contemplada en el ordinal 2.°, la cual, según se explicó, consiste en esencia en violación del derecho de comunicación pública; como segunda opción, por disponer podría entenderse la comercialización inautorizada del soporte que contiene la comunicación pública de la obra, interpretación que cabe también a disponer la fijación, eventos en los cuales no hay otra cosa distinta que violación de los derechos de reproducción y distribución, situaciones que se hallan inmersas en el ordinal 1.° del artículo 271. Similar entendimiento es aplicable a disponer la comercialización, y la distribución.

Por las características mismas de los términos que el legislador ha previsto como el objeto de la conducta –verbos o acciones–, realizar la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación no puede significar algo distinto a, precisamente, comunicar la obra, fijar la obra, ejecutar la obra, exhibir la obra, comercializar la obra, difundir la obra, distribuir la obra y representar la obra, esto es, no se trata de actuares diversos a los referidos en los ordinales 1.° y 2.° del artículo 271, pues todas las conductas enlistadas corresponden, sin hesitación, a violación de derechos de reproducción, o comunicación pública o distribución.

Y lo mismo cabe entender respecto de utilizar la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación; la conducta no consistirá en cosa distinta que la acción que en sí misma llevan los objetos del tipo y, en consecuencia, a conductas ya descritas en los ordinales previos del artículo 271. Obviamente, debe descartarse que se trate de utilizar en el ámbito privado la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación, en cuanto cualquier uso privado de una obra deviene en comportamiento atípico por tratarse de un

acto que encaja en una limitación al derecho de autor y de los derechos conexos{518}.

2.2.6. LA CONDUCTA DEL ORDINAL 6.°

De conformidad con el ordinal 6.° del artículo 271:

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes: Retransmita, fije, reproduzca o, por cualquier medio sonoro o audiovisual, divulgue las emisiones de los organismos de radiodifusión.

En este ordinal se sanciona la violación de los derechos conexos de los cuales son titulares los organismos de radiodifusión, los cuales no son otros que los derechos de reproducción, comunicación, retransmisión y fijación de sus emisiones{519}.

No existe en principio reparo en que se sancione las no autorizadas retransmisiones, reproducciones o divulgaciones de las transmisiones de los organismos de radiodifusión, pues con tal proceder la defraudación a los derechos conexos del organismo de radiodifusión emerge evidente.

Sin embargo, puede resultar desproporcionado que se eleve a rango de comportamiento delictivo la conducta de quien, sin fines comerciales, fija o graba, por ejemplo, la música que se transmite por la radio.

No discutimos que en tales eventos evidentemente se lesionan los derechos patrimoniales del autor, pues la

grabación de una composición musical que es transmitida por radio determina para quien desarrolla la conducta que éste no atienda el pago de los derechos patrimoniales de autor correspondientes, al paso que el autor, correlativamente, no recibe el pago a que tendría derecho, pudiendo decirse que incluso el pago no es recibido por el autor de la composición, ni por el intérprete, por el productor discográfico y, en general, por todos aquellos que contribuyen intelectualmente para que la obra del ingenio terminara siendo radiodifundida.

No obstante lo anterior, y sin tener en cuenta las dificultades probatorias que el tema puede aparejar, amén de los inconvenientes para detectar la infracción a la ley, creemos que el tratamiento penal para esta clase de eventos puede resultar exagerado, por lo que hubiera resultado más conveniente que la conducta se sancionara a través de mecanismos extrapenales, pues nos resulta en principio inconcebible que se adelante un proceso penal en contra de una persona a quien se le sindica de defraudación a los derechos patrimoniales de autor por el hecho de haber grabado una canción que fue transmitida por un organismo de radiodifusión.

En todo caso, pensamos que una situación como la que venimos describiendo quedaría cobijada por las limitaciones a los derechos conexos{520} y, en consecuencia, la conducta devendría atípica{521}.

2.2.7. LA CONDUCTA DEL ORDINAL 7.°

Dispone ordinal 7.° del artículo 271 que:

Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes:

Recepcione (sic), difunda o distribuya por cualquier medio las emisiones de la televisión por suscripción.

Al parecer, con esta disposición se busca hacer énfasis en la sanción penal de la utilización de antenas parabólicas o medios semejantes que permiten tener acceso a los canales de televisión que de ordinario sólo pueden ser recibidos mediando suscripción con el operador correspondiente, prohibición que pone de presente el casuismo exagerado concebido por el legislador para proteger los derechos de autor, el cual podría dar al traste con dicha finalidad, pues ante la multitud de casos que de manera específica se regulan en la ley, fácil le resultará al intérprete considerar que los que no han sido regulados de manera especial, no hacen parte de las prohibiciones.

En este sentido, y según se dijo, el numeral 6.° del artículo 271 permite sancionar la conducta de quien retransmite una emisión de un organismo de radiodifusión, lo cual no es cosa distinta a la realidad comentada en el párrafo anterior.

Pero como la disposición expresamente alude al organismo de radiodifusión, podría pensarse que las transmisiones de televisión no quedarían comprendidas en la prohibición.

Empece lo anterior, resulta necesario efectuar la valoración correspondiente respecto del elemento normativo “organismo de radiodifusión”, y por ello debe efectuarse el reenvío correspondiente a la Ley 23 de 1982, concretamente al literal “N” del artículo 8.°, donde se define que organismo de radiodifusión es “la empresa de radio o televisión que transmite programas al público”, concepto éste que en principio no correspondería al entendimiento común acerca de los conceptos de radio y televisión, todo lo cual pone de presente que la precisión de las conductas que se consideran penalmente relevantes en materia de derechos de autor, resulta difícil si no se consultan en todo momento las leyes que por fuera del derecho penal se encargan de regular y precisar la materia.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que este último ordinal del artículo 271 no contempla nada adicional a lo tipificado en el ordinal 6.° anteriormente explicado.

2.2.8. ASPECTOS GENERALES DEL ARTÍCULO 271

Visto lo que en particular se contempla en cada uno de los ordinales del artículo 271, corresponde ahora explicar los elementos que son aplicables a todos, y las modificaciones presentadas por la Ley 1032 de 2006.

El artículo 271 preveía en el texto original de la Ley 599 de 2000 un parágrafo en que la pena podría rebajarse, hasta en la mitad, cuando de las conductas descritas en los numerales I.°, 3.° y 4.° del artículo no resulte un número mayor de cien (100) ejemplares.

Esta atenuante punitiva no se previó en la Ley 1032 de 2006, lo que trae como obligada consecuencia que ya no se pueden modificar los extremos punitivos en conductas que encajaban en el supuesto del derogado parágrafo. En todo caso, pensamos que el juez, a efectos de ponderar la mayor o menor gravedad de la conducta como elemento de individualización de la pena{522}, debe tener en cuenta el número de ejemplares ilícitos que guardan relación con el comportamiento por el cual es juzgada una persona. Inclusive, dependiendo de las circunstancias propias de determinado supuesto de hecho, el número de ejemplares ilícitos puede ser un criterio que permita excluir la antijuridicidad material de la conducta y, por ende, la punibilidad de la misma.

Existen dos elementos de orden normativo que merecen explicación, los cuales son aplicables a todos los ordinales:

a. “Sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes”: el texto original preveía este ingrediente normativo en cada uno de los ordinales, pero la Ley 1032 lo retiró de cada uno de ellos y lo previó al inicio del artículo, cuestión que en técnica legislativa resulta sana, pues ningún sentido tenía preverlo en cada uno de los ordinales si al fin y al cabo le era aplicable a todos.

Como se explicó desde el inicio de este estudio, los derechos patrimoniales de autor y los derechos conexos son negociables, transferibles o alienables. Por ello, el titular originario de esos derechos puede, respecto de ellos, entre otras cosas, cederlos, y al hacerlo, el titular ya no será ese titular originario, sino otra persona, esto es, el titular derivado o cesionario. Igualmente, existe la posibilidad que un titular originario no ceda todo el conjunto de esos derechos de explotación, verbigracia, que ceda solo los derechos de reproducción y distribución pero no el de comunicación pública, o que ceda unos derechos a unas personas y otros a otras.

Lo anterior para explicar que en cada caso concreto se debe establecer quién es el titular correspondiente para determinar quién era el legitimado para realizar la autorización previa y expresa de realizar determinado uso de la obra, y, en consecuencia, la tipicidad o atipicidad de la conducta. Por ejemplo, supongamos que un escritor cede el derecho de reproducción respecto de una de sus obras a una fundación, a efectos que ésta negocie y se beneficie de la publicación de dicha obra. Si alguien quiere realizar una reproducción de esa obra, debe solicitar la autorización previa y expresa a la fundación y no al escritor; por el contrario, si de lo que se trata es de adaptar la obra para llevarla al teatro, la autorización previa y expresa deberá obtenerse del autor (escritor), en tanto éste se desprendió de su derecho de reproducción a favor de la fundación pero no de su derecho de transformación.

b. “Salvo las excepciones previstas en la ley”: los derechos patrimoniales de autor y los derechos conexos no son facultades sin ningún tipo de limitación, sino que, por el contrario, como consecuencia del equilibrio entre titulares y sociedad que propugna la disciplina del derecho de autor, cuentan con importantes limitaciones en cuanto a su aplicación.

Esas “limitaciones” son de diversa índole (dominio público, duración, excepciones, licencias obligatorias, expropiaciones, etc.), por lo que en cada caso concreto habrá que verse si el supuesto fáctico encuadra en algún supuesto normativo de esas limitaciones, caso en el cual, la conducta devendría objetivamente atípica.

En esta oportunidad conviene destacar las dos "limitaciones" más importantes a los derechos patrimoniales de autor y a los derechos conexos:

a. Temporalidad de los derechos: los derechos patrimoniales de autor y los derechos conexos, a diferencia de los derechos morales y la propiedad común o sobre tangibles, no son perpetuos o indefinidos en el tiempo. En términos generales{523}, en nuestro país los derechos patrimoniales de autor tienen como vigencia la vida del autor y 80 años más luego de la vida del autor, siendo los herederos quienes durante este último lapso ejercen tales prerrogativas. Se trata de uno de los supuestos en que la obra entra a formar parte del dominio público, cuestión que también ocurre si no hay herederos al momento en que muere el autor y éste no hizo cesión de derechos en vida{524}.

Una vez culmina el término de protección correspondiente, cualquier persona puede explotar la obra sin autorización alguna. Por ejemplo, hoy en día cualquiera puede reproducir y lucrarse de la versión original de "El Quijote".

b. Limitaciones y excepciones propiamente dichas. Restricciones al alcance de los derechos: en la legislación sustantiva de derechos de autor y conexos se contemplan diversos supuestos en que, aún durante la vigencia del derecho, el mismo no tiene aplicación y, por lo tanto, una persona puede realizar un acto que en principio sería de explotación de la obra, sin solicitar autorización ni pagar regalía alguna a favor del titular correspondiente.

En el sistema continental europeo del derecho de autor, al cual se afilia el régimen colombiano, tales eventos son taxativos y definidos por el legislador, mientras que en el sistema anglosajón se aprecia en cada caso concreto si el uso dado a la obra sin autorización y pago al titular del derecho, se trata de un uso honrado o fair use, lo cual tendrá lugar si el evento encaja en la denominada regla de los tres pasos: 1. Debe tratarse de un caso particular; 2. El uso dado no debe afectar la normal explotación de la obra, y 3. El uso dado no debe generar perjuicios injustificados y graves al titular del derecho.

En nuestro sistema, si bien se encuentran taxativamente señaladas las limitaciones al derecho de autor y a los

derechos conexos, la regla de los tres pasos, contemplada normativamente en instrumentos internacionales, en todo caso es vinculante y de gran trascendencia en el ámbito de las limitaciones propiamente dichas. En efecto, impone al legislador la obligación de prever solo limitaciones que satisfagan esa regla, o sea el listado taxativo de esas limitaciones debe ser conforme a dicha regla, y al juez que falla el caso concreto le obliga a estudiar si efectivamente, además de formalmente satisfacerse los requisitos normativos de la limitación, se cumple esa regla de los tres pasos en el supuesto particular.

Tal vez la limitación que más discusión y con mayor frecuencia se pretende invocar es la que genéricamente se conoce como de “la copia privada”. Por tal razón, conviene aquí aclarar que el uso lícito a que se refiere el artículo 37 de la Ley 23 de 1982 no significa que una persona puede obtener en préstamo, por ejemplo, un libro que requiere para uso personal (estudio), y que le resulte lícito fotocopiarlo, pues una permisión en tal sentido comportaría lesionar en la práctica los derechos patrimoniales del autor, pues que entonces nadie compraría el libro (acto con el cual se pagan los derechos del autor, se cubren costos de edición, etc.), pues preferiría prestarlo de quien lo tiene procediendo a su reproducción a través del fotocopiado.

En nuestro entender, lo que permite el artículo 37 es autorizar a quien adquirió una obra literaria o científica hacer una copia de la misma para utilizarla privadamente y sin ánimo de lucro, como ocurriría en el caso de quien compra un libro de estudio, el cual, para evitar dañarlo subrayándolo, lo fotocopia y sobre la reproducción efectúa el subrayado.

Se aclara entonces que el popular fotocopiado de libros o de apartes de estos, actividad que se desarrolla para evitar comprar la edición original, es conducta que encuentra adecuación típica en el artículo 271 numeral I .°, siendo de rigor señalar también que aunque allí no se precisa si la reproducción debe ser total o parcial, ha de entenderse que correspondiendo al concepto de obra cualquier forma como se expresa una idea, se entenderá que existe reproducción y por ello conducta ilícita, siempre que haya tenido lugar la fijación no autorizada de cualquier manifestación que exprese una idea. Debe también tenerse presente que en

nuestro país la excepción de copia privada no es aplicable a obras musicales, en razón a la misma redacción del referido artículo 37{525}.

2.2.9. LA JURISPRUDENCIA PROFERIDA EN LA MATERIA: DESARROLLO Y CRÍTICAS{526}

Aun cuando es medianamente novedoso que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ocupe del tema de derechos de autor, a partir de abril de 2009 hemos observado la existencia de pronunciamientos de dicha corporación en los cuales se ha procurado un estudio integral del fenómeno, pudiéndose decir que se ha iniciado la construcción de una línea jurisprudencial en la materia, sobre todo si se tiene en cuenta que, al menos en principio, dichos fallos proponen un trasfondo ideológico similar, según lo referiremos enseguida.

En materia de derechos patrimoniales de autor, las sentencias de casación que se han proferido son la dictada el 30 de abril de 2008 dentro del proceso n.° 29188 con ponencia de José Leónidas Bustos Martínez , y la del 13 de mayo de 2009 en el proceso n.° 31362, cuyo ponente fue el magistrado Julio Enrique Socha Salamanca .

En la primera, en esencia se señaló que para predicar la tipicidad del delito contenido en el artículo 271 de la Ley 599 de 2000, modificado parcialmente por el artículo 2.° de la Ley 1032 de 2006, era requisito que el sujeto activo de la conducta actuara con ánimo de lucro; y en tratándose de software, tampoco habría tipicidad del comportamiento si de lo que se trataba era de su uso no autorizado y no de la reproducción sin autorización del mismo.

Por supuesto, las críticas a este pronunciamiento no han sido pocas. Algunas de ellas se dirigieron como tal a aspectos argumentativos y de comprensión de la disciplina del derecho de autor por parte de la Corte; otras señalaron que el ánimo de lucro nada tenía que ver con infringir

derechos patrimoniales de autor, y otros entendieron que la sentencia enviaba un mensaje equivocado a la comunidad sobre la temática. En fin, sin que sea este el momento de valorar el alcance y corrección de las críticas, es lo cierto que esa providencia no fue del agrado al menos de la mayoría de expertos en la materia, ni mucho menos de quienes se encuentran en el sector económico que depende precisamente de la existencia jurídica del derecho de autor y de la protección que se supone la ley debería dispensar a sus titulares.

La segunda sentencia indicada –la proyectada en el despacho de Socha Salamanca–, en resumen, enseña que carece de antijuridicidad material un comportamiento que, si bien se adecua en el tipo contemplado en el artículo 271, su significancia cuantitativa es menor –pocas copias ilegales de una obra–, siendo, en consecuencia, un hecho no punible.

En conjunto, independientemente de los aciertos y desaciertos, los fallos referidos son de destacar por cuanto se han ocupado de diversos aspectos dogmáticos en torno a los delitos contra los derechos de autor. Se refieren a los elementos del tipo penal, a la antijuridicidad, a la clasificación de las conductas, etc. Todos y cada uno de esos temas son bien interesantes y merecen ser abordados con amplitud.

Si algo queda claro de estas sentencias es que la Corte expresa su deseo de que sólo por excepción exista sanción penal a infractores de derechos patrimoniales de autor; que la Fiscalía no debe ocuparse de estos asuntos salvo que se trate de perseguir “cabecillas” de las organizaciones dedicadas a la piratería.

Otro tema importante de las sentencias que venimos comentando es el de la antijuridicidad material en relación con las violaciones al derecho de autor.

En efecto, son diversas las nociones que se han dado sobre el concepto de “antijuridicidad material”, pero para efectos prácticos y sistemáticos debe tenerse en cuenta la definición que se construye al respecto a partir de la normatividad vigente. Según el artículo II del Código Penal colombiano, para predicar la antijuridicidad de un comportamiento no basta que sea típico (recogido en la ley

como delito y realizado de manera dolosa, culposa o preterintencional, según lo que admita cada tipo penal), sino que es necesario que la conducta no se haya realizado bajo el amparo de una justa causa (o sea las causales de justificación, tales como legítima defensa, estado de necesidad o cumplimiento de un deber legal), y, adicionalmente, debe lesionar o poner efectivamente en peligro el bien jurídico que busca el legislador proteger con el respectivo tipo penal. Es de esto último de lo que trata la antijuridicidad material.

Para el caso de los delitos contra los derechos de autor, entonces, aunque en principio parezca tautológico, para hablar de antijuridicidad material no basta la realización de los comportamientos previstos (conductas objetivamente típicas) en los artículos 270 (Violación a los derechos morales de autor), 271 (Violación a los derechos patrimoniales de autor), y 272 (Violación a los mecanismos de protección de derecho de autor y derechos conexos, y otras defraudaciones), sino que es menester que con su ejecución se lesione o ponga en peligro de manera efectiva los derechos de autor, pues éste es el bien jurídico que el legislador pretendió tutelar con dichas normas. En ese orden de ideas, para poder establecer cuándo la ejecución de uno de los tipos penales referidos es materialmente antijurídico, es imprescindible conceptualizar los derechos de autor o, mejor dicho, saber qué es lo que se supone pretendió proteger el legislador colombiano al hablar de delitos contra los derechos de autor.

A partir de una interpretación sistemática, el bien jurídico “derechos de autor”, del título VIII del Código Penal, se define teniendo en cuenta lo dispuesto en la normatividad especializada. Así, ésta indica que la naturaleza de los derechos de autor consiste en la posibilidad exclusiva que tiene su titular de autorizar o prohibir una determinada forma de explotación de una obra, inclusive en cuanto al alcance de esa explotación (mecanismos, onerosidad, etc). Si bien los derechos de autor se presentan como una manera de generar riqueza para sus titulares, esa no es la esencia de los mismos ni, por supuesto, corresponden a su definición, al punto que no sería correcto afirmar que no existe ejercicio de los derechos de autor o que éstos no tienen qué ver cuando su titular, por ejemplo, decide reproducir ejemplares de su obra y simplemente regalarlos.

En últimas, si bien los derechos de autor, particularmente los de carácter patrimonial, pueden tener relación con aspectos económicos o, más sencillamente dicho, mecanismos de lucro, no son éstos los que les dan entidad o contenido, sino la exclusividad o "monopolio" del titular para decidir quién y cómo se explota una obra: el ius excludendi.

En ese orden de ideas, tal y como lo explicamos en líneas previas, el bien jurídico protegido con los tipos contenidos en el título VIII del Código Penal colombiano, el derecho de autor, que no puede tener una definición ni un contenido distinto a lo que en el ordenamiento jurídico se entiende por tal, pues se trataría de una apreciación incoherente, es la posibilidad de los titulares de ejercer sus derechos de manera exclusiva, por quien ellos decidan y en la forma en que lo determinen. Entonces, no se trata de tutelar un determinado monto de ganancias o una cantidad del patrimonio de los titulares de derechos de autor, sino de velar porque otros no hagan actos de ejercicio de dichos derechos sin el consentimiento de su titular.

En consecuencia, el bien jurídico "derechos de autor" se lesiona efectivamente o se pone en peligro, según sea el caso, cuando alguien ejecuta alguna de las conductas contempladas en el título VIII sin ser el titular del derecho de autor que guarda relación con la conducta y sin contar con la autorización previa, específica (la forma en que puede hacerse el uso o explotación de la obra) y expresa del titular. Poco o nada importa, al menos para efectos de establecer la antijuridicidad material en delitos contra los derechos de autor, aspectos cuantitativos tales como cuántos ejemplares han sido reproducidos sin consentimiento del titular o cuánto dinero deja de percibir éste por esa reproducción ilegal.

Así las cosas, en nuestra opinión, la tesis mayoritaria de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 13 de mayo de 2009 en el proceso n.° 31362, es errónea al exponer que la antijuridicidad material en los delitos contra los derechos de autor se establece según el número de ejemplares "piratas". Ese yerro ocurrió por dos razones: i. Por una indebida conceptualización del bien jurídico tutelado, pues la Corte entendió que los derechos de autor, particularmente los patrimoniales tratados en el

artículo 271 del Código Penal, tienen por función y contenido preservar las ganancias económicas de su titular, reduciendo y equivocando así su verdadera naturaleza, y 2. Someter el análisis de antijuridicidad material sólo a la categoría o el predicamento aristotélico de la cantidad, el cuantitativo.

En efecto, es equivocación común querer establecer siempre la antijuridicidad material de una conducta a partir de ese criterio, el cual sólo es útil en tratándose de bienes jurídicos de carácter o relación cuantitativa, v. gr., el patrimonio económico, pero no respecto de otros cuya caracterización es cualitativa, como por ejemplo la vida, la libertad, el régimen constitucional y, en lo que nos interesa, los derechos de autor, pues, como ya se dijo, este bien jurídico no consiste en la cantidad de dinero que puede ganar el titular de un derecho (que haría de este bien jurídico una cuestión puramente cuantitativa), sino la posibilidad exclusiva de decisión de explotación o uso de la obra por parte de ese titular (un bien jurídico de carácter cualitativo).

En ese orden de ideas, los salvamentos de voto a la sentencia referida, particularmente el del magistrado Yesid Ramírez Bastidas , se dirigen más por la vía adecuada para definir esa antijuridicidad material en los derechos de autor; son opiniones minoritarias más conformes con lo que son en realidad los derechos de autor{527}.

2.3. VIOLACIÓN A LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE

LOS DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS Y OTRAS

DEFRAUDACIONES

Dispone el artículo 272 del Código Penal:

(Artículo modificado por el artículo 3.° de la Ley 1032 de 2006). Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, quien:

1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.

2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.

3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal; o, de cualquier forma, eluda, evada, inutilice o suprima un dispositivo o sistema, que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o fonogramas, o les posibilite impedir o restringir cualquier uso no autorizado de estos.

4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos.

Como se indicó, los avances tecnológicos y otra serie de factores determinan que en la práctica le resulte difícil, por no decir imposible, al titular de los derechos de autor vigilar que no se presenten conductas con las cuales se defrauden sus derechos, o emitir las autorizaciones del caso para que sus obras, previo el pago de los derechos correspondientes,

puedan ser reproducidas o de cualquier forma dadas a la publicidad.

De ahí precisamente que los autores deban recurrir a sociedades o entidades que colaboren con ellos en la protección de sus derechos, a las cuales de ordinario se les entrega la facultad de recaudar la remuneración por derechos de autor comportándose como mandatarios del autor. Así también, en ocasiones, las más, el autor no cuenta con la infraestructura o los recursos necesarios para reproducir su obra y comercializarla, debiendo por fuerza tener que recurrir a quien sí cuenta con los medios requeridos, trabándose entonces entre unos y otros una relación jurídica que se regula contractualmente.

Con este tipo penal lo que se pretende es, precisamente, sancionar las conductas mediante las cuales si bien no se atenta directamente contra los derechos del autor, sí se afectan mecanismos o medidas que permiten evitar el atentado contra dichos derechos o que facilitan el adecuado control de la explotación de las obras por parte de terceros.

A diferencia de lo que hicimos con los dos artículos anteriores, aquí no vamos a hacer un estudio pormenorizado de cada uno de los literales, en cuanto todos y cada uno de ellos no tienen un objeto o teleología distinta a lo explicado en el párrafo anterior.

No obstante, no deben dejar de presentarse unos comentarios generales que permiten un mayor entendimiento de las conductas contempladas en dichos ordinales:

– En cuanto a lo previsto en los ordinales 2.° y 4.°, en esencia se hace referencia a falsear la información que es necesaria para establecer, dentro del contexto de la gestión colectiva de derechos, la forma en que se han explotado las obras. El 2.° hace referencia expresa a la gestión electrónica de derechos, la cual es indispensable en la actualidad, debido a la amplia explotación de la obras en el entorno digital.

– Los ordinales I.° y 2.° hacen alusión, en concreto, tanto a la comercialización de instrumentos o sistemas que permiten lograr la elusión o superación de las medidas

tecnológicas, como a la comercialización de los instrumentos que se emplean para esa elusión o superación.

Así lo anterior, bien pueden resultar gravemente vulnerados los derechos de autor o facilitarse esa vulneración cuando, por ejemplo, una sociedad de gestión colectiva o el que hace el uso de la obra, falsea los datos que tienen que ver con la remuneración que corresponde al titular del derecho respectivo habida cuenta del número de interpretaciones o ejecuciones de su obra (art. 272 numeral 4.° C. P.). Un caso como el descrito, entonces, halla adecuación en el artículo 272.

Se incurre igualmente en este delito cuando se eluden o superan medidas tecnológicas que el titular de derechos de autor adopta para restringir los usos no autorizados (art. 272 numeral I .° C. P.). Así, frente a una tecnología hoy no ya tan novedosa, como la de los DigitalVideo Disc (dvd), los derechohabientes incorporaron seguridades tecnológicas a efectos de impedir la reproducción de esta clase de discos, por manera que si aquellas son superadas o eludidas, se estaría en presencia del delito de la especie.

Otro tanto cabe decir para los eventos en que se fabrica, importa, vende, arrienda o de cualquier forma se distribuye al público un dispositivo o sistema que permite descifrar señales de satélite que portan programas, como acontecería en el evento de alguien que vende un sistema decodificador de la señal satélite de un canal de televisión por suscripción.

El único cambio sustancial introducido por la Ley 1032 de 2006 a la estructura de esta norma, tiene que ver con el título del tipo, al cual se agregó la expresión “derechos conexos”, lo que exige remitir al comentario que al respecto se hizo a propósito del título del artículo 271.

C. PROBLEMÁTICAS ESPECÍFICAS DE LOS DELITOS CONTRA

LOS DERECHOS DE AUTOR

I . AGRAVANTES

La nueva legislación penal en materia de derechos de autor solamente contempla como agravante específica la circunstancia que se describe en el parágrafo del artículo 270 del Código Penal, por manera que las agravantes específicas que se contemplaban en el artículo 53 de la Ley 44 de 1993 dejaron de ser de interés para el derecho penal por virtud de su derogatoria tácita, así como la agravante que se preveía en el parágrafo del artículo 271 de la Ley 599 de 2000, la cual ya no existe, según se explicó previamente.

En razón a las agravantes que establecía la Ley 44 de 1993, hoy derogadas como que no se reprodujeron en la nueva legislación, habiendo sido claro el legislador de 2000 al indicar en el artículo 474 de la Ley 599 que se deroga el Código Penal de 1980 “y demás normas que lo modifican y complementan en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos”, resultaba posible bajo su vigencia aumentar las penas hasta en la mitad cuando:

a. Intervenían en la realización del delito dos (2) o más personas, y,

b. Cuando el perjuicio económico causado con el hecho punible resultaba ser superior a cincuenta (50) salarios legales mínimos mensuales, o cuando siendo inferior, ocasionaba grave daño a la víctima.

2. CONCURSO APARENTE

No sobra referir, así sea brevemente, que en principio no resulta posible que se presente un concurso de delitos entre plagio y piratería ya que, como se dijo, el plagio implica desconocimiento de la paternidad ajena en la creación de una obra, al paso que es de la esencia de la piratería que el autor de la conducta en momento alguno se atribuya la

autoría de la obra, sino que, por el contrario, reconociendo la paternidad ajena se aprovecha ilícitamente del buen nombre del autor o del éxito de sus obras para explotarlas ilegalmente.

Entonces, cuando se habla de plagio jamás se menciona el nombre del autor verdadero, lo cual siempre acontece cuando de piratería se trata, por manera que son figuras por entero excluyentes.

No obstante lo anterior, es común que se predique, incorrectamente por cierto, la existencia de un concurso delictual entre los comportamientos ilícitos mencionados, el cual en esencia se hace residir en el hecho de que la conducta de violación a los derechos morales de autor comporta consecuencias patrimoniales en los derechos de explotación del autor verdadero. Sin embargo, bien miradas las cosas es de ver que el derecho moral de autor no sólo otorga al titular la potestad para reivindicar la paternidad de la obra, sino también para explotarla, luego cuando tiene lugar la conducta de plagio se puede producir una afectación patrimonial, la cual será de interés para efectos de determinar la indemnización de perjuicios que corresponda, sin que ello sirva para sostener que se genera un delito adicional, el de defraudación a los derechos patrimoniales, pues éste tiene su propia autonomía, y cuando tiene ocurrencia también generará de ordinario unos perjuicios indemnizables.

En todo caso, no debe olvidarse lo que en su momento explicamos, acerca de que infortunadamente, no todo evento de plagio es conducta típica para la legislación penal colombiana, es decir, no en todos los casos en que se puede predicar la existencia de plagio puede también predicarse la existencia del delito de violación de los derechos morales de autor.

3. DELITO INSTANTÁNEO

A efecto de precisar si el delito de violación a los derechos morales de autor es de realización permanente o es de comisión instantánea, debe intentarse definir cuándo se entiende realizada la conducta punible.

El Código Penal acoge en el artículo 26 la teoría de la acción, según la cual la conducta punible "se entiende cometida al momento en que se produce la manifestación de voluntad"{528}. Dice al efecto el artículo referido: "La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado".

El delito de violación a los derechos morales de autor, es de mera conducta en cuanto se describe como punible el simple comportamiento, sin que se requiera que éste produzca unas determinadas consecuencias o un resultado. Y puede catalogarse como delito instantáneo toda vez que "la realización del comportamiento descrito se agota en un solo momento"{529}, y por ello se descarta la consideración de que pueda tratarse de delito de conducta permanente, pues no es dable sostener que el comportamiento se prolonga en el tiempo y que perdura mientras no se ponga fin a la conducta.

En este sentido, es de ver que si en la descripción típica se hace referencia al concepto de publicación, o al de inscripción en el registro de autor, tal acto ocurre y se agota cuando la obra es dada a conocer al público o bien cuando se registra, que es precisamente la acción que se sanciona penalmente; luego, para efectos de prescripción de la acción penal, el término de ley comenzará a contarse a partir del momento en que tuvo lugar la primera publicación o inscripción.

Son diversos los eventos de concursos aparentes y materiales que pueden presentarse en esta materia. Un listado y explicación de los mismos, en el contexto colombiano, puede encontrarse en la obra La ciberpiratería como conducta vulneratoria de la propiedad intelectual y sus aspectos penales, de Cala Moya y Guerrero Osorio {530}.

4. PUNIBILIDAD

En principio parecería que no tiene sentido alguno comentar el tema de punibilidad. No obstante, debido a que desde la expedición de la Ley 599 de 2000 pueden contarse tres marcos punitivos diferentes en los delitos contra los derechos de autor, el asunto merece comentarse brevemente.

Para el efecto y para asuntos de favorabilidad de la ley penal, debe tenerse en cuenta que las tres leyes a tener en cuenta son la Ley 599 de 2000, que entró a regir el 24 de junio de 2001, la Ley 890 de 2004, que en su artículo 14 –el que interesa en este momento– cobró vigencia el i de enero de 2005, y la Ley 1032 de 2006, que entró en vigor el 22 de junio de 2006.

En cuanto al delito de violación a los derechos morales de autor, la Ley 599 preveía pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y como consecuencia del aumento de la Ley 890 de 2004, la pena quedó en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Respecto del delito de violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos, la Ley 599 de 2000 contemplaba pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes; en razón del aumento de la Ley 890 de 2004 la pena quedó en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de veinte seis punto sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes; y por virtud de la reforma introducida con la Ley 1032 de 2006, las penas actuales son prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por manera que aunque se aumentaron los montos de las penas aflictivas de la libertad de locomoción, en la sanción pecuniaria se presentó una importante reducción en su máximo, pues de 1.500 smlv se le redujo a 1.000.

En lo atinente al delito de violación a los mecanismos de protección de derechos conexos y otras defraudaciones, la Ley 599 de 2000 prescribía pena de multa, la cual no se modificó por la Ley 890 de 2004, mientras que la Ley 1032 de 2006 introdujo una importante modificación, pues adicionó la sanción con pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y, además, también modificó el tratamiento de la pena pecuniaria, pues dejó de ser simplemente multa (cuantificable en unidades multa), para pasar a un mínimo de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) smlv a un máximo de hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Partiendo de lo anterior, es notable cómo el legislador cada vez considera los derechos de autor como un bien jurídico de mayor importancia, como se explica por el significativo aumento punitivo que han sufrido las conductas vulneratorios de ese bien jurídico.

Sin embargo, no nos parece proporcional ni razonable que los comportamientos de los artículos 271 y 272 se sancionen con penas más severas que para los comportamientos del artículo 270, siendo que los dos primeros contemplan conductas que atentan tan solo derechos económicos, mientras que las del artículo 270 tocan con derechos de mayor jerarquía, si se quiere fundamentales.

Inclusive, si bien somos partidarios de que se repriman enérgicamente las conductas que atentan contra este bien jurídico, a nuestro modo de ver no resultan claras las razones de política criminal que permiten que los delitos de los artículos 271 y 272 tengan penas más graves que las asignadas a otras conductas tal vez de mayor gravedad, como lo pueden ser las contempladas en el Código Penal para el caso de varios delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales.

5. DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL ENTORNO DIGITAL

Importante e interesante es el tema de los derechos de autor frente al entorno digital. Tanto que, precisamente, por eso se desarrollaron en el seno de la OMPI , el toda y el TOIEF .

Para nadie es un secreto que actualmente la internet es el medio a través del cual se comercializan con mayor facilidad y alcance las obras protegidas por el derecho de autor, pero, al mismo tiempo, es la vía a través de la cual se cometen mayores atentados contra estos derechos.

Para lo que a nosotros interesa en este momento, surge el interrogante de si la legislación penal colombiana es aplicable, en lo pertinente, a las infracciones al derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital. En nuestra opinión, la respuesta al interrogante anterior debe ser afirmativa, por las razones que han sido explicadas por otros y que compartimos en su integridad:

Ninguno de estos tipos penales [haciéndose referencia a los delitos contra los derechos de autor] cualifica o delimita el medio a través del cual se deben vulnerar los derechos económicos de propiedad intelectual para que el juicio de adecuación típica sea exitoso, esto es, dichos tipos penales no establecen que la infracción que cada uno de ellos contempla deba ocurrir de una forma u otra en especial; así pues, el hecho que la ciberpiratería se valga de internet para infringir derechos económicos de propiedad intelectual, no es óbice para afirmar la adecuación típica de la ciberpiratería en el derecho penal colombiano{531}

6. COMENTARIOS FINALES

Para terminar, queremos realizar unas críticas generales al régimen penal colombiano de los derechos de autor:

– Existe un excesivo casuismo en la redacción de las normas, lo cual, más que contribuir al entendimiento del

tema, lo dificulta y hace más compleja su aplicación, al punto que deja sin sanción penal conductas de igual gravedad a las contempladas, tal y como comentamos, v. gr., en relación con el derecho al inédito y el derecho de paternidad.

– Según se expuso, existe una innecesaria repetición de conductas.

– Se incurre en el error de que cada tipo penal se hace un listado de obras, lo cual no ofrece ninguna clase de claridad respecto de cuáles obras son protegidas por el Derecho Penal, sino que incluso puede generar la duda acerca de qué sucedería con obras no contempladas en algún ordinal, siendo que basta emplear la expresión “obra literaria o artística” o, simplemente, “obra”, para comprender cualquier objeto que es protegido por el derecho de autor.

EMILSSEN GONZÁLEZ DE CANCINO

Los delitos de manipulación genética

A. GENERALIDADES

En varias de las disposiciones del Código Penal vigente se encuentra, como era de esperarse en un instrumento normativo para comienzos del siglo XXI, referencia expresa a la biotecnología.

En el título 1 del libro 2.°, llamado “Delitos contra la vida y la integridad personal”, se incluyeron dos capítulos novedosos: el quinto, relativo a las lesiones al feto, y el VIII , cuya rúbrica es “De los delitos de manipulación genética”.

Conforman este último tres artículos cuya inclusión en una misma sede dentro del sistema no puede explicarse en forma cabal.

No entraremos en el análisis detallado de cada uno de los tipos, pero trataremos de exponer sucintamente los puntos en los que ya se ha presentado alguna controversia.

I. EL BIEN JURÍDICO

Se agruparon en un mismo capítulo los delitos de “manipulación genética” (art. 132), “repetibilidad del ser humano” (art. 133) y el de “fecundación y tráfico de embriones humanos” (art. 134).

Hemos estado en desacuerdo con esta clasificación pues, por las razones que expondremos al tratar este delito en particular, entendemos que la clonación no es un delito contra la vida o la integridad personal, que es el bien jurídico protegido en el título i, del cual hace parte este capítulo. Es muy dudoso que lo sea el tráfico de cigotos o embriones{532} y no puede serlo el de gametos.

Gómez Pavajeau , que se desempeñaba como vicefiscal general de la Nación cuando se elaboró el proyecto de Código Penal, ha defendido la inclusión del artículo en esta sede explicando que los avances de la biotecnología y las orientaciones de mayor actualidad dentro del derecho constitucional han modificado el concepto del bien jurídico vida para darle un sentido más dinámico, que rebasa la vinculación a un titular concreto para abarcar la de la especie{533}. En este orden de ideas, ¿deberían, clasificarse en este título lo delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, que en la actualidad se ubican en el capítulo único del título xi del mismo Código?

El camino que recorre una reforma que se pretende innovadora no puede ser el de insertar nuevos tipos penales en el viejo catálogo de bienes jurídicos o, si nos referimos sólo a los aspectos formales del método, en las antiguas divisiones de títulos y capítulos; es preciso un profundo análisis conceptual para decidir si lo nuevo afecta también la concepción de los intereses protegidos y fuerza a modificar también el catálogo de los bienes jurídicos objeto de protección mediante sanción penal{534}.

2. EL SUJETO ACTIVO

En los tres artículos el sujeto activo de la conducta penal no tiene calificación, cosa que, por lo menos verbalmente, ha sido criticada por algunos juristas colombianos. No obstante, si tenemos en cuenta la diversidad de títulos que expiden las universidades en materia de especializaciones y la multidisciplinariedad de los equipos{535} que investigan y realizan tratamientos en las hipótesis concretas, justo es reconocer que cualificarlo sería harto difícil. Hacerlo en tales condiciones sería dar lugar a que muchas conductas tuviesen que ser consideradas atípicas.

Si tenemos en cuenta que por regla general las conductas descritas en estos tipos penales son ejecutadas por equipos de especialistas en distintas áreas de las ciencias biológicas: médicos clínicos, biólogos moleculares, genetistas, etc., sería interesante estudiar la situación jurídica de quien las

realiza sin estar legalmente autorizado, la responsabilidad de los integrantes del equipo profesional y la posible comisión del delito de concierto para delinquir.

B. MANIPULACIÓN GENÉTICA

Desde el punto de vista científico sería preferible hablar de ingeniería genética molecular y no de manipulación genética; sin embargo, entendemos que el nomen iuris de los delitos debe estar más cerca de la comprensión general que de la exactitud científica, y el vocablo manipulación ha hecho carrera para referirse a las intervenciones en los genes.

La ingeniería genética molecular se define como “el conjunto de técnicas que, mediante la obtención de moléculas de adn recombinante, permiten añadir fragmentos de adn o genes determinados a otra molécula de adn que, actuando como vector, los introduce en una célula bacteriana (o, en su caso, eucariótica) para su posible repetición y eventual expresión”{536}. Es decir, es el conjunto de técnicas que, aprovechando las características de la estructura de la molécula de adn presente en todos los seres vivos, así como las posibilidades para cortar la cadena de los nucleótidos que la conforman con las encimas de restricción y unir los fragmentos mediante las encimas ligazas, logra introducir genes o fragmentos de éstos en las células por medio de métodos físicos, químicos o biológicos, para sustituir o reparar genes.

La introducción de genes en las células de un individuo se puede hacer en las somáticas o en las germinales (óvulo y esperma). Cuando se realiza sobre las somáticas, se cambia el genoma del individuo, pero la modificación no pasa a la siguiente generación; si se actúa sobre las células germinales, la modificación genética se transmite a los descendientes{537}.

La manipulación de los genes puede perseguir un objetivo terapéutico o una finalidad eugenésica. La primera puede

suscitar dudas por la posibilidad de afectar el patrimonio genético no patológico; la segunda ha merecido un rechazo casi unánime.

El proyecto de la Fiscalía, publicado en la Gaceta del Congreso el 6 de agosto de 1998, decía:

Artículo 132. Manipulación genética. El que con finalidad diferente a la investigación científica en el campo de la biología, la genética y la medicina orientadas a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, manipule genes humanos alterando el genotipo, incurrirá en prisión de uno (I) a cinco (5) años{538}

Según la exposición de motivos, la norma tendía a brindar especial protección al genoma humano de acuerdo con los postulados de la Declaración Universal de la Unesco sobre el genoma humano y los derechos humanos, y al genotipo "entendido como conjunto de genes que identifica al ser en su esencia natural".

El texto aprobado por el Senado, fue mucho más lacónico{539}:

Artículo 131. Manipulación genética. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente a la terapéutica incurrirá en prisión de uno (I) a cinco (5) años.

Es claro que pretendía incluir como conducta sancionable aquella que se realizaba en el terreno de la investigación –que la Fiscalía, en cambio, había propuesto dejar por fuera del tipo penal–, para excluir solamente la manipulación de los genes que se aplicara con finalidad clínica o terapéutica.

Surtido el trámite ante el Senado, el proyecto pasó a la Cámara de Representantes para seguir su curso.

Los ponentes del proyecto ante la comisión primera constitucional de la Cámara presentaron en forma conjunta la ponencia y el pliego de modificaciones. El artículo de la manipulación genética volvió a la redacción original del proyecto de Fiscalía. Con el mismo texto, fue aprobado también en la plenaria de la Cámara{540} y en la Comisión de conciliación{541}.

Agotado el trámite parlamentario, el Gobierno Nacional no estuvo de acuerdo con esta norma y la objetó por razones de inconstitucionalidad. Consideró que, tal como había sido aprobada en el Congreso, vulneraba los artículos I .° y 12 de la C. N.

La vulneración del primero consistiría en el desconocimiento del respeto a la dignidad humana que "exige tutelar la integridad corporal de los seres humanos, de forma que no pueda ser afectada sin su consentimiento, alterando células, órganos o el mismo patrimonio genético salvo cuando se busque prevenir o curar una patología"{542}.

El escrito de objeciones se refiere también a la alteración del genotipo, elemento que se encontraba en el proyecto de la Fiscalía y en el aprobado en forma definitiva por el Congreso, para afirmar que si la ley la permitiera estaría impidiendo el logro de "los fines supremos del respeto a la vida, a la dignidad humana y a la igualdad, consagrados en los artículos II, I, 12 y 13 de la C. N."

En esencia, para el Gobierno eran dos los riesgos de ataque a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, que debían ser eliminados:

a. La posibilidad de manipular los genes humanos sin el consentimiento del paciente;

b. La posibilidad de manipularlos con propósitos eugenésicos.

Para conjurarlos propuso un texto principal y otro alternativo{543}.

El tipo que se describe en el artículo 132 del Código vigente es muy similar al propuesto por el Gobierno como principal:

Artículo 132. Manipulación genética. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de uno (I) a cinco (5) años.

Se entiende por tratamiento, diagnóstico o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, investigación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las raras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población.

Se eliminó la pena accesoria, que, tal como estaba prevista –con pésima redacción, por lo demás–, lucía contraria a la Constitución porque era tan general que en la práctica se traducía en una especie de muerte civil temporal.

Intentaremos establecer qué clase de actuación sobre los genes constituye delito, para deducir cuál o cuáles quedan por fuera de la sanción punitiva.

Al hilo de la redacción legal, cuatro son los elementos que se orientan a establecer la diferencia: la alteración del genotipo; la finalidad perseguida; la clase de enfermedades a las cuales debe dirigirse la investigación, el diagnóstico o el tratamiento; y el requisito del consentimiento previo e informado.

En primer lugar, la manipulación debe tener como consecuencia la alteración del genotipo. ¿Qué quiere decir esto?

a. ¿Cualquier modificación del genotipo, sea éste celular o del individuo considerado como un todo?

b. ¿La alteración del patrimonio genético hereditario?

c. ¿El desvío de un modelo que el legislador considera normal?

a. Si tenemos en cuenta que el delito aparece tipificado en el libro que el Código destina a aquellos que atacan la vida o la integridad personal, parece lógico concluir que no puede referirse a la modificación del genotipo celular aislado; parece lógico pero no está claro.

b. Si por genotipo se entiende la "constitución genética contenida en los cromosomas de una célula o individuo"{544}, la introducción de un gen o de una secuencia de genes, su supresión, la estimulación para que se exprese, etc., son alteraciones del genotipo aunque no se realicen sobre células germinales{545}.

Opinamos que la sanción penal no debe pesar sobre la alteración de los genes en las células somáticas porque en tal hipótesis no existe diferencia valorativa fundamental entre este procedimiento terapéutico y otros ya en uso.

c. No podemos pensar que el legislador tuviera la "intención" de referirse a un genotipo "normal" o "modelo", porque este arquetipo contrariaría todo el sistema de la Carta Política y, por lo tanto, el sistema jurídico colombiano en su integridad.

En este punto valen para el artículo del Código colombiano las críticas que Romeo Casabona ha expresado a propósito del tipo que contiene el Código Penal español; coincidimos con él, de manera especial, cuando afirma que de lege data es necesario encontrar algún criterio restrictivo con el fin de evitar que se interprete el artículo con excesiva amplitud y se caiga en el error de sancionar conductas que no atacan

o ponen en riesgo valores esenciales del sistema jurídico{546}.

Sería prudente fijar con claridad que la alteración del genotipo a que se refiere el tipo objetivo del delito que contempla el artículo 132 del nuevo C. P. es aquella que puede transmitirse a la descendencia o, tal vez con mayor precisión, modificar el artículo para sancionar{547} sólo la manipulación que se realice en la línea germinal{548}, o, como hace la ley noruega, determinar la clase de entidad vital u organismo protegido{549}.

El mismo artículo 132 utiliza como segundo elemento para establecer la diferencia entre lo lícito y lo ilícito la finalidad, el elemento subjetivo. En este punto es nítido un criterio: se sanciona la conducta que se encamine a causar dolor, a aumentarlo, o a empeorar las condiciones de salud de una persona o de la humanidad; se considera fuera de la esfera delictuosa la que se proponga aliviar el sufrimiento o mejorar la salud. Sin embargo, no será fácil para el intérprete aclarar todas las dudas en relación con la actuación que obedezca a objetivos meramente eugenésicos porque, en verdad, la línea que señala el límite entre la mejora de la salud y la búsqueda de la perfección cosmética, intelectual, de aptitudes, etc. puede llegar a ser muy delgada.

La norma define también, en su inciso segundo, lo que debe entenderse por investigación científica, tratamiento o diagnóstico. Por medio de esa definición busca acotar más el campo de la actuación que puede considerarse lícita; sin embargo, es amplia, repetitiva y, en nuestra opinión, no obedece a criterios científicos. Íntimamente ligada a este aspecto se presenta la enumeración de las enfermedades que pueden investigarse, diagnosticarse o tratarse. Esta se presenta como taxativa pero es de amplitud manifiesta. En la práctica, difícilmente servirá como criterio de diferenciación entre lo lícito y lo ilícito. Se basó en el artículo 17 de la Declaración de la Unesco{550} sobre el genoma humano y los derechos humanos que emplea un lenguaje exhortativo; como es bien sabido, el de las normas penales es imperativo, y ese solo hecho le exigiría hacer honor a la precisión; la exigencia se le plantea con mayor fuerza desde los principios de legalidad y tipicidad.

El yerro del legislador se hizo más evidente aún con las modificaciones que introdujo en el texto: donde la Declaración decía sobre todo o en particular, el artículo 132 dice así como, con lo cual convirtió a las enfermedades raras o endémicas en elemento independiente dentro del catálogo, con igual valor que las genéticas, lo que no hace el texto de la Unesco; así, convertidos en elementos sucesivos de una enumeración aquellos que en la Declaración aparecían en una especie de orden diferenciado, se tiene que prácticamente todas las enfermedades quedan cobijadas por el que el Gobierno llamó elemento de permisibilidad{551}.

De igual manera, al suprimir el calificativo para la población –como es apenas obvio, la Unesco se refiere a la mundial–, sin introducir uno nuevo, como hubiera sido deseable, estableció un referente abierto de manejo difícil para el juez penal. En este punto volvemos a observar los errores en el manejo del lenguaje. Cuando la "Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos" hace el catálogo de enfermedades en relación con la investigación, tiene el propósito de exhortar a los gobiernos y a la comunidad científica a basar su trabajo en este campo en el principio de solidaridad entre los hombres y entre los pueblos, a no abandonar el estudio de los males que dañan la salud de los más pobres o de las minorías. Las normas penales no hacen esta clase de llamados: prohiben y sancionan, y por eso sus textos deben ser precisos, claros, unívocos.

Por lo que atañe al consentimiento, otro elemento de discriminación entre las conductas sancionadas penalmente y aquellas que no lo son da la impresión de que el legislador pensó que era necesario separar los genes que serán objeto de investigación, diagnóstico o tratamiento, del cuerpo del paciente, aunque sabemos que no siempre será así y que numerosos tratamientos de terapia génica se refieren a procedimientos in situ; pero, tecnicismos aparte, el Código estableció que una manipulación genética no consentida es un tipo independiente, que no puede encuadrarse dentro de otro delito, por ejemplo, el de constreñimiento ilegal. La norma dejó un vacío al no referirse al consentimiento del receptor.

Además, como exige el consentimiento “de la persona de la cual proceden los genes”, el intérprete se moverá en terreno incierto cuando el científico o el médico intervengan sobre los embriones, pues son todavía muy arduas las discusiones sobre el comienzo de la personalidad.

El artículo 132 no contempló la modalidad culposa. También dejó fuera de su previsión el empleo para la reproducción de un gameto modificado genéticamente.

3. CLONACIÓN

Consideramos importante describir en forma muy sencilla los procedimientos de clonación humana.

En primer lugar, se pueden distinguir dos grandes aplicaciones de tal técnica: la clonación con fines reproductivos y la clonación terapéutica.

Para su realización los científicos acuden: a. A la transferencia de núcleos, o b. A la separación de blastómeras. Esta última suele distinguirse con los nombres de gemelación o gemelarización. Aquella que se obtiene por transferencia nuclear puede realizarse utilizando el núcleo de células provenientes de un embrión, de un feto, o de un individuo ya nacido, y perseguir una cualquiera de las dos aplicaciones mencionadas en el párrafo anterior.

a. CLONACIÓN POR TRANSFERENCIA NUCLEAR

Para lograrla, los científicos toman un óvulo y le extraen el núcleo; hacen lo mismo con la célula que servirá para dotar al clon de su patrimonio genético; a continuación, introducen el núcleo de esta célula en el óvulo enucleado y, mediante un estímulo eléctrico o químico, tratan de lograr la iniciación de los procesos de división celular que

caracterizan los primeros estadios de la vida humana. Si el procedimiento tiene éxito seguramente se aplicará la experiencia ya notable que los médicos han acumulado en las técnicas de fertilización in vitro y crioconservación de embriones, así como en la de transferencia de éstos al útero, sea para lograr la implantación del embrión resultante en el útero de una mujer y su posterior alumbramiento, caso de la clonación con finalidad reproductiva, sea para extraer de él las células de su masa celular interna, llamadas células estaminales o células troncales, caso de la clonación con objetivos terapéuticos{552}.

b. GEMELACIÓN O SEPARACIÓN DE BLASTÓMERAS

En 1993 los norteamericanos Stillman y Hall anunciaron al mundo que habían clonado embriones humanos; el procedimiento utilizado fue el de dividir los embriones una vez presentan dos células y, mediante una técnica muy novedosa, añadir una cubierta o membrana artificial, creada a partir de algas marinas, para cada célula independiente; así, éstas continuaron su división y dieron origen a embriones idénticos{553}. Todas las técnicas que sigan este patrón son consideradas procedimientos de clonación mediante gemelación o separación de blastómeras.

c. CLONACIÓN TERAPÉUTICA

La clonación se considera terapéutica cuando la técnica se aplica, con el procedimiento de transferencia nuclear, a partir de núcleos de cultivos celulares o de embriones preimplantatorios sin intención de producir un individuo clónico vivo, sino con el propósito de obtener cultivos de tejidos, en lo posible de órganos, para la reparación de los que presenten daños en un embrión, feto o individuo ya nacido. Las células que se utilizan para establecer los

cultivos son aquellas llamadas estaminales (stem cells) o troncales, llamadas así porque aún no están diferenciadas y, por lo tanto, conservan su multi o totipontencialidad{554}.

Al parecer, los científicos han utilizado hasta ahora dos fuentes de células estaminales dentro de la investigación tendente a obtener líneas celulares que puedan utilizarse con fines de transplante: a. La masa celular interna del embrión en su fase de blastocisto (técnica de Thompson); la extracción de estas células implica la destrucción del embrión; b. El tejido fetal obtenido de la región destinada a desarrollarse como testículos u ovarios en los fetos abortados (técnica de Gearhart){555}. Más recientemente se ha dicho que en el cordón umbilical y en los tejidos corporales del adulto podrían encontrarse también las mencionadas células.

El artículo 133 se refiere a la clonación en los siguientes términos:

Repetibilidad del ser humano. El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

Este artículo no sufrió modificaciones durante los debates en las dos cámaras del Congreso; tampoco fue motivo de objeciones para el Gobierno, precisamente porque no establece excepciones dentro de las conductas merecedoras de sanción. La exagerada amplitud de la descripción típica que, por una parte, abre de manera muy laxa el abanico de posibilidades en relación con los procedimientos para generar seres humanos idénticos y, por otra, no se limita en forma expresa a procedimientos artificiales, y por lo tanto exegéticamente hablando puede incluir dentro de los agentes del delito a los padres de gemelos univitelinos, no mereció los reparos de rigor.

Muchas dudas ha suscitado la ubicación sistemática de este delito dentro de aquellos contra la vida y la integridad personal. Si en el análisis se da preferencia al derecho a la

vida, la clonación que tenga éxito no lo atacaría: si se ha logrado mediante la división de blastómeras, se tendrían dos vidas en lugar de una; si mediante transferencia de núcleo, ni la vida ni la integridad de la persona —quizá tampoco del embrión, en su caso— de quien procede la célula cuyo núcleo se utilizó resultarían atacadas y, en cambio, una nueva vida se habría iniciado.

Si en el análisis de la norma se coloca el acento en la integridad personal, la duda es ante todo de carácter científico: ¿implica la clonación un ataque a aquella por el hecho de impedir la recombinación genética?

En el plano jurídico, como es sabido, se está abriendo camino el reconocimiento de los derechos a la identidad genética, a la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético humano{556}, a la individualidad, a la diferencia genética, etc. que podrían llegar a considerarse especies del derecho a la integridad personal. Con base en el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y en la aplicación de lo dispuesto por el artículo 93{557} de la C. N. con relación a los tratados y convenios que reconocen derechos humanos, podemos prever que en Colombia obtendrán pronto reconocimiento. Sin embargo, en el estado actual de la experiencia jurídica colombiana no se ve clara la correspondencia entre el tipo penal y su inclusión en el título de los delitos contra la vida y la integridad personal.

Lo anterior no significa que el legislador no pueda tipificar válidamente el delito, entre otras razones porque la creación de personas idénticas, cual sería el caso del empleo exitoso del procedimiento de clonación como técnica de procreación humana, saldría de la esfera privada, del ámbito de disposición reservado al ciudadano —donde el Estado no debe penetrar con sus sanciones—, para proyectarse en la zona externa donde campean los intereses y valores de lo público. Debe entenderse como una exigencia a quienes hacen las leyes de mayor cuidado en las elecciones sistemáticas que, creemos, no cumplen un papel meramente formal dentro del ordenamiento.

La descripción de la conducta delictiva como la acción de generar seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro procedimiento suscita algunos interrogantes; verbi

gratia: ¿incluirá la clonación por transferencia del núcleo de una célula embrionaria cuando el embrión del cual procede no se desarrolla? ¿Cómo se calificará la conducta de quien, dentro de una investigación legalmente aceptada, manipule genéticamente la célula cuyo núcleo se transfiere y la utilice para obtener un clon que, como es obvio, no tendrá la misma carga nuclear genética que el ser clonado?

De acuerdo con el tenor literal de la norma, la conducta del sujeto activo sujeta a la sanción de pena privativa de la libertad de dos a seis años es la de "generar seres humanos idénticos por clonación o cualquier otro procedimiento".

La interpretación es bastante difícil; el mismo verbo generar, cuya comprensión debería ser muy clara porque constituye, nunca mejor dicho, el núcleo del núcleo rector, no suele aparecer en los glosarios y diccionarios médicos.

Si, en cambio, tratamos de aclarar qué debe entenderse por seres humanos idénticos, subrayamos que existe diferencia de extremos en la consideración del status jurídico del embrión in vitro; que la discusión al respecto es un debate abierto, conocido por el gran público y con amplias implicaciones políticas{558}; que el Código introduce un término aún extraño al ordenamiento penal colombiano, en un capítulo del título dedicado a los delitos contra la vida y la integridad de las personas. El problema, como es obvio, está íntimamente ligado con el de la determinación del comienzo de la persona.

La Constitución colombiana, como la de muchos otros países, no establece cuándo comienza la existencia de las personas. El artículo 90{559} del C. C., que la Corte Constitucional declaró conforme con la Carta fundamental{560}, prescribe que la existencia legal de las personas comienza con el nacimiento. Los artículos 91 y 93 otorgan protección al nasciturus y le confieren algunos derechos, especialmente de carácter patrimonial, condicionados al nacimiento con vida{561}.

Con motivo de su intervención en procesos de tutela, la misma Corte ha dicho que los derechos fundamentales corresponden a la "persona" desde el momento de la concepción{562}, pero no ha tenido la ocasión de referirse a los embriones in vitro; lo ha hecho con relación al

nasciturus; sin embargo, ¿es el embrión in vitro un nasciturus? En el actual estado de la técnica diríamos que no: sólo la anidación y posterior desarrollo en el útero de una mujer lo coloca en condiciones de llegar al nacimiento. Además, en este punto, si concepción es un sinónimo de fecundación{563}, en la clonación por transferencia nuclear tal vez el problema mayor sea el de aclarar si se fecunda o no el óvulo. El "Consejo de investigación, tecnología e innovación" de Alemania afirma que en este procedimiento "no tiene lugar fecundación alguna"{564}, y la afirmación es clara por cuanto el gameto femenino no ha sido fertilizado por el masculino. Si se la entiende como acción y efecto de concebir, y este término significa quedar preñada la hembra{565}, en puridad de verdad el llamado "momento de la concepción" sería diferente para el óvulo fecundado fuera del útero.

A pesar de las apariencias, no está muy claro qué status corresponde al embrión in vitro en nuestro derecho, ya que la jurisprudencia constitucional existente se ha referido al nasciturus —las más de las veces en un contexto que pondera sus posibles derechos con los de la madre—, y son notorias las diferencias entre éste y el embrión en el laboratorio.

Mediante la sentencia C-013 de 1997, la misma Corte decidió sobre la constitucionalidad de los artículos 328, 345, 347 y 348 del Código Penal que se refieren al aborto; en ella afirmó: "la vida humana que el Derecho reconoce y que la Constitución protege tiene su principio en el momento mismo de la fecundación y se extiende a lo largo de las distintas etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno, continúa a partir del nacimiento de la persona y cobija a ésta a lo largo de todo su ciclo vital". Resulta un tanto contradictorio que el alto tribunal considere que la vida cuya protección corresponde al Derecho en sede de delitos contra la vida y la integridad personal comienza con la fecundación pero, al mismo tiempo, afirme que se extiende a través de las distintas etapas de la "formación del nuevo ser humano". ¿Se ha formado ya un nuevo ser humano, o está en formación? De la solución que se de a estos interrogantes dependerá la definición de problemas tan importantes como los de la consumación y la tentativa{566} en los delitos tipificados en el capítulo vIII del título I de nuestro Código Penal.

En sede penal, llama la atención que el artículo 134 del Código vigente trate como entidades diferentes los cigotos y los embriones. Igualmente, merecen particular atención las consideraciones que cuatro de los magistrados de la Corte Constitucional —integrada por ocho— realizaron en la aclaración de su voto a la sentencia que decidió la demanda presentada en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad contra el parágrafo del artículo 124 del C. P. En la aclaración es interesante observar la continua referencia a la gestación como proceso que, según el estadio de desarrollo en que se encuentre, determina una diferente medida de ponderación de los derechos constitucionales. En palabras de los magistrados: desde el punto de vista de tal ponderación "la protección de la vida adquiere mayor peso hasta volverse predominante con el paso del tiempo, en la medida en que ha evolucionado la gestación y se ha desarrollado el embrión hasta convertirse en un ser humano con tal capacidad física, sensorial y psíquica propia que podría sobrevivir fuera del vientre de la madre, o sea, que es viable"{567}.

No sería temerario pensar que el tiempo, o, mejor aún, el desarrollo del embrión{568} a través del tiempo, llegará a ser un criterio importante en las decisiones sobre la atribución del status jurídico al que se encuentre en el laboratorio, y, por consiguiente, en el establecimiento de las medidas de protección legal del mismo y en la interpretación de las normas penales pertinentes.

Volviendo al Código Penal observamos que el mismo título de los delitos contra la vida y la integridad personal contiene otro capítulo, el quinto, dedicado al delito de lesiones al feto. El artículo 134 se refiere al tráfico de cigotos y embriones; el 124 y el 187 al óvulo fecundado. Nos preguntamos: ¿óvulos fecundados, cigotos, embriones, fetos y seres humanos son especies del género persona? ¿Cuál es su diferencia específica? ¿El ser humano es diferente de la persona, del feto, del embrión, del cigoto y del óvulo fecundado? ¿Es aquel el género? Si la respuesta a la última pregunta es afirmativa, ¿por qué no se modificó la rúbrica del título? Tantos interrogantes despojan al tipo estructurado en el artículo 133 de las calidades constitucionalmente exigidas para garantizar plenamente los principios que fundamentan la legitimidad de las normas penales, tales como los de legalidad y defensa.

Según sea la respuesta sobre el significado de la expresión seres humanos, será la solución del problema de la tentativa en este delito.

Si el cigoto es un ser humano, el delito se habrá consumado una vez que con el estímulo eléctrico o químico apropiado haya comenzado el proceso de división celular; la introducción en el óvulo del núcleo de la célula que servirá para la transferencia, así como la aplicación del estímulo, pertenecerán a la tentativa.

Si, para entender que estamos en presencia de un ser humano, es menester la anidación del embrión en el útero femenino, es decir, la existencia del nasciturus, sólo a partir de la transferencia embrionaria podrá hablarse de delito consumado.

Finalmente, si entendemos que solamente cuando sea posible probar que existen dos personas, en el sentido que se pueda predicar de ellas el nacimiento con vida, con idéntica carga nuclear genética, y que esta identidad se debe a una intervención biotecnológica, se ha cometido el delito, el número de actos que serán meramente preparatorios será más amplio y el iter de la tentativa comenzará a recorrerse sólo desde la transferencia del o los embriones.

La denominada clonación terapéutica plantea en este campo problemas diferentes. Es verdad que en el estado actual de la técnica implica la destrucción de un embrión —preembrión, en la legislación española—, mas, tal como ya lo hemos señalado, no hay consenso en sector alguno de las ciencias, ni en los sistemas jurídicos, sobre el status del embrión in vitro{569}.

Si se acepta que el embrión en sus primeros estadios, por ejemplo, hasta la división en ocho células, no es una persona —tal vez tampoco una cosa, pues también en el derecho civil las divisiones sistemáticas están resultando insuficientes—, quien logre un embrión y le permita progresar hasta este estadio, para luego extraer su masa celular interna con el objeto de obtener tejidos para trasplante, no estaría “repitiendo” seres humanos en sentido técnico jurídico, y por lo tanto su conducta no quedaría cobijada por el tipo del artículo 133. La decisión de proceder a la utilización de las

células propias por el adulto que busca el clon para recobrar la salud pertenece a su esfera interna, al ámbito de elecciones —trágicas, por lo demás— que el sistema democrático le asegura{570}.

La solución sería contraria si se acepta que el embrión in vitro tiene el status jurídico de persona{571}.

En España, cuyo Código Penal contiene un artículo bastante parecido a nuestro artículo 133, el "Comité de expertos sobre bioética y clonación", en el informe ya citado, recomendó mantener al margen del derecho punitivo o sancionador la clonación de células pluripotentes humanas con fines no reproductivos{572}. Del texto íntegro del documento puede deducirse una tendencia hacia la eliminación de la sanción penal para la clonación terapéutica, pero no quedan claros los límites entre ella y la reproductiva y, quizá tampoco, los que puedan diferenciar el procedimiento de creación de embriones de aquello que los expertos españoles consideran meras "fecundaciones de óvulos humanos"{573}.

El Consejo de Estado francés se situó en la misma línea del Comité español dentro del debate abierto para revisar las llamadas leyes de bioética de 1994[{574}].

4. FECUNDACIÓN Y TRÁFICO DE EMBRIONES HUMANOS

El siguiente era el texto del artículo 134 en el proyecto de la Fiscalía:

Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana o a la investigación científica en los términos señalados en el artículo 132, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

Esta norma también mereció las objeciones del Gobierno, porque, según sus palabras, “desconocía el principio del respeto a la dignidad humana consagrado en el artículo I .° de la C. N., el cual exige que todo ser humano sea reconocido como fin en sí mismo y que, por ende, excluya que un ser humano pueda ser convertido en objeto de explotación para beneficio de otros, así sean altruistas las finalidades perseguidas”{575}.

También estimó vulnerados los artículos II y 12 de la C. N. El primero, porque el embrión objeto de investigación sería destruido; el segundo, porque la investigación viola el derecho del embrión a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, y convierte a un ser humano en mero objeto al servicio de los investigadores.

Este último argumento gira en torno de uno de los problemas esenciales del derecho actual: la definición del status jurídico del embrión humano, que, según hemos venido afirmando en este trabajo, atañe a todos los delitos de manipulación genética.

El artículo aprobado en forma definitiva por el Congreso está bastante lejos de las propuestas gubernamentales; aunque no corresponde literalmente con el propuesto por la Fiscalía, lo sigue en sus líneas esenciales:

Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título.

Conviene señalar que en el artículo 134 los redactores cometieron un error científico porque en su rúbrica hablan de la fecundación de embriones, y éstos son precisamente el resultado de la fecundación de los óvulos y no necesitan fecundación posterior para desarrollarse; igualmente, que no respetaron el principio de proporcionalidad de las penas por cuanto señalaron la misma para quien trafique con gametos que para quien lo haga con cigotos y embriones, si bien es claro que los gametos –óvulos y espermatozoides– no merecen la misma consideración jurídica que las restantes entidades citadas en la norma.

Subrayamos que este artículo, como lo hace también el 132, deja por fuera de su campo de acción los tratamientos terapéuticos y la investigación orientada a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad; es decir, no se aparta de lo tradicional: la investigación y la experimentación sobre humanos han existido desde siempre, los protocolos científicos se han venido depurando con la marcha secular de la cultura y el Derecho ha afinado los controles en este punto{576}.

La ausencia de normas extrapenales que sirvan de base a la interpretación hace difícil establecer con nitidez el significado del verbo traficar que el Código Penal emplea, a veces como género de las diversas acciones encaminadas a poner en circulación sustancias prohibidas, como es el caso del artículo 376{577}, y en otras usa como un elemento más de la enumeración de acciones ilícitas que tienen por objeto bienes especialmente protegidos, como en el artículo 328{578}.

¿Fiscales y jueces entenderán que la liberalidad que preside normalmente las relaciones entre los donantes y los bancos de gametos y embriones excluye estos “negocios jurídicos” del sentido antijurídico de ese verbo? Es lógico que así se haga; existen normas administrativas que reglamentan su funcionamiento.

¿Cómo interpretarán la conducta de los administradores de tales bancos que cobran alguna suma por el cuidado y crioconservación de aquellos? La regulación de este cobro debe permanecer atribuida a la competencia del derecho civil o del administrativo, no del penal, porque corresponde a la retribución de servicios técnica y lícitamente prestados, para evitar daños a los gametos y embriones confiados al cuidado de tales instituciones.

¿Debe entenderse que se incurre en este delito cuando se insemina artificialmente a una mujer que hace las veces de madre portadora o se le transfiere a ella un embrión "creado" in vitro? La penalización de los contratos de gestación sustitutiva, ya sea directamente, o por la puerta falsa, como sería este caso, nos ha merecido siempre un rechazo rotundo, entre otras cosas porque determina, sin fundamento suficiente, que una persona nazca con el estigma de hacerlo en el marco de un delito; muy diferente es la situación de quienes sirven de intermediarios retribuidos en este tipo de contratos cuya situación no fue prevista en la Ley 599 de 2000.

5. ALGUNAS HIPÓTESIS POSIBLES DE CONCURSO DE DELITOS

a. Pongamos en relación la "repetibilidad del ser humano" con el tipo descrito en el artículo 132.

En la literatura especializada encontramos dos posiciones contrarias: I. La de quienes sostienen que la clonación encierra manipulación de los genes en cuanto el óvulo es desprovisto de su carga genética{579}, y II . La de aquellos que exigen, para hablar de manipulación genética, una intervención sobre los genes que se expresarán en el clon{580}.

Opinamos que la clonación por sí sola no supone la actuación sobre los genes para modificarlos o alterarlos; cuando ésta se presenta entrará en el escenario la figura de los concursos.

b. ¿Podrían, de algún modo, converger la conducta en que consiste el delito de “repetibilidad del ser humano” y aquella que se tipifica como delito de aborto?

La pregunta tiene sentido en cuanto es posible que los embriones que se pretende repetir hayan sido extraídos de la mujer, antes de la anidación, mediante técnicas de lavado uterino{581}.

Si se puede afirmar la existencia del aborto por la sola expulsión o extracción del cigoto, del embrión o del feto, el concurso existiría; si es necesario que se produzca la muerte, no se presentaría. El problema se puede plantear a propósito de técnicas más simples y menos experimentales que la clonación; por ejemplo, ¿cómo se calificaría la extracción si el embrión conserva su viabilidad y es objeto de transferencia posterior al útero de la misma mujer o de otra?

c. El delito de manipulación genética puede concurrir tanto con el de lesiones personales como con el particular de lesiones al feto, ya en la modalidad dolosa, ya en la culposa.

d. Aunque un poco más difícilmente, podría darse el concurso de ese delito con el de homicidio doloso o culposo.

e. Interesantes problemas plantea la posibilidad de concurso entre la inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentida, que sanciona el artículo 187 del C. P., y el genocidio, mediante la conducta descrita en el numeral 2 del segundo apartado del artículo 101 del mismo Código: embarazo forzado. En el primero se sanciona el mero hecho de inseminar o transferir el óvulo fecundado; en el segundo, es necesario que el embarazo se produzca con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley. Si existe este propósito y se realiza la inseminación pero no se obtiene el embarazo, ¿estaremos en presencia del delito contra la autonomía personal, o de la tentativa de genocidio? No parece que un simple criterio estadístico sea suficiente para aclarar la duda, porque, aunque la descripción del genocidio se refiere a los grupos, el delito se comete contra “sus miembros”, uno o varios.

6. APLICACION NO CONSENTIDA DE LAS TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA)

El Código de 1980 incluía ya un delito que tiene relación con las técnicas de procreación humana asistida médicamente pero que no implica manipulación genética.

El artículo 280, dentro del capítulo de los delitos contra la autonomía personal, preveía la sanción de seis meses a cuatro años de prisión para quien inseminara artificalmente a una mujer sin su consentimiento. El apartado segundo contemplaba agravante punitivo hasta en la mitad si se trataba de mujer casada y la inseminación había sido heteróloga, o de soltera menor de dieciséis años.

Muchas críticas recibió la norma porque no incluyó otras trha , aunque algunas, como la fivte , ya eran conocidas en el país en esa época.

El nuevo Código Penal tipificó este delito en el artículo 187:

Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud, se le impondrá también la inhabilitación para el ejercicio de la profesión hasta por el mismo término.

La pena anterior se aumentará hasta en la mitad si se realizare en menor de catorce años.

Se aumenta el quantum punitivo para la aplicación de las trha en mujer menor de catorce años, mas no para aquella que se realiza en mujer casada con semen de un tercero. En nuestra opinión, el nuevo artículo es, en este aspecto, más coherente con la ubicación sistemática del tipo, que no se clasifica dentro de los delitos contra la familia sino, como hemos dicho, dentro de aquellos que atentan contra la autonomía personal.

La comisión de la Fiscalía introdujo el delito en el proyecto de nuevo Código Penal aunque el fiscal general, Alfonso Gómez Méndez , había criticado su presencia en el antiguo con las siguientes palabras: “Me parece que con esta disposición el legislador ha pretendido adelantarse a las situaciones, pues hasta ahora los jueces solo han tenido que ocuparse de las inseminaciones ‘naturales’. Estos fenómenos son propios de países con problemas demográficos, y con un mayor grado de desarrollo científico, supuestos ambos que no corresponden a las condiciones del país. No puede dictarse un código –en cualquier rama pero especialmente en la penal– pensando en las situaciones excepcionales, sino en las de carácter general, y de alguna ocurrencia. No tendría sentido, por ejemplo, que en Colombia se legislara ahora sobre los hechos indebidos que pueden cometerse en los viajes espaciales”{582}.

Seguimos sin participar en los viajes espaciales, pero el número de centros que reportan sus actividades clínicas al Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida continúa en aumento. Por si fuera poco, la misma Constitución reconoció en 1991 la importancia del fenómeno que ha significado en Colombia la aplicación de las TRHA , y hace mención de él en el apartado seis del artículo 42.

Como la aplicación de las técnicas de asistencia médica a la reproducción humana sin contar con el consentimiento de la mujer está contemplada en el mismo Código como circunstancia atenuante de punibilidad para el delito de aborto (art. 124), y como elemento del tipo de abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas (art. 128), se ha dicho que se presenta un problema inquietante: ¿debe estar demostrada, mediante sentencia condenatoria previa, la existencia de la inseminación artificial no consentida, o basta la afirmación de la presunta inseminada? El interrogante se ha contestado en el sentido de aseverar que, “para los efectos del proceso de adecuación típica o de atenuación punitiva, según el caso, si existe solidez probatoria debe aceptarse la versión indivisible de la mujer que dice haber sido inseminada artificialmente, con fundamento en el principio in dubio pro reo, en los casos en que no haya existido proceso penal o no pueda plantearse la prejudicialidad”{583}.

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

Delitos contra las "personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario" (a propósito de la configuración de los delitos "contra la humanidad")

PRESENTACIÓN

Se requiere, en punto de colaborar a la interpretación, unas palabras acerca de los delitos “contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, y lo haremos desde dos aristas, la primera como desarrollo de los tratados, instrumentos y documentos internacionales, y luego, con relación a la rúbrica penal vigente. Por lo tanto, es menester realizar una panorámica con respecto al trípode de crímenes contenidos en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, para luego confrontarla con la legislación colombiana, en el entendido y en relación con la obligación de implementación que por la firma, y ahora por la ratificación del Estatuto, ha surgido.

Iniciemos recordando que las expresiones de lesa humanidad y violaciones al derecho internacional humanitario (DIH) han tenido un recorrido proteico o confuso y un devenir en busca de su definición o precisión. Confuso o proteico, en el sentido de encontrarse allí, en dichas expresiones, toda manifestación de acto violento, atroz o bárbaro, lo que hace que sean utilizados como el referente cotidiano de exposición noticiosa. Y en busca de definición, pues se han decantado a tal punto que, fuera de constituir un género de situaciones, hoy son unas instituciones precisas, por lo menos en el marco del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

En el núcleo de la discusión se encuentran tanto las relaciones entre derechos humanos y el DIH como el concepto y aproximación que, en derredor de la expresión “población civil”, han efectuado los operadores y estudiosos del DIH.

De otro lado, en la hora actual del mundo, el estudio y socialización de los conceptos de derechos humanos y de dih se han impuesto; como que la persona se los ha apropiado, y aún más, fuera de los esfuerzos de los teóricos, desde las aulas primeras se han comenzado a manejar estos temas, otrora propiedad de algunos o reflexión de Estado o de funcionarios.

Entonces los atentados o macrovulneraciones de antaño, justificables por el argumento relativista, en postura del cínico o del escéptico, la inercia producida por la noticia, por la presentación de los hechos, se reemplazan hoy por la incomprensión, el repudio a los hechos atentatorios contra la humanidad toda. Allí el derecho a proteger, la fórmula de tutela, será, indiscutiblemente, más que la condición humana, la humanidad, en relación e imagen de la persona humana. Esa es su medida, esa es su finalidad. El panorama presentado por Camus sobre lo desproporcional y diabólicamente permitido, aceptado y compartido, sin reacción y con inercia, sea referente en este punto{584}. La barbarie debe cederante un ethos público, como se señalaba en la Pandora, entre lo miserable y la esperanza{585}.

Ahora nos hallamos ante la óptica de la madurez en la protección de los derechos humanos y de la aplicación del DIH.

Decíamos que en el centro del debate y discusión se encuentran la relación y la diferencia entre los derechos humanos y el DIH . Veamos.

De una parte, la guerra es una constante. La guerra y la reflexión que sobre ella se realiza imponen la necesidad de elaborar reglas y normas para su conducción, lo que permite, no que la guerra se acabe, sino que sus consecuencias sean lo menos superfluas o graves posibles. La comunidad internacional, ante tal situación y hecho, ha configurado un conjunto de referencias o umbrales de protección, que en la hora actual se han convertido en norma. Tal es el caso de los derechos humanos y del DIH.

Los derechos humanos, en primer término, son de obligatorio cumplimiento, especialmente para los Estados. Su incumplimiento o su desconocimiento no son hoy asunto interno de un Estado, sino interés de la comunidad internacional. Nada puede oponerse a ello, ni siquiera los conceptos de soberanía ni la no intervención o autodeterminación de los pueblos. Igual sucede con el dih : ha de respetarse cualquiera sea la postura de las partes en un momento de conflicto, sin que se pueda oponer a tal exigencia el hecho de no haber intervenido en la elaboración del tratado o no ser Parte en él a la entrada en vigencia, pues las protecciones allí establecidas son de tal

naturaleza que se dirigen es a la población civil, en cuya configuración y estimación está interesada la humanidad entera por el hecho de pertenecer a ella, sin respecto de lugar, raza o condición.

Veamos entonces las relaciones y diferencias que existen entre derechos humanos y DIH :

Los derechos humanos se aplican en toda situación, son promocionales, protegen a la persona sin distinción, su cumplimiento legitima la autoridad; el DIH se aplica en circunstancias de conflicto, es de supervivencia, protege al no combatiente, impera el principio de distinción, no tiene relación con la autoridad y la legitimidad de la misma. Y esto otro:

Por lo que atañe al derecho escrito, el DIH comenzó con el primer Convenio de Ginebra, en 1864, y los derechos humanos comenzaron con la Declaración Universal de 1948.

Pero, por lo que respecta a las ideas, estos dos movimientos tienen el mismo origen histórico y filosófico: tanto uno como otro nacieron, en la noche de los tiempos, de la necesidad de proteger a la persona humana contra las fuerzas que la amenazan. Sin embargo, de este concepto surgieron dos tendencias distintas: limitar los males de la guerra y defender al ser humano contra la arbitrariedad. En el transcurso de los siglos, han seguido un desarrollo paralelo.

Evidentemente, los derechos humanos son los principios más generales, mientras que el derecho humanitario es de índole particular y excepcional, pues comienza a aplicarse en el momento preciso en que la guerra llega a impedir o a restringir el ejercicio de los derechos humanos.

Pero los dos sistemas jurídicos son diferentes, porque si el derecho humanitario sólo es válido en caso de conflicto armado, los derechos humanos se aplican prácticamente sobre todo en tiempo de paz, ya que sus instrumentos contienen cláusulas derogatorias para los casos de conflicto. Además, los derechos humanos se derivan esencialmente de las relaciones entre el Estado y los propios súbditos, mientras que el dih depende de las relaciones entre el Estado y los súbditos enemigos.

En conclusión, ambos sistemas están próximos, pero son distintos y deben continuar siéndolo. Son complementarios e incluso se completan admirablemente{586}.

Y hoy podemos decir que el incumplimiento a los derechos humanos y la violación del dih son, sin duda, “crímenes contra la humanidad”.

En esta primera precisión, retomando al autor en cita, se puede establecer cómo uno y otro son diferentes, son complementarios, lo que indica que los crímenes de guerra, de lesa humanidad y de genocidio no poseen diferencia en la regulación así observada, sino en cuanto se logre su determinación y precisión mediante el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, y solo para los efectos de dicho Estatuto. Queda claro que la diferencia y especificidad de cada crimen se encuentra en el Estatuto de Roma, pero no se agota allí, pues las zonas vuelven a ser compartidas en cuanto a los hechos y violaciones que no se refieran o no sean de competencia (jurisdicción) de la Corte Penal Internacional. El debate continúa, por este margen y por la zona compartida entre “conflicto armado” y situaciones de “normalidad”, como lo veremos más adelante, especialmente en punto del concepto y precisión de “población civil”.

B. ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TUTELA

I. “ PRINCIPIOS” A PROPÓSITO DE LA CONCEPTUALIZACIÓN

En cuanto hace relación a la determinación genérica de la tutela, es necesario plantear los principios generales, en punto de la configuración de la tutela a la población civil.

Así las cosas, antes de adentrarnos en el plano de la definición y de los criterios utilizados en los Convenios de Ginebra, es menester partir del supuesto y resaltar unos principios que orienten, desde el plano de los conflictos, la protección{587}. Son principios aplicables a las víctimas en los conflictos:

– Primero, el principio de neutralidad, según el cual la asistencia humanitaria no implica injerencia en el conflicto. El socorro es siempre lícito; postulado que finca su aceptación desde 1864 (art. 27 parág. 3 Convenio 1 de 1949; art. 64 parág. I Protocolo 1; y art. 70 Protocolo).

En consecuencia, las acciones humanitarias, así referenciadas, tienen por objeto, en verdad, la protección de la población civil, como ha sido contemplado dentro de los Convenios de Ginebra. No obstante, para los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, se ha de resaltar, no el momento ni las circunstancias de su comisión, sino su finalidad: al ser la protección de la población civil, quienes realizan la tutela o la acción humanitaria quedan como sujetos protegidos.

Debemos insistir en que, aunque se toman las normas de los Convenios, su finalidad es ampliada, y por ello diversa a la circunstancia de antaño regulada.

Como desarrollo de lo anterior, con tal metodología de interpretación surge la prohibición para todo el personal en labores humanitarias de llevar a cabo acto alguno de hostilidad, que en términos transportados corresponde a la no colaboración con los perpetradores del ataque o con las fuerzas que realizaron o realizan el ataque. No es viable,

por este medio, en especial frente y a consecuencia del "conflicto", y en momentos de paz relativa, otorgar siquiera información sobre heridos o enfermos (que establece, como se verá, una especial condición de privilegio, que llega hasta el marco judicial, de la Corte Penal Internacional). Y, de otra parte, surge la garantía de imposibilidad de represalia a causa o por razón de la asistencia humanitaria prestada.

En suma, se reitera: el principio de neutralidad se aplica de manera directa al conflicto, por cuenta de los Convenios de Ginebra. Empero, ya se observa, desde el punto de vista finalístico, la utilidad del mismo, tanto para quienes son víctimas como para aquellos que prestan la asistencia, punto éste de coincidencia para la reestructuración de la condición de población civil.

– El segundo principio es el de normalidad, que consiste en que las personas protegidas deben poder llevar la vida más normal posible. Se concreta el principio en que el cautiverio por razón o desarrollo del "conflicto" no es un castigo sino un medio para evitar mayores consecuencias adversas en quien lo padece.

Transportar el principio a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio es bien complejo, pero, en verdad, posible ante el hecho de propender por que la población civil pueda volver a la vida cotidiana, cuando los elementos que permitieron su afectación sean superados o, al menos, minimizados. Teleológicamente observado, el principio de normalidad reitera la ajenidad que deben tener dichas personas con respecto al ataque, lo cual constituye, también, una tutela internacional y, al mismo tiempo, la concreción del crimen. Lo primero, la tutela, pues es una aspiración o promoción propia de los derechos humanos; lo segundo, pues la población civil siempre está y debe ser ajena a los ataques y vulneraciones, cualquiera sea el perpetrador.

Tal diseño nos lleva al tercer principio, el de protección, que consiste en que en un conflicto el Estado ha de asumir la protección de las personas que están en su poder; tal es el presupuesto ineludible de los Convenios de Ginebra, lo cual se hace patente en tres cláusulas: el prisionero no está en manos de la tropa, sino en manos de la potencia a la que ellos pertenezcan; el "enemigo" es responsable de la suerte

de los prisioneros que guarda, y las víctimas tendrán protección internacional y nacional.

Lo anterior, mutatis mutandi, se ha de aplicar a los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, resaltando la protección internacional de la "población civil", es decir, la última cláusula. La protección significa, en el contexto de las normas, que el ataque contra la "población civil" no exime de responsabilidad a quien lo realiza; por el contrario, lo hace responsable de las consecuencias, frente y con respecto al ataque, y de los hechos posteriores. En suma, frente a este principio, la población civil posee especial tutela internacional, y por ello el cuidado en la constitución y redacción de la figura del crimen de lesa humanidad y, por esa vía, del delito o crimen de genocidio. Tal como está prohibido el ataque contra la población civil en los crímenes de guerra, por violación a la protección, igualmente se hará la misma reflexión en los casos de los crímenes de genocidio y de lesa humanidad, cuando la protección se haya desconocido. Por ello, es irrelevante que exista conflicto o se presente una posibilidad de paz relativa (por causa del ataque).

Así las cosas, podemos decir que los principios mencionados resaltan la protección a la población civil que se ha transformado en víctima, independientemente del lugar que ocupe en la sociedad o de la forma o desarrollo del conflicto y, ahora, por razón del transporte conceptual a los otros crímenes, de la forma o situación del desarrollo de la acción.

2. ORIGEN DE LA CONCEPTUALIZACIÓN DE LA TUTELA

Los comentaristas han venido utilizando un conjunto de expresiones que, en el criterio de la legislación colombiana, hacen coincidir la protección de la población civil con la tutela a la vida, por varias razones, entre otras, su ubicación en el Código Penal. Ello conduce a una inconsistencia en el concepto y contenido de la protección, como se detallará adelante.

Sea lo primero afirmar que quienes hacen coincidir vida y tutela internacional pueden estar sugiriendo una mediatización de la vida, como objeto de protección. Tal apreciación es errada, pues se ha de decir, y con especial contundencia, que la tutela supera e incluye la protección a la vida.

Obsérvese cómo el derecho penal que aquí se maneja no es el tradicional en que se tutelan los intereses particulares o individuales; el marco de protección que en el mundo de hoy se ofrece, en el que los ataques no son individuales sino colectivos, y la lucha contra tales manifestaciones y actos no puede ser respondida con el mero instituto del concurso de hechos punibles, instituto éste que queda a salvo para lo ordinario, mientras que el nuevo instituto, es decir, el de la protección, será aplicable dentro del marco del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, a otra realidad que supera la imaginación.

El derecho penal, por supuesto, es instrumento de prevención y represión; no es solo un instrumento simbólico{588}; es posible que se quiera que sea un

Derecho penal mínimo, cuando sea posible su verificación ajena a las grandes macrovulneraciones. En ello debe ser celoso el legislador.

Sin embargo, la comunidad internacional, y desde luego los Estados considerados particularmente, parten de otros supuestos: observan los hechos y comienzan la traducción penal, que se logra mediante la posibilidad de crear o reconocer los hechos sucedidos para, si es necesario, aplicar correctivos. Tal fue la consideración de posguerra. Veamos:

[A] tres meses de acabada la guerra en Europa, el I8 de agosto de 1945, los países aliados y vencedores -Gran Bretaña, la Unión Soviética, Estados Unidos y Francia- firmaron en Londres el acuerdo para la formación de un Tribunal Militar Internacional que juzgara a los criminales más connotados de la guerra. El acuerdo tipificó los crímenes a ser juzgados:

I. Crímenes contra la paz, o sea planear, preparar, iniciar o amenazar con una guerra de agresión, o una guerra que viole tratados, acuerdos o seguridades internacionales, o la participación en un simple plan o conspiración para lograr cualquiera de los antes mencionados.

2. Crímenes de guerra, o sea la violación de las leyes y/o costumbres de la guerra. Tales violaciones deben incluir, pero no deben estar limitadas a, asesinato, maltrato o deportación para trabajo esclavizado o para cualquier otro propósito de población civil de o en territorios ocupados, asesinato o maltrato de prisioneros de guerra o personas en el mar, apropiación de propiedad pública o privada, innecesaria destrucción de ciudades, pueblos y aldeas, o devastación no justificada por necesidades militares.

3. Crímenes contra la humanidad, o sea asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil antes o durante la guerra, o persecución por motivos políticos, raciales o religiosos, al ejecutar o en conexión con cualquier crimen dentro de la jurisdicción del tribunal, en violación o no de leyes locales en el país donde sean perpetrados{589}.

El estado del arte{590} va aumentando su dinámica, y lo hace perfilando instrumentos internos e internacionales. A ello nos dedicaremos.

C. LA TUTELA EN LOS CRÍMENES DE GUERRA O EN LOS DELITOS CONTRA LASPERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

I. EL DERECHO INTERNACIONAL

HUMANITARIO Y LAS TUTELAS

Las normas del DHI en cuanto a protección de personas y bienes obligan a los contendientes en todo tiempo y lugar a determinadas conductas en cuanto se refiere al tratamiento de heridos, enfermos, métodos de guerra, etc. Esta obligación surge para las partes (partes con p minúscula, que es diferente a partes con P mayúscula, que refieren a los Estados), es decir, para los actores del conflicto.

El derecho de La Haya se refiere a los derechos y deberes de los beligerantes, a los límites para causar daño al enemigo que se encuentran en la Declaración de San Petersburgo de 1968, en la Declaración sobre armas que se hinchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano de 1889, y en los Convenios de La Haya de 1889. Idea de especial valía se encuentra en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales.

Colombia ha adoptado casi todos los tratados internacionales relativos a la regulación de las hostilidades, límites a la guerra, protección de personas y objetos, usos y límite de armas. Así:

I. Mediante la Ley 5.a de 1960 aprobó los cuatro Convenios de Ginebra, a saber:

A. Para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.

B. Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

C. Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

D. Relativo a la protección de la población civil.

2. La Ley 29 de 1930 aprobó el Tratado sobre la renuncia a la guerra.

3. La Ley 17 de 1930 aprobatoria de la Convención relativa a los Deberes y Derechos de los Estados en casos de luchas civiles.

4. La Ley 10.a de 1980 aprobó el Tratado relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y medios bacteriológicos.

5. Además, Colombia aprobó en 1992 el Protocolo I y, mediante Ley 171 de 1994, el Protocolo 11 relativo a la protección de las víctimas en conflicto armado sin carácter internacional.

Tal como lo hemos señalado en otras oportunidades, este conjunto de normas ingresó al llamado "bloque de constitucionalidad", y hace parte de la llamada "globalización de la justicia o globalización de la persecución a los macro atentados a nivel internacional".

Así pues, compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano con la firma o suscripción y posterior ratificación de tales instrumentos otorgan el carácter obligatorio a su cumplimiento por vía del bloque de constitucionalidad, el cual actúa en señalamientos mínimos y genéricos con respecto a las diferentes circunstancias que regula: en el marco de los derechos humanos, como barrera de contención del Estado, y en el marco del DIH , como mínimos regulativos del conflicto internacional y del conflicto no internacional. Empero, ambos son protección a la persona humana y, por ella, a los bienes que producen el concepto de protección.

Por lo tanto, debemos reiterar que al haber ratificado Colombia los cuatro Convenios de Ginebra y los Protocolos es Parte y por ello, ha de cumplir estos propósitos mínimos, y que, en tratándose de un conflicto no internacional, posee las obligaciones de los Convenios y Protocolos, en especial en el cumplimiento de la norma del artículo 3.º común, obligaciones que no solo lo son para el Estado sino también para los combatientes, es decir, para las partes en conflicto. La expresión "combatiente" incluye tanto al Estado colombiano como a todos los grupos irregulares, pues

combatiente es un vocablo relacionado con el conflicto y, por tal razón, caben allí la insurgencia, los grupos de autodefensa y las fuerzas armadas. La guerra no posee calificativo diferente a la de combatiente.

2. LA PROTECCIÓN O TUTELA FRENTE A LA POBLACIÓN CIVIL

La protección otorgada inicia su eficacia en cuanto se hable de enfermo, herido, náufrago, es decir, no combatiente, y, dentro de ellos, por supuesto, la población civil, que encuentra su protección en tanto y en cuanto no realice actividades bélicas, pues de hacerlo dejará de ser no combatiente, para convertirse en combatiente.

Se debe tener claro, entonces, que los combatientes lo son por razón del conflicto y dentro del marco del conflicto; que los bienes protegidos lo serán en cuanto presten un servicio humanitario, como es el caso especial del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) o de la Media Luna Roja (que también son personas protegidas), o de los hospitales, las clínicas, los centros religiosos, que lo serán en cuanto presten sus servicios a los no combatientes, y especialmente a la población civil.

Presentamos ahora los señalamientos internacionales.

a. MARCO GENERAL

De interés para nuestra presentación resulta ser el análisis tanto del artículo 3.° común de los Convenios de Ginebra como de la regulación contenida en el Estatuto de Roma.

Con respecto al artículo 3.° común a los Convenios de Ginebra, debemos afirmar en principio lo siguiente:

La norma:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

I. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate, por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a.Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios.

b.La toma de rehenes.

c.Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.

d.Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.

A su turno, el Protocolo II completa y desarrolla el artículo 3.° común. Así se detalla en el artículo del instrumento:

Artículo I.°Ambito de aplicación material

I. El presente protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3.° común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo I.° del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados

internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo dirección de un mando responsable ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo.

2.El presente protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos que no son conflictos armados.

El artículo 3.° común y, por su parte, el Protocolo II se limitan a enunciar normas mínimas fundamentales; su texto establece principios que, en ocasiones, han dado lugar a interpretaciones restrictivas.

El artículo 3.° común se refiere a las partes en conflicto no internacional, que, complementado con el Protocolo 11, determina cuál es el sujeto activo de la infracción: las fuerzas armadas del Estado, las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, siempre que tengan un mando responsable y control territorial que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

Entonces, podemos decir que no todo conflicto dentro del ámbito territorial de un Estado se considera no internacional, pues para que ello ocurra se deben dar los parámetros que establece la norma. Estos instrumentos internacionales excluyen de los supuestos de conflicto no internacional los que se puedan catalogar como disturbios internos.

b. PERSONAS PROTEGIDAS

El artículo 3.° común también determina cuáles son las personas protegidas, como se deduce del numeral I del mismo:

I. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate, por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

El artículo 3.° común precisa cuáles son los atentados contra dichas personas, entre otros: contra la vida, la toma de rehenes, contra la dignidad, las condenas dictadas y ejecuciones sin previo juicio.

Por su parte, el Protocolo 11 determina cuáles son las garantías y el trato. Garantías fundamentales como el trato con humanidad sin distinción desfavorable, la prohibición de ordenar que no haya supervivientes, los castigos colectivos, los actos de terrorismo, la esclavitud, el pillaje y las amenazas de realizar los actos mencionados. Igualmente, propende por un cuidado especial a los niños en su educación, en su reunión con las familias, porque no sean reclutados y no tengan contacto con las hostilidades (art. 4.°).

De este mismo Protocolo II se extraen las normas que se han de aplicar frente a las personas privadas de la libertad, a los heridos, el trato humano con heridos y enfermos, el socorro, la asistencia espiritual, el trabajo, la protección de la mujer, la correspondencia, la distancia de detención o internamiento lejos de la zona de combate, el examen médico y la garantía de seguridad cuando sean liberados (art. 5.°).

A su turno, se regulan las diligencias penales: el procedimiento, el derecho de defensa, la preexistencia de ley, la presunción de inocencia, la presencia de la persona para ser juzgada, el derecho a no autoincriminarse, los recursos judiciales a la condena, la prohibición de pena de muerte contra menores de 18 años o mujeres embarazadas o madres de niños de corta edad, y la posibilidad de amnistías amplias a la cesación de hostilidades (art. 6.°).

Entonces, tenemos que dentro de las personas protegidas se encuentran los enfermos, los heridos y los náufragos, a quienes se debe trato igualitario sin distinguir si esas personas hayan tomado o no parte en el conflicto, sin distinguir la naturaleza del delito; también se halla protegido el personal sanitario y religioso, las personas que integran la misión médica, las unidades y medios de transporte sanitario. Para ello se utilizan los distintivos de la Cruz Roja, la Luna Media Roja o el León, que serán ostentados cuando se esté en cumplimiento de esa misión y no podrán ser utilizados indebidamente (arts. 7.° a 12).

Hay que advertir que los combatientes pueden dejar de serlo, y en ese momento empezarán a gozar de la protección, pero también que pueden ser procesados por las infracciones que hayan cometido al DHI desde el punto de vista del Derecho Interno, como también, en su momento, podrán serlo por la Corte Penal Internacional.

Ahora bien, la relación establecida en el artículo 3.° común, y la definición de exclusión contenida en el Protocolo II , dan la distinción entre conflicto armado internacional y conflicto no internacional. Por manera que los sujetos de derecho que se enfrentan difieren según la categoría del conflicto. En un conflicto armado no internacional se enfrentan partes cuyo estatuto jurídico es fundamentalmente desigual. Por ello, la aplicación del artículo 3.° común “no surtirá efectos en el Estatuto Jurídico de las partes en conflicto”, es decir, no se puede hablar allí del antiguo concepto de beligerancia.

A su turno, surge la inquietud acerca de cuál es el criterio para determinar la existencia de un conflicto no internacional. Luego de grandes esfuerzos se definió el conflicto no internacional con tres elementos de interés: a. Mando responsable; b. Control sobre una parte del

territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, y c. Capacidad de aplicar el Protocolo.

Así las cosas, estos elementos se constituyen en ingrediente normativo, que ha de estudiarse cuando se trate de aplicar el derecho interno, y hacen parte del ámbito de aplicación contenido en el artículo 1.° del Protocolo II .

c. BIENES PROTEGIDOS

Así mismo, al establecerse una especial protección a la población civil se otorga protección a los bienes necesarios para su supervivencia; protección a las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, como presas, diques, centrales nucleares, por el riesgo que corre la población civil; protección a los bienes culturales y lugares de culto, como monumentos históricos, obras de arte, lugares de culto que constituyen patrimonio cultural o espiritual de los pueblos; prohibición de los desplazamientos forzados salvo razones militares imperiosas; y, por último, protección a las sociedades de socorro y acciones de socorro, como la Cruz Roja, etc. (arts. 13 a 18).

Como se observa, el artículo 3.° común y el Protocolo II contienen ingredientes normativos del tipo, y consideramos que en tema de protección no pueden existir interpretaciones restrictivas.

A su turno, en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, artículo 8.°, se determina el contenido de la protección y la diferencia existente entre conflicto internacional y conflicto no internacional{591}.

Lo primero, pues determina y concreta las tutelas y protecciones en personas y bienes; lo segundo, pues de la textura y orden del artículo se concluye la diferencia, que se alcanza a primera vista.

3. EN LA LEGISLACION INTERNA

a. DE LA PRESENTACIÓN EN EL MARCO INTERNO

En la exposición de motivos, al proyecto de ley por el cual se expide el Código Penal se afirma que dentro del marco de la novedad y actualización se encuentran los delitos contra las personas y bienes protegidos por el DIH :

Complementariamente a lo anterior, los nuevos bienes de naturaleza colectiva apreciados por la sociedad colombiana en evolución tienen también su respaldo en este proyecto, pues será tema de debate la inclusión en el catálogo punitivo, de la manipulación genética o los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH , entre otros{592}.

La aludida exposición de motivos divide en dos capítulos el tema objeto de análisis, refiriéndose por una parte a “Los delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” y por otra parte a “Los delitos de graves violaciones a los derechos humanos”{593}.

En el acápite correspondiente a los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH precisa el alcance de este bien jurídico protegido, como que es una referencia y relación al DIH que busca humanizar los conflictos armados reglando la conducción de hostilidades y buscando la protección de las víctimas. Sin duda, y estamos de acuerdo, es un catálogo axiológico. Afirma además que es la respuesta interna al ordenamiento contemplado en los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 y los Protocolos adicionales. Apunta a los antecedentes de los Convenios y resalta que estos últimos hacen parte de la legislación interna, así como también la normatividad a la cual hicimos relación y que ha sido aprobada por el Estado colombiano: la Convención de La Haya, y la “Convención

sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas, biológicas, tóxicas, y sobre su destrucción". Realiza además la importante declaración siguiente:

En la situación de conflicto armado interno que padece Colombia, muchas de las conductas vulneratorias o amenazadoras de derechos humanos constituyen a la vez infracciones al DIH . Son ellas acciones u omisiones con las cuales quienes participan directamente en las hostilidades -los combatientes- incumplen los deberes o quebrantan las prohibiciones que les ha impuesto el artículo 3.° común a los cuatro Convenios de Ginebra y al Protocolo II adicional{594}.

Establece el sujeto activo de dichas infracciones, cual es:

... cualquiera de las personas que dentro de un conflicto armado combaten a favor de una u otra parte contendiente{595}.

Tales conductas se denominan crímenes de guerra. En verdad, y sin duda, también mostramos conformidad con la manifestación según la cual dichas conductas atentatorias vulneran bienes jurídicos que podríamos llamar tradicionales, pero además ofenden y vulneran un interés jurídico autónomo constituido por el "derecho internacional de los conflictos armados". Esta visión, como lo demostramos, fue superada por la propuesta presentada por la Fiscalía, pero además por los aires de la globalización y los compromisos internacionales impostergables que se encuentran plasmados a través del llamado bloque de constitucionalidad.

Apunta la exposición de motivos un argumento lateral, que es el artículo 214 de la Constitución Política en la expresión

“En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”. Tal argumento decimos que es lateral porque el artículo 214 habla de los estados de excepción, y es aplicable al Estado de guerra exterior y de conmoción interior. No cabe duda que frente al Estado de guerra exterior estamos hablando de los Convenios de Ginebra; no obstante, en los casos de conmoción interior no es totalmente pareable la situación a la de conflicto no internacional, lo que sería posible sólo si se pudiera realizar una sinonimia total, y así estaríamos de acuerdo con el argumento. Expliquemos: ¿cuál la razón para la anterior afirmación? En las normas ginebrinas se clasifican los conflictos en conflicto internacional y conflicto no internacional. Y en el Tratado de Roma los llamados crímenes de guerra no son aplicables a los eventos de meras conmociones interiores.

La grave situación de orden público de Colombia hace asimilables, para efectos de la conmoción interior, los disturbios y el conflicto no internacional, lo que quiere decir que aparentemente todos podrían terminar siendo crímenes de guerra. No obstante la literatura universal, el Tratado de Roma sí los distingue y, como ya dijimos, por el hecho de su firma, el Estado colombiano adquirió las obligaciones de no contradecirlo y complementar la legislación.

Sin duda el acto de legislación constituye un avance, puesto que anteriormente no existía desarrollo punitivo directo del DIH , empero, las razones de conveniencia y necesidad que fueron esgrimidas en la exposición de motivos, bajo la expresión “agudo conflicto bélico que afronta el país”, nos parece que no son afortunadas, pues, la obligación del Estado colombiano de establecer estas conductas como delitos seguiría inmodificable, por haber surgido como un compromiso internacional por la ratificación de los convenios. Así se observa en muchos países que no soportan conflicto no internacional pero que concurren a honrar sus compromisos internacionales.

B. LA REGULACIÓN INTERNA Y EL DERECHO

INTERNACIONAL HUMANITARIO

I . El DIHes hoy un imperativo categórico para las partes. Por lo tanto, el DIH es de aplicación inmediata frente a los conflictos internacionales y no internacionales.

2. El DIH y el derecho de los derechos humanos hacen parte de la legislación interna, no sólo por la ratificación de los tratados e instrumentos internacionales, sino por el entendimiento, concepto y consecuencias del bloque de constitucionalidad.

3. Los Convenios de Ginebra, el artículo 3.° común y el Protocolo II constituyen marco de aplicación y de desarrollo en el derecho interno.

4. En Colombia existía una interpretación de tales atentados a nivel interno, sin que hubiese una legislación especial y total que desarrollara y cumpliera con las normas internacionales.

5. El nuevo Código Penal es una buena aproximación al desarrollo de los tratados internacionales, en particular con respecto a los crímenes de guerra, en desarrollo especialmente del artículo 3.° común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo 11.

6. En los mencionados instrumentos internacionales se encuentran los ingredientes normativos del tipo a los que se debe acudir para dar contenido a los crímenes o delitos en la legislación interna o nuevo Código Penal.

7. El nuevo Código Penal, en dicha afortunada aproximación, desarrolla los atentados contenidos en los tratados internacionales, salvo algunos ajustes que corresponde hacer con respecto al Tratado de Roma.

8. La tutela y protección nace de dichos instrumentos, y con respecto a la “población civil”.

9. Hubiese sido aconsejable que el nuevo Código Penal hubiese abierto una rúbrica especial denominada delitos contra la humanidad, honrando así los compromisos

internacionales, especialmente el Tratado de Roma y la posibilidad de imputación fáctica.

D. DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD O DELITOS DE VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

El marco y la posibilidad de protección, como elemento que integra y da contenido al bien jurídico, no se puede dividir o escindir de la ruta que estamos ofreciendo en punto de las obligaciones internacionales, y en especial con respecto al bloque de constitucionalidad.

Se dirá seguidamente que Colombia no ha ratificado todos los instrumentos internacionales, a pesar de lo cual el compromiso a nivel internacional existe para la comunidad internacional y será el marco de interpretación y aplicación del Estatuto de Roma.

Por tales razones, es menester informar y formar integralmente el bien jurídico, como seguidamente haremos.

I. EN EL MARCO INTERNACIONAL

Se inicia la reflexión diciendo que, sin duda alguna, los hechos son la expresión más clara de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta en la consolidación de una normatividad.

En verdad, las expresiones “crímenes contra la humanidad”, “crímenes contra la paz”, “crímenes de lesa humanidad” y “crímenes de guerra” son conceptos de derecho internacional, más que conceptualizaciones de derecho interno; no obstante lo cual, por ser fórmulas de todo interés, debemos avenirlas para dar paso a la globalización

del Derecho, no solo del derecho penal, sino, y ante todo, del Derecho.

Por ello, punto de resalto será el paso que la responsabilidad de los Estados por la trasgresión a los “derechos humanos”, que debían fomentar y tutelar, da hacia la responsabilidad individual o personal.

a. DEL MARCO GENERAL

Nos referiremos a los instrumentos internacionales generales, que tienen que ver con los derechos reconocidos y la forma como se van precisando.

I . De la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948, se puede extraer los siguientes derechos:

– A la vida, la libertad y la seguridad personales (art. 3.°). Quedando prohibida toda forma de esclavitud (art. 4.°), tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5.°).

– A la personalidad jurídica (art. 6.°); a una nacionalidad (art. 15).

– A la igualdad sin distinción, como derecho a la igualdad de protección, que se opone a cualquier forma de discriminación (art. 7.°).

– Al acceso a la justicia, a un recurso efectivo, que ampare contra actos que violen derechos fundamentales (art. 8.°).

– Y, como contrapartida al derecho de acceso a la justicia, se observan las garantías judiciales: “[n]adie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado” (art. 9.°); a ser oído públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus

derechos y obligaciones, “o para el examen de cualquier acusación [en su contra] en materia penal” (art. IO.°); a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (art.II); a la legalidad del delito y de la pena, según normas nacionales o internacionales (art.II).

– A la vida privada, al domicilio, a la inviolabilidad de correspondencia y a la honra o reputación (art. 12).

– A la circulación libre y a elegir su residencia en el territorio del Estado; igualmente a circular por cualquier país (art. 13).

– Al asilo, en caso de persecución (art. 14).

– Al matrimonio (art. 16).

– A la Propiedad (art. 17).

– A la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión (art. 18).

– A la libertad de opinión y de expresión (art. 19).

– A la libertad de asociación y reunión (art. 20); a fundar y hacer parte de sindicatos (art. 23).

– A elegir y ser elegido; a la democracia (art. 21).

– A la seguridad social; a la satisfacción de sus derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y desarrollo de su personalidad (art. 22).

– Al trabajo, a la libre elección del mismo y a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, y a la protección contra el desempleo; al salario igual por trabajo igual. A una remuneración digna para garantizar una existencia conforme a la dignidad humana, del trabajador y su familia; a fundar y hacer parte de sindicatos (art. 23); al descanso (art. 24).

– A un nivel de vida adecuado, protegiéndose de manera especial la niñez, la vejez y la maternidad (art. 25).

– A la educación, promocionando la tolerancia, el desarrollo de la personalidad y la paz (art. 26).

– A la participación de la vida cultural de la comunidad y a participar de los progresos científicos y los beneficios que de él resulten; y a la protección de sus derechos en la producción científica, literaria o artística (art. 27).

Como se observa, la descripción se establece como derecho o como prohibición, presentación que va conformando, con otros instrumentos, el concepto y alcance de crímenes de lesa humanidad. Por ejemplo: el atentado contra la vida, ya sea en forma de genocidio, de crimen de guerra o en la presentación de crimen de lesa humanidad; la prohibición de esclavitud, en cualquiera de sus formas, hasta llegar a la esclavitud sexual; la tortura y demás actos, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el desplazamiento forzado; los actos que constituyen discriminación y persecución; las detenciones o los arrestos arbitrarios y la imposibilidad de acceso a la justicia; la ausencia de garantías procesales, del debido proceso y del derecho de defensa; la desaparición forzada; la desposesión de la propiedad, cualquiera sea la presentación y ubicación dentro de los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra; la tutela al grupo humano, por su creencia o religión, expresión, opinión política, o por tal motivo, sea ubicable en el crimen de genocidio o en el de lesa humanidad; y los trabajos forzados, cualquiera sea su actual presentación, por nombrar algunos, que se desarrollarán, como se dijo, en otros instrumentos.

Tal es el marco genérico, que se puede descomponer en varios otros instrumentos, en esta etapa general. Veamos:

2. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 2200-A (XXI) del 16 de diciembre de 1966.

En nuestro juicio y estudio, el instrumento contempla y reconoce derechos humanos, impide la limitación a los

mismos y posee unos mecanismos de control y seguimiento.Va informando sobre la posibilidad de incumplimiento que luego se convertirá en los atentados contra la existencia de la persona, en cuanto a las condiciones de existencia, cualquiera sea el lugar, y así estructura los delitos.

3. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200-A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, se tiene la siguiente ruta de protección y tutela de derechos:

– La autodeterminación de los pueblos (parte I).

– El derecho a la vida (art. 6.°), con la advertencia que, si se tiene establecida como pena o sanción penal la pena capital, ella se impondrá solo para los delitos más graves (art. 6.°.2):

2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

– Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos (art. 7.°).

– La prohibición de la esclavitud y la servidumbre (art. 8.°).

– La prohibición de trabajos forzados, excepto (art. 8.°.3):

3. a. Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;

b. El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohibe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;

c. No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo:

i. Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

ii. El servicio de carácter militar y, en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, el servicio nacional que deben prestar conforme a la ley quienes se opongan al servicio militar por razones de conciencia;

iii. El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad;

iv. El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

– El derecho de libertad y a la libertad (art. 9.°), que por la importancia y desarrollo posterior debemos transcribir:

I. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2.Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

– Colateralmente, se posee la protección al trato digno de la persona recluida (art. 10.°)

– La libre circulación de personas (art. 12).

– El derecho a las garantías procesales (art. 14), que es menester transcribir:

I.Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c. A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d. A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e. A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f. A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g. A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la

importancia de estimular su readaptación social.

5. oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

– Igualmente, se tiene el derecho a la certeza jurídica, en cuanto a la legalidad del delito y de la pena (art. 15).

– A la personalidad jurídica (art. 16).

– A la vida privada, honra y reputación (art. 17).

– A la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (art. 18).

– A la opinión y expresión, con responsabilidades frente a los derechos y la reputación ajena, así como por la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública (art. 19).

– De reunión (art. 21), y a la asociación, dentro del cual está la actividad sindical (art. 22).

– A conformar una familia (art. 23).

– A la protección de la niñez (art. 24).

– A participar en toda actividad política (art. 25).

– A la protección de la ley, sin discriminación (arts. 26 y 27).

– A la imposibilidad de suspensión en cualquier circunstancia, y del aviso tanto de la suspensión como de la finalización de dicha disposición (arts. 4.°.2, 3):

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6.°, 7.°, 8.° (párrafos I y 2), II, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

– De sanción y persecución del genocidio (art. 6.°.3).

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

Se encuentra nuevamente el reconocimiento de derechos, los compromisos internacionales y los propósitos señalados basados en la dignidad humana.

Existe un énfasis especial en la persecución del Genocidio, la tortura, los tratos o penas degradantes o inhumanos. Lo que indica una aproximación a la determinación de los elementos del delito o del crimen.

Al lado de la tortura y penas o tratos degradantes e inhumanos se encuentran los experimentos médicos o científicos, en violación a los derechos fundamentales y al consentimiento de las personas.

Se resalta la configuración de la violación por trabajos forzados, excepto cuando ello se identifique como pena o cuando se realice, en cumplimiento de compromisos sociales; amén de la posibilidad de los trabajos en caso militar, a salvo la objeción de conciencia.

En suma, existe una aproximación entre la ilegalidad, la prohibición y el delito o crimen.

Y, por último, siendo un punto de absoluto interés, el establecimiento de mecanismos o instancias para conocer de las violaciones de derechos humanos.

4. En el “Protocolo facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos”, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, en su Resolución 2200-A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, se creó una instancia de conocimiento y evaluación de las violaciones de derechos humanos{596}.

b. DE LOS INSTRUMENTOS QUE PERFILAN LAS

FIGURAS DELICTIVAS O LOS CRÍMENES

Es menester efectuar una presentación de los instrumentos que son desarrollo de los anteriores, pero que precisan la materia, en cuanto a la política criminal, bien sean de reforzamiento o de persecución.

I . En el “Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, destinado a abolir la pena de muerte”, aprobado y proclamado por la Asamblea General en Resolución 44-128 el 15 de diciembre de 1989, se tiene que, si el presupuesto es la abolición de la pena de muerte, queda proscrita toda fórmula de ejecución por parte del Estado y, obvio, por parte de los particulares. Con el compromiso internacional de adoptar toda medida tendiente a la abolición de la pena de muerte.

Desde luego, se trata de un instrumento facultativo, pero no por ello deja de encontrar y revelar la tendencia a la protección integral de la vida: no está permitido imponer la pena capital, lo cual implica que, aun como consecuencia de un proceso legal y supuestamente legítimo, tal pena quedaría prohibida.

Los crímenes en estudio convierten, la pena de muerte, el homicidio, el matar a otro, el dar muerte a otro, o cualquiera sea su denominación dentro de los contextos analizados, en conducta digna de reproche y de pena.

2. En la Recomendación del Consejo Económico y Social sobre los “Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias”, contenida en la Resolución 1989 del 24 de mayo de 1989, se tienen, entre otras recomendaciones las siguientes:

– Se prohibirán, por los Estados, toda las ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias (art. I.°).

– Se velará por que dichas manifestaciones se contemplen como delito al cual se le señale la pena adecuada (art. I.°).

– Tal prohibición no posee excepción alguna, así (art. I.°):

No podrán invocarse para justificar esas ejecuciones circunstancias excepcionales, como por ejemplo, el estado de guerra o de riesgo de guerra, la inestabilidad política interna ni ninguna otra emergencia pública. Esas ejecuciones no se llevarán a cabo en ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de conflicto armado interno, abuso o uso ilegal de la fuerza por parte de un funcionario público o de otra persona que actúe con carácter oficial o de una persona que obre a instigación, o con el consentimiento o la aquiescencia de aquélla, ni tampoco en situaciones en las que la muerte se produzca en prisión. Esta prohibición prevalecerá sobre los decretos promulgados por la autoridad ejecutiva.

– Tal prohibición implica un control a los miembros de la fuerza pública y a quienes tienen la función de custodia de las personas (art. 2.°).

– No se acepta la orden, ni el deber, ni la obediencia debida, como posibilidad de exculpación (art. 3.°. 19).

– Los lugares de reclusión deben ser públicos y con acceso a familiares y abogados. Informando el paradero de cada persona (art. 6.°).

– En riesgo o violación del derecho se tendrá una investigación exhaustiva (art. 9.°) y efectiva (art. 10.°).

– Se establecen medidas para la autopsia y diligencias de esclarecimiento; así como la protección de testigos y familiares y la separación del cargo de los supuestos responsables (arts. 12 y ss.).

– Por último, existe la obligación de juzgar a los infractores (arts. 18 y ss.) Con todo, se ha de percatar el lector que, además de los mecanismos en contra de las ejecuciones extrajudiciales, se establece una proposición evidente para efectos de la desaparición forzada.

3. En la Convención sobre la Esclavitud, firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, se tiene: se debe resaltar y poner de presente que la Convención sobre la Esclavitud es

anterior a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), anterior a la Organización de las Naciones Unidas (1945) y muy anterior al “Pacto internacional de derechos civiles y políticos” (1966), que se refiere a los trabajos forzados y coloca cláusula de excepción, como lo hemos señalado, pero que desde entonces se avizoraba la posibilidad de sinonimia entre ambas figuras.

El instrumento fue modificado (en temas que no poseen relación directa con nuestro estudio y que por ello solo citamos), de conformidad con el artículo 111 del “Protocolo para modificar la Convención sobre la Esclavitud”, adoptado mediante la Resolución 794 (VIII), del 23 de septiembre de 1953.

Se debe expresar que se encuentra ánimo de avenencia en cuanto a la abolición de la esclavitud se refiere, con todas las restricciones que por el momento y aún hoy existen sobre el tema, pues todavía en algunos lugares del mundo se considera al hombre objeto de propiedad, y por lo tanto se maneja y evidencia un concepto de cosificación de la vida. Por ello, se rastrean los antecedentes en la Conferencia de Bruselas de 1889-1890 para poner término a la trata de esclavos africanos; en la Convención de Saint-Germain (1919), en el propósito de lograr la supresión definitiva de la trata de esclavos por tierra y mar; y, en el Informe de la Comisión Temporal designada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones (1924). Y se resalta:

– La esclavitud (art. I.°.I):

A los fines de la presente convención se entiende que:

I. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos.

– La trata de esclavos (art. I .°.2):

A los fines de la presente convención se entiende que: [...]

2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos.

– Trabajo forzado (art. 4.°):

I. Que a reserva de las disposiciones transitorias enunciadas en el apartado segundo siguiente, el trabajo forzoso u obligatorio no podrá exigirse más que para fines de pública utilidad.

2. Que en los territorios en los cuales el trabajo forzoso u obligatorio existe aún para otros fines que los de pública utilidad, las Altas Partes contratantes se esforzarán en ponerle término tan pronto como sea posible, y que, mientras subsista ese trabajo forzoso u obligatorio, no se empleará sino a título excepcional, con una remuneración adecuada y a condición de que no pueda imponerse un cambio del lugar habitual de residencia.

3. Y que, en todo caso, las autoridades centrales competentes del territorio interesado asumirán la responsabilidad del recurso al trabajo forzoso u obligatorio.

Como se observa, aunque la negociación ha sido de largo aliento, lo cierto es que, por el momento, se posee un

concepto de la esclavitud, de la trata de esclavos y de la cercanía de los trabajos forzados a dicha conducta que de tiempo ha había sido rechazada.

4. En la “Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”, adoptada mediante Resolución 608 (XXI), del 30 de abril de 1956:

– Se ofrece elcompromiso para abolir las siguientes prácticas (art. I.°):

a. La servidumbre por deudas, o sea, el estado o la condición que resulta del hecho de que un deudor se haya comprometido a prestar sus servicios personales, o los de alguien sobre quien ejerce autoridad, como garantía de una deuda, si los servicios prestados, equitativamente valorados, no se aplican al pago de la deuda, o si no se limita su duración ni se define la naturaleza de dichos servicios;

b. La servidumbre de la gleba, o sea, la condición de la persona que está obligada por la ley, por la costumbre o por un acuerdo a vivir y a trabajar sobre una tierra que pertenece a otra persona y a prestar a ésta, mediante remuneración o gratuitamente, determinados servicios, sin libertad para cambiar su condición;

c. Toda institución o práctica en virtud de la cual:

i. Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;

ii. El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;

iii. La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona;

d. Toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven.

– Se construyen las siguientes definiciones (art. 7.°):

A los efectos de la presente convención:

a. La “esclavitud”, tal como está definida en el Convenio sobre la Esclavitud de 1926, es el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad, y “esclavo” es toda persona en tal estado o condición;

b. La expresión “persona de condición servil” indica toda persona colocada en la condición o estado que resulta de alguna de las instituciones o prácticas mencionadas en el artículo i.° de la Convención;

c. “Trata de esclavos” significa y abarca todo acto de captura, de adquisición o de disposición de una persona con

intención de someterla a esclavitud; todo acto de adquisición de un esclavo con intención de venderlo o de cambiarlo; todo acto de cesión por venta o cambio de una persona, adquirida con intención de venderla o cambiarla, y, en general, todo acto de comercio o de transporte de esclavos, sea cual fuere el medio de transporte empleado.

– El derecho a la libertad, ipso facto, por el hecho de refugiarse a bordo de cualquier buque de un Estado Parte (art.4.°).

Es un hecho indubitable el desarrollo que de los derechos humanos, con ocasión de la aplicación de la Convención, se ha alcanzado. Se logró precisión sobre los elementos y las prohibiciones con respecto a la esclavitud, a la trata de esclavos y demás actividades análogas; así mismo se alcanzó aproximación al concepto o definición de trabajos forzados.

En consecuencia, existe campo abonado para la construcción de los crímenes, y en especial con respecto a la Corte Penal Internacional.

5. En el “Convenio para la represión de la trata de personas y de explotación de la prostitución”, adoptada por Resolución 317 (IV) del 2 de diciembre de 1949, tenemos:

– Se compromete a la represión de los siguientes actos (arts. I.° y 2.°):

Las Partes en el presente convenio se comprometen a castigar a toda persona que, para satisfacer las pasiones de otra: I. Concertare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona; 2. Explotare la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de tal persona.

Las Partes en el presente convenio se comprometen asimismo a castigar a toda persona que: 1. Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o a sabiendas la sostuviere o participare en su financiamiento; 2. Diere o tomare a sabiendas en arriendo un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos, para explotar la prostitución ajena.

– Igualmente la tentativa de dichas conductas (art. 3.°), y la participación en ellas (art. 4.°).

La precisión conceptual y los fundamentos que se describen y se respaldan en diversos instrumentos, sin duda estructuran los elementos de los crímenes y el objeto de tutela.

6. En la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”{597}, adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión en Resolución 39-46, del 10 de diciembre de 1984, se tiene:

– De la tortura y la utilización de un umbral mínimo (art. I. °).

I. A los efectos de la presente convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance.

– La imposibilidad de invocarse circunstancias excepcionales u orden de autoridad (arts. 2.°.2 y 3):

2. En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

Nuevamente se obtiene la descripción de la conducta realizada por empleado oficial, que ameritará, para los efectos de nuestra legislación y del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, los ajustes que se estudiaran.

Se excluye desde ya la justificación de orden superior, dando un marco de protección especial.

7. En la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra la desapariciones forzadas”, aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 47-133 del 18 de diciembre de 1992, tenemos:

– Configuración (art. I.°.2):

2. Todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia. Constituye una violación de las normas del derecho internacional que garantizan a todo ser humano, entre otras cosas, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, el derecho a la libertad y a la seguridad de su persona y el derecho a no ser sometido a torturas ni a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Viola, además, el derecho a la vida, o lo pone gravemente en peligro.

El instrumento en análisis, como en el caso de la "Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes", tiene como destinatario obvio al Estado, pero igualmente parte del supuesto que el perpetrador o actor, agente o sujeto activo de la conducta reprochable, es agente del Estado, tema que es bien diverso en la reglamentación de la Corte Penal Internacional y aun en nuestra legislación interna, Ley 599 de 2000, como lo veremos. Marcos de protección de mayor dimensión.

Tal planteamiento se encuentra en la "Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas", del 6 de junio de 1994:

– La desaparición forzada, para efectos de la Convención, consiste (art.II):

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Dentro del mismo marco se encuentra el “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, adoptado por Resolución 43-173 del 9 de diciembre de 1988.

8. El “Convenio (art. 29) relativo al trabajo forzoso u obligatorio”, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, el 28 de junio de 1930.

Aunque posee gran relación con los instrumentos contra la esclavitud (1926, 1953 y en especial el de 1956), es menester presentar y precisar, los siguientes tópicos:

– Del trabajo forzoso y las excepciones (art. 2.°):

I. A los efectos del presente convenio, la expresión “trabajo forzoso u obligatorio” designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.

2. Sin embargo, a los efectos del presente convenio, la expresión “trabajo forzoso u obligatorio” no comprende: a. Cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar; Cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo; c. Cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; d. Cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias

violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y, en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población; e. Los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan el derecho de pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

– La imposibilidad de ejercer presión para lograr el trabajo (arts. 6.° y 7.°).

– La imposibilidad de crear, como sanción por conducta criminal, el trabajo forzado para una comunidad (art. 20).

Existe una definición y alcance de lo que se considera trabajo forzoso u obligatorio, así como las cláusulas de exclusión, que se consideran taxativas.

El trabajo forzoso u obligatorio no está proscrito, se encuentra regulado y en procura de abolición, con especial acuerdo para punir el que se considera ilegal, dentro de la legislación interna.

Sin duda, es una aproximación a la abolición, que posee especial consideración en la “Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud”, de 1956.

Ahora bien, en el “Convenio (art. 105) relativo a la abolición de trabajo forzoso”, adoptada el 25 de junio de 1957, se encuentran los siguientes elementos:

– La abolición de los trabajos forzosos u obligatorios, como los siguientes (art. I.°):

Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente convenio se obliga a suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso u obligatorio: a. Como medio de coerción o de educación políticas o como castigo por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; b. Como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; c. Como medida de disciplina en el trabajo; d. Como castigo por haber participado en huelgas; e. Como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa.

– Con seguimiento internacional especial (art. 8.°).

Se observa, como hemos tratado de demostrar, un hilo conductor para configurar y reconocer los derechos, y por sobre todo, la forma de tutela y protección.

9. En la “Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid”, adoptada y abierta a la firma y ratificación por Resolución 3068 (XXVIII), del 30 de noviembre de 1973, tenemos:

– El crimen de apartheid, para efectos del Convenio (art.II), consiste:

A los fines de la presente convención, la expresión “crimen de apartheid”, que incluirá las políticas y prácticas análogas de segregación y discriminación racial tal como se practican en el Africa meridional, denotará los siguientes actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la denominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente:

a. La denegación a uno o más miembros de uno o más grupos raciales del derecho a la vida y a la libertad de la

persona:

i. Mediante el asesinato de miembros de uno o más grupos raciales;

ii. Mediante atentados graves contra la integridad física o mental, la libertad o la dignidad de los miembros de uno o más grupos raciales, o su sometimiento a torturas o a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes;

iii. Mediante la detención arbitraria y la prisión ilegal de los miembros de uno o más grupos raciales;

b. La imposición deliberada a uno o más grupos raciales de condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;

c. Cualesquiera medidas legislativas o de otro orden destinadas a impedir a uno o más grupos raciales la participación en la vida política, social, económica y cultural del país y a crear deliberadamente condiciones que impidan el pleno desarrollo de tal grupo o tales grupos, en especial denegando a los miembros de uno o más grupos raciales los derechos humanos y libertades fundamentales, entre ellos el derecho al trabajo, el derecho a formar asociaciones sindicales reconocidas, el derecho a la educación, el derecho a salir de su país y a regresar al mismo, el derecho a una nacionalidad, el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a la libertad de opinión y de expresión y el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas;

d. Cualesquiera medidas, incluidas las de carácter legislativo, destinadas a dividir la población según criterios raciales, creando reservas y guetos separados para los miembros de uno o más grupos raciales, prohibiendo los matrimonios mixtos entre miembros de distintos grupos raciales y expropiando los bienes raíces pertenecientes a uno o más grupos raciales o a miembros de los mismos;

e. La explotación del trabajo de los miembros de uno o más grupos raciales, en especial sometiéndolos a trabajo forzoso;

f. La persecución de las organizaciones y personas que se oponen al apartheid privándolas de derechos y libertades fundamentales.

– Califica la responsabilidad del Estado, de los funcionarios y los modos y formas de cometer el crimen (art.III).

Se encuentran en la “Convención internacional sobre la represión y el castigo del crimen de apartheid” los elementos para la construcción del crimen o delito, tanto en la legislación interna como en sede de competencia de la Corte Penal Internacional.

A su turno, desde esa época se declara al crimen de apartheid como crimen de lesa humanidad, diferente al crimen de genocidio, tendencia que se encuentra reflejada en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

10. Los derechos de la mujer.

a. La “Convención sobre los derechos políticos de la mujer”, abierta a la firma y ratificación por Resolución 640 (VII) del 20 de diciembre de 1952, entre otros temas, es un desarrollo del principio de igualdad, que recuerda en sus aspectos generales que el hombre y la mujer poseen igualdad de derechos políticos.

La Convención, aunque aparentemente no posee relación con el tema en estudio, lo tendrá como antecedente de las figuras futuras y por la tendencia de igualdad ante la ley y la protección y tutela frente a la opresión o el maltrato, que también es punto de igualdad, es decir de equilibrio, por la igualdad que produce el concepto y contenido de género.

b. En la “Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer”, proclamada por Resolución 2263 (XXII), del 7 de noviembre de 1967, se tienen valiosos elementos que constituirán parte de la construcción de los delitos en el derecho interno y de los crímenes de la competencia de la Corte Penal Internacional, que constituyen una “ofensa contra la dignidad humana”: la discriminación, los derechos con relación a la libre determinación y la persecución de la trata de mujeres y la prostitución.

c. En la “Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o conflicto armado”, proclamada mediante Resolución 3318 (XXIX), del 14 de diciembre de 1974, tenemos una demostración de la protección total, aun en los estados de emergencia o conflicto.

– Enumera los actos prohibidos de la siguiente manera:

Proclama solemnemente la presente declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado e insta a todos los Estados Miembros a que la observen estrictamente:

i. Quedan prohibidos y serán condenados los ataques y bombardeos contra la población civil, que causa sufrimientos indecibles particularmente a las mujeres y los niños, que constituyen el sector más vulnerable de la población.

2. El empleo de armas químicas y bacteriológicas en el curso de operaciones militares constituye una de las violaciones más flagrantes del Protocolo de Ginebra de 1925, de los Convenios de Ginebra de 1949 y de los principios del derecho internacional humanitario, y ocasiona muchas bajas en las poblaciones civiles, incluidos mujeres y niños indefensos, y será severamente condenado.

3. Todos los Estados cumplirán plenamente las obligaciones que les impone el Protocolo de Ginebra de 1925 y los Convenios de Ginebra de 1949, así como otros instrumentos de derecho internacional relativos al respeto de los derechos humanos en los conflictos armados, que ofrecen garantías importantes para la protección de la mujer y el niño.

4. Los Estados que participen en conflictos armados, operaciones militares en territorios extranjeros u operaciones militares en territorios todavía sometidos a la dominación colonial desplegarán todos los esfuerzos necesarios para evitar a las mujeres y los niños los estragos de la guerra. Se tomarán todas las medidas necesarias para garantizar la prohibición de actos como la persecución, la tortura, las medidas punitivas, los tratos degradantes y la violencia, especialmente contra la parte de la población civil formada por mujeres y niños.

5. Se considerarán actos criminales todas las formas de represión y los tratos crueles e inhumanos de las mujeres y los niños, incluidos la reclusión, la tortura, las ejecuciones, las detenciones en masa, los castigos colectivos, la destrucción de viviendas y el desalojo forzoso, que cometan los beligerantes en el curso de operaciones militares o en territorios ocupados.

6. Las mujeres y los niños que formen parte de la población civil y que se encuentren en situaciones de emergencia y en conflictos armados en la lucha por la paz, la libre determinación, la liberación nacional y la independencia, o que vivan en territorios ocupados, no serán privados de alojamiento, alimentos, asistencia médica ni de otros derechos inalienables, de conformidad con las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de los Derechos del Niño y otros instrumentos de derecho internacional.

La protección de esta parte de la "población civil" tiene una gran importancia, pues obsérvese que las circunstancias fácticas descritas son de paz relativa (emergencia) y propiamente conflicto, con lo cual es viable pensar y reflexionar sobre la diferencia entre dih y derechos humanos, pues no existe exclusividad para los conflictos armados.

En consecuencia, la Declaración es aplicable en Colombia, frente a la posibilidad de estados de emergencia. No obstante, se debe resaltar que esta Declaración contiene también prohibiciones para los tiempos de paz relativa y, en este orden de ideas permite establecer los posibles contenidos de los elementos de los crímenes de la Corte Penal Internacional.

Así las cosas, la dicotomía: estado de emergencia y situación de conflicto es bien que creadora.

d. La "Convención sobre la eliminación de todas la formas de discriminación contra la mujer", adoptada y abierta a la firma y ratificación por Resolución 34180, del 18 de diciembre de 1979, posee los siguientes elementos de resalto:

– Discriminación (art. I.°):

A los efectos de la presente convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

La discriminación, de una parte, y, los derechos y garantías consignados en la Convención, de otra, son sin duda elementos que deberán ser tenidos en cuenta en la estructuración de los delitos en la legislación interna, como se estableció en los Crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional.

No es despreciable el concepto de discriminación que ha de observarse en la elaboración posterior de las figuras, pues con el concepto de género se atenderá al contenido de varias hipótesis de crimen.

– En la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer”, contenida en la Resolución 48-104 del 20 de diciembre de 1993, se tienen los siguientes elementos de interés:

– Elementos de la “violencia contra la mujer” (art. 1.º):

A los efectos de la presente declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o sicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada.

– Contiene una enumeración de actos que constituyen “violencia contra la mujer” (art. 2.°):

Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos:

a. La violencia física, sexual y sicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación;

b. La violencia física, sexual y sicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada;

c. La violencia física, sexual y sicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra.

– El goce de todos los derechos consagrados en los instrumentos antes mencionados (art. 3.°){598}.

La importancia de la Declaración consiste en detallar en forma general, es decir, no taxativa, los actos que se entienden “violencia contra la mujer”, umbral de protección para la redacción y configuración del orden interno.

No obstante lo anterior, la dirección del contenido de la Declaración es la protección amplia, pero no exhaustiva, de la mujer aun cuando se pueda hablar de comportamientos

afines con la costumbre o tradición. Dirección, repetimos, de especial interés con relación al crimen de lesa humanidad, pues allí existe, según los críticos, una amplia ruptura del principio de legalidad, al considerar expresiones tales como "... u otros abusos sexuales de gravedad comparable." (art.7.°. I g) {599}, o la expresión "Y otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente graves sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o salud mental o física." (art. 7.°.I k){600}. Sin embargo, podemos decir que dichas partículas operan como "ingredientes normativos" de la descripción.

Es indudable, en este caso, la responsabilidad del Estado, que ha de ser encontrada, ahora, a título individual.

II. Los derechos del niño.

a. En la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959, se reconocen los siguientes derechos:

– Igualdad de derechos, sin discriminación, según los principios establecidos en la Declaración (principio I .°).

– Derecho al nombre y la nacionalidad (principio 3.°).

– Derecho a la seguridad social, a la alimentación, bienestar, recreo y servicio médico (principio 4.°).

– Protección por impedimento social, físico o psíquico (principio 5.°).

– Derecho al desarrollo de la personalidad en especiales condiciones (principio 6.°).

– Derecho a la educación (principio 7.°).

– Derecho a figurar entre los primeros que reciben protección y socorro (principio 8.°).

– Derecho a la protección contra el abandono, la crueldad y la explotación, y contra la trata de menores (principio 9.°).

– Protección contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación (principio 10.°).

El conjunto de principios son, sin duda, un punto de partida, pues consagran sus derechos y tratan de prohibir la discriminación, los trabajos contrarios a la ley y los abusos en el trato.

Desde luego, estos principios deben leerse en conjunto con la "Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los

planos nacional e internacional", adoptada por Resolución 41-85, del 3 de diciembre de 1986, pues contiene especial referencia a la posibilidad de traslado forzado de población y traslado de menores de un grupo a otro, en el caso del genocidio.

Es pues una tutela y protección de mayor calado a aquella de la población civil, genéricamente observada.

b. En la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por Resolución 44-25, del 20 de noviembre de 1989", tenemos:

– Se entiende por niño la persona menor de 18 años, salvo que la legislación interna considere una edad inferior para establecer la mayoría de edad (art. I.°).

– Se consagra el interés del niño es prioritario para todas las decisiones Estatales (art. 3.°).

– El respeto a los padres y comunidades, según sea el caso, dentro del marco de la Convención (art. 5.°).

– Los derechos: a la vida, supervivencia y desarrollo (art. 6.°); al nombre, nacionalidad, a conocer a sus padres y estar bajo su cuidado (art. 7.°); el respeto de los padres a sus derechos (art. 8.°); a la tutela de sus padres salvo disposición judicial, entre otras razones por maltrato (art. 9.°); a la libre circulación, en especial para reunirse con sus familiares (art. 10.°); a la libertad de información y

expresión, con idénticas restricciones que operan con respecto a los mayores (art. 13); a la libertad de conciencia y religión, con respeto a los padres y a la presente convención (art. 14); de asociación (art. 15); a la vida privada, domicilio y correspondencia (art. 16); el derecho de los impedidos (art. 23); a la salud (arts. 24 y 25); a la seguridad social (art. 26); al nivel de vida (art. 27); a la educación y sus contenidos (arts. 28 y 29); a la diferencia (art. 30); al descanso (art. 31); a la protección contra la explotación económica (art. 32); a la protección contra la explotación sexual (art. 34); a la protección contra el secuestro y trata de niños (art. 35).

– A la tutela y protección del Estado en caso de violación o quebranto a uno o varios de los derechos (art. 8.°.2):

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

– El derecho a la tutela y protección estatal en caso de encarcelamiento, muerte o desaparición del padre (art. 90.4):

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal

petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

– Como concepto, derecho, tutela y protección, así como compromiso internacional, se tiene (art. 40):

I. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a. Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;

b. Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i. Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii. Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;

iii. Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

iv. Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

v. Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;

vi. Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;

vii. Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

a. El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;

b. Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

La tutela y protección del menor, del niño, es amplia y general, desde la primacía de sus derechos frente a los demás hasta la protección en circunstancias de conflicto.

Se resalta que, el Estado colombiano aumenta el umbral de protección con respecto al dih , pues, si bien es cierto el artículo 38 de la Convención en estudio determina:

[...] 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

La edad es aumentada a los 18 años, con lo cual la tutela o protección es más amplia: en primer lugar, el Estado se ha de asegurar que menores de 18 años no participen directamente en las hostilidades; lo segundo, los Estados Partes (léase, el Estado Colombia) se abstendrán de reclutar menores de 18 años.

Importante es destacar que no existe, según el Convenio, línea media entre adultos o mayores y niños, diferencia que existía, en nuestro sistema, para algunos efectos civiles entre adultos, púberes e impúberes.

Como se observa, es un reforzamiento de derechos, pues se encuentra en contra-portada la protección o la tutela.

c. Tal planteamiento es desarrollado por el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos a la participación de niños en los conflictos armados", en donde tenemos:

– Cuando no fuere posible la disminución de la edad contenida en el artículo 38 de la Convención sobre Derechos del Niño, se tomarán las siguientes medidas (art. 3.°.3):

3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:

a. Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario;

b. Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal;

c. Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar;

d. Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

– El reclutamiento forzoso es también prohibido a los grupos armados diferentes de las fuerzas armadas del Estado. La aplicación del artículo no modifica la situación jurídica de ninguna de las partes en conflicto armado (art. 4.°).

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.

3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado.

La reserva presentada por el Estado colombiano fue y es importante, como se observa en la letra del Protocolo, pues no prohíbe, pero sí limita, la relación del niño en el conflicto: alienta a aumentar la edad determinada en el artículo 38 de la Convención sobre Derecho del Niño, impide el reclutamiento obligatorio con respecto al niño y aumenta el umbral en los casos de participación directa en el conflicto.

El destinatario del Protocolo no es solamente el Estado Parte, sino las “partes” en el conflicto, siguiendo los principios del DIH .

d. En el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” se tienen los siguientes conceptos:

– Venta de niños, prostitución y pornografía infantil (art. 2.°):

A los efectos del presente protocolo:

a. Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución;

b. Por prostitución infantil se entiende la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de

cualquier otra retribución;

c. Por utilización de niños en la pornografía se entiende toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.

– La jurisdicción para la investigación y juzgamiento de los hechos (arts. 4.°.2 y ss).

– El principio de acceso a la justicia y la protección a la víctima (art. 8.°). El Protocolo facultativo posee cláusulas de protección, sin duda, pero al propio tiempo trae a colación elementos similares a los característicos de esclavitud y trabajos forzosos, en donde los documentos antes resaltados actúan, ya se dijo, como ingredientes normativos.

12. Se llama la atención con respecto a otros instrumentos y documentos internacionales en la lucha contra la impunidad y por ello, en la protección de la población civil. Tenemos:

– La “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad”, adoptada y abierta a la firma por Resolución 2391 (XXIII), del 26 de noviembre de 1968.

– Los “Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad”, adoptados por Resolución 3074 (XXVIII), del 3 de diciembre de 1973.

– La “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, adoptada por Resolución 40-34, del 29 de noviembre de 1985.

13. En el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional{601}, se presenta la tutela de la población

civil de la siguiente manera:

Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.

I. A los efectos del presente estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a. Asesinato.

b. Exterminio.

c. Esclavitud.

d. Deportación o traslado forzoso de población.

e. Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional.

f. Tortura.

g. Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos

sexuales de gravedad comparable.

h. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte.

i. Desaparición forzada de personas.

j. El crimen de apartheid.

k. Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo i:

a. Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo i contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

b. El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población.

c. Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños.

d. Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional.

e. Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

f. Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo.

g. Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del

derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

h. Por “crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo i cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

i. Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede”.

2. CONCLUSIONES

a. Los antecedentes otorgados por los instrumentos y documentos internacionales, y en resalto por los hechos, son de indudable valor.

b. Tales antecedentes producen en el lector el hilo conductor de las figuras reguladas por el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional y que deberían ser desarrolladas en el marco interno.

c. Desde luego, en el trayecto la tutela se va ampliando, los derechos se van consolidando y las restricciones se logran desdibujar, para lograr, casi siempre, un mayor umbral de protección.

d. Existe un concepto de población civil que construye la consideración de víctima, con alcance diverso al mero perjudicado y en aproximación propia al sujeto pasivo de la conducta vulneradora.

e. Y, por último, el perpetrador, como se observó, no está circunscrito a un "agente oficial", sino que el destinatario de la norma, desde el punto de vista de la prohibición, es toda la comunidad.

3. EN LA LEGISLACIÓN INTERNA

a. PRESENTACIÓN

La legislación colombiana, observada como desarrollo y evolución de los conceptos y puntos de referencia internacional, solo ha tenido algunos contactos, por el ius cogens, referenciado en la figura del "estado de sitio" que se regulaba en la Constitución de i886. No obstante, las relaciones se intensifican o, por lo menos, se ponen a prueba por medio del artículo 93 de la Constitución Política de 1991 y el marco ofrecido por el bloque de constitucionalidad, aparejado en dicha cláusula constitucional, y los principios que reconoce la Carta Política.

No es extraño, hoy, observar con rigor y riqueza normativa-jurisprudencial el desarrollo que se ha dado en Colombia al reconocimiento y viabilidad de los derechos humanos y del DIH.

b. ANTECEDENTE PREVIO AL CODIGO PENAL

(LEY 599 DE 2000)

Digamos que el primer paso en firme hacia la penalización de conductas de interés universal se dio durante el trámite del proyecto de ley que luego se convirtiera en Ley 589 de 2000, a pesar de que en años anteriores habían sido presentadas al Congreso de la República varias iniciativas, especialmente en lo relacionado con el genocidio, y, de alguna manera, con respecto a los denominados crímenes de lesa humanidad, cuyos intentos podemos relacionar así: Proyecto de Ley 224 de 1988, que fuera varias veces presentado y que por último se radicó bajo el número 30 de 1990 (Cámara). Posteriormente se presentaron los proyectos de ley 152 de 1992 (Senado), 227 de 1993 (Senado) y 331 de 1993 (Cámara), todos los cuales se unificaron en ley que fuera aprobada en 1994, pero que fue objetada por el Presidente César Gaviria , quien la consideró inconstitucional e inconveniente: inconstitucional en cuanto al fuero militar y a la obediencia debida (art. 8.° incs. 3.° y 4.°), e inconveniente porque se consideró que el artículo 2.° violaba el principio de proporcionalidad. Pasado el tiempo fue presentado el proyecto de ley 129 de 1997, que no fue siquiera debatido.

Finalmente se lograron dos importantes avances en la materia: uno, a través de lo que se denominó la “Ley de desaparición forzada” y el otro, el nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, de forma que el avance se da en temas como: genocidio, tortura, desaparición forzada, desplazamiento de población, entre otros.

C. EN LA LEY 599 DE 2000, “ POR LA CUAL

SE EXPIDE EL CÓDIGO PENAL” COLOMBIANO

- PRESENTACIÓN

La exposición de motivos{602} de la que se convirtió en Ley 599 de 2000, realizó una especial consideración sistemática sobre el bien jurídico, así:

“El derecho internacional de los derechos humanos, que es el que interesa en este aparte de la exposición, está conformado por el conjunto de normas internacionales de índole convencional cuyo objeto y fin es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes” (Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión consultiva O. C. 2 del 24 de diciembre de 1982, serie A, art. 2.°, párr. 29).

Este ordenamiento normativo de protección se halla contenido en los instrumentos internacionales, sean éstos de ámbito universal o regional, suscritos para otorgar una fuerza vinculante indiscutible a los derechos reconocidos y enunciados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. De él hacen parte, entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito el 21 de diciembre de 1966, aprobado por Ley 74 de 1968 y ratificado el 29 de octubre de 1969; la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita el 22 de noviembre de 1969, aprobada por Ley 16 de 1972, y ratificada el 31 de julio de 1973; la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, suscrita el 10 de abril de 1985, aprobada por la Ley 70 de 1986, y ratificada el 8 de diciembre de 1987; la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, aprobada el 28 de octubre de 1997 por Ley 408, pendiente de ratificación; la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, adoptada el 9 de diciembre de 1948, entrada en vigor el 12 de enero de 1951, aprobada por Ley 28 de 1959.

A pesar del planteamiento sistemático, la idea no se logró transportar y, por el contrario, las diversas conductas, en lugar de hallarse todas bajo un mismo encabezado, se encuentran dispersas bajo varias rúbricas, especialmente en la de los delitos contra la libertad y otras garantías.

– DESCRIPCIÓN DE ALGUNAS CONDUCTAS

– En primer término, la “desaparición forzada”, que constituye, sin duda, un régimen de terror, erradicado programática y conceptualmente por la Carta Política, y que fue reformulado por la Corte Constitucional{603}:

Artículo 165. Desaparición forzada. El particular que perteneciendo a un grupo armado al margen de la ley someta a otra persona a privación de su libertad cualquiera que sea la forma, seguida de su ocultamiento y de la negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley, incurrirá en prisión de veinte (20) a treinta (30) años, multa de mil (1.000) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

A la misma pena quedará sometido, el servidor público, o el particular que actúe bajo la determinación o la aquiescencia de aquél, y realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Artículo 166. Circunstancias de agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior será de treinta (30) a (40) años de prisión, multa de dos mil (2.000) a cinco mil

I. salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

2. Cuando la conducta se cometa por quien ejerza autoridad o jurisdicción.

3. Cuando la conducta se cometa en persona con discapacidad que le impida valerse por sí misma.

4. Cuando la conducta se ejecute en menor de dieciocho (18) años, mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.

5. Cuando la conducta se cometa, por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: servidores públicos, comunicadores, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos de conductas punibles o disciplinarias, juez de paz, o contra cualquier otra persona por sus creencias u opiniones políticas o por motivo que implique alguna forma de discriminación o intolerancia. Cuando la conducta se cometa por razón y contra los parientes de las personas mencionadas en el numeral anterior, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

6. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.

7. Si se somete a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes durante el tiempo en que permanezca

desaparecida, siempre y cuando la conducta no configure otro delito.

8. Cuando por causa o con ocasión de la desaparición forzada le sobrevenga a la víctima la muerte o sufra lesiones físicas o psíquicas.

9. Cuando se cometa cualquier acción sobre el cadáver de la víctima para evitar su identificación posterior, o para causar daño a terceros.

Artículo 167. Circunstancias de atenuación punitiva. Las penas previstas en el artículo 160 (sic) se atenuarán en los siguientes casos:

I. La pena se reducirá de la mitad (1/2) a las cinco sextas (5/6) partes cuando en un término no superior a quince (15) días, los autores o partícipes liberen a la víctima

voluntariamente en similares condiciones físicas y psíquicas a las que se encontraba en el momento de ser privada de la libertad, o suministren información que conduzca a su recuperación inmediata, en similares condiciones físicas y psíquicas.

2. La pena se reducirá de una tercera parte (1/3) a la mitad (1/2) cuando en un término mayor a quince (15) días y no superior a treinta (30) días, los autores o partícipes liberen a la víctima en las mismas condiciones previstas en el numeral anterior.

3. Si los autores o partícipes suministran información que conduzca a la recuperación del cadáver de la persona desaparecida, la pena se reducirá hasta en una octava (1/8) parte.

Parágrafo. Las reducciones de penas previstas en este artículo se aplicarán únicamente al autor o partícipe que libere voluntariamente a la víctima o suministre la información.

Se ha de reconocer el esfuerzo realizado en la construcción de la figura de desaparición forzada, pues al contemplar el sujeto activo indeterminado se constituye en una ampliación a la tutela o protección: umbral de protección.

La figura fue ubicada bajo la rúbrica de los delitos “contra la libertad individual y otras garantías”, perdiendo la oportunidad de crear de una vez una rúbrica especial para incluir allí todos los delitos de lesa humanidad, que, como lo hemos afirmado, se ha podido intitular “Delitos contra la humanidad”, cumpliendo de esa manera los compromisos internacionales.

– Tenemos también a la “tortura”, que se enmarca y desarrolla con fundamento en la “Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos y degradantes”, ratificada por Colombia mediante Ley 70 de 1986 y que en un comienzo se contrajo a una finalidad específica, pero que encuentra desarrollo en su cuerpo en diversas finalidades y agregando la cláusula de exclusión. Así las cosas tenemos:

– Se ubica bajo la rúbrica de los delitos “contra la libertad individual y otras garantías”, que, como se ha dicho, no cubre los estándares internacionales de protección en cuanto al contexto del comportamiento y la protección de la población civil; la tutela individual, como se recordará, queda incluida con la protección de otros caros valores como la integridad personal, la dignidad humana, contra el abuso del poder o de la fuerza, etc.

– La norma establece:

Artículo 178. Tortura. El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de ocho (8) a quince (15) años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior.

No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas.

– Por virtud del inciso 2.°, la finalidad se amplía, reiterando los contenidos del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, lo que la diferencia de los instrumentos anteriores, pues aumenta así el umbral de protección y supera el contenido del bien jurídico.

– De otra parte, bajo la rúbrica de los delitos “contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario” se halla otra figura de tortura. Su fundamento en dih {604} fue expuesto durante el trámite del proyecto en el Congreso y cuyos elementos son:

Artículo 137. Tortura en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

Básicamente se trata de la misma conducta, pero realizada durante o con relación a un conflicto armado, caso en el cual la sanción privativa de la libertad se aumenta, pero curiosamente disminuye pecuniariamente.

En la actualidad, con la entrada en vigencia del Código Penal, Ley 599 de 2000, existe una gran aproximación a los instrumentos y documentos internacionales, en cuanto a sujeto activo y motivos de exclusión de ciertos comportamientos, por considerar que ellos no constituyen delito, como lo establece el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, veamos:

Artículo 7.° Crímenes de lesa humanidad

I. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

[...] f. Tortura.

[…] 2. A los efectos del párrafo i:

a. Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo i contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política.

[…] e. Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

Por el contexto así entregado en el Estatuto, bien puede decirse que lo establecido en el Código Penal colombiano no corresponde a la descripción del Estatuto de Roma, es decir, no coincide con la descripción de un crimen de lesa Humanidad.

– Respecto del desplazamiento forzado tenemos que la norma determina:

Artículo 180. El desplazamiento forzado. El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambien el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años, multa de seiscientos (600) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.

Artículo 181. Circunstancias de agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte:

I. Cuando el agente tuviere la condición de servidor público.

2. Cuando se cometa en persona discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada.

3. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de hechos punibles o faltas disciplinarias.

4. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado.

5. Cuando se sometiere a la víctima a tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Tal presentación descriptiva, que se encuentra ubicada en la rúbrica de delitos “contra la libertad individual y otras garantías”, por el contexto internacional ha debido ser contemplada en rúbrica conjunta de delitos “contra la humanidad”, desarrollando y cumpliendo los estándares internacionales.

Razón de lo dicho se encuentra en que la anterior figura se encuentra aparejada por otra, parecida, denominada “deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población”, contenida en el artículo 159 del Código Penal, Ley 599 de 2000. Dicha figura, que ya referenciamos, se encuentra en el marco de los “Delitos contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, y posee las siguientes características generales:

– Se encuentra ubicada bajo la rúbrica de los delitos contra “las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”.

– Por lo anterior, la norma refiere a un contexto diferente y específico: conflicto armado, que la distingue de la que nos encontramos estudiando, que, se repite, no exige conflicto armado alguno, aunque en la discusión se parearon, pero que posee un hilo conductor en derredor de la protección a la población civil.

– De interés para la concreción de la diferencia, fuera de las categorías ya expuestas, tenemos la base o fundamento que se tuvo en cuenta en la ponencia para primer debate{605} al proyecto de ley “por medio de cual se expide el Código Penal”. Veamos:

I. El artículo 17 del Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra, establece:

Artículo 17. Prohibición de los desplazamientos forzados: i. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a no ser que así lo

exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene y alimentación.

2. No se podrá obligar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto.

2. El artículo 49 del Convenio IV de Ginebra, establece:

Artículo 49. Los traslados en masa o individuales, de índole forzosa, así como las deportaciones de personas protegidas del territorio ocupado al territorio de la potencia ocupante, o al de cualquier otro país ocupado o no, están prohibidos sea cual fuere el motivo.

Sin embargo, la potencia ocupante podrá efectuar la evacuación total o parcial de una determinada región ocupada, si así lo requiere la seguridad de la población o imperiosas razones militares. Las evacuaciones no podrán implicar el desplazamiento de personas protegidas más que en el interior del territorio ocupado, excepto en casos de imposibilidad material. La población así evacuada deberá ser devuelta a sus hogares tan pronto como hayan cesado las hostilidades en ese sector.

La potencia ocupante deberá actuar, al efectuar tales traslados o evacuaciones, de modo que, en la medida posible, las personas protegidas sean acogidas en instalaciones adecuadas, que los desplazamientos se lleven a cabo en satisfactorias condiciones de salubridad, de higiene, de seguridad, de alimentación, y que no se separe unos de otros a los miembros de una misma familia.

– A pesar de lo interesante de la discusión, la reflexión y la cita realizada, debemos realizar algunas acotaciones: la regulación colombiana interna no distingue ni clasifica, como sí lo hacen los instrumentos internacionales, vale decir, los Convenios de Ginebra y ahora el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional', los conflictos entre "conflictos internacionales" y " conflictos no internacionales".

– La diferencia entre ellos no es caprichosa, pues, entre otros efectos, se encuentra la protección de personas y bienes a nivel internacional, la conceptualización de prisioneros de guerra y la exclusión de los meros motines y levantamientos internos.

– En cuanto hace referencia a la protección de bienes, y especialmente a la protección de la "población civil", es importante agregar la referencia al artículo 3.° común de los Convenios de Ginebra, pues en la discusión de la implementación es pieza importante y decisiva para la regulación.

– En cuanto a la protección de la población civil, cuyas cláusulas son evidentes en el DIH , ellas son aplicables al artículo 159 del Código Penal, en donde dichas cláusulas operan como ingrediente normativo de la descripción.

– No sucede lo mismo en el caso de los crímenes de lesa humanidad, que estamos examinado, pues en este evento, no existe necesariamente un conflicto. Por ello, las cláusulas de protección propias del DIH , se transportan, mutatis muntandi, llevando a la conclusión de que la protección existe, que se refiere a la población civil, pero que no es necesario que exista un conflicto. Por ello, nos remitimos a lo expresado al comenzar el capítulo para de esa manera diferenciar, no solo por el contexto, sino por el contenido, estas dos figuras.

Ya se advirtió cómo, pese al esfuerzo realizado, no se configuró una rúbrica especial que siguiera la sistemática y los estándares internacionales de protección.

Así, se requiere una especial labor interpretativa, tanto para aplicar el Código Penal como para exponer los argumentos de aplicación con respecto al principio de complementariedad, contenido en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional.

Igualmente, se observa que la protección, tanto en el Código Penal como en los instrumentos y documentos internacionales, no se encuentra propiamente, con respecto a la persona, sino que, incluida ella, el bien protegido u objeto de tutela es un umbral más amplio que incluye a la persona, presenta una visión omnicompresiva de su libertad, dignidad y desarrollo personal y social.

Otras figuras:

– El "encarcelamiento u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional", que ha sido ubicada también dentro los delitos "contra la libertad y otras garantías", en el Código Penal (Ley 599 de 2000), al igual que la "privación ilegal de libertad"{606}, la "prolongación ilícita de privación de la libertad"{607}, la "Detención arbitraria especial"{608} y el "desconocimiento de habeas corpus"{609}. Se debe mencionar la figura de la "detención ilegal y privación del debido proceso" (art. 149 C. P.), ubicada en la rúbrica de los delitos "contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario", que ha tenido respuesta en los mecanismos y tipologías ordinarias.

– Los delitos sexuales: "violación", "esclavitud sexual", "prostitución forzada", "esterilización forzada" y "cualquier otro acto de violencia sexual de gravedad comparable", que ha poseído especial resalto y maximización en tratándose de mujeres y menores, resuelta en el marco ordinario como: el "acceso carnal violento"{610}, el "acto sexual violento"{611}, el "acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir"{612}, el "acceso carnal abusivo con menor de catorce (14) años"{613}, los "actos sexuales con menor de catorce (14) años"{614}, el "acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir"{615}; igualmente, en la legislación interna se consigna un conjunto de agravantes, de diversa índole: por el sujeto activo, en razón al concurso de personas o la especial posición del victimario; en cuanto al sujeto pasivo, por la

edad, la relación personal con el victimario (cónyuge o compañero [a]), o por el hecho del embarazo{616}. De otra parte se tiene: la "inducción a la prostitución"{617}, el "constreñimiento a la prostitución"{618}, la "trata de personas"{619}, se establece un conjunto de agravantes de la punibilidad referido a: la víctima por su edad, vínculos de familiaridad o por llevarla al exterior{620}; el "estímulo a la prostitución"{621}, la "pornografía infantil"{622}y el "turismo sexual"{623}. También aparecen figuras relacionadas, que se encuentran ubicadas bajo la rúbrica de los delitos "contra las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario", como: el "acceso carnal violento en persona protegida"{624}, los "actos sexuales violentos en persona protegida"{625}, que remite a los agravantes de punibilidad del artículo 211 del Código Penal, ya señalados, y la "prostitución forzada o esclavitud sexual"{626}. Desde luego, dicho contexto es diverso, como señalamos en el análisis del delito de desplazamiento forzado.

– Otras descripciones asimiladas en la legislación interna: en atención a que dentro de los instrumentos y documentos internacionales se encuentran algunas expresiones que, de alguna manera, cuentan con referencia normativa en nuestra legislación interna, es necesario y preciso darles contenido, así:

– El asesinato, podemos asimilarlo a un homicidio agravado.

– El "exterminio", se considerará una tentativa de homicidio agravado u homicidio agravado, cuando es observable un resultado, muerte o lesión.

– La esclavitud, como un constreñimiento ilegal, cuando menos.

– La "Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte", de pronto como un genocidio o un homicidio agravado, según sea el resultado.

– El crimen de apartheid, como un genocidio, cuando menos.

– Y los “otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física”, se subsumirían en diversos tipos penales.

En suma, el cuestionamiento queda indemne. ¿quedó la legislación interna en postura de cumplimiento de protección de la población civil y en respeto al umbral diseñado internacionalmente? ¿Cuál es la normatividad que hace parte del bloque de constitucionalidad?

d. CONCLUSIÓN

Conforme a la metodología ofrecida y presentada por la exposición de motivos al proyecto de Código Penal, como se demostró, se ha debido crear una rúbrica, en donde se relacionaran y describieran todas las conductas o delitos de lesa humanidad, y más allá, todos los comportamientos “ontra la humanidad”: el crimen de genocidio, los crímenes de guerra y, obvio, los crímenes de lesa humanidad”.

Todos ellos poseen un desarrollo fundamentado en instrumentos y documentos internacionales que, directa o indirectamente, se encuentra dentro del denominado bloque de constitucionalidad.

En consecuencia, se ha de proteger todo intento de adecuación de la legislación interna al campo internacional, en desarrollo del Estatuto de Roma.

No existe, por tanto, descripción y protección, en derecho interno, con respecto a las figuras de violación a los derechos humanos o denominados crímenes de “lesa humanidad”.

E. DEL CRIMEN–DELITO DE GENOCIDIO

I . PRESENTACIÓN

El concepto no es extraño y mucho menos distante. Las condiciones y conceptos de vida y de hombre contienen el de la existencia en grupo; ahora se le denomina civilización{627}.

El homicidio, el concurso de homicidios, las masacres son, en verdad, hechos reales, que no se pueden medir con el criterio de vida individual o particularmente considerada. Otro, pero no distante, es el criterio social de la acción que comprende la terminación de la vida humana y, con ella o frente a ella, el de un grupo, una organización social, que comunica entre sí a sus miembros, una identidad y una identificación; y, sin que sea el criterio importante, señala una especie de criterio de permanencia temporal.

El concepto de grupo, su sorprendente espiral al reconocimiento y aceptación es, sin duda, una forma de demostrar que, en verdad, no nos encontramos con el particular concepto de vida.

Entonces, un fenómeno es la protección, en donde la vida se encuentra implícita, y de allí se va al grupo; y otro bien que diverso, es la motivación o móvil de la persecución, que puede resultar siendo de carácter político. Por ello, en nuestro concepto, lo que en verdad no se puede confundir es el móvil con la protección, pues ello ha dado lugar, y aún no se ha resuelto, al tema de la creación de una figura como el genocidio, cuando se realiza a un grupo político, lo cual es una incongruencia.

La confusión entre el móvil y la protección parece no haber sido percibida socialmente. Y aunque se hable de cuestión política, ello siempre constituirá el móvil, mas no la protección, la cual se dirige un grupo social. Veamos:

Genocidio (del Gr. genos, linaje, y -cidio) [...] m. Exterminio sistemático de un grupo social por motivos de raza, de religión o político{628}.

El Diccionario de la Lengua Española dice:

Genocidio. [...] m. Exterminio o eliminación sistemática de un grupo social por motivos de raza, de religión o de política{629}.

Destaquemos que, a pesar de no contener el concepto y los elementos jurídicos, las anteriores definiciones ya muestran la diferencia entre el móvil o motivo y el objeto de protección, es decir, el grupo.

Empero, tal confusión aún se encuentra en punto, pues se ha de observar cómo la discusión persiste:

... en las discusiones del proyecto de Código de Crímenes se plantearon algunas cuestiones que posteriormente volverían a ser tratadas por el Comité Preparatorio, como la relativa a la persecución contra los miembros de un grupo político. {630}.

Situación que, como veremos más adelante, fue solucionada en el seno de la Comisión Preparatoria.

El genocidio, es bien cierto, tiene un origen complejo, y en ello todos los autores están de acuerdo:

El vocablo mismo, acuñado por el jurista polaco RAPHAEL LEMKIN en el capítulo noveno de su libro Axis rule in

occupied Europe (El dominio del Eje en la Europa ocupada), publicado en Washington en 1944 mientras su autor se desempeñaba como profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Yale, traduce la agonía de la conciencia ante el horror que pretende describir y proscribir, pues combina una raíz griega (genus, pueblo) y un verbo latino (caedere, cortar, matar). LEMKIN había propuesto ya en la Quinta Conferencia Internacional para la Unificación del Derecho Penal, que se celebró en Madrid en 1933, la creación de los delitos internacionales de “barbarie” y “vandalismo” [Y. TERNON]{631}.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La “Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio” fue adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, según Resolución 260-A (III) del 9 de diciembre de 1948, bajo las siguientes consideraciones.

La primera hace relación a la aprobación de la Resolución 96 (I) del II de diciembre de 1946, en donde se declaró que el genocidio es un delito de derecho internacional, contrario al espíritu y a los fines de la organización mundial y que el mundo civilizado condena.

La segunda se refiere al reconocimiento de la existencia misma del crimen de Genocidio a través de la historia; así mismo, el reconocimiento de las consecuencias indudables de pérdidas sin número para la humanidad. Nótese que en las consideraciones que estamos resaltando propiamente no existe referencia a la vida, sino a la humanidad.

Y la tercera alude a la necesidad de cooperación internacional para su erradicación.

Bajo las anteriores premisas, toman acuerdo las siguientes figuras, que entrarían en vigencia el 12 de enero de 1951, conforme al artículo XIII del instrumento.

– Definición y factor fáctico-temporal.

Artículo I. Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar.

Artículo II. En la presente convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

a. Matanza de miembros del grupo.

b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo.

c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

d. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo.

e. Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Como se observa, el artículo I de la Convención refiere, no solo, por una parte, al hecho de declarar al genocidio como crimen internacional y de lograr compromiso multilateral a su prevención y sanción, sino que también, como nota de especial reflexión, refiere a encontrar la posibilidad de existencia del crimen de genocidio en tiempos de paz o de guerra.

– Figuras afines. La definición adoptada es aún más diciente y categórica a efecto de la prevención y sanción, cuando se tienen redactadas otras figuras afines, como las que se señalan a continuación.

Artículo III. Serán castigados los actos siguientes:

a. El genocidio.

b. La asociación para cometer genocidio.

c. La instigación directa y pública a cometer genocidio.

d. La tentativa de genocidio.

e. La complicidad en el genocidio.

Se ha de recordar que la Convención a que se hace referencia no es un código penal, ni pretendía serlo; su importancia radica en el hecho de la descripción de las figuras, las declaraciones de inicio que incorpora y los

compromisos multilaterales, como mecanismos de política criminal.

Al no ser la Convención un código penal, no posee una parte general que permita la precisión conceptual de figuras como la de participación, de realización de la conducta o que tengan la capacidad de referenciar y configurar un tal elemento intencional o subjetivo. Por ello, es razonable encontrar las referencias a cada una de las figuras de manera insistente y poco técnica, obviamente, desde la arista del derecho penal, como sucede por ejemplo con el "genocidio" y la "asociación para cometer genocidio", pues no se sabe con exactitud si se trata de la conocida figura de asociación para delinquir con finalidad genocida o si, por el contrario, se refiere a la coautoría o a la participación; se dirá lo mis-mo con respecto a la situación de una tal "instigación directa y pública a cometer genocidio", pues puede referirse al evento de la determinación por vía del manejo de masas o del denominado agente provocador, o al propiamente intitulado instigador, y aquí, por la vía antes señalada, los amplificadores de "tentativa" y "complicidad".

La enumeración de actos o hechos merecedores de prevención y sanción tienen la dificultad temática de encontrar una interpretación dificultosa en el marco de la legalidad del crimen o delito, pues lo que allí no se diga queda por fuera de la cobertura y descripción criminosa, por efecto del señalamiento negativo, que indica cómo lo prohibido hace que las conductas no reguladas como tales sean permitidas, y desde luego que, en el ánimo del "legislador" multilateral, no se escaparían los casos de la aquiescencia, por ejemplo.

3. ANTECEDENTE LEGISLATIVO DEL CÓDIGO PENAL

Como ya se anotó, de antaño fueron presentadas al Congreso de la República varias iniciativas, especialmente en lo relacionado con el genocidio y los denominados crímenes de lesa humanidad, tal como se planteó en los antecedentes de los crímenes de lesa humanidad, razón por la cual a ellos nos remitimos.

4. LA PRESENTACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL (LEY 599 DE 2000)

a. LA NORMA

Artículo 101. Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del marco de la ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil

salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

I. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.

2. Embarazo forzado.

3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 102. Apología del genocidio. El que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de las mismas, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años, multa de quinientos (500) a mil

salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a diez (10) años.

b. LA JURISPRUDENCIA

En el curso de la discusión del que fuera luego nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000) se observa el paralelo, trámite y aprobación de la Ley 589 de 2000, que pasara durante dicho lapso a control constitucional. Veamos.

En cuanto al control constitucional con respecto a la Ley 589 de 2000, que luego fuera reiterada con respecto a la Ley 599 de 2000 o Código Penal, fueron puntos de especial consideración los siguientes:

La Corte Constitucional, en sentencia C-177 de 2001, del 14 de febrero de 2001, M. P.: Fabio Morón Díaz , expediente D-3120, decide sobre la demanda contra el artículo 322 A (parcial) del Código Penal, creado por el artículo I.° de la Ley 589 de 2000, “Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones”.

– La expresión demandada fue: “... que actúen dentro del marco de la ley.”.

– Ahora bien, la Corte al estudio, en control de constitucionalidad, de la expresión “político” declara que ella se aviene al marco constitucional, por las siguientes razones, entre otras la de ampliar el umbral de protección, así:

Esta Corte encuentra que ningún reparo puede formularse a la ampliación que de la protección del genocidio a los grupos políticos, hace la norma cuestionada, pues es sabido que la regulación contenida en los tratados y pactos internacionales consagra un parámetro mínimo de protección, de modo que nada se opone a que los Estados, en sus legislaciones internas, consagren un mayor ámbito de protección.

Así, pues, no hay óbice para que las legislaciones nacionales adopten un concepto más amplio de genocidio, siempre y cuando se conserve la esencia de este crimen, que consiste en la destrucción sistemática y deliberada de un grupo humano, que tenga una identidad definida. Y es indudable que un grupo político la tiene.

Antes bien, en criterio de esta Corte, la incriminación de la conducta sistemática de aniquilación de un grupo político, mediante el exterminio de sus miembros, antes que suscitar cuestionamientos de constitucionalidad, encuentra pleno respaldo en los valores y principios que informan la

Constitución Política de 1991, entre los que se cuentan la convivencia, la paz y el respeto irrestricto a la vida y a la existencia de los grupos humanos, considerados como tales, con independencia de su etnia, nacionalidad, credos políticos, filosóficos o religiosos. No se olvide que los trabajos de la Asamblea Constituyente precisamente propendieron por institucionalizar estrategias constructivas de convivencia política, en respuesta a la situación de violencia y de conflicto armado, por lo que muchas de las disposiciones de la Carta Política se inspiran en el anhelo de consolidar la paz de los colombianos y buscan responder a ese propósito.

– Y encuentra la Corte que, en cuanto a la expresión "que actúe dentro del marco de la ley", existe contrariedad con la norma superior, por diversas razones, como: el incumplir con el artículo 93 de la Carta, en cuanto se limita un derecho consagrado; el permitir o dar permisión a una conducta prohibida, como es el caso de la matanza de personas que actúen por fuera del marco legal; el no cumplir con estricto compromiso de la Convención citada; y, por último, en cuanto no existe claridad y exactitud de la norma, principio fundante de la legalidad de los delitos y de las penas.

No huelgan aquí unas pequeñas precisiones:

– el control constitucional encuentra que el genocidio político se aviene con la Constitución.

– Encuentra dicho control que la expresión "que actúe dentro del marco de la ley" es contraria a la Constitución.

– Que el texto, "que actúe dentro del marco de la ley" no es claro y se enfrenta abiertamente con la Constitución.

– Que el texto "que actúe dentro del marco de la ley", en señalamiento negativo, sería tanto como aceptar que es permitida la conducta, cuando el "actor se encuentre fuera del marco de la ley", lo que es contrario a la Constitución y a la línea trazada por la Convención. Recuérdese que la "Convención para la prevención y la sanción del delito de

genocidio”, del 9 de diciembre de 1948, no exceptúa conducta alguna.

– Y, en tales términos, el texto en estudio, “que actúe dentro del marco de la ley”, antes que evidenciar y concretar una protección, restringe el derecho, lo que contradice la dirección y propósito del artículo 93 de la Constitución Política.

No obstante encontrarnos conformes con parte de las anteriores premisas, también se ha de resaltar que:

– El criterio de aceptación del genocidio político no confirma el ámbito internacional y por el contrario, confunde al operador de la norma.

– La Corte, en punto de derechos humanos, del Derecho de los derechos humanos y, del dih , realiza una gran exposición, que se ha de resaltar. Empero, el criterio de derechos humamos, en punto de lesa humanidad, hoy debe ser reestructurado, pues, si bien podemos considerar lesa humanidad muchos comportamientos que otrora no poseían autonomía, con la entrada en vigencia del Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional ya encontramos esa autonomía y especificidad, pues al ser adoptado el diseño de los crímenes de competencia (jurisdicción) de la Corte, cada uno posee descripción propia y elementos diversos. No es, pues, arbitrario y desenfocado decir que el denominado, entre nosotros, genocidio político constituye, en verdad, un crimen de lesa humanidad, específico y autónomo. Veamos:

Artículo 7. Crímenes de lesa humanidad.

A los efectos del presente estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

a. Asesinato [...]

h. Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte [.. .]{632}.

– En consecuencia, desde el punto de vista del derecho internacional, y en cuanto hace relación al Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, lo que en Colombia es catalogado como genocidio político es, en verdad, un crimen de lesa humanidad. Ya diremos cuáles son las dificultades del orden sustancial y procesal del tema.

c. conclusión

Varias son las conclusiones que se pueden extraer luego de la presentación que se ha realizado, con respecto al genocidio, tanto en el ámbito interno como en el internacional. Vemos:

I. La Convención sobre el genocidio es declarativa, es decir, reconoce el acto ilícito, lo convierte en norma positiva mas no lo constituye, pues su existencia supera la época del acuerdo multilateral.

2. En punto de bien jurídico, el genocidio es considerado un crimen pluriofensivo, razón por la cual ubicarlo bajo el bien jurídico de la vida es en verdad insuficiente.

3. En el marco internacional, aunque existen debates sobre el genocidio político y el genocidio cultural, dichas fórmulas y presentaciones no han sido recogidas.

4. En cumplimiento de compromisos internacionales y con ocasión de la aplicación y desarrollo del bloque de

constitucionalidad, la legislación optó por la incorporación de la figura de genocidio.

5. En dicho marco, se aceptó el genocidio político y el genocidio mediante la modalidad de “embarazo forzado”.

6. En el control de constitucionalidad, la Corte Constitucional declaró la figura del genocidio conforme a la Constitución, excepto la expresión “que actúe en el marco de la ley”.

7. Existe la tendencia a defender la inclusión de la figura del genocidio político, que en verdad es un crimen de lesa humanidad, bajo el argumento de aumentar el umbral de protección{633}, lo cual no es ajustado a la actualidad de la discusión.

8. La admisión del genocidio político, aunque es una posible aproximación, posee problemas de carácter sustancial y procesal. Sustancial, pues se corre el riesgo de romper la sistemática, como sería el caso de intentar una destrucción de un grupo político, por medio de un embarazo forzado. Dificultad que, antes que proteger, permite una indebida aproximación al tema real y de tutela. Y procesal, en cuanto a la prueba y a la no coincidencia con el estándar internacional que rechaza la posibilidad de la imputación fáctica y puede producir un doble juzgamiento.

9. Y por último, en cuanto a la tutela o bien jurídico: nos parece que hubiese sido más lógico y acertado crear una rúbrica especial para los delitos contra la humanidad, como se había solicitado en la exposición de motivos al proyecto de ley que se tornaría en Ley 589 de 2000 y que a la letra decía:

El contenido del proyecto se centra en la tipificación de la desaparición forzada de personas, del genocidio y de la ampliación típica de la tortura, incorporando estos tres delitos como un capítulo nuevo del Código Penal que los agrupe como delitos de lesa humanidad, respondiendo a los requerimientos de carácter internacional y a la realidad de nuestro país.

F. CONCLUSIONES GENERALES

I. El marco internacional se ha decantado, desde la configuración y reconocimiento de derechos hasta la conformación de crímenes.

2. Tal diseño es pertinente, para la legislación interna, en cumplimiento de compromisos internacionales y en sede del bloque de constitucionalidad.

3. En consecuencia, la expresión “población civil” es el punto de protección, contenido del bien jurídico, y, al mismos tiempo, lo que distingue a nivel internacional, por lo menos en el Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, cada una de las presentaciones y configuraciones de los crímenes.

4. En la exposición de motivos se observa tal dirección de la norma y de la protección. No obstante, en el desarrollo se ubicaron las figuras en diversas rúbricas penales y sin respecto al hilo conductor que debía haber respetado.

5. Por último, sería importante para el país, en aras del compromiso de implementación, realizar los ajustes pertinentes y encontrar, en el contexto de dichas figuras, que son el hilo conductor que estamos señalando, el contenido y alcance de la protección, bajo el marco de los que se podría denominar “delitos contra la humanidad”.

ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ
WILLIAM MONROY VICTORIA

Delitos contra el orden económico y social

PRESENTACIÓN

Las organizaciones delictivas han utilizado el sistema financiero{634} para consumar varios hechos que constituyen atentados contra bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. Quizás, dentro de estos bienes uno de los más relevantes sea el del orden económico y social, pues dada la magnitud de los comportamientos llega a afectarse la esencia misma de la sociedad.

No podemos negar que la economía es base de cualquier sistema social y por lo tanto depende de su organización.

Es así como, desde hace muchos años y ante la zozobra que causan los comportamientos antijurídicos en el sistema financiero, se ha pretendido recobrar la confianza en el sector a través de normas de carácter penal, que tratan de solucionar la crisis que se viene presentando desde hace mucho tiempo.

El Decreto 2920 del 18 de octubre de 1982 recogió varios comportamientos que en opinión del legislador de la época, podían afectar socioeconómicamente a nuestro país, por lo que se justificaba un tratamiento penal y no sólo el administrativo{635}. Se habla entonces, de tipos como los de “utilización ilegal de fondos captados al público”; “otorgamiento de créditos y descuentos por encima de las autorizaciones legales”, y “captación masiva del dinero público sin previa autorización de la autoridad competente”. El Decreto 663 de 1993 decide reagrupar los tipos penales descritos, con consideraciones particulares que son recogidas por el régimen sancionatorio del Estatuto Financiero en la parte séptima, en donde se establecen sanciones administrativas y sanciones penales.

El orden económico y social se ha concebido como regulación jurídica de la organización económica y de la intervención estatal.

En palabras de algunos autores, “el orden económico va a constituir el objeto de protección del derecho penal económico, dado el interés del Estado en la conservación de su capacidad productiva para el cumplimiento de su tarea y en la conservación del orden legal de la economía, tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales”{636}.

I. MARCO CONSTITUCIONAL

La aceptación de un modelo de Estado social tiene repercusión fundamental en el derecho penal, pues se deben proteger bienes jurídicos. La política criminal debe estar dirigida a conjurar los daños y ataques graves a los bienes fundamentales.

Es decir, un modelo de Estado social, tal y como lo prevé la Carta Política en el artículo 2.° en concordancia con el artículo 333 (“La actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común [...] La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación”), incide en el análisis de los tipos penales que contiene el título contra el orden económico y social.

A su vez, el artículo 13 de la C. N. dispone que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados y marginados

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-506 del 6 de diciembre de 1994 precisó que “El artículo 334 del estatuto fundamental confía al Estado la dirección general de la economía”.

Por lo que la intervención en la economía tiene su razón de ser en el efecto que puede causar el daño o lesión a este bien jurídico.

El artículo 333 de la Constitución establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de un

límite liberal que conlleva la observación permanente del bien común.

Sostiene la Corte Constitucional que “a la luz de la preceptiva constitucional vigente y siguiendo el criterio de la prevalencia del interés público en ella consagrado, no puede permitirse que aspectos tales como los límites de endeudamiento de las instituciones financieras, los topes de los créditos que ellas otorgan, las clases y requisitos de las garantías exigidas a los deudores, o los niveles de patrimonio mínimo de quienes ejercen la gestión financiera, queden librados a la más absoluta discreción de los entes participantes o dependan en forma exclusiva de las fuerzas del mercado y del incontrolado juego de la oferta y la demanda. La presencia estatal activa, técnicamente orientada y razonablemente dirigida, dentro de unas políticas globales que preserven el sano y armónico desenvolvimiento de la actividad crediticia, resulta insustituible como garantía para el público y como factor que incide en la solidez del sistema económico en su conjunto”.

II. BIEN JURÍDICO

En la evolución histórica del derecho penal se han marcado dos consideraciones primordiales en torno al bien jurídico: la primera, que parte de Binding y en la que se afirma que el bien jurídico es una creación jurídica, lo que impide cuestionar la creación legislativa{637}; y la segunda, inspirada en la consideración de que el bien jurídico es anterior al Derecho y que cualquier sistema jurídico nutre de allí su desarrollo{638}.

Von Liszt ofreció un concepto material del bien jurídico afirmando que éste encuentra su origen en un interés de la vida, previo al Derecho, que surge de las relaciones sociales; pero advirtió que dicho interés vital no se convierte en bien jurídico hasta que es protegido por el Derecho. Es este quien decide entre los intereses sociales cuáles deben convertirse en bienes jurídicos. También los neokantianos, que constituyeron la doctrina dominante a

partir de los años 20, buscaron una sustancia material de bien jurídico en una realidad previa al Derecho, pero en lugar de verla en el terreno de los intereses sociales la situaron en el mundo espiritual subjetivo de los valores culturales.

El bien jurídico fue rechazado por los penalistas nacional-socialistas, que lo veían como un límite liberal a superar en un Estado totalitario. Tras arduos debates sobre el tema, neokantianos y defensores tradicionales del bien jurídico lograron disuadir a los nacional-socialistas de que dicho concepto supusiera algún freno individualista.

Sin embargo, una importante dirección acude hoy al concepto de bien jurídico como bandera de una política comercial "liberal" que fija un límite al derecho penal.

El derecho penal no puede intervenir ante cualquier perturbación de la vida comunitaria, sino que debe limitarse a la protección de valores fundamentales del orden social.

El derecho penal tiene encomendada la misión de proteger bienes jurídicos. En toda norma jurídico-penal subyacen juicios de valores positivos sobre bienes fundamentales e imprescindibles para la convivencia humana{639}.

El bien jurídico, se ha dicho, constituye el núcleo de la interpretación de las normas jurídico-penales, porque a su tutela tienden éstas.

Nuestra Constitución Nacional establece en su artículo I .° que "Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

El Estado social debe proteger a la colectividad, y el derecho penal que nace dentro de un Estado de esta naturaleza debe buscar la protección de la sociedad, anotando desde ahora, claro está, que los intereses que se protejan por el estado deben ser relevantes para el núcleo

social que los posee; esto en íntima relación con el principio de mínima intervención y en consonancia con la fragmentariedad que debe predicarse en un derecho penal.

El derecho penal debe proteger a los bienes jurídicos o intereses que la sociedad considera importantes, por lo que puede y debe evolucionar de acuerdo a esa comprensión. Lo anterior no obsta para reconocer que existen intereses que permanecen inmutables dentro de un núcleo social y que responden a valores filosófico-ético-culturales, que se mantienen en el seno social.

El Estado colombiano es un Estado social y por lo tanto tiene injerencia en la economía del país, y así está establecido desde el preámbulo de la Carta Política y en sus normas respectivas.

La Constitución Nacional en el artículo 335 dispone que "Las actividades, financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d del numeral 19 del artículo 150 son de interés público y sólo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito".

El literal d referido anteriormente regula ". las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público".

III. TIPOS PENALES. DELITOS CONTRA EL SISTEMA FINANCIERO{640}

El sistema financiero puede entenderse como uno de los componentes sociales, que tiene como función primordial "intermediar" entre la demanda y la oferta de recursos y capitales, por lo que influye su actividad directamente en la

economía. Esto obliga a establecer claramente quiénes pueden ejercer la función de intermediación, dentro de un contexto de control estatal que tienda a obtener la regulación de la “soberanía monetaria” del mercado financiero y bursátil.

Los tipos penales previstos por el legislador tienden entonces a contener los comportamientos que puedan causar desmedro al orden económico y social.

La Ley 599 de 2000, recogió en el título X. “Delitos contra el orden económico y social”, y capítulo 2.°, los delitos en contra del sistema financiero, así:

Artículo 314. Utilización indebida de fondos captados del público{641}. El director, administrador, representante legal o funcionario de las entidades sometidas a inspección y vigilancia de las superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria, que utilizando fondos captados del público, los destine sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, o de otras sociedades incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Comentario. Este tipo penal recoge los supuestos previstos con anterioridad, incorporando a las superintendencias deValores y de Economía Solidaria. Esto implica que se amplía el radio de acción frente a los sujetos activos cualificados –director, administrador, representante legal o funcionario– como autores o partícipes de una destinación “sin autorización legal” a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas superintendencias, o de otras sociedades, para evitar un monopolio o tomas de control perjudiciales para el sistema.

El aspecto fundamental, en nuestra opinión, en este tipo penal radica, en que, las operaciones autorizadas (art. 7.°

Estatuto Financiero y Cambiario), por mandato legal, establecen el ámbito permisivo de acción de las entidades, y, cualquier exceso o desbordamiento realizado por el sujeto agente de estos comportamientos, viola abiertamente una prohibición de acuerdo a unos controles establecidos.

Entendemos que lo anterior es corolario directo del artículo 10.° del Estatuto Financiero en donde se establecen las prohibiciones y limitaciones. Esto en consonancia con la finalidad que se le consagra a los fondos captados del público o a los ahorros privados.

Sobre este tipo penal se ha referido expresamente Martínez Neira y ha sostenido que “Muchas de las empresas que vigila la Superintendencia de Valores y la de Economía Solidaria, por ejemplo las cooperativas multiactivas, las cooperativas de primer grado de distribución o comercialización agrícola, no acceden a los mercados públicos captando recursos de ahorro, y eso va a dar lugar lamentablemente a unos desarrollos equívocos desde el punto de vista doctrinario, en la medida en que el legislador trató de abarcar de tal manera el espacio de tipo penal en la utilización indebida de fondos captados del público que puede generar nuevas y mayores frustraciones”{642}.

Es importante destacar que el Decreto 1608 del 23 de agosto de 2000 contiene la naturaleza, objetivos y funciones de la Superintendencia de Valores, en donde se destaca como función de esta institución la de “estimular, organizar, desarrollar y regular el mercado público de valores.”.

Las sociedades vigiladas e inspeccionadas por la Superintendencia deValores son varias, por lo que deben incorporarse como elemento normativo a este tipo penal, acudiendo al artículo 3.° del Decreto 1608 del 23 de agosto de 2000. Siendo así que se entenderá que podrán realizar esta conducta los sujetos que pertenecen a las “bolsas de valores, bolsas de futuros y opciones, intermediarios que actúen en estas últimas bolsas y sociedades que realicen la compensación y liquidación de contratos de futuros, opciones y otros, en los términos establecidos en el artículo 60 de la Ley 510 de 1999; los comisionistas de bolsa, los comisionistas independientes de valores, las sociedades administradoras de fondos de inversión, las sociedades administradoras de depósitos centralizados de valores, las

sociedades calificadoras de valores, los fondos mutuos de inversión que, a 31 de diciembre de cada año registren activos iguales o superiores a cuatro mil (4.000) salarios mensuales legales, vigentes a la fecha del respectivo corte, y los fondos de garantía que constituyan en el mercado público de valores en los términos y con las mismas facultades previstas en las disposiciones vigentes". En cuanto capten dineros del público.

La competencia de las superintendencias Bancaria y de Economía Solidaria respecto de las sociedades sobre las cuales ejercen vigilancia hace parte integrante de este tipo penal.

Este tipo penal contiene además un ingrediente especial que consideramos es importante para analizar, y consiste en la previsión de lo que a nuestro juicio es un ingrediente subjetivo, pues se exige que los fondos captados del público por el agente sin autorización legal los destine "a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia"; consideramos que si otra es la destinación no podrá estructurarse el tipo descrito.

Artículo 315. Operaciones no autorizadas con accionistas o asociados{643}. El director, administrador, representante legal o funcionarios de las entidades sometidas al control y vigilancia de las superintendencias Bancaria o de Economía Solidaria, que otorgue créditos o efectúe descuentos en forma directa o por interpuesta persona a los asociados o accionistas de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La misma pena se aplicará a los accionistas o asociados beneficiarios de la operación respectiva.

Comentario. Con esta disposición, consideramos, se busca salvaguardar los ahorros de los particulares y los derechos de las personas a acceder al sistema financiero en igualdad de condiciones. Se pretende, en nuestro criterio, evitar abusos de la posición de los accionistas en perjuicio quizás del patrimonio de la entidad y de los ahorradores, pues se trata de un comportamiento que excede la autorización concedida legalmente para esta clase de crédito, frente a un beneficiario que resulta ser accionista de la entidad y con unos dineros que pertenecen en gran proporción al banco, al cliente y a otros inversionistas, que quizás están siendo excluidos con la existencia de preferencias de este orden y desconociendo los topes de créditos.

De igual manera, cualquier clase de descuento directo o indirecto a favor del accionista o asociado, y violando la cuantía legal, está consagrado por la norma como un comportamiento típico.

De lo anterior se desprende que el sujeto activo es el director, administrador, representante legal o funcionario de estas entidades sometidas a control, que excediendo las autorizaciones legales{644} otorgan préstamos a un sujeto cualificado (debe ser accionista o asociado), que el tipo penal también considera como sujeto activo del delito previsto en esta norma, pues prevé la disposición que “La misma pena se aplicará a los accionistas o asociados beneficiarios de la operación respectiva”.

Artículo 316. Captación masiva y habitual de dineros{645}. Quien capte dineros del público{646}, en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Comentario. Este tipo penal es sin lugar a dudas el mismo que desde antaño se consideraba como reprochable y no ha sufrido ninguna modificación frente al comportamiento, aunque es bueno anotar que se incluye la multa como sanción y se suprime la remisión de competencia al estatuto

financiero. El tipo penal puede ser realizado por cualquier persona que capte dinero del público sin la respectiva autorización. Existen previsiones normativas en el Estatuto Financiero que prohiben expresamente captar dineros del público. Entre otros, por ejemplo, a las compañías de compra de cartera{647} se les impide la captación masiva y habitual de dinero del público.

Artículo 317. Manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. El que realice transacciones, con la intención de producir una apariencia mayor de liquidez respecto de determinada acción, valor o instrumento inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios o efectúe maniobras fraudulentas con la intención de alterar la cotización de los mismos incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena se aumentará hasta en la mitad si, como consecuencia de la conducta anterior, se produjere el resultado previsto.

Comentario. Este es un tipo penal nuevo que trata de evitar la especulación, y reprocha el comportamiento de cualquier persona que pretenda aparentar una liquidez mayor de cualquier clase de acción, valor o instrumento en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios. Contiene elementos subjetivos fundamentales que consisten:

a. “En la intención de producir una apariencia mayor de liquidez”.

b. O en efectuar maniobras fraudulentas con la intención de alterar la cotización en el mercado.

Sin embargo, se ha manifestado por Martínez Neira que “toda negociación en el mercado público de valores afecta

la liquidez del instrumento, porque la liquidez no es cosa distinta que la expresión de rotación de los valores en el mercado público correspondiente, y una extensión de esa magnitud haría absolutamente inaplicable el tipo penal respectivo". Además se dice allí que "también es punible efectuar maniobras fraudulentas con la intención de alterar la cotización en el mercado, lo que nos puede llevar a cuándo una calificación es representativa o no".

Es preciso señalar entonces que el tipo penal contiene varios ingredientes normativos que nos obligan a remitirnos para efectos de llenar su contenido a términos indispensables en el proceso de adecuación típica:

I . Qué es liquidez, para poder saber cuál puede ser aparente, y

2. Qué es y cuál es la base de la cotización de estos bienes, para poder predicar la alteración.

Debemos destacar que este tipo, que es nuevo en la legislación penal, remite directamente a la normatividad que sobre inscripciones y mercado de valores existe, pues la descripción se refiere a "valor o instrumento inscrito en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios"{648}.

Dentro de la investigación encontramos un proyecto del Ministerio de Hacienda bastante interesante por el cual se establecen normas relacionadas con las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos del público que se efectúen mediante valores, se conceden facultades y se dictan otras disposiciones; quizás pueda ser un mecanismo útil para definir de una vez por todas estos elementos, pues realmente, ante la incertidumbre, consideramos que es un tipo penal que no va a poder aplicarse, dada la vaguedad del concepto. Esto nos permite aseverar que es un tipo penal que incumple con los requisitos de tipicidad, y por ende es previsible su imposible aplicación.

Un aspecto procesal común a todos estos delitos, y dada la sanción prevista en los tipos penales, radica en que son delitos que en la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal no están sujetos a detención preventiva, pues el mínimo requerido para ello es de 4 años.

Así que estos delitos no son de aquellos que puedan implicar privación de la libertad.

BIBLIOGRAFÍA

Abella, Germán Darío. “Responsabilidad civil y penal de los administradores y funcionarios de las entidades sometidas a control y vigilancia de las Superintendencia de Valores en el desarrollo de su labor”, en Seminario sobre lapenalización de los delitos financieros y bursátiles.

Bacigalupo, Enrique. Manual de derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1987.

Corte Constitucional. Sentencia C-024 del I.° de febrero de 1993, M. P.: Ciro Angarita Barón .

Corte Constitucional. Sentencia C-479 del 7 de julio de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA .

Corte Constitucional. Sentencia C-560 del 6 de diciembre de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández .

De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio . “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, España, mayo de 1988.

Gómez de La Torre, Berdugo . Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1999.

Hernández Quintero, Hernando . “Límites al derecho penal financiero”, en Memorias xx Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Jescheck, H. H. Tratado de derecho penal. Parte general, Barcelona, Bosch, 1981.

Pinzón, Jorge y Fernando Carrillo . Sector financiero y delincuencia económica, Bogotá, Temis, 1985.

Rebellón Rebellón, Bernardo. Elementos de derecho económico, 3.a ed., Ibáñez,1999.

Revista de Derecho Penal, n.° 8, Pedro Alfonso Pabón Parra (dir.), Bogotá, Leyer, junio-julio de 1998.

ALEJANDRO RAMELLI ARTEAGA

Personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario

PRESENTACIÓN

Una de las más importantes novedades que presenta el Código Penal de 2000, de cara al agravamiento del conflicto armado interno, lo constituye, sin lugar a dudas, la inclusión de un título dedicado, exclusivamente, a las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario (DIH). En efecto, una interpretación histórica del Código Penal nos indica que una de las mayores preocupaciones de nuestros legisladores fue la de adecuar la normatividad penal interna a los compromisos internacionales asumidos, de tiempo atrás, por el Estado colombiano. En otros términos se alegaba que nuestro país, a pesar del importante tiempo transcurrido, había omitido ejecutar legislativamente un conjunto de tratados internacionales referentes a DIHy a derecho internacional de los derechos humanos (DDIH), o bien, los tipos penales existentes en Colombia, a la sazón, no eran acordes con la gravedad y particularidades que presentan las infracciones a la legalidad internacional. Así pues, las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodean la comisión de ciertas infracciones al DIH y las violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos, amén de su extrema gravedad y lesividad a bienes jurídicos tan caros a la sociedad internacional, ameritaban un tratamiento punitivo especial, vale decir, se aludía al principio de proporcionalidad, el cual está llamado a regir la relación entre un hecho delictivo determinado y la pena correspondiente a imponer.

Aunado a lo anterior, recuérdese que las normas humanitarias que establecen prohibiciones a los combatientes son de aplicación indirecta o, en términos de la doctrina anglosajona, disposiciones non-self-executing, es decir, requieren del concurso del legislador interno para poder ser aplicadas por los fiscales y jueces nacionales. Sin duda, se trata de normas incompletas que se limitan a proscribir ciertos comportamientos (v. gr., la toma de rehenes, los actos de terrorismo, etc.), sin realizar una descripción detallada y minuciosa de los elementos que conforman la conducta ilícita, o, en el mejor de los casos,

realizan un bosquejo de la misma sin establecer, con todo, el quantum de la pena a imponer. De allí que el legislador interno goce de un amplio margen de configuración normativa al momento de dotar de contenido y alcance a las mencionadas prohibiciones.

Ahora bien, las referencias tácitas o expresas a la normatividad humanitaria, sin embargo, se encuentran presentes en otras disposiciones del Código Penal, a saber: el artículo 2.° (principio de integración entre las legalidades interna e internacional); el artículo 8.° (principio del non bis in idem y sus excepciones emanadas del derecho internacional); el artículo 32.4 (límites a la alegación de la obediencia debida, como causal de justificación, en casos de genocidio, desaparición forzada y tortura); los artículos 101 y 102 (delito de genocidio y apología del mismo, respectivamente); el artículo 340, reformado por el artículo 8.° de la Ley 733 de 2002 (concierto para delinquir), y el artículo 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos). Aunado a lo anterior, la Ley 733 de 2002 hace otras remisiones, poco claras por lo demás, al DHI en los casos de los delitos de secuestro y extorsión agravados.

Señalemos, de igual manera, que el legislador de 2000 no se limitó a ejecutar el catálogo de prohibiciones que aparece recogido en el artículo 3.° común a los cuatro Convenios de Ginebra ni en el Protocolo Adicional II de 1977. En efecto, todo parece indicar que se buscó, además, desarrollar legislativamente ciertas conductas que aparecen recogidas en el Protocolo Adicional I de 1977 (conflicto armado internacional), como es el caso de la interdicción de la perfidia, y los textos de algunas resoluciones del Consejo de Seguridad mediante las cuales se crearon tribunales penales internacionales ad hoc, como sucede con el acceso carnal violento en tanto que crimen de guerra.

Puestas así las cosas, es necesario aclarar que el presente estudio se limitará a realizar un análisis transversal y sistemático del contenido y alcance de los tipos penales que aparecen recogidos en el título II del C. P., aunque, en ocasiones resultará prácticamente imposible dejar de remitirse, de una u otra manera, a otras disposiciones que recoge el Código Penal en materia de DIH . Evitaremos, en consecuencia, caer en análisis minuciosos y detallados sobre los elementos configuradores de cada uno de los

ilícitos en mención; por el contrario, trataremos de hallar las grandes directrices, los hilos conductores, las pautas de interpretación que nos permitan acordarle un sentido general y amplio a este caso de ejecución legislativa interna de un conjunto de prohibiciones, las cuales, de tiempo atrás, aparecen recogidas en normas consuetudinarias y convencionales de DIH , y a lo largo de la década de los 90, figuran asimismo en varias resoluciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

I. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS

Una revisión detallada del título I I del C. P. arroja como resultado que existe un elenco variopinto de bienes jurídicos tutelados por las normas penales que lo integran. En esencia, el fin último de las citadas disposiciones es brindarle una protección siquiera mínima al ser humano en situaciones de extrema anormalidad, y por ende se busca proteger aquellos derechos que, en tanto que emanación de la dignidad humana, suelen correr grave peligro en casos de conflicto armado, sea internacional o interno. Hacemos alusión a los derechos a la vida, a la integridad personal, al debido proceso, así como a diversas libertades públicas (individual, de locomoción y sexual).

Ahora bien, dado que el DHI es una normatividad que se articula sobre la distinción entre combatientes, miembros de la población civil y combatientes hors de combat estimamos viable que un estudio en torno a los bienes jurídicos tutelados por las normas que conforman el título II del C. P. podía estructurarse en función, precisamente, de los titulares de los mismos, tanto más en cuanto la intensidad de la protección acordada es diversa, debido a la existencia de razones objetivas y razonables, incluso al interior de las propias categorías (v. gr., los niños gozan de una protección mayor a la de cualquier miembro de la población civil).

A. LA PROTECCION ACORDADA A LOS MIEMBROS DE LA POBLACIÓN CIVIL

El DIH no propende por una protección in abstracto del hombre, tal y como sucede en el ámbito del DIDH , sino en tanto que miembro de una colectividad, a saber, la población civil. Por tal razón, se penalizan determinados comportamientos delictivos de los beligerantes que afectan gravemente la vida, la integridad física y mental, así como la libertad individual de los integrantes de esta categoría particular de sujetos protegidos por la legalidad internacional. En esta dirección se incardinan los tipos penales de homicidio en persona protegida (art. 135 C. P.), lesiones en persona protegida (art. 136 C. P), tortura en persona protegida (art. 137 C. P), acceso carnal violento en persona protegida (art. 138 C. P), actos sexuales violentos en persona protegida (art. 139 C. P), prostitución forzada o esclavitud sexual (art. 141 C. P), actos de discriminación racial (art. 147 C. P), toma de rehenes (art. 148 C. P), detención ilegal y privación del debido proceso (art. 149 C. P), deportación, expulsión, traslado o traslado de población civil (art. 159 C. P), y reclutamiento ilícito (art. 162 C. P).

Por otra parte, ciertas conductas de los combatientes pueden llegar a poner en grave peligro la existencia misma de un conglomerado social. Se trata, por tanto, de actos de guerra que por su naturaleza, necesariamente, colocan en extremo riesgo, no ya la vida y la libertad individual de una persona ajena al conflicto armado, sino la supervivencia de un grupo amplio de individuos protegidos. Hacemos alusión a los ataques dirigidos contra bienes indispensables para la existencia de la población civil (la destrucción de bienes e instalaciones de carácter sanitario y la destrucción del medio ambiente), al empleo de métodos de guerra que afectan gravemente a la comunidad (los actos de terrorismo, las represalias y la utilización de medios y métodos de guerra ilícitos), a conductas encaminadas a privar a los no combatientes de los medios necesarios para sobrevivir (los atentados a la subsistencia y la devastación), a la destrucción de bienes protegidos por el DIH que comporta grave peligro para la sociedad civil (el ataque contra obras e instalaciones que contienen fuerzas

peligrosas), así como a las omisiones dolosas de adoptar medidas de protección indispensables para garantizar la integridad de la población que se encuentra en medio del conflicto armado (la omisión de medidas de socorro y asistencia humanitaria y la obstaculización de tareas sanitarias y humanitarias). En pocas palabras, se lesiona la protección a la población civil cuando sus miembros, o sus bienes esenciales, son atacados directamente por los combatientes (violación por acción) o cuando no se limitan los efectos de las operaciones militares que puedan afectar a los no combatientes o se omite tomar medidas eficaces para ponerlos al margen de las hostilidades (violación por omisión).

En otros casos, la actividad bélica de los combatientes afecta gravemente la integridad de los bienes culturales y de los lugares de culto. Se trata, por tanto, de proteger las edificaciones, las instalaciones educativas, los monumentos y las obras de arte que conforman el patrimonio espiritual, histórico y cultural de los pueblos. En esta dirección se orienta, sin lugar a dudas, el artículo 156 del nuevo C. P.

B. EL AMPARO DE LOS DERECHOS DE LOS COMBATIENTES QUE SE ENCUENTRAN FUERA DE COMBATE

Además de los integrantes de la población civil, los combatientes que hayan depuesto las armas, se encuentren enfermos, heridos o náufragos también son considerados personas protegidas por el DIH. De tal suerte que deben ser respetados sus derechos a la vida, a la integridad física, al debido proceso, y, en todo caso, deben recibir siempre un trato digno por parte de sus captores. Con todo, en palabras de Mangas Martín , “la suerte de los combatientes que se encuentran en poder de la parte adversa marca la máxima diferencia de protección entre el conflicto armado internacional y el conflicto armado interno”{649}. En efecto, en el primer caso son considerados prisioneros de guerra, siendo destinatarios de un conjunto de derechos que aparecen recogidos en el Convenio III de Ginebra de 1949;

en el segundo, se trata de personas que se hallan recluidas en un centro penitenciario por haber violado la legalidad interna o se encuentran retenidas (según el DIH) o secuestradas (en términos de derecho interno), según el caso.

A nuestro juicio, en el título II del C. P. encontramos varios tipos penales que sancionan las violaciones graves cometidas contra los bienes jurídicos de los combatientes que se encuentran hors de combat. Piénsese, por ejemplo, en los actos de barbarie (art. 145 C. P), consistentes, entre otros, en realizar actos dirigidos a no dejar supervivientes o a rematar a los heridos y enfermos; o en el caso de la detención ilegal y la privación del debido proceso (art. 149 C. P).

C. LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS DE LOS COMBATIENTES

Bien se sabe que el DIH busca proteger, ante todo, a los miembros de la población civil de los rigores de la guerra. Todos los esfuerzos normativos están encaminados, principalmente, en tal dirección. Además, iría contra la naturaleza de las cosas intentar amparar determinados bienes jurídicos cuya titularidad se encuentra en cabeza de los combatientes, como es el caso del derecho a la vida o a la integridad personal.

No obstante, las normas humanitarias acuerdan, de igual manera, un cierto amparo a quienes participan activamente en las hostilidades. En esencia, se trata de normas encaminadas a prohibir el empleo de determinado armamento (medios de combate) o el uso de éste de determinada manera, así como el recurso a determinadas tácticas de guerra (métodos de combate). En esta dirección se encaminan los tipos penales de utilización de medios y métodos de guerra ilícitos (art. 142 C. P.) y la perfidia (art. 143 C. P).

II. DESCRIPCIONES COMPORTAMENTALES

Un examen detallado del título II del C. P. nos muestra que son muy dispares los comportamientos imputables a los combatientes que lesionan gravemente los derechos fundamentales de las personas protegidas o ponen en peligro la supervivencia misma de la colectividad. En este amplio catálogo de conductas proscritas podemos mencionar, inter alia, las siguientes: ocasionar la muerte, causar daño a la integridad física o la salud, emplear medios y métodos ilícitos de guerra, realizar acceso carnal por medio de la violencia y atacar obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas.

En este orden de ideas, consideramos que desbordaría el propósito de este escrito examinar, en detalle, el contenido y alcance de cada uno de los verbos rectores que figuran en los tipos penales que conforman el título II del C. P De igual manera, estimamos de mayor utilidad para el lector tratar de reagrupar los mencionados comportamientos ilícitos en función de dos categorías que, de tiempo atrás, han sido elaboradas por el derecho internacional, a saber: los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad. El recurso a esta tipología, por lo demás, es conforme con la técnica jurídica del bloque de constitucionalidad y encuentra sustento en el artículo 2.° del C. P., el cual recoge el principio de integración entre las normas internas y las internacionales, a pesar, de que el Código de manera alguna hace mención expresa a la distinción que proponemos.

A. CRÍMENES DE GUERRA QUE APARECEN RECOGIDOS EN EL CÓDIGO PENAL

Para Eric David , los crímenes de guerra son “ciertas violaciones graves del derecho de los conflictos armados que los Estados decidieron sancionar en el ámbito internacional”{650}. La dificultad para precisar cuáles son realmente los ilícitos que conforman la señalada categoría estriba, como lo señala el mismo autor, en que éstos coinciden, en ocasiones, con otras infracciones internacionales como lo son los crímenes contra la paz, los crímenes contra la humanidad, los actos de terrorismo, etc.

Intentando entonces precisar cuáles son los elementos característicos de un “crimen de guerra” tenemos que, en sus orígenes, se entendía que se trataba de determinados comportamientos verdaderamente reprochables de los combatientes, cometidos en desarrollo de un conflicto armado internacional. No obstante, hoy por hoy, la noción abarca también ciertos actos bélicos perpetrados durante un conflicto armado interno. En tal sentido, el artículo 8.° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional bajo rúbrica “Crímenes de guerra”, abarca las dos variedades conocidas de conflicto armado, remitiendo, en ambos casos, a las “leyes y usos de la guerra”, en clara referencia a los Convenios de La Haya de 1899 y de 1907, a los Convenios de Ginebra de 1949, a sus Protocolos Adicionales de 1977, a otros tratados internacionales que prohiben el empleo de determinado armamento (v. gr., minas antipersonales), así como a las normas consuetudinarias del DIH.

Adecir verdad, si revisamos el catálogo de crímenes de guerra que trae el Estatuto de Roma encontramos grandes semejanzas entre aquellos que pueden ser cometidos en el marco de un conflicto armado interno o internacional. En esencia, se trata de actos de los combatientes encaminados a destruir intencionalmente bienes civiles, el empleo de medios y métodos de combate ilícitos, violaciones al principio de proporcionalidad que orienta la relación entre ventaja militar y consideraciones de humanidad, así como ultrajes flagrantes a la dignidad humana de los miembros de la población civil y de los combatientes que se encuentran hors de combat. Cabe sin embargo precisar que el Estatuto de Roma, en el caso de conflictos armados internacionales, pone el acento en que los crímenes de guerra deben ser comportamientos cometidos a gran escala, masivamente, o bien “como parte de un plan o política”. Además, los conceptos de gravedad e intencionalidad deben hallarse

presentes en la comisión del ilícito. En contrapartida, en los conflictos armados internos el instrumento internacional pone de relieve a las víctimas, al señalar que se trata de actos “cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o cualquier otra causa”, encontrándose asimismo presente la intencionalidad y, en algunos casos, la ausencia de responsabilidad debido a la presencia de “necesidades militares imperativas”.

Así las cosas, la noción de crimen de guerra guarda una estrecha relación con los medios y métodos de combate, vale decir, con las armas elegidas por los combatientes, la manera como éstas se emplean y contra quiénes se hace, las tácticas y estrategias seleccionadas para atacar al enemigo o a quienes se consideran sus partidarios. De allí que los autores de estas atrocidades sean los combatientes. Las víctimas, en la mayoría de los casos, serán entonces los miembros de la población civil, aunque, insistimos, la noción de crimen de guerra abarca a los combatientes como sujetos pasivos, en determinadas y precisas circunstancias. Conviene de igual manera señalar que el concepto de autor de un crimen de guerra comprende asimismo a los superiores jerárquicos, bien sea porque directamente ordenaron la comisión del acto o debido a que, gracias a su omisión de control y vigilancia, sus subalternos pudieron perpetrar el delito.

Puestas así las cosas, no cabe duda que el Código Penal recoge numerosos tipos penales que se inscriben perfectamente en la noción de crimen de guerra, como son, entre otros, los siguientes: el homicidio en persona protegida, el acceso carnal violento en persona protegida, la toma de rehenes, la perfidia, los actos de barbarie, el despojo en el campo de batalla, los actos de terrorismo, la destrucción y apropiación de bienes protegidos, la utilización de medios y métodos ilícitos de combate, el reclutamiento ilícito, etc.

En suma, los crímenes de guerra son violaciones a las normas sobre conducción de las hostilidades, a las leyes y costumbres de la guerra, inspiradas, en palabras de Mangas Martín , “en los principios jurídico-humanitarios como el

principio de humanidad o de respeto a la persona humana y su conservación, el principio de proporcionalidad, el principio de prohibición de males superfluos o el principio de limitación de los medios para herir al enemigo”{651}.

B. CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y NORMATIVIDAD PENAL COLOMBIANA

Para Bassiouni, bajo la denominación “crimen de lesa humanidad: se suelen designar determinados actos graves de violencia cometidos a gran escala por individuos, sean o no agentes estatales, contra otras personas con un propósito esencialmente político, ideológico, racial, nacional, étnico o religioso”{652}. Al igual que sucede con la noción de crimen de guerra, aquella de crimen de lesa humanidad hizo su aparición después de la Segunda Guerra Mundial en el texto del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, más exactamente en su artículo 6.°, el cual enumeraba como tales, inter alia, el asesinato, el exterminio, la reducción a la esclavitud, la deportación, “todo acto inhumano cometido contra la población civil, así como las persecuciones por motivos políticos o religiosos”{653}. Nótese que no estamos en presencia de violaciones a las leyes y costumbres de la guerra (crímenes de guerra), sino ante actos cometidos de manera sistemática, masiva, a gran escala, contra integrantes de la población civil por motivos de diversa naturaleza (políticos, raciales, religiosos, etc.).

Con el paso del tiempo el catálogo de los crímenes de lesa humanidad se ha enriquecido abarcando, por ejemplo, al genocidio, el apartheid, la desaparición forzada de personas, la violación y la prostitución forzada. De igual manera, los elementos esenciales de la noción de crimen de lesa humanidad han venido siendo precisados por medio de algunos fallos emanados de jueces penales internos (v. gr., asuntos Eichmann, Barbie, Touvier y Papon), ciertos tratados internacionales, resoluciones del Consejo de Seguridad de la onu y sentencias proferidas por los

tribunales penales internacionales ad hoc para Ruanda y la antigua Yugoslavia.

Ahora bien, la pregunta fundamental es determinar a partir de qué momento estamos en presencia de un acto delictivo que merece ser calificado como un crimen de lesa humanidad, en oposición a un delito común. La distinción es fundamental para poder comprender el ámbito de aplicación del título ii del C. P. Al respecto, la sentencia del 12 de septiembre de 1998, proferida por la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, con ocasión del asunto Akayesu{654}, nos aporta muchas luces en la materia. En efecto, para estos jueces internacionales la categoría de crimen de lesa humanidad presupone que un determinado acto: 1. Cause sufrimientos graves a la víctima o atente contra su salud mental o física; 2. Se inscriba en el marco de un ataque generalizado y sistemático; 3. Esté dirigido contra miembros de la población civil, y 4. Sea cometido por uno o varios motivos discriminatorios, especialmente por razones de orden nacional, político, étnico, racial o religioso.

En este orden de ideas, el concepto de “crimen de lesa humanidad” reviste importantes elementos cuantitativos y cualitativos, que permiten distinguirlo de otras categorías de delitos. En efecto, no se debe tratar de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir, que esté dirigido contra una multitud de personas, y sistemático, lo que significa, que el delito se inscriba en un plan cuidadosamente orquestado, que ponga en marcha medios tanto públicos como privados, sin que, necesariamente, se trate de la ejecución de una política de Estado{655}. Además, el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil, lo cual permite diferenciarlo de los crímenes de guerra, que abarcan, como hemos visto, a los combatientes. Se precisa, por último, que el acto tenga un móvil discriminatorio, ya sea que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.

Ahora bien, un aspecto que ha sido objeto de polémica es el referente al ámbito de aplicación ratione contextus del crimen de lesa humanidad, vale decir, si presupone o no la existencia de un conflicto armado, sea interno o internacional.

Al respecto, comenta Eric David {656} que, en el asunto Eichmann, el Tribunal de Jerusalén, estimó que la noción de crimen de lesa humanidad no se aplicaba únicamente para tiempos de guerra. Posteriormente, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, en el asunto Tadic, declaró que “La ausencia de un vínculo entre los crímenes contra la humanidad y un conflicto armado internacional es hoy una regla establecida por el derecho internacional consuetudinario”{657}. Por su parte, el Estatuto de Roma omite también hacer referencia alguna a la existencia o no de un conflicto armado, sea interno o internacional; en lo que sí insiste es en que debe tratarse de un acto generalizado y sistemático contra la población civil, de “conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos”, y, además, “con conocimiento de dicho ataque”, lo que introduce a la intencionalidad como un elemento definitorio del crimen de lesa humanidad.

Otro aspecto que se presta para discusión{658} es si la noción de crimen de lesa humanidad abarca o no la destrucción de bienes esenciales para la población civil. A nuestro juicio, la respuesta es negativa por cuanto ninguna de las normas que se refieren a esta variedad de hechos punibles menciona los ataques a los bienes civiles, y porque, además, es un problema más propio del DIH , y en concreto, se relaciona con el tema de la conducción de las hostilidades.

En este orden de ideas, podemos afirmar que el Código Penal, en su título II , recoge determinados comportamientos que pueden ser considerados como crímenes de lesa humanidad, a condición, bien entendido, de que se encuentren presentes los elementos que hemos examinado (carácter sistemático, masivo, etc.). Otros clásicos crímenes de lesa humanidad, como lo son la desaparición forzada y el genocidio figuran en otras disposiciones del Código Penal, y delitos como el apartheid no aparecen expressis verbis en la nueva normatividad penal, aunque se puede pensar que este vacío es parcialmente colmado con el tipo penal de actos de discriminación racial (art. 147 C. P.).

III. PROBLEMATICAS ESPECIFICAS DE LOS DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DIH

Los tipos penales que aparecen recogidos en el título II del C. P. ofrecen no pocos problemas teóricos y prácticos, que van desde la elección del método de interpretación más adecuado para intentar comprender su contenido y alcance, pasando por la determinación de los ámbitos de aplicación temporal, personal y material de aquellas normas penales, hasta las dificultades de todo orden que se presentan durante el recaudo y valoración de las pruebas de las infracciones graves al DIH.

A. EL NECESARIO RECURSO A UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA Y TELEOLÓGICA DEL TÍTULO II DEL C.P.

Bien es sabido que existen diversos métodos de interpretación de las normas legales (v. gr., exegético o gramatical, histórico, sociológico, etc.), y que quizá más conveniente sea, ante un caso de duda, combinar los resultados que arroja cada uno de ellos, a fin de acordar un sentido lógico, racional, coherente, y sobre todo justo, a una norma penal determinada. Con todo, estimamos que, en lo referente a la interpretación de los delitos que figuran en el título del C. P., el recurso a los métodos sistemático y teleológico resulta esencial, tanto más en cuanto las actas del debate que se surtió en el seno del Congreso de la República, en torno al proyecto de reforma al Código Penal, presentado por la Fiscalía, deja numerosos vacíos sobre cuál fue la verdadera voluntad del legislador. Además, si se repara en la estructura que presentan las normas que conforma el título II del C. P se notará que nos encontramos ante numerosos tipos penales “en blanco”, cuyo contenido y alcance requieren ser precisados acudiendo a nociones, principios, categorías y reglas propias del DIH.

Aunado a lo anterior, el recurso a una interpretación sistemática en materia penal encuentra claro asidero en los artículos 93 y 214.2 constitucionales, y en su corolario, el denominado “bloque de constitucionalidad”. En efecto, si las normas del texto fundamental deben ser interpretadas de conformidad con los tratados internacionales sobre DIH , y algunos que recogen el DIDH, a fortiori, las legales.

Ahora bien, en ocasiones las normas internacionales resultan ser poco descriptivas, e incluso incompletas, razón por la cual, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, será preciso remitirse, a su vez, a la interpretación que de las mencionadas disposiciones han adelantado determinadas instancias internacionales, sean o no jurisdiccionales. Hacemos alusión a los comentarios que el Comité Internacional de la Cruz Roja ha realizado sobre cada uno de los artículos que conforman los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977. De igual manera, merecen la pena destacarse los trabajos elaborados por organismos internacionales que velan por el respeto de los derechos humanos, pero que, en los últimos años, han incursionado en los terrenos del DIH, como es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por medio de sus informes sobre Estados, y de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Por supuesto, no podemos excluir a la jurisprudencia elaborada por los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, la cual ha sido fundamental en temas tan delicados como los siguientes: límites a la obediencia debida, alcance del concepto de crimen de lesa humanidad, responsabilidad penal del superior jerárquico por omisión –incluidas las autoridades civiles–, valoración de la prueba de la comisión de una violación grave al DIH, concurso de infracciones a la legalidad internacional, etc.

El empleo del método sistemático, empero, debe realizarse con sumo cuidado por cuatro razones complementarias, o sea: 1. La interpretación de las normas internacionales está regulada por normas convencionales específicas, a saber, los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969; 2. No necesariamente toda violación a la normatividad penal interna constituye una infracción grave al DIH (v. gr., la privación de la libertad, por parte de un grupo armado, de un miembro de la fuerza pública constituye un secuestro extorsivo a la luz

del Código Penal mas no una violación al DIH , normatividad que sólo se infringe si se le menoscaban los derechos fundamentales a los combatientes que se hallan retenidos); 3. Las nociones y las categorías que se manejan en el derecho penal interno difieren, en no pocas ocasiones, de aquellas propias de la normatividad humanitaria (v. gr., el DIH no distingue entre delincuentes políticos y comunes, sino entre miembros de la población civil y combatientes), y 4. En ciertos casos, nuestro legislador, al momento de configurar un delito contra el DIH, fue más lejos de lo dispuesto en el tratado internacional correspondiente (v. gr., el tipo penal de genocidio incluye como víctimas a los grupos políticos, categoría que no figura en la Convención contra el Genocidio de 1948).

Así mismo, el intérprete de la norma penal que recoge violaciones protuberantes a la legalidad internacional debe tener siempre presentes el objeto y los fines perseguidos por las normas humanitarias. De allí que interpretación sistemática y teleológica vayan de la mano al momento de acordarle un sentido a cualquiera de las normas penales que integran el título II del C. P

B. ÁMBITO DE APLICACIÓN “ RATIONAE TEMPORIS”

Las normas penales que integran el título II del Código Penal contienen un ingrediente normativo de la mayor importancia, cual es que el delito haya sido cometido “con ocasión y en desarrollo del conflicto armado”. A decir verdad, establecer esa relación entre un hecho delictivo y el curso de las hostilidades es decisivo para deslindar los delitos comunes de aquellos contra las personas y bienes protegidos por el DIH .

Al respecto cabe señalar que el C. P no distingue entre conflicto armado internacional e interno, ni entre hostilidades de baja y alta intensidad (art. 3.° común a los cuatro Convenios de Ginebra y Protocolo Adicional II, respectivamente). En tal sentido, siguiendo la máxima “donde el legislador no ha distinguido no le es dable hacerlo

al intérprete", concluimos que las normas del título II del C. P. se aplican a toda suerte de enfrentamiento armado.

Ahora bien, que una conducta haya sido cometida "con ocasión y en desarrollo del conflicto" nos indica que debe existir un claro vínculo material entre un acto imputable a un combatiente (miembro de la fuerza pública, de la guerrilla o de un grupo de autodefensa) y el curso de las operaciones militares, esto es, "los movimientos y maniobras de las fuerzas armadas o de los grupos armados en acción. Ellas hacen correr a la población civil dos tipos de riesgos: por una parte, el de los ataques; por otra, los efectos de los ataques que pudieran afectarla incidentalmente"{659}.

En consecuencia, aquellas acciones de los miembros de cualquiera de las partes en contienda, que por las condiciones de modo, tiempo y lugar en el que son perpetradas no guarden relación alguna con el conflicto armado, escapan al ámbito de aplicación del título II del C. P.

De hecho, si examinamos varios de los tipos penales que aparecen recogidos en el título II del C. P. y los confrontamos con el resto de la normatividad penal, notaremos que, en no pocos casos, la conducta desplegada por el sujeto activo del delito resulta ser, ontológicamente, muy semejante: "matar a otro" (art. 103 C. P) u "ocasionar la muerte a una persona protegida" (art. 135 C. P); "causar a otro daño en el cuerpo o en la salud" (art. III C. P) o "causar daño a la integridad física o la salud de una persona protegida" (art. 136), etc. De allí la enorme importancia de establecer si el hecho punible fue perpetrado "con ocasión y en desarrollo del conflicto" (ingrediente normativo del tipo) y si la víctima es o no una persona protegida. Esto resulta fundamental, por ejemplo, para lograr establecer cuándo estamos ante una toma de rehenes o en presencia de un secuestro extorsivo.

En contraste, ciertos tipos penales que figuran en el título II del C. P no tienen punto de comparación con otra norma del Código Penal, como ocurre, por ejemplo, con la perfidia. En estos casos, la labor del operador jurídico se facilita enormemente ya que no tendrá mayores dificultades al momento de adecuar típicamente una conducta.

C. ÁMBITO DE APLICACIÓN " RATIONAE PERSONAE"

I. LA DISTINCIÓN ENTRE MIEMBRO DE LA POBLACIÓN CIVIL Y COMBATIENTE

Una interpretación literal de los tipos penales que integran el título II del C. P. nos indica que, prima facie, se trata de comportamientos delictivos cometidos por sujetos activos indeterminados. Es más, desde un punto de vista histórico, una de las principales objeciones presentadas por el Gobierno Nacional al proyecto de ley aprobado por el Congreso de la República se encaminó, precisamente, a que fuese suprimida toda referencia a la noción de combatiente del texto del articulado del Código Penal.

A nuestro juicio, sin embargo, se trata de delitos que, necesariamente, son cometidos por una variedad de sujetos activos cualificados, a saber, los combatientes. En efecto, no se puede hablar de violaciones al DIH sin que existan combatientes. Los miembros de la población civil no desconocen las normas humanitarias ya que la experiencia muestra que no cuentan con los medios para hacerlo; tradicionalmente son las víctimas y no los victimarios, y si deciden participar activamente en las hostilidades pierden la inmunidad que les acuerda el DIH , quedando en situación semejante a la que presentan los combatientes. Además, sostener que cualquier persona puede violar las normas humanitarias dificultaría enormemente la labor de adecuación típica de un comportamiento que, en principio, guarde alguna relación con el conflicto armado. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un homicidio agravado por los fines terroristas de sus autores (art. 104.8 C. P) y de un homicidio en persona protegida (art. 135 C. P). La discusión entonces se traslada a precisar quiénes son los miembros de la población civil.

Al respecto, el Código Penal en el parágrafo de su artículo 135 recoge una lista, no exhaustiva, de las personas protegidas por el DIH , lo cual, indudablemente, ayuda a orientar la interpretación de la norma penal. Sin embargo, en la mayoría de los casos será preciso acudir, con todo, a la legalidad internacional para lograr entender el cabal sentido y alcance de la norma interna. Tomemos un ejemplo sencillo para ilustrar nuestra aseveración. El literal I del parágrafo en mención dispone que los integrantes de la población civil son personas protegidas, no obstante, resulta oscuro determinar quiénes realmente integran esa categoría de individuos. De tal suerte que tendremos que recurrir, por ejemplo, a los trabajos realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la materia. Al respecto el texto del Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, trae las siguientes afirmaciones: “en la práctica, una persona civil participa directa o activamente en hostilidades cuando, individualmente o como miembro de un grupo, asume el papel de combatiente [...] Las personas civiles que tan sólo apoyen el esfuerzo militar o de guerra del adversario o de otra forma sólo participen indirectamente en las hostilidades no pueden ser consideradas combatientes por esa única razón. Esto se debe a que la participación indirecta, tal como vender mercaderías a una o varias de las partes en el conflicto, expresar simpatía por la causa de una de las partes o, más claro aún, no haber actuado para prevenir la incursión de una de las partes en contienda, no implica actos de violencia que constituyan una amenaza inmediata de daño actual a la contraparte”{660}.

Por último, hemos de señalar que la Corte Constitucional, en sentencia del II de abril de 2002, a propósito del examen de constitucionalidad de la Ley 684 de 2001, ahondó en el principio de distinción entre miembros de la población civil y combatientes, en los siguientes términos:

Las estrategias de seguridad y defensa pueden contemplar un papel para los particulares. Así, y sin que esta enumeración sea taxativa, pueden comprender mecanismos de cooperación con la administración de justicia y con la fuerza pública, pero sin colocar a los civiles en la disyuntiva de ser aliados o enemigos [...] Esto significa que las

mencionadas estrategias de seguridad y defensa no pueden imponer deberes tales a la población civil, que terminen involucrándola en el conflicto armado.{661}.

2. ALGUNOS CASOS QUE OFRECEN DIFICULTADES

Un primer problema consiste en distinguir entre los conceptos de rebelde y combatiente. En tal sentido, desde comienzos de la década de los 90 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha intentado establecer diferencias ontológicas entre las nociones de rebelde y de combatiente, vale decir, entre un concepto propio de la legalidad interna y otro consustancial al orden jurídico internacional. De tal suerte que el primero de ellos resulta ser mucho más amplio que el segundo, o, lo que es lo mismo, únicamente son considerados como combatientes, para efectos de las prohibiciones que aparecen recogidas en el Protocolo Adicional II , los rebeldes que porten armamento. En otros términos, gozan del estatuto de personas protegidas por el DIH quienes no tomen parte directamente en el enfrentamiento bélico. No obstante, este último grupo de personas sí pueden ser consideradas como sujetos activos del tipo penal de rebelión en la medida en que, en sentir de la Corte, cumplan con labores logísticas o de apoyo financiero o político a quienes sí emplean las armas a fin de derrocar al Gobierno Nacional o pretenden suplantar o sustituir el régimen constitucional o legal vigente, en los términos del articulo 467 del nuevo C. P.

Un segundo problema se presenta cuándo se analiza si los miembros de la Policía Nacional son o no combatientes, ya que, según la Constitución de 1991, son “cuerpo civil armado”. El tema no es pacífico porque, en los últimos años, debido al agravamiento del conflicto armado, la Policía ha conocido un proceso de militarización. En efecto, portan, en no pocas ocasiones, armamento de igual naturaleza al del Ejército Nacional, realizan cursos de contraguerrilla y, en numerosas ocasiones, sostienen combates con la guerrilla o con los grupos paramilitares. De allí que, si consideramos a los miembros de esa institución como civiles, cualquier

ataque que se realice contra ellos constituirá una violación al DIH .

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN " RATIONAE MATERIAE"

En esencia, el título II del C. P. agrupa crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Habiendo examinado los elementos definitorios de cada una de estas categorías de infracciones a la legalidad internacional, sólo nos resta adelantar algunas reflexiones sobre la distinción entre bienes civiles y objetivos militares.

Por objetivos militares la doctrina ha entendido "aquellos que por su propia naturaleza, su finalidad o su utilización militar contribuyen efectivamente a la acción militar o presentan un interés militar generalmente reconocido, de modo que su destrucción total o parcial proporciona, en las circunstancias en que se produzca, una ventaja militar sustancial, concreta e inmediata a quienes hayan procedido a destruirlos"{662}. Esta definición amplia de objetivo militar, como lo sostiene Casanovas{663}, debe ser complementada, per negatione, con aquella de bien civil específicamente protegido tal y como son las obras de riego, las cosechas, los hospitales, las escuelas, los lugares de culto, las obras que contienen fuerzas peligrosas, etc.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA

DEL RECAUDO Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Desde un punto de vista probatorio, las infracciones graves al DIH ofrecen ciertas particularidades, no sólo por la dificultad, inmensa en muchos casos, de recaudar las pruebas, sino por la complejidad de valorar las mismas. En efecto, la misma lógica del conflicto armado lleva a que los testigos sientan un gran temor de declarar, debido a las

represalias de que pueden ser víctimas directamente ellos, o sus familiares. Además, no es inusual que el testigo padezca traumatismos psicológicos por los horrores presenciados. Aunado a lo anterior, el recaudo de la prueba técnica a veces resulta imposible debido a que en el lugar de los acontecimientos no están dadas las condiciones de seguridad para que lleguen los fiscales y los miembros del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía. De igual manera, se debe ser cuidadoso al momento de valorar las pruebas, ya que, si bien los medios de prueba son los mismos que se conocen en el derecho procesal penal, casi siempre se cuenta tan sólo con uno o varios testimonios y con ciertos indicios, siendo inusuales las confesiones y los documentos.

5. EL CÓDIGO PENAL FRENTE AL ESTATUTO DE ROMA

Un último aspecto que debemos analizar es el referente a las relaciones entre el nuevo Códgo Penal y el Estatuto de Roma. Tema de enorme actualidad merced a la reciente ratificación –6 de agosto 2002– del mencionado instrumento internacional por parte del Estado colombiano.

En primer lugar, la tipificación de las infracciones graves al DIH y a los derechos humanos, operada mediante la Ley 599 de 2000, constituye un paso importante para que la justicia penal colombiana cuente con las herramientas jurídicas necesarias para perseguir, precisamente, los comportamientos delictivos que serán de competencia de la Corte Penal Internacional, esto es, genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Se adecuó, en consecuencia, la legislación interna al Estatuto de Roma, primer paso para que no opere el principio de subsidiariedad, el cual gobierna la admisión de un caso ante esta instancia judicial internacional. En otros términos, si el Estado no hubiese reformado su legislación penal en la materia nos encontraríamos, en el futuro, con muy pocos argumentos para alegar que nuestra justicia sí ha tenido la voluntad de perseguir esos crímenes internacionales y que ha podido efectivamente hacerlo (art. 17 Estatuto de Roma).

Al respecto hemos de aclarar que, si bien no existe una simetría perfecta entre la tipificación de los crímenes internacionales que aparece recogida en el texto del nuevo Código Penal y aquella que figura en el Estatuto de Roma, lo cierto es que ambas van en la misma dirección. Es más, el texto del instrumento internacional constituye un referente obligado al momento de interpretar el contenido y alcance de las disposiciones del Código Penal en materia de DIH y DIDH . En efecto, las nociones de crimen de guerra y crimen de lesa humanidad que nos trae el Estatuto de Roma resultan esenciales para que el operador de la norma penal en Colombia distinga estos comportamientos de los delitos ordinarios (v. gr., homicidio en persona protegida y homicidio con fines terroristas).

En segundo lugar, la Corte Constitucional, en sentencia del 30 de julio de 2002, con ocasión de la revisión automática del Estatuto de Roma y de su ley aprobatoria, realizó unas importantes aclaraciones sobre las relaciones entre el citado tratado internacional y la legalidad penal interna. En tal sentido, la Corte insistió en que los diversos tratamientos diferentes que trae el Estatuto de Roma frente al texto fundamental (v. gr., Imposición de la cadena perpetua, imprescriptiblidad de los delitos, aplicación del principio nullum crimen sine iure, etc.) habían sido autorizados por el Acto Legislativo 02 de 2001. No obstante, se aclara que esos tratos diferentes tendrán vigencia únicamente en el ámbito del tratado internacional, y que, en esencia, no modifican la Constitución de 1991. En palabras del juez constitucional, “el tratado no modifica el derecho interno aplicado por las autoridades judiciales colombianas en ejercicio de las competencias nacionales que les son propias dentro del territorio de la República de Colombia”{664}.

BIBLIOGRAFÍA

I . OBRAS GENERALES Y CONTRIBUCIONES

EN TEXTOS COLECTIVOS

BASSIOUNI, CHARLES . Crimes against Humanity in International Criminal Law, Dordrecht,

Nijhoff, 1992.

Casanovas de La Rosa, Oriol . “El derecho internacional humanitario en los conflictos armados: objetivos militares, bienes de carácter civil y medios de combate”, en Instituciones de derecho internacional público, Madrid, Tecnos, 1999.

Daillier, Patrick y Alain Pellet. Droit internationalpublic, 6.a ed., París, Librerie Générale de Droit et Jurisprudence, 1999.

David, Eric. Principes de droit des conflits armés, 2.³ ed., Bruselas, Universidad Libre de Bruselas, 1999.

Instituto de Derecho Internacional. Annuaire de l’Institut 1969, Paris, lgdj, 1969.

Mangas Martín, Araceli. Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1992.

Ramelli Arteaga, Alejandro. La Constitución colombiana y el derecho internacional humanitario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Ramelli Arteaga, Alejandro. Derecho internacional humanitario y estatus de beligerancia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.

Sylvie-Stoyanka Junod. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Bogotá, cicr y Plaza y Janés, 1998.

II. JURISPRUDENCIA INTERNACIONALTribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia. Sentencia del 2 de septiembre de 1998, asunto Jean Paul Akayesu, caso ICTR-96-4-T.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Sentencia del 2 de octubre de 1995, asunto Tadic, “Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction (the prosecutor v. Dusko Tadic a/k/l ‘Dule’), case n.° IT-94-I-AR72”, en International Legal Materials, 1996.

III. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Constitucional. Sentencia del II de abril de 2002, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 684 de 2001, y sus artículos 3.°, 6.°, 13, 20 literal a, 25, 38, 42, 50, 54, 55 (parcial), 57 parágrafo, 58 (parcial), 59, 60, 62 y 72. demandantes: Carlos Alberto Maya Restrepo y Juan Carlos Botero Ospina, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas .

Corte Constitucional. Sentencia del 30 de julio de 2002, revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002, “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa .

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Delitos aduaneros

INTRODUCCIÓN

Aunque podrían agruparse, para efectos de este escrito, bajo la denominación de delitos fiscales aquellos que de una u otra manera afectan la hacienda publica como función estatal, dentro de los cuales se encontrarían no solo los dispuestos como contrabando en los artículos 319 y siguientes del C. P. sino también otros, como la exportación o importación ficticia (art. 310), la evasión fiscal (art. 313), o incluso la omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402), ubicados dispersamente en la Ley 599 de 2000, para efectos metodológicos hemos decidido referirnos en este aparte solo a aquellos que el legislador incluyó en el capítulo 4.° del título X del libro segundo del Código Penal bajo la denominación genérica de contrabando.

Debe afirmarse respecto de tales comportamientos que dentro de nuestro contexto social, atendiendo los imperativos constitucionales y el sistema económico colombiano, el legislador los consideró atentatorios del orden económico y social, en tanto que con ellos se desprovee al Estado de parte de los recursos necesarios para materializar los derechos individuales y sociales como fin del mismo, sin que con ello desconozcamos la importancia de los que arriba mencionamos, que, siendo fiscales, no requieren lesión o puesta en peligro del bien jurídico mencionado como elemento del injusto{665}.

I. CONTRABANDO

Dispone el artículo 319 del C. P.:

El que en cuantía entre cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe

mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de trescientos (300) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes sin que en ningún momento sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor cif {666} de los bienes importados o del valor FOB{667} de los bienes exportados.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se le impondrán pena de cinco (5) a ocho (8) años de prisión y multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún momento sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor cif de los bienes importados o del valor fob de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena establecido en este Código{668}.

Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente.

Parágrafo I . Los vehículos automotores que transiten en departamentos que tienen zonas de frontera de acuerdo con lo estipulado en el artículo 272 de la Ley 223 de 1995, no estarán sometidos a lo establecido en este artículo.

Parágrafo 2. La legalización de las mercancías no extingue la acción penal.

Con la Ley 383 de 1997 el legislador consideró que el contrabando debía en adelante ser considerado como una conducta digna de reproche penal solo en tanto el valor de las mercancías introducidas o sacadas del país fuera superior a los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Poco tiempo después, como es común en nuestro medio, el mismo Congreso determinó que dicha conducta debía salir del ámbito de las contravenciones administrativas cuando el valor de dichas mercancías superara solo el límite de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes para la época.

Hoy, por virtud del artículo transcrito, se considera, manteniendo el límite de cien salarios mínimos mensuales vigentes, que realiza contrabando penal quien no cancele el tributo aduanero correspondiente a la importación o exportación de mercancías, bajo una de dos modalidades: a. Haciendo la operación por un lugar no habilitado para ello, es decir sustrayéndose totalmente de la posibilidad de control por la autoridad aduanera, o b. Haciendo la misma operación, por lugar habilitado para hacerla, pero burlando la autoridad de control.

Así entonces, será autor de contrabando penal, no solo quien importe o exporte la mercancía, por ejemplo por un lugar fronterizo por el que no esté autorizada la operación, sino aquel que lo haga por lugar habilitado para el efecto, en el cual estén previstos los controles aduaneros, pero haciendo cualquier clase de maniobra que le permita pasar la mercancía sin que se declare la verdad sobre la misma.

Son varias las preguntas que en torno al delito de contrabando los estudiosos del tema suelen plantearse, siendo las más recurrentes las siguientes: ¿afecta la tipicidad el exceso de ingredientes normativos en el tipo? ¿Pueden ser responsables penalmente las personas jurídicas? ¿Es posible la tentativa de contrabando? ¿Existe el delito de contrabando continuado? ¿Cómo se mide la antijuridicidad material en un bien como el orden económico? ¿Es legítimo el aumento de pena por reincidencia?

A. ¿AFECTA LA TIPICIDAD EL EXCESO DE

INGREDIENTES NORMATIVOS EN EL TIPO?

A simple vista se observa la presencia de varios de los denominados por la doctrina ingredientes normativos determinantes de la tipicidad, que junto con el dolo específico presentan más de una problemática.

Pensemos, por ejemplo, en los términos utilizados por el tipo analizado como verbos rectores: exportar o importar. Sin duda, a más de la conducta, son expresiones que imponen reconocer la característica de tipo en blanco del artículo 219 del C. P., pues su naturaleza técnica obliga al intérprete a acudir a lugar distinto al propio tipo o ley que lo contenga, para entender su alcance. De hecho, si se comparan los verbos utilizados en el nuevo Código Penal con las expresiones del lenguaje común que utilizaba la Ley 383 de 1997 (introducir o sacar) podría pensarse que solo configuraría contrabando la conducta de quien técnicamente realiza la operación de comercio, no así de quien solo introduce o saca la mercancía, pues, insistimos, importar o exportar son expresiones de mucho mayor contenido. Para interpretar “el blanco” del tipo habrá entonces que remitirse a la guía objetiva que le indique al destinatario, y, dentro de él, al funcionario judicial, el significado inequívoco, en términos de seguridad jurídica y tipicidad como garantía, de estas expresiones; esto es, el Decreto 2685 de 1999, contentivo del estatuto aduanero, el cual en su artículo I.° nos informa que exportar es sacar mercancías del territorio, e importar introducirlas, cada definición acompañada de ciertos matices{669} que, por la cadena de remisiones a otras fuentes o guías que permitan entender lo definido, no dejan de presentar peligro para las garantías de legalidad.

Igual ocurre con expresiones como “lugares no habilitados” y “control aduanero”, o las expresiones “valores CIF y FOB” calificativas de la multa, aunque, debemos decirlo, quien realiza operaciones de comercio debe conocer el significado de tales expresiones. En todo caso, no debemos olvidar que la Corte Constitucional en nuestro país ha sido enfática en aceptar la constitucionalidad de los tipos en blanco, no solo por no violar los principios y garantías, sino, según ella, por necesidad político criminal{670}.

Respecto del dolo, a más de considerar el conocimiento de todos y cada uno de los elementos del tipo (entre ellos, entonces, los ingredientes normativos), debemos recordar que este debe aparecer, en el caso concreto, regido por la voluntad de realizar el tipo de contrabando o, lo que es lo mismo, de realizar los hechos típicos. De esta manera, cualquier importación o exportación de mercancías en la cuantía requerida por el tipo conforma la tipicidad del contrabando, lo que, aunque en ocasiones parezca carente de lógica, resulta del entendimiento del dolo como concepto naturalístico. Así por ejemplo, quien para comprar el pan en una ciudad fronteriza, traspasa por unos metros el límite del territorio nacional en el que libremente puede transitar en vehículo extranjero: la introducción del vehículo cuyo valor supera lo exigido en la norma, suponiendo el conocimiento de lo fáctico, estructura el dolo, pues, con independencia del fin perseguido, la voluntad va dirigida a introducir el automotor, o por lo menos se es indiferente frente al hecho.

B. ¿PUEDEN SER RESPONSABLES PENALMENTE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Para el delito ecológico, o mejor, refiriéndose a una ley de esta materia en concreto, pero con efectos para todos los delitos, la Corte Constitucional se ha pronunciado recientemente sobre al posibilidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica{671}. En las tres ocasiones afirmó tal posibilidad, aunque en la última sentencia declara la inconstitucionalidad de la norma, por no existir procedimiento penal previsto, ni pena establecida, es decir, por afectar el principio de legalidad de la pena y el debido proceso.

La verdad es que hoy por hoy, aún más bajo el entendido que el legislador de 2000 (tanto en la comisión que redactó el proyecto, como en el Congreso) se ocupó del tema en los debates de lo que posteriormente fuera el C. P., debe decirse que, por muy recomendable que para algunos aparezca la determinación de responsabilidad de los entes colectivos, como para otros no, a más de imposible en un

sistema penal como el nuestro, lo cierto es que la persona jurídica como tal no responde penalmente, aunque ella aparezca como sujeto activo del delito. Se cuenta sí, para hacer responder a sus representantes o a quienes actúan en su nombre, con lo previsto en el artículo 29 inciso 3.° del C. P., conocido doctrinariamente como la regla del actuar por otro.

Indicativo de lo anterior es el hecho de que el legislador de 2000, haciendo caso a la Corte Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del artículo 68 de la Ley 488 de 1998, mediante el cual se establecía la responsabilidad penal de las sociedades de intermediación financiera y de los almacenes generales de depósito por la participación o intervención en delitos de contrabando, no consagró tipo penal semejante.

C. ¿ES POSIBLE LA TENTATIVA DE CONTRABANDO?

Uno de los grandes interrogantes del derecho penal es la posibilidad de aceptar la tentativa en delitos como el que se comenta, fundamentalmente por la necesidad de dilucidar algunos aspectos previos a la toma de postura.

Así, existe un primer grupo de tesis que afirmaría que, siendo el contrabando uno de aquellos denominados de peligro, no sería aceptable la tentativa pues la realización de actos ejecutivos implicaría los de consumación. A ello se le sumaría la seria posición doctrinal según la cual la tentativa en los delitos de peligro es la doble anticipación del resultado (peligro del peligro) por parte del derecho penal, lo que no aparece político-criminalmente recomendable.

Otras tesis argumentarían la posibilidad de aceptar la tentativa en delitos como el contrabando con algunas matices: si el delito de contrabando, sea o no de peligro, es de acción divisible, es posible dogmáticamente la tentativa, pues se pueden diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos. En todos los delitos, dogmáticamente hablando,

es posible la tentativa, aunque por razones de política criminal el Estado no la sanciona en eventos en que se presente el peligro del peligro, por lo que la tentativa de contrabando no es punible.

A estas posiciones tendríamos que adicionar aquellas que sostienen que el delito de contrabando no es de peligro sino de lesión, aunque al bien jurídico inmediato, y por esa vía al mediato, por lo que, si se puede dividir la acción, es predicable el punible en grado de tentativa.

La verdad es que, siendo el verbo rector "importar o exportar", lo que significa cruzar o no la frontera aduanera, le quedará muy difícil a quienes sostienen la tentativa de contrabando encontrar un evento en el que se presente efectivamente, siempre recibiendo la crítica de los "casos de laboratorio" para explicar un supuesto de hecho penal{672}.

Ahora bien, como se desprende de la lectura del tipo del artículo 319, el contrabando puede ser realizado introduciendo la mercancía al país por lugar habilitado pero "ocultando, disimulando o sustrayendo" la mercancía de la intervención aduanera. En este evento es claro que para la consumación no solo se requiere introducir o sacar la mercancía del territorio aduanero, sino que es indispensable que el sujeto activo la logre ocultar, disimular o sustraer del control. Pues bien, creemos que en el evento en que, por ejemplo, la mercancía ha sido introducida al país por lugar habilitado, pero el hecho no se consuma por la intervención de la autoridad, que se da cuenta que ésta pretende ser ocultada o disimulada, estamos en presencia de una tentativa de contrabando.

D. ¿EXISTE EL DELITO DE CONTRABANDO CONTINUADO?

Si se observa el tránsito legislativo reciente respecto del delito del cual nos ocupamos, se concluye que, aunque el legislador de 1997 en la Ley 383, artículo 15, hizo mención expresa del "contrabando continuado" para referirse a

aquel comportamiento realizado fraccionadamente cuando cada una de las fracciones no alcanza la cuantía requerida para pasar de contravención administrativa a delito, pero si considerándolas a todas como unidad de acción, con buen criterio el legislador de 2000 siguió con la tendencia de la Ley 488 de 1998 que derogó tal mención, en el entendido de dejar operar para el efecto las reglas generales del derecho penal que permiten predicar la unidad de acción en todos los eventos, cumpliendo con los requisitos, en que, como en el contrabando, la acción se realice de manera fraccionada. De esta forma, bajo el entendido que una misma acción se puede realizar por momentos fácticamente divisibles, pero siendo una sola, no se hace necesario, como acertadamente lo decidió el nuevo Código Penal, hacer referencia a la unidad de acción para solucionar los aparentes problemas de delito continuado, pues, a pesar de que el nuevo estatuto penal no lo refiera expresamente, no por ello el "contrabando continuado" deja de ser típico.

E. ¿CÓMO SE MIDE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL EN UN BIEN COMO EL ORDEN ECONÓMICO?

Como se sabe, al estudiar el injusto se debe abordar, entre otros, un tema de trascendental importancia en torno al bien jurídico: ¿cómo se demuestra que la puesta en peligro del bien jurídico es efectiva en los delitos de peligro abstracto para demostrar en el proceso la antijuridicidad material?

Obviamente, si se partiera de la aceptación de una tesis que considere que el ilícito es el quebrantamiento de la vigencia de la norma de manera que no se requiera resultado, o que el mismo no es naturalístico sino normativo, no habría necesidad de plantear la pregunta, ni, por supuesto, de contestarla, pues el resultado se da, aun cuando no hay daño material. Sin embargo, por ahora debemos afirmar que esta concepción del derecho penal no encuentra cabida en nuestra Constitución, máxime cuando la Corte, como garante de la misma, reclama insistentemente un derecho penal de estricta protección de bienes jurídicos.

La pregunta, entonces, se hace obligatoria y su repuesta imperiosa, cuando se trata de determinar la puesta en peligro de un bien jurídico tan abstracto como lo es el orden económico y social; partiendo, obviamente, de la consideración concreta de la antijuridicidad en nuestro sistema, es decir, referida a la lesión o puesta en peligro de los bienes de los demás (art. 16 C. N.), y de la necesaria demostración de, por lo menos, la puesta en peligro del interés jurídico, con independencia de la lesión o puesta en peligro de otros de cuya afectación no se requiere prueba, ni es útil, para la responsabilidad por contrabando.

Pues bien, quienes consideran que este delito, como lo hace nuestra legislación penal, afecta o pone en peligro el orden socio económico deben afirmar que él está conformado por varios institutos básicos que integran la estructura del modelo económico constitucional, sobre alguno de los cuales debe concretarse el peligro.

Ello nos lleva a diferenciar los conceptos –heredados, según algunos, de la doctrina italiana–, conocidos como bien jurídico mediato y bien jurídico inmediato, específico o directamente protegido.

Por el segundo –inmediato– entendemos el bien jurídico que aparece como elemento del tipo penal o, si se quiere, como elemento del delito. Por el mediato entendemos aquel que nos aparece como ratio legis, es decir aquel que lleva al legislador a tipificar una conducta. Es importante aclarar que el inmediato, específico o directamente protegido es el que debe, como condición de responsabilidad, aparecer como lesionado o puesto en peligro y alcanzado por el dolo del agente –voluntad y conocimiento de los hechos– y por la culpabilidad del mismo como conciencia de la antijuridicidad –potencial o actual–. Por su parte, es éste y no el mediato el que debe de servir de fundamento en el juicio de valor que hace el funcionario judicial en la antijuridicidad.

La denominación de orden económico y social, entonces, correspondería, más que a un bien jurídico concreto, a la ratio legis, pues bajo él se agrupan todas aquellas manifestaciones que de manera intolerable inciden sobre cualquiera de los modos de intervencionismo estatal en materia económica (autorizada por la forma de Estado

social de Derecho como el nuestro), como son la hacienda pública, el régimen cambiario, la libre competencia, el patrimonio del Estado, el libre mercado, etc., sobre alguno de los cuales debe concretarse el peligro al orden económico y social{673}.

De esta manera es claro que la lesión al bien jurídico puede concretarse en aspectos distintos a la hacienda pública, por ejemplo, ya que en ocasiones habrá lesión o puesta en peligro así no se esté evadiendo o eludiendo el tributo aduanero con la operación de comercio. Piénsese, por ejemplo, en aquel sujeto que importa mercancías sobre las cuales existe algún tipo de restricción por razón de las condiciones del mercado a nivel nacional, y en los documentos declarativos las clasifica arancelariamente en posición a la que le corresponde igual o mayor valor por impuestos respecto del que verdaderamente correspondía. En tal evento tendríamos que concluir que si solo en el dinero del fisco, la hacienda pública o el tributo se concretara el bien jurídico la conducta no sería punible, por falta de antijuridicidad material; sin embargo, al poderse concretar la lesión o puesta en peligro del orden económico en las condiciones del mercado o en la libre competencia como intervención estatal en la economía, la conducta puede ser punible a pesar de no estar, en sentido estricto, lesionándose el patrimonio que el Estado posee o debe poseer en razón de los impuestos, pues, insistimos, el orden económico y social es o comprende mucho más que un simple asunto de dinero público.

F. ¿ES LEGÍTIMO EL AUMENTO DE PENA POR REINCIDENCIA?

A pesar de la consagración de la reincidencia como criterio modificador especial de la punibilidad legal, vale la pena hacer la pregunta conforme se propone.

Es claro que la doctrina en materia penal es casi unánime al considerar que el aumento punitivo por la reincidencia

atenta contra el derecho penal de acto, por sancionar un hecho considerando circunstancias ajenas a él, o por lo que es el agente y no por lo que hizo, por ser peligroso, lo que aparecería demostrado con la realización reiterada de la conducta. De la misma manera se argumenta, en contra de figuras como esta, que el agente no tiene por qué sufrir las consecuencias de la responsabilidad del Estado por no lograr la prevención como función de la pena.

Lo cierto, sin embargo, es que el nuevo Código Penal consagró este modificador, y sobre él habrá que esperar pronunciamiento de constitucionalidad.

II. FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO

Por su parte el artículo 320 del C. P. establece:

El que en cuantía superior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de uno (I) a cinco (5) años y multa de doscientos (200) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor cif de los bienes importados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este Código.

El juez al imponer la pena, privará al responsable del derecho de ejercer el comercio, por el término de la pena y un (I) año más.

No se aplicará lo dispuesto en el presente artículo al consumidor final cuando los bienes que se encuentran en su poder, estén soportados con la factura o documento equivalente, con el lleno de los requisitos legales contemplados en el artículo 771-2 del estatuto tributario{674}.

Como una especial forma de favorecimiento, al igual que la establecida en el artículo 320, pero calificando funcionalmente el sujeto activo, el 322 del estatuto penal sustancial dispone:

El servidor público que colabore, participe, transporte, distribuya, enajene o de cualquier forma facilite la sustracción, ocultamiento o disimulo de mercancías del control de autoridades aduaneras, o la introducción de la misma por lugares no habilitados, u omita los controles legales o reglamentarios propios de su cargo para lograr los mismos fines, cuando el valor de la mercancía involucrada sea inferior a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en multa de trescientos (300) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200 %) del valor CIF de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de tres (3) a cinco (5) años.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes se impondrá una pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años, multa de mil quinientos (1.500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor CIF de los bienes involucrados, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años.

El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este Código.

Respecto de estas conductas, hemos decidido referirnos a algunos asuntos que pueden generar controversia, como lo son la utilidad de su existencia atendiendo a las disposiciones sobre autoría, participación, y encubrimiento; la lesión del orden socioeconómico de frente al carácter pluriofensivo del delito, y la favorabilidad respecto del frecuente tránsito legislativo. Veamos.

A. ¿SON ÚTILES LOS TIPOS PENALES DE FAVORECIMIENTO DE CONTRABANDO?

De manera inexplicable, el legislador incluyó en el nuevo Código Penal dos tipos penales que aparentemente pretenden regular de manera especial el favorecimiento para el caso del delito de contrabando.

Las expresiones “de manera inexplicable” y “aparentemente” utilizadas por nosotros encuentran justificación en lo que sigue.

Como sabemos, los artículos 446 y 447 del actual C. P. regulan el favorecimiento y la receptación como delitos autónomos aunque necesariamente predicables de otro, tipificando la participación posterior en un delito o el ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito del producto del delito, en ambos casos sin acuerdo previo, lo que impide confundir tales comportamientos con la complicidad de ejecución posterior a la realización del punible. De la misma manera, sabemos que el artículo 30 del mismo estatuto establece la sanción para el cómplice, participación caracterizada por el acuerdo previo a la comisión del delito.

Pues bien, si el artículo 320 sanciona a quien realice cualquiera de los verbos en él dispuestos respecto de

mercancías de contrabando, en él se tipifica, sin más, al cómplice (art. 30) del contrabando o al receptador (art. 447) de la mercancía de contrabando, e inclusive al coautor (art. 29), dependiendo de si hay o no acuerdo previo. Por su parte, si el artículo 322 sanciona al servidor público que de cualquier manera colabora con el autor del punible de contrabando, está tipificando la coautoría (art. 29), la complicidad (art. 30), el favorecimiento (art. 446) o el encubrimiento (art. 447), dependiendo de la existencia o no del acuerdo y del verbo desplegado.

Pudiera decirse entonces que el legislador lo que quiso hacer fue tipificar estas conductas de manera especial para el delito de contrabando, lo que de entrada plantea el grave inconveniente de no dejar operar la parte general o las normas generales del derecho penal, que como tales son predicables para todos los punibles, excepto ahora, para el caso del contrabando.

En efecto, las disposiciones contentivas de la complicidad, del favorecimiento y de la receptación, no son aplicables a los intervinientes del delito de contrabando pues para ellos existe norma especial, que entre otras cosas impide adecuar en aquellas sus conductas.

Así las cosas, quien como particular posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía de contrabando, con o sin acuerdo previo, no es cómplice ni autor de receptación contra la administración de justicia, sino autor de favorecimiento contra el orden económico y social, pues como protector de este bien jurídico y no de otro está situado el tipo. Por su parte, el servidor publico que en su calidad colabore, participe, transporte, distribuya, enajene mercancía de contrabando, o facilite de cualquier forma la realización del delito, con o sin acuerdo previo, no es coautor, cómplice, favorecedor contra la administración de justicia, ni receptador, sino autor de favorecimiento contra el orden económico y social.

Otra problemática se vislumbra planteando hipótesis como la siguiente: cuando se presenta coautoría de favorecimiento entre dos personas, una particular y otra pública, lo que aparece prima facie es que cada uno tendría la responsabilidad por la norma específica, es decir, el particular por el favorecimiento del 320 y el funcionario por

vía del 322; pero puede ocurrir (en tanto no todos los verbos rectores son coincidentes) que los dos estén realizando la conducta del 322, por lo que la pena para el particular será la establecida para el funcionario público rebajada en una cuarta parte por vía del artículo 30 parágrafo 3.º, o que los dos estén realizando la del 320, caso en el cual el servidor público recibirá la pena correspondiente al particular a pesar de su calidad.

Ahora bien, sin la existencia de estos dos tipos, quien se comporte como cómplice del contrabando recibiría como sanción la pena de prisión de cinco a ocho años, disminuida de una sexta parte a la mitad, lo que sin discusión es más que la establecida para el autor de los punibles que comentamos, con lo que la pretensión del legislador de ser más drástico en los eventos de participación en los delitos de aduanas termina por traer el efecto contrario.

Pensemos en otra hipótesis: el partícipe del favorecimiento de contrabando de funcionario público es particular; así, por ejemplo, la esposa del servidor público que colabora en el ocultamiento de la mercancía que se introduce al país no es autor de favorecimiento del contrabando de particular, sino cómplice, sin la calidad de funcionario, del favorecimiento de servidor público; porque colaborar en el ocultamiento de la mercancía no es conducta que quepa en el de particular del 320, sino en el de servidor público del 322, por lo que sería cómplice de su esposo y no favorecedor del contrabandista; de manera que recibiría la pena de su marido como autor de favorecimiento de servidor, reducida de una sexta parte a la mitad por ser cómplice, y de esta se rebajaría la cuarta parte por no tener la calidad de servidor público. Ahora, si no hay acuerdo previo con su marido simplemente podría responder por el favorecimiento genérico del artículo 446 que prevé una pena de uno a cuatro años.

B. ¿CUÁL ES EL BIEN JURÍDICO QUE DEBE APARECER LESIONADO O EN PELIGRO?

Lo planteado en el literal anterior hace ver un asunto que generará no pocas controversias. El legislador ha querido que estos delitos aparezcan lesionando o poniendo en peligro el bien jurídico orden económico y social, y no la administración de justicia como las conductas de favorecimiento y de receptación genéricas. Ello nos lleva a afirmar que, con independencia de la lesión que se presente a cualquier otro bien jurídico, como la administración de justicia, el que debe aparecer lesionado es el orden socio económico; sobre ésta lesión es que se requiere prueba para efectos de la tipicidad y, desde luego, para concretar la antijuridicidad material y a ella debe aparecer ligado el dolo y la culpabilidad del agente; insistimos, con independencia de la presencia de la lesión de otro bien jurídico, pues sin la que ha escogido el legislador no podrá haber jamás injusto.

A ello podrá contraargumentarse que los delitos a que nos referimos son pluriofensivos (lo que es cierto, y que, por ello, al lesionar también la administración de justicia bastará con esta lesividad para predicar la antijuridicidad material. Sin embargo, dicha solución no es correcta dogmáticamente, ya que el legislador, ni solo por sistematización, ni por capricho, determina a qué bien jurídico debe proteger el tipo. La ratio legis indica precisamente que ese es el bien jurídico lesionado y que sin lesión a él al funcionario judicial no le queda más remedio que declarar la no lesión, y por ende la absolución, pues no puede, aunque quiera, hacer valer la lesión de otro bien, para sancionar una conducta que no ofrece daño o puesta en peligro a su razón de ser. Reiteramos, los delitos pluriofensivos, así dañen o pongan en peligro otros intereses, no eximen al funcionario del imperativo de concretar la lesión o el peligro al bien jurídico mediato para la estructuración del injusto{675}.

Por la misma razón, nunca será sancionable servidor público alguno por el punible del artículo 322 inciso primero, que tipifica el favorecimiento del contrabando administrativo, pues una vez se determine en el proceso que el contrabando no es penal, por ser de cuantía inferior a la establecida para que sea punible, el “favorecedor”, a pesar de realizar acción típica autónoma, deberá ser absuelto; en efecto, cuando el legislador consideró que el contrabando de mercancías cuyo valor es inferior a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes no le interesa al derecho penal

(por subsidiariedad y fragmentariedad). afirmó que tal comportamiento, a pesar de ser antijurídico, no lo es penalmente{676}, es decir que no afecta el bien jurídico penal “orden económico y social” en grado que interese al ius puniendi. Así las cosas, si el favorecimiento de contrabando por servidor público debe lesionar el orden económico y social para ser injusto, y en el caso concreto no se afectó con el contrabando administrativo favorecido, no habrá lesión tampoco con el favorecimiento, ya que, a pesar de haber daño real a la administración de justicia, no es este el bien cuya lesión debe aparecer probada y atada al dolo y a la culpabilidad del agente. Ahora bien, podría afirmarse que, no habiendo lesión del orden económico y social, pero sí de la administración de justicia, la conducta entonces se adecuaría a la figura del favorecimiento genérico, lo que no solamente sería un despropósito, sino una clara transgresión a las normas generales del concurso aparente, pues es evidente que frente al favorecimiento genérico del artículo 446 no puede predicarse la subsidiariedad tácita y menos la expresa, al existir norma especial.

C. ¿TIENE CABIDA LA FAVORABILIDAD EN LA APLICACIÓN JUDICIAL DE ESTOS TIPOS?

En lo que hace a la punibilidad de las conductas, habrá que tener en cuenta, por el continuo tránsito legislativo, lo atinente a la favorabilidad. Así por ejemplo, para la prevista en el hoy artículo 322, se nos evidencia que la Ley 383 de establecía, para cualquier cuantía de mercancía objeto de la operación de comercio, pena de prisión de 2 a 4 años de prisión, pasándose a la Ley 488 de que para cualquier cuantía establecía la pena de 5 a 8 años; para luego establecer el nuevo Código la punibilidad de multa para cuantías inferiores a IOO salarios mínimos legales mensuales vigentes, y permaneciendo de 5 a 8 años cuando el contrabando sea penal. Vemos entonces que por favorabilidad debe aplicarse el nuevo Código en todos los eventos en que la cuantía sea inferior a IOO salarios mínimos legales mensuales vigentes, y la Ley 383 de 1997 si

el delito fue cometido antes de la entrada en vigencia de la Ley 488.

III. DEFRAUDACIÓN DE RENTAS DE ADUANAS

También como delito aduanero, o por lo menos relacionado con él, describe el artículo 321 del C. P. la conducta del conocido como contrabando técnico, de la siguiente manera:

El que declare tributos aduaneros por valor inferior al que por ley le corresponde, en cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de cinco (5) a ocho (8) años y multa equivalente a veinte (20) veces lo dejado de declarar por concepto de tributos aduaneros. El monto de multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este Código.

Parágrafo. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará cuando el menor valor de los tributos aduaneros declarados corresponda a controversias sobre valoración, error aritmético en la liquidación de tributos o clasificación arancelaria, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas establecidas en la ley.

Esta forma especial de contrabando, en lo que al tipo se refiere, ha sufrido algunas modificaciones en su ubicación desde la Ley 383 de 1997, en donde se incluía, al igual que en el nuevo Código Penal, como delito autónomo del de contrabando, aunque previendo solamente pena de multa para el autor; pasando por la Ley 488 de 1998, donde que se incluía dentro del contrabando como una forma más de realizarlo, asignándole la misma pena; hasta llegar al nuevo Código Penal, que lo incluye como delito autónomo,

incrementando altamente la pena privativa de la libertad con respecto a la de contrabando, sin que encontremos razón clara para tal incremento, por lo menos en lo que respecta a la defraudación de rentas correspondiente a mercancía cuyo valor no supera los doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Realiza esta conducta quien en una operación de comercio, por lugar habilitado, a pesar de presentarse ante la autoridad aduanera, esta determina que lo que se está declarando no tiene correspondencia con el valor de la mercancía, y por ende con el tributo.

En lo que hace a esta modalidad de conducta, nos ha parecido interesante dar respuesta a los siguientes cuestionamientos.

A. ¿TIENE INCIDENCIA EL PARÁGRAFO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 321 PARA LA APLICABILIDAD DEL TIPO?

Creemos que el mayor escollo que puede presentarse en la práctica es la muy segura imposibilidad de abrir con algún éxito un proceso por este delito, en la medida que generalmente se presentará discusión sobre el valor de la mercancía, sobre la liquidación del impuesto o sobre la posición arancelaria, circunstancias que precisamente excluyen la posibilidad de aplicar el tipo conforme al parágrafo del artículo 321. Así, mientras persista la discusión, no habrá posibilidad de abrir un proceso penal, y cuando ella concluya la Fiscalía deberá abstenerse de hacerlo, en tanto existió la discusión. Lo anterior sin contar con la muy probable ausencia de dolo –y por supuesto mayor credibilidad de quien como importador o exportador sostiene la discusión– indicada con el hecho de haber presentado la mercancía ante la autoridad aduanera.

Obvio, podrá decirse que este tipo está establecido para aquellos casos en los que aparezca de bulto el propósito de

la defraudación, como cuando el importador o exportador declara galletas cuando en realidad se trata de obras de arte, o el conocido, por publicitado y “único”, caso colombiano de los pollos{677}, eventos que, a más de no presentarse discusión atendible, sin duda, no ameritan la esxistencia del tipo en comento, pues en estos nos encontramos ante un contrabando abierto del artículo 319, bajo la modalidad de disimulo o sustracción del control aduanero{678}.

B. ¿EL TRÁNSITO LEGISLATIVO PUEDE, EN OCASIONES IMPONER EL RECONOCIMIENTO DE LA FAVORABILIDAD?

Debido al constante tránsito legislativo, debe atenderse lo referente a la favorabilidad. En principio debe quedar claro, como se mostró atrás, que el tipo penal nunca ha dejado de existir, por lo que la favorabilidad en procura de la inexistencia del tipo nunca será aplicable desde la entrada en vigencia de la Ley 383 de 1997, aunque sí para efectos de determinación de la pena en tanto que desde entonces la punibilidad ha variado, como puede observarse de la simple lectura de los tipos.

En efecto, por ejemplo, llama la atención el hecho de que en vigencia de las leyes 383 de 1997 y 599 de 2000 la conducta sólo es típica si la defraudación se da en cuantía superior a los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por su parte, en vigencia de la Ley 488 de 1998 no se establecía cuantía para la defraudación (por lo que podría ser típica incluso la defraudación por menor valor a los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes). Así las cosas, el nuevo Código puede resultar favorable, a pesar del incremento punitivo en él dispuesto. Sin embargo, de lo que conocemos, no hay hasta hoy condena alguna por este delito, por lo que los procesos penales que se iniciaron en vigencia de la Ley 488 en todo caso están cobijados por el nuevo código penal, lo que haría aplicable la favorabilidad que indicaría la no incriminación de la conducta cuando la cuantía de la

defraudación no superara el límite mínimo establecido en el nuevo Código.

C. ¿QUÉ CUANTÍA FIJA LA DIFERENCIA ENTRE EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL PENAL?

Respecto de la cuantía de la defraudación debemos manifestar que suele confundirse (por lo menos sobre ello se presenta discusión) la cuantía de la mercancía con la cuantía de la defraudación, confusión que surge del hecho de que los tipos penales de este capítulo se refieren a la cuantía de la mercancía, a excepción del que nos ocupa. Ello podría hacer pensar al intérprete que el límite mínimo de los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes que incluye el tipo también se refiere al valor de la mercancía sobre la cual se declarara el menor valor de los tributos aduaneros. Pues no: el tipo es absolutamente claro en informar que el límite mencionado se refiere a la cuantía de la defraudación, de manera que es perfectamente posible que la mercancía valga más de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes pero la defraudación sea de cuantía menor, caso en el cual habrá una infracción administrativa que no llega a la competencia del derecho penal por voluntad del legislador.

D. ¿LA PENA DE MULTA ES INDETERMINADA?

Por último, quisiéramos referirnos a un aparente problema de legalidad que presenta la descripción, concretamente en lo que hace a la pena de multa. Algunos consideran que esta no se encuentra establecida de manera previa a la comisión del delito sino que está condicionada a un hecho posterior, o por lo menos no previo. Así, su indeterminación previa y determinación posterior al hecho permitiría pensar que nos encontramos frente a un problema de inconstitucionalidad

por legalidad de la pena, que no está fijada de manera previa al hecho. Sin embargo, otros consideran que no se presenta violación al principio de legalidad en tanto, por un lado, el máximo está fijado en la ley, y por otro, el autor conoce su monto en el momento en que conoce la cuantía de la operación fraudulenta.

BIBLIOGRAFÍA

Ayala Gómez, Ignacio. El delito de defraudación tributaria, Madrid, Civitas, 1988.

Bajo Fernández , Miguel . “Los delitos contra el orden económico y social”, en Revista del Colegio de Abogados del Valle, Cali, 1982.

Caloma Chicot, José Alberto. La responsabilidad civil en el delito fiscal, Barcelona, Marcial Pons, 2001.

Cancino Moreno, Antonio y Claudia López Díaz . “Delitos contra el orden económico y social”, en Derecho penal. Parte especial, t. i, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987.

Córdoba Angulo. Miguel. La tentativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.

Corte Constitucional. Sentencia C-549 de 1992, M. P.: SIMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ .

Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1998, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA .

Corte Constitucional. Sentencia C-194 de 1998, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA .

Corte Constitucional. Sentencia C-320 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUNOZ .

Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO .

dian . Delitos fiscales, Unidad Administrativa Especial, 1999.

Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho penal fundamental, Bogotá, Temis, 1989.

Ferro Torres , Guillermo . “Razones por las cuales debe mantenerse el contrabando como delito”, en Derecho Penal y Criminología, n.° 44, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1992.

García Novoa, César y Antonio López Díaz (coords). Temas de derecho penal tributario, Barcelona, Marcial Pons, 2000.

Pavón Vasconcelos, Francisco. Breve ensayo sobre la tentativa, México, Porrúa, 1989.

Ramírez Gómez, Salvador . El principio del non bis in idem en el ámbito tributario, Barcelona, Marcial Pons, 2000.

RancaNo Martín, Ma. Asunción. El delito de defraudación tributaria, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Sancinetti, Marcelo A. Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Bogotá, Temis, 1995.

Urazán, Sandra; Pedro Arturo Pineda y Pedro Nel Ponce. Cuadro comparativo de los delitos en materia aduanera, sin publicar, agosto de 1999.

Maiwald, Manfred. Conocimiento del ilícito y dolo en el derecho penal tributario, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.

Martínez-Buján Pérez, Carlos. Los delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, Madrid, Tecnos, 1995.

Martínez-Bujan Pérez, Carlos. Derecho penal económico. Parte general, Valencia, Tirant Lo Blanch Libros, 1998.

Martínez-Buján Pérez, Carlos. Derecho penal económico. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

Santana Vega , Dulce María . La protección penal de los bienes jurídicos colectivos, Madrid, Dikinson, 2000.

Torres López, Mario Alberto . Teoría y práctica de los delitos fiscales, México, Porrúa, 2000.

Velásquez V., Fernando. Derecho penal general, Bogotá, Temis, 1997.

Villegas, Héctor B. Régimen penal tributario argentino, Buenos Aires, Depalma, 1995.

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Delitos contra la libertad individual y otras garantías

PRESENTACIÓN

Bajo el título tercero del libro segundo del Código Penal colombiano se encuentran los que el legislador denominó "Delitos contra la libertad individual y otras garantías", en donde se incluyen los delitos contra la libertad propiamente dichos, contra la autonomía y contra otras formas atentatorias de la libertad en alguna de sus modalidades como la privacidad, intimidad, libertad de trabajo, de cultos, etc. Por ser este escrito apenas informativo, nos limitamos a hacer breves comentarios sobre algunas de las conductas allí contenidas, con el propósito de introducir al interesado en el estudio de estos delitos, sin perjuicio de mencionar algunas obras especializadas a las que puede remitirse el lector para profundizar sobre el tema.

I. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Tal vez como ningún otro, la libertad individual es considerada como bien digno de protección por el derecho penal. A pesar de que históricamente la lucha por el reconocimiento legal y material de la libertad no ha sido pacífica, hoy, con independencia de su sentido y significado filosófico, se reconoce como esencia del Estado constitucional.

No debemos olvidar que en la actualidad se discute ampliamente acerca de la misión del derecho penal, es decir, la cuestión de si el mismo debe proteger bienes jurídicos –sin que se defina claramente lo que deba entenderse por tal expresión– o si, por el contrario, su función se agota con la protección de la vigencia segura de las normas –aunque tampoco es del todo claro lo que esto significa–.

Esta discusión, en el marco de unas lecciones de derecho penal especial, no resulta baladí, pues, de optar por la segunda opción, es decir, de aceptar que el derecho penal finaliza su tarea con la imposicón de sanciones frente a meros quebrantamientos normativos, sustraería del análisis el objeto de protección en sí mismo, el por qué de la tipificaciones, en últimas, la teleología de las normas que garantizan la vida social pacífica.

De ahí que mantengamos, como lo hacen el Código y las cortes, la clásica posición según la cual el derecho penal protege bienes jurídicos mediante la tipificación de conductas atentatorias contra los mismos, conductas que en este capítulo afectan la libertad individual del ser humano como situación valorada de forma positiva, como estado valioso en cabeza del ciudadano; o, acogiendo la moderna doctrina, como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”{679}.

El bien jurídico que se protege en este capítulo es entonces la libertad de los seres humanos, la cual es hoy en día un presupuesto imprescindible para la convivencia social en el seno de una sociedad capitalista que necesita de la libertad de la fuerza de trabajo, así como de la libertad de la oferta y la demanda en un mercado libre que garantice la acumulación. Por supuesto, analizar en detalle el desarrollo de esta evolución excedería los límites de este trabajo, el cual se circunscribe a destacar las innovaciones que en esta materia introdujo el Código de 2000 y, así mismo, un pequeño comentario de la necesidad de protección del bien jurídico libertad.

Justamente sobre este último punto vale la pena retomar la idea según la cual las normas penales –tal como dijimos– garantizan las expectativas de convivencia ciudadana, por lo que se tipifican las conductas que atentan contra la libertad individual al entenderse ésta como una garantía irrenunciable de la vida moderna en la que el ser humano debe coexistir en sociedad para poder lograr sus fines escenciales y satisfacer sus necesidades básicas.

Esta necesidad de protección penal deriva además de forma directa de nuestra Constitución Política, la cual consagra como derechos fundamentales la autonomía de la voluntad y el libre desarrollo de la personalidad, elevándolos a la categoría de bienes jurídicos entendidos como presupuestos esenciales para la convivencia social. De igual forma se impone la penalización de las conductas atentatorias contra la libertad al no estar legitimados históricamente los riesgos que la menoscaban, salvo casos excepcionales que quedarían excluidos en aplicación de la teoría de la imputación objetiva, con lo cual se ven satisfechos por lo menos los límites constitucionales mínimos para penalizar conductas atentatorias contra estos bienes jurídicos de rango constitucional.

Además, cabría decir, en favor de la necesidad de protección penal del bien jurídico libertad, que la sociedad actual está configurada sobre la base de hombres libres, derivación directa del reconocimiento del hombre como un ser digno, como un fin en sí mismo, lo cual –al mejor estilo kantiano– impone reconocerle un ámbito propio de libertad.

Estas son, a nuestro juicio, las razones que llevaron al legislador a renovar la protección del bien jurídico libertad individual, razones extraídas de la lógica y la doctrina en general, toda vez que la exposición de motivos del proyecto presentado por la Fiscalía General de la Nación calló en tan importante punto. Veamos ahora las específicas formas de ataque contra el mismo y la problemática que podría suscitar la interpretación de la nueva normatividad.

II. DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS{680}

Por compromisos internacionales, pero fundamentalmente por la innegable realidad nacional, el legislador de 2000 decidió incluir dentro de los delitos contra la libertad, aunque sin duda es una conducta pluriofensiva, esta tipicidad junto con algunas circunstancias que agravan o atenúan su punibilidad.

Desaparecer a alguien forzadamente consiste, según la ley, en privar a una persona de la libertad y luego ocultarla, negando tal privación o la información sobre el lugar en el que se encuentra, sustrayéndola, a la vez, del amparo de la ley.

El del artículo 165 es pues un tipo penal de los que denominados de conducta acumulativa, porque no es suficiente para la adecuación típica que el sujeto activo cualificado (debe ser miembro de un grupo armado al margen de la ley, servidor público o particular que actúe bajo la aquiescencia o determinación del funcionario) prive de la libertad a otro, sino que hace falta que, luego de la conducta principal o rectora, el agente la oculte (lo que aparece apenas lógico), se niegue a reconocer la privación o, reconociéndola, a dar información sobre su paradero, logrando, además, sustraerla del amparo de la ley.

Suponemos que la utilización de tantos verbos en un solo tipo penal corresponde a la técnica que como instrumento utilizó el legislador en la Ley 589 de 2000{681} para diferenciar esta particular forma de privación de la libertad de otras como el secuestro (arts. 168 y ss. C. P.) e inclusive la privación ilegal de la libertad (arts. 174 y ss. C. P.).

Sin embargo, el exceso de elementos normativos que como verbos se presentan en el tipo en la práctica lo que genera es la muy alta dificultad de adecuar en este tipo alguna conducta concreta, incluso aun cuando se determine el propósito del autor, pues es claro que de la redacción se desprende que es necesaria la presencia y prueba de elementos objetivos, como la negativa de información o de reconocer el paradero, y de la sustracción de la ley, para culminar positivamente el juicio de adecuación típica.

Nos parece, por ejemplo, que no pocas veces el funcionario judicial se encontrará con la imposibilidad de probar la negativa de dar información, por lo menos al inicio de la investigación, lo que hará que casi siempre se inicie el proceso por un secuestro, pues de lo único que se tendrá certeza es de la privación de la libertad, sin que se puedan presumir los comportamientos que como acompañantes objetivos exige el tipo.

Vale resaltar de la misma redacción, concretamente, lo que hace a las expresiones “negativa a reconocer dicha privación o de dar información sobre su paradero, sustrayéndola del amparo de la ley”: pareciera que el mismo tipo da una cualificación tácita al autor, pues, siendo evidente que estas circunstancias se presentan con frecuencia en otros delitos contra la libertad, por ejemplo el secuestro, el tipo penal las utiliza como condicionantes de una especial posición de garante del sujeto activo, lo que indicaría que quien realiza las conductas y omite la información o deniega el amparo de la ley es porque está obligado a dar la primera o permitir el amparo de la segunda; de lo contrario no tendría sentido su inclusión como elementos del tipo. Me explico: un secuestrador, al privar a una persona de la libertad, puede negarse a reconocer el hecho y, por consiguiente, no dar información sobre el paradero de la víctima, de paso sustrayéndola del amparo de la ley. A pesar de lo anterior, no por ello estamos en presencia de un delito de desaparición forzada de personas, pues este se diferencia de un secuestro, o por el dolo del autor, o bien por la calidad del agente, quien poseería posición de garante, en el entendido que solo quien tiene la obligación de dar a conocer la privación de la libertad, a dar razón del sitio en que el privado de la libertad se encuentra, y a otorgar o permitir el amparo de la ley, es un agente del Estado{682}.

Creemos que, para un correcto juicio de adecuación de la conducta real en el tipo, el intérprete deberá valerse de su aspecto subjetivo, pues, como lo mostramos, los elementos objetivos que pretendieron, desde este plano, diferenciar la conducta de otras no son propios de la desaparición forzada de personas, por lo que no lo logran.

Nos llama poderosamente la atención el hecho de que pareciera que el legislador quiso que siempre que se sancione el delito (si se presenta, pese a las dificultades señaladas arriba) este tenga la pena fijada en el artículo 166, puesto que no encontramos caso alguno, aunque incluso lo tratamos de inventar, que pudiera aparecer sin estar acompañado por, cuando menos, una de las circunstancias allí contempladas.

III. SECUESTRO{683}

Podría afirmarse que este delito no requiere explicación de su tipología en tanto que, en particular en nuestro país, desafortunadamente los ejemplos abundan; aunque, como lo expone Ramelli Arteaga {684}, muchos de los hasta hoy considerados como secuestros deben adecuarse en adelante como toma de rehenes, en palabras del artículo 148 del C. P.

Se incluyen en este capítulo las hoy dos únicas modalidades de secuestro (simple y extorsivo) junto con las circunstancias modificadoras de la pena legal y un particular tipo, muy criticado por cierto, denominado inapropiadamente "celebración indebida de contratos de seguro".

Incurre en secuestro quien prive de la libertad a otro, tornándose extorsivo cuando el agente pretende condicionar la libertad de la víctima a una acción u omisión de ella misma o de otro, sea de contenido patrimonial o no, o lo hace motivado por la obtención de fines publicitarios o políticos. De lo anterior se desprende que el delito de secuestro extorsivo requiere para la consumación el acto de privación de la libertad sumado al ingrediente subjetivo determinado expresamente en el tipo, aunque la obtención del último hace parte de lo que se conoce como agotamiento y por tanto no es necesaria para la tipicidad. En otras palabras, solo se requiere para la adecuación que el agente obre motivado por el propósito, pero no es necesario que obtenga lo que se propone más allá del dolo, pues el resultado exigido para la tipicidad es la privación de la libertad motivada, por lo que a pesar de no obtenerse el propósito perseguido, la tipicidad queda intacta. Cuando el elemento subjetivo expreso no se presenta acompañando o motivando la conducta del autor, deberá determinarse la adecuación al tipo de secuestro simple, pues, insistimos, lo que los diferencia es el motivo de autor o elemento subjetivo distinto del dolo.

Creemos que los dos problemas fundamentales que presenta la tipología comentada son, por un lado, la determinación de los muy escasos eventos de secuestro

simple y, por otro, la determinación de la diferencia del extorsivo político o publicitario con la toma de rehenes del artículo 148 C. P., más en las condiciones actuales que vive nuestro país.

Lo primero, en tanto creemos que se trata de una tipología simbólica puesto que todos los hechos que efectivamente son judicializados como secuestro, se hacen con un propósito, lo que los hace extorsivos por la presunción del artículo 169 C. P.{685}. Tal vez, aunque no lo consideramos político–criminalmente conveniente, se adecuaría al tipo de secuestro simple la conducta del padre que le arrebata los hijos al que ejerce la patria potestad en virtud de pronunciamiento judicial.

Lo segundo, pues, como lo mencionamos, la nueva tipología del Código Penal nos hace pensar en la definición del delito de toma de rehenes que, sin más, define un secuestro que se realiza con ocasión del conflicto armado. Ello obliga al intérprete a determinar si la privación de la libertad se hizo o no con ocasión del conflicto armado, no si antes establecer, conforme a la doctrina internacional, lo que se entiende por tal, asunto que no dejará de traer inconvenientes; entre otras cosas porque, por la amplitud de las circunstancias modificadoras de la punibilidad para el secuestro extorsivo, puede resultar, punitivamente hablando, menos grave la toma de rehenes, que tiene una pena de 20 a 30 años, que el secuestro extorsivo agravado, que llega a tener un máximo de 40 años.

No menos complicada se tornará la situación cuando el funcionario se encuentre frente a un concurso aparente entre el secuestro extorsivo agravado y la toma de rehenes, por ejemplo cuando el hecho haya sido cometido con ocasión y en desarrollo del conflicto armado pero por la víctima se exija un rescate u otra contraprestación. ¿Se estará en presencia de una toma de rehenes o de un secuestro extorsivo? Sin duda la respuesta estará dada por las reglas que resuelven el concurso aparente, aunque la posibilidad de acoger seriamente cualquiera de los dos juicios de adecuación típica no deja de preocupar en atención a la seguridad jurídica, aun, creemos, con pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema.

Vale la pena plantear dos cuestionamientos recurrentes y que cobraron importancia con la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000. Nos referimos a la adecuación del anteriormente denominado “rapto” y al problema de la favora-bilidad en atención a la calidad de delito de conducta permanente que se predica del secuestro.

Como puede observarse, el rapto o secuestro con fines de matrimonio o erótico sexuales que se encontraba tipificado de manera autónoma en la Ley 40 de 1993, diferenciándose del simple y del extorsivo por la consagración de un elemento subjetivo especial, aunque como inciso especial del artículo 269 del C. P. del 80, desaparece en el nuevo Código pues, según la exposición de motivos del proyecto presentado por la Fiscalía General de la Nación, “... se eliminó el inciso segundo –rapto– al resultar sin justificación atendible la distinción en él contemplada, en tanto, sea cual fuese la finalidad de la retención, se está frente al delito de secuestro”{686}.

Lo que no quedó claro es si se trata de un evento de secuestro simple, por perseguir un propósito distinto a los establecidos en el artículo 169, o se trata de uno extorsivo, en cuanto se adecuaría a la descripción del citado artículo, entendiendo que el propósito erótico-sexual se ajusta al “hacer u omitir algo” del 169. Nos parece que debe entenderse que esta es una modalidad de secuestro simple, en tanto creemos que la voluntad del legislador fue la de no diferenciarlo del simple, en atención a que venía siendo considerado como una modalidad atenuada de este, y no la de incluirlo como el extorsivo que persigue fines distintos. Además, porque para nosotros es claro que quien “rapta” solo busca el acto sexual, para lo cual priva de la libertad, pero no condiciona la libertad a la realización de un acto sexual por parte de la víctima o de otro, pues en este evento sí se estaría ante un secuestro extorsivo. Lo anterior sin perjuicio de que el secuestro concurse con otro delito de los establecidos en el Código Penal, en especial con uno de aquellos que atentan contra la libertad sexual.

Por otro lado, como decíamos, de manera recurrente solía presentarse la discusión del tránsito legislativo entre dos leyes que tipificaban el secuestro, con pena mayor la posterior, ambas vigentes durante la realización de la conducta permanente. Por un lado, un sector de la doctrina

consideraba que debía aplicarse la ley favorable, es decir la vigente en el momento en que se inició la privación de la libertad; otro sector consideraba que debía aplicarse la ley posterior, así fuera más grave, en tanto también estuvo vigente en el momento durante el cual se realizó la conducta y ante su entrada en vigencia el autor no se motivó por el aumento de la pena, por lo que es esta la que le corresponde.

Hoy es claro que con la entrada en vigencia del nuevo Código debe tenerse como favorable la ley posterior, de manera que ella y no la anterior es la aplicable cuando la conducta permanente se haya realizado durante la vigencia de las dos.

Realiza celebración indebida de contratos de seguros quien compra, vende o actúa como corredor en la adquisición de un contrato conforme al cual el asegurador se compromete a pagar el monto exigido por el secuestrador a cambio de la libertad del plagiado. De la misma manera será responsable de este delito, por disposición del tipo y así no haya correspondencia entre el nomen iuris y la conducta, quien intervenga en la negociación o intermediación de un rescate por un secuestrado, siempre que su intervención no sea motivada por razones humanitarias.

Vale anotar que en este tipo penal se incluyó el elemento subjetivo del tipo “razones distintas a las humanitarias”, solucionando el problema que la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 12 de la Ley 40 de 1993, había generados{687}, puesto que al supeditar la exequibilidad del tipo a la inexistencia de causales de justificación originaba el contrasentido de afirmar que ante la justificante el tipo no existía, variando el efecto dogmático de la causal de justificación, cual es la exclusión de la antijuridicidad y, no la carencia de tipo o atipicidad. Con la inclusión de dicha excepción, entonces, desde el tipo se excluye la responsabilidad sin necesidad de acudir a una de las causales de justificación, cuando quien interviene en la negociación lo hace por razones humanitarias, bajo las cuales se situarían las gestiones de los familiares.

Por su parte, el capítulo tercero se ocupa del delito de apoderamiento de nave o aeronave o medios de transporte

colectivo, para informar que, por este solo hecho, lo que excluye el reconocimiento del concurso aparente con el secuestro, el autor de la conducta incurre en responsabilidad penal.

Dentro del mismo título y refiriéndose aún a la libertad individual, el Código incluye las conocidas genéricamente como detenciones ilegales, que se caracterizan por la cualificación del sujeto activo, en tanto los tipos exigen que el agente sea un funcionario y que además, en principio, tenga la facultad de detener a un particular o mantenerlo privado de la libertad, solo que la conducta se torna en ilegal cuando la realiza el servidor abusando de sus funciones, prolongando ilícitamente la detención inicialmente ajustada a la ley, sin el lleno de los requisitos legales o denegando, retardando u omitiendo el trámite de un habeas corpus. En efecto, el simple hecho de que los tipos se refieran a la detención excluye al particular como agente del delito, en tanto que cuando alguna de la conductas previstas o alguna parecida es realizada directamente por un sujeto que no ostenta la calidad exigida por el tipo estará inmerso en otro punible, pero no en una detención ilegal, sin perjuicio de que los particulares puedan actuar como partícipes, eventos en los que no se requiere la calidad específica. Igual comentario debe hacerse frente a la privación de la libertad que realiza un funcionario cuando no está ejerciendo las funciones, pues mal puede alguien abusar de una función que no tiene.

De la misma manera creemos, aunque no hay acuerdo sobre el punto, especialmente en lo que hace a la privación ilegal de la libertad del artículo 174, que el lugar en el que se materializa la detención (cuando es indefinida){688} debe ser uno de aquellos que están destinados para ello, o por lo menos que son utilizados oficialmente para el efecto (incluida la casa de habitación de la víctima en atención a la consagración de la detención domiciliaria como sustitutiva de la detención preventiva); pues si un funcionario priva de la libertad a un particular y lo retiene en un sitio distinto a los mencionados no está deteniendo ni, por tanto, deteniendo ilegalmente, sino que, por el contrario, está secuestrando, con independencia de que se haya valido de su investidura y facultad para hacerlo. Obviamente no pueden perderse de vista los demás elementos del tipo, pues no solo porque la privación de la libertad se desarrolle

en un lugar oficialmente destinado para las detenciones lícitas, el hecho es uno de los previstos en el capítulo cuarto: sin duda, un secuestro puede perpetrase en un lugar de detención oficialmente dispuesto para privaciones lícitas de la libertad.

Se hace necesario recordar lo manifestado ya en varias oportunidades por la Corte Suprema de Justicia y sostenido por la doctrina: la expresión "detención" que se utiliza en los tipos penales comentados debe entenderse en su sentido gramatical y no jurídico penal como detención preventiva, pues, en primer lugar, basta la privación ilegal de la libertad, con independencia de que su motivación sea o no una medida de aseguramiento (de manera que el delito se consumaría con una captura ilegal, por ejemplo), y, en segundo lugar, así se desprende de lo dicho en el artículo 176 C. P. que distingue la privación de la libertad y la medida de aseguramiento, aunque puedan corresponder a género y especie.

También nos merece comentario el aparente concurso que se presenta entre la privación ilegal de la libertad y la prolongación ilícita de la libertad, que, como se dijo, es solo aparente en la medida que no podrían concurrir, ya que, por larga que sea la privación ilegal de la libertad, es una sola y permanente, lo que significa que persiste en el tiempo en tanto no se libere el detenido. No se puede pues pensar en que el acto de aprehensión constituye la privación del 174, y el mantenimiento de la privación la prolongación del 175; además, porque somos del convencimiento de que la expresión prolongación ilícita supone una previa privación lícita.

No aparece descabellado preguntarse sobre la posibilidad de un concurso efectivo entre la detención arbitraria y el prevaricato, cuando la primera es producto del segundo. Las opiniones, como casi siempre en derecho penal, son diversas: algunos opinan que, siendo bienes jurídicos distintos y siendo un resultado efecto del otro, los dos tipos no se excluyen entre sí, y por ello no se violaría el non bis in idem cuando se sanciona por los dos. Otros opinan que, siendo la detención ilegal un tipo más específico o especial, y cuando la providencia contraria a la ley es de la esencia de la privación de la libertad, no habría concurso efectivo. La verdad es que nos inclinamos por la segunda de las

posturas, en cuanto creemos que la providencia es el acto mismo de privación de la libertad. Igual podría plantearse frente a la prolongación ilícita de la libertad y el prevaricato omisivo. Por lo tanto prevalecería, en nuestra opinión, la adecuación al tipo penal contra la libertad.

Posteriormente, en el capítulo 5.° de este título, se regula lo relacionado con los punibles que afectan la autonomía personal, por lo que puede decirse que, aunque afectan igualmente la libertad, lo hacen de manera indirecta, en tanto no lesionan la libertad de locomoción pero sí la condicionan. Dentro de ellos encontramos la tortura, los constreñimientos, el desplazamiento forzado, la internación fraudulenta en asilo o clínica, la inseminación no consentida y el tráfico de personas.

En lo que hace al punible de tortura, debemos recordar que la problemática respecto del tipo siempre ha radicado en dos puntos fundamentales: la indeterminación del sujeto activo y la univocidad de la definición.

Respecto de lo primero, la doctrina crítica de la no calificación del agente ha venido considerando que este delito solo puede ser realizado por el Estado a través de sus agentes, en tanto el artículo 12 de la Constitución Política establece la prohibición de penas y tratos crueles, desaparición forzada y tortura. Amparándose en el hecho de que, así como solo el Estado puede imponer penas, y por ello penas crueles, inhumanas o degradantes{689}, solo el Estado puede torturar, pues tal conducta realizada por un particular no se adecuaría al tipo penal de torturas, sino a otro distinto, como el constreñimiento o las lesiones personales.

Igual ocurriría en los supuestos de desaparición, por ejemplo, en tanto el artículo 12 de la Carta califica el sujeto activo del artículo 178 del C. P.

A pesar de lo anterior, debe quedar claro que tanto la Corte Suprema de Justicia como la constitucional han sido reiterativas en sentenciar la posibilidad de que los particulares sean sujetos activos de este delito, por lo que el tipo no debe aparecer en la ley penal con cualificación alguna. Para ello sostienen al unísono, y con razón, que los tratados internacionales que comprometen a Colombia a

tipificar la conducta contra agentes del Estado no limitan la voluntad del legislador interno, quien, si por política criminal lo considera prudente, puede dar mayor alcance a la conducta abstracta, como en el caso de la tortura lo hizo, abarcando también la punibilidad para el particular que incurra en ella.

Es por ello que, si se observa, la Convención contra la Tortura ratificada por Colombia, en términos generales, contiene como definición de este delito la misma definición que el Código Penal, solo que nuestra legislación no califica el sujeto, lo que implica incluir como posibles sujetos activos tanto a particulares como a funcionarios del Estado.

Por otro lado, se criticó con fuerza el hecho de que el tipo penal del artículo 279 del C. P. de 1980, que definía la tortura, era una norma inconstitucional por no respetar el principio de tipicidad, y por esa vía el de legalidad, en tanto la expresión “tortura” no era unívoca.

Aunque debía entenderse, acudiendo a los tratados internacionales sobre la materia, que el tipo penal tenía un elemento subjetivo tácito que permitía distinguir cualquier lesión personal de la tortura, consistente en el propósito de buscar con la lesión corporal o psíquica algo distinto a ella misma, lo cierto es que en la práctica judicial no faltaron los casos en los que se ignoró tal ingrediente, llegando a diferenciar la tortura de otros punibles como las lesiones, con circunstancias que no los diferenciaban, como el elemento con que fueron causadas éstas.

Por ello, de trascendental importancia resulta el elemento subjetivo que se incluyó en la descripción típica de la tortura del ahora artículo 178 del C. P., cuando informa que los dolores o sufrimientos psíquicos o físicos que el agente causa a la víctima deben aparecer motivados por un fin consistente en obtener información o confesión de la víctima, castigarla, intimidarla o coaccionarla, poniendo fin a la errada interpretación que se venía presentando.

Por último, frente a la tortura, debemos recordar que el legislador ha considerado que este delito, a pesar de ser pluriofensivo, debe lesionar o poner en peligro la libertad por vía de la autonomía personal, lo que supone que para concretar la antijuridicidad material debe aparecer prueba

de la lesión o puesta en peligro de la autonomía. Así, si se demuestra que el autor realizó los actos de tortura, pero la víctima no determinó su voluntad a la del torturador, no podrá hablarse de este punible.

Como dijimos, se incluye en este capítulo, y por primera vez en la legislación colombiana, el, lamentablemente muy frecuente, desplazamiento forzado de personas, que de manera sencilla consiste en lograr el cambio de residencia de una o varias personas de un mismo sector de población mediante cualquier tipo de coacción, excluyéndose la posibilidad de adecuación a este tipo del desplazamiento que hace el Estado por razones militares o buscando la protección de la población desplazada.

Se trata pues de un constreñimiento especial respecto del previsto en el artículo 182 del C. P., pues el del 180 específicamente se refiere al constreñimiento para desplazar, por lo que no concursa con aquel.

Nos parece que acertó el legislador al situarlo bajo la rúbrica de delitos contra la autonomía personal, en tanto nos encontramos frente a una conducta que, si bien no coarta la libertad corporal, la determina, afectando concretamente la autonomía como derecho de autodeterminación del comportamiento, obligando a la víctima a hacer algo que no quiere, como es dejar su sitio de residencia.

Surge como válida la pregunta sobre el dolo de la figura, en tanto, en muchas ocasiones, si no en la mayoría, en que se presenta desplazamiento forzado como consecuencia de enfrentamientos de grupos armados, el propósito directo no es el desplazamiento de la población; aunado al hecho de que el tipo exige que el cambio de residencia sea producto de actividades arbitrarias, violentas o coactivas, lo que supondría acción directamente dirigida a desplazar. Creemos que en estos eventos estamos también en presencia de un desplazamiento forzado imputable a título de dolo eventual, en tanto que el resultado es previsible y el autor del enfrentamiento muestra indiferencia frente al resultado. Es decir, cuando hay un enfrentamiento constante, o la situación de violencia generada por el agente es tal que obliga al desplazamiento de la población, aun cuando el agente no lo pretenda, estaremos en presencia de

la conducta típica, por ser previsible su acontecer e indiferente el agente.

Aparece obvio, por otro lado, que el delito no haga referencia exclusivamente a que el desplazamiento sea producto de enfrentamientos de grupos armados, pues es perfectamente posible que el agente realice o intente realizar el hecho motivado por circunstancias distintas al conflicto interno o la violencia generalizada, como son, por ejemplo, razones económicas, políticas, raciales, etc. De hecho, el delito al que nos referimos es distinto al que se genera como consecuencia del conflicto armado como tal, pues para éste último existe tipicidad especial consagrada en el artículo 159 del C. P.

Por su parte, del constreñimiento ilegal debemos manifestar que se trata de un tipo penal subsidiario por naturaleza, en la medida que solo se adecuará una conducta a su definición, en tanto no se adecue a otro tipo específicamente; pues, cuando es de la esencia del tipo que el autor de alguna manera coarte la autonomía de la víctima, como suele ocurrir con todos los delitos que exigen alguna manifestación de fuerza contra el sujeto pasivo, como la extorsión, el hurto con violencia y, con mayor razón, el constreñimiento para delinquir del artículo 184 C. P., que también es subsidiario, es a estos tipos y no al del 182 que la conducta se adecua. Aquí también debemos ser enfáticos en afirmar que la determinación como grado de participación es especial frente al constreñimiento ilegal o para delinquir, por lo que en los eventos en que se presente ésta no habrá concurso con el delito contra la autonomía y solo se responderá por la determinación. Pero, si ello es así ¿cuándo hay constreñimiento para delinquir y cuándo determinación por coacción? Creemos que en todos los eventos en que haya por lo menos un principio de ejecución del delito determinado hay determinación y se excluye el constreñimiento, luego solo habrá delito contra la autonomía, en estos casos, cuando haya constreñimiento para delinquir y no se agote el delito por el que se determinó la autonomía del determinado.

Suele afirmarse, incluso por la jurisprudencia, que los actos que obligan a la víctima deben ser idóneos para determinar su voluntad, lo que aparece apenas obvio. Sin embargo, esta afirmación no puede confundirse con la objetividad de los

actos para constreñir, pues la evaluación de los mismos debe hacerse en cada caso concreto. Nos explicamos con un ejemplo: objetivamente, la amenaza de hacer brujería no sería suficiente para constreñir, pero es posible que el autor de la conducta, dado el especial conocimiento que tiene de la víctima, logre condicionar su autonomía hasta el punto que, por medio de actos de esa naturaleza, llegue a consumar e incluso a agotar el delito. Así las cosas, tanto en el constreñimiento ilegal como en el que se ejerce para que la víctima delinca la fuerza que se utiliza para que la última actúe puede ser moral o física, y poco o nada importa la consideración objetiva de la misma, siempre que haya incidido en la voluntad del constreñido.

Para terminar el capítulo, el Código incluye la fraudulenta internación en asilo, clínica o establecimiento similar; la inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, y el tráfico de personas, como conductas atentatorias de la autonomía personal.

Del primero vale la pena recordar que en las discusiones de la comisión redactora del que fuera el Código de 1980 se discutió si la fraudulenta internación en clínica era una forma específica de secuestro, discusiones que llevaron a los comisionados a considerar la tipicidad de la conducta como figura autónoma, amparándose en el argumento de evitar a futuro una incorrecta interpretación de la misma como analogía en contra del reo, reduciéndole la pena frente al secuestro y situándola como delito contra la autonomía personal, sin dar más explicación.

De la inseminación o transferencia de óvulo no consentidas es de destacar que se incluye en el tipo lo que tiene que ver con la transferencia del óvulo fecundado, que no estaba tipificada, situando el derecho penal a la par de los avances científicos, y que se suprime el agravante punitivo que se daba al autor cuando la víctima era mujer casada, lo que carecía de lógica y violaba el principio de igualdad.

Por su parte, el delito de tráfico de personas fue reformado recientemente por la Ley 747 del 19 de julio de 2002, que derogó la trata de personas a que se refería el tipo penal del artículo 215 del C. P. de 2000 en los delitos contra la libertad sexual, para incluirla dentro del tipo penal del artículo 188 del C. P., y ampliando su redacción para dar

cabida a otras formas de realizar el mismo comportamiento, e incluyendo un artículo nuevo en el que se contemplan circunstancias de agravación para este punible{690}.

Por último, en cuatro capítulos se regula lo concerniente: a afectaciones a la libertad de trabajo y asociación, con lo que se pretende poner freno a las conductas de quienes, para presionar a los patronos, evitan con violencia o engaño que otros desarrollen sus actividades laborales, o de quienes cercenan los derechos sindicales; a la intimidad, con la pretensión de evitar que las comunicaciones y espacios privados sean interferidos sin legitimidad, y a la libertad de cultos garantizada por la Constitución, dentro de la cual se incluye, a la fuerza, el irrespeto a cadáveres.

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

Delitos contra el patrimonio económico

PRESENTACIÓN

En materia de delitos patrimoniales las modificaciones en el nuevo Código Penal no son muchas, dado que sólo se crean cuatro figuras delictivas: la defraudación de fluidos, la utilización indebida de información privilegiada, el acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones –hoy prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones–, y la gestión indebida de recursos sociales –hoy prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones–; las cuales en su mayoría no eran atípicas de cara al ordenamiento penal anterior, puesto que la defraudación de fluidos y el acceso ilegal o prestación ilegal de servicios de telecomunicaciones bien podían ser cobijadas por tipos legales patrimoniales como el hurto o la estafa, en tanto que la gestión indebida de recursos sociales de modo difícil encontraba adecuación en el pasado régimen; este último delito ha debido ubicarse bajo la égida de los delitos contra los intereses colectivos o supraindividuales y no de los individuales, no sólo por tratarse de un sujeto pasivo colectivo (razones de técnica legislativa), sino también para facilitar la intervención del actor popular en procura del restablecimiento del derecho (razones de conveniencia).

I. EL BIEN JURÍDICO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

La tutela penal mediante la tipicidad de los delitos contra el patrimonio económico no recae sólo sobre bienes sino sobre las relaciones posesorias y, en concreto, sobre la universalidad de los bienes, que incluye los derechos subjetivos que se tengan sobre aquellos y aún las meras expectativas de contenido patrimonial. Los bienes sólo son

el objeto de tal relación, y en lo penal son el objeto material de esta especial delincuencia.

El bien jurídico en los delitos contra el patrimonio económico es el conjunto de relaciones posesorias legítimas.

– Se trata de la relación del hombre con las cosas, servicios o derechos con significado económico, la cual debe ser material y voluntaria.

Material, porque debe existir: un contacto físico entre el bien y el sujeto titular de tal relación, o la titularidad de un derecho que le pueda reportar beneficio o ventaja de carácter patrimonial, los cuales se ponen en peligro en delitos como el de utilización indebida de información privilegiada, o la titularidad de una expectativa que se frustra en delitos como los de alzamiento de bienes y disposición de bien propio gravado con prenda, en los cuales el agente malogra un recaudo del acreedor. Pudiera decirse que en estos casos concretos no hay relación posesoria porque no hay cosa sobre la cual se ejerza esta materialidad, pero aquélla versa sobre un derecho de propiedad que se defrauda cuando, por ejemplo, el empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada divulga información, o el deudor se alza con los bienes o dispone del gravado con prenda sin tenencia del acreedor, en los cuales se frustra una expectativa de prestación de carácter patrimonial cuya satisfacción aguarda el titular de la relación. Esto significa que la relación material no es sólo sobre bienes sino también sobre las cosas incorporales que son los derechos de diversa índole.

Voluntaria, porque de parte del sujeto que tiene tal proximidad espacial debe haber iniciativa en el sentido de querer dicha relación.

– A la relación posesoria se le asignan los siguientes supuestos: 1. El contacto material y voluntario del hombre con la cosa; 2. El sujeto, y 3. El objeto{691}.

Debe haber un contacto material y voluntario, porque se requiere que el hombre ejerza la dominación de hecho, es decir la potestad efectiva, la cual debe ser voluntaria, porque la relación no es del todo material, debido a que

lleva implícito el elemento intencional, que le confiere el actual señorío. La relación puede ser de simple conservación (la del depositario), de uso (la del arrendatario), de goce (la del usufructuario) y de disposición (la del propietario).

El segundo supuesto indica que en toda relación debe existir un sujeto, quien es el titular de la misma.

El tercer elemento consiste en la cosa sobre la cual se cumple por parte del sujeto la dominación de hecho; comprende también los derechos subjetivos.

– La relación posesoria debe ser legítima, porque no basta una relación sólo fáctica y voluntaria con la cosa, sino que se requiere que sea tutelada por el ordenamiento jurídico. Está comprendida por la posesión, las deudas y obligaciones. Se descartan los supuestos de posesión antijurídica, dado que la cosa poseída de manera antijurídica forma parte del patrimonio de quien fue despojado de manera injusta. La legitimidad la da la pureza del origen de tal relación, pues el derecho penal no puede salir en defensa de una relación ilegítima.

II. EL OBJETO MATERIAL EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

En el ámbito de los delitos contra el patrimonio económico el objeto material es por lo general real, y de manera excepcional es fenomenológico; se descarta el personal en razón de la naturaleza de la relación que se protege, pues el patrimonio sólo versa sobre bienes.

El objeto material está configurado de forma singular en aquellos delitos en los cuales la calidad del bien (mueble o inmueble) se menciona en el tipo penal, y a este grupo pertenece la mayoría de los delitos. Con todo, existen tipos penales que no individualizan el objeto material, por lo cual

puede recaer el comportamiento sobre cualquier elemento de contenido patrimonial.

El objeto material en los diferentes tipos penales patrimoniales se señala así:

a. El objeto material es por exclusividad cosa mueble en los delitos de hurto, abuso de confianza, sustracción de bien propio y disposición de bien propio gravado con prenda.

b. Se exige objeto material inmueble en los delitos de usurpación. En el concepto de inmueble quedan comprendidas las aguas públicas y privadas (art. 262 C. P.). Son aguas públicas los ríos y las que corren por cauces naturales (art. 677 C. C.); aguas privadas son las que nacen o mueren dentro de una misma heredad (ídem) y las que corren por un cauce artificial construido a expensa ajena (art. 895 ibíd.).

c. Existen tipos penales que sólo utilizan las expresiones "bien" o "bienes", como en los de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, alzamiento de bienes y daño en bien ajeno, en los cuales el objeto material puede ser mueble o inmueble.

d. El objeto material es fenomenológico en el delito de abuso de condiciones de inferioridad, porque se concreta la acción en la realización por parte del sujeto pasivo de un acto capaz de producir efectos jurídicos que lo perjudiquen. El objeto material puede consistir en un contrato, verbigracia promesa de contrato, compraventa, donación, etc.

En el delito de prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones el objeto material también es fenomenológico, porque lo constituye el servicio de telefonía móvil, el servicio de telefonía pública básica local, local extendida o de larga distancia, la red o cualquiera de los servicios de telecomunicaciones definidos en las normas vigentes.

e. En el delito de fraude mediante cheque es difícil precisar el objeto material. No puede decirse que lo es el cheque, porque este no es el objeto de la relación posesoria sino el

documento que tiene incorporado el derecho. El objeto material es la cosa o el servicio objeto de la disposición o prestación que se constituyó en la causa de la emisión o transferencia.

f. El tipo penal de la extorsión no señala el objeto material. Lo es la cosa, servicio, utilidad o derecho de contenido económico respecto de los cuales el sujeto pasivo realiza el comportamiento de hacer, tolerar u omitir.

III. EL SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Por la calidad del sujeto activo en los delitos patrimoniales, existen tipos penales que señalan de manera expresa una condición personal en el mismo, como la de no comerciante en el de alzamiento de bienes, dueño en la sustracción de bien propio y tutor o curador en la malversación y dilapidación; así mismo, hay otros tipos en los cuales tal exigencia es tácita, como en el de fraude mediante emisión de cheque, el que sólo puede ser ejecutado por quien ha celebrado con el banco contrato de cuenta corriente, pues si el girador carece de tal condición no incurre en este delito sino en otro, por ejemplo, falsedad documental y / o estafa.

Cualquiera puede ser sujeto activo en los delitos de hurto, extorsión, estafa, abuso de condiciones de inferioridad, aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, usurpación, daño en bien ajeno y alzamiento de bienes. Sin embargo, en relación con el tipo penal de hurto debe aclararse que cuando es entre condueños (art. 242.2) la norma exige la calidad de socio, copropietario, comunero o heredero en el sujeto agente.

En el abuso de confianza también se reclama de manera tácita una calidad en el sujeto activo, pues éste debe ser mero tenedor.

En la sustracción de bien propio sólo incurre quien tenga la calidad de “dueño”; término que no debe ser interpretado en el sentido restringido del Código Civil, porque comprende también al poseedor.

En el delito de disposición de bien propio gravado con prenda el sujeto activo es el deudor prendario, o sea quien ha gravado con prenda sin tenencia del acreedor el bien o los bienes para garantizar el pago de su deuda.

Es cualificado el sujeto agente en el delito de malversación y dilapidación de bienes, porque el delito sólo puede ser realizado por el tutor y el curador, cargos definidos por el artículo 428 del Código Civil.

Se exige cualificación del sujeto agente para el delito de utilización indebida de información privilegiada, porque sólo es autor el empleado o directivo o miembro de junta u órgano de administración de cualquier entidad privada; si la junta u organismo de administración es de entidad pública, no se tipifica este delito sino el de utilización indebida de información oficial privilegiada, el cual es un delito contra la administración pública. También incurre en este delito quien por razón de su profesión u oficio realice la conducta descrita en el tipo.

Las otras tres figuras delictivas patrimoniales nuevas (defraudación de fluidos, acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicación y gestión indebida de recursos sociales) no tienen sujeto activo cualificado y pueden ser realizadas por cualquier persona.

IV. EL SUJETO PASIVO EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

Es sujeto pasivo en los delitos contra el patrimonio económico el titular de la relación posesoria lesionada o puesta en peligro mediante la conducta del sujeto agente.

En materia de delitos contra el patrimonio económico el sujeto pasivo es en esencia singular. Sin embargo, en algunos eventos resultan damnificadas varias personas con el acto de desposesión o destrucción. Así, si la cosa pertenece a varios dueños cada uno de estos es sujeto pasivo del respectivo hecho punible.

En el delito de hurto es sujeto pasivo el dueño, poseedor o mero tenedor de la cosa mueble materia del apoderamiento.

En el delito de extorsión el sujeto pasivo es el titular del derecho patrimonial que se vulnera mediante el comportamiento de hacer, tolerar u omitir algo en razón del acto de constreñimiento cumplido por el sujeto activo.

En el fraude mediante cheque el sujeto pasivo lo es tanto el primer beneficiario del título valor como la persona que luego lo reciba por vía del endoso.

En el abuso de confianza el sujeto pasivo es el propietario o poseedor. Se descarta al mero tenedor, porque éste es el sujeto activo del hecho punible.

En el abuso de condiciones de inferioridad es sujeto pasivo quien realice el acto capaz de producir efectos jurídicos perjudiciales.

En el delito de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito el sujeto pasivo es el dueño, poseedor o tenedor de la cosa.

En el alzamiento de bienes el sujeto pasivo es el titular de derechos de acreencia. Basta tener la condición de acreedor para convertirse en tal sujeto.

En la sustracción de bien propio el sujeto pasivo también tiene una cualificación jurídica reclamada por el tipo penal, ya que debe ser mero tenedor de la cosa sustraída, pues así debe entenderse la expresión “quien lo tenga legítimamente en su poder”.

En relación con el hecho punible de disposición de bien propio gravado con prenda, el sujeto pasivo es el acreedor prendario que no conserve la tenencia de la cosa.

En el delito de daño en bien ajeno es sujeto pasivo tanto el propietario o poseedor como el mero tenedor.

En el delito de defraudación de fluidos el sujeto pasivo es el dueño o poseedor de la fuente de energía eléctrica, agua, gas natural o señal de telecomunicaciones.

En la prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica dueña o poseedora de los servicios mencionados por el tipo penal.

En la utilización indebida de información privilegiada el sujeto pasivo es la persona natural o jurídica dueña de la entidad privada.

En la malversación y dilapidación de bienes el sujeto pasivo lo es el pupilo (art. 436 C. C.).

En la gestión indebida de recursos sociales el sujeto pasivo es la persona que entrega el dinero a quien no está autorizado para recibirlo, si se trata de la captación indebida; pues si la modalidad es la de no ejecución debida de los recursos el sujeto pasivo es la comunidad, sin que esto sea óbice para que se tengan como perjudicadas las personas que entregaron los dineros a quien no podía captarlos.

V. LA CONDUCTA EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

A. HURTO

I. TIPO BÁSICO

Dice el artículo 239 del Código Penal:

El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años...

La conducta en el delito de hurto se realiza cuando el sujeto activo obtiene en forma ilegal la relación posesoria, al sacar la cosa de la esfera de dominio del sujeto pasivo y llevarla a la suya. Es una operación material porque es un comportamiento de acción que puede cumplir el mismo agente en forma directa (propia manus) o por interpuesta persona (longa manus).

Varias teorías se han disputado el precisar el momento consumativo del apoderamiento que tipifica el delito de hurto, las cuales van desde el simple tocamiento de la cosa (la aprehensio rei) hasta el aseguramiento y aprovechamiento de la misma (la locupletatio), no sin antes pasar por las de la remoción de la cosa del lugar en que se encuentre (la amotio), la sustracción de la cosa de la esfera de actividad o de dominio del titular de la relación posesoria (la ablatio) y la de trasladar la cosa a un lugar seguro (la illatio).

Las anteriores tesis son las tradicionales, las cuales no explican con suficiencia el concepto de apoderamiento. Por ello se ha elaborado la llamada teoría de la disponibilidad, consistente, según SOLER , en “la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre la cosa actos dispositivos, posibilidad de la que se carecía antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona, fuese poseedor o simple tenedor”{692}.

Conforme a esta teoría, el delito de hurto se consuma cuando el sujeto agente ejecuta el desplazamiento de la cosa a su ámbito de poder, con lo cual destruye de hecho la relación posesoria del sujeto pasivo y establece una nueva de contenido fáctico.

El concepto de este doctrinante corresponde al sentido gramatical de la expresión “disponibilidad”, razón por la cual se considera que es esta la teoría que tiene aplicación frente a nuestra normatividad. Así lo acepta la Corte Suprema de Justicia en sentencia de casación del 6 de octubre de 1993.

La noción de esfera de poder no es temporo-espacial sino jurídica. No es cronológica, porque no se puede cuantificar el tiempo durante el cual el agente ha de disfrutar de la disponibilidad; en efecto, esta puede ser efímera o prolongada. No es medible tampoco de manera espacial, porque no es posible señalar en términos geométricos el campo en el cual el sujeto pasivo del hecho ejerce el dominio sobre la cosa.

La noción de esfera de poder es jurídica, porque la conforma el campo de influencia de las relaciones patrimoniales de la víctima y del agente, relaciones estas que guardan secuencias sin existir de manera simultánea. En efecto, existe un desapoderamiento y un correlativo apoderamiento. El primero se da cuando el sujeto pasivo pierde el poder de ejercicio de la relación posesoria y el segundo cuando la cosa ingresa al radio de disponibilidad del sujeto activo. Por tal razón, no es viable la teoría del desapoderamiento, según la cual el hurto se consuma cuando el delincuente priva a otro de la posesión material de la cosa, es decir cuando le impide a la víctima portarla o conducirla{693}.

Este concepto vale tanto para el tipo básico como para los tipos subordinados (derivados), ya sean de agravación o de atenuación (subtipos penales de agravación y privilegiados).

Los actos anteriores al inicio de la violación de la esfera de custodia sólo se reputarán como preparatorios; vigilar la casa en espera de que sus ocupantes la abandonen para penetrar y sacar los objetos no es acto de ejecución. Sin embargo, constituye acto de ejecución la superación de los medios privados de defensa colocados por el sujeto pasivo, tales como muros, puertas, etc., aun cuando el sujeto agente no haya logrado aprehender la cosa, porque a partir de tal rebasar el bien jurídico empieza a correr peligro{694}.

Los medios para cumplir el apoderamiento son variados. El sujeto activo puede ejecutar su comportamiento de manera directa al tomar la cosa con sus manos o por medios mecánicos (ejemplo, con una trampa para atrapar animales ajenos) o con la utilización de animales amaestrados (perros, simios, por ejemplo) o el empleo de otra persona, como en el caso de la autoría mediata.

2. SUBTIPOS PRIVILEGIADOS DE HURTO (TIPOS PENALES

SUBORDINADOS DE ATENUACIÓN)

A. HURTO DE USO

Dispone el artículo 242.1 del Código Penal:

La pena será de multa cuando:

I. El apoderamiento se cometiere con el fin de hacer uso de la cosa y se restituyere en término no mayor a veinticuatro (24) horas.

Cuando la cosa se restituyere con daño o deterioro grave, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte, sin que pueda ser inferior a una (1) unidad multa...

Se trata de un tipo derivado (subordinado) privilegiado, porque participa de todos los elementos del tipo penal básico (art. 239). Los sujetos, el objeto material, la conducta

y los ingredientes son los mismos. El ingrediente subjetivo que concreta el propósito de aprovechamiento es el fin de hacer uso de la cosa.

La conducta consiste en el apoderamiento de la cosa mueble ajena. Valen para esta figura las mismas consideraciones puntualizadas en relación con el verbo rector del tipo básico; por tanto es posible la tentativa de hurto de uso.

La no restitución dentro del término señalado por la ley (24 horas) no imposibilita la admisión del delito de hurto de uso; bien puede ocurrir que tal acto no se cumpla por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto agente, por ejemplo, por fuerza mayor. Por tanto, no toda restitución hecha luego de cumplido dicho término imposibilita el reconocimiento de la atenuante.

B. HURTO ENTRE CONDUEÑOS

El artículo 242.2 del Código Penal dispone:

La pena será de multa cuando: [...]

2. La conducta se cometiere por socio, copropietario, comunero o heredero, o sobre cosa común indivisible o común divisible, excediendo su cuota parte.

Al igual que en el hurto de uso, esta figura participa de los mismos elementos del tipo penal básico, pero difiere en cuanto al sujeto activo y al elemento normativo de la ajenidad, porque se trata de un delito especial que sólo puede ser realizado a título de autor por el socio, copropietario, comunero o heredero, a quien la cosa no le es del todo ajena, dado que en parte le pertenece.

Si la cosa es común indivisible se da este subtipo privilegiado, con independencia del aporte social que en la misma tenga el autor del hecho.

Si la cosa común es divisible se dan las siguientes hipótesis:

– El autor del hecho es copropietario de una cosa común divisible y se apodera de parte de la cosa, sin exceder su cuota parte. En esta hipótesis la conducta es atípica.

– El copropietario se apodera de la cosa común divisible excediendo su cuota parte. En esta hipótesis sí incurre en delito de hurto entre condueños y la cuantía del ilícito es la que exceda el valor de sus derechos.

C. ALTERACIÓN, DESFIGURACIÓN Y SUPLANTACIÓN DE MARCAS DE GANADO

Dispone el artículo 243 del Código Penal:

Alteración, desfiguración y suplantación de marcas de ganado. El que altere, desfigure o suplante marca de ganado ajeno, o marque el que no le pertenezca, incurrirá en prisión de uno (I) a dos (2) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya otro delito.

La conducta gira alrededor de cuatro verbos rectores: alterar, desfigurar, suplantar y marcar.

Hay alteración de la marca cuando, para modificar el signo original colocado sobre el semoviente, se le cambian ciertos rasgos sin que aquél desaparezca. En la desfiguración varían por completo las líneas de la marca verdadera, al dársele una forma distinta en todo su diseño. En la

suplantación se coloca una marca sobre la original. En estos tres comportamientos se dan retoques y modificaciones a la marca inicial.

La cuarta modalidad de conducta consiste en marcar ganado que no le pertenece al sujeto activo; la conducta se concreta al colocar una marca sobre ganado no marcado o, tratándose de ganado ya marcado, al colocar el signo de identificación en parte distinta a la original.

Adquiere autonomía como delito lo que sólo es un acto preparatorio del hurto, dado que nadie realiza cualquiera de los comportamientos antes mencionados si no tiene el propósito de apoderarse de los animales que marca de manera ilícita. Si el agente, luego de marcar el ganado, comienza a desplazarlo a su esfera de poder la norma a aplicar no es este tipo especial sino el de hurto agravado (art. 241.8) (en tentativa o consumado, según el caso), porque frente a una tentativa de hurto o un hurto consumado cede paso la figura comentada.

B. LA EXTORSIÓN

El artículo 244 del Código Penal, modificado por la Ley 733 de 2002, artículo 5.°, define este delito así:

El que constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, con el propósito de obtener provecho ilícito o cualquier utilidad ilícita o beneficio ilícito, para sí o para un tercero, incurrirá en prisión de doce (12) a dieciséis (16) años y multa de seiscientos (600) a mil doscientos (1.200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

– El verbo rector de esta conducta típica es constreñir. Es un verbo transitivo, en cuanto que la actividad del sujeto activo se traslada al pasivo. Esta característica trae como

consecuencia que el tipo penal sea de resultado y no de mera conducta; de manera que si el menoscabo no se produce no puede entenderse agotado el delito. Ese resultado se concreta cuando el sujeto pasivo, plegándose a las exigencias del victimario, realiza la conducta requerida por éste.

Constreñir consiste en el empleo de violencia moral por parte del sujeto activo sobre la persona del pasivo, a fin de doblegar su voluntad para que haga, tolere u omita algo. No basta la simple amenaza, pues se requiere que la víctima pierda su libertad y se pliegue a la exigencia del victimario al hacer u omitir lo que éste le solicite.

El momento consumativo de la extorsión se da cuando el sujeto agente logra que el pasivo realice uno cualquiera de los comportamientos señalados en el tipo penal (hacer, tolerar u omitir), dotado de significado patrimonial. Si se produce el constreñimiento y por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo el delito no se llegare a agotar quedaría sólo en el campo de la tentativa.

– El delito de extorsión es pluriofensivo. Con él se lesiona no sólo el patrimonio económico sino también la autonomía personal. Decidió el legislador darle preeminencia al bien jurídico patrimonial y relegar a un segundo plano el de la libertad, razón por la cual el delito no se agota al realizarse el acto lesivo de la libertad individual.

No es necesario que el sujeto activo obtenga el provecho ilícito codiciado para que se entienda consumado el delito; pues bien puede ocurrir que el sujeto pasivo realice el comportamiento demandado, pero que el agente no logre concretar la utilidad. Sí es necesario que la víctima realice el comportamiento exigido por el sujeto activo, porque si sólo simula ejecutar lo que con constreñimiento se le demanda no se consuma el hecho punible.

– El comportamiento de hacer en la extorsión consiste en ejecutar lo exigido por el extorsionador y no cualquier otra actividad, pues éste no quiere que su víctima huya, se suicide, y menos que acuda ante la policía a invocar protección.

Se constriñe a omitir cuando se le impide al sujeto pasivo ejecutar un acto al cual tiene derecho, como cobrar una deuda, por ejemplo.

Se constriñe a tolerar cuando a la persona se le obliga a que de forma pasiva soporte conducta desarrollada por el agente en contra de sus intereses patrimoniales.

– El constreñimiento debe representar un mal inevitable e inminente contra cualquier bien jurídico (vida, integridad personal, libertad, patrimonio económico, integridad moral, etc.), que pertenece al mismo sujeto pasivo o a un tercero cuyo daño aflige a aquél.

No se exige la certeza del daño amenazado. Bien puede ocurrir que el sujeto activo no esté dispuesto a concretar en lo fáctico el mal prometido; que su propósito sea sólo el de intimidar y lograr la ilícita desposesión. Como se ha producido el efecto sicológico deseado, porque la víctima cree que en verdad se va a causar el perjuicio, el delito se tipifica.

Si la víctima ante la amenaza ejercida en vez de plegarse a la voluntad del sujeto agente opta por prepararse para contrarrestar los efectos nocivos del daño prometido, tal actitud no enerva el contenido ilícito del constreñimiento, pues tan eficaz ha sido el medio escogido que el destinatario de la amenaza la ha creído al alistarse para salir en defensa de sus intereses{695}.

C. FRAUDE MEDIANTE CHEQUE

El artículo 248 del Código Penal dice:

Emisión y transferencia ilegal de cheque. El que emita o transfiera cheques sin tener suficiente provisión de fondos, o quien luego de emitirlo diere orden injustificada de no pago, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años, siempre

que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

La acción penal cesará por pago del cheque antes de la sentencia de primera instancia.

La emisión o transferencia de cheque posdatado o entregado en garantía no da lugar a acción penal.

No podrá iniciarse la acción penal proveniente del giro o transferencia del cheque, si hubieren transcurrido seis meses, contados a partir de la fecha de la creación del mismo, sin haber sido presentado para su pago.

La pena será de multa cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

I. LA EMISIÓN Y TRANSFERENCIA ILEGAL

Los elementos fundamentales del cheque son: a. Orden incondicional de pago; b. Que conste por escrito; c. Que sea elaborado por una persona a favor de sí misma o de otra, o al portador; d. Que esté firmado por el girador; y, e. Que el objeto de la orden de pago sea una cantidad cierta de dinero.

La conducta respecto de la emisión de cheque sin fondos suficientes se da cuando el librador crea el cheque y lo coloca en el torrente comercial.

Quien emite cheque sin tener suficiente provisión de fondos, los cuales provee de manera oportuna en el banco y éste lo

paga al ser presentado para su cobro, incurre en acción típica del mencionado hecho punible; pero en tal caso no hay lugar a acción penal porque se ha hecho el pago del cheque en la oportunidad señalada por el inciso segundo de la norma.

La transferencia de cheque emitido sin tener suficiente provisión de fondos consiste en su endoso por parte del beneficiario, con conocimiento de tal situación. En este caso puede darse una pluralidad de acciones típicas: la de quien emita el cheque y la de quien lo transfiera.

2. ORDEN INJUSTIFICADA DEL LIBRADOR

Se da esta modalidad cuando el librador del cheque luego de ponerlo en circulación lo contraordena al exigirle al librado (el banco) su no pago, sin que medie causa que lo justifique.

Los elementos de esta conducta son los siguientes: a. La emisión del cheque; b. El bloqueo del cheque; c. Que el bloqueo se haga luego de la emisión; y, d. Que el bloqueo sea injustificado.

Al igual que en la primera modalidad de conducta mencionada, es necesaria la emisión del cheque; de lo contrario la acción se torna atípica, por no haberse hecho su entrega con la intención de hacerlo negociable.

Es de la esencia de este delito que la orden de no pago del cheque se dé con posterioridad a la emisión: si el cuentacorrentista con anterioridad a la misma lo ha contraordenado la conducta puede desplazarse al tipo penal de la estafa.

Exige la norma que la orden de no pago sea injustificada, porque si la causa de la emisión del cheque fue un negocio viciado por error o fuerza, verbi gratia, le asiste al librador el derecho de bloquearlo, para evitar la concreción del daño a su patrimonio.

Las conductas mencionadas no dan lugar a acción penal cuando la emisión o transferencia se dé respecto de cheque posdatado o entregado en garantía o cuando hubieren transcurrido seis meses contados a partir de la fecha de la emisión del mismo sin haber sido presentado para su pago.

Desde luego que si se trata de cheque girado contra cuenta saldada o cancelada, así sea posdatado, puede darse el delito de estafa, dado que el de fraude mediante cheque tiene un efecto residual, en el sentido de que se aplica su pena cuando la conducta del agente no constituya otro hecho punible sancionado con una mayor.

D. ABUSO DE CONFIANZA

El artículo 249 del Código Penal define así este delito:

Abuso de confianza. El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de uno (I) a dos (2) años y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si no hubiere apropiación sino uso indebido de la cosa con perjuicio de tercero, la pena se reducirá en la mitad.

El delito de abuso de confianza consiste en la apropiación o uso indebido de una cosa mueble, por parte de quien la ha recibido a título de mera tenencia. Presenta dos modalidades: a. El abuso de confianza por apropiación, señalado en el inciso primero; y, b. El abuso de confianza por uso indebido, tipificado en el inciso tercero.

I. ABUSO DE CONFIANZA POR APROPIACIÓN

La conducta consiste en apropiarse de la cosa de la cual el sujeto agente tiene la posesión a nombre de otro (mera tenencia), o sea en incorporar al dominio del sujeto activo la cosa que es del pasivo; es convertir arbitrariamente en dominio lo que es una mera tenencia, para transformar una relación posesoria legítima (mera tenencia) en ilegítima (dominio o posesión).

El momento de consumación del abuso de confianza se da cuando el agente realiza acto de señorío cuyo ejercicio sólo le está reservado al dueño o poseedor. Esa apropiación se evidencia cuando se da una de las siguientes formas: la consunción, la enajenación o la retención.

La consunción consiste en consumir o destruir la cosa, o alterar la sustancia de la misma.

La enajenación es el traspaso de las cosas a cualquier título (venta, donación, cesión, etc.) o la constitución de gravámenes o limitaciones del derecho de dominio que sólo puede hacer el propietario o poseedor (usufructo, uso, servidumbre, prenda, etc.).

La retención radica en el hecho de quedarse el sujeto agente con la cosa al exteriorizar con actos positivos el deseo de no devolverla. Desde luego que la simple mora en entregar las cosas no constituye acto de apropiación; en este caso el mero tenedor continúa con el reconocimiento del señorío que sobre la cosa tiene el dueño o poseedor.

2. ABUSO DE CONFIANZA POR USO INDEBIDO

En esta modalidad el sujeto agente no se apropia de la cosa entregada o confiada sino que se beneficia mediante el uso de la misma.

El uso indebido se da de dos maneras:

a. Cuando el sujeto agente ha sido facultado para emplear la cosa y le da un uso que va más allá del autorizado.

b. Cuando la persona no está facultada para usar la cosa y de manera arbitraria dispone utilizarla para provecho suyo o de un tercero.

En el abuso de confianza por uso indebido es indispensable que un tercero haya recibido perjuicio, pues el simple uso no autorizado no estructura la figura en comento.

E. ABUSO DE CONDICIONES DE INFERIORIDAD

El artículo 251 del Código Penal dispone:

Abuso de condiciones de inferioridad. El que con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito y abusando de la necesidad, de la pasión o del trastorno mental de una persona, o de su inexperiencia, la induzca a realizar un acto capaz de producir efectos jurídicos que la perjudique, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años y multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si se ocasionare el perjuicio, la pena será de dos (2) a cinco (5) años de prisión y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La conducta consiste en inducir a la víctima a realizar acto capaz de producir efectos jurídicos que le sean nocivos desde el punto de vista patrimonial. Se requiere de una doble actividad: la del sujeto agente, mediante la persuasión, y la de la víctima, quien realiza el acto perjudicial para sus intereses patrimoniales. Una vez se da este concurso de actividades el delito está agotado. Si el sujeto agente induce pero el sujeto pasivo no alcanza a realizar el acto nocivo, el delito queda en el grado de tentativa.

No se requiere que se produzca el perjuicio para la víctima, pues se trata de un tipo penal de mera conducta, que se consuma cuando aquélla realiza el acto de connotación jurídica.

La ley califica los medios de comisión del hecho punible: abuso de la necesidad, pasión, trastorno mental o inexperiencia.

Para que se tipifique el delito de abuso de circunstancias de inferioridad es necesario que el sujeto activo induzca al pasivo a realizar el acto capaz de producir efectos jurídicos perjudiciales. Si aquél sólo se aprovecha de la necesidad, la pasión, el trastorno mental o la inexperiencia de la víctima, el comportamiento es atípico.

Si el sujeto utiliza artificio o engaño para inducir a error a la víctima se tipifica el delito de estafa, porque en el de abuso de condiciones de inferioridad basta el aprovechamiento de tal situación, sin que se requiera la utilización de maquinación fraudulenta orientada a inducir o mantener en error al engañado para que lleve a cabo el acto de disposición patrimonial.

F. APROVECHAMIENTO DE ERROR

AJENO O CASO FORTUITO

El artículo 252 del Código Penal dispone:

El que se apropie de bien que pertenezca a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años.

La pena será de prisión de uno (I) a dos (2) años cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La conducta está regida por el verbo rector apropiarse, que significa adueñarse, ejercer sobre la cosa una ilícita relación posesoria que le corresponde sólo al dueño o poseedor. Esa apropiación puede consistir en incorporar la cosa al patrimonio del sujeto activo o sólo en hacer uso de la misma. El sujeto agente se adueña de la cosa sin necesidad de cumplir ninguna actividad encaminada a sacarla de la esfera de poder del sujeto pasivo; el objeto llega a su poder por caso fortuito o error ajeno. El sujeto no quita, sino que se queda con la cosa sin tener derecho a ello.

En el aprovechamiento de error ajeno el sujeto activo obtiene la “posesión” de la cosa porque otra persona se la ha entregado de manera equivocada, al creer que aquél tiene derecho a recibirla.

En el caso fortuito el sujeto agente entra en “posesión” de la cosa a causa del azar o de un acontecer natural y no porque otro le haya facilitado el contacto material.

G. ALZAMIENTO DE BIENES

Este delito lo contempla el artículo 253 del Código Penal, así:

Alzamiento de bienes. El que alzare con sus bienes o los ocultare o cometiere cualquier otro fraude para perjudicar a su acreedor, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años y multa de diez (10) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Es un tipo penal alternativo, porque la acción que tipifica el hecho punible puede realizarse de varias formas: mediante alzamiento u ocultamiento de los bienes o a través de cualquier otro fraude realizado por el sujeto activo. Consiste la acción en colocarse el agente de manera dolosa en situación de insolvencia para no cumplir con sus obligaciones, de forma real o aparente, total o parcial.

Los verbos rectores son alzar, ocultar y cometer.

Alzarse con los bienes significa llevárselos consigo o hacerlos desaparecer. Ocultar los bienes es esconderlos a la vista del acreedor. En últimas, cualquier clase de fraude es idóneo para ejecutar el delito, siempre y cuando se oriente a frustrar la garantía del pago de la obligación.

Se da el alzamiento de bienes cuando el agente destruye los de su propiedad o celebra contratos simulados, tales como compraventa o arrendamiento, para burlar la efectividad de alguna acción judicial, o contrae obligaciones que disminuyen de manera considerable el patrimonio, o aumenta de manera ficticia el pasivo, o hace desaparecer los bienes sirviéndose de medios judiciales (procesos ejecutivos por obligaciones simuladas), etc.

H.SUSTRACCIÓN DE BIEN PROPIO

El artículo 254 del Código Penal describe este delito así:

Sustracción de bien propio. El dueño de bien mueble que lo sustraiga de quien lo tenga legítimamente en su poder, con perjuicio de éste o de tercero, incurrirá en multa.

La conducta de esta figura, conocida en el derecho penal argentino con la denominación de “hurto impropio”, se rige por el verbo rector sustraer, que significa sacar la cosa de la esfera de poder del tenedor legítimo; es decir despojar al tenedor del uso de la cosa. Por consiguiente, se consuma de la misma manera que el hurto.

La diferencia entre el delito de hurto y el de sustracción de bien propio estriba en que en aquél el sujeto activo es indeterminado, mientras que en éste es cualificado, debido a que debe ser realizado por el “dueño”, es decir el propietario o poseedor.

Se consuma la conducta cuando el autor (propietario o poseedor) arrebata la cosa al tenedor legítimo, mediante la utilización de cualquier medio, incluso la violencia (física o moral).

I. DISPOSICIÓN DE BIEN PROPIO GRAVADO CON PRENDA

El artículo 255 del Código Penal describe este delito así:

Disposición de bien propio gravado con prenda. El deudor que con perjuicio del acreedor, abandone, oculte, transforme, enajene o por cualquier otro medio disponga de

bien que hubiere gravado con prenda y cuya tenencia conservare, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La conducta gira en torno a cinco verbos rectores: abandonar, ocultar, transformar, enajenar y disponer.

Abandonar significa renunciar a la titularidad del derecho de propiedad que se tiene sobre la cosa, al dejarla tirada para que otro la adquiera por ocupación, aunque nadie se adueñe de ella. Ocultar es esconder la cosa a los ojos del acreedor prendario. Transformar consiste en darle a la cosa una presentación diversa, que dificulte su reconocimiento e identificación por parte del acreedor. Enajenar significa traspasar a otro el derecho de dominio que se tiene sobre la cosa. Disponer es cumplir cualquier acto de señorío sobre la cosa, diferente al de transferir el dominio.

Si el deudor prendario calla sobre la limitación del dominio y con desconocimiento de tal situación la adquiere el comprador, además de este delito puede darse también el de estafa, si se causa perjuicio al comprador engañado.

J. DEFRAUDACIÓN DE FLUIDOS

Dispone el artículo 256 del Código Penal:

Defraudación de fluidos. El que mediante cualquier mecanismo clandestino o alterando los sistemas de control o aparatos contadores, se apropie de energía eléctrica, agua, gas natural, o señal de telecomunicaciones, en perjuicio ajeno, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años y en multa de uno (I) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Este delito señala como verbo rector el de “apropiarse”, conducta que se puede realizar mediante el empleo de mecanismos clandestinos como la instalación de hilos conductores de fluido eléctrico, tubería para la conducción de agua o gas natural y de antenas parabólicas para la apropiación de señales de telecomunicaciones, por ejemplo; también se incurre en este delito mediante la alteración de sistemas de control o aparatos contadores.

En el Código de 1980 la utilización de mecanismos clandestinos para la apropiación de energía eléctrica, agua o gas natural quedaba cobijada por el tipo penal de hurto, pues se había aceptado que aquellos son cosas para los efectos del derecho penal, que admiten el apoderamiento; la alteración de los sistemas de control y aparatos de contador tipificaba el delito de estafa.

K. DE LA PRESTACIÓN, ACCESO Y USO ILEGALES DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

El artículo 6.° de la Ley 422 de 1998, con una redacción casi similar a la del artículo 257 del nuevo Código Penal, tipificó el delito de acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-739 del 22 de junio de 2000, al decidir sobre la constitucionalidad del citado artículo 6.° de la Ley 422 de 1998, dispuso:

Declarar exequible el artículo 6.° de la Ley 422 de 1998, salvo los segmentos “u otro servicio de telecomunicaciones”, “o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados” de su primer inciso, que se declaran inexequibles.

Así mismo se declaran inexequibles los incisos segundo y tercero de este artículo que dicen así:

La pena anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, para quien hubiese explotado comercialmente por sí o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados.

Igual aumento de pena sufrirá quien facilite a terceras personas el acceso, uso ilegítimo o prestación no autorizada del servicio de que trata este artículo.

Poco más de un mes después se expide el nuevo Código Penal, y en su artículo 257 describe el delito comentado así:

Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use el servicio de telefonía móvil celular u otro servicio de comunicaciones mediante la copia o reproducción no autorizada por la autoridad competente de señales de identificación de equipos terminales de éstos servicios, derivaciones, o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas, o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, para quien hubiese explotado comercialmente por sí

o por interpuesta persona, dicho acceso, uso o prestación de servicios de telecomunicaciones no autorizados.

Igual aumento de pena sufrirá quien facilite a terceras personas el acceso, uso ilegítimo o prestación no autorizada del servicio de que trata este artículo.

Significa que esta disposición penal surgió a la vida jurídica con apartes declarados inexequibles, por lo cual la redacción definitiva del tipo penal debía ser la siguiente:

Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones. El que acceda o use el servicio de telefonía móvil celular mediante la copia o reproducción no autorizada por la autoridad competente de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, derivaciones, o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El artículo I de la Ley 1032 de 2006, modifica el artículo 257 del Código Penal, que ha quedado así:

De la prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones. El que, sin la correspondiente autorización de la autoridad competente, preste, acceda o use servicio de telefonía móvil, con ánimo de lucro, mediante copia o reproducción de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios, o sus derivaciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a diez (10) años y en multa

de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En las mismas penas incurrirá el que, sin la correspondiente autorización, preste, comercialice, acceda o use el servicio de telefonía pública básica local, local extendida o de larga distancia, con ánimo de lucro.

Iguales penas se impondrán a quien, sin la correspondiente autorización, acceda, preste, comercialice, acceda o use red, o cualquiera de los servicios de telecomunicaciones definidos en las normas vigentes.

Par. I. No incurrirán en las conductas tipificadas en el presente artículo quienes en virtud de un contrato con un operador autorizado comercialicen servicios de telecomunicaciones.

Par. 2. Las conductas señaladas en el presente artículo, serán investigables de oficio.

Mediante este delito se sancionan conductas cuyos objetos materiales son el servicio de telefonía móvil o celular, el servicio de telefonía pública básica local, local extendida o de larga distancia, y cualquiera de los servicios de telecomunicaciones diferentes de los anteriores definidos en la normatividad vigente.

a. La conducta que atente contra el servicio de telefonía móvil o celular está regida por tres verbos: acceder, prestar o usar.

– La primera modalidad consiste en tener acceso al servicio de telefonía móvil mediante la elaboración de copia o

reproducción no autorizada por la autoridad competente de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios o de sus derivaciones; por ejemplo, a través del duplicado celular o la clonación, que consiste en crear un duplicado de un aparato celular al copiar las informaciones del número de identificación primario (MIN) y el número de identificación electrónico (ESN) en un chip electrónico virgen, implantándolo en otro aparato celular.

– La segunda forma estriba en ofrecer, facilitar, procurar o suministrar el servicio antes relacionado, al cual se ha accedido de manera ilícita por otro sujeto agente o por el mismo mediante copia o reproducción de señales de identificación de equipos terminales de estos servicios.

– La tercera modalidad se da cuando se emplea el referido servicio al que se ha accedido por el mismo sujeto que realiza aquella conducta o por un tercero mediante copia o reproducción.

b. La conducta lesiva del servicio de telefonía pública básica local, local extendida o de larga distancia está regida por los mismos verbos (acceder, prestar y usar) y el de comercializar, conducta que es típica si la persona que la realiza no tiene la correspondiente autorización.

No toda conducta que tenga como objeto los servicios de telefonía pública básica local, local extendida o de larga distancia es cobijada por el tipo penal del delito de prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, dado que existen otros comportamientos fraudulentos que no se subsumen en aquél, pero que pueden ser desplazados a otros delitos patrimoniales (como el de estafa, por ejemplo), como en los casos de: a. procedimientos encaminados a reducir las llamadas por pagar o alteraciones deliberadas de los enrutamientos de tránsito o cuantificación del tránsito en distintos multiportadores, para favorecer al corresponsal; b. modificación de comandos de horarios reducidos, la creación de códigos de acceso no autorizados o inexistentes a destinos predeterminados para ser utilizados por beneficiarios ilegales, cambios en la categoría del abonado de números vacantes en beneficio de terceros, alteración en la programación de rutas alternativas para tránsitos conmutados; y, c. modificación de los programas de

facturación en beneficio de determinados clientes. Dentro de este catálogo de fraudes se encuentra la transferencia de llamada internacional, que permite programar el servicio de transferencia a un abonado internacional como si se tratara de una línea local.

c. También se tipifica el delito de prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones cuando el autor, no autorizado para ello, lleva a cabo conducta de acceder, prestar, usar o comercializar red o cualquiera de los servicios de telecomunicaciones definidos en las normas vigentes. Las conductas son las mismas que describen las modalidades antes referidas; la diferencia está en el objeto material, porque éste ha de consistir en los servicios de telecomunicaciones diferentes a los de telefonía móvil o de telefonía pública básica local, local extendida o de larga distancia, definidos en el ordenamiento jurídico.

L. UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

Dispone el artículo 258 del estatuto penal:

Utilización indebida de información privilegiada. El que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de su cargo o función y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa.

En la misma pena incurrirá el que utilice información conocida por razón de su profesión u oficio, para obtener para sí o para un tercero, provecho mediante la negociación de determinada acción, valor o instrumento registrado en el

registro nacional de valores, siempre que dicha información no sea de conocimiento público.

La conducta en el delito de utilización indebida de información privilegiada está dada por la expresión verbal “hacer uso”, que consiste en emplear o divulgar la información obtenida: a. Por razón del desempeño o cargo de directivo o miembro de junta u órgano de administración de cualquier entidad privada, la cual puede ser persona jurídica, de hecho o natural, o b. Por razón de la profesión u oficio, como un ingeniero de sistemas o un abogado, por ejemplo,

La divulgación puede hacerse de cualquier manera (verbal, escrita, por correo electrónico, etc.); lo importante es que la misma ya no sea de conocimiento público.

M. MALVERSACIÓN Y DILAPIDACIÓN DE BIENES

El artículo 259 del Código Penal manda:

Malversación y dilapidación de bienes. El que malverse o dilapide los bienes que administre en ejercicio de tutela o curatela, incurrirá en prisión de uno (I) a dos (2) años, siempre que la conducta no constituya otro delito.

Este delito se rige por los verbos rectores “malversar” y “dilapidar”. Malversar, según el diccionario de la Real Academia, es “Invertir ilícitamente los caudales públicos o equiparados a ellos, en usos distintos de aquellos para que están destinados”; dilapidar es “Malgastar los bienes propios, o los que uno tiene a su cargo”.

Estas conductas se dan cuando el sujeto agente malgasta, disipa o derrocha los bienes del sujeto pasivo (pupilo), por ejemplo, a través de inversiones que reportan pérdida, de gastos innecesarios o suntuosos, siempre y cuando no implique apropiación de los mismos por parte del sujeto activo, porque en este caso se tipifica el delito de abuso de confianza, agravado por tratarse de una función confiada por autoridad pública.

N. GESTIÓN INDEBIDA DE RECURSOS SOCIALES

Dispone el artículo 260 del estatuto penal:

Gestión indebida de recursos sociales. El que con el propósito de adelantar o gestionar proyectos de interés cívico, sindical, comunitario, juvenil, benéfico o de utilidad común no gubernamental, capte dineros sin el lleno de los requisitos señalados en la ley para tal efecto, o no ejecute los recursos recaudados conforme a lo señalado previamente en el respectivo proyecto, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años.

Este tipo penal está regido por los verbos “captar” y “ejecutar”.

Hay captación indebida cuando el sujeto activo, sin autorización legal y sin el lleno de los requisitos señalados por la ley, recibe dineros con el propósito de adelantar proyectos de interés cívico, sindical, comunitario, juvenil, de beneficio o de utilidad común no gubernamental. El fin de protección que busca la norma permite concluir que debiera estar ubicada en los delitos contra el orden económico social, dado que, como se requiere el menoscabo o por lo menos la puesta en peligro de relaciones posesorias legítimas de los particulares, no es suficiente la realización del comportamiento de captación; mientras que si se tratase

de un delito contra el orden económico social, en razón de que el interés que se protege es colectivo, sí sería suficiente la ejecución de la conducta de captación para que se diere la realización del hecho punible.

La otra modalidad de comportamiento que se señala en este nuevo delito consiste en no ejecutar los recursos recaudados conforme a lo señalado en el respectivo proyecto. En este caso la captación de los recursos sociales se ha hecho de manera adecuada, pero la destinación y aplicación de los mismos no corresponde al proyecto diseñado, bien porque el sujeto le da una destinación diferente a la proyectada o porque omite dar la destinación debida. Se trata de una conducta de omisión en cuanto la persona autorizada para recibir tiene posición de garante, en el sentido de que está obligada a ejecutar los recursos recaudados conforme a lo presupuestado previamente.

O. USURPACIÓN DE TIERRAS

Dispone el artículo 261 del Código Penal:

Usurpación de tierras. El que para apropiarse en todo o en parte de bien inmueble, o para derivar provecho de él destruya, altere, o suprima los mojones o señales que fijan sus linderos, o los cambie de sitio, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La acción ha de consistir en destruir, alterar, suprimir o cambiar los mojones o señales que identifican los linderos de un predio.

Destruir es deshacer, arrasar o asolar los mojones, para evitar de esta manera la identificación de los linderos de una heredad. Alterar es modificar la demarcación para

hacer imposible o difícil su reconocimiento. Suprimir es hacer desaparecer la señal que fija los linderos de heredades diversas. Cambiar de sitio es variar la ubicación del lindero.

P. USURPACIÓN DE AGUAS

Dice el artículo 262 del Código Penal:

Usurpación de aguas. El que con el fin de conseguir para sí o para otro un provecho ilícito y en perjuicio de tercero, desvíe el curso de las aguas públicas o privadas, o impida que corran por su cauce, o las utilice en mayor cantidad de la debida, o se apropie de terrenos de lagunas, ojos de agua, aguas subterráneas y demás fuentes hídricas, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años y multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La conducta gira en torno a tres verbos rectores: desviar, impedir y utilizar. La primera forma de comportamiento consiste en darle a las vertientes que corren por cauces naturales o artificiales un curso diferente. La segunda en obstaculizar que las aguas públicas o privadas sirvan a otros predios, como cuando se construyen obras destinadas a impedir el descenso de las aguas a otra heredad, tales como una represa. La tercera eleva a la categoría de acción típica la utilización de las aguas en mayor cantidad de la debida, cualquiera que sea su destino y su forma de consumo; por ejemplo, utilizar en el riego una cantidad que excede a la necesaria.

En este tipo penal se exige la causación de un perjuicio, pues si a pesar de la realización de la acción los demás predios se sirven de las mismas aguas o de otras en forma suficiente no hay usurpación.

Q. INVASIÓN DE TIERRAS O EDIFICACIONES

El artículo 263 del Código Penal manda:

Invasión de tierras o edificaciones. El que con el propósito de obtener para sí o para un tercero provecho ilícito, invada terreno o edificación ajenos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena establecida en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad para el promotor, organizador o director de la invasión.

El mismo incremento de la pena se aplicará cuando la invasión se produzca sobre terrenos ubicados en zona rural.

Parágrafo. Las penas señaladas en los incisos precedentes se rebajarán hasta en las dos terceras partes, cuando antes de pronunciarse sentencia de primera o única instancia, cesen los actos de invasión y se produzca el desalojo total de los terrenos y edificaciones que hubieren sido invadidos.

Esta acción se rige por el verbo invadir, que consiste en la penetración arbitraria en predio o edificio ajenos con el ánimo de permanecer en los mismos de manera transitoria o definitiva. El agente ha de invadir con la finalidad de obtener provecho ilícito, dado que si el propósito es diverso la conducta se ubica en otro tipo, si tal hecho por sí sólo

constituye delito; por ejemplo, el de violación de habitación ajena.

El delito se agota cuando el agente logra la incursión, así no consiga quedarse en el inmueble para ejercer de manera fáctica la relación posesoria durante el tiempo deseado. Esta figura es de conducta permanente, porque el comportamiento del autor se prolonga desde cuando invade hasta cuando termina la arbitraria permanencia.

El acto de invasión puede acompañarse de violencia a las personas o a las cosas, lo cual da lugar a un concurso de hechos punibles con el delito de lesiones personales u homicidio y el de daño en bien ajeno, por ejemplo.

R. PERTURBACIÓN DE LA POSESIÓN SOBRE INMUEBLE

Dispone el artículo 264 del estatuto penal:

Perturbación de la posesión sobre inmueble. El que fuera de los casos previstos en el artículo anterior y por medio de violencia sobre las personas o las cosas, perturbe la pacífica posesión que otro tenga de bienes inmuebles, incurrirá en prisión de uno (I) a dos (2) años, y multa de cinco (5) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Perturbar es impedir el goce pacífico de la posesión o de la mera tenencia que se tiene sobre el inmueble. Es impedir que el titular de alguna relación posesoria disfrute de ella con tranquilidad.

La ley califica los medios de perturbación de la posesión: violencia a las personas o a las cosas.

La violencia a las personas puede ser física o moral; puede ejercitarse sobre el titular de la relación posesoria o sobre

otra persona.

Si la violencia recae sobre las cosas es posible que se cause daño al inmueble objeto de la conducta o a los muebles que en él se encuentren pertenecientes al sujeto pasivo o a un tercero. Si la cosa dañada en razón de tal violencia es el mismo inmueble objeto de la perturbación no hay concurso efectivo con el delito de daño en bien ajeno, pues sólo es aparente; pero si el daño recae sobre las cosas que están en el inmueble materia de la perturbación o sobre inmuebles aledaños a éste, sí hay concurso efectivo de tipos penales.

S. DAÑO EN BIEN AJENO

El artículo 265 del Código Penal describe este delito así:

Daño en bien ajeno. El que destruya, inutilice, haga desaparecer o de cualquier otro modo dañe bien ajeno, mueble o inmueble incurrirá en prisión de uno (I) a cinco (5) años y multa de cinco (5) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena será de uno (I) a dos (2) años de prisión y multa hasta de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el monto del daño no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si se resarciere el daño ocasionado al ofendido o perjudicado antes de proferirse sentencia de primera o única instancia, habrá lugar al proferimiento de resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación de procedimiento.

Destruir es hacer perder la forma de la cosa, de manera que se impida su utilización.

Inutilizar es hacer inservible la cosa para los fines destinados por su poseedor; no implica su destrucción, pues la cosa puede seguir con su forma pero ha perdido la utilidad que le reporta a su dueño, poseedor o mero tenedor.

Se hace desaparecer la cosa cuando pierde su existencia para el sujeto pasivo a raíz de la conducta desplegada por el agente.

Dañar significa causar cualquier forma de deterioro que no implique la destrucción de la cosa. Cuando la destrucción es total la conducta encaja en la forma típica antes señalada (destruir); mientras que si el daño es parcial la misma se desplaza a este último comportamiento.

La norma contiene un tipo penal abierto, porque permite cualquier forma de conducta para estructurar el delito. En efecto, el daño puede hacerse por medios mecánicos, químicos o patológicos.

Hay ciertas formas de daño en bien ajeno que tipifican delitos especiales como los de terrorismo (art. 343 C. P.), incendio (art. 350), daño en obras de utilidad social (art. 351), provocación de inundación o derrumbe (art. 352), por ejemplo. A pesar de que estos delitos llevan implícito el daño sobre cosas, no hay concurso efectivo de tipos penales sino sólo concurso aparente, solucionable con el principio de subsidiariedad o accesoriedad.

VI. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA DE LOS DELITOS PATRIMONIALES

A. HURTO CALIFICADO

Este delito se tipifica en el artículo 240 del Estatuto Penal, modificado por el artículo 37 de la Ley 1142 de 2007, así:

Hurto calificado. La pena será prisión de seis (6) a catorce (14) años, si el hurto se cometiere:

Con violencia sobre las cosas.

Colocando a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad o aprovechándose de tales condiciones.

Mediante penetración o permanencia arbitraria, engañosa o clandestina en lugar habitado o en sus dependencias inmediatas, aunque allí no se encuentren sus moradores.

Con escalonamiento, o con llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquier otro instrumento similar, o violando o superando seguridades electrónicas u otras semejantes.

La pena será de prisión de ocho (8) a dieciséis (16) años cuando se cometiere con violencia sobre las personas.

Las mismas penas se aplicarán cuando la violencia tenga lugar inmediatamente después del apoderamiento de la cosa y haya sido empleada por el autor o partícipe con el fin de asegurar su producto o la impunidad.

La pena será de siete (7) a quince (15) años de prisión cuando el hurto se cometiere sobre medio motorizado, o sus partes esenciales, o sobre mercancía o combustible que se lleve en ellos. Si la conducta fuera realizada por el encargado de la custodia material de estos bienes, la pena se incrementará de la sexta parte a la mitad.

La pena será de cinco (5) a doce (12) años de prisión cuando el hurto se cometiere sobre elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, o a la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicio de acueducto y alcantarillado.

I. VIOLENCIA SOBRE LAS PERSONAS O LAS COSAS

Por violencia debe entenderse toda fuerza que se aplique sobre las personas o las cosas para vencer la resistencia de quien tiene contacto con la cosa o para superar los medios protectores y defensivos colocados por el sujeto pasivo de la infracción.

a. VIOLENCIA SOBRE LAS PERSONAS

La violencia sobre las personas puede ser física o moral. La violencia física es la que se cumple sobre la persona que es despojada de la cosa, quien sufre los efectos nocivos de manera simultánea con el desplazamiento objetivo de la misma. La violencia puede recaer en el sujeto pasivo o en otra persona.

La violencia moral, denominada vis compulsiva, consiste en la coacción que se ejerce sobre el tenedor de la cosa para

obligarlo a que entregue o tolere que el sujeto agente realice el acto de apoderamiento.

La violencia sobre las personas puede causar o no lesión a la integridad física. Si no se causa tal daño, como cuando se aplica violencia moral, se incurre de manera exclusiva en hurto calificado; pero si a consecuencia de tal violencia se produce daño a la vida o integridad personal hay concurso efectivo de tipos penales entre el hurto calificado y las lesiones personales o el homicidio, según el caso{696}.

b. VIOLENCIA SOBRE LAS COSAS

La violencia sobre las cosas consiste en la fuerza que se cumple sobre el bien materia del apoderamiento o sobre las cosas que a manera de defensa privada han sido destinadas para resguardarlo.

c. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Entre el empleo de la fuerza y la ejecución del apoderamiento propio del hurto debe existir un nexo causal, de manera que aquella se aplique con la finalidad de llevar a cabo o facilitar la conducta depredadora.

Si luego de aplicada la violencia y con un fin diverso al de atentar contra el patrimonio surge en el delincuente la idea de apoderarse de algún bien ajeno, no se tipifica el hurto calificado por la violencia, porque no se presenta la relación de causa a efecto entre la violencia y el despojo. Tampoco se da esta modalidad de agravación cuando en un principio se aplica la violencia con la finalidad de cumplir el apoderamiento y al final el ladrón no se sirve de ella para agotar el delito sino de otra circunstancia que propicia la acción.

d. MOMENTO DE LA VIOLENCIA

La violencia puede cumplirse desde los actos preparatorios hasta después de consumado el apoderamiento. Es así como se regulan en la norma comentada la violencia anterior o preparatoria, la concomitante y la posterior.

De manera expresa el inciso tercero del artículo 240 del Código de 2000 regula la forma de aplicación de violencia posterior. Para que esa violencia posterior tipifique la circunstancia mencionada de calificación del hurto debe darse la concurrencia de un doble elemento: una conexidad ideológica y otra cronológica.

– Hay conexidad ideológica porque el agente aplica la violencia para asegurar el producto de la delincuencia o la impunidad del comportamiento.

– Hay conexidad cronológica porque la violencia debe emplearse “inmediatamente después del apoderamiento de la cosa”. Si se aplica transcurrido cierto tiempo después de la ejecución del apoderamiento, no se califica el hurto por razón de esta modalidad.

2. APROVECHAMIENTO DE CONDICIONES

DE INFERIORIDAD O INDEFENSIÓN DE LA VÍCTIMA

El numeral 2 del artículo 240 del Código Penal contempla cuatro formas que califican el hurto:

— La colocación de la víctima en condiciones de indefensión. Se da cuando el sujeto activo realiza un desempeño que sitúa a la víctima en posición inerme, por carecer por completo de recurso alguno defensivo que le permita repeler la agresión al patrimonio.

— El aprovechamiento de las condiciones de indefensión. Opera cuando en el momento de la realización del despojo la víctima se encuentra en tal estado por causa diversa a la actividad del sujeto agente.

— La colocación de la víctima en condiciones de inferioridad. En este caso la víctima sí cuenta con medios que le permiten reaccionar, pero son superados por el agente.

— El aprovechamiento de las condiciones de inferioridad. El agente tiene a su favor la situación de incapacidad de la víctima para defender su patrimonio, a pesar de que pueda oponer una precaria resistencia.

3. HURTO EN LUGAR HABITADO

Lugar habitado es el que se destina de manera permanente o transitoria como sitio de residencia de una o varias personas.

Dependencia inmediata es la instalación anexa al lugar habitado, la que junto con éste conforma un todo habitacional y contribuye a su funcionalidad y servicio.

De acuerdo con esta causal se pueden dar seis comportamientos diversos:

a. Penetración arbitraria. Se da cuando la incursión a la habitación se hace contra la voluntad del morador.

b. Penetración engañosa. Se da esta modalidad cuando el morador presta su consentimiento para que el agente entre al lugar habitado, pero en razón del error al que ha sido conducido.

c. Penetración clandestina. Hay penetración clandestina cuando el agente logra la incursión sin que el morador se entere de la entrada del extraño a su residencia.

d. Permanencia arbitraria. Hay permanencia arbitraria cuando, después de haber entrado el agente al lugar con el consentimiento del morador y no obstante que éste le exige luego la desocupación, se queda allí contra su voluntad.

e. Permanencia engañosa. Se da esta causal cuando, luego de lograr el agente la incursión en un lugar habitado con la aquiescencia del morador, mediante ardid logra permanecer allí.

f. Permanencia clandestina. Hay permanencia clandestina cuando el morador autoriza al agente para entrar a la casa de habitación, en donde éste se queda luego de simular que la abandona.

4. HURTO CON SUPERACIÓN DE

MEDIOS DEFENSIVOS PRIVADOS

En el numeral cuatro del artículo 240 del Código Penal se tipifican varias conductas referidas a la superación por parte del sujeto agente de los medios defensivos que el pasivo coloca para asegurar de mejor manera sus bienes. Estos comportamientos son los siguientes: a. Escalonamiento; b. Utilización de llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquier otro instrumento similar; y, c. Violación o superación de seguridades electrónicas u otras semejantes.

a. Hurto con escalonamiento. Cuando con escalamiento de pared, puerta, ventana, etc., se penetra a cualquier lugar, habitado o no, o se sale del mismo.

b. Hurto con llave sustraída o falsa, ganzúa o cualquier otro instrumento similar. Las llaves pueden ser verdaderas o falsas: es llave verdadera la utilizada por la persona que esté facultada para ello. Es llave falsa la copia de la verdadera o la verdadera cuando son utilizadas sin autorización del dueño.

Llave sustraída es la obtenida por el sujeto agente mediante acción delictiva.

– Ganzúa es el “alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que a falta de llave pueden correrse los pestillos de las cerraduras”, reza el diccionario de la Real Academia Española. Es instrumento similar a la ganzúa cualquier artefacto que se habilite para la apertura de cerradura, tales como ganchos, plumillas, etc.

Se deben asimilar a llaves las tarjetas magnéticas que se utilizan para abrir puertas en hoteles, por ejemplo.

c. Superación de seguridades electrónicas. Se superan las seguridades electrónicas cuando se vencen aquellos sofisticados medios privados de defensa que han sido colocados por el titular de la relación posesoria para dificultar o evitar el apoderamiento de las cosas, como por ejemplo las alarmas.

El hurto a través de la superación de seguridades informáticas, como la manipulación de un cajero automático mediante una tarjeta de crédito o débito falsa, antes de la vigencia de la Ley 1273 de 2009 era cobijado por esta circunstancia de calificación, porque la superación de seguridades informáticas bien podía ser tenida como semejante a las electrónicas. Con todo, a partir de la vigencia de la citada Ley 1273 de 2009 (título vn Bis del Código Penal), que en el adicionado artículo 269I crea el delito de hurto por medios informáticos y semejantes, la conducta de apoderamiento de cosas ajenas mediante la superación de medidas de seguridades informáticas y la manipulación de un sistema informático, una red de sistema electrónico, telemático u otro medio semejante, o la suplantación de un usuario ante los sistemas de autenticación y de autorización establecidos, se desplaza del artículo 240.4 del Código Penal a aquel nuevo tipo; de modo que el citado caso de apoderamiento de dineros mediante la manipulación de las seguridades informáticas de un cajero automático o la suplantación del usuario es típico del mencionado delito de hurto por medios informáticos y semejantes (art. 269I C.P.).

5. HURTO SOBRE MEDIO MOTORIZADO

U OBJETO QUE SE LLEVE EN ÉL

El artículo 37 de la Ley 1142 de 2007 señala como circunstancia de calificación del hurto la conducta que tenga como objeto material las siguientes cosas: a. Medio motorizado; b. Partes importantes del medio motorizado; c. Mercancía; y, d. Combustible.

El hurto se califica cuando la acción recae sobre todo medio motorizado (vehículo automotor, motocicleta, etc.) o sobre sus partes importantes. El concepto de parte importante debe entenderse referido más a la funcionalidad de la pieza que a su precio.

También se califica el hurto cuando la conducta obra sobre mercancía, entendida como tal todo género u objeto vendible, o sobre el combustible que se lleva en el vehículo de transporte motorizado.

La calificación del hurto también se da por la calidad del sujeto activo, cuando la conducta fuera realizada por la persona que sea garante de la custodia material de aquellos bienes.

6. HURTO SOBRE ELEMENTOS DESTINADOS A LAS

COMUNICACIONES O LA GENERACIÓN, TRANSMISIÓN O

DISTRIBUCIÓN DE FLUIDOS

El artículo 37 de la Ley 1142 de 2007 también señala como circunstancia de calificación del hurto la conducta cometida sobre elementos destinados a las comunicaciones y la información. Ha sido preocupación del legislador proteger las tecnologías de la información y las comunicaciones, razón por la cual mediante la Ley 1273 de enero 5 de 2009

se crea un nuevo bien jurídico denominado “de la protección de la información y de los datos”, incorporado al Código Penal mediante el título VII Bis; pero desde la expedición de la citada Ley 1142 de 2007 se tutelan de manera especial las cosas destinadas a las comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas y satelitales, porque cuando el objeto material lo constituyen tales bienes la conducta tipifica el delito de hurto calificado, cuya pena será de cinco (5) a doce (12) años de prisión.

Así mismo, de acuerdo con el último inciso del artículo 240 del Código Penal es hurto calificado, sancionado con la pena antes mencionado, la conducta que recae sobre elementos destinados a la generación, transmisión o distribución de energía eléctrica y gas domiciliario, o a la prestación de los servicios de acueducto o alcantarillado.

B. HURTO AGRAVADO

Las circunstancias de agravación del delito de hurto se señalan en el artículo 241 del Código Penal, modificado por el artículo 51 de la Ley 1142 de 2007, y obran tanto para el hurto simple como para el calificado.

Se analiza a continuación cada una de estas circunstancias.

I. APROVECHAMIENTO DE CALAMIDAD, INFORTUNIO O PELIGRO COMÚN

Tres formas de comportamiento abarcan esta circunstancia:

a. El aprovechamiento de calamidad. Calamidad es la desgracia generalizada que afecta a un número indeterminado de personas, por ejemplo, una inundación, un terremoto, la erupción de un volcán, en los cuales la

afectación del daño no la padece un número concreto de personas.

b. El aprovechamiento de infortunio. El infortunio es la desgracia que afecta a una persona o a un número determinado de personas; por ejemplo, una súbita afección cardiaca de la víctima, un accidente aéreo o terrestre.

c. El aprovechamiento de peligro común. Peligro común es la amenaza que se cierne sobre un bien jurídico perteneciente a varias personas determinables o no; por ejemplo, la epidemia que afecte a toda una población o parte de ella.

2. HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA

Confianza es el sentimiento de fe y seguridad que despierta una persona en otra, lo cual motiva al dueño, poseedor o mero tenedor del bien a permitirle al sujeto agente el contacto material y físico sobre el mismo.

El sujeto activo del delito de hurto sólo tiene una proximidad espacial con el objeto material: no tiene ninguna relación posesoria; de lo contrario se tipificaría el delito de abuso de confianza. Por tal virtud, el empleado que se apodere de dineros u otros bienes cuyo contacto material conserva por razón de su trabajo no incurre en el delito de abuso de confianza sino en el de hurto agravado por la confianza{697}.

3. VALIÉNDOSE DE LA ACTIVIDAD DE INIMPUTABLE

Conforme a la redacción de la comentada causal de agravación del hurto, sólo opera la misma cuando la persona de la cual se ha valido el sujeto agente es declarada inimputable, por lo cual quedan por fuera de su alcance la

utilización de trastornado mental o inmaduro sicológico o desemejante sociocultural o similar que no ha sido declarado como tal.

Es conveniente corregir la redacción de la comentada causal de agravación para que comprenda aquellas situaciones en las cuales el sujeto agente se vale de la intervención de deficiente mental o inmaduro sicológico o de persona socioculturalmente distinta que no tiene la condición de inimputable. Se debiera disponer que el delito se agrave cuando se obtiene el concurso de aquéllos y no sólo cuando se vale de la actividad de inimputable.

4. POR PERSONA DISFRAZADA O POR QUIEN SIMULA CALIDAD, AUTORIDAD O FALSA ORDEN DE ESTA

Cuatro son las formas de estructuración de esta causal de agravación:

a.Mediante la utilización de disfraz. El delincuente detrás de su disfraz puede asegurar con mayor eficacia la impunidad de su comportamiento y / o causar mayor intimidación a la víctima.

b. Mediante la invocación de calidad supuesta. Se agrava el hurto, porque el agente despierta mayor confianza y seguridad en la víctima.

c. Con simulación de autoridad. El sujeto activo aparenta tener una calidad específica que lo muestra como agente de la autoridad.

d. Con invocación de falsa orden de autoridad. Se da esta circunstancia cuando el agente que tiene o no investidura oficial con mentira aduce tener orden de autoridad competente o de superiores jerárquicos para ejecutar cierto acto que le sirve de pretexto para cumplir el apoderamiento de bienes ajenos.

5. SOBRE EQUIPAJE DE VIAJERO

Equipaje de viajero es el conjunto de cosas que por necesidad aquél lleva consigo para su comodidad y uso personal, tales como ropa, implementos de aseo, etc., cuando realiza un recorrido de un lugar a otro. El apoderamiento debe ejecutarse durante el transcurso del viaje, pues si éste no se ha iniciado o ya cesó no opera la agravación.

También se da esta circunstancia cuando el hurto recae sobre equipaje que se tiene en hoteles, aeropuertos, muelles, terminales de transporte terrestre u otros lugares similares.

6. HURTO SOBRE OBJETO EXPUESTO

A LA CONFIANZA PÚBLICA

Es objeto expuesto a la confianza pública el que no tiene una vigilancia concreta, de manera que su custodia y conservación dependa del sentimiento de solidaridad de la gente. A estos objetos no se les colocan medios privados o especiales de defensa, razón por la cual se dejan expuestos al público por necesidad, costumbre o destinación. Por necesidad, porque no hay alternativa distinta a la de exponerlos a la confianza general, como una pieza de un museo. Por costumbre, porque hay objetos que por tradición se han dejado expuestos a la confianza pública, como un utensilio colocado en un antejardín, por ejemplo. Por destinación, cuando su utilización sólo se logra al permitirse el contacto con el público, como tapas de alcantarillas, teléfonos públicos, etc.

7. HURTO SOBRE OBJETOS AGROPECUARIOS

Es cerca de predio rural el hito que delimita dos heredades distintas o lotes dentro del fundo de un mismo propietario. Cementeras son los plantíos y sus productos cuya recolección aún no se ha cumplido: pastos, frutos, etc.

La acción de hurto se agrava también cuando tiene como objeto material máquina o instrumento de trabajo dejado en el campo, o sea las herramientas y los aparatos destinados a la explotación agrícola y ganadera. Así mismo, se agrava el hurto cuando el objeto material consiste en cabeza de ganado mayor o menor.

8. HURTO COMETIDO EN LUGAR DESPOBLADO O SOLITARIO

Lugar despoblado es aquel retirado de los núcleos poblacionales, o sea el ubicado en zonas rurales.

Lugar solitario es el que al momento de la ejecución del hecho no cuenta con la presencia de público, a pesar de que de manera usual se encuentre concurrido por estar en una zona urbana.

9. HURTO COMETIDO CON DESTREZA O RAPONAZO O CON EL

CONCURSO DE PERSONAS

– La destreza consiste en la habilidad del ladrón para apoderarse del objeto, de tal manera que la víctima no se entere oportunamente del acto de desposesión.

– El arrebatamiento es la forma conocida como “raponazo”, que consiste en llevarse la cosa con fuerza. Es el apoderamiento súbito que se caracteriza porque a la víctima se le toma por sorpresa y el despojo se ejecuta de manera fugaz.

– En cuanto al concurso de personas en la ejecución del hurto cabe destacar que este se agrava cuando dos o más individuos lo cumplen en desarrollo de un plan común. El concurso puede consistir en cualquier forma de participación, ya sea autoría, coautoría, complicidad o determinación.

10. HURTO EN ESTABLECIMIENTO PÚBLICO

Se erige como circunstancia de agravación el hecho de que el hurto se realice en establecimiento público o abierto al público o en medio de transporte público.

Establecimiento público es aquel al que cualquier persona puede acceder sin previa autorización, como un museo, una biblioteca, un parque, etc.; establecimiento abierto al público es aquel al que pueden ingresar personas de manera indiscriminada o en el que el administrador se reserva el derecho de ingreso, como un bar, un restaurante, un teatro, una discoteca, un casino, etc.; medio de transporte público es aquel cuyo usuario lo constituye cualquier persona y cuyo servicio puede ser gratuito u oneroso, como bus, avión, tren, taxi, barco, etc.

11. HURTO SOBRE EFECTOS DESTINADOS A LA SEGURIDAD Y DEFENSA NACIONALES

El hurto se agrava cuando el objeto material del delito consista en armas y demás efectos que son utilizados por la

fuerza pública, o sea los destinados por las fuerzas militares (ejército, marina y fuerza aérea) y la policía nacional para la seguridad y defensa nacionales. Comprende naves de guerra, tanques, armas de fuego, municiones, etc.

12. HURTO SOBRE EL PATRIMONIO CULTURAL

Se describe como circunstancia de agravación el hurto cuyo objeto material esté constituido por el patrimonio cultural de la Nación, para preservar la riqueza de esta naturaleza, la cual hoy por hoy ha adquirido gran importancia y valor en todo el orbe, y está referido al patrimonio arqueológico, científico, arquitectónico, cultural, artístico, etc., que puede estar en parques, zonas arqueológicas, museos, bibliotecas, etc.

13. HURTO DE PETRÓLEO Y SUS DERIVADOS

Se establece como circunstancia de agravación del hurto que se cometa sobre petróleo o sus derivados cuando se sustraigan de oleoducto o gasoducto o de fuentes inmediatas de abastecimiento.

Debe entenderse que la circunstancia de agravación opera sólo cuando el petróleo o sus derivados son extraídos de oleoductos y gasoductos o de fuente inmediata de abastecimiento; por lo cual no puede decirse que la agravación se aplique cuando el combustible o sus derivados son sustraídos de otro sitio, como por ejemplo un garaje o una bodega. Desde luego que si la conducta recae sobre combustible que se lleve en medio motorizado, se tipifica la circunstancia de calificación del hurto descrita en el inciso cuarto del artículo 240 C.P.

14. HURTO DE MATERIAL NUCLEAR O RADIACTIVO

El nuevo Código señala también como circunstancia de agravación el hurto cometido sobre materiales nucleares o elementos radiactivos. Son nucleares los elementos pesados como el uranio, el titanio y el tantalio, y la fusión de elementos ligeros que desarrollan gran cantidad de energía denominada nuclear, como el helio, el hidrógeno, el oxígeno, etc.; y son radiactivos los elementos químicos que emiten radiaciones de efectos fisiológicos y químicos como por ejemplo el radón, el plutonio y el uranio.

C. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN DE LA EXTORSIÓN

El artículo 245 del Código Penal, modificado por el 6.° de la Ley 733 de 2002, agrava el delito de extorsión de acuerdo con los siguientes aspectos: a. El parentesco entre el sujeto agente y el pasivo, y la confianza entre los mismos;

La calidad del sujeto activo; c. La calidad del sujeto pasivo; d. El modo de realización del delito; e. La finalidad del agente; f. El lugar de comisión de la conducta punible; y, g. La mayor lesión al bien jurídico.

– El parentesco entre el sujeto activo y el pasivo agrava el delito de extorsión cuando se ejecuta la conducta respecto de cualquiera de los parientes señalados en el numeral I de la norma. Así mismo opera la circunstancia de agravación cuando el sujeto agente (autor o partícipe) aprovecha la confianza depositada por la víctima.

– Se agrava el delito por la calidad del sujeto activo, porque el numeral 2 dispone tal circunstancia si aquél es servidor público o es o fue miembro de las fuerzas de seguridad del Estado.

– Por razón de la calidad del sujeto pasivo se agrava el delito cuando se comete en persona que sea o haya sido periodista, dirigente comunitario, sindical, político, étnico o religioso, o candidato a cargo de elección popular, siempre y cuando que para la realización del delito se tenga en cuenta la condición personal del sujeto pasivo al momento de su ejecución.

También se agrava si se comete en persona que sea o hubiese sido servidor público, sólo en aquellos eventos en los cuales la extorsión se realice por razón de sus funciones (núm. 7).

Opera así mismo la circunstancia de agravación si el sujeto pasivo es persona internacionalmente protegida en el Derecho Internacional Humanitario o agente diplomático, para lo cual deben tenerse en cuenta los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia (num. II).

– El modo de realización del delito lo agrava si el constreñimiento se hace consistir en amenaza de ejecutar muerte, lesión o secuestro, o acto del cual puede derivarse calamidad, infortunio o peligro común (num. 3).

Los conceptos de calamidad, infortunio y peligro común se comentaron al tratar la primera circunstancia de agravación punitiva del hurto, a la que se remite.

No es necesario que el daño amenazado se ejecute para que se dé el agravante, dado que basta que se le haga creer a la víctima que si no se pliega a la exigencia del victimario tal perjuicio se causará. Si se llegare a concretar la amenaza con lesión de otro bien jurídico diverso del patrimonial se estructura un concurso efectivo de tipos penales.

También se agrava si se comete el delito mediante la utilización de orden de captura o detención falsificada o simulando tenerla, y en los demás eventos señalados en el numeral 8 del artículo 245.

– La finalidad del agente agrava el delito, porque opera el aumento de pena si se realiza con los propósitos señalados

en el numeral 4. Lo mismo que cuando el agente busca facilitar actividades terroristas (núm. 5).

– El lugar de comisión del delito lo agrava si se realiza total o parcialmente desde lugar de la privación de la libertad (num. 9) o parcialmente en el extranjero (núm. 10).

– El mayor daño al bien jurídico agrava el delito, cuando se afecten gravemente los bienes o la actividad profesional o económica de la víctima (núm. 6).

D. CIRCUNSTANCIAS DE CALIFICACIÓN DEL ABUSO DE CONFIANZA

Se califica el abuso de confianza en razón de la calidad de sujeto activo (art. 250, num. I C. P.); en caso de depósito necesario (num. 2); y, en razón de la calidad del objeto material (nums. 3 y 4).

Corresponde a la primera modalidad la apropiación realizada por quien desempeña funciones otorgadas por la administración pública (ejecutiva, legislativa o judicial). Tal es el caso de la apropiación realizada por auxiliar de la justicia, como por ejemplo perito, tutor, curador o secuestre.

Hay depósito necesario cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de incendio, saqueo, inundación, etc. (art. 2260 C. C.).

El abuso de confianza será calificado si la conducta recae sobre bienes pertenecientes a empresas o instituciones en las cuales el Estado tenga la totalidad o la mayor parte, o recibidos a cualquier título de éste, o si recae sobre bienes pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, de beneficio o de utilidad común no gubernamentales.

E. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACION DE DAÑO EN BIEN AJENO

El daño en bien ajeno se agrava en razón del modo empleado por el agente, el lugar de la comisión del delito y la cualificación de la cosa (art. 266 C. P.).

Con respecto a la primera causal de agravación ha de recordarse que los medios para causar daño pueden ser diversos, tales como mecánicos, químicos, bacteriológicos, patológicos, etc. Hay infección o contagio cuando se inocula un virus o se propaga una bacteria para producir enfermedad o la muerte de una planta o animal, como sería el caso de quien contagia con fiebre aftosa a un semoviente o propaga la roya en un cafetal.

La segunda circunstancia de agravación opera cuando se causa daño o la muerte de animal ajeno mediante la utilización de tóxicos o cuando se emplean sustancias tales como ácidos para matar, lesionar o dañar la cosa.

La tercera agravación se da cuando el hecho se realiza en lugares seleccionados de manera especial por el legislador, a los que se hizo mención al comentar la novena circunstancia de agravación del hurto.

Los objetos señalados en el numeral 4 no corresponden a una enumeración taxativa sino sólo enunciativa; lo importante es que los mismos reporten interés científico, histórico, etc. Se agrava así mismo el delito en razón de la destinación de la cosa, como cuando es de uso público o de utilidad social.

VII. LA PARTE SUBJETIVA DE LOS TIPOS PENALES DE LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

A. EL DOLO

Los delitos contra el patrimonio económico son esencialmente dolosos. El dolo requiere del conocimiento de los elementos objetivos, positivos y negativos del tipo global de injusto; es decir, tanto de los elementos objetivos del tipo positivo o indiciario como de la falta de concurrencia de los elementos que son requisitos de las causas de atipicidad o de justificación. También exige el dolo de la voluntad de realizar la conducta típica; el querer realizar todos los elementos objetivos del tipo de los cuales se tiene conocimiento.

B. LOS ELEMENTOS ESPECIALES SUBJETIVOS

El ingrediente o elemento subjetivo es la especial actitud del sujeto agente en relación con su conducta. Es la particular disposición psicológica que empuja al sujeto agente a realizar el comportamiento; diverso, sí, del contenido subjetivo característico del dolo.

No todos los delitos contra el patrimonio económico contienen ingredientes subjetivos. Los que los señalan hacen referencia al propósito de obtener provecho para sí o para otro o de causar perjuicio.

Se refieren al propósito de obtener provecho los delitos de hurto, extorsión, abuso de condiciones de inferioridad, prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, usurpación de tierras, usurpación de aguas, invasión de tierras o edificaciones y utilización indebida de información privilegiada.

El “ánimo de lucro” es la intención de obtener cualquier tipo de ventaja o beneficio patrimonial. No se requiere que el sujeto activo obtenga el provecho anhelado para que se entienda consumado el delito.

Si el agente cumple cualquiera de las conductas descritas en los delitos contra el patrimonio económico, salvo el daño, con finalidad distinta a la de obtener provecho patrimonial, su comportamiento podría desplazarse a otro tipo penal.

En el alzamiento de bienes la conducta del agente se encamina a perjudicar a su acreedor; no se dirige el comportamiento a buscar un provecho sino la causación de un perjuicio.

Los demás delitos patrimoniales no contienen elementos especiales subjetivos.

VIII. LOS ELEMENTOS NORMATIVOS EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO

En ciertos tipos legales se advierten dos ingredientes normativos comunes a ellos: el perjuicio y la ajenidad.

– Los hechos punibles de estafa, abuso de confianza por uso indebido, sustracción de bien propio, disposición de bien propio gravado con prenda,

usurpación de aguas y defraudación de fluidos tienen de común el perjuicio que ha de causarse con el comportamiento del sujeto agente.

En el delito de abuso de condiciones de inferioridad no se requiere la causación de la lesión, pero sí es necesario que el acto realizado por el sujeto pasivo tenga la capacidad de producir efectos jurídicos perniciosos para éste.

Algunos tipos penales no exigen la causación efectiva del perjuicio sino el simple propósito de producirlo, como ocurre en el delito de alzamiento de bienes.

Otro grupo está conformado por aquellos hechos punibles que no hacen de manera expresa referencia a la causación del perjuicio como elemento del tipo, tales como los delitos

de hurto, extorsión, emisión y transferencia ilegal de cheques, abuso de confianza por apropiación indebida, aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, la prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones, usurpación de tierras, invasión de tierras o edificaciones, urbanización ilegal, perturbación de la posesión sobre inmueble y daño en bien ajeno.

En los tipos penales en los cuales de forma expresa se exige la causación de perjuicio es indispensable la lesión a la relación posesoria, es decir la producción de una merma patrimonial. En los tipos legales en los cuales no se exige de modo expreso tal perjuicio la vulneración al bien jurídico se concreta en la perturbación del ejercicio de la legítima relación posesoria, con independencia de que se cause o no disminución patrimonial.

– La ajenidad del objeto material se exige en los delitos de hurto, abuso de confianza, aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, invasión de tierras o edificaciones y daño.

Ajeno es lo que pertenece a otro. No puede decirse que es ajeno aquello que no nos pertenece; en efecto, hay cosas que aunque no nos pertenecen no son ajenas porque nunca han tenido dueño, o si lo han tenido éste ha renunciado a la relación posesoria, o se trata de cosas de dominio común. Por tanto, no son ajenas la res nullius, la res derelictae, ni cosas como el aire, el agua, etc.

La noción de ajenidad no se relaciona con el sujeto activo, sino con el pasivo; de manera que es ajena la cosa cuando otro tiene constituida relación posesoria sobre la misma y no cuando el sujeto agente carece de ella. Son ajenas las cosas perdidas y las olvidadas.

– En el delito de abuso de confianza se señala un ingrediente normativo jurídico extrapenal con la expresión “título no traslativo de dominio”.

Es de la esencia del delito de abuso de confianza que el sujeto agente reciba la cosa de manos del dueño o poseedor bajo un título precario. En este delito el sujeto pasivo del hecho punible renuncia de modo transitorio al ejercicio de uno de los derechos desmembrados del de la propiedad, o sea al de la mera tenencia, que coloca de manera voluntaria

bajo el poder del sujeto activo. El agente se convierte de tenedor legítimo en poseedor ilegítimo{698}, al transformar la mera tenencia (posesión a nombre de otro) en posesión a nombre propio{699}.

Este tipo penal señala otro ingrediente normativo al decir que al sujeto agente “se le haya confiado o entregado”. Se confía la cosa cuando la mera tenencia la entrega el sujeto pasivo en virtud de la existencia de un vínculo que lo une con el sujeto activo, como en el arrendamiento, el fideicomiso, etc. Se entrega la cosa conforme a los términos de la norma penal cuando la misma se hace no en virtud del sentimiento de confianza del sujeto pasivo hacia el activo sino por razones distintas, como ocurre en el secuestro, la quiebra, etc., en los cuales la entrega de la cosa se hace contra la voluntad de su dueño o poseedor.

En el abuso de confianza por uso indebido es de la esencia del delito la causación del perjuicio. Hay uso indebido cuando el mero tenedor emplea la cosa para beneficio suyo o de un tercero sin estar de manera expresa o tácita autorizado para ello.

– En el delito de abuso de condiciones de inferioridad existe un ingrediente normativo en la expresión “acto capaz de producir efecto jurídico”. El sujeto pasivo en este hecho punible realiza un acto público o privado con potencialidad de daño, sin que se requiera la efectiva causación de perjuicio, dado que este delito se agrava por el resultado si se causa el perjuicio.

– En el delito de aprovechamiento de error ajeno en caso fortuito los ingredientes normativos son: posesión, error ajeno y caso fortuito. Estos dos últimos son analizados en el capítulo de la conducta.

El concepto de posesión ha de entenderse en sentido restringido y no en el propio del derecho civil, porque sólo se trata de un contacto material del sujeto agente con la cosa, obtenido a consecuencia del error o de lo fortuito.

– En el delito de disposición de bien propio gravado con prenda el objeto material es cualificado, porque el dueño o poseedor lo ha gravado mediante contrato civil o comercial de prenda sin tenencia del acreedor. El contrato de prenda

tanto civil como comercial puede ser con tenencia o sin tenencia del acreedor; a esta última se refiere la comentada norma penal.

– En el delito de prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones se señalan como ingredientes normativos los conceptos de “autorización de autoridad competente” y “correspondiente autorización”, para destacar que sólo es típica la conducta si la misma se realiza sin la autorización de quien tiene facultad para permitirla; también se describe el de “contrato con un operador autorizado” (Par.I) , para recalcar que es atípica la conducta realizada por quien mediante pacto o acuerdo con el operador competente comercialice los servicios de telecomunicaciones objeto del delito.

– El delito de perturbación de la posesión sobre inmueble señala como ingrediente normativo el concepto de pacífica posesión, la cual consiste en el ejercicio tranquilo de la relación posesoria sin actual oposición de quien esté facultado de manera legítima para impedir el goce ilegítimo del mismo.

– En la sustracción de bien propio el sujeto pasivo debe tener la cosa “legítimamente en su poder”. La legitimidad de la posesión es el derecho que le asiste al sujeto pasivo de seguir en la conservación como mero tenedor de la cosa que le fue entregada por el dueño o poseedor.

– El delito de la prestación, acceso o uso ilegales de los servicios de telecomunicaciones contiene el elemento normativo de la autorización de la autoridad competente, en razón de que la prestación de los servicios de telecomunicaciones, como es una actividad pública, debe estar regulada por la ley.

– El delito de utilización indebida de información privilegiada es rico en elementos normativos, pues contiene los siguientes: entidad privada, uso indebido, información privilegiada y relación funcional.

Entidad privada en sentido estricto es persona jurídica (de hecho o de derecho), expresión que en principio da a entender que el titular de la información privilegiada debe ser sólo persona jurídica, y que excluye a la persona natural,

lo cual es inaceptable porque, como se ha sostenido, los intereses patrimoniales que se protegen a través de este bien jurídico son individuales y no colectivos.

El uso indebido consiste en el empleo de la información obtenida por el empleado o directivo en forma no autorizada por el dueño de la misma, en provecho del sujeto agente o de un tercero.

La información privilegiada es el conocimiento de carácter contable, económico, financiero, comercial, administrativo y tecnológico, que forma parte del patrimonio económico de la entidad privada, cuya reserva es una de sus fuentes de riqueza, y su divulgación indebida constituye lesión o puesta en peligro del patrimonio económico.

Se exige relación funcional en este tipo legal, porque la información ha de obtenerse por razón o con ocasión del cargo o función; por razón del cargo significa que a la información se acceda por la persona encargada de su recaudación, procesamiento, manejo y control, por ejemplo; y con ocasión de la función significa que el empleado, el profesional o cualquier otra persona obtenga la información de manera transitoria y ocasional, sin que dentro de sus permanentes funciones esté la de manipularla y controlarla en los términos antes señalados, como el ingeniero de sistemas o el abogado, por ejemplo, quienes sin ser empleados del ente privado por razón de su profesión tienen acceso a la misma.

– El delito de malversación y dilapidación de bienes contiene dos elementos normativos jurídicos extrapenales: tutela y curatela, que se definen en el artículo 428 del Código Civil.

– El delito de gestión indebida de recursos sociales contiene el elemento normativo de interés cívico, sindical, comunitario, juvenil, de beneficio o de utilidad común no gubernamental, que significa que el proyecto cuyo propósito se propone adelantar o gestionar el sujeto agente debe ser de contenido social, que reporte utilidad a estas comunidades, agrupaciones y entes colectivos, siempre y cuando la institución social no sea gubernamental, porque si es de esta naturaleza se tipificaría delito contra la administración pública.

De igual manera este delito contiene los ingredientes normativos de “requisitos señalados en la ley” y “proyecto”. Significan que la actividad de captación de dineros debe estar regulada y autorizada por la normatividad, de modo que si se procede a tal desempeño sin el debido permiso de autoridad competente, así se busque provecho para la comunidad, el delito se tipifica. Del mismo modo que se da el delito si la persona autorizada para captar dineros con los fines señalados no los emplea de acuerdo con lo diseñado y establecido en el respectivo proyecto; esto indica que para la realización de la acción de captación se debe diseñar el respectivo proyecto con anterioridad a la misma que dé certeza de la forma como habrán de invertirse los dineros recibidos, de tal forma que si el agente da a los recursos una destinación diferente incurre en el delito.

Sin embargo, no debe perderse el norte de que se trata de un delito contra el patrimonio económico, cuya realización de modo necesario ha de traducirse en daño o peligro para el bien jurídico correspondiente; razón por la cual para que la protección buscada por el legislador sea adecuada y eficaz desde el punto de vista político criminal el tipo penal debiera ubicarse en los que protegen intereses colectivos o supraindividuales, los cuales autorizan la creación de tipos penales de peligro.

– Los otros ingredientes normativos de los delitos de: hurto (“cosa mueble”), emisión o transferencia ilegal de cheque (“orden injustificada”, “provisión de fondos”, “cheque posdatado” y “cheque entregado en garantía”), alzamiento de bienes (“no comerciante” y “fraude”), usurpación de tierras (“bien inmueble”, “mojón”, “señal” y “lindero”) y usurpación de aguas (“aguas públicas y privadas”) son comentados en el tema de las conductas.

ELENA SUÁREZ DÍAZ

Delitos contra los mecanismos de participación democrática

PRESENTACIÓN

A. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA LEY PENAL

Cuando se proponen entre nosotros, con una marcada orientación garantista, tesis denominadas por un sector de la doctrina como “constitucionalistas del bien jurídico”, esto es, que indagan por el contenido y alcance de la noción de bien jurídico relevante para el sistema penal a partir del texto de la Constitución Política y de los derechos fundamentales que ésta consagra, resulta de especial importancia el estudio de los hechos punibles contra los mecanismos de participación democrática previstos en el título XIV del Código Penal colombiano, no sólo por el tratamiento normativo de tales mecanismos –constitucional y de ley estatutaria– sino porque el mismo, según la tesis esbozada, estaría llamado a identificar el contenido del bien jurídico allí protegido y por tanto a delimitar el ámbito de tutela de las correspondientes normas sancionadoras.

En el tema que nos ocupa se conjugan con rango constitucional los conceptos de derechos fundamentales, deberes ciudadanos, democracia y Estado democrático con los mecanismos e instancias o espacios democráticos de representación y participación{700}, unión que demanda considerar que el ámbito de protección de los tipos penales contra los mecanismos de participación democrática sólo puede determinarse mediante el examen de los requisitos específicos de la acción frente a las instituciones de la democracia participativa objeto de tutela por el legislador{701}. Por ello la interpretación teleológica no debería concebirse, como casi siempre se hace, como interpretación al bien jurídico protegido, sino como interpretación al ámbito de protección del correspondiente tipo{702}.

En consecuencia, se abordará el asunto propuesto, en primer lugar, a partir de la noción de democracia y de la

norma constitucional que consagra los mecanismos de participación democrática, la que está inescindiblemente vinculada con la forma de Estado que el mismo ordenamiento superior prevé (preámbulo, arts. I .° y 103 C.N.), para luego identificar que, a pesar de la amplia gama de opciones democráticas que ofrece la Constitución, la esfera de intereses tutelables, o mejor, el ámbito de protección del derecho penal en esta materia, se circunscribe al que corresponde a los mecanismos de participación democrática en donde se manifiesta la relación política ciudadano-Estado, especialmente en lo que se refiere a la conformación política del Estado. Al respecto no debe perderse de vista que tales mecanismos en su concepción constitucional se encuentran también previstos como derechos y deberes en cabeza de los ciudadanos. Finalmente, se hará un recorrido por las disposiciones del Código Penal en las cuales se tipifican los hechos punibles que atentan contra tales mecanismos, para explicar sus alcances de acuerdo con los presupuestos anteriores y evitar que, por virtud de una interpretación meramente legal, se llegue a procesar conductas que no constituyen, dentro del marco constitucional, delitos contra los mecanismos de participación democrática.

B. NOCIÓN DE DEMOCRACIA

Desde los puntos de vista socio-político y jurídico, la institucionalización del poder político y la formación del Estado-Nación son antecedentes de la democracia a la manera como se entiende hoy.

Al hacer un recorrido por los supuestos de la democracia, García-Pelayo , en su obra Derecho constitucional comparado, da cuenta de las siguientes características del sistema democrático: a. La voluntad y actividad del Estado es formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ellas; b. Por consiguiente, el “pueblo”, a quien se dirige el poder del Estado, es al mismo tiempo sujeto de este poder; su voluntad se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es soberano. La precisión conceptual anterior permite identificar a un sujeto político:

el pueblo, cuyo nacimiento como tal se vincula al fenómeno de la separación entre el Estado y sociedad.

A la misma conclusión llega el tratadista cuando destaca que para que exista pueblo, como sujeto unitario de poder del Estado se precisa que exista una voluntad conjunta, históricamente vinculada a la idea de nación en sentido moderno, para concluir que el sentimiento de la común pertenencia a una comunidad nacional específica es supuesto de la democracia; y, para el tema que nos interesa, observa allí que los derechos democráticos (derechos políticos, en la terminología clásica) no son accesibles, en principio, más que a los nacionales, al contrario de los derechos liberales (derechos civiles){703}.

El término “soberanía popular”, como expresión evocadora de un gobierno del pueblo, exige hoy para su realización unos instrumentos que garanticen y tutelen la participación efectiva de las personas y de los grupos en la actividad política. En esta perspectiva, el principio democrático expresado en la idea de soberanía popular entraña en términos de Konrad Hesse , citado por Pérez Luño , una respuesta al problema de la legitimación política en el plano material y formal.: “En el primero porque condiciona la legitimación constitucional del poder a la participación política de los ciudadanos, al respecto de sus derechos fundamentales y al reconocimiento del pluralismo de iniciativas y alternativas sociales. En el segundo porque representa simultáneamente una fórmula de racionalización del proceso político”{704}.

El grado de participación del pueblo en el gobierno y las instituciones destinadas a garantizar esta participación es la que determina los diversos tipos de democracia. Así, entre otras, se habla de la democracia directa y de la cuasi-directa, y según el sentido y alcance de la participación se distingue entre la democracia formal, la real y la integral. Las democracias modernas son electorales y representativas. La democracia representativa puede verse como una democracia directa en la que el pueblo no gobierna pero elige representantes que lo gobiernen, conceptos que se desarrollan más adelante.

C. EL SISTEMA DEMOCRATICO COLOMBIANO

El preámbulo de la Constitución establece como garantía de estabilidad social y económica un marco democrático y participativo, siguiendo en este punto los postulados del concepto clásico de la democracia, en virtud de los cuales son intrínsecas a ésta la discusión la consulta y la participación de la sociedad, de manera directa o indirecta, en las decisiones políticas de la colectividad.

Colombia es concebida entonces como un Estado social de Derecho, una república unitaria, democrática, participativa y pluralista, fundamentada en la prevalencia del interés general (art. I.°). Así, al Estado corresponde facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (art. 2.°), fórmulas que al lado de su significación normativa y fáctica constituyen el fundamento de nuestro sistema jurídico{705}.

D. DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA A LA DEMOCRACIA PARTICIPATI VA

Con la Constitución Política de 1991, al modificarse el sistema de representación existente en Colombia desde la Carta de 1886, se dio inicio al tránsito de la democracia representativa a la participativa, orientación constitucional que implicó un cambio trascendental del sistema político.

La participación ciudadana se proyecta en dos modalidades: una administrativa y otra política, entendiéndose por la primera la atribución de derechos específicos participativos en el proceso de formación de las decisiones, o en órganos con funciones y actividades consideradas formalmente como administrativas, en los espacios de que trata el inciso segundo del artículo 103 constitucional. La participación política de los ciudadanos es la consagrada igualmente en el

artículo 103 de la Carta, inciso primero, que establece que los mecanismos de participación por parte del pueblo en ejercicio de su soberanía son: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato.

De estas dos formas de participación democrática consideramos que solamente la política tiene protección a través del derecho penal, por las siguientes razones:

a. Es la que permite la conformación política del Estado democrático;

b. Como está íntimamente ligada con la Constitución del Estado democrático de Derecho, tiene una mayor jerarquía sobre la participación administrativa dentro de los bienes jurídicos tutelados por la Constitución.

c. Abarca los tres poderes fundamentales del Estado (Congreso, Presidencia, y jueces).

d. La participación administrativa está relacionada con la "marcha" de la administración y, por lo tanto, no siempre afecta a todos los ciudadanos; la participación política, en cambio, afecta a todos ellos.

La Carta Política, en la orientación descrita, brinda nuevas opciones y posibilidades para tomar parte en las decisiones y en los procesos políticos de la sociedad, a través de la consagración de una amplia gama de derechos políticos. Entre ellos pueden ubicarse los enunciados en el artículo 40, que dispone que para hacer efectivo el derecho en la conformación, ejercicio y control del poder político, los ciudadanos tendrán derecho a elegir y a ser elegidos; a tomar parte en las elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática; a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas; a revocar el mandato de los elegidos; a tener iniciativa en las corporaciones públicas; a interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y la ley, y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, entre otros.

II. INSTITUCIONES DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA Y BIEN JURÍDICO TUTELADO

El ámbito de protección del derecho penal frente a las instituciones de la democracia participativa se circunscribe, no obstante la amplia variedad de opciones y espacios democráticos que ofrece el texto constitucional, al que corresponde a los mecanismos de participación en donde se manifiesta la relación política ciudadano-Estado. La apreciación anterior no sólo es producto de la redacción de las normas penales que se refieren a los mecanismos de participación: plebiscito, referendo, consulta popular, revocatoria del mandato, cabildo abierto y sufragio; sino que consulta la naturaleza del derecho penal entendido como fragmentario y ultima ratio. Así las cosas, el derecho penal no se ocupa de todas las posibles formas de participación democrática sino que sólo protege la manifestación política de esa participación.

Sobre el particular, valga aquí la observación de un sector de la doctrina{706} que al referirse a la misión del derecho penal, sostiene que ésta no puede consistir en la protección en fórmula genérica de bienes jurídicos, por cuanto “el derecho penal no cumple la función de garantizar la existencia de dichos bienes en todo caso, sino solo frente a ataques de determinada clase”. El derecho penal, como sistema normativo dirigido a regular las relaciones sociales y como ultima ratio, está llamado a prevenir sólo ciertas formas de afectación de los bienes jurídicos.

Una vez delimitado el bien jurídico tutelado y previamente al análisis de los tipos penales es oportuno efectuar un acercamiento a las nociones de las instituciones de participación democrática, así como a conceptos desarrollados tanto en la Constitución como en normas electorales que adicionalmente son ingrediente normativo de la mayoría de tipos contenidos en el presente capítulo, resaltando que las definiciones relativas a los mecanismos de participación han sido ampliadas por la sentencia de la Corte Constitucional C-180 de 1994.

A. INSTITUCIONES DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA

I. El referendo: es un acto de convalidación popular; va dirigido a las normas. García Pelayo , en la obra ya citada, al referirse a las instituciones propias de la democracia directa, lo define como el derecho del cuerpo electoral a aprobar o a rechazar las decisiones de las autoridades legislativas ordinarias. Puede ser de las siguientes clases; según sea su fundamento jurídico, obligatorio o facultativo; y según sea su eficacia jurídica, consultivo de ratificación o sanción.

La Ley 134 de 1994, al tratar el referendo, además de prever que por su ámbito puede ser nacional, regional, departamental, distrital, municipal o local, contempla dos modalidades de éste: el derogatorio y el aprobatorio.

2. Plebiscito: el plebiscito es la consulta al cuerpo electoral sobre un acto de naturaleza gubernamental o constitucional, es decir, política, en el genuino sentido de la palabra. No gira en torno a un acto del legislador, sino a una decisión política, aunque susceptible de tomar forma jurídica.

En la Ley 134 de 1994 se le define como el pronunciamiento del pueblo convocado por el Presidente de la República, mediante el cual apoya o rechaza una determinada decisión del Ejecutivo.

3. Consulta popular: es definida por la Ley 134 de 1994 como la institución mediante la cual una pregunta de carácter general sobre un asunto de trascendencia nacional, departamental, municipal distrital o local, es sometida por el Presidente de la República, el gobernador o el alcalde, según el caso, a consideración del pueblo para que éste se pronuncie formalmente al respecto.

La ley citada prevé que la decisión del pueblo es obligatoria cuando ésta se refiere a la conveniencia de convocar una asamblea constituyente; las preguntas serán sometidas a

consideración popular mediante ley aprobada por el Congreso de la República.

4. Revocación o revocatoria del mandato: es el derecho de los ciudadanos para desvincular a un funcionario de elección popular de su cargo, antes de expirar su mandato, y se debe llevar a cabo mediante una decisión tomada por el cuerpo electoral con determinada proporción mayoritaria.

La ley estatutaria de los mecanismos de participación democrática define la revocatoria del mandato como un derecho político, por medio del cual los ciudadanos dan por terminado el mandato que le han conferido a un gobernador o a un alcalde.

5. La Asamblea abierta, popular deliberante o cabildo abierto: es la reunión de los ciudadanos con derechos políticos, ordinariamente de una localidad, para examinar sus problemas y tomar determinaciones, y sustituye a las asambleas representativas.

Entre nosotros la Ley 134 de 1994 contempla el mecanismo del cabildo abierto como la reunión pública de los concejos distritales o municipales o de las juntas administradoras locales, en la cual los habitantes –acepción más amplia que la de ciudadanos– pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad.

6. El sufragio: es la manifestación política en la que el pueblo ejerce directamente su poder para designar sus representantes en los órganos de gobierno popular de un Estado.

El ejercicio del sufragio implica la elección de autoridades, no sólo civiles y políticas sino, en nuestro caso, jurisdiccionales. Son autoridades elegidas popularmente: el Presidente y el Vicepresidente de la República; el Congreso; las asambleas departamentales; los gobernadores; los alcaldes; los concejales; las juntas administradoras locales; los jueces de paz y de reconsideración. Es importante precisar que la elección mediante el sufragio, que se tutela en derecho penal, es la que emana directamente del pueblo en ejercicio de su soberanía, como manifestación de la democracia participativa, es decir la que efectúa el

ciudadano en condición de tal y no cuando se encuentra investido de autoridad, como cuando las corporaciones eligen a dignatarios, v. gr., magistrados, contralor, procurador, defensor, etc., como manifestación de la democracia representativa.

B. CONDICIÓN DE CIUDADANO

Una de las más claras manifestaciones del tránsito constitucional se encuentra en la forma como se comprende en adelante al ciudadano. Así, la Corte Constitucional al referirse al tema ha destacado que "en la democracia representativa liberal clásica se tenía una visión del ciudadano según la cual su papel se limitaba a elegir a quienes sí tenían el conocimiento y las capacidades suficientes para hacerse cargo de los asuntos del Estado. En la democracia participativa, en lugar de desconfiarse del ciudadano, éste goza de plena confianza, lo cual se manifiesta en el derecho que se le otorga de participar en los procesos decisorios públicos que habrán de afectarlo, pues se entiende que es el ciudadano quien en realidad sabe cuáles son sus necesidades y, en esa medida, cuáles las prioridades en la distribución de recursos escasos y, además, tiene mayor interés en obtener los resultados perseguidos"{707}.

Los tipos penales consagrados en los artículos 387 a 392 y 395 del Código Penal tienen una referencia común, ya sea predicada del objeto material, ya del sujeto activo de las conductas descritas, y es la condición de ciudadano o extranjero habilitado por la ley, esto es, con facultad para ejercer derechos políticos. La razón de ser de esta característica común reside en que el ejercicio de la democracia exige del ciudadano emancipado, en palabras de Kaufmann , que pueda decidir y actuar bajo responsabilidad propia{708} Así, derechos políticos, como el del sufragio, el de ser elegido, el de desempeñar cargos públicos que impliquen autoridad o jurisdicción, el de participar en referendos y plebiscitos, radicados en cabeza de los ciudadanos, únicamente pueden ser ejercidos por éstos a partir de la adquisición de esa calidad, la cual

solamente se obtiene cuando se han cumplido los requisitos de nacionalidad y edad establecidos por el legislador (18 años). Además, se requiere que aquella no haya sido suspendida.

Es importante resaltar como innovación que la nueva legislación penal incorpora la figura del extranjero habilitado por la ley para votar, ya que en algunos eventos se permite su participación activa, v. gr., en la elección de alcaldes y gobernadores, siempre que el extranjero resida en la respectiva circunscripción electoral, tal como se desprende del contenido del inciso 2.° del artículo 100 de la C. N.

De conformidad con el artículo 99 constitucional, el derecho político al sufragio no se concreta en su ejercicio actual y efectivo sino bajo la condición indispensable de hallarse en ejercicio de la ciudadanía; luego, quien está afectado con la suspensión de tal calidad, ya sea de hecho, por no cumplir los requisitos exigidos, o en virtud de decisión judicial en los casos que determine la ley, está excluido de la posibilidad de ejercer los derechos políticos allí consignados{709}.

Se destaca en este aspecto que las personas que se encuentran bajo detención preventiva, es decir, que aún no han sido condenadas, merecen todas las garantías y la protección del Estado para ejercer el derecho al sufragio, el cual es fundamental y de aplicación inmediata, siempre y cuando reúnan las condiciones exigidas por la Constitución y la ley para tal efecto{710}. Debe agregarse que quienes hayan sido sancionados con la pena de interdicción de derechos y funciones públicas pueden solicitar la rehabilitación, de conformidad con el artículo 98 superior, y una vez obtenida recuperan sus derechos como ciudadanos.

De otra parte, se recuerda que la fuerza pública, en los términos del artículo 219 de la C. N., no es deliberante; en consecuencia, sus miembros no pueden ejercer el derecho al sufragio ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos, mientras permanezcan en el servicio activo.

C. CERTAMEN DEMOCRÁTICO

Se entiende por certamen democrático, en el contexto de la disposición citada, el ejercicio de cualquiera de los mecanismos de participación democrática consagrados en la Constitución y desarrollados por la Ley 134 de 1994. Como se analizaba en precedencia, la participación ciudadana se ha determinado como derecho en la medida en que todo el que ostente tal calidad está habilitado para participar en la conformación, ejercicio y control del poder, pudiendo tomar parte en elecciones, plebiscitos, cabildo abierto, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.

Al reglamentarse el ejercicio de las instituciones citadas se establece como mecanismo necesario el voto, por ser el instrumento idóneo para que el pueblo manifieste su voluntad.

D. VOTACIÓN

La votación puede entenderse como el resultado de todo el montaje a cargo de la organización electoral, independientemente del mecanismo de participación de que se trate, ya que en todos ellos, a excepción del cabildo abierto, la votación es el mecanismo por medio del cual el pueblo expresa su voluntad; de allí su importancia.

La votación, en resumen, opera del siguiente modo: en el día señalado por la organización electoral deben estar presentes, además de las autoridades electorales, los jurados de votación, quienes para el efecto se entiende que son servidores públicos, ya que, a pesar de no estar necesariamente vinculados con el sector oficial, transitoriamente ostentan el cargo de jurado{711}. Una vez iniciada la jornada, antes de comenzar la votación debe abrirse públicamente la urna y mostrarla, esto con el fin de asegurarse que se encuentra vacía y que "no contiene doble fondo ni artificios adecuados para el fraude"{712}. Al darse apertura a la votación, el presidente del jurado exige al

votante su cédula de ciudadanía o el documento válido para votar: debe examinarla y verificar su identidad, lo que no sólo implica la confrontación del número de cédula con el que aparece en la lista de sufragantes sino que debe procurar la individualización del elector, para asegurarse que quien porta el documento es su titular.

El voto es el mecanismo por medio del que los ciudadanos no sólo eligen a las autoridades de diversos órdenes: también es el medio que les permite tomar parte en otras decisiones, legitimar actos, como es el caso de la consulta popular, remover a las autoridades, como sucede en la revocatoria del mandato, etc.

Por su naturaleza el voto es secreto, ya que en principio es considerado como un derecho individual; por tanto, su ejercicio corresponde al fuero interno de cada ciudadano.

E. ESCRUTINIO

Se entiende por escrutinio no sólo la contabilización de los votos válidos obtenidos por cada candidato: este es el concepto de escrutinio en sentido extenso. La doctrina señala: “Los escrutinios se adelantan, con relación a los municipios, en dos etapas: escrutinio de los jurados (cómputo de votos) y escrutinios municipales a cargo de comisiones escrutadoras distrital, municipal y auxiliares. El escrutinio general departamental, a cargo de los delegados del Consejo Nacional Electoral y de comisiones escrutadoras auxiliares designadas por dichos delegados, se agrega a los pasos anteriores para producir el acto de declaratoria de la elección de alcaldes, concejales, diputados, representantes y senadores. Para el escrutinio de votos emitidos para Presidente y Vicepresidente se añade una cuarta etapa, pues a las tres indicadas se agrega el escrutinio general nacional, que corresponde hacerlo al Consejo Nacional Electoral, con base en las actas y registros de los escrutinios practicados por sus delegados en los departamentos y las actas válidas de los jurados de votación en el exterior”{713}.

Finalmente, y previo al análisis de cada tipo penal, es preciso señalar que en la mayoría de ellos se prevé como circunstancia de agravación punitiva el que la conducta se ejecute por un servidor público; la razón de tal consagración estriba en que los servidores públicos por el hecho de ostentar tal calidad tienen una especial relación de sujeción con el Estado, que les exige no sólo la neutralidad frente a los certámenes electorales, sino además el cumplimiento estricto de las obligaciones y funciones legalmente atribuidas.

III. DESCRIPCIÓN COMPORTAMENTA

A. PERTURBACIÓN DE CERTAMEN DEMOCRÁTICO (ART. 386)

La disposición en cita reprocha la conducta de “el que” (sujeto activo indeterminado), valiéndose de artimaña engañosa, perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática o su escrutinio; es decir, que no permita la correcta marcha de un certamen democrático.

La conducta reprochada en la presente disposición consiste en perturbar, y valiéndose para ello de maniobras engañosas; es decir, de este modo obstaculizar, alterar o impedir, esto es, no permitir que la votación –entendida como presupuesto fundamental para la contienda democrática– de que se trate se lleve a cabo. La forma como se ejerce el derecho al sufragio es a través del voto; el mecanismo para expresar opiniones o revocar el mandato conferido es también el voto. Por supuesto, es posible igualmente perturbar el certamen si el escrutinio, o, en estricto sentido, el cómputo de votos es impedido, en cualquier etapa de las que comporta la función de escrutar.

Como se precisó, la conducta descrita en el primer inciso de la disposición se lleva a cabo a través de maniobra engañosa encaminada a trastornar el desarrollo del certamen. La maniobra engañosa implica maquinación, trampa para engañar. Las maniobras engañosas son la causa de la perturbación del certamen, lo que significa que deben ser anteriores o concomitantes a la votación.

En relación con el mecanismo del cabildo abierto, como quiera que éste es la reunión pública de los concejos distritales, municipales o de las juntas administradoras locales en la que los habitantes, no necesariamente los ciudadanos, pueden participar directamente con el fin de discutir asuntos de interés para la comunidad, no hay votación; por tal motivo la conducta del sujeto activo no está encaminada a impedirla, sino que con el hecho de impedir o perturbar la reunión se configura la conducta.

El inciso 2.° de la norma bajo análisis consagra un tipo especial agravado cuando la conducta, también predicable de un sujeto activo indeterminado, no se lleve a cabo a través de una maniobra engañosa, sino queo la misma comporte violencia, ya sea física o moral, implique el uso de armas o no; lo importante es que se traduzca en intimidación que impida la votación o la realización de la reunión pública que comporta el cabildo.

Finalmente, se consagra la agravación de la pena cuando quien ejecute las conductas analizadas en precedencia sea un servidor público, esto es, que perturbe o impida la realización del certamen o el escrutinio de la votación, valiéndose de maniobras engañosas, o que lo haga empleando la violencia.

B. CONSTREÑIMIENTO AL SUFRAGANTE (ART. 387)

En su descripción básica se trata de un tipo penal con sujeto activo indeterminado; dicho sujeto debe utilizar armas o por cualquier medio amenazar o intimidar a una persona habilitada para votar (ciudadano) para obtener votación en

determinado sentido o impedir que el ciudadano ejerza su derecho.

Como quiera que a través del voto se hace efectiva la intervención ciudadana dentro de todos los mecanismos de participación establecidos, en la misma pena señalada para quien impida o amenace a quien participa en una elección incurrirá aquel que ejecute la misma conducta en tratándose de otro mecanismo de participación diverso del cabildo abierto, es decir, dentro de un plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato.

El tipo, para su consumación, no requiere que efectivamente se obtenga el propósito buscado; basta con que se intimide, se amenace al ciudadano, y que se haga con el ánimo señalado en el tipo, o que se amenace al sufragante para que se abstenga de ejercer el derecho al voto, que no se le permita acceder a las urnas valiéndose de la intimidación, ya sea utilizando violencia física o moral. Requiere viciar la voluntad del elector por la fuerza, esto es, amenazar, asustar, intimidar, amedrentar al ciudadano con armas o sin ellas.

El ingrediente subjetivo es el que determina si se está en frente de la descripción efectuada en el tipo básico del primer inciso o si se está ante la segunda hipótesis prevista por la norma. En el primer evento, el sujeto agente persigue obtener el apoyo o la votación por un determinado candidato o lista de candidatos, o el voto en blanco. La conducta tiene lugar dentro de una elección de autoridades, ya sean administrativas o jurisdiccionales; el voto a favor de un candidato o lista de ellos. El voto válido para efectos de la norma es aquel en que se encuentra marcada la casilla de un sólo candidato; el voto en blanco es aquel marcado en la casilla de voto en blanco, el voto no marcado no se contabiliza como voto en blanco; sino como voto no marcado, conforme a lo establecido por el artículo 17 de la Ley 163 de 1994.

En la segunda hipótesis el ingrediente subjetivo del tipo indica que el propósito perseguido debe ser obtener en plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo o votación en determinado sentido, es decir que la conducta tiene lugar en desarrollo de la votación de otro de los mecanismos de participación. Como quiera que

ordinariamente se pregunta al pueblo si está de acuerdo o no con una determinada decisión o si el mandatario debe continuar en ejercicio de su cargo o no, es decir ,no se vota por un candidato sino por una alternativa, una disyuntiva. El fin perseguido es inclinar la votación para manipular la voluntad del pueblo.

Es importante resaltar que en esta segunda hipótesis se reprocha es el propósito de obtener apoyo o votación en determinado sentido, y que, a diferencia de lo que sucede en el inciso primero, no se habla de la hipótesis del voto en blanco, a pesar que, por ejemplo, en tratándose del referendo la tarjeta electoral, por lo menos debe contener casillas para el sí, para el no y para el voto en blanco, de conformidad con lo ordenado por el artículo 41 de la ley estatutaria.

Finalmente la norma prevé una circunstancia de agravación cuando la conducta descrita, amenazar prevalido de armas o por cualquier otro medio, a una persona habilitada por la ley o utilizando los mismos medios que impida el ejercicio del voto, se lleva a cabo por un servidor público.

C. FRAUDE AL SUFRAGANTE (ART. 388)

Esta descripción contiene un tipo de sujeto activo indeterminado que a diferencia del anterior no prevé una agravación específica en el evento en que la conducta descrita sea realizada por un servidor público.

La conducta del sujeto consiste ya no en amenazar, como sucede en el constreñimiento al sufragante, sino que el verbo que describe la conducta es el de obtener: obtener mediante engaño. Para su consumación se requiere que efectivamente el ciudadano vote en un determinado sentido con base en la existencia de maniobras engañosas orientadas a inducir, al ciudadano o a la persona habilitada por la ley para votar, en error. La maniobra engañosa implica maquinación, trampa para engañar, esto es,

embaucar, enredar a la persona, inducir en error, viciar la voluntad del elector a través del error.

La redacción de la norma implica que las maniobras engañosas deben ser la causa del error de la persona, lo que significa que deben ser anteriores a la votación por determinado candidato, partido o corriente política, o al voto en blanco, en la primera posibilidad prevista.

El segundo inciso de la disposición contempla la hipótesis en que la anterior conducta se efectúe, ya no dentro del marco de una elección, sino en desarrollo de alguno de los mecanismos de participación democrática que impliquen votación. Se requiere que el sujeto agente, a través de maniobras engañosas, obtenga que efectivamente el ciudadano vote en determinado sentido.

D. FRAUDE EN INSCRIPCIÓN DE CÉDULAS (ART. 396)

El tipo básico de esta norma sanciona a quien indebidamente logre que personas habilitadas por la ley se inscriban en una localidad, municipio o distrito diferente a aquél en donde residan; se agrega el ingrediente subjetivo que indica que el propósito que persigue el sujeto agente es el de obtener ventaja en alguno de los mecanismos de participación.

La razón de ser de esta disposición radica en que, de permitirse tal práctica, se violaría la autonomía política de las entidades territoriales si un ciudadano pudiese desplazarse para votar a una localidad diversa a aquella en la que reside. Sobre la autonomía política de las entidades territoriales, la Constitución de 1991 ratifica la reforma de 1986 y va más lejos, pues enmarca la elección popular de alcaldes y gobernadores dentro del término de “autonomía”, que no es un concepto abstracto sino que ella es la facultad real de autogobernarse”{714}. Tal noción es también aplicable a la elección de autoridades jurisdiccionales como los jueces de paz y reconsideración.

En este orden de ideas, la trashumancia electoral o la movilización de votantes a una circunscripción electoral diversa viola el principio de igualdad no sólo de los electores sino también de los candidatos. Dicho concepto fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-020 de 1993{715}: la prohibición de los electores para cambiar de circunscripción departamental –como la municipal–, no es una restricción a la libertad de circulación, de que trata el artículo 24 de la Carta, como quiera que lo que se prohíbe no es la movilización per se sino la movilización para votar en otro departamento, por las razones anotadas.

La inscripción de cédulas determina el censo electoral, que es el registro de ciudadanos con derecho al voto; la inscripción implica la declaración por parte del ciudadano sobre su residencia, conforme a lo establecido en el artículo 316 de la Constitución que ordena que en las votaciones para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio{716}.

La conducta descrita en el inciso primero del artículo se refiere a un sujeto activo indeterminado; es un tipo abierto: aquel que por cualquier medio logre que quienes puedan votar inscriban su documento en un lugar diverso al de su residencia, de forma que incidan ya sea en una elección, como se ha analizado, en las decisiones que se adopten dentro de una consulta popular, un referendo, la revocatoria del mandato o un plebiscito.

Valga recordar que la consulta y el referendo pueden ser de carácter nacional o departamental, distrital, municipal o local, y la revocatoria del mandato se predica sólo de autoridades seccionales y locales (gobernadores y alcaldes), por lo que es claro que la disposición pretende evitar que la trashumancia incida en determinaciones de otros entes territoriales y por tanto, en esos casos, es posible establecer el ingrediente subjetivo de que trata el tipo el ánimo o propósito de obtener ventaja.

Ahora bien, en relación con el plebiscito y con las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República, así como las de senadores –elecciones que tienen circunscripción nacional–, no resulta clara la configuración del ingrediente

subjetivo y por tanto la tipicidad de la conducta que se analiza, en la medida que el lugar donde se encuentre inscrito el ciudadano es indiferente para el resultado de la votación.

El inciso final de la disposición consagra una causal específica de agravación que modifica los límites de la pena establecida en el tipo básico, cuando el sujeto activo sea servidor público.

E. CORRUPCIÓN AL SUFRAGANTE (ART. 390)

La descripción de la conducta comporta la práctica denominada “compra de votos”; puede ser realizada por cualquier persona que prometa, pague o entregue dinero o dádiva a un ciudadano para que éste vote en determinado sentido o se abstenga de hacerlo. Si bien la conducta puede ser realizada por cualquier persona, se requiere que la acción recaiga sobre el sufragante, el ciudadano que ejerce su derecho al voto.

A diferencia de lo que sucede en la descripción de los tipos de los artículos 387 y 388, no está viciado el consentimiento del elector, no hay fuerza ni error, no se coacciona al sufragante, sino que se corrompe, de suerte que la persona habilitada por la ley para sufragar que “vende” su voto lo hace libremente.

El sujeto activo puede valerse de diversos medios en su propósito de corromper al elector. Uno de ellos es la entrega de dinero, otro las dádivas entendidas como cosas, sobornos o regalos como precio por el voto. No es necesario que se haga entrega efectiva del dinero o de las dádivas, ya que con la simple promesa de su entrega se configura la hipótesis descrita en los incisos primero y segundo de la norma, siempre que tenga como propósito obtener que el ciudadano consigne su voto en determinado sentido o se abstenga de hacerlo.

Como sucede con todos los tipos dentro del presente título, la conducta se desarrolla dentro de un certamen democrático o con ocasión del mismo, pero siempre que implique votación, ya sea una elección, un plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato. No se requiere que efectivamente se obtenga el propósito buscado y que el candidato en cuyo favor se pague o se prometa para obtener votación salga elegido; basta que se prometa o entregue dinero o una dádiva al ciudadano, así este no cumpla su compromiso.

De otro lado, la disposición consagra la corrupción electoral en forma pasiva, esto es que no sólo incurre en este comportamiento quien entrega o promete al ciudadano: el inciso tercero de la disposición prevé la hipótesis en la que un sufragante (sujeto activo cualificado) acepte la promesa, el dinero o la dádiva, pero únicamente con los fines señalados dentro del inciso primero, esto es, dentro del mecanismo de la elección; por tanto, si tal comportamiento tiene lugar en desarrollo de otro mecanismo de participación ciudadana, no se configura la hipótesis de corrupción al sufragante en forma pasiva.

En este evento la conducta no es entregar o prometer sino aceptar con el propósito de consignar el voto en un determinado sentido; el ciudadano vende el derecho que tiene de participar en la contienda electoral.

En conclusión, el artículo tipifica en una misma norma dos aspectos de la denominada corrupción electoral: de un lado, sanciona la conducta orientada a obtener que un ciudadano consigne su voto en determinado sentido o se abstenga de votar, y, de otro lado, también se encuentra dirigido al elector que recibe el dinero o dádiva con la finalidad indicada, es decir, es una especie de cohecho.

Finalmente, la norma consagra un tipo agravado específico cuando quien ejecuta la conducta, en cualquiera de las dos modalidades propuestas, es servidor público, esto es, cuando el servidor público promete o entrega, o cuando es éste quien acepta recompensa a cambio de su voto.

F. VOTO FRAUDULENTO (ART. 391)

Se trata de un tipo penal con sujeto activo indeterminado cuya conducta consiste en suplantar a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley; se entiende, de acuerdo al contexto de la norma, que lo hace con el propósito de interferir en la votación dentro de un certamen democrático; suplantar implica sustituir la identidad de otro para votar. Así mismo, se configura el tipo en estudio cuando se vota más de una vez o se hace sin derecho.

En el caso de la configuración del tipo penal por suplantación se podría presentar un concurso aparente con el tipo de falsedad personal consagrado en el artículo 296; sin embargo, este último es un tipo de aplicación subsidiaria;

entonces, en los eventos en que la suplantación tenga lugar dentro de un certamen democrático (elección, refrendo, consulta popular...), ante la mayor riqueza descriptiva del tipo y ante su especialidad, se aplicará la disposición del artículo 391.

Si bien no existe disposición que limite el ejercicio del voto, es claro que dentro del contexto actual tiene el carácter de facultativo{717}, su ejercicio se limita en cuanto tiene injerencia en las funciones estatales; por tal razón un ciudadano no puede manifestar su voluntad en más de una ocasión ya que de hacerlo interferiría indebidamente en la formación de la voluntad mayoritaria, que es la que interesa a la democracia; por tal razón, se limita su ejercicio y al ciudadano no le está permitido votar más de una vez.

En la disposición en cita obviamente no se incluye el mecanismo del cabildo abierto, ya que en éste no existe votación: es, se repite, la reunión pública del concejo o la asamblea.

G. FAVORECIMIENTO AL VOTO FRAUDULENTO (ART. 392)

La presente disposición guarda estrecha relación con la conducta descrita en el artículo anterior; ahora se reprocha al servidor público que permita suplantar a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley o votar más de una vez o hacerlo sin derecho.

La conducta descrita en este artículo puede ser ejecutada por algunas autoridades electorales o por los jurados de votación. Lo anterior se explica así, como quiera que es al jurado a quien le corresponde verificar la identidad del ciudadano. Si a la mesa de votación se presenta una persona con una cédula que no corresponde con las características señaladas en el documento y el jurado lo advierte, y aun así le permite sufragar, estará incurso en la descripción típica de la conducta. Ahora bien, como quiera que hasta la fecha la Registraduría ha expedido diversos modelos de cédula, es posible, que en el formato antiguo los rasgos registrados en la fotografía del documento no correspondan a la apariencia actual de su titular; sin embargo, deberá verificar si la fecha de nacimiento coincide con la edad que aparenta su portador, o buscar otros mecanismos para la comprobación, etc. Precisamente la expedición de las nuevas cédulas de ciudadanía con fotos recientes y a color, entre otras características, busca facilitar la identificación del portador del documento para evitar suplantaciones.

De otro lado, la organización electoral imparte instrucciones a los jurados en las que se les indica que sólo se acredita la ciudadanía enseñando la cédula, el documento que expide la Registraduría Nacional del Estado Civil; así las cosas, si se permite la votación a quien presente documento diverso a éste, aunque en el mismo conste el número de identificación, posiblemente se incurre en la conducta al permitir votar a quien no tiene derecho a ello.

El jurado de votación no puede permitir que una persona que no aparezca en el listado de sufragantes vote, ya que este evento sólo puede ser autorizado por las autoridades electorales; de hacerlo eventualmente, a pesar de que la persona se presente con su cédula de ciudadanía, podría estar consintiendo que personas sin derecho a votar en esa mesa lo hicieren, ya sea que la ciudadanía se encontrara suspendida o que la persona se encontrara inscrita en lugar diferente a aquel en el que pretende sufragar{718}. Se

exceptúan de tal prohibición los jurados que integran la mesa, quienes se encuentran autorizados para votar en ella, y los servidores que están prestando sus servicios en sede diversa a aquella en que se encuentra inscrita su cédula, tal como sucede con los funcionarios que ejercen control durante la jornada, con autorización de la Registraduría.

Así mismo se tipifica la conducta en estudio en el evento en que el Registrador autorice la votación a una persona que no tenga derecho a ello, dando la instrucción al jurado para que permita a la persona sufragar.

Como se analizaba en el tipo del artículo 391, a los ciudadanos no les está permitido votar sino una vez, luego si a pesar de tener el derecho un ciudadano vota en más de una oportunidad, incurrirá en la conducta descrita en esa norma. Consecuencia de lo anterior es que, si un servidor permite a una persona la multiplicidad de manifestaciones, se tipifica la presente conducta.

En conclusión, la conducta del servidor público de que se trate se configura al permitir, esto es, consentir o tolerar que alguien suplante a una persona habilitada por la ley para votar, que vote sin derecho o que lo haga por más de una vez.

H. MORA EN LA ENTREGA DE DOCUMENTOS RELACIONADOS CON UNA VOTACIÓN (ART. 393)

La conducta del servidor público en este tipo penal consiste en no hacer entrega oportuna a la autoridad competente del registro electoral, los sellos de urna o el arca triclave. Para entender en qué consiste realmente la conducta hay que remitirse a las normas electorales, ya que este tipo penal, al igual que sucede con los demás artículos de este título, es bastante rico en cuanto a ingredientes normativos.

De la redacción de la norma se desprende que la conducta que se cuestiona es la que tiene lugar concluido el debate

electoral, y para ello es preciso analizar muy brevemente el trámite del escrutinio; el primero de ellos es el que corresponde efectuar al jurado de votación.

Una vez el jurado inicia el escrutinio y ha determinado el número de votos validos, efectúa el cómputo de los mismos. El resultado de este cómputo se hace constar en un documento denominado acta de escrutinio que se extiende en cuatro ejemplares iguales, con indicación del total obtenido; el destino de esta acta es el arca triclave, los delegados del Registrador Nacional, el Registrador del Estado Civil y el respectivo tribunal contencioso.

Al terminar el escrutinio, se entregan los documentos y actas que han servido para la votación al clavero{719}, en las cabeceras municipales, y en los sectores rurales o en las demás zonas a los delegados del Registrador del Estado Civil; dichos documentos serán conducidos por el delegado que los recibió a la cabecera municipal y entregados a los claveros respectivos dentro del término establecido por la Registraduría Nacional del Estado Civil{720}.

El arca triclave es una caja en la que se introducen y guardan los documentos electorales; esta caja, urna o arca tendrá tres cerraduras o candados. Si el volumen de los documentos así lo exige, es posible acondicionar locales u oficinas que harán las veces de arca triclave. A medida que se reciban los documentos electorales, los claveros los introducirán en la correspondiente arca; una vez se han introducido todos los documentos, los claveros cierran y sellan el arca triclave que permanecerá en la Registraduría a efecto de que las comisiones escrutadoras efectúen el segundo nivel del escrutinio; los claveros volverán a reunirse para poner a disposición de las respectivas comisiones los documentos que se encuentran en el arca triclave.

Con posterioridad a este procedimiento tiene lugar, el martes siguiente a las elecciones, el escrutinio distrital o municipal; una vez concluido, el registrador distrital o municipal debe conducir, conforme a las normas electorales, “sin tardanza”, las actas del escrutinio y demás elementos electorales, y los entrega al delegado del Registrador Nacional para que sean introducidos por los claveros en Arca triclave departamental. En un tercer nivel,

que se realiza el domingo siguiente a las elecciones, en cada departamento los escrutinios generales departamentales, con base en las actas de escrutinio municipales y se declara la elección que corresponda (alcaldes, diputados, gobernador...).

Finalmente, tratándose de la elección de Presidente y Vicepresidente, en el territorio nacional y respecto de la votación en el extranjero, se lleva a cabo el escrutinio que practica el Consejo Nacional Electoral.

Ahora bien, la conducta descrita en este tipo penal consiste en no hacer entrega oportuna de los documentos relacionados con la votación. Conforme a lo brevemente expuesto se tiene que en el primer nivel de los escrutinios la oportunidad de la entrega es fijada, en cada elección, por la autoridad electoral; esto quiere decir que para establecer este elemento del tipo debe remitirse a las disposiciones de las autoridades electorales. Para el escrutinio municipal, como quiera que debe efectuarse el martes siguiente a las votaciones, los documentos deben ser entregados antes de esa fecha; igual sucede con el escrutinio departamental que se inicia el domingo siguiente al día de elecciones.

Si la entrega se hace por fuera de la hora señalada, o por fuera del correspondiente término, es decir se hace extemporáneamente, dichos pliegos no se escrutarán y además se configurará el tipo en estudio; obviamente se efectuará el escrutinio si se demuestra ante la comisión escrutadora fuerza mayor y caso fortuito; en estos eventos, además, tampoco se configurará la conducta del artículo 393.

Este tipo penal sólo puede ser cometido por un servidor público que tenga el deber de hacer entrega oportuna ya sea de documentos electorales (registro electoral) o de sello de una urna triclave. Tienen la obligación de hacer entrega oportuna de documentos electorales, en primer lugar, los jurados de votación, los delegados del Registrador, los registradores distritales y departamentales. Y el deber de hacer entrega de los sellos de la urna triclave está en cabeza de los claveros, todos ellos servidores públicos{721}.

Se trata de un tipo en blanco, con sujeto activo cualificado, que implica no hacer entrega oportuna de efectos

electorales; por tanto, si no se entregan no se configuraría esta hipótesis, sino que posiblemente se configuraría el tipo descrito en el artículo 394, ya que la no presentación implica alterar el resultado, no es el simple retardo de que trata esta disposición.

I. ALTERACIÓN DE RESULTADOS ELECTORALES (ART. 394)

El artículo 394 tipifica la conducta del que (sujeto activo indeterminado) altere el resultado de una votación o introduzca documentos o tarjetones indebidamente, alteración que debe llevarse a cabo por medios distintos al voto fraudulento, su favorecimiento y la mora en la entrega de documentos, y finalmente consagra una circunstancia de agravación cuando quien realice el comportamiento sea un servidor público. Se trata de un tipo subsidiario aplicable sólo si la conducta no constituye un delito sancionado con pena mayor.

El tipo habla de los resultados de la votación, lo que implica que la conducta puede llevarse a cabo en desarrollo de cualquiera de los mecanismos de participación ciudadana, es decir, en desarrollo de una elección, referendo, plebiscito, consulta popular o revocatoria del mandato. La conducta desplegada por el sujeto agente consiste en alterar, esto es, modificar o cambiar el resultado de una votación, o en introducir documentos o tarjetones de forma indebida.

La acción de introducir documentos puede tener lugar en varias etapas de la contienda electoral, en tanto que la modificación del resultado sólo puede tener lugar una vez ha concluido el certamen, ya que sólo a partir de ese momento se puede hablar de resultados electorales. Para mayor claridad es del caso analizar separadamente las dos hipótesis.

Introducción de documentos o tarjetones. A partir de la expedición de la Ley 62 de 1988, se hace mención a la

utilización de la tarjeta electoral que contiene las distintas alternativas entre las que puede, en ejercicio de sus derechos políticos, escoger la opción que represente su voluntad. La forma de la tarjeta electoral varía según el mecanismo de participación de que se trate{722}. La introducción de tarjetones o documentos en desarrollo de la jornada electoral difícilmente no constituye el voto fraudulento o su favorecimiento, en la medida en que si se trata de un ciudadano que introduce elementos lo hará sin derecho a ello, ya que es posible, dentro de otras muchas hipótesis, que no hiciere parte del censo electoral del lugar en el que pretende votar, o posiblemente teniendo derecho a votar lo hiciere más de una vez, y por tanto estaría incurso en la conducta descrita en el artículo 391.

De otro lado, es posible que la conducta tenga lugar previo al inicio del debate: que una persona deposite tarjetas antes de comenzar la votación; por ello se ha previsto que antes de las 8:00 de la mañana el jurado debe mostrar a los presentes la urna para cerciorarse que la misma se encuentra vacía, posteriormente sellarla y declarar abierta la votación.

Esta conducta puede ser cometida por cualquier persona y en cualquier etapa del proceso electoral.

En relación con la alteración de resultados, como se indicaba, los resultados sólo empiezan a ser conocidos a partir del cómputo de votos, del escrutinio que realiza el jurado de votación instantes después de cerrada la jornada electoral, al iniciarse la contabilización de los votos válidos, aunque es importante tener en cuenta que el jurado de votación durante el desarrollo de la jornada electoral llena diversos formatos en los que anota cuántas personas concurren a la mesa para votar, el nombre de los sufragantes y se encarga de entregar los certificados electorales a quienes han votado.

Es posible que en las mesas de votación se altere este formato y que aparezcan más votantes de los que realmente concurrieron, que se anote como sufragantes a personas que si bien se encuentran en el censo electoral no se hicieron presentes para participar; en este caso de alteración del registro electoral se agota la conducta

descrita y además se estaría en presencia del tipo de falsedad material en documento público. Debe recordarse que el jurado de votación se encuentra revestido temporalmente como autoridad electoral.

Además es posible la alteración de resultados al momento de llevar a cabo el conteo de votos. Se puede alterar o modificar el resultado de la votación, haciendo aparecer más votos a favor de un determinado candidato de los que realmente se depositaron en respaldo a esa aspiración, sin necesidad de alterar los formatos de la Registraduría. La alteración de los resultados puede tener lugar en todos los niveles del escrutinio y por tanto puede llevarse a cabo la conducta no sólo por los jurados de votación, sino por cada uno de los servidores que interviene en ese proceso, desde las comisiones escrutadoras de todos los niveles, departamentales, distritales, municipales y auxiliares, los delegados y miembros del Consejo Nacional Electoral, funcionarios de la Registraduría en todos sus niveles, así como todo aquél que ha tenido acceso a la documentación electoral, v. gr., los claveros y las autoridades diplomáticas que en el extranjero hacen las veces de jurados y autoridad electoral.

La alteración de los resultados hoy no sólo implica la modificación física de los listados o la introducción de votos en las urnas, puede implicar alteraciones en los sistemas de información, como manipulación de los equipos y computadores en que se recopila la información que es suministrada mesa a mesa.

J. OCULTAMIENTO, RETENCIÓN Y POSESIÓN ILÍCITA DE CÉDULA (ART. 395)

La descripción contenida en el artículo 395 hace referencia al comportamiento que puede ser desplegado por un sujeto activo indeterminado y que recae sobre la cédula, ingrediente normativo, que es el documento que acredita a su titular como ciudadano y por tanto habilitado para el

ejercicio de los derechos políticos. También puede recaer sobre otro documento necesario para el ejercicio del sufragio, como son los expedidos por el registrador en que se autoriza el ejercicio del voto a personas no inscritas, o el pasaporte en el caso de los nacionales con residencia en el exterior; dicho documento debe pertenecer a otra persona, es decir que la conducta recae sobre una cédula ajena.

La conducta descrita puede realizarse a través de la adecuación del comportamiento a tres hipótesis: desaparecer, poseer o retener. Hacer desaparecer, es decir, sustraer, destruir, o eliminar; poseer: tener o conservar en su poder el mencionado documento, y retener, que implica no sólo poseer sino abstenerse de devolver, despojar.

Se trata de un tipo penal subsidiario ya que su aplicación se supedita a que la conducta no esté prevista como punible con una pena mayor, como podría ocurrir en el caso del voto fraudulento del artículo 391 o en otros supuestos de tipos de falsedad.

De otro lado, se puede presentar la hipótesis en la que, con ocasión de la no actualización permanente del censo electoral, personas que han debido dejar de aparecer en él, por ejemplo, personas que han fallecido, continúen registradas y por tanto aparezcan como habilitadas para votar, situación que puede ser manipulada por otro que utilice la cédula suplantando a su titular; por tal razón ordinariamente se denuncia que los muertos todavía votan.

K. DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN

El artículo 396 consagra la denegación de inscripción. Tal conducta puede ser ejecutada por el servidor público a quien legalmente le corresponda la inscripción de un candidato o lista de candidatos para elecciones populares o por cualquier persona conforme al inciso final de la disposición.

La conducta del servidor es abstenerse de cumplir con la función, dilatarla o entorpecerla. Abstenerse implica dejar de hacer algo a lo que se encontraba obligado, es decir, no efectuar la inscripción dentro de los términos señalados por la ley. Dilatar significa demorar, retardar o en general obstaculizar el cumplimiento de la función; y entorpecer implica dificultar o poner trabas para la inscripción de que se trate. Tales hipótesis pueden configurarse al requerir del ciudadano aspirante diversos requisitos a los exigidos legalmente{723}.

Este tipo penal contiene un ingrediente normativo ya que hace referencia a la función legalmente atribuida a un servidor público; por tanto, resulta necesario remitirse a las diversas normas que regulan el tema no sólo electoral sino de participación democrática, para establecer a quién corresponde llevar a cabo dicha inscripción.

La primera hipótesis descrita en el tipo penal hace referencia a la inscripción de candidaturas en los eventos de elección de autoridades, incluso judiciales; en tales eventos la obligación de la inscripción de la candidatura o el listado de candidatos según la elección de que se trate será así:

FUNCIONARIO	CARGO O CORPORACIÓN
Registrador Nacional del Estado Civil	Presidente o Vicepresidente de la República
Delegados del Registrador Nacional del Estado Civil	Senado de la República, Cámara de Representante y Asamblea
Registradores Distritales	Concejo y Alcalde Distrital
Registradores Municipales	Concejo, Alcalde Municipal y J.A.L.
Registradores Auxiliares del Distrito	Ediles
Personero Municipal	Jueces de Paz y reconsideración

El inciso segundo de la citada disposición se refiere al mismo comportamiento, ya no frente a una elección sino respecto de los demás mecanismos de participación democrática, así:

– Referendo: implica la inscripción de la solicitud efectuada ante la Registraduría del Estado Civil (cfr. arts. II y ss. Ley

134 de 1994), la entrega de formularios diligenciados dentro del término de 6 meses (art. 22), y un mes después contado a partir de la fecha de entrega de los formularios el registrador, quien debe expedir un certificado sobre si se ha cumplido o no con los requisitos de ley (art. 24)

– Revocatoria del mandato: un número de ciudadanos no inferior al 40% de los votos válidos puede solicitar ante la Registraduría del Estado Civil correspondiente la convocatoria a la votación para la revocatoria del mandato de un gobernador o un alcalde.

– Consulta popular, en este mecanismo no existe inscripción propiamente dicha ya que su naturaleza es preguntar al pueblo su opinión favorable o no sobre una determinada decisión, la que puede ser de trascendencia nacional, departamental, municipal o local. En el primer caso, es decir, de trascendencia nacional, el Presidente de la República envía el texto de la consulta así como su justificación al Senado, corporación que en el término de veinte días debe emitir concepto. En los demás eventos el gobernador o el alcalde solicitará a la asamblea, al concejo o a la junta administradora local un concepto sobre la conveniencia de la consulta en los mismos términos de la consulta de carácter nacional. Al igual que lo que sucede con la consulta popular, en el plebiscito no existe inscripción propiamente dicha, requiere de un concepto previo por parte de las dos cámaras que deben pronunciarse dentro del mes siguiente a la fecha en que el Presidente haya informado de su intención de realizar un plebiscito (cfr. art. 78 Ley 134, sent. C-180 de 1994).

Finalmente, puede ser sujeto activo de las conductas reseñadas anteriormente cualquier persona; obviamente su conducta no será omitir, ya que no tendría el deber, sino que impida u obstaculice las referidas inscripciones. Impedir, ya sea mediante artificios o violentamente, o simplemente obstaculizando, entorpeciendo o dificultando la inscripción.

CONCLUSIONES

El ámbito de protección del derecho penal frente a las instituciones de la democracia participativa se circunscribe, no obstante la amplia variedad de opciones y espacios democráticos que ofrece el texto constitucional, al que corresponde a los mecanismos de participación en los que se traduce la relación política ciudadano-Estado; es decir que para el derecho penal sólo son relevantes aquellas manifestaciones políticas de tal participación.

Las descripciones del presente capítulo en su mayoría se integran con elementos propios de normas electorales; sin embargo, las mismas se encuentran dispersas en leyes, decretos e incluso resoluciones, lo que dificulta establecer en algunos casos el comportamiento reprochado; es decir, se trata de tipos en blanco que no se remiten a un texto legal, sino a múltiples disposiciones de diversa índole.

BIBLIOGRAFÍA

Barbosa Castillo, Gerardo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau . Bien jurídico y derechos

fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

Correa Henao, Néstor Raúl. Descentralización y Estado moderno, Bogotá, fescol y faus , 1991.

García-Pelayo, Manuel. Derecho constitucional comparado, Madrid, Alianza Universidad, 1993.

Jakobs, Günther. Derecho penal. Parte general, Madrid, Marcial Pons, 1995.

Kaufmann, Arthur. Filosofía del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

Pérez LuNo, Antonio. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, 1995.

Sánchez Torres, Carlos Ariel. Derecho electoral colombiano, 3.a ed., Bogotá, Legis, 2000.

WILLIAM TORRES TÓPAGA

Delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales

La Ley 599 de 2000 consagra bajo esta denominación los diferentes comportamientos que atentan contra estos bienes jurídicos, organizando los comportamientos en cuatro capítulos: el primero denominado “De la violación”, el segundo “De los actos sexuales abusivos”, el tercero se refiere a unas “Disposiciones comunes” y el cuarto “De la explotación sexual”{724}.

A pesar de que el Código Penal de 1980 los llamaba delitos contra la libertad y el pudor sexual, y la Ley 360 de 1997 varió por delitos contra la libertad y dignidad sexual, la estructura antes mencionada se ha mantenido casi en su totalidad{725} en el nuevo Código.

En todo caso y teniendo en cuenta las diferentes menciones al bien jurídico tutelado en estas codificaciones, el Código Penal contiene los diferentes comportamientos “tradicionales”, estableciendo varias precisiones y creando, de conformidad con su texto original, un nuevo tipo penal denominado “turismo sexual” (art. 219). De igual forma y con ocasión de recientes adiciones al mismo, se han creado nuevos tipos penales como el “acoso sexual” (art. 210a), “proxenetismo con menor de edad” (art. 213a) y “demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad” (art 217a){726}. Por otra parte, y muy a pesar de la intención del legislador del 2000 de crear un solo cuerpo donde se reúnan todas y cada una de las conductas punibles, en este caso de delitos sexuales, la Ley 679 del 3 de agosto de 2001{727} modificó algunos comportamientos relacionados con las conductas que afectan a los menores de edad; de igual forma, la Ley 1257 de 2008 modificó y adicionó comportamientos que afectan principalmente a la mujer y a la familia{728}, de manera que estas disposiciones resultan complementarias al Código Penal.

Uno de los principales aspectos que cabe resaltar en la reglamentación actual es que las penas de estos delitos se han aumentado progresivamente en relación con el texto

original de la Ley 599 de 2000, debido a los incrementos realizados tanto por la Ley 890 de 2004 como por la 1236 de 2008. De tal suerte que en prácticamente todos los delitos se ha aumentado la pena tanto en su mínimo como en su máximo{729}, y excepcionalmente algunos delitos, a pesar de haber sido aumentada su pena en el mínimo, disminuyeron levemente en el máximo{730}. A este respecto consideramos que estos incrementos implican la vulneración del principio de proporcionalidad y razonabilidad de las penas{731}.

Así, la regulación actual trae inconsistencias de gran magnitud como, por ejemplo, que se sancione en el artículo 217A con pena de prisión de 14 a 25 años la simple demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años, independientemente que exista acceso carnal o acto sexual, mientras que precisamente el delito de acceso carnal violento o el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir tienen una pena de prisión de 12 a 20 años, cuando a nuestro parecer resultan más gravosos estos últimos eventos.

Igualmente es importante destacar que la Ley 599 de 2000 contempla una disposición, con la que se resuelven aparentemente diferentes cuestionamientos que la doctrina había planteado en torno a lo que se debe entender como acceso carnal, la cual no dejará en todo caso de traer nuevos inconvenientes, como tendremos oportunidad de ver al analizarla; de igual manera, y acogiendo doctrina de la Corte Constitucional, se resalta el agravante que aparece en el artículo 211 numeral 5.°[9], donde se refleja la mayor lesividad del comportamiento en los eventos en que aparecen involucrados esos sujetos. En igual sentido,

las leyes 1236 y 1257 de 2008 crearon circunstancias de agravación novedosas que tendremos oportunidad de analizar. De otra parte, si bien es cierto se ha discutido la pertinencia y existencia de conductas punibles en este título, como, por ejemplo, la inducción a la prostitución, el legislador del 2000 optó por mantener dichos comportamientos, sin entrar a determinar si se vulnera o no el bien jurídico tutelado.

B. BIEN JURIDICO TUTELADO

Tal y como lo mencionamos, la Ley 360 de 1997 modificó el Código del 80 al establecer a la “libertad y dignidad sexual” como los intereses que se tutelaban con los comportamientos conocidos como delitos sexuales; en su momento se consideró un acierto del legislador de entonces, ya que se apartaba de toda consideración subjetiva y arbitraria que implicaba conceptos como el pudor sexual, bien jurídico previsto por el Código de 1980.

De manera que el cambio introducido en 1997 permitió terminar cualquier tipo de imposición moral, social e incluso religiosa que pudiera implicar el término “pudor sexual”, recogiendo posturas doctrinales que criticaron esta alusión por considerarla incluso en contravía de nuestra Constitución, ya que el poder del Estado no puede estar al servicio del respeto de una ideología, religión, política o manera de ser o pensar.

Nótese cómo las diferentes definiciones de lo que se debe entender como honor y pudor sexual siempre implican una posición de imposición de pareceres, o en muchos de los casos de indeterminación, lo que genera un ambiente de inseguridad y arbitrariedad{732}.

Barrera Domínguez afirma:

Dice el diccionario de la Real Academia que el honor “es una cualidad moral que nos lleva al más severo cumplimiento de nuestros deberes respecto del prójimo y de nosotros mismos”, agrega que consiste también en la honestidad y recato en las mujeres y buena reputación que se granjean con esas virtudes{733}.

Fue quizás este ambiente de indeterminación el que precisamente llevó a variar el concepto de bien jurídico en la Ley 360 de 1997 por el de libertad y dignidad sexual, con

lo cual se encontró un verdadero soporte en nuestra Constitución de la tutela de los denominados delitos sexuales:

Piénsese en la dignidad de la persona –que de hecho está subyacente en todos estos delitos, entre otras cosas porque nada hay más lesivo para dicha dignidad que utilizar o servirse de alguien como si de un objeto se tratara, que es lo que sucede cuando se le viola, pues se le instrumentaliza para la complacencia del agresor–, en su bienestar psíquico –no es infrecuente que la víctima de un delito de violación resulte psicológicamente impactada con un trauma, y tarde tiempo en superarlo–, en el riesgo de un embarazo no querido, en el de una enfermedad de transmisión sexual{734}.

Lo cierto es que, si bien la crítica contra el pudor sexual era la indeterminación, la Dignidad como pilar fundamental del Estado social y democrático de Derecho establecido por nuestra Carta Política se constituye en el objeto de protección de todo el ordenamiento penal y no debe limitarse a un título específico, de manera que resulta inapropiada su utilización en la Ley 360 de 1997{735}.

Es por eso que el legislador del 2000 acoge una nueva concepción al denominar a la libertad, integridad y formación sexuales como los intereses jurídicos que se tutelan con la punición de los comportamientos señalados en los artículos 205 al 219 de la Ley 599 de 2000.

Si se mira con detenimiento, con esta nueva acepción de bien jurídico se pretende dar una fundamentación a ciertos tipos penales como la inducción a la prostitución, la pornografía infantil, y un sustento adicional a figuras como los accesos y actos sexuales con menor de 14 años, cuyo fundamento venía siendo criticado por cierto sector de la doctrina{736}. Veamos: la libertad sexual ha sido entendida, en términos sencillos, como el derecho a disponer de su cuerpo para fines erótico sexuales como a bien tenga su titular, lo que implica realizar o abstenerse de cualquier tipo de práctica que lo satisfaga desde esa órbita.

En esta definición se aprecian dos aspectos: uno dinámico positivo, facultad de disponer del propio cuerpo; otro estático pasivo, la posibilidad de repeler los ataques de índole sexual que puedan producirse{737}.

De manera que comportamientos como los descritos en el capítulo primero, “De la violación”{738}, son los que sancionan las vulneraciones a este bien jurídico, al prever comportamientos que van en contravía de ese derecho de las personas de disponer de su cuerpo con fines erótico sexuales, ya que al utilizar medios coercitivos que impiden el libre ejercicio del derecho para aceptar o rechazar cualquier tipo de actividad sexual se invade la órbita de protección de ese bien jurídico cuyo referente constitucional son los artículos 13 y 15 de la Carta.

En efecto, existe unanimidad en la doctrina en señalar como bien jurídico la libertad sexual cuando se sancionan comportamientos como el acceso carnal y el acto sexual violento, ya que en estos casos no existe de parte del sujeto pasivo la posibilidad de ejercer ese derecho constitucional, con ocasión de la actuación del sujeto activo; igual criterio existe para los casos en que esos comportamientos se realizan con la persona puesta en condiciones de incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impiden comprender la relación sexual o dar su consentimiento; lo mismo sucede en el constreñimiento a la prostitución, evento en el cual el sujeto, como consecuencia de la conducta del sujeto activo, ve vulnerado ese derecho.

Otra cosa sucede frente a lo que se conoce como los actos sexuales abusivos, capítulo segundo de este título, eventos en los cuales la doctrina se encuentra dividida ya que algunos consideran que en estos casos no se puede hablar de una violación a la libertad sexual, debido a que el menor de 14 años (para nuestro caso) o la persona en estado de inconsciencia o el que padezca trastorno mental no puede ejercer libremente esa libertad sexual, de manera que no se puede lesionar y proteger una libertad que no se tiene, acudiéndose entonces en estos casos a criterios como la indemnidad y la intimidad como tutelares de este tipo de comportamientos{739}.

Otros incluyen en la libertad sexual a la formación sexual, para fundamentar la sanción de ciertos comportamientos delictivos{740}.

Para salvar este escollo quizá sea necesario puntualizar que la libertad sexual implica ese derecho a decidir cuándo, como y con quién, pero también a formar este criterio, es decir, que la libertad para decidir sobre la propia sexualidad ha de ser extensiva al desarrollo en libertad de la sexualidad, que no es sino integrante del derecho fundamental del artículo 10.° de la Carta Magna, esto es, al libre desarrollo de la personalidad{741}.

De manera que resulta insuficiente el concepto libertad sexual para encuadrar este tipo de comportamientos, razón por la cual el legislador del 2000 acudió a señalar la integridad y formación sexual como los intereses que se tutelan en este tipo de comportamientos.

Con este cambio el menor de 14 años tiene, por un lado, derecho a mantenerse incólume, indemne, intacto frente a cualquier tipo de actividad sexual; y, por otra parte, tiene el derecho de gozar de un ambiente donde pueda evolucionar y formarse sin ningún tipo de intromisión que le permita, llegado el momento, disponer de su libertad sexual una vez tenga la capacidad para disponer de ella, lo que significa que el bien jurídico que se tutela en los artículos 208 y 209 del C. P. es la integridad y formación sexual.

Por otro lado, frente al incapaz para resistir, el que padezca trastorno mental –siempre y cuando tenga relación con la situación del trastorno– y el que se encuentre en estado de inconsciencia, existe el derecho a que se respete su integridad, a permanecer incólumes, indemnes, de manera que cualquier intromisión sexual (acceso carnal o acto sexual diferente) será sancionado por vulnerar ese bien jurídico integridad sexual.

Vale señalar que respecto al tipo penal de “acoso sexual”, creado por la ley 1257 de 2008 e incorporado al Código

Penal en el artículo 210a, el bien jurídico protegido no resulta de fácil determinación; sin embargo, consideramos que el legislador protege en este caso la libertad sexual, mediante un tipo penal de peligro en virtud del cual a pesar de no presentarse una vulneración efectiva a la libertad sexual de la persona “acosada, hostigada o asediada”, el legislador presume una amenaza a la autodeterminación de quien padece tales circunstancias.

Sin embargo, a nuestro parecer, no resulta afortunada la creación de este tipo penal, toda vez que la redacción y el contenido del tipo no es claro y certero respecto que se puede entender por acoso, hostigamiento o asedio, verbos rectores característicos de este tipo penal, así como tampoco queda claro en qué medida la conducta allí descrita vulnera el bien jurídico protegido por este título del Código Penal. Así las cosas, consideramos que lo apropiado es sancionar este tipo de conducta en un escenario que no sea propio del derecho penal, tal y como lo realiza la Ley 1010 de 2006 al referirse a este tipo de conducta en un contexto laboral, con lo que se evidencia el carácter de fragmentario y de ultima ratio del derecho penal.

Ahora, en cuanto a los delitos de “pornografía infantil”, se trata de evitar cualquier atentado contra la formación sexual de los menores, tal y como lo previó el mismo Proyecto presentado por la Fiscalía General de la Nación{742}.

Por último, en lo que tiene que ver con la Inducción a la prostitución, Trata de personas y Turismo sexual, la doctrina mayoritaria considera que es precisamente la Libertad sexual el bien jurídico que se tutela, “que se ve avasallada por la torpe acción del proxeneta, quien con sus condicionamientos y excitaciones atenta contra una concepción positiva de la sexualidad”{743}.

Será entonces la libertad sexual, la integridad sexual y la formación sexual, en los términos mencionados, el bien jurídico que se tutela en el título iv del Código Penal.

C. MODALIDADES ESPECÍFICAS DE ATAQUE

Examinadas ya las distintas precisiones relativas a las principales modificaciones legislativas, así como las diversas teorías acerca del bien jurídico tutelado, pasemos ahora a estudiar las definiciones típicas consagradas en nuestro nuevo Código y que a su juicio serían atentatorias de este bien jurídico.

I . LA VIOLACIÓN

Bajo este título se agrupan los diferentes tipos penales que sancionan los comportamientos de acceder carnalmente a otra persona, realizar un acto sexual diferente al primero, ambos de forma violenta, así como el acceder o realizar un acto sexual diferente en persona puesta en incapacidad de resistir (arts. 205, 206, 207 C. P.).

El acceso carnal ha sido entendido como la penetración total o parcial del miembro viril en cavidad normal o anormal.

Por tal debe entenderse como la conjunción de los órganos sexuales de las dos personas vivas, completa o incompletamente, por vía normal o anormal –introductio penis vaginam in os vel anum– lograda contra oposición de la víctima, independientemente del gradode perfección que alcance el acoplamiento violento{744}.

De manera que se requiere que el miembro viril penetre en la vagina o ano, lo que llevó a la mayoría de la doctrina a considerar que solo el hombre podía ser sujeto activo del delito ya que solamente él “posee la facultad de penetrar los conductos y de acceder por la vía sodomítica o vaginal, al estar naturalmente dotado de un órgano copulador”{745}, llegando incluso a no aceptar el hipotético caso en el que

una mujer obliga a un hombre –y logra su erección– a tener una relación sexual, ya que en este caso sigue siendo la mujer la accedida por la entrada del órgano sexual masculino.

Por otra parte, otros autores sí consideran a la mujer como sujeto activo del delito, colocando como ejemplo el caso antes mencionado, y aduciendo razones gramaticales al mencionar “el que” (cualquiera){746} y razones de pluralismo{747} para sancionar tanto a hombres como mujeres de igual forma.

Nuestro Código Penal trae una interpretación auténtica de lo que debe entenderse como acceso carnal, con la cual se pretendió terminar con una serie de controversias alrededor de este concepto{748}.

En efecto, el artículo 212 del C. P. consagra dos formas de acceso carnal, así:

a. La penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral.

b. La penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto.

En primera instancia diremos que la penetración del miembro viril en la boca (fellatio in ore) se había discutido si pertenecía a una modalidad de acceso carnal, llegando a la mayoritaria conclusión que en términos de la anterior legislación nos encontrábamos frente al acto sexual violento del artículo 299 (C. P. de 1980){749}, entre otras razones por no ser una vía idónea para el acoplamiento; en todo caso existía un pequeño sector doctrinal que consideraba que al existir el “acceso” en la fellatio se estaba realizando ese verbo rector{750}.

Actualmente el legislador de 2000 lo considera como un atentado de igual entidad al acceso vaginal o anal, con lo cual no existe duda en que la fellatio constituye una modalidad de acceso carnal, lo que disminuye el campo de aplicación del acto sexual violento, ya que como lo mencionamos ese era el típico ejemplo de este delito.

Surge así un primer interrogante, relacionado con la exigencia o no de estar en erección el miembro viril para que se configure esta nueva modalidad de acceso carnal. Al respecto, Berenguer nos ilustra afirmando que así como en el acceso carnal por vial vaginal o anal, se requiere de la erección para su realización, igual exigencia debe presentarse en el acceso por vía oral; otro entendimiento sería reducir al mínimo el marco de punición del delito de acto sexual violento{751}.

Respecto a esta primera modalidad de acceso carnal tipificada en el artículo 212 del nuevo C. P. (vaginal, anal y oral) se podrán sostener las mismas posiciones frente a si la mujer puede o no ser sujeto activo del delito{752}.

Ahora, en cuanto a la segunda modalidad (penetración anal o vaginal de cualquier parte del cuerpo humano u otro objeto), es evidente que no existirá esa limitante, ya que la definición no hace referencia a un órgano específico masculino o femenino, de manera que tanto hombre como mujer podrán ser sujetos activos de este acceso carnal, por ejemplo, al utilizar la lengua, los dedos o cualquier parte que penetre en las cavidades mencionadas; lo mismo cuando se utiliza cualquier objeto para la realización de la acción de penetrar.

Acogiendo en este punto la noción de objeto en el sentido propuesto según Cancio Meliá, "... aquel que reúne condiciones para, en alguna medida, ser apto para un ejercicio de sexualidad, y no aquel otro que sólo merezca ser tomado como instrumento de una agresión física"{753}.

Sin lugar a dudas, esta nueva definición constituye una ampliación de cobertura de los tipos penales que tienen el acceso carnal como su conducta incriminadora, siendo una mayor protección al bien jurídico libertad sexual, muy a pesar de que ciertamente estos comportamientos eran sancionados bajo la legislación anterior, pero bajo el delito de acto sexual violento, implicando un menor reproche punitivo.

En todo caso, creemos que no es lo mismo desde el punto de vista del injusto y de la lesión al bien jurídico el realizar un "acceso carnal" con un pene de plástico que uno de verdad; como tampoco puede tener la misma respuesta punitiva la

penetración con un dedo a la realizada con un miembro viril.

Ahora bien, para la consumación del acceso carnal, de la lectura misma del tipo se deduce que no se requiere ningún tipo de actividad fisiológica (nos referimos aquí a la eyaculación), pues basta con que exista una introducción parcial del miembro viril para que se consume la conducta{754}; ya que parecería exagerado una posición que sostuviera el simple contacto de los órganos como suficiente para consumar el delito, además de ir en contravía del mismo verbo rector acceder y de crear un ambiente de total inseguridad{755}.

Lo anterior tiene una clara relación con lo que se debe entender como “acto sexual” diferente al acceso carnal{756}, ya que eventos como la fellatio in ore, el acceder vía vaginal o anal con objetos, o con partes del cuerpo diferentes al miembro viril, eran considerados dentro de esa definición, presentándose un verdadero cambio en la manera como se protege la libertad, integridad y formación sexuales, al aumentar la cobertura del acceso y disminuir la del acto sexual.

De manera que el acto sexual se limitará a cualquier actividad diferente al “acceso carnal” en los nuevos términos, tales como tocamientos libidinosos o el denominado coito interfemora, por ejemplo, resaltándose que lo que se sanciona son comportamientos que atenten contra la libertad sexual; de manera que el comportamiento debe tener ese tipo de connotación, ya que si simplemente es un acto que objetivamente hace contacto con órganos sexuales o de connotación sexual no se realiza el delito; por ejemplo, cuando una persona está siendo asaltada y el delincuente, para consumar su delito, requisa al sujeto pasivo, haciendo contacto con sus órganos genitales o los senos, caso en el cual no existiría el atentado sexual mencionado.

Por otra parte, en el acto sexual se sanciona el comportamiento que realice el agente sobre la víctima, los actos que realiza el sujeto pasivo en el cuerpo del sujeto activo, los que el sujeto pasivo cumple sobre el cuerpo de un tercero, y actos que realice la víctima sobre su propio

cuerpo para deleite del sujeto activo{757} por la acción violenta del sujeto activo.

Otros consideran que la redacción del tipo penal solo permite el comportamiento que realice el sujeto activo sobre el sujeto pasivo, al mencionar “el que realice en otra persona”, y cualquier otra alusión constituiría una violación al principio de legalidad, ya que del tenor literal no se pueden deducir esas consecuencias{758}.

Es de resaltar que en estos tipos no se sanciona el simple hecho del “acceso carnal” o el “acto sexual” por sí solo; lo que merece la respuesta punitiva es el realizar esos comportamientos precedidos de violencia física o moral, con la cual el sujeto agente doblega al sujeto pasivo, vulnerando ese derecho a determinarse de manera voluntaria con relación a cómo y con quién disponer de su cuerpo con fines erótico sexuales.

Por violencia física y moral ha entendido la jurisprudencia:

La primera se presenta si durante la ejecución del injusto el sujeto activo se vale de cualquier vía de hecho o agresión contra la libertad física o la libertad de disposición del sujeto pasivo o de terceros, que dependiendo las circunstancias de cada situación en particular resulte suficiente a fin de vencer la resistencia que una persona en idénticas condiciones a las de la víctima pudiera ofrecer al comportamiento desplegado.

La violencia moral, en cambio, consiste en todos aquellos actos de intimidación, amenaza o constreñimiento tendientes a obtener el resultado típico, que no implican el despliegue de fuerza física en los términos considerados en precedencia, pero que tienen la capacidad de influir de tal manera en la víctima para que ésta acceda a las exigencias del sujeto agente, a cambio de que no le lesione grave y seriamente la vida, integridad personal, libertad o cualquier otro derecho fundamental propio o de sus allegados{759}.

De conformidad con lo expuesto no se considera acto sexual violento las palabras, presentación de imágenes, gestos o ademanes obscenos y aun los discursos destinados a excitar en otra persona actos de lasciva diversos de la conjunción carnal, ya que en ellos no se presenta la violencia exigida por la ley{760}.

Ahora, en caso de que el sujeto pasivo otorgue su consentimiento para ser accedido en forma violenta, o realizar un acto sexual diferente precedido de la violencia, el comportamiento no será punible, por concurrir una causal de ausencia de responsabilidad{761}.

El último tipo penal de este primer capítulo es el denominado acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir, el cual incluye los comportamientos antes descritos: “acceso carnal” y “acto sexual”, pero con un sujeto de características especiales, ya que se exige que sea la persona puesta en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

En efecto, existe una clara relación entre la acción del sujeto activo, quien coloca a su víctima en esas condiciones especiales que le impiden ejercer su derecho a rechazar la actividad sexual, sea acceso o acto sexual, de manera que el sujeto pasivo ve vulnerada esa libertad sexual con ocasión de la acción del sujeto activo, colocándolo en situación de incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia o en condiciones de inferioridad síquica que le impida comprender la relación sexual o dar su consentimiento.

Es precisamente la gravedad de ese comportamiento del sujeto activo la que tuvo en cuenta el legislador del 2000 al equiparar punitivamente estos comportamientos con el acceso y acto sexual violento, ya que la vulneración al bien jurídico protegido y el grado de lesión es igual.

Pero, a pesar de esa equivalencia punitiva, es importante resaltar una diferencia entre estos comportamientos, ya que en el acceso y acto sexual violento existe una confrontación de fuerzas (a pesar de no exigir oposición el tipo penal),

mientras que en los otros tipos penales no existe ese despliegue de fuerzas encontradas sino una situación en la que no se puede ejercer resistencia, producto del actuar del agente que lo colocó en esa situación de incapacidad para resistir.

2. ACTOS SEXUALES ABUSIVOS

Es este el título del actual capítulo 2.° del título iv, el cual incluye los delitos de acceso carnal abusivo, acto sexual abusivo, acceso carnal o acto abusivo con incapaz de resistir y acoso sexual (arts. 208 a 210a C. P.).

Si se tiene en cuenta la clasificación que traía el Código de 1980 y la Ley 360 de 1997, ésta se refería al medio de comisión, violento para el capítulo primero, de la violación, engañoso para el segundo, estupro, y abusivo para actos abusivos.

El legislador del 2000 decidió derogar el acceso carnal y el acto sexual que se realizara a través de un medio engañoso, es decir los delitos de estupro (acceso carnal y acto sexual), teniendo como fundamento las condiciones socioculturales y de madurez predicables de los mayores de 14 y menores de 18 años{762}, constituyéndose en un acierto en atención a los reclamos de la doctrina mayoritaria, que consideraba de muy difícil ocurrencia este tipo de eventos y ajenos al carácter de ultima ratio del derecho penal.

Como lo mencionamos en un comienzo, el bien jurídico que se tutela es la formación e integridad sexual, por medio de la cual se pretende tutelar al menor de 14 años, para que tenga un desarrollo sin ningún tipo de interferencia que pueda alterarlo, ya que es una persona que se encuentra en desarrollo en las etapas intelectiva, volitiva y afectiva que le impide ejercer el derecho a disponer libremente de su cuerpo con fines erótico sexuales.

Algunos consideran que esta etapa de formación está incluida en el concepto de libertad sexual. por lo cual será

éste el bien jurídico tutelable, mientras que otros hablan de seguridad sexual{763}.

Se sanciona en este capítulo la conducta del sujeto activo que accede o realiza cualquier acto sexual diferente en persona menor de 14 años, ya que considera el legislador que el menor de esa edad no está en capacidad de disponer de su cuerpo con fines erótico sexuales; para lo cual deben tenerse en cuenta los conceptos de “acceso carnal” y “acto sexual diferente” planteados.

Lo determinante en este caso, además del sujeto pasivo (menor de 14 años), es que el acceso o el acto sexual no se realizan en contra de la voluntad de la víctima, ya que si se emplea algún tipo de violencia (física o moral) estaremos en la órbita del delito de acceso carnal violento (art. 205 C. P.).

Se trata de proteger al menor de 14 años frente a cualquier tipo de experiencia sexual que le pueda atrofiar el desarrollo que está viviendo, de manera que el legislador sanciona los comportamientos que se realicen con ese menor a pesar de haber sido consentidos por este.

En relación a la edad del sujeto pasivo y el desarrollo sexual que pueda o no tener, nuestra Corte Suprema de Justicia consideró que la presunción de ser el menor de 14 años incapaz para consentir frente a cualquier acto sexual, acceso carnal o diverso, no admite prueba en contrario, de manera que no se puede acudir a la demostración de la experiencia o desarrollo sexual del sujeto pasivo para exonerar de responsabilidad al sujeto que realiza esa actividad con el menor:

Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto: iuris et de iure, y no admite, por tanto, prueba en contrario. La ley ha determinado que hasta esa edad el menor debe estar libre de interferencias en materia sexual, y por eso prohíbe las relaciones de esa índole con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarle en el desarrollo de su sexualidad, que en términos normativos se traduce en el imperativo del deber absoluto de abstención que el casacionista plantea con apoyo en un autor italiano, y la indemnidad e intangibilidad

sexual del menor, en los cuales se sustenta el estado de las relaciones entre las generaciones en la sociedad contemporánea{764}.

De manera que, frente a esa posición de nuestra Corte, no es posible alegar la idoneidad del sujeto para consentir en la relación sexual, o los conocimientos y experiencias que posea, ya que la presunción establecida en los artículos 208 y 209 del C. P. (302 C. P. de 1980) no admite prueba en contrario en esos términos.

Otros{765} consideran que es una presunción que sí admite prueba en contrario, de manera que, si se demuestra que es una persona que estaba formada sexualmente y que tenía un conocimiento claro de lo que era el comportamiento del sujeto con quien comparte la relación sexual, no será punible{766}.

Además, es nuestra misma legislación civil la que considera capaz a la mujer mayor de 12 años para disponer de su cuerpo con fines erótico sexuales, ya que el permitir contraer matrimonio a esta edad implica un reconocimiento de esa capacidad, siendo absurdo el limitarlo solo a los actos dentro del matrimonio.

Así lo ha determinado con acierto nuestra Corte Constitucional en sentencias C-146 de 1994, y C-1095 de 2003 al referirse a la discrepancia entre el delito en mención y la posibilidad que una persona menor de 14 y mayor de 12 años contraiga matrimonio de conformidad con los ritos civiles{767}. Así, la Corte con ocasión de la sentencia de 1994 indicó lo siguiente:

(…) la Corte considera pertinente observar que existe incongruencia entre las normas legales acusadas, que plasman los delitos de acceso carnal abusivo con menores de catorce años y corrupción, y las pertinentes disposiciones del Código Civil en relación con la edad para contraer matrimonio.

En efecto, como viene de explicarse, la razón de los preceptos acusados reside en la protección de los menores de catorce años, quienes no gozan de una suficiente capacidad de comprensión respecto del acto carnal y, por tanto, aunque presten su consentimiento para realizarlo o para llevar a cabo prácticas sexuales diversas de él, no lo hacen en las mismas condiciones de dominio y auto – control propios de la persona mayor.

Si ello es así, no se entiende cómo el legislador civil ha supuesto esa misma capacidad de consentimiento –que echa de menos la ley penal– cuando se trata de la celebración del matrimonio por parte de la mujer menor de catorce años pero mayor de doce. En tal caso, a la luz del Código Civil, no resulta afectada la validez del vínculo aunque falte el permiso de los padres (artículos 140 y 143 del C. C.).

El legislador penal ha debido tomar en cuenta esa regulación y no lo hizo, pues consagró las aludidas conductas delictivas partiendo de la base de la ausencia de consentimiento del menor de catorce años, mientras a tal consentimiento se le dio plena acogida en materia matrimonial.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, según el artículo 42 de la Carta Política, la familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Entonces, habida cuenta de lo anotado en materia de capacidad para contraer matrimonio y de la consagración constitucional de la unión responsable sin matrimonio como forma de constituir una familia, puede darse el caso –no contemplado por las normas impugnadas– de relaciones sexuales consistentes en acceso carnal o diversas de él con mujer menor de catorce años y mayor de doce, con la cual se haya contraído matrimonio previamente o se haya establecido una familia por vínculos naturales. En esos eventos es claro que no se habría cometido el delito pues

existiría una clara justificación del hecho, así no lo haya previsto el legislador de manera explícita{768}.

De manera que no se podrá sancionar al sujeto que tiene una relación con una mujer menor de 14 años casada con otro; mucho menos en caso de, a pesar de su corta edad, ser viuda, con lo que claramente se está reconociendo que no es solo el aspecto objetivo de la edad el que se tiene en cuenta para determinar si se cometió o no el delito.

No nos cabe duda que en estos eventos estamos frente a conductas faltas de antijuridicidad material, lo que determina la falta de responsabilidad de estas personas; algo similar ocurre con el sujeto que de manera invencible considera que la persona con quien mantiene la relación (acceso carnal o acto sexual diferente) es mayor de 14 años, evento en el cual nos encontraremos frente a un error de tipo, configurándose una causal de ausencia de responsabilidad (art. 32 n.° 10 C. P.); o cuando el sujeto considera de manera invencible que es permitido tener una relación sexual porque a pesar de ser menor de 14 años no era virgen la mujer, evento en el cual si se demuestra la invencibilidad estaríamos frente a un error de prohibición (art. 32 n.° 11 C. P.).

Es claro que estos comportamientos para ser punibles deben ser dolosos, razón por la cual ciertos autores han considerado que se debe establecer la modalidad culposa para eventos en que el error de tipo sea vencible{769}, posición que no fue aceptada ni sostenida por el legislador del 2000.

Por lo tanto, en los delitos de acceso carnal abusivo y acto sexual abusivo se sanciona el comportamiento realizado con un menor de 14 años, ya que se trata de tutelar la formación e integridad sexual del mismo.

Ahora, en lo que tiene que ver con el acto sexual con menor de 14 años, no se refiere únicamente a la realización de un acto diferente al acceso carnal, ya que incluye dos modalidades de comportamiento adicionales: el realizar actos sexuales en su presencia y el inducirlo a prácticas sexuales (art. 209 C. P.).

Estas dos modalidades constituían lo que se conocía como el delito de Corrupción en el Código de 1980[{770}], el cual fue modificado por la Ley 360 de 1997, la cual lo denominó actos sexuales con menor de catorce años; denominación que mantiene el nuevo código, con la única salvedad de ubicarlo de segundo en el orden del capítulo, como corresponde{771}.

De manera que, además de sancionar lo que definimos como acto sexual diferente al acceso carnal, si se realiza un acto en presencia del menor o se le induce a la práctica de actos sexuales se configuraría el punible, ya que lo que se pretende es mantener la integridad y formación sexual del menor; de manera que cuando se realizan estos actos con la finalidad de interrumpir ese proceso de formación y de integridad del menor se vulnera el bien jurídico tutelado, configurándose así este delito.

Por esa razón no incluye este tipo penal el comportamiento del hijo inquieto que “espía” a sus progenitores y los descubre manteniendo una relación sexual, ya que lo que se pretende es sancionar el comportamiento del sujeto activo que pretende vulnerar la integridad y el proceso de formación del menor; de manera que un hecho como el presenciar actos sexuales en general o el ser persuadido para la realización de alguna práctica con connotación sexual vulnera ese bien jurídico tutelado.

Finalmente, la Ley 679 de 2001 por medio de la cual se toman una serie de medidas para prevenir y contrarrestar el abuso sexual, la pornografía y el turismo sexual, en su artículo 33 adicionó el anterior artículo 303 del C. P. de 1980 y el actual artículo 209 del nuevo Código de la siguiente manera:

Capítulo VII. Medidas penales. Artículo 33. Adicionase el artículo 303 del Código Penal con el siguiente inciso. “Si el agente realizare cualquiera de las conductas descritas en este artículo con personas menores de catorce años por medios virtuales, utilizando redes globales de información, incurrirá en las penas correspondientes disminuidas en una tercera parte”.

Par. trans. Tan pronto como entre en vigencia la Ley 599 de 2000 el presente artículo tendrá el número 209.

Vale señalar que si el objetivo de esta ley es establecer una serie de mecanismos y controles para evitar que las redes globales de la internet sean utilizadas con fines delictivos que atenten contra los menores de edad, nos cuestionamos el determinar si era necesario establecer una disposición específica al respecto, como si ese comportamiento a través de la internet no fuera ya punible y, peor aún, como si el reproche debiera ser atenuado.

Si bien es cierto este atenuante se refiere al artículo 206 del C. P., acto sexual con menor de edad, solo se podrá predicar de los comportamientos inducir a prácticas sexuales y realizar actos en su presencia, ya que por la naturaleza misma del medio no se ve cómo se podría realizar un acto con menor de 14 años a través de la internet; de manera que los eventos serían, por ejemplo, el enviar un video en el que aparezcan personas realizando actividades sexuales, o a través de unos mensajes persuadir al menor de emprender ese tipo de actividades.

La verdad es que consideramos que esa manera de legislar aislada no tiene consecuencias positivas, ya que lo que genera en la mayoría de los casos es inseguridad, cuando no incongruencia en la legislación.

Ahora, en lo que tiene que ver con el acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir (art. 210 C. P.), se sanciona el comportamiento de la persona que se aprovecha de una serie de circunstancias del sujeto pasivo para accederlo carnalmente o realizar un acto sexual diferente.

El Código Penal de 2000 lo que hizo fue agregar en el epígrafe del delito la figura del acto sexual, la cual no hacía parte en la anterior legislación, manteniendo la estructura comportamental del tipo.

Este tipo pretende proteger la integridad sexual de las personas que por estar en estado de inconsciencia o padecer trastorno mental o estar en incapacidad de resistir tienen derecho a mantenerse incólumes ante cualquier tipo de actividad sexual, salvaguardándolas de acciones que impliquen para el sujeto activo la obtención de un provecho sexual de esa situación desfavorable en la que se encuentran. De aquí se deduce que en este tipo de comportamientos se actúa sin el consentimiento del sujeto pasivo.

Sería éste el evento en el cual una persona con la que se comparten unos tragos se embriaga de tal manera que pierde el sentido y su compañero de actividad decide accederla o realizar un acto sexual diferente, aprovechándose de esa situación de inconsciencia de su compañera, evento en el cual no tendrá ni siquiera relevancia el consentimiento que a posteriori se hubiere comprobado en el decir del sujeto pasivo, es decir, cuando una vez realizada la acción y ya consciente la víctima ésta acepta el trato sexual; ya que lo que cuenta es la vulneración al bien jurídico en el momento que se debía mantener incólume.

En relación con la persona que padece de un trastorno mental, se trata de evitar el aprovechamiento del que puede ser víctima como consecuencia de esa circunstancia especial, de manera que no se establece una prohibición total para tener una vida sexual activa al trastornado, sino, al contrario, se sanciona a la persona que conociendo el trastorno mental que padece el sujeto pasivo se aprovecha de esa circunstancia para realizar la actividad sexual.

Por el contrario, no habrá abuso si se le toma en cuenta, si el coito es producto del afecto o simplemente sobreviene como punto de una relación querida por ambas partes, sin que una explote a la otra{772}.

De manera que, en los casos de personas que padecen de trastorno mental el juez, con la colaboración de los dictámenes de medicina legal, deberá determinar el tipo de

trastorno y si éste tiene alguna relación con la actividad desplegada por el sujeto activo.

Finalmente, dentro de este capítulo de los actos sexuales abusivos, la Ley 1257 de 2008 adicionó el artículo 210a, el cual describe una conducta denominada “acoso sexual”. A este respecto y como ya tuvimos oportunidad de señalarlo, consideramos desafortunada la creación de este tipo penal toda vez que la norma no resulta acorde al principio de legalidad al describir de manera amplia y ambigua el comportamiento punible.

La conducta de acoso sexual es del siguiente tenor;

Art. 210A - Adicionado. Ley 1257 de 2008, art. 29. El que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años.

Observemos que el presupuesto fundamental de la conducta es valerse de una superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, sexo, posición laboral, familiar o económica. A este respecto vale cuestionar qué ocurre si se “acosa” sexualmente a una persona frente a la cual no se tenga ningún tipo de relación de superioridad, ya que según el tipo penal no se cometería la conducta; pensemos en el caso del (a) estudiante que acose, persiga, hostigue o asedie a su profesor (a); como se observa, acá no existe una superioridad manifiesta, entonces no se incurriría en la descripción típica, cuestión que en la lógica del legislador respecto al objeto de protección de este tipo penal no resulta satisfactorio.

Ahora bien, valerse de una relación de autoridad, poder, sexo, posición laboral, familiar o económica, prácticamente deviene en un aspecto objetivo por cuanto no es posible definir suficientemente en que consiste “valerse” de este

tipo de circunstancias. Así, por ejemplo, valerse de una relación de autoridad excluiría eventos donde se realice el acoso y no exista dicha relación de autoridad. Ahora, en lo que respecta a una relación de sexo, por ejemplo, si un hombre acosa, persigue, hostiga o asedia a un mujer, se entenderá siempre que se está valiendo de una relación de sexo; ocurriría lo mismo si fuese una mujer quien acosa, persiga, hostiga o asedie a un hombre, entonces no existiría posibilidad alguna de "no valerse" de este tipo de circunstancia.

Ahora, es correcto y adecuado que se sancione este tipo de conducta en el plano laboral, escenario en el cual sin lugar a dudas es necesario proteger a la persona afectada por este tipo de conducta, cuestión que acertadamente contempló la Ley 1010 de 2006{773}.

Observamos que los verbos rectores de esta conducta son "acosar"{774}, "perseguir"{775}, "hostigar"{776} y "asediar"{777}, los cuales resultan prácticamente sinónimos, claro está, con leves diferencias. Sin embargo, consideramos que su enunciación en el tipo no permite inferir que se puede entender claramente como lo sancionado. Por ejemplo, de conformidad con este tipo penal sería penalmente relevante el hecho que un profesor se enamore de una alumna y así se lo manifieste permanentemente o el jefe que se le insinué constantemente a su secretaria con finalidades sexuales obvias. En estos ejemplos observamos tanto la relación de "superioridad" exigida por el tipo, así como el supuesto asedio u hostigamiento, ejemplos que evidencian las falencias de este tipo.

De otra parte vale señalar que, a nuestro parecer, prácticamente todos los eventos que se sancionan en este nuevo tipo penal perfectamente se pueden entender abarcados por el tipo penal de constreñimiento ilegal{778}, con sus respectivas circunstancias de agravación{779}, de allí que consideramos innecesaria la creación de este tipo penal. Ahora bien, considerar que ante este tipo de eventos estamos frente a un constreñimiento ilegal implica considerar que el bien jurídico vulnerado es el de la autonomía personal y no el de la libertad, integridad y formación sexual, cuestión que nos parece más adecuada, si es que el legislador persiste en la utilización indebida del

derecho penal para la sanción de este tipo de comportamientos.

Consideramos que al ser el derecho penal la máxima herramienta de intervención en la esfera de los derechos de los ciudadanos, su utilización debe estar reservada para los más graves atentados, por ejemplo, accesos carnales o actos sexuales diferentes violentos o abusivos, y no para sancionar los actos previos o situaciones diferentes como lo que ocurre con este nuevo “delito” de acoso sexual, sin duda evidenciando un exceso en la intervención del Estado en los ámbitos de libertad.

3. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

El capítulo 3.° del título IV establece una serie de circunstancias de agravación para los dos capítulos precedentes; en éste se mantienen la mayoría de los agravantes previstos por el Código de 1980, configurando como una novedad el numeral 5.o[{780}], con lo que de manera drástica termina con la añeja discusión si entre cónyuges es posible la violación, ya que ahora se deberá entender que no sólo es posible, como lo ha sostenido la mayoría de la doctrina, sino que, al contrario, el legislador lo considera más grave, aumentando la pena de una tercera parte a la mitad.

Vale anotar que originalmente la Ley 599 de 2000 contemplaba este agravante cuando la conducta “Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo”. De esta manera, el legislador pretendió resaltar el valor de solidaridad y respeto que debe existir entre los miembros de un grupo familiar, así como la protección de los menores que pueden ser afectados por los comportamientos que se realicen entre los integrantes de su núcleo familiar{781}. En este mismo sentido la Ley 1257 de 2008, mediante su artículo 31, modificó este numeral{782}, ampliándolo a otro tipo de circunstancias, como cuando la conducta se cometiere contra pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil,

contra persona que de manera permanente se hallaré integrada a la unidad domestica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes.

Frente a esta modificación realizada por la Ley 1257, consideramos que resulta adecuada, por cuanto es correcto señalar que resulta más grave y, por lo tanto, merece mayor grado de reproche, realizar la conducta con personas con las cuales se tenga parentesco (no solo limitarla a la relación conyugal o de cohabitación), o en personas que se hallaren integradas a la unidad doméstica o aprovechándose de la confianza depositada por la víctima.

Sin embargo, debemos señalar que la Ley 1257 de 2008, en relación con las personas que se hallaren integradas a la unidad doméstica, no define ni se refiere en ningún momento a lo que se debe entender por unidad doméstica, lo que eventualmente puede plantear eventos conflictivos como cuando, por ejemplo, la víctima de uno de estos delitos sea una empleada doméstica que presta su labor por días, evento frente al cual existirá el interrogante si este tipo de persona se puede entender comprendido dentro de la unidad doméstica o no.

Por otro lado, el legislador del 2000, en principio, había variado la edad para agravar el comportamiento, pasando de 10 a 12 años; sin embargo, la Ley 1236 de 2008 modificó la edad para agravar la conducta y determinó que fuese de 14 años.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-521 del 4 de agosto de 2009, declaró condicionalmente exequible este numeral en el entendido que tal causal de agravación no aplica para los artículos 208 (Acceso carnal abusivo con menor de catorce años) y 209 (Actos sexuales con menor de catorce años) del Código Penal, toda vez que la edad del menor (catorce años) ya es un elemento del tipo y, por lo tanto, en caso de agravarse esas conductas se estaría vulnerando el non bis in idem, precisamente por juzgar dos veces un mismo hecho, en la medida que el legislador contempló al mismo tiempo un elemento constitutivo y fundamental del tipo penal como circunstancia de agravación punitiva del mismo, de suerte que quien realiza la conducta incurre automáticamente en

el agravante respectivo, cuestión que resulta manifiestamente contraria a nuestra Constitución Política, y que evidenció con esta decisión la Corte Constitucional.

De igual manera, se introdujo una variante en lo que tiene que ver con el agravante consistente en la producción de una contaminación venérea (antiguo núm. 4 C. P. de 1980), pues ahora el legislador lo cambió por contaminación de enfermedad de transmisión sexual, para cobijar así con este agravante las enfermedades que se contagian por contacto sexual pero que no tienen la característica de venérea, como por ejemplo la hepatitis B.

Obviamente en este agravante, como en todos los demás, debe darse plena aplicación al principio de culpabilidad, de manera que no se responda sólo por lo acontecido objetivamente, la enfermedad de transmisión sexual, sino que se tenga en cuenta el grado de conocimiento de parte del sujeto activo del delito, donde sólo se responderá por el agravante si se tenía conocimiento de la enfermedad sexual o si se le puede imputar subjetivamente a título de dolo eventual (art. 22 C. P.).

Por lo demás, las causales que trae este capítulo pretenden sancionar con mayor intensidad el comportamiento del sujeto activo cuando se lleva a cabo en concurso con otras personas, así como el del sujeto que se aprovecha de la situación de superioridad sobre la víctima o es depositario de la confianza de ésta.

De igual manera se mantiene el agravante para el evento en que se produjere el embarazo, por seguir considerándose esta situación como una de las mayores y más graves consecuencias que sufre la víctima de un atentado contra la libertad, integridad y formación sexual; siendo evidente en este punto que cualquier relación sexual lleva implícita la posibilidad de este resultado, de manera que será muy difícil que el sujeto activo se pueda exonerar de este agravante.

De otra parte, la Ley 1236 de 2008 incorporó otro agravante para el evento en el que se realice sobre personas de la tercera edad o disminuido físico, sensorial o psíquico (num. 7, art. 211)

Finalmente, la Ley 1257 de 2008 incorporó dos nuevos agravantes. El primero, relativo a cuando la conducta se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio (num. 8.° art. 211); y el segundo cuando el hecho se cometiere con la intención de generar control social, temor u obediencia en la comunidad (num. 9.° art. 211).

4. DE LA EXPLOTACIÓN SEXUAL

En términos generales, este capítulo contiene todas las conductas tipificadas en el Código de 1980 con las modificaciones de la Ley 360 de 1997, salvo la inclusión de nuevos delitos denominados “proxenetismo con menor de edad”{783}, “demanda de explotación sexual comercial de persona menor de 18 años de edad”{784} y “turismo sexual”{785}, contemplados en los artículos 217A y 219, respectivamente. Así mismo, y con ocasión de la Ley 679 de 2001, se modificó el Código estableciendo dos tipos penales nuevos: la “utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores”, bajo la nomenclatura 219A, y la “omisión de denuncia”, bajo el 219B{786}.

Si se recuerda, una de las finalidades del Código Penal del año 2000 era reunir en un solo cuerpo toda la legislación dispersa en materia penal, de manera que el destinatario de la ley conociera con certeza el ordenamiento vigente, lo cual es el mínimo que requiere un Estado democrático respetuoso de la seguridad jurídica; ahora, sin lugar a dudas, la aparición de gran cantidad de leyes que han modificado el Código Penal en este capítulo (leyes 679 de 2001, 747 de 2002, 1236 de 2008, 1257 de 2008 , 1329 de 2009 y 1336 de 2009), nos da una clara señal de que la pretensión planteada por el Fiscal General de la Nación, en el momento de presentación de la reforma en el sentido mencionado, fue “flor de un día”, ya que se está cometiendo el mismo error por parte del legislador de crear nuevas leyes penales sin que se estudien y analicen detenidamente las nuevas instituciones; me refiero a la Ley 679, mediante

la cual se crearon nuevos tipos penales; a la Ley 747 de 2002, que derogó dos de los delitos que hacen parte de este capítulo: los comportamientos previstos en los artículos 215, trata de personas, y 219, turismo sexual, por disposición expresa de los artículos 4.° y 7.°, respectivamente; de la mencionada Ley 747; así como a la Ley 1236 de 2008, que aumentó las penas; a la Ley 1257, que modificó y adicionó circunstancias de agravación a las conductas previstas en este capítulo; a la Ley 1329 de 2009, que adicionó un nuevo tipo penal precisamente a este capítulo; y la Ley 1336 de 2009, que modificó algunos artículos.

Lo cierto es que la labor legislativa debe ser moderada mucho más, si se tiene en cuenta que la aparición de la nueva legislación implica un periodo de análisis y crítica antes de entrar a legislar sin más razón que el protagonismo indebido de algunos de nuestros “hombres de leyes”.

Dejando de lado lo anterior, se sancionan en este capítulo los comportamientos tendientes a promover o facilitar la lujuria ajena, bien sea induciendo, constriñendo, promoviendo, etc., cuando son realizados para satisfacer los deseos de otro o con el ánimo de lucro.

No se penalizan las actividades desarrolladas para obtener la satisfacción propia, ya que desde ningún punto de vista podría ser considerado como antijurídico este comportamiento al no vulnerar derechos ajenos. Es por esa razón que la prostitución como tal no es punible, es decir, la práctica profesional del sexo con varias personas por una utilidad, ya que en esta actividad el bien jurídico “libertad sexual” permanece intacto, debido a que es la propia persona la que determina el con quién y cómo va a tener una relación sexual.

Bien diferente es la situación cuando una persona se ve obligada o constreñida por otra para la práctica de la prostitución o el comercio carnal{787}; situación donde claramente se establece una violación a ese derecho de disponer del cuerpo con fines erótico sexuales, siendo penalizado por ello en el artículo 214 del nuevo C. P. Es decir, nos referimos al caso en el cual una persona obliga o doblega a otra a realizar la actividad lujuriosa con otra, situación que no nos deja la más mínima duda de ser reprochable.

Otra cosa sucede con la instigación a la prostitución (art. 213 C. P.), evento en el cual difícilmente ese derecho a la "libertad sexual" se vulnera, ya que, si bien es cierto existe una actividad de persuasión de parte del sujeto activo, se mantiene incólume el derecho del sujeto pasivo para decidir si realiza los actos de prostitución o de comercio carnal; es decir, es él quien finalmente toma la decisión de realizar los comportamientos, con lo cual existe un evento de falta de antijuridicidad material al no ponerse en peligro ni vulnerarse el bien jurídicamente protegido.

En todo caso el legislador considera este evento (la instigación) como una intromisión en la libertad sexual de los individuos cuando se realiza con el ánimo de lucro o para satisfacer los deseos sexuales de otro, elementos subjetivos alternativos que deben aparecer bien sea en la modalidad de "instigación o de constreñimiento a la prostitución". Este ánimo lucrativo debe ser entendido no sólo como una ventaja de tipo económico, sino también material, moral, posición favorable, etc.

A este respecto, la Ley 1329 de 2009 adicionó el delito referente a "proxenetismo con menor de edad", el cual fundamentalmente mantiene idéntica redacción del delito de instigación a la prostitución contemplado en el artículo 213, con la salvedad que contempla unas penas mayores, por considerar el legislador que el reproche debe ser mucho mayor por cometerse en relación con menores de edad{788}.

Incluye la primera parte de este capítulo un comportamiento denominado Trata de personas, cuyo enunciado hace alusión al tráfico de esclavos que en épocas pretéritas se sancionaba; pues bien, con esta tipificación se sanciona a la persona que ejerza unas determinadas actividades tales como promover, instigar, constreñir o facilitar la entrada y salida del país de una persona para que ejerza la prostitución. Nótese cómo en este evento no se ve claramente la vulneración del bien jurídico tutelado libertad sexual, ya que en casos como, por ejemplo, el de facilitar la entrada o salida del país de una persona que quiere ejercer la prostitución no se encuentra claro el momento en que ocurra esa vulneración al bien jurídico protegido.

De igual manera, si lo que se presenta es una situación en la cual la voluntad del sujeto pasivo está completamente disminuida, dicha situación no podrá ser equiparada a un caso de inducción, como indebidamente lo hace el artículo, ya que creemos que en ese primer evento nos encontraríamos, al tener que entrar o salir del país siendo obligado a ejercer la prostitución, frente a un caso que merece un reproche punitivo mayor.

Lo mismo ocurre con el promover o facilitar, ya que en este último evento la idea ya existe, presentándose simplemente una labor de reforzar o disminuir los inconvenientes para realizarla, a diferencia de lo que ocurre cuando es un sujeto el que toma la iniciativa para la realización.

En efecto, creemos que la utilización de verbos de manera alternativa que señalan situaciones tan diversas constituye un error de técnica legislativa que ocasiona situaciones desiguales.

Por último, este artículo fue reubicado en el Código Penal con el fin de que los agravantes de la inducción y constreñimiento para la prostitución se predicarán de él, resaltando que en la nueva codificación se eliminó el agravante de quedar embarazada, ya que, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de violación, "el objeto de reproche penal es la inducción, el constreñimiento a la prostitución y la trata de personas, y no la eventualidad de un embarazo, del todo ajeno a aquellas conductas"{789}.

Tal y como lo mencionamos al comienzo de este capítulo, este artículo fue derogado de manera expresa por el legislador a través de la Ley 747 en su artículo 4.°, lo cual consideramos un acierto del legislador por las críticas que planteábamos desde el punto de vista del bien jurídico protegido en este título; lo cierto es que ese comportamiento previsto en el artículo 215 está recogido o incluido en el nuevo tipo penal que consagra la Ley 747 en su artículo 1.° al modificar el artículo 188, Tráfico de personas (delito contra la autonomía personal), siendo sin duda una ubicación más consecuente con el bien jurídico protegido{790}.

Ahora bien, respecto a los agravantes establecidos en el artículo 216 del Código, el legislador del 2000 contempló un

nuevo gravante relativo al evento en que el sujeto activo sea un integrante de la familia de la víctima, con el fin de resaltar los lazos de unión, fraternidad y solidaridad que deben existir entre los miembros de un grupo familiar. Vale anotar que tal disposición fue modificada por la Ley 1257 de 2008, la cual contempló mayores supuestos{791}.

Por su parte, la Ley 1236 de 2008 contempló un nuevo agravante relativo a "cuando la víctima fuere una persona de la tercera edad o, disminuido físico, sensorial, o psíquico ". De igual forma, la Ley 1257, adicionó otro agravante relativo a cuando la conducta se cometiere "sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio".

Como se observa, estos agravantes son idénticos a los contemplados en los numerales 7.° y 8.° del artículo 211 del Código Penal.

En este mismo capítulo encontramos otro grupo de comportamientos, que podríamos agrupar en un subtítulo caracterizado por tener involucrados menores de edad (arts. 217 y ss. C. P.).

Como primera medida tenemos el "estímulo a la prostitución", donde se sanciona el comportamiento de la persona que presta una colaboración especial para la práctica de actos sexuales en los que intervenga un menor de edad. Colaboración especial que se limita a destinar, arrendar, mantener, administrar o financiar casa o establecimiento para la ocurrencia de actos sexuales en los que intervenga un menor de 18 años. Debe tratarse de sitios con cierto ánimo de permanencia, ya que no se trata de sancionar a la persona del lugar donde ocurrió una fiesta en la que se mantuvo un encuentro sexual esporádico con un menor de edad.

Si bien es cierto la prostitución en sí misma no está penalizada, este tipo penal sanciona a la persona que destina, arrienda, etc., el lugar para la práctica de actos sexuales en que participen menores de edad, sin que se requiera para la consumación del tipo penal que efectivamente se realice el encuentro sexual, ya que basta el

destinar, arrendar, mantener, etc., y la aceptación del menor al ejercicio de la prostitución.

Se extrema con este comportamiento la protección a la libertad sexual, ya que se trata de evitar encontrar sitios donde se facilite la prostitución de menores de edad, pues, si bien es cierto el mayor de 14 y menor de 18 años puede disponer de su cuerpo con fines erótico sexuales, el legislador considera que mientras obtiene la mayoría de edad debe extremar su protección evitando y sancionando la destinación, arriendo, financiación, etc., de sitios para la realización de actos sexuales en los que participen menores.

Es decir, la prostitución del menor no está penalizada y sí la inducción o constreñimiento a ella, o el destinar sitio para su práctica.

De otra parte, la Ley 1329 de 2009 incorporó al Código Penal un nuevo delito denominado “Demanda de explotación sexual comercial de persona mayor de 18 años de edad”, adicionado en el artículo 217A.

Este tipo penal sanciona a la persona que demanda o solicita, directamente o por intermedio de una tercera persona, realizar acceso carnal o acto sexual con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza.

Señala adicionalmente este tipo penal que el consentimiento dado por el menor de 18 años no constituye una causal de exoneración de responsabilidad penal.

Finalmente, la conducta contiene unos agravantes que son enunciados en el mismo artículo que describe la conducta{792}.

A nuestro parecer este tipo penal extrema de una manera indebida la protección al menor de edad, en la medida que el legislador incurre en una contradicción manifiesta, y es el hecho que si le otorga la posibilidad al menor de edad, mayor de 14 años, de disponer de su cuerpo con fines erótico-sexuales como a bien lo tenga, no se entiende la razón por la cual en este tipo penal se ha de sancionar a la persona que solicite realizar acceso carnal o acto sexual con

el consentimiento del menor. Así entonces, deviene el absurdo de no ser punible la misma conducta si no existe de por medio un pago o promesa de pago.

Resulta mucho más cuestionable que este delito contemple una pena de 14 a 25 años, lo cual no es proporcional ni razonable frente a la gravedad de la conducta.

Otro comportamiento es el denominado pornografía con menores, comportamiento creado por el artículo 13 de la Ley 360 de 1997, con el que se pretende extremar al máximo la protección a la integridad sexual del menor de edad, ya que, si bien es cierto algunos menores de edad (mayores de 14 y menores de 18 años) tienen capacidad para disponer de su cuerpo, con este tipo de comportamientos se protege la intromisión indebida en su formación sexual, con mayor razón frente a los menores de 14 años, eventos en los cuales habrá que especificarse el posible concurso de delitos que se pueda predicar.

En todo caso, lo relevante no es la sanción de la pornografía en sí, sino la intervención de menores en este tipo de material, de manera que lo determinante será entender en qué consiste ese concepto de pornográfico.

Frente a la determinación de material pornográfico, mucho se discute en torno a la limitación de algunos derechos fundamentales, como por ejemplo la expresión. Lo cierto es que para determinar claramente el concepto se deben tener en cuenta dos aspectos: por una parte, el carácter libidinoso, y, por otra, la carencia de valor artístico, científico o educativo.

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Estados Unidos al señalar los rasgos que debe contener ese concepto:

a. Que el material tomado en su conjunto aparezca dominado por un interés libidinoso;

b. Que sea potentemente ofensivo porque se desvíe de los standards contemporáneos de la comunidad relativos a la representación de materias sexuales;

c. Que se halle totalmente desprovisto de valor social y que tomado en su conjunto carezca de un serio valor literario, artístico, científico o político{793}.

De manera que material pornográfico será aquel que carezca de valor artístico, pedagógico, literario, etc., y en el cual se llama al observador a la excitación sexual, sin que sea necesaria su obtención, ya que podrá también causar el efecto contrario (el rechazo, el estupor).

Serán estos dos elementos los que en alguna medida limitarán la interpretación del concepto "material pornográfico", eso sí teniendo en cuenta que en nuestra legislación se requiere, además de ese contenido, el que aparezca un menor de edad (valga la redundancia, menor de 18 años), ya que, a diferencia de otras legislaciones –como la española, en la que se sanciona la difusión de material pornográfico a menores o deficientes mentales–, nuestra legislación no sanciona ese tipo de conductas sino las relacionadas con material pornográfico en el que participen menores de edad.

El artículo 218 del C. P. lo que pretende es proteger a toda costa al menor de edad, para mantener su integridad sexual sin ningún tipo de intervención que la pueda perturbar, de manera que si es fotografiado o filmado en escenas pornográficas se sancionará al sujeto que realice esa actividad.

Por otra parte, y excediendo el ámbito de protección de ese bien jurídico, se llega al punto de sancionar al que vende, exhibe y de cualquier forma comercializa ese material pornográfico en el que participan menores de edad, cobijando incluso al que compra ese material, constituyéndose en un exceso en la protección a ese bien jurídico.

Así mismo, las modificaciones realizadas a este artículo por parte de las leyes 1236 de 1008 y 1336 de 2009 ampliaron los verbos rectores de esta conducta, y se incluyeron el "grabar, producir, divulgar, ofrecer, poseer, portar, almacenar", cuestión que resulta un absoluto exceso en el ámbito de protección de la misma norma, pero aun si se tiene en consideración que la pena de este delito oscila entre 10 y 20 años.

Respecto a este delito, la Ley 1336 de 2009 contempló que incurrirá en este delito quien alimente con pornografía infantil bases de datos de internet, con o sin fines de lucro.

Ahora bien, cabría discutir si en el concepto “material pornográfico” se incluyen también obras literarias, ya que si bien es cierto en legislaciones como la española se ha entendido que en ese término se puede incluir todo objeto susceptible de remover los apetitos sexuales{794}, la naturaleza del comportamiento en nuestra legislación es completamente diferente; ya que, como se dijo anteriormente, en esas latitudes se sanciona la pornografía cuando es difundida entre menores o enfermos mentales, mientras que en nuestra legislación el objeto fundamental de tutela es la “participación” de menores en material pornográfico; de manera que consideramos que las obras literarias, por más que quieran describir unos determinados hechos, no constituyen “material pornográfico”, pues nuestro legislador sólo trae como comportamientos delictuales el fotografiar y filmar, porque los demás verbos, tales como comprar, exhibir, vender o comercializar de cualquier forma, no implican la aparición del menor que participa.

En otras palabras, solo podrá ser considerado como material pornográfico el objeto en que pueda aparecer la participación de un menor, bien sea como fotografía o filmación, excluyendo cualquier otra, como podría ser una narración de unos hechos en los que actúa un menor.

El turismo sexual es un nuevo comportamiento que establece el Código Penal en el artículo 219, comportamiento que no previó el proyecto inicial de la Fiscalía General de la Nación, de manera que fue introducido durante el debate; lamentablemente no se encontraron los antecedentes de este delito. Sin embargo, lo cierto es que esta forma de legislar carece de todo tipo de técnica, ya que, si bien es cierto lo que pretende es evitar a toda costa la utilización de menores con fines libidinosos, se sanciona es el organizar, dirigir o promover actividades turísticas, que incluyan la utilización de menores.

Es claro que el menor debe ser protegido a toda costa en su indemnidad sexual, sancionando cualquier intervención que lo pueda perturbar, de manera que si una de las formas de

esa indebida interferencia es a través de la organización o promoción de actividades turísticas en las que intervendrá un menor, será como sancionar los actos preparatorios del delito en contra del menor, lo cual no puede ser aceptado desde el punto de vista del bien jurídico como límite del ius puniendi.

Lo anterior es claro frente a menores de 14 años. Ahora, en los casos de menores de 18 años y mayores de esa edad la cuestión es diferente, ya que el legislador los considera incapaces para desarrollar una vida sexual hasta esa edad (14), pero nada dice frente a los demás casos de menores de edad, lo que nos plantea un interrogante sobre el por qué de esa protección.

Lo cierto es que creemos que el legislador, a pesar de reconocer la libertad sexual del mayor de 14 años, considera que esas personas deben estar protegidas de manera que no deban ser utilizadas en algún tipo de actividad turística organizada, dirigida o promovida por cualquier persona.

En todo caso, recuérdese cómo en un comienzo hemos puesto de manifiesto que el legislador en su “sabia” tarea derogó en este caso afortunadamente respecto de este delito, con ocasión de la Ley 747 de 2002, de manera expresa en su artículo 7.°, el tipo penal en cuestión, con lo cual evitó en su momento el gran ejercicio hermenéutico que se debía realizar para considerarlo como un atentado contra la libertad sexual. Sin embargo, y con ocasión de la Ley 1336 de 2009, este delito volvió a surgir a la vida jurídica, cuestión que reprochamos y se constituye así en un claro ejemplo de inseguridad jurídica promovido por parte del mismo legislador al legislar sobre un mismo punto muchas ocasiones en un periodo muy corto de tiempo.

Por último, tal y como lo mencionamos en un comienzo, el Código fue modificado por la Ley 679 de 2001, creando unos nuevos tipos penales, incurriendo el legislador en el mismo error que motivó la creación del nuevo estatuto penal, ya que lo que se pretendía hacer era reunir en un solo cuerpo la legislación vigente en materia penal; pero con esa actividad del legislador comienza a generarse el problema de inseguridad jurídica que originó la reforma del sistema penal y con ésta el Código; de manera que lo más

apropiado sería digerir y comprender en su totalidad el Código, antes de entrar a legislar nuevamente sobre una materia en la que ni siquiera la doctrina ni la jurisprudencia ha fijado su alcance.

Se evidencia lo anterior toda vez que no le bastó al legislador con crear este tipo penal con la Ley 679 de 2001, sino que adicionalmente lo modificó con las leyes 1236 de 2008 y 1329 de 2009, estableciendo el delito de Utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, de la siguiente manera:

El que utilice o facilite el correo tradicional, las redes globales de información, telefonía o cualquier medio de comunicación, para obtener, solicitar, ofrecer o facilitar contacto o actividad con fines sexuales con personas menores de 18 años de edad, incurrirá en pena de prisión de diez (10) a catorce (14) años y multa de sesenta y siete (67) a (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las penas señaladas en el inciso anterior se aumentarán hasta en la mitad (1/2) cuando las conductas se realizaren con menores de catorce (14) años.

Tal y como se deduce del contenido literal del tipo penal transcrito, se trata de establecer unos mecanismos de prevención para contrarrestar el abuso sexual, el turismo sexual y la pornografía con menores de edad, de manera que se pretende sancionar principalmente los comportamientos que se empezaron a presentar con ocasión de los contactos a determinados sitios web, donde se ofrecían servicios sexuales con menores de edad, ampliando el marco de protección a cualquier otro tipo de medio como el correo tradicional.

Lo cierto es que este tipo penal sanciona a la persona que facilite o utilice esos medios para obtener contactos

sexuales con menores de edad o para ofrecer servicios sexuales con éstos.

Lo que se evita con este comportamiento es la utilización de esos medios con esos determinados fines, por lo que cabría preguntarse entonces qué sucede cuando un menor de edad utiliza la red global de la internet para tener un contacto sexual con otro menor de edad.

Ya que la ubicación de este delito, como protector de la libertad y formación sexual, debe lesionarse o ponerse en peligro para predicarse el carácter de antijurídico materialmente y de esta manera ser punible ese comportamiento.

Para terminar, esa misma ley en su artículo 35 crea un nuevo delito denominado Omisión de denuncia, de la siguiente forma:

El que por razón de su oficio, cargo, o actividad, tuviere conocimiento de la utilización de menores para la realización de cualquiera de las conductas previstas en el presente capítulo y omitiere información a las autoridades administrativas o judiciales competentes sobre tales hechos, teniendo el deber legal de hacerlo incurrirá en multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la conducta se realizare por servidor público se impondrá, además, la pérdida del empleo.

Son varios los elementos a tener en cuenta para determinar con certeza qué tipo de comportamientos cobija la presente norma; lo primero es señalar que la omisión de denuncia se refiere a las conductas previstas en este capítulo, las cuales son las del agravante del acto sexual con menor de 14 años (art. 209 inc. 2.° C. P.) y la utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de

menores (art. 219A C. P.), ya que la referencia del tipo penal tiene que ver con el capítulo de la Ley 679, y no de la 599, correspondiente al capítulo vil, que contiene estos comportamientos.

Ahora, si el legislador lo que pretendió al crear este nuevo tipo penal y darle una nomenclatura como 219B, tal y como lo establece en el parágrafo del artículo que lo creó, lo que significaría que la omisión de denuncia se predica de los delitos que conforman ese capítulo, es decir el 4.°, "Del proxenetismo", en el cual, además de los tradicionales, estarían incluidos los de proxenetismo con menor de edad (art. 213 A), demanda de explotación sexual comercial en persona menor de 18 años de edad, (art. 217A), turismo sexual (art. 219) y utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores (art. 219A), interpretación que sería más razonable y acorde con la finalidad de la ley; aunque quedaría por fuera el delito de acto sexual con menor de 14 años (art. 209 inc. 2.°), el cual sí está cubierto en la primera interpretación, demostrando esta diferencia un error en técnica legislativa con la redacción de este tipo penal.

Pero las cosas no paran ahí, ya que se debe determinar con claridad que la persona que por razón de su oficio, cargo o actividad conoce de la utilización de menores para realizar esas conductas tenga el deber legal de informar a las autoridades administrativas o judiciales, ya que si no está incursa en esa obligación no comete el delito en el momento de omitir este comportamiento.

De manera que será la ley la que con certeza nos señale qué personas están obligadas a poner en conocimiento esos hechos en caso de conocerlos por su cargo, actividad u oficio.

Encontrando en la misma Ley 679 una base para descubrir las personas destinatarias de esa obligación; de manera que será el artículo 8.° el que nos resolverá ese interrogante al disponer:

Deberes. Sin perjuicio de la obligación de denuncia consagrada en la ley para todos los residentes en Colombia, los proveedores, administradores y usuarios de redes globales de información deberán:

I . Denunciar ante las autoridades competentes cualquier acto criminal contra menores de edad de que tengan conocimiento, incluso de la difusión de material pornográfico asociado a menores.

De manera que, según esta ley, la obligación se extiende a estas personas, resaltando a los usuarios como uno de sus destinatarios.

Ahora, en lo que tiene que ver con el inciso final del artículo, se establece una reiteración del abuso de autoridad por omisión de denuncia, aumentando la confusión cuando se constata lo establecido en el artículo 441, omisión de denuncia de particular (el cual fue modificado por las leyes 733 de enero de 2002 y 1121 de 2006){795}, ya que se debe tener en cuenta que si se trata de un menor la pena del servidor podrá llegar hasta los 10 años de prisión.

Nótese cómo la proliferación de normas, ya no solo la 679, sino también la 733 y 1121 de 2006, lo único que logra es generar un ambiente de inseguridad, y con ella arbitrariedad, contrario a la certeza que se debe predicar de la ley.

Anteriormente señalábamos que, en caso de ser un delito de los previstos en ese capítulo 4.° (“De la explotación sexual”), si participa un menor de 12 años el delito será el previsto en el artículo 441 del C. P. con la modificación de las leyes 733 de 2002 y 1121 de 2006, incluyendo el caso del servidor público. Y si se trataba de un menor de edad, mayor de 12 años, el delito será el previsto en el artículo 219B, según lo establecido por la Ley 679 de 2001. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-583 del 25 de noviembre de 2009, declaró inexequible la expresión “de doce años” utilizada en el artículo 441 del

Código Penal, razón por la cual la diferencia entre uno u otro delito ya no se justifica de conformidad con la edad del menor afectado.

Ahora bien, observamos una contradicción entre lo previsto en el artículo 219B y el artículo 441 toda vez que el primero simplemente contempla una pena de multa, mientras que el segundo contempla pena de prisión de 3 a 8 años y los dos hacen igual referencia a los delitos del capitulo iv del Titulo iv del Código Penal. (De la explotación sexual).

Una postura más acertada, tiene que ver con la naturaleza del bien jurídico protegido, sin lugar a dudas, consideramos que en este tipo de eventos no se menoscaba el bien jurídico de la libertad e integridad sexual, sino que es un atentado contra la administración de justicia, con lo cual y aunado al hecho de ser posterior la Ley 1121 de 2006 a la 679 de 2001, nos lleva a la conclusión que en ella se reguló todo lo relacionado con la omisión de denuncia de particular (art. 441 C. P.), ahora, si se tiene en consideración que de conformidad con la sentencia C-583 del 25 de noviembre de 2009, este artículo 441 incluye a todos los menores de edad y no solo a los menores de 12 años como anteriormente lo realizaba, pues será este delito el aplicable a este tipo de eventos sea que el comportamiento lo realice un particular o un servidor público; conclusión acorde con el bien jurídico, con un derecho penal mínimo y con la seguridad jurídica.

HERNANDO HERNÁNDEZ QUINTERO

Falsedad monetaria

PRESENTACIÓN

En las primeras épocas de la humanidad, el hombre dedicó sus esfuerzos a superar las dificultades que atentaban contra su supervivencia, tales como el hambre, que calmó con la caza y la pesca; el frío, que superó cubriéndose con la piel de los animales, y el sueño y la fatiga, que mitigó con las primeras habitaciones que construyó en las recias cortezas de los árboles. Atendidas estas necesidades básicas, enderezó su actividad a la obtención de los bienes en cantidad mayor a sus necesidades individuales y domésticas. En este momento observó la urgencia de efectuar el cambio de aquello que generaba en exceso, por los artículos que requería y que no producía. Nace así la forma más antigua de intercambio, denominada “el trueque”. Empero, “en un principio fue muy tosco y defectuoso el mecanismo de cambio, pues tuvieron que darse directamente productos por productos y esfuerzos por esfuerzos”{796}.

Para superar estas dificultades fue necesario, como lo advierte acertadamente Pinilla Pinilla , “idear instrumentos o signos de intercambio, que participaran en mayor o menor grado de las siguientes características: creciente homogeneidad. Que fueran cuantificables y fácilmente equiparables. Divisibles en sí mismos o aptos para determinar fracción. Fácilmente transportables. Duraderos. De calidad relativamente constante. Finalmente, lo más importante, que merecieran la aceptación general como medio de intercambio”{797}.

En este propósito, los pueblos, de acuerdo con los elementos que producían, fueron estableciendo sus medios de pago (medida, intercambio), antecedente mediato de la actual moneda. De esta forma, relatan los historiadores que los pueblos cazadores tuvieron por moneda pieles de distintos animales; los pueblos dedicados al pastoreo usaron el ganado (pecus); los asentamientos de agricultores el té, prensado en pequeños paquetes, el azúcar en las Indias Occidentales, el nabo en Filadelfia, el maíz entre los aztecas, los clavos y la sal en ciertas poblaciones de

Escocia, el cacao en Guatemala. Algunas comunidades utilizaron piedras consistentes o piezas de metal en bruto.

El término moneda tiene su origen etimológico en el latín moneta, por el nombre de un templo a Juno, Moneta (Avisora), en cuya contigüidad los romanos establecieron una casa acuñadora, una de cuyas piezas producidas fue precisamente un disco imperfectamente circular en plata, con la efigie de la diosa y la palabra moneta (que avisa) acuñada paralelamente a la nuca de dicha efigie, que empezó a circular hacía el año 45 antes de Cristo.

Las primeras monedas metálicas fueron construidas con el uso de metales preciosos o semipreciosos, sin signos o distintivos especiales. Posteriormente el hombre descubre las ventajas de la acuñación. Así, se afirma que tres mil años antes de Cristo existió moneda en el Japón y “algunos atribuyen a Feidón , Rey de Argos, la acuñación de la primera moneda metálica que fue de plata, en la Isla de Egina, en el año 895 antes de Cristo”{798}.

La utilización de los metales para la fabricación de moneda resultó de trascendencia por la posibilidad de introducirle algunos caracteres, lo que facilitaba controlar su autenticidad y combatir su falsificación. “Las características del oro y la plata, por ejemplo, eran las que más se adecuaban a la circunstancia del intercambio. Su facultad para conservar valor, su divisibilidad, su facilidad para el transporte y almacenamiento permitían a su dueño planificar su gasto al ritmo de sus necesidades y deseos. El valor de estos metales oscilaba poco, lo cual garantizaba que conservasen su poder de compra a través del tiempo. Además, en el caso del oro su densidad y su brillo lo hacían casi imposible de falsificar”{799}.

Si bien el dinero–metal permitía con facilidad realizar transacciones y se había aprestigiado como representación del valor para adquirir bienes y servicios, su transporte, almacenamiento y protección se complicaba cada día, razón que llevó a los comerciantes a idear casas destinadas a guardarlas en cajas fuertes o de seguridad. Para garantizar lo depositado, el responsable expedía un vale o recibo como respaldo, de tal manera que al presentarlo el propietario obtenía su devolución. Luego, con el pasar del tiempo, quienes vendían productos y servicios empezaron a aceptar

estos vales como forma de pago, entendiendo que los mismos contaban con el adecuado respaldo. En esta forma debió nacer el papel moneda.

Estos billetes resultaron ser un medio de cambio circulante muy conveniente, liviano, de fácil transporte y almacenaje y de gran divisibilidad. A diferencia del oro y la plata, los billetes no tenían un valor por sí mismos sino por lo que representaban o lo que con ellos se podía adquirir. Estas condiciones determinaron que el papel moneda desplazara al dinero-metal.

En Colombia la primera referencia al tema monetario la encontramos en el Congreso Constituyente de Cúcuta reunido en 1821, que ordenó acuñar una moneda de platino, con un valor de 4, 2 y I peso fuerte. En la Guerra Civil de I86I, se implantó el papel moneda de curso forzoso, por disposición del general Tomás Cripiano DE Mosquera . La Ley 39 de 1880 creó el Banco Nacional, entidad que podía emitir billetes “hasta por el doble de su capital”. En 1905, con el propósito de superar las dificultades por el envilecimiento de la moneda, nació el Banco Central de Colombia. Empero, con la posibilidad de que entidades privadas emitieran sin control alguno dinero, y por los efectos de la Primera Guerra Mundial, existía en el país un enorme desorden monetario que precipitó la crisis de los años 1922 y 1923, situación que obligó al Congreso de 1922 a expedir algunas leyes, entre ellas la de autorización al Gobierno para la contratar una misión de expertos que lo asesorara en la organización de la estructura monetaria y cambiaria del país.

De esta forma, la Misión Kemmerer recomendó al Gobierno la creación del Banco de la República, entidad que surge a la vida jurídica por mandato de la Ley 25 de 1923, autorizando también la emisión de billetes convertibles en oro y asegurando que en el futuro la única entidad encargada de emitir dinero sería el Banco de la República. Asimismo, en el artículo 17 de la ley precitada se estableció que los “billetes que emita el banco no tendrán curso forzoso; pero serán considerados como moneda legal para todos los efectos penales, y se recibirán en pago de todo impuesto o deuda”{800}.

A partir de 1923, el Banco de la República es la única entidad autorizada para emitir dinero, monopolio exclusivo del Estado, que lo ha delegado en esta entidad, inicialmente a través de sendos contratos, y a partir de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 por mandato constitucional; pues es conocido que la nueva Carta Fundamental estableció, a partir de su vigencia, el Banco de la República como un órgano de rango constitucional, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, asignándole como función propia "emitir la moneda" (art. 371 C. N.). A su turno, la Ley 31 de 1992, que regula al Banco de la República, en su artículo 6.° precisa: "El Banco de la República ejerce en forma exclusiva e indelegable el atributo estatal de emitir la moneda legal constituida por billetes y moneda metálica". Con todo, el numeral 13 del artículo 150 de la Constitución Política faculta al Congreso de la República para "determinar la moneda legal, la convertibilidad y el alcance de su poder liberatorio, y arreglar el sistema de pesas y medidas".

La historia relatada en precedencia evidencia la lucha de la humanidad por contar con un medio de pago y una medida de valor adecuada, lo que sugiere correlativamente un esfuerzo para evitar su falsificación, su adulteración y emisión no autorizada, conductas que conllevan, sin lugar a dudas, un grave perjuicio para el desarrollo económico del país y su estabilidad monetaria, y, en no pocas ocasiones una afectación del patrimonio individual. Empero, desde antiguo se conocen intentos por obtener provecho indebido de la fabricación y circulación de dinero espurio, y la utilización abusiva de la emisión de billetes aun para enfrentar los costos de la guerra, circunstancias que en su momento han estimulado procesos inflacionarios y generado pérdida de la credibilidad en estos signos monetarios.

Para combatir este flagelo los estados han tipificado desde siempre esta conducta como delictual, prescribiendo tradicionalmente las legislaciones severas sanciones para sus responsables, como puede verse en la obra del maestro Federico Puig Peña , citado por Adolfo Reyes Calderón :

El delito de falsificación de moneda es tan antiguo como ésta. Las leyes indostánicas castigaban al autor de ellos con

la amputación de las dos manos. En el derecho romano se encuentran ya delimitados los tipos en la Ley Cornelia, que distinguió perfectamente la fabricación ilícita, aun con la misma ley que la legal, el cercenamiento y la expedición. A partir de CONSTANTINO , se inicia la consideración de estimar que el monedero falso se arroga facultades del príncipe, y este emperador condena a los autores de este delito al suplicio del fuego. No puede compararse esta gravísima pena con la establecida por el derecho germánico, que generalmente castiga con la pérdida de una mano, según las capitulaciones carolingias, y el viejo derecho anglosajón. Todavía era más suave esta penalidad en el derecho visigótico, en donde, cuando el autor es un hombre libre, se merma su libertad o se pierde la mitad de los bienes. Esta penalidad suave se trueca, sin embargo, a partir del siglo XIII, y por influjo del derecho romano, en la durísima pena constantiniana. En España la legislación de partidas aplica esta pena: "... porque de tal falsedad como esta viene gran daño a todo el pueblo, mandamos que cualquiera que fiziere falsa moneda de oro, de plata o de otro metal cualquiera sea quemado por ello de manera que muera", criterio que se siguió también por el fuero real. Esta dura penalidad se mantiene en tiempos posteriores, y Felipe IV, en 1658, dicta una pragmática imponiendo la pena de fuego, de la que nadie, ni aún siquiera los menores, podían sustraerse{801}.

En Colombia, a partir del Código Penal de 1837, se ha sancionado la falsedad monetaria, tradición que ha perdurado a través de los estatutos punitivos de 1873, 1890, 1936, 1980 y recientemente en el del año 2000, cuyo articulado es objeto de análisis en el presente estudio.

I. EL BIEN JURÍDICO TUTELADO

Como lo reconoce en forma unánime la doctrina, el delito de falsificación de moneda es un punible pluriofensivo, como quiera que ofende varios bienes jurídicos tutelados, tales como la fe pública, la soberanía monetaria y el monopolio

estatal de emisión, el patrimonio individual, el orden económico social y aun la existencia y seguridad del Estado. Sobre el tema es esclarecedor el comentario de Ramón Acevedo Blanco, en su Manual de derecho penal, cuando afirma:

Es natural que una falsificación de moneda nacional signifique intolerable suplantación del Estado en función de tanta trascendencia para la economía nacional, y una grave ofensa punible contra la fe pública y contra la misma economía nacional por el virtual envilecimiento de la moneda, al tiempo que por lo regular puede servir de medio para la perpetración de delitos que lesionan otros bienes jurídicos protegidos, como el patrimonio económico de las personas{802}.

Empero, atendiendo al criterio que cuando “una misma conducta vulnera simultáneamente diversos bienes jurídicos contenidos en el mismo tipo legal, de los cuales unos pertenecen al individuo y otros a la sociedad o al Estado [...] el legislador ubica el hecho dentro del título que busca defender el bien jurídico que considera más digno de tutela o más hondamente afectado”{803}, es común que las legislaciones clasifiquen la falsedad monetaria como un ilícito contra la fe pública.

Sobre el tema se pronunció el maestro Francesco Carrara , en su Programa de derecho criminal, al precisar:

Atendiendo a que dicha intención falta, los criminalistas modernos rechazan error tan funesto; pero muchos de ellos, en los primeros momentos de la reacción, cayeron en el extremo opuesto y enseñaron que la falsedad monetaria no es sino un hurto calificado por la falsedad; así hicieron de ella un delito contra la propiedad privada. Hoy la ciencia se basa en un concepto más exacto, y considera que el falsificador de moneda dirige sus actos, no contra una sola persona, sino contra todos [...] Este delito se distingue de

los demás en que no solo causa daño a los particulares, sino que pone en peligro a toda la sociedad. De ahí que se le coloque entre los delitos políticos indirectos; es delito político (o social), en cuanto a su efecto inmediato de lesionar a todos; por esto la falsedad monetaria ha sido ingeniosamente comparada por DEXTRIVEAUX con la lombriz solitaria; y es delito indirecto, en cuanto a la intención del agente. En este orden, pertenece a la clase de delitos contra la fe pública{804}.

Consistente con las posiciones doctrinales expuestas en precedencia, el legislador colombiano en los diversos estatutos penales ha ubicado la falsedad monetaria como un punible contra la fe pública. De esta forma podemos encontrar esta conducta desviada en la actual cartilla de penas (Ley 599 de 2000), en el capítulo I.° del título IX (“Delitos contra la fe pública”), en los artículos 273 a 278.

Desde luego, el concepto de fe pública, al que nos referimos como bien jurídico tutelado, corresponde al criterio que “aduce que es imposición del Estado, obligando a los ciudadanos a creer en determinados signos, símbolos, elementos y documentos, bien sean públicos o privados, en cuanto esa tal obligación resulta indispensable en la ejecución de los actos propios de la comunidad y de quienes la integran”{805}.

Así, el Estado impone la obligación de creer en los signos monetarios en la medida que originariamente deben ser emitidos única y exclusivamente por dicho Estado. Por ello, cuando la moneda no proviene de la entidad autorizada para producirla y ordenar su circulación (Banco de la República, en el caso colombiano), o ha sufrido alteraciones o modificaciones, estamos frente a una falsificación que ofende el bien jurídico de la fe pública, sin perjuicio de que atente contra el patrimonio individual de quien es engañado con el signo apócrifo (delito contra el patrimonio económico), o vulnere el orden económico social, por producir daño en la regulación jurídica del intervencionismo de Estado en la economía (monopolio de la facultad de emitir dinero por parte del Estado), entre otros bienes jurídico legalmente protegidos.

II . CONDUCTAS CONSTITUTIVAS DE FALSEDAD MONETARIA

En el capítulo I.° del título IX del estatuto penal colombiano se consagran seis tipos penales como constitutivos de la falsedad monetaria. Así, en los artículos 273 a 278 se sancionan en su orden: la falsificación de moneda nacional o extranjera; el tráfico de moneda falsificada; el tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda; las emisiones ilegales; la circulación ilegal de monedas y, finalmente, se equiparan a monedas algunos valores. A continuación efectuamos un somero análisis de cada una de estas disposiciones:

A. FALSIFICACIÓN DE MONEDA

En el artículo 273 del Código Penal que inició su vigencia el 24 de julio de 2001 se tipifica la conducta básica de la falsificación de moneda, en similares términos que los utilizados por el estatuto represor de 1980, con la única variación de aumentar en forma sensible la punibilidad. De esta forma, se señala que “El que falsifique moneda nacional o extranjera, incurrirá en prisión de seis (6) a diez (10) años”.

Se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, de resultado objetivo, de conducta instantánea y de lesión. El sujeto pasivo lo constituye en primera instancia el Estado por ser el titular exclusivo de la facultad de emisión de moneda. Asimismo, la sociedad es potencial sujeto pasivo de esta conducta desviada, por el eventual riesgo de las adulteraciones y por la sensación de inseguridad que genera en la comunidad la moneda espuria.

El objeto material de este punible lo constituye la moneda, nacional o extranjera, término comprensivo de la moneda

metálica y los billetes de banco. En el caso colombiano, acuñadas las primeras y fabricados los segundos exclusivamente por el Banco de la República, entidad a la que constitucionalmente se le asignó esta potestad. De igual forma, serán también objeto material del ilícito en estudio los títulos de deuda pública, los bonos, pagarés, cédulas, cupones, acciones o valores emitidos por el Estado o por instituciones o entidades en que éste tenga parte, los cuales, por mandato del artículo 278 del Código Penal, fueron equiparados a moneda.

La conducta que se quiere sancionar consiste en falsificar moneda nacional o extranjera. La falsificación a que se refiere la figura puede tratarse de una imitación, una adulteración o una simulación. La primera de ellas la denomina Carrara contrahechura, y afirma que se presenta "... cuando se fabrica uno de esos cuerpos u objetos (de cualquier materia que sean) a los que la autoridad pública ha concedido el privilegio de representar un valor establecido por ella y a los que les ha conferido ese valor; los cuales forzosamente deben ser recibidos por ese valor establecido por la autoridad del Estado, o suelen aceptarse en el país por ese valor, aun cuando este se lo haya atribuido una autoridad extranjera"{806}.

La alteración o modificación supone "cambios en las especificaciones y caractarísticas de la moneda originalmente legítima, por ejempo alteraciones en la denominación, fecha de emisión, etc."{807}. O, como lo afirma Carrara, "cuando se le quita a la moneda corriente en el Estado alguna parte de la sustancia metálica que la compone"{808}.

La conducta punible se consuma cuando la moneda ha sido falsificada con el propósito de usurpar la facultad de emisión propia del Estado, sin requerirse su expendición. Por ello, como lo anota Acevedo Blanco, "... aunque la moneda falsa no se ponga en circulación y no perjudique el patrimonio privado económico de las personas, el delito se reputa consumado con la contrafacción falsaria"{809}. Desde luego, para el perfeccionamiento del punible, es preciso que el signo falsificado revista cierta similitud con la auténtica, es decir, que tenga aptitud para circular. Con todo, no es necesario que la semejanza con la moneda legítima sea tal que llegue a engañar a los mismos técnicos.

Si la imitación es tan burda e imperfecta que la falsedad sea por todos detectable, no es posible hablar de falsedad de moneda. Este criterio ha sido aceptado en forma unánime por la doctrina.

I . TENTATIVA

Es postura doctrinal conocida la aceptación de la tentativa en este ilícito cuando el proceso de fabricación de los signos es interrumpido por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto agente, una vez se ha dado comienzo a los actos ejecutivos. Así puede leerse el criterio de Pinilla Pinilla al respecto: “Es el caso del impresor que, a raíz de un allanamiento o por cualquier otra razón, es sorprendido desarrollando un proceso inacabado de elaboración, que ya arroje muestras inequívocas de que se dirigía hacia la contrafacción monetaria”{810}.

Sobre el tema ya se había pronunciado el maestro de Pisa, al señalar: “Igualmente erróneo es el concepto de que no hay tentativa en la falsedad monetaria. Será difícil concretarla en las formas de la alteración y de la introducción; pero en la expendición es manifiesta su figura, y en la fabricación también es fácil concebir que la moneda se ha formado a medias y que la acción se interrumpió por alguna causa no voluntaria, y estos son los límites de la tentativa”{811}.

De otra parte, con la regulación como punible del “tráfico, elaboración y tenencia de elementos destinados a la falsificación de moneda” (art. 275 C. P.), se supera la polémica en relación a que estas conductas pudieran ser aceptadas como tentativa de falsificación de moneda.

Asimismo, siguiendo el criterio adoptado ya por el Código Penal de 1980, el tipo penal del artículo 273 autoriza que se castigue la falsificación de la moneda, bien que ella sea nacional o extranjera. Se adopta así el concepto que había acuñado Carrara , según el cual: “Es esencial en este delito que la moneda adulterada tenga curso legal o comercial

dentro del país. El que pertenezca a un país extranjero no es obstáculo para el título de falsedad monetaria, con tal que el tipo de ella tenga curso legal o comercial entre nosotros”{812}.

2. PUNIBILIDAD

Acogiendo el clamor de la doctrina, el nuevo estatuto penal asigna al responsable de la conducta desviada en estudio, una pena de prisión que puede graduarse entre los seis y los diez años. Como se recordará, en el Código Penal de 1936 la pena para el monedero falso oscilaba entres tres y quince años, consecuencia punitiva que se redujo ostensiblemente en la Comisión Revisora de 1979, sin argumentación conocida. Por ello, la Fiscalía General de la Nación, al presentar el proyecto de reforma al Código Penal afirmó respecto de los delitos contra la fe pública: “Las penas para las conductas que conforman el capítulo primero de este título fueron aumentadas considerablemente, dado el daño económico y social que se causa con la ejecución de las mismas”.

B. TRÁFICO DE MONEDA FALSIFICADA

En el artículo 274 del estatuto represor se consagra: “El que introduzca al país o saque de él, adquiera, reciba o haga circular moneda nacional o extranjera falsa, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho años (8)”.

Se trata de un delito común, es decir, realizable por cualquier sujeto sin cualificación especial, de conducta alternativa, que bien puede consistir en introducir a nuestro país o sacar de él, adquirir, recibir o hacer circular moneda falsa. Desde luego, como lo anota Montenegro, “El sujeto activo deber tener el conocimiento de que la moneda es

falsa y realizar actos que impliquen los verbos enunciados, con lo cual atenta contra la fe pública”{813}.

Para la interpretación del alcance de los verbos rectores utilizados por el legislador en la norma en estudio, tomamos prestado el criterio de Pabón Parra , al señalar:

Introducir: penetración efectiva en el territorio nacional del objeto material de la infracción, sea en forma directa o por medio de envío o remisión, siendo indiferente el medio utilizado.

Sacar: acción de llevar el objeto material fuera del territorio nacional.

Adquirir: hacer propia la moneda falsa a título oneroso implica acciones positivas del agente en la consecución del objeto material.

Recibir: tomar lo que se entrega o se envía; indica menor actividad por parte del agente para la adquisición de la moneda falsa; el acto de recepción puede ser oneroso o gratuito.

Hacer circular: introducir el objeto material en el tráfico económico{814}

La doctrina ha sido uniforme en sostener que las diversas formas de tráfico consagradas en la norma en estudio constituyen hipótesis redundantes que bien podían incluirse en el término “hacer circular”. Así lo recuerda Acevedo Blanco : “Pero si analizamos aquellos verbos rectores

empleados por la norma llegamos a la conclusión de que todos expresan una única idea: poner en circulación moneda falsa, expresión empleada por el Código de 1936, que, dicho sea de paso, es mucho más descriptiva que 'hacer circular', empleada por el Código de 1980"{815}.

En la norma bajo análisis se mantiene el principio de que la moneda falsa que se trafica bien puede ser nacional o extranjera, aceptando el criterio del curso comercial de la moneda, antes que el legal, cumpliendo también con los postulados de la Convención de Ginebra del 20 de abril de 1929, gestada por la extinguida Sociedad de Naciones, que "Establece unas reglas como los medios más eficaces [...] para asegurar la prevención y el castigo del delito de falsificar moneda". Y que, en su artículo 5.°, precisa: "No se harán distinciones en cuanto a los grados de castigo de los delitos mencionados en el artículo 3.°, entre actos relativos a moneda nacional y actos relativos a moneda extranjera".

Ahora bien, en cuanto a la culpabilidad, se requiere que el sujeto activo conozca la falsedad de la moneda que se pretende hacer circular. De esta forma se excluye la modalidad culposa en este punible, y deberá exonerarse a quien la introduzca al País o la saque de él, la adquiera, reciba o haga circular en el convencimiento de que se trata de signos auténticos. Otra situación diferente se presenta si el autor detecta la falsedad cuando recibe el signo y luego lo "hace circular", con el propósito de evitar el detrimento de su patrimonio, como puede suceder con el cajero de un banco que le entrega al cambista el billete o moneda falsa que con anterioridad ha recibido de buena fe en el desarrollo de sus funciones. En este evento el ciudadano estará inmerso en el tráfico de moneda falsificada.

Desde luego, la moneda que se introduce al tráfico monetario debe contar con visos de autenticidad para que el punible se perfeccione. Así lo precisaba Carrara , al afirmar: "En la fórmula de la expendibilidad concretaron generalmente el requisito de la imitación los criminalistas y los prácticos. La moneda debe ser expendible, para que exista el elemento material de la falsedad monetaria; es decir, debe ser tal que pueda circular en la plaza como verdadera, representando a los ojos de la mayoría la idea de que es legítima. Una moneda puede no estar perfectamente imitada y, sin embargo, puede ser declarada expendible,

como lo fue en el caso recientemente recordado, aunque la imitación resultó deficiente en una de las letras de la inscripción ordinaria”{816}.

I. TENTATIVA

Es perfectamente pregonable el dispositivo amplificador de la tentativa en este tipo penal del tráfico de moneda falsificada. En efecto, bien puede suceder que el monedero falso sea detenido al momento de ingresar al país portando la moneda falsa, por ejemplo ser descubierto en la requisa que se le efectúa en la frontera correspondiente. Similar situación puede advertirse cuando intente penetrar el portador de los signos ilegítimos a otro país diferente a Colombia y sea detectado sin lograr sacar de las fronteras del país los signos falsos. Bien podría suceder también que, cumpliendo acuerdo anterior, el ciudadano obtenga la moneda falsa y sea detenido cuando recepciona el objeto material del punible. Finalmente, si el hacer circular implica la aceptación del numerario por parte de otros ciudadanos, es factible que el ciudadano receptor advierta la falsedad y se abstenga de recibirla, procediendo a denunciar el hecho ante las autoridades, evento en el cual es incuestionable la tentativa.

2. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES

La doctrina colombiana, consciente de la división que ha formulado el Código Penal de las conductas de fabricación de moneda falsa y tráfico de la misma, al ubicar en artículos diferentes estos dos comportamientos, entiende que es factible el concurso de conductas punibles entre estos dos ilícitos, máxime cuando se ha aceptado en forma uniforme que el delito de falsificación de moneda se consuma al finalizar el proceso de falsificación, así se trate de una sola

moneda, como lo pregona Humberto Barrera Domínguez en su obra Delitos contra la fe pública.

La tesis comentada ha recibido el respaldo de autores como Montenegro , quien expresa:

En varios códigos extranjeros se aplica ese principio, estimando que quien falsifica la moneda busca en últimas usarla o ponerla en circulación, y su conducta queda bien sancionada con sólo reprocharle la referida falsificación. En nuestro país no sucede así, por cuanto, rompiéndose ese principio de política criminal, se castiga al que, haciendo la moneda falsa o alterando la legítima, las usa como quien sin intervenir en la falsificación la pone en circulación. En el caso de ser una misma persona el falsificador y el que pone en circulación la moneda, se le reprime en concurso de delitos{817}.

En el mismo sentido discurre Pinilla Pinilla , en su multicitada monografía:

En capítulo anterior [...] fue destacada la exclusión del texto que proponía la configuración de una agravación punitiva (prisión de cuatro a veinte años) para cuando quien participó en la falsificación fuere la misma persona que colocó en circulación las especies apócrifas. Al excluirse la configuración típica de esa fusión de conductas se optó claramente por determinar que el falsificador que introduce su producto en el caudal circulatorio, por cualquier medio, está incurriendo en un concurso material de hechos punibles y debe responder de la falsificación y del tráfico de moneda falsificada{818}.

No existe la misma claridad para aceptar sin reservas el concurso de conductas punibles entre la falsedad, el tráfico de moneda falsificada y la estafa. Empero, es preciso anotar

que autores como Barrera Domínguez aceptan sin duda alguna este concurso. Sobre el tema indica el exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia:

Estimamos que también el circulador incurre en el concurso del delito de tráfico de moneda falsificada (art. 208) con el de estafa, cuando obtiene un provecho ilícito con perjuicio económico de tercero [...] En consecuencia, esa capacidad de engaño que lleva en sí la moneda falsa es suficiente para inducir en error a quien onerosamente la recibe, con beneficio para el circulador. Y en tal supuesto, a más del delito de tráfico dicho, se tiene el de estafa{819}.

Por su parte, Valencia M., refiriéndose al Código Penal de 1980, que se sabe consagra conductas similares al del 2000, en este tema, es de la opinión que existe el concurso al que nos venimos refiriendo, siempre y cuando se logre probar las maniobra que caracterizan la estafa. Diserta así el conocido tratadista:

Es particularmente interesente este tópico. De antiguo se ha considerado que el delito de tráfico tiene estrecho emparentamiento con el tipo de la estafa, al punto de predicar la existencia de un concurso material entre ambas infracciones. Académicamente ello es posible si bien se mira que las acciones agreden bienes jurídicos diversos, a más de que no es fácil descartar una relación medio-fin. No obstante, la regla no es absoluta y habrá que atender caso a caso las características definitorias de la acción. La ejecución del delito del artículo 208 puede agotarse, en cualquiera de sus modalidades típicas, sin el auxilio de bien logrados actos de engaño o ardides y sin que se produzca ninguna lesión patrimonial. Al faltar las condiciones necesarias de la conducta estafatoria, el comportamiento se subsume dentro de sus previsiones, desintegrándose naturalmente el concurso. En el supuesto contrario seguramente existe un engañado, un engañador y un correlativo perjuicio patrimonial, a más de un atentado contra la fe pública. En la subjetividad pensada del agente

la acción prohibida no solamente se dirige a hacer circular la moneda falsa sino a despojar a alguien de algo que tiene valor crematístico al través de representaciones gráficas engañosas. Estas afirmaciones importan la presencia del concurso{820}.

Comparte también el anterior criterio el maestro Romero Soto , quien expresa:

Cabe recordar algo que ya se dijo atrás a propósito del concurso entre falsedad y estafa, o sea que no existe si el agente se limita a entregar la moneda falsa. Pero que si agrega otro comportamiento, por ejemplo, trata de convencer de palabra a la víctima que la moneda es legítima, o llama a alguien que corrobore sus afirmaciones, se tiene concurso entre expendición y estafa{821}.

3.PUNIBILIDAD

En este comportamiento delictual también el nuevo Código Penal incrementó sustancialmente la punibilidad, al pasar de una pena que oscilaba entre un año y cinco años, en el Estatuto de 1980, a prisión de tres a ocho años.

C . TRÁFICO, ELABORACIÓN Y TENENCIA DE ELEMENTOS

DESTINADOS A LA FALSIFICACIÓ N DE MONEDA

El artículo 275 de la Ley 599 de 2000 (nuevo Código Penal) prescribe: “El que adquiera, elaborore, suministre, tenga en su poder, introduzca al país o saque de él, elementos

destinados a la falsificación de moneda nacional o extranjera, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años”.

Este comportamiento se encontraba sancionado en el estatuto represor de 1936, en el artículo 218, en términos muy similares a la figura que se ha incluido en el nuevo Código Penal. Empero, por estimar los redactores de la Cartilla de penas de 1980 que se trataba de una precisa tentativa, fue eliminada del articulado correspondiente. Esta situación fue comentada en su momento en los siguientes términos por Estrada Vélez , presidente de la Comisión Revisora de 1979:

Finalmente, el nuevo Código no tipifica el hecho de fabricar e introducir al país instrumentos destinados exclusivamente a la falsificación de moneda, por cuanto constituye claramente una tentativa. Las demás conductas reprimidas por los artículos 218 y 219 del Código de 1936 son, unas, actos preparatorios, y otras, clarísimos casos de falsedad que no requieren una tipificación específica{822}.

Este criterio es compartido por Acevedo Blanco , quien al comentar el Código de 1980 precisa:

Quedan excluidos también del catálogo de delitos los actos de poner en circulación moneda recibida de buena fe; la falsificación, la introducción al país, así como la conservación de instrumentos destinados a la falsificación de moneda, incluidos cuños, troqueles, etc. Considerada esta última especie hasta ahora, con razón, como indicio seguro de participación en el delito de falsificación de moneda, o por lo menos de tentativa punible, que no de mero acto preparatorio, pues, como ya decía Carrara, no es posible fabricar cuños con un fin distinto de contrahacer monedas{823}.

Este comportamiento delictual no aperece en el proyecto de Código Penal que la Fiscalía General de la Nación presentó ante el Congreso de la República, y tampoco fue analizado en el primer debate realizado sobre el tema por la Cámara de Representantes y el Senado de la República. No obstante, en la ponencia para segundo debate al "Proyecto de Ley 238 de 1999 Cámara, 40 de 1998 Senado, por el cual se expide el Código Penal", aparece en el artículo 266A, en idénticos términos en los que se consagra en el artículo 274 del Código en vigencia, con la siguiente justificación: "Con la tipificación de esta conducta se pretende sancionar diversas conductas relacionadas con los elementos destinados para la falsificación de moneda nacional o extranjera. De este modo se ataca un grave delito que se ha extendido en los últimos años en Colombia, al punto de ubicarlo en el tercer lugar entre los países falsificadores de moneda" (Gaceta del Congreso, año VIII n.° 510, 3 de diciembre de 1999).

Esta conducta, sancionada también en legislaciones como la de Perú (art. 255 Ley 26714 de 1996), Panamá (art. 276 Ley 18 de 1982) y Guatemala (art. 333 Dcto. 17-73 de 1973), se trata de un delito de peligro abstracto, en el que basta que el ciudadano adquiera, elabore, suministre, tenga en su poder, introduzca al país o saque de él elementos destinados a la falsificación de moneda nacional o extranjera (máquinas, troqueles, cuños, papel, tintas), sin ser necesario que la moneda espúria se produzca. Estima el legislador tan elevado el riesgo para la economía del país de la fabricación y circulación de signos no emitidos por el Estado o alterados que anticipa la punibilidad para quienes poseen elementos aptos para su elaboración, al igual que a quienes los produzcan o los suministren. Desde luego, debe probarse de manera fehaciente el propósito del ciudadano de destinar estos objetos para la elaboración de la moneda ilegítima, a riesgo de sancionar a quien los posee para actividades editoriales permitidas por el Estado.

D . EMISIONES ILEGALES

El artículo 276 del Código Penal en vigencia prescribe: “El servidor público o la persona facultada para emitir moneda que ordene, realice, o permita emisión en cantidad mayor de la autorizada, haga o deje circular el excedente, incurrirá en prisión de tres (3) a diez (10) años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo”. Como se ha señalado a lo largo de presente estudio, el atributo de emisión, propio de la soberanía monetaria, es exclusivo del Estado. Esta atribución ha sido delegada en el Banco de la República, primero por concesión otorgada en 1923, posteriormente por atribución legal propia conferida por la Ley 7.ª de 1973, y ahora por mandato constitucional (art. 371 C. N.). De esta forma, sólo esta entidad tiene la capacidad jurídica de disponer la acuñación de la moneda metálica y la impresión de billetes en las denominaciones que sean necesarias. Para tal efecto, como se enunció desde la exposición de motivos de la Ley 31 de 1992: “La producción de especies monetarias estará a cargo del Banco [de la República] como función suya”. Esta consideración se repitió en el artículo 6 ° de la Ley 31 de 1992: “El Banco de la República ejerce en forma exclusiva e indelegable el atributo estatal de emitir la moneda legal constituida por billetes y moneda metálica”. En el artículo 9.° de la ley precitada se indica: “La impresión, importación, acuñación, cambio y destrucción de las especies que constituyan la moneda legal, son funciones propias y exclusivas del Banco de la República, las cuales cumplirá conforme al reglamento general que expida su Junta Directiva”. Finalmente, el artículo 41 del Decreto 2520 de 1993 (Estatuto del Banco de la República) señala como función del Consejo de Administración de esa importante entidad “Ordenar la impresión o pedido de billetes, especificando la serie o series que la constituyan y el valor y número de piezas de cada una de ellas”.

Por esta vía se deduce que el punible lo realiza el funcionario del Banco de la República (servidor público, por mandato del artículo 20 del C. P.) que ordene, realice o permita la emisión en cantidad mayor de la autorizada por el Consejo de Administración del Banco de la República, el cual está integrado por los cinco miembros de dedicación exclusiva de la Junta Directiva. El gerente general y el auditor asisten a sus sesiones con voz, pero sin voto.

En cuanto a la conducta del tipo penal en estudio, cuenta con un verbo determinador compuesto alternativo, que supone el ordenar, realizar, permitir o dejar circular dinero cuya emisión supera la autorización de la autoridad competente (Consejo de Administración del Banco de la República). En las dos primeras hipótesis, como lo señala Pabón Parra , “el agente realiza conductas positivas anteriores a la emisión, haciendo que esta supere los límites autorizados”. Se trata en este caso de la conducta de los miembros del Consejo de Administración de esa entidad que ordenan la emisión superando la cantidad autorizada por el propio Consejo de Administración. Quedan incluidos en estas hipótesis punitivas el empleado o funcionario de la imprenta del Banco o de la Casa de la Moneda o el ciudadano contratado para la fabricación de los billetes o monedas que materialmente realice los signos no autorizados, y los empleados de la Tesorería del Banco y aun los gerentes de las sucursales del Banco Emisor que realicen la emisión del dinero sin contar con la correspondiente autorización.

En el primer evento comentado nos encontramos frente a un tipo de peligro, en el cual basta la autorización de emitir o realizar la emisión superando los límites autorizados, sin que sea necesario que los signos se vinculen efectivamente al torrente circulatorio. En la segunda hipótesis se trata de realizar efectivamente la emisión que no cuenta con la autorización pertinente. Como lo indica el diccionario de la Real Académica, realizar significa efectuar, hacer real y efectiva una cosa. Tal es el caso del gerente de una sucursal que saca a circulación billetes que se encuentran en la bóveda de la oficina a su cargo pero que aún no reciben la orden de emisión de la oficina principal. En la tercera posibilidad consagrada en la disposición se trata simplemente de una conducta omisiva del servidor público, que tolera la realización de la emisión ilegal, sin haberla autorizado. Finalmente, estará inmerso en este punible el servidor público (empleado del Banco de la República) que haga o deje circular el excedente de la moneda realmente autorizada. Tal sería el caso de los miembros del consejo de administración, gerente general, subgerente de operación bancaria, subgerente industrial, gerentes de sucursal, auditor general, tesorero, entre otros, que, enterados de la emisión ilegal, permitan su circulación.

En cuanto a la punibilidad, se establece para los responsables una pena privativa de la libertad que se debe graduar entre los tres y los diez años de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

E . CIRCULACIÓN ILEGAL DE MONEDAS

El artículo 277 de la normatividad penal prescribe:

El que ponga en circulación moneda nacional o extranjera que no se haya autorizado o que haya sido excluida de la misma por la autoridad competente, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público en ejercicio de sus funciones o con ocasión del cargo.

Con la incriminación de esta conducta se supera una vieja polémica doctrinal y judicial, consistente en la inquietud sobre el tipo penal aplicable cuando la moneda que se pone en circulación reúne todas las características de la auténtica, pero jurídicamente no existe, bien porque su emisión no ha sido autorizada o porque ya fue retirada de circulación por decisión de la autoridad competente (el Banco de la República). Así, por ejemplo, se recuerda el lamentable robo conocido como “del siglo” al Banco de la República, sucursal deValledupar, de cuya bóveda de reserva fueron hurtados cerca de veinticuatro mil millones de pesos, de los cuales una buena cantidad no habían sido emitidos y esperaban la correspondiente orden de la oficina principal en Bogotá para tal efecto. En este caso, el Banco Emisor, para conservar la credibilidad en los billetes

legalmente en circulación y evitar un caos económico, autorizó por un tiempo determinado el cambio oficial de tales signos.

Otra situación que bien puede presentarse es la sustracción de billetes cuando ya han salido de circulación y se encuentran en vía de ser destruidos o incinerados. Así, el sujeto se apodera de los signos cuando se encuentran en la bóveda correspondiente o son transportados en vehículos especiales, o cuando ya se encuentran en las bandas transportadoras, e incluso cuando ya están siendo destruidos por las máquinas correspondientes o quemados en los hornos de incineración.

En casos como los comentados se discutía en el pasado si lo sustraído eran verdaderos billetes, si los mismos tenían valor, o, por el contrario, si el monto del hurto se limitaba al valor del papel de seguridad en que se elabora la moneda. Otra tesis sostenía que al lograr introducir al torrente monetario el billete no emitido o ya excluido legalmente de circulación se incurría en el delito de estafa.

Sin lugar a dudas el perjuicio que se causa a la economía del país con este grave comportamiento es de incalculables consecuencias, porque se puede generar un gran fenómeno inflacionario por encontrarse en circulación dinero que supera los topes autorizados por la autoridad monetaria (Banco de la República), como por la pérdida de la credibilidad de los ciudadanos en los billetes oficialmente emitidos, lo cual conduciría a la recolección de los auténticos y seguramente a regresar a las épocas superadas del trueque.

En su momento, Pinilla Pinilla expresó su preocupación sobre este tema, con argumentos que, a no dudarlo, constituyeron el sustento para la tipificación penal de la conducta en estudio. Decía el ilustre ex presidente de la Corte Suprema de Justicia, al comentar el Código Penal de 1980:

Esta cualificación, que a primera vista parece adecuada, deja sin embargo por fuera a los individuos que sin ser empleados oficiales ni estar facultados para emitir moneda

accedan de una u otra forma, clandestina o fraudulenta, al numerario que ya está editado genuinamente por la imprenta facultada al efecto, pero aún no ha sido formalmente librado a la circulación, o que habiendo sido retirado de ésta y dispuesto para su destrucción es sustraído y regresado dolosamente al caudal circulatorio.

Y más adelante agregaba:

En realidad, la impresión, transporte, emisión, retiro de circulación, destrucción y, en general, administración del medio circulante implica una serie de fases en donde la especie numeraria, producida genuinamente, no ha adquirido o está perdiendo su naturaleza económica y jurídica de moneda, no obstante lo cual, al ser llevada a la circulación, se confunde totalmente con los signos lícitamente emitidos, pudiendo afectar la fe pública debida a éstos y generar lesión al orden económico social por quedar en el medio circulante una cantidad superior a la prevista, con los consiguientes riesgos inflacionarios{824}

En la forma como se redactó la norma, el sujeto activo del ilícito no requiere cualificación alguna, y está bien que así sea, toda vez que el apoderamiento de los signos editados y aún no emitidos o sacados de circulación por orden de la autoridad monetaria, en la mayoría de las ocasiones por su natural deterioro en razón a la circulación o por el cambio de su diseño, puede realizarlo cualquier ciudadano al penetrar ilícitamente a una bóveda o en el transporte de la moneda o los billetes por cualquier vía, o cuando son desplazados internamente por los empleados de firmas contratadas para tal fin. Empero, la norma tuvo la previsión de agravar la punibilidad cuando la conducta la realiza un servidor público, que en este caso puede ser un empleado del Banco de la República que, sin estar facultado para emitir moneda, toma ilícitamente los signos aún no emitidos o los que han salido de circulación y los ubica nuevamente en el torrente monetario. Por ejemplo, el cajero que, aprovechando su cargo, se apropia de los signos y luego los

cambia por ventanilla a desprevenidos ciudadanos. Igual situación es pregonable del funcionario de la Superintendencia Bancaria o de la Contraloría General de la República que es designado para verificar el proceso de destrucción de los billetes y en un descuido de los compañeros de tarea toma la moneda y luego la hace circular.

Por tratarse de un tipo penal de resultado, en el que es preciso que la moneda se "ponga en circulación", es aceptable la modalidad imperfecta de la tentativa. De esta forma, si el empleado del Emisor o un particular se apodera del dinero sin emitir o que ha sido retirado de circulación, y antes de que logre entrarlo al torrente monetario es sorprendido por la autoridad, estaremos frente a una tentativa del ilícito en análisis.

F . VALORES EQUIPARABLES A MONEDA

El artículo 278 del nuevo estatuto penal precisa:

Para los efectos de los artículos anteriores, se equiparan a moneda los títulos de deuda pública, los bonos, pagarés, cédulas, cupones, acciones o valores emitidos por el Estado o por instituciones o entidades en que éste tenga parte.

En este tipo penal subsidiario el legislador ha extendido la protección pregonable de la moneda a los títulos emitidos por el Estado o por entidades en que éste tenga parte o que cuenten con su respaldo. De esta forma, lo que se ha querido es estimar como moneda estos documentos. Así, estos títulos se convierten también en objeto material de los ilícitos que se han comentado en precedencia.

Se ha aceptado sin discusión que el orden económico social lo constituye el conjunto de normas jurídicas que garantizan

la intervención del Estado en la economía. Para facilitar esta tarea, el Estado cuenta con mecanismos que le permiten controlar la política monetaria, cambiaria y crediticia, ahora a cargo de la Junta Directiva del Banco de la República, por mandato constitucional, pero también cuenta con instrumentos para estimular las exportaciones e importaciones, el incremento de la actividad agropecuaria e industrial, entre otras. De esta forma, cuando el Banco Emisor requiere aumentar o disminuir la cantidad de dinero en poder del público (control monetario) participa en las operaciones de mercado financiero mediante la compra y venta de títulos representativos de deuda. Así, se conocen los "títulos de participación emitidos por el propio Banco de la República". En el pasado reciente se utilizó ampliamente el certificado de cambio, diseñado para evitar que circulara una gran cantidad de divisas provenientes de la bonanza cafetera, o de monetizar las mismas, circunstancia que hubiera generado un alto índice de inflación. Asimismo, el Estado entrega hoy a los exportadores, como estímulo por las operaciones realizadas, el Certificado de Reembolso Tributario, CERT. Estos títulos son documentos de deuda pública interna, toda vez que el Estado debe a su titular los valores correspondientes.

Como puede observarse, el propósito del legislador al crear el tipo penal al que nos venimos refiriendo es proteger estos títulos de deuda pública que son representativos de dinero y que, como lo anota el citado Montenegro , "son documentos expedidos por el gobierno, nominativos o a la orden, en los cuales consta obligación de pagar contra una entidad pública y a favor del tenedor del referido título. Generalmente se emiten y usan para financiar los gastos públicos".

Los bonos, de acuerdo con la definición del artículo 752 del Código del Comercio, "son títulos valores que incorporan una parte alícuota de un crédito colectivo constituido a cargo de una sociedad o entidad sujetos a la inspección o vigilancia del gobierno".

El pagaré, de acuerdo con lo expresado por Trujillo Calle , "ha sido definido como una promesa incondicional hecha por escrito, por la cual una persona se obliga bajo su firma para con otra a pagar a la presentación, o a un término fijo

o determinable, una suma cierta de dinero a la orden o al portador”{825}.

Las cédulas, siguiendo a Montenegro , “Son documentos en los cuales consta una obligación de pagar por una persona a otra, determinada cantidad, y que además tienen un llamativo sistema de sorteos a través de los cuales el favorecido puede recibir una cantidad mayor a la invertida o antes del vencimiento, con algunos incentivos de aumento por interés”.

La acción, como lo mencionamos en nuestro trabajo Los delitos económicos en la actividad financiera, “corresponde a la cuota o parte del capital social que el accionista posee en una determinada sociedad y que le permite disfrutar de un conjunto de derechos inherentes a su calidad de accionista”{826}.

Finalmente, los valores se refieren a los documentos, títulos y bienes que se negocian en los mercados de capitales.

Lo importante de resaltar es que todos estos documentos de deuda pública, bonos, pagarés, cédulas, cupones, acciones o valores, para que puedan ser equiparados a moneda, para efectos de la protección penal a que se refiere el tipo penal analizado deben ser emitidos por el Estado o por instituciones o entidades en que éste tenga parte.

BIBLIOGRAFÍA

Acevedo Blanco, R. Manual de derecho penal, Bogotá, Temis, 1983.

Banco de la República. Introducción al análisis económico. El caso colombiano, Bogotá,

Siglo del Hombre, 1998.

Barrera Domínguez, Humberto . Delitos contra la fe pública, Bogotá, Temis, 1984.

Carrara, Francesco. Programa de derecho criminal, Bogotá, Temis, 1982.

Estrada Vélez, Federico. Estudios de derecho penal, Cali, Fundación para la Investigación y Estudios Jurídicos, 1981.

Hernández Quintero, Hernando. Los delitos económicos en la actividad financiera, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

Montenegro, Calixto . Delitos contra la fe pública, Bogotá, Augusta, 1982.

Pabón Parra, Pedro Alfonso. Manual de derecho penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

Pinilla Pinilla, Nilson. Falsificación de moneda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989.

Reyes Echandía, Alfonso. Derecho penal, Bogotá, Temis, 1996.

Reyes Calderón, José Adolfo . Moneda auténtica y falsa, Guatemala, Talleres de Byrsa, 1989.

Romero Soto, Luis Enrique. El delito de estafa, Cali, Carvajal, 1990.

Torres García, Guillermo. Historia de la moneda en Colombia, Medellín, Lealon, 1980.

Trujillo Calle, Bernardo. De los títulos valores, Bogotá, Leyer, 1999.

Valencia M., Jorge Enrique. Estudios de derecho penal especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989.

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

Delitos contra la vida y la integridad personal

I. PRINCIPIOS GENERALES Y BIEN JURÍDICO

La protección a la vida e integridad personal resulta obvia{827}. La Constitución Política en su artículo II proclama que el "derecho a la vida es inviolable"{828}, y ya desde el Preámbulo y el inciso 2.° del artículo 2.° ibídem se precisa que entre los bienes jurídicos dignos de proteger está la vida, el cual, por demás, hace parte de los "derechos inalienables de la persona", según el artículo 5.° de la misma{829}.

No menciona la Constitución al bien jurídico de la integridad personal{830}; no obstante, debe señalarse que el mismo hace parte del concepto vida, habida cuenta que como tal la complejidad del mismo cobija también a su presupuesto{831}, puesto que, como ya lo señaló Pacheco Üsorio al tratar el tema, toda agresión contra la integridad personal "entraña un ataque al derecho de la vida", en tanto "la plenitud de esta lleva implícita aquella"{832}. Es evidente: cuando el artículo 12 superior prohíbe los "tratos crueles" resulta verdad de Perogrullo que se está refiriendo a la integridad personal en tanto sobre ella recaen aquéllos{833}; palmariamente habrá de reconocerse que la integridad personal es por definición un derecho inalienable de la persona. Vulnerar la integridad personal significa de suyo afectar la vida humana, en tanto entre ellas existe una correspondencia ineludible.

Si se mira el inciso I.° del artículo 44 de la C. N. nos encontramos con que la integridad personal es asunto que valora significativamente nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que allí se contempla entre los derechos fundamentales de los niños "la vida, la integridad física, la salud". El artículo I.° del Decreto 1546 de 1998, que posibilita el trasplante de órganos, estipula que la "salud es un bien de interés público".

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es concluyente en la consideración de la integridad personal como bien jurídico protegido, además de reconocer su interdependencia recíproca con la vida,

puesto que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre{834} en su artículo i ha postulado que “Todo ser humano tiene derecho a la vida [...] y a la integridad de su persona”, lo cual reitera su artículo xvi cuando instru-mentaliza la seguridad social en orden a la protección de la “salud física y mental” de la persona. El carácter de bien jurídico de la integridad personal lo reconoce paladinamente el numeral I del artículo 5.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

También parece desprenderse ello del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, habida cuenta que el artículo 3.° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos{835} precisa que “Todo individuo tiene derecho a la vida [...] y a la seguridad de su persona”.

Bacigalupo ha afirmado que el bien jurídico de la vida humana “no resulta problemático en cuanto tal”{836}. Podría pensarse, dada la “correspondencia ineludible” predicada entre ella y la integridad personal, que tal idea se hace extensible a ésta.

Muy a pesar de que ello pueda parecer una obviedad, lo cierto es que, tal como viene configurado constitucionalmente el tratamiento del fenómeno, algunas preguntas previas habrán de responderse.

Son ellas que siguen.

A . ¿LA VIDA E INTEGRIDAD PERSONAL SE PROTEGEN PENALMENTE INCLUSO RESPECTO DE SU MISMO TITULAR?

Surge el anterior interrogante por cuanto el artículo II de la C. N. le ha asignado a la vida, y por ende a la integridad personal, el carácter de inviolable. Pero además, el inciso final del artículo 49 ibídem ha estipulado categóricamente

que “Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud.”{837}.

Pareciere que la Constitución le estuviese imponiendo al ciudadano el deber de autoprotegerse en su vida e integridad personal. Dada la correlatividad de derechos y deberes, existiría la posibilidad jurídica de entender que un sujeto pueda atentar contra sus propios derechos y en consecuencia actuar de forma penalmente relevante.

Tal visión sólo es admisible en aquellos sistemas políticos confesionales o totalitarios, habida cuenta que los primeros, al considerar inmoral que la persona disponga de lo que le ha dado Dios, y los segundos, al estimar que el Estado es dueño de la vida y la integridad personal de sus nacionales y que la fidelidad debida por el ciudadano se ve quebrantada cuando dispone de ellas, entienden que el suicidio y las autolesiones personales son antijurídicas{838}.

No obstante, no debe perderse de vista que la correlatividad de derechos y deberes surge de la obligación primaria kantiana: si alguien tiene un derecho, correlativamente los otros tienen el deber de respetárselo. El deber es aquí “complementario, general y negativo”{839}, esto es, no tiene existencia propia o autónoma. Pueden existir deberes principales y positivos, derivados del principio de solidaridad social; no obstante, también ellos se predican de derechos en cabeza de otros sujetos{840}.

De acuerdo con ello, la imputación penal, dado el profundo contenido de violencia institucionalizada que la caracteriza, debe reservarse para cuando se esté ante comportamientos que remitan a la correlatividad entre derechos y deberes, esto es, cuando estén en juego derechos ajenos, pues sólo esta forma de generar responsabilidad penal es compatible con el libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental y con los límites que, sin renunciar a la filosofía personalista que inspira la Constitución, le impongan el ordenamiento jurídico y los derechos de los demás.

Por el contrario, en aquellos eventos que no plantean esa contraposición entre el derecho que se ejerce y el deber de un tercero de respetarlo, no hay fundamentos para desencadenar un juicio de responsabilidad tan drástico

como el inherente al derecho penal. Incluso, podría afirmarse que esos supuestos, siempre que no involucren, así sea indirectamente{841}, derechos de terceros, deberían ser jurídicamente irrelevantes. De allí por qué importantes autores han afirmado que el “deber de toda persona de procurar el cuidado integral de su salud es una declaración bien inútil”{842}.

El bien jurídico penal se entiende comprendido en la interacción social, esto es, en el intercambio de trato entre sujetos, habida cuenta que su misma naturaleza le impone el carácter de alteridad{843}. Por ello el Derecho regula las interferencias intersubjetivas (art. 16 C. N.) y estas mantienen una separación tajante entre Derecho y moral{844}.

En suma, la vida y la integridad personal se protegen penalmente sólo respecto de las agresiones de terceros.

B. ¿LOS DERECHOS SE PREDICAN SÓLO DE LAS “ PERSONAS”? ¿QUIÉN ES PERSONA? ¿HASTA CUÁNDO SE OSTENTA LA CALIDAD DE PERSONA?

Al tenor del inciso I.° del artículo 90 del C. C., la “existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre”. Empero, el mismo estatuto, en su artículo 91, preceptúa que la “ley protege la vida del que está por nacer”. El artículo 94 ibídem precisa que la “existencia de las personas termina con la muerte”.

Tales criterios no vinculan al derecho penal, y menos a aquél que se construye con fundamento en la Constitución y en los derechos fundamentales. Sin embargo, sientan parámetros para contestar las preguntas formuladas, habida cuenta que explicitan que hay vida protegible antes del nacimiento y la misma se extiende hasta la muerte.

La Constitución no es tan clara en el asunto. Cuando predica los derechos lo hace respecto de la persona (arts. 2.° inc. 2.°, 5.°, 13 a 17, 19, 20, 23, 25, 26, 28 a 30) o, al menos, utiliza expresiones que apuntan a una persona (como, por ejemplo, “nadie” en los artículos 12, 18, 29 inc. 2.° y 33; “colombiano” en el artículo 24; “condenado” en el 31 y “delincuente” en el 32). El niño como tal es persona y tiene sus derechos especiales, entre ellos la vida, la integridad física y la salud (art. 44).

El inciso I .° del artículo 13 C. N. al disponer que todas “las personas nacen libres e iguales ante la ley [.] y gozarán de los mismos derechos”, da a entender claramente que el nacimiento es el que otorga la calidad de persona, pues a partir de allí es que se le atribuyen derechos{845}. Pero además, sin nacimiento sería hipotético hablar del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 14 ibíd.) {846}.

De tra parte, trata el tema del embarazo, pero de allí no deriva consecuencias directas para la protección de la vida del que está por nacer (art. 43 ibíd.).

Muy a pesar de lo anterior, cuando trata sobre la vida, no lo hace refiriéndose a la persona (art. II ibíd){847}. Ello da pábulo para estimar como altamente valiosa la vida como tal, independientemente de que exista persona{848}; esto es, valora positivamente al ser humano en germen{849}.

La Corte Constitucional ha dicho que si bien en cierto “nuestra Constitución Política reconoce expresamente el derecho inviolable a la vida a quienes son personas pertenecientes al género humano [...] de allí no se sigue que la vida humana latente en el nasciturus carezca de protección constitucional”, dado el valor esencial de la vida humana. “La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa”, pues el nacimiento es el “que da origen a la existencia legal de las personas”{850}. Posteriormente calificó a la vida del nasciturus como un derecho inherente a la persona humana por la vía del artículo 94 de la C. N., de lo cual parece extraerse que aquél tiene la calidad de persona; empero, en la misma sentencia, contradictoriamente, afirma que “el amparo

constitucional de la vida [...] se proyecta necesariamente a la época que precede al nacimiento de la persona”{851}.

La segunda parte del numeral I artículo 4.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también se ocupa del tema al disponer que el derecho a la vida estará protegido, “en general, a partir del momento de la concepción”. Tal expresión también es la utilizada por el Código Civil para determinar cuándo comenzó el embarazo (art. 92).

Dada la correspondencia de vida e integridad personal, también ésta resulta protegible antes del nacimiento.

De allí que, comoquiera que la vida es algo complejo, y por tanto también la integridad personal, una vez que por virtud del principio de subsidiariedad se han estimado como bienes jurídicos dignos de protección penal, deba hacerse un segundo juicio, vinculado este con el principio de fragmentariedad: no todos los atentados contra la vida y la integridad personal resultan dignos de penalización, sino aquellos que se estimen socialmente intolerables.

Lo anterior no es un mero problema de “el objeto de la acción”, como parece señalarlo Bacigalupo {852}. Por el contrario, toca con el principio de fragmentariedad y por ende con el ámbito de protección penal del bien jurídico, pues, tal como anota la doctrina, ello se determina a partir de las tipificaciones de “las conductas potencialmente lesivas o más peligrosas para la vida humana”; por ejemplo, con la unión de óvulo y espermatozoide ya hay vida humana; empero, de lo que se trata es de “decidir a partir de cuándo o hasta qué momento corresponde su protección jurídica”{853}.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado en términos generales que la vida comienza con la unión del óvulo y el espermatozoide{854}, lo que indicaría que, dados los avances de la biomedicina, el óvulo fecundado in vitro también resultaría digno de protección penal; no obstante, deberá tenerse en cuenta el grado de intensidad requerido para la respectiva protección.

Roxin dice que ya en la unión de la célula ovárica y la célula esperma “se genera una vida que contiene en potencia a un

futuro ser humano”; por tanto, “debe participar hasta cierto punto de la protección y de la dignidad como la de un ser humano ya nacido”, en orden a evitar la producción de embriones sólo con fines de investigación, como “material de consumo”, cosificando la vida humana{855}.

Por lo tanto, esa complejidad que es la vida humana, encarnada en un devenir donde paulatinamente se van produciendo avances cuantitativos y cualitativos que reclaman una protección más intensa{856}, demanda del derecho penal y del principio de fragmentariedad la necesidad de establecer etapas o segmentos clasificatorios para obtener una adecuada respuesta punitiva a los diferentes grados de protección acorde con el principio de proporcionalidad.

Vistas así las cosas y atentos a la regulación que realizó la Ley 599 de 2000 de los bienes jurídicos vida e integridad personal, cabe señalar los diferentes ámbitos de protección del bien jurídico, como sigue.

I. VIDA AUTÓNOMA-DEPENDIENTE

Esta etapa comienza cuando se unan el óvulo y el espermatozoide en un ambiente diferente al sistema reproductor de la madre, esto es, la justificación de su protección está dada por los avances de la biomedicina al lograr la realización de la fecundación in vitro.

Además de los criterios anteriormente expuestos, tiénese que esta clasificación tiene arraigo constitucional, al permitir y valorar como positivo la Constitución la procreación por “asistencia científica” (inc. 4.° art. 42). Por tanto, si entre los diferentes procedimientos científicos para obtener la procreación se encuentran las modernas técnicas de fecundación in vitro, lo cual por demás implica involucrar otros valores constitucionales, como el derecho a la conformación de una familia (inc. I.° art. 42) y su específico de tener hijos (inc. 6.° art. 42), incluso superando los problemas de esterilidad como forma de “recuperación de la

salud” (inc. I.° art. 49){857}, es de especial estimativa el tener como digna de protección tal etapa de la vida.

Allí, de manera correlativa, se protegen otros derechos “inherentes al ser humano” no positivizados, pero así mismo de relevancia constitucional por virtud de lo dispuesto en el artículo 94, como son los de identidad, individualidad, intangibilidad, diferencia genética, irrepetibilidad y autenticidad genética, en fin, la preservación de la especie humana, vinculados directamente con la dignidad de la persona (art. I .° ibíd.); así como otros vinculados con la familia, como los derechos a tener progenitores y a no ser sujeto de orfandad biológica, pues los hijos deben tener padres y biológicamente deben provenir de una “pareja”; esto es, constitucionalmente se exige que sean producto de la unión de células germinales masculina y femenina (num. 6 art. 42 ibíd.).

También, en la ponderación necesaria para establecer la regulación efectuada deben tenerse en cuenta intereses constitucionales como los de la “producción y creación científicas”, y la promoción estatal de la “ciencia y la investigación científica en beneficio del interés general” (arts. 67 inc. 2.°, 69 inc. 3.°, 70 inc. 2.° y 71 C. N., y 12 lit. b Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos), con los cuales se persigue en este concreto ámbito de aplicación “la modificación de los caracteres naturales del patrimonio genético”, de la carga genética, con el fin de liberarla de patologías o efectuar diagnósticos médicos, esto es, lo que se conoce como terapia génica en tanto lo primero, y que sin duda contribuye significativamente a la salud no sólo individual{858} sino también general{859}, dando cumplimiento al derecho fundamental a la salud (arts. 49 inc. I C. N. y 12 lit. a Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos).

Tal protección se extiende hasta el momento de la implantación del preembrión{860} en el útero materno.

Se denomina esta etapa autónoma-dependiente por cuanto si bien el óvulo fecundado en los primeros catorce días no depende fisiológicamente de la madre –independiente– {861}, sí es necesario crearle un ambiente físico–químico propicio en el laboratorio –dependiente– para que continúe

su normal desarrollo. Nathanson , citado por Hoyos Castañeda , afirma que “el embrión, desde sus primeras fases, antes de implantarse en el útero, es un agente humano autónomo, aunque dependiente”{862}.

Los tipos penales de manipulación genética (art. 132), repetibilidad del ser humano (art. 133) y fecundación y tráfico de embriones humanos (art. 134) de la Ley 599 de 2000 protegen la vida y la integridad personal en la etapa autónoma–dependiente; empero, no lo hacen con el sentido que tradicionalmente se le ha dado a la vida y su aseguramiento, esto es, conforme a “los tipos tradicionales creados para la protección de la vida, pensados únicamente para protegerla de acortamientos prematuros”{863}, sino bajo la égida del entendimiento de una forma de vida inmersa en la dignidad del ser humano.

Su desarrollo correspondería a otro trabajo; por tanto, aquí sólo nos ocupamos de fijar su ubicación sistemática dentro del ámbito de protección del bien jurídico.

De todos modos, debe advertirse que el tráfico de gametos (espermatozoides y óvulos) aparece como una figura asistemática que no se corresponde ni con el nomen iuris del delito ni con la protección constitucional de la vida e integridad personal, resultando inconstitucional por violar el principio de razonabilidad en tanto allí no hay vida humana.

Ha de concluirse, especialmente cuando hay fecundación in vitro, que la destrucción del embrión preimplantatorio que no ha anidado en el útero o impedir su anidación son conductas no reguladas penalmente{864}. Jamás se puede plantear allí la tipicidad del aborto, puesto que, como afirma Quintero Olivares , “los nuevos delitos relativos a la manipulación genética no suponen un adelantamiento de la protección penal a fases de desarrollo embrionario anteriores a la anidación del óvulo fecundado en el útero materno”{865}.

No obstante, a pesar del carácter general del criterio de Quintero Olivares , pensamos que cuando en el producto de la manipulación genética, fecundación y tráfico ilegales de embriones humanos o por clonación se produzcan cambios físicos o en la salud del embrión preimplantatorio que se

materializan y evidencian en el feto, es obvio que se realiza el tipo penal de lesiones al feto, dado el carácter de progresividad de la vida y la etapa general de desarrollo antes del nacimiento en que se encuentra el nuevo ser, en concurso ideal con el tipo penal de manipulación genética en la respectiva especie que entre en juego.

2 . VIDA DEPENDIENTE

La Constitución guarda silencio en torno al momento en que comienza la protección de la vida dependiente. El Código Civil deja entrever muy claramente que ello tiene ocurrencia a partir del momento de la concepción. El Código del Menor, Decreto 2732 de 1989, en su artículo 5.° habla de derechos a partir de la concepción. La Convención Americana sobre Derechos Humanos explícitamente señala que ello debe tener ocurrencia, por lo general, a partir de la concepción.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano de supervisión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia hace parte del bloque de constitucionalidad, ha interpretado que la cláusula: “en general, a partir del momento de la concepción”, ya mencionada, no significa la adopción de un concepto absoluto del derecho a la vida desde tal momento{866}.

La expresión “concepción” en principio se equipara a fecundación, esto es, cuando el espermatozoide fecunda al óvulo{867}; no obstante, sobre el tema existe controversia en tanto otros opinan que tal fenómeno “tiene lugar muchos días después, cuando el óvulo fecundado anida en la pared del útero”{868}. González Mantilla coincide con tal posición, al expresar que “la concepción es un momento posterior al configurado por el proceso de la fusión de los gametos en la fecundación. En términos biológicos, la concepción se inicia al finalizar el sexto día, cuando empieza la interacción del cigoto con la mucosa uterina que culmina con la anidación en el útero”{869}.

Romeo Casabona ha destacado que la vida humana digna de protección comienza con “la culminación del proceso de la anidación, esto es, el de la implantación del embrión en la pared del útero, a los catorce días de la fecundación, que es cuando el embrión adquiere, además, la individualización, fenómeno de naturaleza genética”. De allí en adelante se habla de gestación{870}.

Históricamente por concepción debe entenderse la implantación del embrión en el útero materno, según se desprende del inciso 2.° del artículo 90 del C. C., pues allí se habla de vida en el “vientre materno”, lo cual resulta lógico para la época en que fue creada la norma –1873–, fecha para la cual resultaba insospechable la discusión actual, pues sólo en 1979 se introduce la fecundación in vitro. A tal idea también debe responder la expresión contenida en el numeral i del artículo 4.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues la historia fidedigna de su establecimiento –1967 y 1968– no conoció las técnicas de fecundación in vitro{871}.

Como se vio, no existe total claridad sobre el significado de la expresión “concepción”, habida cuenta que algunos la identifican con “fecundación” y otros con “anidación”; incluso, como más adelante se verá, una jurisprudencia de la Corte Constitucional parece identificarla con “gestación”. Otra posición busca una solución de compromiso entre las anteriores, precisando que es la etapa comprendida “entre la fecundación y la implantación del óvulo en el útero”{872}.

La jurisprudencia constitucional no ha sido menos equívoca, toda vez que en un primer pronunciamiento, indistintamente señala que la vida digna de protección comienza a partir de la fecundación, más adelante afirma lo mismo respecto de la concepción y, con la misma intención, también menciona que el fenómeno comienza con la gestación{873}. Posteriormente pareciera que fuera categórica al delimitar el fenómeno a la “fecundación” –“siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de respeto y tutela”–, sin dejar de mencionar las expresiones “concepción “ y “gestación”{874}, pero sin precisar en qué consisten.

Muy a pesar de ello, la Corte Constitucional no se refiere a la protección de la vida del embrión producto de la

fertilización in vitro de un óvulo antes de su implantación en el cuerpo de la mujer, a través del tipo de aborto, pues no trata el tema y cuando se refiere a la vida embrionaria la vincula con el desarrollo uterino. En efecto, en la sentencia C-133 de 1994 da cuenta expresa y exclusiva de que lo que resulta digno de protección es “la vida en la etapa de su proceso en el cuerpo materno”; lo cual parece reiterar en la sentencia C-013 de 1997 al señalar que lo que se protege es la vida en “las diferentes etapas de formación del nuevo ser humano dentro del vientre materno”.

No obstante, debe quedar plenamente claro que la vida extracorporal del embrión fertilizado in vitro no queda cobijada dentro del ámbito de protección del tipo penal de aborto, sino en el de las modalidades de manipulación genética, repetibilidad del ser humano y fecundación y tráfico de embriones, según se anotó{875}.

De todos modos, coincida o no la noción de concepción con la implantación del óvulo fecundado en el útero, debe darse por sentado que el concepto de anidación es el que mejor responde al ámbito de protección del bien jurídico{876}. De allí que el concepto que define cuándo existe vida digna de protección no es de carácter exclusivamente biológico, sino mixto, esto es, acompañado del plus que impone lo jurídico luego de que se han sopesado los pro y los contra que las diferentes posiciones presentan. Cuando hablamos de vida nos encontramos en un plano biológico; empero, cuando se trata a la misma como un “valor jurídico” es obvio que el tema toma unos ribetes diferentes{877}.

Por todo lo anterior es que resulta muy acertada la afirmación de Gracia Martín , quien señala, en torno al tema de la protección de la vida, la necesidad de aproximar las tendencias biológicas-fisiológicas con criterios normativos, habida cuenta que no se “puede prescindir de las concepciones sociales para determinar su contenido y los límites a su protección”{878}.

No es aconsejable tomar como punto de partida de la vida dependiente el criterio de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, toda vez que, como la misma expresión lo pone de presente, la “relación orgánica entre el fruto y el cuerpo materno sólo se da a partir de la anidación”, momento de la simbiosis entre ambos{879}.

De lo contrario, como a continuación se muestra, ello implicaría graves inconvenientes prácticos, sociales y jurídicos. En efecto:

a. Las técnicas de fertilización in vitro implican la producción de una cantidad relativa de embriones{880}, de los cuales algunos se tendrán que rechazar y destruir y otros se implantarán en el útero materno{881}.

Pensar que con la sola fecundación hay vida protegible penalmente implicaría la consideración de un aborto en los primeros eventos; no obstante, ya se precisó que en tales casos el ámbito de protección de la norma no cobija tal tipo de situaciones{882}.

De contera, si se aceptara que todos los óvulos fecundados deben ser introducidos al vientre materno, no sólo iría contra toda prescripción médica y la voluntad de la paciente, sino también en contra de la vida de la mujer al pretender que todos los embriones le fueran implantados{883}.

Por demás, propiciaría la no práctica de técnicas de fertilización avaladas constitucionalmente (num. 6 art. 42), lo cual significaría expresar valoraciones contradictorias entre las diferentes ramas del derecho, como lo anota Quintero Olivares {884}.

b. Métodos anticonceptivos que impiden la anidación del óvulo fecundado en el útero materno tendrían que ser considerados como abortivos, lo cual atenta no sólo contra la lógica, pues por un lado el Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar los promueve y patrocina y por otra la ley penal los prohibiría{885}, sino también contra la conciencia social y las prácticas inveteradas de lo correcto socialmente, habida cuenta que la utilización de los mismos es considerada una conducta “socialmente adecuada”.

Los anticonceptivos orales, que tienen todos como principios activos hormonas como estrógeno y progestágeno, los esteroides inyectables de depósito, implantes progestágenos anteriores al coito, dispositivos intrauterinos y los posteriores, como las combinaciones de estrógeno-progestágeno, dispositivos intrauterinos que

contienen cobre y progestágenos actúan evitando la fecundación pero también alterando el endometrio, por lo que se impide la anidación. El 51% de la población mundial de mujeres en edad fértil, para el año de 1987, que era de 606.13 millones, utilizaba un método anticonceptivo, y entre estos se representaba la píldora con 95.07 millones, el dispositivo intrauterino con 107 millones e inyectables II.88 millones de mujeres{886}.

Por tanto, desconocer tan palpable y sensible realidad social, es como considerar la "inadecuación social" de los métodos anticonceptivos modernos, oponiéndose a "medidas de control de la natalidad sumamente arraigadas en nuestra sociedad"{887}.

Valga lo anterior principalmente para el "anticonceptivo más seguro después de la píldora: garantizado en el 97% de los casos", esto es, "el dispositivo intrauterino [que] actúa impidiendo la anidación en el útero del óvulo fecundado"{888}.

Si la ciencia y la praxis social han calificado al dispositivo intrauterino como un anticonceptivo, despréndese de allí que, en tanto lo que logra es impedir la implantación del óvulo fecundado en el útero, la concepción se verifica es con la anidación. La doctrina especializada señala que la "colocación del dispositivo intrauterino (DIU) en el interior de la cavidad uterina puede ser considerada como método contraceptivo, pero no abortivo, ya que provoca un ritmo de contracciones que impide la anidación, mas no ataca el huevo en forma directa"{889}.

La "píldora del día después" también es considerada un anticonceptivo{890}, puesto que las investigaciones han demostrado que puede prevenir o retrasar la ovulación, inhibir la fecundación al afectar el transporte tubárico del óvulo y, después de la fecundación, "es posible que interfiera con la implantación uterina del óvulo fecundado" de acuerdo al momento en que se tome{891}. Empero, otros autores la llaman "gragea abortiva" por su "aplicación ulterior a la anidación del óvulo fecundado"{892}.

En fin, como anota Roxin , "impedir la anidación dolosamente a través de píldoras o dispositivos es impune"{893}.

3. La individualización o singularidad biológica del embrión sólo se adquiere hasta la anidación, momento a partir del cual habrá de afirmarse la “humanidad”, pues antes es “sólo un conglomerado de células humanas”, afirma Romeo Casabona , uno de los más reputados tratadistas sobre la materia. Y agrega que sólo para tal momento se habrá descartado la posibilidad de la formación de gemelos monocigóticos, pero, muy especialmente, se habrá verificado la exclusión de “individuos que son mosaicos o quimeras genéticas, que son producidos por la fusión de dos embriones distintos durante las primeras semanas del desarrollo”{894}.

Como dice Gracia Martín, tales datos científicos avalan plenamente la idea de que lo que se protege es el bien jurídico de la vida como “bien jurídico individual”, y ello sólo se logra “en el momento en que esa individualidad está plenamente constituida”, esto es, con la anidación{895}.

4. Por otro lado, se reporta que el 50% de los huevos fecundados mueren en forma espontánea antes de la anidación y constituyen el 80% del total de abortos espontáneos, muestra de la inestabilidad del embrión, pues entre otras causas un elevado número de estos fracasan por ser “portadores de graves patologías de los cromosomas o de malformaciones congénitas”{896}. Es una selección exuberante que “la naturaleza misma lleva a cabo”{897}.

Ello conlleva a dificultades probatorias casi imposibles de salvar{898}, por lo que, en la práctica, todo aconseja que el límite para la protección de la vida dependiente debe ser la implantación del óvulo fecundado en el útero, o más técnicamente la anidación, momento a partir del cual se habla de gestación. Kaufmann dice que en “el período entre la fecundación y la anidación no cabe obtener nada significativo de la intervención de la policía, los fiscales y los tribunales penales”{899}.

La doctrina en general comparte todas las anteriores críticas y coincide, casi sin excepciones, en que la anidación es la etapa que da comienzo al embarazo{900}, pues sólo a partir de allí “se produce una vinculación orgánica entre el embrión y la madre”{901}, lo que nos permite hablar de vida dependiente.

Así las cosas, si se quiere hablar coherentemente de vida dependiente como objeto de protección y especial estadio de la vida en formación, debe afirmarse la dependencia fisiológica entre el embrión o feto y la madre, lo cual se presenta desde el momento de la anidación y se extiende hasta el nacimiento.

Allí se comprenden, como delimitación de los ámbitos de prohibición, los delitos de aborto (arts. 122 a 124) y lesiones al feto (arts. 125 y 126) de la Ley 599 de 2000.

3 . VIDA INDEPENDIENTE

El Código Civil indica que la existencia legal de las personas “principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre” la criatura, y que “haya sobrevivido a la separación un momento siquiera” (art. 90).

Los requisitos que impone la norma son complejos, pues no basta nacer, esto es, transitar el proceso que conlleva a la total expulsión del vientre materno, sino también obtener la separación completa, que implica cortar el cordón umbilical y haber sobrevivido un momento siquiera.

Una primera dificultad que ofrece la posición anterior está referida a la complejidad de la prueba para determinar si ha tenido ocurrencia la función respiratoria, esto es, cuando se ha abandonado la respiración placentaria dando lugar a la pulmonar{902}, a través de la cual se demuestra la sobrevivencia un instante siquiera.

Se han ideado varios métodos para determinar si el recién nacido logró o no respirar al ser separado completamente de la madre. En términos generales se les llama “docimasias”, pero existen múltiples variantes.

Las más conocidas son las “docimasias pulmonares hidrostáticas”: se tiene la llamada método ordinario de Galeno, en la cual después de lograr la apertura toráxica se extrae en bloque el corazón y los pulmones, ligando la

traquea y los grandes vasos, y se introducen en un recipiente con suficiente agua, con lo que se tiene que si flotan hubo respiración: por el contrario, si permanecen en el fondo la respuesta es negativa (primer tiempo); se cortan en trozos el corazón y ambos pulmones y, si al introducirlos en el agua “espontáneamente flotan”, hubo respiración: lo contrario indica no sobrevivencia (segundo tiempo); y, por último, firmemente se comprimen trozos de pulmón en el fondo del recipiente con agua y, si desprenden burbujas y ellas son “iguales, regulares y continuas, se presume que el pulmón ha respirado” (tercer tiempo).

Existen dos variantes de la docimasia pulmonar hidrostática: la denominada Severino Icard, consistente en introducir trozos de pulmón en un recipiente con agua al cual se le produce un vacío de aire, con lo cual se provoca una presión negativa que origina, si hubo respiración, que las cavidades alveolares que no se hubiesen distendido “pero que contengan aire en su interior, se expandan y floten por disminución de la presión externa ejercida por la atmósfera”; y la que responde a la segunda Ley de Gay-Lussac, por la cual, al sumergirse los trozos de pulmón en agua caliente no hirviente a la cual se le ha eliminado los gases con una prolongada ebullición, comoquiera que “el aire alveolar se dilata más que el tejido pulmonar a igual temperatura, ejerciendo presión sobre los alvéolos”, una vez introducidos en agua fría se produce un descenso rápido, a continuación del cual adviene la flotación, circunstancia conclusiva de que existió aire en los pulmones.

Otras docimasias pulmonares toman el nombre de histológica, por disolución tisular en potasa alcohólica, óptica, óptica por aplastamiento, epimicroscópica, métrica, pleural manométrica y diafragmática.

Existen otras docimasias como la cardiovascular, del aparto digestivo y gastrointestinal{903}.

Además de las dificultades probatorias, surgen evidentes cuestionamientos que tocan con la efectiva protección del bien jurídico en una etapa en que se puede afirmar la completa formación del nuevo ser, puesto que en el momento del parto natural o de la práctica de la cesárea pueden ocasionarse lesiones al feto o causarle la muerte, lo cual implicaría que, como nos encontramos en la etapa del

embarazo ya que no ha habido completa separación, si se trata de lesiones algunos códigos mantendrán la impunidad por no existir tal tipificación (C. P. de 1980), y si se trata de la vida se tendrá que si la muerte se origina por conducta dolosa sólo se podrá castigar por aborto –lo cual es absurdo ante un ser formado– y si es culposa quedará impune si no existe el tipo culposo como en nuestro medio (C. P. de 1980 y Ley 599 de 2000){904}.

Otros exigen un momento a partir del cual para alcanzar la autonomía vital no se requiera una acción sobre la madre (trabajo de parto o cesárea), sino una actuación directa sobre el feto (corte del cordón umbilical o excitar la respiración). Esto implica "la completa salida o separación del feto del claustro materno"{905}.

Para algunos basta la expulsión del vientre materno{906}, independientemente del corte del cordón umbilical o de la respiración pulmonar; esto es, basta la "percepción visual"{907}. Hay quienes agregan la respiración pulmonar autónoma{908}.

También dichas posturas pueden ser impugnadas, pues, expulsado del vientre el nuevo ser, pero condicionada su protección bajo la égida de la vida independiente al cumplimiento de requisitos adicionales, tiénese que, si no ha habido corte del cordón umbilical o respiración autónoma, nos encontramos ante igual déficit de protección desde el momento del comienzo del parto hasta la satisfacción de las particulares exigencias.

Debe entenderse, en aras de potenciar la protección del bien jurídico, pues nos encontramos ante un ser totalmente formado{909}, que la culminación de la vida dependiente y el comienzo de la independiente están delimitadas por el nacimiento.

El nacimiento es el único requisito que exige la Constitución para determinar el concepto de persona (inc. I .° art. 13). El inciso 2.° artículo 2.° Decrteo I 172 de 1989 decía que la "existencia de las personas principia con su nacimiento legal".

El suceso del nacimiento es complejo, es todo un proceso{910} que tiene comienzo, desarrollo y fin. Por tanto,

con Roxin , afirmamos que el nacimiento comienza con las contracciones uterinas, concretamente con las “dilatantes” y seguida por las del “parto” en vía de expulsión. Las definitivas para determinar el comienzo del nacimiento son las dilatantes, pues “abren el canal del parto hasta alcanzar plenamente la posibilidad de atravesar dicho conducto”, sin necesidad de que hayan comenzado las contracciones del parto{911}.

Pacheco Osorio en Colombia ha decantado tal idea precisando que “la vida humana, real e independiente, empieza desde que la criatura da sus primeras manifestaciones de querer salir del claustro materno o, en otras palabras, desde que se inicia el proceso del parto con los dolores uterinos [...] una vida cierta, que comienza a reclamar su autonomía”{912}. También Gómez Méndez cifra el comienzo de la vida independiente a partir del comienzo del nacimiento{913}.

La doctrina especializada ha dicho que “el nacimiento es todo el tiempo y las etapas que éste demanda”, esto es, todo el trabajo de parto, que “comienza con las primeras contracciones efectivas del útero ocupado destinadas a propulsar el móvil fetal, y comprende, sucesivamente, la dilatación del cuello primero y el borramiento después; continúa con la ruptura de la bolsa de las aguas (saco amniótico), la progresión y rotación del feto y por fin la expulsión fetal. Todo ello constituye el nacimiento”{914}.

Bacigalupo enseña que el comienzo de la vida independiente está marcado por el “comienzo del nacimiento”; empero, opina que está demarcado por el “comienzo de las contracciones expulsivas”{915}. Ello parece no coincidir con la opinión de Hurtado Pozo , quien cifra el límite entre aborto y homicidio en “los primeros dolores del parto”{916}, que obviamente corresponden a las contracciones dilatantes.

No obstante, el criterio de las contracciones dilatantes potencia la protección del ser plenamente formado, puesto que a partir de allí se “entra en el campo peligroso de las técnicas del parto basadas en la administración de medicamentos y quirúrgicas”, según Lüttger{917}; por ello habrá de descartarse la etapa de las contracciones expulsivas como comienzo del nacimiento.

Cuando el nacimiento se produjere por cesárea su comienzo estará determinado por “el momento de la apertura del útero”{918}. Empero, creemos que lo anterior sólo es admisible cuando nos encontramos ante cirugías programadas o cuando se decide la cesárea antes de presentarse el trabajo de parto, pues si ya existen contracciones dilatantes es a partir de aquí que debemos hablar de comienzo del nacimiento.

De todos modos, también para la cesárea debe haber culminación del proceso de gestación o, al menos, el término fisiológico se debe encontrar lo suficientemente avanzado para permitir una independencia de la madre de tal tipo, esto es, una emancipación de carácter orgánico.

Lo importante y definitivo es que la formación alcanzada por el feto, dada su “viabilidad cronológica”, tenga la indispensable “madurez embriológica” que le permita, con los cuidados requeridos para el caso, sobrevivir “sin ulterior dependencia fisiológica de la madre”{919}. Esto no excluye los cuidados médicos y ayudas artificiales para la vida, obviamente mucho menos los cuidados que todo niño que no se valga por sí mismo necesite.

Creemos que este es el criterio válido, pues combina aspectos bio-fisiológicos, normativos y sociales, superando el déficit de protección que las primeras posturas presentan{920}. La exigencia cualificante en las lesiones al feto, cuando establece que éstas deben afectar su “normal desarrollo”, es un criterio firme para sustentar que ya cuando han comenzado las contracciones uterinas ha finalizado el desarrollo y se ha completado el proceso de formación que reclama aumento de los estándares de protección en tanto está todo biológicamente dispuesto para lograr la independencia orgánica y fisiológica de la madre{921}.

Pero además, propende por una mayor y más intensa protección del ser formado en aquellos eventos en los cuales, bien por negligencia o por dolo, no se inicia a tiempo la asistencia médica y sanitaria tanto en el parto como en la cesárea, produciéndose daños cerebrales o de otra naturaleza, incluso hasta la muerte, casos en los cuales entran en juego los delitos de lesiones personales y homicidio.

Dicha protección se extiende, en términos generales, salvo para el exclusivo caso de transplantes de órganos, hasta el momento en que cesan las funciones cardio respiratorias. Ya no basta tal afirmación, pues se exige, por el artículo 2.° del Decreto 1546 de 1998, el "cese irreversible de las funciones vitales cardiorrespiratorias".

El primero es un criterio bio-fisiológico que por virtud de los avances de la medicina intensiva se ha visto desbordado, toda vez que es posible la recuperación artificial de aquéllas, pues la muerte no se produce de un modo instantáneo, sino que es "un proceso que va afectando gradual y progresivamente a los distintos órganos y tejidos del cuerpo"{922}, tal como se reconoce normativamente.

Por ello, según los neurofisiólogos, la muerte cerebral se presenta en el momento en que "se ha producido el cese irreversible de todas las funciones de los hemisferios cerebrales y del tronco del encéfalo, pero en el que se mantiene el funcionamiento de sus sistemas cardiovascular y respiratorio con la ayuda de procedimientos artificiales"{923}.

El cese irreversible de las funciones cerebrales es el momento decisivo para estimar la muerte, puesto que, como lo tiene fundamentado la antropología, el espíritu humano constituye la característica esencial de la individualidad, lo cual es un producto del cerebro y no del corazón{924}. Su reconocimiento está precedido de rigurosos y exigentes requisitos{925}.

En Colombia, la muerte cerebral está determinada por "el fenómeno biológico que se produce en una persona cuando en forma irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico", decía el inciso I .° artículo 9.° del Decreto 1172 de 1989, reglamentario de la Ley 73 de 1988.

Hoy la legislación mantiene la misma definición; empero, se le denomina "muerte encefálica" y se precisa que con ella termina la existencia de la persona (art. 2.° Dcto. 1546 de 1998, reglamentario de las leyes 9.a de 1979 y 73 de 1978), lo cual significa un tratamiento cualitativo diferencial, pues la personalidad se entendía que terminaba con la muerte cerebral diagnosticada sólo para efectos de trasplante de

órganos y componentes anatómicos (inc. 2.° art. 2 Dcto. 1172 de 1989).

No obstante, debe precisarse que, aunque ello tiene como exclusiva finalidad "la utilización de componentes anatómicos para fines de trasplantes u otros usos terapéuticos" (art. 2.° Dcto. 1546 de 1998){926}, la nueva definición facilita el tratamiento de otros fenómenos como la eutanasia cuando existe "muerte encefálica", pues ya no habría persona y por tanto vida que proteger.

El examen clínico debe arrojar, según exigencia del artículo 2.° del Decreto 1546 de 1998, por lo menos, la existencia de los siguientes signos:

1. Ausencia de respiración espontánea.

2. Pupilas persistentemente dilatadas.

3. Ausencia de reflejos pupilares a la luz.

4. Ausencia de reflejo corneano.

5. Ausencia de reflejos óculo-vestibulares.

6. Ausencia de reflejo faríngeo.

El diagnóstico de muerte cerebral o encefálica no es procedente cuando en la persona exista cualquiera de las siguientes condiciones:

I . Alteraciones tóxicas y metabólicas reversibles.

2. Hipotermia inducida.

El artículo 9.° del Decreto 1172 de 1989 señalaba que en todo caso debía comprobarse que la muerte cerebral, diagnosticada en la forma indicada en dicho artículo, no tuviera modificación dentro de las seis horas siguientes al primer diagnóstico, lo cual podría obviarse si existiere donación previa, siempre y cuando después del primer diagnóstico "se demuestre la ausencia de flujo sanguino en el encéfalo, mediante angiografía o por cualquier otro

procedimiento calificado por el Ministerio de Salud". Hoy tal exigencia ha desaparecido en el Decreto 1546 de 1998.

Además, otras garantías se exigen por el artículo 3.° del Decreto 1546 de 1998, así:

1. El primer y/o segundo diagnósticos deberán hacerse por dos médicos.

2. No pueden ser interdependientes.

3. No deben formar parte del equipo de trasplantes.

4. Uno de ellos deberá tener la condición de especialista en ciencias neurológicas.

5. Las actuaciones médicas sobre el particular serán inscritas en la historia clínica correspondiente, indicando la fecha y hora de las mismas y dejando constancia de su resultado, así como del diagnóstico definitivo.

Cuando deja de funcionar el tronco cerebral, especialmente "las estructuras que rigen el mantenimiento del nivel de vigilancia y toda la regulación vegetativa del resto del organismo", ello comporta la pérdida de la conciencia, la anulación de la respiración y de la regulación cardiorrespiratoria, es decir, la muerte{927}.

La protección de la vida independiente se lleva a cabo a través de las prohibiciones que emanan de los tipos penales de genocidio (art. 101), apología del genocidio (art. 102), homicidio y sus diferentes formas (arts. 103 a 110), lesiones personales y sus diferentes formas (arts. III a 121), abandono de menores y personas desvalidas (arts. 127 a 130) y de la omisión de socorro (art. 131) de la Ley 599 de 2000.

C . ¿LA VIDA QUE PROTEGEN LA CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO PENALCOLOMBIANOS ES LA MERA EXISTENCIA BIOLÓ GICA?

Es decir, ¿basta para su explicación la transformación, matizada en mixtura, a propósito de la introducción de elementos normativos, culturales y sociales? ¿Se requiere un concepto de vida inmerso en la dignidad de la persona? ¿Qué papel cumple el derecho fundamental a la igualdad y dignidad de las culturas?

Como lo ha enseñado la doctrina, los bienes jurídicos que nos ocupan deben determinarse a partir de criterios normativos sin prescindir de las concepciones sociales; empero, tampoco de "toda realidad naturalística", pues su sustrato natural son sus presupuestos bio-fisiológicos{928}.

La comprensión del fenómeno, cuando supera en su juicio el puro dato naturalístico, nos involucra en un campo mucho más complejo.

La vida humana es tema de reflexión ética y jurídica. Los avances de las investigaciones científicas y los logros tangibles de la técnica en estas materias socavan las bases hasta ahora firmes de la separación entre moral y Derecho que produjo el advenimiento del Estado moderno.

Ello está bien. Tales problemas tienen que ser sometidos, evaluados, ponderados y enjuiciados desde lo más profundo de la racionalidad humana.

Sin embargo, en un Estado constitucional de derecho, moral y derecho deben mantener una debida separación, aun cuando haya temas, como el que nos ocupa, donde los límites son difusos.

El artículo 16 superior impone una separación clara y tajante entre tales materias. Los únicos criterios que pueden limitar el actuar humano desde el punto de vista de la juridicidad son los derechos de los demás y el orden jurídico.

Deben ponerse límites condicionantes a todas las éticas confesionales y particulares. El carácter laico y pluralista de nuestro ordenamiento jurídico constitucional (preámbulo y art. I .°) sólo permitiría una ética intersubjetiva fundada en los derechos humanos.

El primer punto al que nos enfrentamos cuando se trata de abordar el estudio de “la vida e integridad personal” es el referido a los delitos conocidos genéricamente como de “manipulación genética”, ubicables, como vimos, dentro de un estadio muy preciso de las diferentes etapas que conforman la protección del bien jurídico.

Inmediatamente se toca el tema se imbrican otras disciplinas que reclaman pronunciamiento; empero, debe quedar muy bien establecido que allí nos encontramos ante una novedad tan importante que las formas de protección, las modalidades de ataque al bien jurídico y los objetos materiales sobre los cuales recaen las conductas ya no coinciden con las regulaciones de los anteriores códigos penales (nos referimos a los colombianos de 1936 y 1980) {929}.

La bioética es “formalmente una rama o subdisciplina del saber ético”{930}. Empero, “la bioética se ha configurado a partir de la desconfesionalización de la ética [...] [H]a de apoyarse en la racionalidad humana secular y ha de ser compartida por todas las personas [...] esa racionalidad ética (debe ser) un patrimonio común de la colectividad”: sólo así podemos hablar de una ética civil y un nivel ético de la sociedad. El instrumento para ello es la comprensión y aplicación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos{931}.

Obviamente, como desarrollo del instrumento anterior, tenemos la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, del II de noviembre de 1997.

Para la manipulación genética es importante no perder de vista la afirmación de que el genoma humano es portador de la “dignidad intrínseca” y de la “diversidad” de la persona (art. I .°); por ello, las intervenciones en línea germinal que vayan en contra de la dignidad humana deben ser prohibidas (art. 24).

Sobre el tema, para los efectos de la clonación, resulta de particular interés la siguiente afirmación: “Esta dignidad impide reducir los individuos a sus características genéticas y obliga a respetar el carácter único de cada uno así como su diversidad” (lit. b art. 2.°); califica explícitamente a la

clonación como una práctica contraria a la dignidad humana (art. II).

Esa ética civil, concretada en un conjunto de orientaciones axiológicas, puede ser plasmada en las regulaciones médicas y bioéticas. Servirá en gran medida para tomar determinaciones en materia de derecho civil.

Otra cosa debe suceder en derecho penal. La ética debe ser un mínimo admisible, aquella que penetre a través de los derechos humanos.

No debe olvidarse que en derecho penal rigen los principios de mínima intervención y ultima ratio. El bien jurídico es un excelente instrumento de fundamentación y limitación del derecho penal.

Toda regulación penal comporta una ponderación de intereses en la cual se ven involucrados varios bienes y valores constitucionales. Por virtud del pensamiento sistemático, y en especial en razón de la utilidad de todo precepto jurídico, no puede pensarse que de primera mano una aparente contradicción entre ellos anule la aplicación de uno u otro. Al igual que los diferentes modelos de Estado, que sintetiza el artículo I.° de la Carta Política, implican sincronía y no contradicción, también al operar los diferentes bienes o valores que se encuentran en su entramado jurídico se reclama una interpretación armónica y no un procedimiento que anule algunos preceptos.

Así, tenemos que en los delitos denominados genéricamente como “manipulación genética” no encontramos un ataque a la vida como en aquellos que tradicionalmente conocía nuestro derecho penal. Allí, por ejemplo, en la manipulación genética propiamente dicha se da origen a la vida, lo mismo en la fertilización ilegal de óvulos, y qué no decir en la conducta recogida en el tipo penal de “repetibilidad del ser humano”, lo cual no contraría el concepto tradicional de ataque a la vida.

Empero, como la manipulación genética se entiende como la alteración al genotipo, esto es, se produce una modificación de la herencia al manipularse células germinales que transmitirán los cambios a las siguientes generaciones, es obvio que se está incidiendo el estadio a que ha llegado “la

especie humana, que durante tantos milenios ha mantenido sus características biológicas inalteradas, después de muchos otros de evolución y adaptaciones”{932}. Por su lado, la fecundación de óvulos y el tráfico de embriones ilegales facilitan este tipo de situaciones, poniendo en peligro el estatus de inalterabilidad del genoma humano.

En la clonación no se buscan efectos modificatorios en la herencia genética; empero, por el desconocimiento de las variaciones que se pueden producir en el genoma humano, lo cual pondría en peligro a la humanidad como tal, la preservación de la raza humana reclama normas prohibitivas al respecto.

En fin, pues, como ya se ha visto a lo largo del trabajo, en la consideración de estos tipos penales entran en juego otra serie de derechos fundamentales y valores constitucionales que es necesario preservar y ponderar entre sí (carácter pluriofensivo de varios de estos tipos penales).

Lo único cierto es que no se busca sin más ni más la preservación de la vida bio-fisiológica, sino la vida inmersa en el entendimiento actual de lo que es el ser humano.

La vida e integridad personal como bien jurídico ha dejado de ser, desde hace mucho tiempo, un fenómeno que se aborde desde estrictos parámetros físicos o biológicos. El concepto muerte como cesación de las funciones cardio respiratorias en un individuo ha cedido terreno ante la necesidad social de los trasplantes de órganos, aceptándose hoy el concepto de muerte clínica, de clara naturaleza normativa-valorativa{933}, según se vio.

Inicialmente la Corte Constitucional utilizó un concepto de vida e integridad personal fundado en un puro criterio físico-biológico, el cual encontramos expuesto en las diferentes sentencias que se han referido al aborto{934}. La vida humana comenzaba ya con la unión del óvulo y el espermatozoide, se decía por vía general.

Posteriormente ha ido evolucionando el concepto, vinculándolo obviamente con la biología, pero avanzando en términos valorativos. Podría decirse, pues, que tal evolución ha llevado a una normativización del concepto.

En efecto, es así como, en diferentes pronunciamientos, se ha dicho:

En estricto sentido, el derecho a la vida es el derecho fundamental por excelencia, por cuanto en él se fundan todos los demás derechos. De nada sirve garantizarle al hombre la protección de todos los bienes jurídicos, si no se protege el que es fundamento de todos: la vida humana. Lo anterior, porque la vida humana es el acto de ser del hombre; de ahí que desde Aristóteles se expresara que la vida para el viviente es su mismo ser.

Este derecho se puede definir como un derecho fundamental -que emana directamente de la naturaleza del hombre y que representa su mismo ser integral- a ser y a existir de acuerdo con su dignidad de persona, desde el momento en que empieza la vida hasta su fin. Incluye, como extensión propia, tanto la integridad física como la salud{935} (cursiva fuera de texto).

El derecho a la vida no implica la mera subsistencia, sino el vivir adecuadamente en condiciones dignas[110] (cursiva fuera de texto).

El derecho a la vida comporta como extensión el derecho a la integridad física y moral, así como el derecho a la salud. No se puede establecer una clara línea divisoria entre los tres derechos, porque tienen una conexión íntima, esencial y, por ende, necesaria. El derecho a la salud y el derecho a la integridad física y moral, se fundamentan en el derecho a la vida, el cual tiene su desarrollo inmediato en aquellos. Sería absurdo reconocer el derecho a la vida, y al mismo tiempo, desvincularlo de los derechos consecuenciales a la integridad física y a la salud. Desde luego, es factible establecer entre los tres derechos una diferencia de razón con fundamento en el objeto jurídico protegido de manera

inmediata; así, el derecho a la vida protege de manera próxima el acto de vivir. La integridad física y moral, la plenitud y totalidad de la armonía corporal y espiritual del hombre, y el derecho a la salud, el normal funcionamiento orgánico del cuerpo, así como el adecuado ejercicio de las facultades intelectuales.

[...] [E]n reiterada jurisprudencia esta Corporación ha sostenido que el derecho a la vida no recae únicamente sobre la conservación de la existencia fáctica, sino sobre la vida humana en condiciones de dignidad.

La dignidad humana exige pues que al hombre, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para que el acto de vivir sea digno. De ahí que el derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal{936} (cursiva fuera de texto).

El derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica vivir adecuadamente en condiciones de dignidad. La obligación de protección de la vida no se traduce en la preservación de la vida sólo como un hecho biológico{937}.

Y como consolidación del criterio normativista de vida la Corte Constitucional ha expuesto últimamente:

En reiterada jurisprudencia, esta Corporación ha sostenido que el derecho constitucional fundamental a la vida no significa la simple posibilidad de existir sin tener en cuenta las condiciones en que ello se haga, sino que, por el contrario, supone la garantía de una existencia digna, que

implica para el individuo la mayor posibilidad de despliegue de sus facultades corporales y espirituales, de manera que cualquier circunstancia que impida el desarrollo normal de la persona, siendo evitable de alguna manera, compromete el derecho consagrado en el artículo II de la Constitución{938} (cursiva fuera de texto).

Y es que la vida espiritual resulta determinante para el concepto de dignidad del ser humano, puesto que, como afirma Dürig , "Todo ser humano lo es en virtud de su espíritu, que le eleva por encima de la naturaleza no humana y le habilita por propia decisión para tener conciencia de sí mismo, para autodeterminarse y para transformarse a sí mismo y a su entorno"{939}.

Ello implica entonces entender al hombre como un ser dotado de dignidad, la cual obviamente matiza y condiciona los demás derechos fundamentales, puesto que tal forma de entender al hombre preside y sirve de fundamento al orden constitucional (art. I .° C. N.). También tal idea condiciona la interpretación del Código Penal, puesto que su artículo I.° afirma que la dignidad es el fundamento del derecho penal, principio a partir del cual se construye la teoría del bien jurídico.

En fin, podría decirse, conforme a ello, que la dignidad del ser humano es el bien jurídico primario en función del cual todos los demás tienen existencia. De allí que Quintero Olivares tenga plena razón al afirmar que "la dignidad de la persona se configura como un principio dinámico que articula y sistematiza todos y cada uno de los derechos fundamentales"{940}.

Por tanto, el concepto vida debe ser entendido funcionalmente desde la perspectiva de la dignidad humana como una forma especial de vivir, aquella que entiende al hombre como un sujeto único e irrepetible, dotado de la capacidad para orientarse conforme al sentido{941}, al valor{942} y a la verdad. Ello implica, como lo ha dicho la doctrina con fundamento en la antropología filosófica, el entendimiento del hombre como un ser responsable, capaz de determinar "su propio destino vital y personal" de acuerdo "a sus propias valoraciones y a su visión del

mundo", producto de "su condición de ser racional [que] implica su autonomía moral, en el sentido de conciencia valorativa", fundamento de la libertad, lo cual lo hace diferente de los demás pero idéntico correlativamente como ser único{943}.

Tal es el concepto normativo de vida e integridad personal. Todo aquello que lo altere, así no se presente como un atentado a la mera existencia biológica, comporta una vulneración a tal forma de existir. Ejemplo claro es la modalidad de lesiones personales y lesiones al feto cuando afectan sus capacidades volitivas e intelectivas.

La manipulación genética, las situaciones que la facilitan –fecundación de óvulos y tráfico ilegales de embriones– y la clonación ponen en peligro al hombre tal cual como es. Pero además, por lo desconocido de los efectos que pueden transmitirse de generación en generación, es la humanidad la que puede verse general y masivamente afectada.

A través de la manipulación genética el hombre podría verse cambiado en sus atributos esenciales, dejando de ser lo que hoy es al variar su esencia, por ejemplo, creando seres dóciles y obedientes. En la clonación ya no sería único e irrepetible, con su propia y exclusiva identidad, sino que se transformaría en un ser producido en serie y masivamente, ya no único sino repetible cuantas veces se quiera.

La doctrina española vincula los delitos de manipulación genética –y entre ellos el de clonación– con "la esencia misma de la dignidad humana (que) se halla en el centro de la cuestión"{944}.

También se ha dicho que como "denominador común a las distintas figuras delictivas –manipulación genética– cabe resaltar que se protegen intereses que derivan de la configuración constitucional de la dignidad humana que pueden verse muy afectados en fases muy incipientes del desarrollo vital"{945}.

Pues bien, si así son las cosas, debe precisarse que existen diferentes estadios de protección de la vida, pues la "vida humana, como todo proceso biológico, constituye un fenómeno en continua evolución. Evolución que además sufre importantes saltos cualitativos, lo que permite, a la

vez que obliga, a concretarse en una diferente valoración jurídica”{946}. Vida inmersa en la dignidad de la persona.

Pero no basta lo anterior. También debe precisarse que tal tipo de vida debe ser entendida en el ámbito de la dignidad de las diferentes culturas.

Sin embargo, con lo visto basta para entender la problemática que se involucra en la manipulación genética en general y específicamente en la clonación; también nos suministra pautas importantes para entender el fenómeno de la permisibilidad de la eutanasia: no así, suficientemente, la de algunas formas de genocidio y el genocidio en general, aun cuando todas ellas tienen el elemento común que a continuación se desarrollará.

Prieto DE Pedro , con fundamento en las opiniones de White y Linton , ha especificado un atributo de la dignidad humana, no ya en el seno de su propia individualidad, sino en el de la cultura: “sólo el hombre es capaz de crear, a través de su facultad específica y paradójica de simbolización, una atmósfera extrasomática que puede transmitir a los otros hombres que viven junto a él y los que le suceden en el tiempo”, por ello, en el pensamiento antropológico, “la cultura consiste en la memoria hereditaria no genética de la sociedad”{947}.

Cultura, según la formulación efectuada por la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales celebrada en México en 1982, “puede considerarse actualmente como el conjunto de rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social. Ello engloba, además de las artes y de las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales, los sistemas de valores” (cursiva fuera de texto).

Los anteriores son “mensajes simbólicos plenos de sentido” que viajan a través del “espacio y el tiempo” y se adquieren “por el hombre en cuanto miembro de la sociedad”, constituyéndose entonces en “aspectos comunes de la personalidad que comparten los miembros de una sociedad determinada”, previa su configuración como “estructuras mentales que subyacen en el comportamiento humano”{948}. Son “trozos de humanidad”, en términos de Lévi-Strauss {949}.

Surge así “la idea de cultura como la fibra que teje la sociabilidad básica y la personalidad de los grupos humanos”, es ella “la principal institución de formación de la personalidad”{950}.

Allí está patente la interrelación progresiva, cuantitativa y cualitativamente, de vida físico-biológica, dignidad humana y cultura.

A partir de la Ilustración se considera que “la característica esencial de la existencia social de los hombres es la cultura”{951}. Pero además, se caracteriza la cultura por ser “una forma de vida”{952}.

La Recomendación sobre Educación para la Comprensión, Cooperación y la Paz Internacional y la Educación Relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1974, dentro del marco jurídico de la Unesco, destaca el concepto de cultura como “modos de vida” (arts. 4 .° apart. b y 17) (cursiva fuera de texto).

Por otro lado, también en el marco jurídico de la Unesco, la Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales celebrada en México en 1982 señaló que cada “cultura representa un conjunto de valores único e irremplazable, ya que las tradiciones y formas de expresión de cada pueblo constituyen su manera más lograda de estar presentes en el mundo” (cursiva fuera de texto).

En el documento anterior –art.9.°–, como también en el artículo I.° de la Declaración de los Principios de Cooperación Cultural Internacional adoptada por la Unesco en 1966, se han reconocido los principios de “igualdad y dignidad de todas las culturas” como valores protegibles. Así también el numeral 2 del artículo 70 constitucional.

El concepto de cultura involucra elementos de nacionalidad, etnias, raza y religión{953}. A la protección de estos apuntan los instrumentos nacionales e internacionales sobre genocidio. Colombia en su derecho interno ha extendido la protección a los grupos políticos, y obviamente la política, como tal, también es una expresión cultural.

Por tanto, si la vida inmersa en la dignidad de la persona es una forma especial de vivir, y la cultura es un modo o forma de vida, en tanto trozo de humanidad, manifestándose la cultura como un modo de estar presente en el mundo, ineluctable e indefectiblemente de allí se desprende que los bienes jurídicos vida e integridad personal son un todo complejo que dan cuenta de la existencia y vivencia de un ser humano caracterizado por su dignidad personal y su comprensión en una cultura.

En tanto ello sea objeto de una minoría –primer momento de protección– o de una mayoría –época actual de protección–, lo cierto es que modernamente el genocidio busca proteger no sólo la vida en sentido biológico sino principalmente inmersa en la dignidad personal y su comprensión en una cultura.

El artículo 101 del C. P. consagra el delito de genocidio y en algunas variantes supone la muerte de personas; empero, lo más relevante es lo que se busca con ello: la destrucción total o parcial del grupo cultural (pluriofensividad). En su numeral I se afecta a la integridad física, lo que igualmente resulta palpable en el numeral 3, al igual que la vida, sólo que aquí la afectación del bien jurídico es por la vía del peligro.

En su numeral 2 se contempla como modalidad de genocidio, buscando siempre la destrucción del grupo, el "embarazo forzado". Nótese que allí se genera vida: empero, es claro que el embarazo forzado de mujeres de un grupo afecta la concepción que indica pertenecer a un mismo origen común, mezclando la raza en contra de la voluntad de sus miembros, lo cual afecta evidentemente su cohesión interna y erosiona su forma y modo de vida, y sobre todo su "modo de estar presente en el mundo".

El traslado de niños de un grupo a otro (num. 5 art. 101 C. P.) implica la aculturación de los primeros y la absorción de la costumbre, valores y rasgos intelectuales y afectivos distintivos del otro grupo, con lo que desaparece su propia cultura y por tanto aquello que lo identifica como tal y por lo cual ha sido considerado como digno; cambia su modo y forma de vida y, por supuesto, también su "modo de estar presente en el mundo".

Las medidas tendientes a impedir nacimientos en el seno del grupo (num. 4 art. 101 ibíd.) buscan frenar la proyección y permanencia en el tiempo y el espacio del grupo cultural, habida cuenta que se rompe su hilo conductor y vasos comunicantes que son la memoria hereditaria.

Ello implica correlativamente, por demás potenciado por el principio constitucional del pluralismo (art. I.° C. N.) y la igualdad y dignidad de todas las culturas (num. 2 art. 70 ibíd.), "un contenido negativo general para los poderes públicos en la prohibición de promoción de aquellas prácticas y manifestaciones culturales contrarias a los derechos humanos y a los principios democráticos de convivencia, y, en especial, a los de dignidad y tolerancia"{954}.

Explica lo anterior el marco de prohibición de la apología del genocidio (art. 102 C. P.).

Como se puede ver, el cambio de lugar en la parte especial del Código Penal que sufrió el respectivo bien jurídico que tratamos no es un mero ejercicio de veleidad. Se trata de un cambio obligado, puesto que los derechos fundamentales y valores constitucionales allí comprometidos obligan a replantear el orden axiológico en el tratamiento de los diferentes delitos en un Estado social y democrático de derecho.

Con las anteriores precisiones y respuestas en torno al bien jurídico es oportuno ensayar la aplicación del método dogmático a las diferentes figuras típicas que componen el título 1 del libro segundo de la Ley 599 de 2000.

Sin embargo, el tema se abordará, como ya ha quedado dicho, desde una óptica constitucional alimentada por el sistema internacional de los derechos fundamentales. La teoría constitucional moderna y la teoría de los derechos fundamentales nos suministran todos los elementos necesarios para entender las figuras que aparecen registradas en el título de delitos contra la vida y la integridad personal.

En resumen, pues, debe afirmarse de manera contundente que "la vida constituye, por tanto, el presupuesto básico, el

valor radical fundante sobre el que construimos nuestra existencia”{955}. “La vida que se protege es la vida humana, con todas las dimensiones en que ésta se desarrolla, vinculadas a la salud que es condición para que los rasgos de la condición humana sean reales y efectivos”; en fin, se trata de “una concepción de la vida inseparable de la dignidad”{956} (cursiva fuera de texto).

II. DELITOS QUE PROTEGEN LA VIDA HUMANA INDEPENDIENTE

A. GENOCIDIO

I . BIEN JURÍDICO

Sólo en la segunda mitad del siglo xx se tomó conciencia de la necesidad de tipificar el genocidio. Por una parte, porque el holocausto nazi sacudió la conciencia universal e hizo evidente la ausencia de un tipo penal que recogiera el profundo contenido de injusticia implícito en el exterminio de grupos humanos identificados por nexos nacionales, étnicos, raciales o religiosos. Y, por otra, por la crisis que hizo el modelo del Estado legal de Derecho y su concepción formal de la libertad y la igualdad, que degradó la democracia hasta convertirla en una dictadura de mayorías. El desplazamiento de ese modelo por el Estado constitucional y su percepción de la democracia como una alternativa de civilidad que no niega el derecho a la diferencia permitió comprender el valor de la diversidad y la verdadera dimensión del pluralismo, y rescatar así el derecho a la existencia de grupos minoritarios identificados por ese tipo de nexos.

En ese marco, el delito de genocidio surgió como una reacción contra los intentos nazis de exterminar a ciertos

grupos étnicos y religiosos, como los judíos y los gitanos, y sus antecedentes se remontan a la doctrina elaborada por Rafael Lemkin a partir de 1933{957}; pero su consideración por la comunidad internacional se inició en 1946 en las discusiones surgidas en las Naciones

Unidas. Estas se encaminaron a reprimir las prácticas punitivas orientadas a la negación del derecho a la existencia de grupos humanos enteros, que conmueven la conciencia humana y que causan una gran pérdida para la humanidad, tal como se lo expuso en la Resolución 96 (I) de la Asamblea General realizada el II de diciembre de 1946. Posteriormente, el 9 de diciembre de 1948, en el seno de las Naciones Unidas, mediante Resolución 260, se aprobó la Convención para la Prevención y Sanción del Genocidio, y en el artículo II se tipificó tal conducta punible{958}. De allí fue tomada por la legislación de múltiples países{959}, y luego por el artículo vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional{960}.

Pese a que, de acuerdo con la Corte Internacional de Justicia, las reglas contenidas en la Convención son de ius cogens, y en consecuencia pueden aplicarse independientemente de si son ratificadas o no por los Estados que la suscribieron, es bueno resaltar que entre nosotros ella fue aprobada mediante Ley 28 de 1959. No obstante, su tipificación apenas se introdujo por medio del artículo I.° de la Ley 589 de 2000, siendo luego reproducida por el nuevo Código Penal{961}.

Entre nosotros, el fundamento para la tipificación del genocidio se encuentra en el artículo I .° superior en cuanto define a Colombia como un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria de carácter pluralista; en el artículo 7.°, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación; en el artículo 8.°, que obliga al Estado y a las personas a proteger las riquezas culturales de la nación; en el artículo 19, que consagra la libertad de cultos; en el artículo 40, que consagra el derecho de todo ciudadano a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, y en el artículo 70, que dispone que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad y que el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país.

Así, si el pluralismo, la diversidad étnica y cultural de la Nación, la libertad de cultos y los derechos políticos son caracteres esenciales del Estado colombiano, y si su legitimidad democrática reposa en buena medida en su reconocimiento, se afirma el derecho a la existencia de grupos humanos identificados por nexos de nacionalidad, etnia, raza, religión o política. Por tanto, concurren fundamentos constitucionales que, aunados a los compromisos internacionales adquiridos por el Estado colombiano, justifican la tipificación del delito de genocidio, pues el derecho a la existencia de esos grupos humanos constituye un bien jurídico fundamental que es preciso proteger de atentados socialmente intolerables para evitar su destrucción.

Por lo tanto, el genocidio es una conducta en la que el bien jurídico protegido no es de naturaleza individual sino colectiva, pues remite al derecho a la existencia de que son titulares los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o políticos. De acuerdo con ello, lo que es objeto de protección es la vida física del grupo en cuanto tal y de sus integrantes, pero en este caso no como individuos aisladamente considerados sino en cuanto miembros del grupo, esto es, en cuanto seres humanos identificados por ese tipo de nexos. Es decir, se procura evitar la eliminación de esos grupos, su destrucción física o cultural, dado que ello, no obstante la frecuencia con que se comete{962}, constituye una pérdida irreparable para la humanidad entera.

2. TIPO OBJETIVO

La conducta está tipificada en el artículo 101 del C. P., que dice así:

Genocidio. El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare

la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión de treinta (30) a cuarenta (40) años; en multa de dos mil (2.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de quince (15) a veinte (20) años.

La pena será de prisión de diez (10) a veinticinco (25) años, la multa de mil (1.000) a diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales legales vigentes y la interdicción de derechos y funciones públicas de cinco (5) a quince (15) años cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos:

1.Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo.

2.Embarazo forzado.

3.Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial.

4.Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo.

5.Traslado por la fuerza de niños de un grupo a otro.

a. SUJETOS

En principio, el sujeto activo es indeterminado. No obstante, con razón se ha expuesto que es imposible que en una persona concurran las particulares circunstancias que se requieren para promover la eliminación de un grupo humano identificado por nexos de nacionalidad, etnia, raza, religión o política. Un propósito de tal naturaleza requiere una confluencia de voluntades y de instrumentos que no están al alcance de un solo ser humano. De allí que se requiera la confluencia de varias personas que concurren a la configuración del plan de exterminio, y que la jurisprudencia internacional exija que los actos genocidas formen parte de una política del Estado o de una organización política.

El sujeto pasivo del genocidio es el grupo, pues es éste el titular del bien jurídico protegido. Por ello, es indiferente que la conducta se concrete sobre muchos o varios de sus miembros o sobre uno sólo de ellos pues, independientemente del número de personas sobre las que se realice la acción prohibida, es el derecho a la existencia del grupo humano lo que se vulnera o pone en peligro.

Desde los primeros esfuerzos de tipificación ha existido acuerdo en cuanto a que los nexos que identifican al grupo humano objeto de protección: pueden ser de nacionalidad, etnia, raza o religión, y de allí que todos ellos hayan sido incluidos en la tipificación prevista en la Convención. Un grupo nacional es una población humana caracterizada como sociedad natural, integrada por el territorio que ocupa, por su origen, sus costumbres y su idioma, y que comparte una comunidad de vida. Un grupo racial es el perteneciente a una raza, y por tal se entiende a aquellos individuos cuyos caracteres biológicos son constantes y se perpetúan por herencia. Un grupo étnico es un grupo humano con características raciales, culturales y de origen compartidas, caracteres que son producto de un ciclo evolutivo y que en muchos casos se han obtenido en condiciones de aislamiento con respecto a otros grupos mayoritarios. Y el grupo religioso es el que está identificado por las creencias religiosas de sus miembros.

Por otra parte, se ha discutido si los grupos culturales y los grupos políticos deben ser también objeto de protección a través del delito de genocidio. En cuanto a los grupos culturales hay que indicar que ellos están excluidos del tipo

y por ello el genocidio sólo los protege en cuanto su identidad cultural se manifieste a través de su nacionalidad, etnia, raza o religión. Algunos autores consideran que el traslado de niños de un grupo a otro es un genocidio contra un grupo cultural. No obstante, se reconoce que se trata de un hecho físico que está dirigido contra la integridad del grupo y por ello, no obstante que puede tener consecuencias en el ámbito de la cultura del grupo, no es un genocidio cultural.

Y en cuanto a los grupos políticos, en contra de su inclusión se ha dicho que ellos no cuentan con la estabilidad que caracteriza a los grupos sí protegidos, que no existen elementos objetivos que permitan identificarlos y que su inclusión podría impedir actuaciones legítimas de los gobiernos contra grupos subversivos. Y a favor de la extensión del ámbito de protección del genocidio a los delitos políticos se ha afirmado que la mayoría de genocidios tienen un matiz político, que ellos deben recibir igual tratamiento que los grupos religiosos y que si no se los protege quedarían en la impunidad actos genocidas cometidos por regímenes políticos interesados en eliminar grupos opositores{963}. Al tiempo de la aprobación de la Convención se tomó la decisión de excluir a los grupos políticos, pues se corría el peligro de que los desacuerdos sobre ese punto provocaran la ruptura del consenso en torno al delito de genocidio. No obstante, dentro de la figura de los delitos de lesa humanidad, y como delito de exterminio, se incluyó la persecución de un grupo humano por motivos distintos de los que caracterizan al crimen de genocidio{964}.

En nuestro país se extendió el ámbito de protección a los grupos políticos, en el entendido que la exclusión que de ellos se hizo en la Convención no vinculaba necesariamente al Estado colombiano. Esto es comprensible, pues lo incompatible con los compromisos internacionales adquiridos por Colombia era que en la legislación interna se disminuyera el ámbito de protección previsto en ellos. No obstante, nada se oponía a que, teniendo en cuenta la realidad colombiana, la que da cuenta del exterminio sistemático durante una década de miles de miembros de un grupo político que llegó a contar con amplio respaldo popular, se extendiera el ámbito de protección de la norma para incluir en ella a los grupos políticos y lograr así

mecanismos que en el futuro contribuyeran a evitar prácticas genocidas contra ellos{965}.

El artículo I.° de la Ley 589 de 2000 condicionó la tipificación del delito de genocidio a que el grupo nacional, étnico, racial, religioso o político actuara dentro del margen de la ley. En razón de tal condicionamiento el delito adquirió un carácter selectivo, pues no era posible imputarlo a quien, a través de las conductas en él previstas, pretendiera la destrucción de grupos humanos que se encuentren al margen de la ley. Además, se le impuso al delito una restricción que no estaba prevista en la Convención de las Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que había sido aprobada por el Congreso y que de acuerdo con el artículo 93 superior, por reconocer derechos humanos y prohibir su limitación en los estados de excepción, prevalece en el orden interno. No obstante, como era de preverse, la Corte Constitucional encontró que ese condicionamiento era abiertamente contrario a valores y principios constitucionalmente protegidos, y por ello lo declaró inexequible y, en aplicación del principio de unidad normativa, extendió su pronunciamiento al artículo 102 del C. P.{966}. Gracias a ello, el delito de genocidio se comete sin consideración a la legalidad o ilegalidad del grupo nacional, étnico, racial, religioso o político.

b. OBJETOS

El objeto material sobre el que se concretan las conductas constitutivas de genocidio son los miembros de los grupos humanos nacionales, étnicos, raciales, religiosos o políticos.

El objeto jurídico es el derecho a la existencia de esos grupos.

c. CONDUCTA Y RESULTADO

La conducta es de carácter compuesto alternativo y consiste en ocasionar la muerte a los miembros del grupo; lesionarlos gravemente; producir un embarazo forzado; someterlos a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo o trasladar niños por la fuerza de un grupo a otro. Pero en estas conductas, para que constituyan el delito de genocidio, debe concurrir un ingrediente especial subjetivo, esto es, un propósito específico del actor que consiste en la intención de destruir total o parcialmente el grupo. Por ello se dice que el genocidio consiste en la realización de determinados delitos comunes que se agrava en virtud de la finalidad del autor{967}. Esa finalidad pone de presente que cualquiera de los actos constitutivos de genocidio hace parte de un programa concebido para eliminar a los miembros del grupo nacional, étnico, racial, religioso o político.

El delito de genocidio no concursa con otros delitos, como los de homicidio o lesiones personales, pues protege un bien jurídico supraindividual que es la existencia del grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, y no los bienes jurídicos individuales de que puedan ser titulares los miembros del grupo. Estos, en estricto sentido, son el objeto de la acción y no el bien jurídico protegido{968}.

Por otra parte, el delito puede cometerse en comisión por omisión, pero para que ello sea posible se requiere que concurran todos los elementos que hacen parte de esa estructura típica. Así, es preciso: que la situación típica se complemente con la posición de garante del sujeto activo, posición que debe establecerse no en relación con el bien jurídico vida e integridad personal de un miembro del grupo, sino en relación con la existencia del grupo humano protegido; que el incumplimiento del deber impuesto al garante se complemente con la producción del resultado antijurídico, entendiendo por tal el previsto en cada una de las modalidades constitutivas de genocidio y no la destrucción parcial o total del grupo, pues éste es un ingrediente especial subjetivo que da cuenta del agotamiento del delito mas no de su consumación; y, finalmente, se requiere que la capacidad personal para realizar la acción ordenada se complemente con la capacidad del autor de evitar el resultado antijurídico.

Las conductas constitutivas de genocidio son las siguientes{969}:

I . Ocasionar la muerte de los miembros del grupo. Esta es la conducta de mayor gravedad pues conlleva la pérdida de vidas humanas como mecanismo para extinguir un grupo humano. Este comportamiento no sólo desconoce el derecho a la vida de uno o más seres humanos, sino que con su aniquilamiento se pretende extinguir el grupo nacional, étnico, racial, religioso o político del que hacen parte. Dado que esa pretensión es fundamental para la adecuación típica de la conducta, es indiferente el número de miembros del grupo a los que se les cause la muerte, pues lo que se imputa no es uno o una multiplicidad de homicidios sino uno o varios cometidos con el propósito de destruir total o parcialmente al grupo.

2. Causar lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo. En principio podría considerarse que el acto de lesionar a miembros del grupo sería incompatible con el propósito de destruirlo total o parcialmente, pues para este fin aquel medio podría ser insuficiente, y ante ello la imputación de genocidio no sería posible. No obstante, esta modalidad de conducta permite que se impute genocidio consumado y no tentativa de genocidio al actor que intentó ocasionar la muerte de los miembros del grupo, con el propósito de destruirlo, sin haber conseguido darles muerte. De este modo, en los eventos en que las lesiones inferidas no tienen la idoneidad requerida para destruir total o parcialmente el grupo, y en atención a la trascendencia del bien jurídico que se halla en juego, se anticipa el momento de consumación de la conducta genocida y se amplía el ámbito de protección de la norma.

3. Causar embarazo forzado. Esta modalidad de conducta no está prevista en la Convención pero se incluyó en el numeral 2 del artículo 102 del C. P., lo que indica que también en ese punto la legislación nacional amplió el ámbito de protección del bien jurídico. Esa conducta es relevante en el caso de grupos étnicos y raciales, pues el embarazo forzado de las mujeres de esos grupos se orienta a variar la composición étnica del grupo y propiciar su destrucción. No obstante, a pesar de que el ámbito de protección del bien jurídico se extendió al incluir en el tipo a los grupos políticos y al relacionar como modalidad de

conducta genocida el causar embarazos forzados, el espacio de protección debió ampliarse aún más, de tal manera que la prohibición implícita en el tipo se extendiera también a la violencia a través de la cual se produce el embarazo, pues es inconcebible que quien pretende eliminar un grupo étnico o racial, y acude para ello a embarazos forzados, esté dispuesto a respetar la autodeterminación sexual de las mujeres del grupo{970}.

4. Someter a miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial. En este caso, la conducta se consuma con el sometimiento de miembros del grupo a condiciones que los privan o les restringen lo necesario para que sus miembros subsistan como seres humanos y, en consecuencia, para proyectarse en el tiempo y contribuir a la permanencia del grupo al que pertenecen. Debe tenerse en cuenta que en esta modalidad la conducta genocida se consuma con el sometimiento de los miembros del grupo a esas condiciones, independientemente de que la destrucción física total o parcial de esos miembros del grupo se haga o no efectiva. Luego, si miembros de un grupo son sometidos a ese tipo de condiciones, la conducta genocida está consumada, así el grupo en sí no sea destruido, y así esos particulares miembros del grupo tampoco lo hayan sido.

5. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo. En este evento la conducta se consuma con la sola adopción de medidas como el aborto o la esterilización forzadas, pues con ellas se niega el derecho a la existencia a las futuras generaciones del grupo y se pone en peligro su vida como tal.

6. Trasladar por la fuerza a niños del grupo a otro grupo. Esta conducta consiste en trasladar, en desplazar niños de un grupo a otro, y es punible en cuanto afecta su identidad y su sentido de pertenencia al grupo. Nótese que en este caso concurre una doble calificación en el sujeto pasivo pues no sólo se trata de miembros de un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político, sino de miembros menores de 18 años de edad. De allí que, si se trata de traslado forzoso de mayores de edad, la conducta es atípica de genocidio, aunque podría imputarse un delito de lesa humanidad como el de desplazamiento forzado.

d. TENTATIVA

Por tratarse de un delito de resultado, admite tentativa. No obstante, ella no procede en la primera modalidad genocida, que es la de ocasionar la muerte a los miembros del grupo, pues el hecho de causar lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo consuma el genocidio e impide la imputación de un genocidio tentado.

Se impone precisar que el resultado que consuma la conducta es el recogido en cada una de las modalidades de genocidio y no el que agota el fin pretendido por el autor o partícipe. De éste da cuenta el ingrediente especial subjetivo del tipo y es relevante para el agotamiento de la conducta, no para su consumación.

3. TIPO SUBJETIVO

La conducta es de comisión dolosa. El dolo se predica de una cualquiera de las modalidades delictivas del comportamiento. Se trata de conocer y querer la muerte de los miembros del grupo, o lesionarlos gravemente, o someterlos a condiciones que acarrean su destrucción, o impedir nacimientos, o trasladar niños, o causar embarazos forzados.

Aparte de ello debe concurrir el ingrediente especial subjetivo consistente en pretender la extinción del grupo. Este ingrediente es fundamental para la tipificación de la conducta, pues si no concurre la adecuación típica es diferente, pudiendo tratarse, por ejemplo, de homicidio, lesiones, e incluso de delitos contra la humanidad{971}. No obstante, se impone precisar que para la consumación del delito de genocidio se requiere que ese ingrediente especial subjetivo concurra en el autor o partícipe, pero no que esa intención se realice. Esto es así porque el delito de

genocidio se consuma con el despliegue de cualquiera de las conductas previstas en el tipo, no con la concreción de la intención particular del autor o partícipe, pues la realización de tal intención no es un acto consumativo sino agotativo y, por tanto, es indiferente para su tipificación, aunque puede sí ser trascendente para la determinación del contenido de injusticia de la conducta.

El ingrediente especial subjetivo puede plantear dificultades probatorias{972}. No obstante, es susceptible de acreditarse a través de cualquier elemento de convicción, ya sea que se trate de prueba directa, como documentos o testimonios, o de prueba indirecta, como los indicios. De hecho, ésta es quizá la prueba más socorrida, y de allí la necesidad de demostrar los hechos indicadores a partir de los cuales se han de deducir, a través de una inferencia lógica, aquellos que interesan al proceso y que acreditan el ingrediente especial subjetivo de la conducta genocida{973}.

B. APOLOGÍA DEL GENOCIDIO

De acuerdo con el artículo 102 del C. P. comete el delito de apología del genocidio el que por cualquier medio difunda ideas o doctrinas que propicien o justifiquen las conductas constitutivas de genocidio o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de conductas constitutivas de genocidio. La pena es de prisión de 6 a 10 años, multa de 5.000 a 10.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 10 años.

Se trata de incitar directa y públicamente a que se cometa el delito de genocidio o de legitimar hechos que estimulen su producción posterior, de exaltarlos como dignos de realización. Cualquiera de estos comportamientos, en estricto sentido, constituye un acto preparatorio de la conducta genocida pero, creando una excepción a la regla de impunidad de ese tipo de actos y en consideración a la importancia del bien jurídico protegido, el legislador ha anticipado su protección y ha dispuesto que esos actos

preparatorios del delito de genocidio constituyen un delito autónomo. Ya que se trata de la difusión de ideas o doctrinas, la conducta que se tipifica es la que se despliega públicamente y no en privado; debe orientarse a promover la comisión del delito de genocidio y, por tanto, debe concurrir en ella el mismo ingrediente especial subjetivo que se requiere en éste.

Si se tienen en cuenta los verbos rectores y el modelo descriptivo utilizados por el legislador, se advierte que en el delito de apología del genocidio se presenta una tensión entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la existencia de los grupos nacionales, étnicos, raciales, religiosos y políticos{974}. No obstante, debe partirse del supuesto que en el constitucionalismo no existen derechos absolutos y que, si bien la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos de las sociedades democráticas en cuanto contribuye a la formación de la opinión pública y, en consecuencia, a la configuración de espacios para el ejercicio de las libertades, ese derecho, por mandato del artículo 16 superior, debe ejercerse respetando el límite implícito en los derechos de los demás y el orden jurídico{975}. Mucho más si el pluralismo, la diversidad étnica y cultural de la nación, la libertad de cultos y el derecho a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna también constituyen fundamentos del Estado{976}.

Por tanto, no cabe duda de la legitimidad de la apología del genocidio, más aún si se tiene en cuenta que muchos de los genocidios cometidos a lo largo de la historia se originaron en campañas orientadas a producir en los ciudadanos una conciencia favorable a la comisión de atrocidades contra pueblos enteros{977}. Por ello, antes que matricularse en una defensa a ultranza del derecho a la libertad de expresión, llegando a imprimirle el carácter de derecho absoluto, quizá lo prudente sea no olvidar las enseñanzas de la historia y recordar la profunda incidencia que en los holocaustos ha tenido la difusión de doctrinas que los propician y justifican. Y cuánto mejor si esos recuerdos arriban a la memoria antes que la intolerancia de los actuales tiempos coloque a otro grupo humano ante una nueva Noche de los Cristales Rotos{978}.

C. HOMICIDIO SIMPLE

Es un tipo penal básico en cuanto se aplica autónomamente sin referencia a ningún otro.

I. EL BIEN JURÍDICO

En la forma más simple podemos decir que el homicidio protege la vida de las personas, entendida como "la subsistencia de su funcionamiento orgánico"{979}.

La vida es el interés jurídico penalmente protegido; empero, si vida y dignidad son inseparables, y ésta refleja al hombre como ser autónomo y responsable, se deduce de allí que también estos delitos protegen la autodeterminación de la persona{980}.

La vida no es protegible sin más como realidad biológica, sino como "el conjunto de facultades de decisión y disposición que el sujeto tiene sobre la misma"{981}. De allí que la "vida no deseada por su titular se configura como bien jurídico protegido y, por tanto, se relativiza considerablemente el valor del derecho a la disponibilidad de la propia vida"{982}.

En consecuencia, se tiene que el homicidio es un tipo penal pluriofensivo. Lo más relevante de ello es que, por ser también un atentado contra la autodeterminación de las personas, tal criterio juega un papel importante a la hora de definir la participación de terceros en la acción de quitarse la vida por propia mano y la viabilidad de la eutanasia.

2. EL TIPO OBJETIVO

La descripción típica del artículo 103 reza: “El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años”.

a. LOS SUJETOS

El sujeto activo es, obviamente, una persona humana. Es tipo penal de sujeto activo indeterminado en tanto no requiere calificación alguna.

Igualmente es un tipo penal monosubjetivo, puesto que el sujeto activo es simple, unitario. Basta una sola persona para que ejecute la acción homicida.

El tipo penal se realiza por autoría material. Autor material es quien por sí mismo realiza la conducta típica (inc. I.° art. 29 C. P.). Como ejemplo tenemos que Pedro mata a Juan propinándole dos cuchilladas en el abdomen.

No es necesario, pero pueden concurrir varias personas a la comisión del delito. Lo pueden hacer realizando la conducta descrita en el tipo, caso en el cual serán coautores materiales propios (inc. I.° art. 29 ibíd.). El de Pedro y Miguel que golpean brutalmente con garrotes en la cabeza a Juan sería un buen ejemplo.

También la concurrencia puede generar una distribución del trabajo delictivo, caso en el cual todos no realizan propiamente el tipo sino parte de la descripción comportamental punible, evento en el cual se hablará de coautores materiales impropios (inc. 2.° art. 29 ibíd.). Como ejemplo tenemos que Pedro maneja la moto desde la cual Miguel realiza varios disparos sobre la humanidad de Juan.

Es clara la posibilidad de autoría mediata, esto es, la utilización de otra persona como instrumento (inc. I.° art. 29 ibíd.). Obra el hombre de atrás, como sucede cuando Pedro le entrega un revólver a un niño de diez años y le indica, encontrándose en la montaña, que le dispare al tigre

que se encuentra detrás de un matorral, siendo éste, como lo sabía el primero, un hombre.

El sujeto pasivo es otra persona: no se requiere cualidad alguna, incluso los humanos sin figura aparente de tal, los inviables fisiológicamente, los moribundos o con vida inútil merecen toda protección.

El sujeto pasivo también es monosubjetivo: basta la muerte de una sola persona para la configuración del tipo penal.

b. EL OBJETO MATERIAL

Es de naturaleza personal. Es el sujeto como tal, el cuerpo humano{983}, la persona física{984}, el hombre vivo físicamente considerado{985}. Ya se precisó que persona es quien está naciendo, lo cual encuentra respaldo legal en el artículo 108 del C. P. al reconocer la vida independiente "durante el nacimiento", y se ostenta tal calidad hasta cuando se muere{986}, esto es, cuando cesan las funciones cardiorrespiratorias o se ha declarado la muerte cerebral o muerte encefálica para efectos del trasplante de órganos vitales a favor de otros{987}.

Si luego de comenzar el parto, por ejemplo, una vez se han producido contracciones, se atenta contra la criatura todavía en el vientre materno, el delito es homicidio.

Significa lo anterior que es a partir del criterio del comienzo del parto donde se encuentra la diferencia entre aborto y homicidio, es decir, en el objeto sobre el que recae la acción, y no como lo plantea Núñez , quien afirma que el criterio diferenciador "se halla en el modo de cometer la acción de dar muerte a la criatura: si se la ejecuta a través de la madre en cuyas entrañas se albergaba o provocando su expulsión antes de ser viable, hay aborto; si se la desplegó directamente sobre la criatura, a la que se percibe, hay homicidio, aun cuando permanezca unida a su progenitora"{988}.

c. EL OBJETO JURÍDICO

Es la vida humana independiente.

d. LA CONDUCTA Y EL RESULTADO

El verbo rector es matar.

Desde una perspectiva tradicional, es quitarle la vida a una persona, esto es, suprimirle la condición de subsistencia vital orgánica a la persona, la cual tiene manifestación a través del funcionamiento del sistema cardiorrespiratorio. Se expresa en la clásica fórmula de “supresión de la vida humana”{989}.

Sin embargo, como se vio, y dados los avances de la ciencia y la normativización de los conceptos en orden a que los mismos resulten funcionales al sistema social, debe entenderse que la acción de matar consiste, en términos rigurosamente jurídicos, en el “acortamiento de la vida”{990}, es decir, en la acción “dirigida a la anticipación temporal de la muerte mediante la destrucción de la vida”{991}. En efecto, desconectar del respirador artificial a quien no tiene la más mínima posibilidad de sobrevivir sin él según diagnóstico fundado, serio y definitivo no significa acortamiento de la vida, como tampoco si no se conecta al mismo en tales condiciones.

En fin, la conducta de matar es de naturaleza abierta. No está sometida a condiciones de tiempo, modo o lugar; permite incluso la realización típica de matar por medios “de índole moral, como quien intencionalmente la determinare por un susto en persona de débil contextura cardíaca, a sabiendas de ello”{992}.

Es un tipo penal de conducta instantánea, esto es, se realiza la descripción típica sin necesidad de que se verifique un lapso determinado de tiempo entre la acción y el resultado, por ejemplo, cuando como producto de la acción ha muerto la persona inmediatamente. No obstante, puede verificarse que la muerte se produjo mucho tiempo después producto de las lesiones graves anteriormente inferidas, siempre y cuando se demuestre la relación de causalidad{993}.

En este último caso, como quiera que la acción de matar está espacio-temporalmente desprendida de la muerte de la persona, se requiere explicitar la realización de un juicio de imputación. Por ello, debe demostrarse que se creó en contra de otro un riesgo jurídicamente prohibido y el mismo se materializó en el resultado de muerte (segunda parte inc. I.° art. 9.° Ley 599 de 2000).

Significa lo anterior que debe constatarse la relación de causalidad entre la acción de matar y el resultado muerte, lo cual se logra a través de la verificación de la causalidad material, esto es, con la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones{994}.

Se requiere, además, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y que la muerte de la persona sea la realización concreta y específica de ese riesgo. Por lo general la verificación de la imputación objetiva en materia de homicidio no tiene mayores problemas{995}; no obstante, en otros eventos demanda una mayor actividad jurídica. De todos modos debe constatarse la imputación objetiva del resultado{996}.

Por ejemplo, a quien en una moto ruidosa y a exceso de velocidad cierra en la vía a un anciano conductor a quien la impresión sicológica del peligro intempestivo le produce la muerte por un infarto, se le imputa naturalísticamente dicho resultado pero no jurídicamente, puesto que, a pesar de haber infringido el deber objetivo de cuidado –cerrar intempestivamente la vía a otro es conducta prohibida por las reglas del tránsito automotor–, la muerte de la persona no se encuentra dentro del ámbito de prohibición de la norma infringida{997}, habida cuenta que la misma no protege a los ciudadanos que sufren del corazón sino que busca evitar accidentes de tránsito y no la producción de infartos.

Es un tipo penal de acción: por lo general se mata llevando a cabo conductas activas que realizan la descripción típica.

También tiene cabida la omisión impropia: la comisión por omisión tiene lugar cuando quien tiene el deber jurídico de impedir un resultado{998}, por encontrarse en posición de garante de un bien jurídico en concreto o del control de una fuente de riesgo para el bien jurídico, por virtud de una relación especial de la cual emana un rol social vinculado con el principio de solidaridad social o por razón del papel que cumple en el Estado frente a los bienes jurídicos de otro, se encuentra obligado a interferir para poner fin al peligro o disminuirlo, so pena de que por su inactividad en concreto al dejar seguir el curso de la causalidad, se produzca un resultado que le resulta imputable jurídicamente (arts. 10.° inc. 2.° y 25 Ley 599 de 2000).

La vida es uno de los bienes jurídicos que fundamentan la comisión por omisión (arts. 25 inc. final Ley 599 de 2000 y I. ° y 95 num. 2 Constitución).

Se ha verificado así la antijuridicidad material por la lesión al bien jurídico tutelado. Se ha concretado un desvalor de resultado (art. II C. P.).

Ello tiene ocurrencia también si la nueva criatura muere por falta de oxígeno en el cerebro por enredarse en el cuello el cordón umbilical cuando, habiendo comenzado los dolores del parto, el médico no le presta la debida asistencia a la mujer embarazada (comisión por omisión); pero también cuando cualquiera y por cualquier motivo le quita la vida a la criatura desde tal momento (acción){999}.

e. LA TENTATIVA

Existe tentativa cuando a pesar de perseguirse no se logra el efecto requerido por el tipo penal, esto es, para el homicidio, la muerte de otra persona, por razones ajenas a la voluntad del agente (art. 27 Ley 599 de 2000).

Existe cierta dificultad probatoria cuando se trata de verificar si nos encontramos ante unas meras lesiones personales o frente a una tentativa de homicidio. Obviamente, el dolo como elemento subjetivo sólo se prueba con confesión o con indicios{1000}, de manera tal que será éste recurso el más utilizado.

La doctrina ha elaborado con ayuda de la jurisprudencia un dossier de circunstancias a través de las cuales se demuestra el animus necandi que caracteriza a la tentativa de homicidio, así:

a. Las relaciones que ligasen a autor y víctima; b. Personalidad de agresor y agredido; c. Actitudes e incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes al hecho, particularmente si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males que se anuncian, tono fugaz o episódico de las mismas o porfía y repetición en su pronunciamiento; d. Manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del agente causante tras la perpetración de la acción criminal; e. Clase, dimensiones y característica del arma empleada y su idoneidad para matar o lesionar; f. Lugar o zona del cuerpo hacia donde se dirige la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital;

g. Insistencia o reiteración de los actos atacantes; y h. Conducta posterior observada por el infractor, ya procurando atender a la víctima, ya desatendiéndose del alcance de sus actos y alejándose del lugar en que se protagonizaron, en inequívoca actitud de huida, persuadido de la gravedad y trascendencia de aquéllos{1001}.

Puede tener la modalidad de acabada, es decir cuando el sujeto agente ha desplegado toda la actividad necesaria y planeada para ejecutar la acción de matar, teniendo esta la naturaleza de idónea, pero el resultado no se produce por razones ajenas a su voluntad. Pedro le dispara a Juan en el

abdomen produciéndole una masiva hemorragia que logra ser controlada por haber sido llevado de inmediato al hospital y habérsele prestado toda la atención requerida.

Es inacabada cuando faltó algo por hacer, debido a razones ajenas al autor, de acuerdo al plan trazado y ello evitó la consumación del acto. Juan se transporta en un auto blindado y Pedro, para matarlo, primero rompe el blindaje pero cuando va a rematar al mencionado es neutralizado por la autoridad.

Allí, en ambos casos, nos encontramos ante la puesta en peligro del bien jurídico como desvalor de resultado{1002}. Hay antijuridicidad material por puesta en peligro del bien jurídico (art. II C. P.).

Es posible que se desista de seguir adelante con la ejecución del delito por disolverse el peligro, caso de la tentativa inacabada, o cuando habiendo realizado todos los actos se revoque el peligro, caso de la tentativa acabada.

En ambos eventos no hay necesidad de imponer pena alguna pues el peligro se disuelve o logra revocarse sin consecuencia alguna, valor de acción y valor de resultado, neutralizándose tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado. Si no existió afectación corporal alguna el legislador ha prescindido de la aplicación de la pena por razones de ineficacia preventivo especial y general de la pena (interpretación a contrario sensu del inciso I.° artículo 27 C. P.).

Así también cuando, luego de superadas las seguridades físicas y electrónicas, se desiste de disparar contra la víctima. Igualmente, cuando se ha realizado todo lo necesario para culminar el propósito delictivo pero surge el arrepentimiento que mueve a desactivar el peligro y se logra sin alcanzar a producir afectación al bien jurídico tutelado. En este caso opera el mismo criterio puesto que resulta exitosa la revocación del peligro. Pedro planea matar a Juan colocándole una bomba en su automóvil, la cual se acciona con el estarte, pero momentos antes de activarlo se descubre la misma por información de Pedro.

Cuando el agente se arrepiente de su acción o de la consecución del fin y hace voluntariamente todos los

esfuerzos necesarios para que la consumación no se produzca, mas no lo logra porque en ello se le antepone un tercero o el azar, la pena a imponer es menor que la de la tentativa, figura que se conoce como el desistimiento frustrado (inc. 2.° art. 27 C. P.). En el ejemplo anterior el agente no logra revocar el peligro por cuanto, a pesar de hacer lo posible por evitar la consumación por su propia mano, el conductor se da cuenta de la presencia de una bomba accionable con el estarte del vehículo y no lo accionó, procediendo a desactivarla.

Si ya se ha producido un daño diferente al que se perseguía pero dentro del grado de progresión, se responderá por el mismo, puesto que el desvalor de acción y el desvalor de resultado que le corresponde no lograron ser revocados de un todo pese a la voluntad del agente; empero, en todo caso la pena será menor que en la tentativa común y corriente dados los diferentes significados cuantitativo y cualitativo de los desvalores de acción y resultado que se logra ejecutar. Lo anterior es una modalidad no regulada del desistimiento frustrado y por tanto verificable punitivamente conforme a ello (inc. 2.° art. 27 Ley 599 de 2000) por analogía in bonam parte (inc. 3.° art. 6 ibíd.).

F. LA PARTICIPACIÓN

Rige la accesoriedad limitada, esto es, que para derivar responsabilidad al determinador o cómplice se requiere como mínimo que el autor material haya realizado comportamiento típico y antijurídico.

Es determinador quien por cualquier medio hace que en otro nazca la voluntad homicida y como mínimo ejecute actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación (art. 30 Ley 599 de 2000). Se conocen como formas la orden no vinculante, el contrato, el consejo, la insinuación, la sociedad, etc. Pedro aconseja a Miguel para que mate a Juan, y este así lo hace.

Cómplice es quien presta ayuda anterior o concomitante a la realización del ilícito (art. 30 Ley 599 de 2000). Tal ayuda puede ser de carácter material, como abrir la puerta de la casa para que entren los sicarios a fulminar al jefe, acordada previamente o explicitada concomitantemente a la realización del ilícito.

También se es cómplice cuando se cumple una actividad de ayuda posterior al ilícito pero cumpliendo promesa anterior (art. 30 Ley 599 de 2000): se llama al taxi para que huyan los sicarios que acaban de darle muerte al patrono, lo cual estaba previamente acordado.

Cuando la ayuda prestada no es física o material sino sicológica debe distinguirse tal fenómeno de la determinación. Aquí no se hace nacer la idea criminal, lo que ocurre es que nos encontramos ante un individuo que ya la tiene y por tanto el otro se limita a reforzarla. Allí los estándares aplicables para efectos de punibilidad son los contenidos en el artículo 30 de la Ley 599 de 2000 para los cómplices.

3. TIPO SUBJETIVO

El dolo tiene las mismas características que ofrece en la tentativa. El dolo homicida, dada la progresión de la afectación al bien jurídico, es el mismo de la tentativa.

La comisión del homicidio se lleva a cabo por lo general con dolo directo, esto es, cuando el sujeto agente conoce las circunstancias del hecho y voluntariamente se encamina a su realización. Lo que logra obtener es lo que ha perseguido: quiere matar a una persona y logra obtenerlo (art. 22 Ley 599 de 2000).

Si fracasa nos encontramos frente a la tentativa. Pero para ella, desde el punto de vista subjetivo, el dolo es el mismo, y está representado por la inequívoca dirección de la voluntad hacia la consumación de que da cuenta el artículo 27 ibídem.

El dolo puede ser directo también cuando, ante el éxito de obtener el resultado querido, se presenta otro resultado como consecuencia necesaria que pertenece a la representación de los hechos (art. 22 ibíd.). Se quiere matar a Pedro lanzándole una granada en el momento en que junto a él se halla Miguel, muriendo ambos con el estallido.

También frente al dolo directo de consecuencias necesarias, aunque parezca imposible por definición, y dado que en cualquier caso todo resultado tiene un componente del azar, cabe conceptualmente la tentativa. Muere Pedro pero no Miguel ante el lanzamiento de la granada.

Cuando el resultado aparece como probable, en tanto se considera como un efecto concomitante, y se sigue adelante con la acción contando que por el azar no se produzca el resultado que de todos modos sobreviene surge el dolo eventual (art. 22 ibíd.). Juan es conductor de un bus en Bogotá y permite que grupos de personas cuelguen como racimos humanos por fuera del mismo en vías rápidas y congestionadas de la ciudad, colisionando con otro vehículo por disputarse la vía, resultando muertas varias personas.

Conceptualmente es más difícil la tentativa con dolo eventual, pero en casos extremos la práctica la corrobora.

Cuando se yerra sobre alguno de los elementos del tipo surge el error. Si es invencible habrá atipicidad. Si es vencible se castigará como culposo sólo en la medida que exista tal modalidad de imputación en el sistema de numerus clausus (num. 10 art. 32 ibíd.). Pedro cree que quien se esconde detrás de unos matorrales es una presa de caza, resultando ser un hombre: si el error fuere provocado por la víctima en paraje solitario, pues para asustar a Pedro se vistió de oso, el yerro surge invencible y por lo tanto la conducta es atípica; si ocurre lo contrario, pues fue una ligereza tal apreciación en la medida que los hechos tienen ocurrencia en el Parque Nacional, habrá realización de tipo penal de homicidio culposo.

Cuando el error recae sobre la persona el mismo es irrelevante, pues se quería matar a una persona y a una persona se mató, toda vez que aquí no hay disputa alguna en torno al bien jurídico{1003}. Pedro va a matar a Juan y lo ve de espaldas, dispara y se cerciora que es otro sujeto.

No ocurre lo mismo frente al error en el golpe, pues aquí existe un desvío del curso causal, por lo que habrá de apreciarse una tentativa respecto de quien se quería matar y un homicidio doloso o culposo respecto de quien recibe el disparo, de acuerdo con el grado de probabilidad de afectarlo concomitantemente y la actitud asumida respecto del azar. Aquí sí se presentan problemas con el bien jurídico, habida cuenta que se involucra una puesta en peligro y una lesión de titulares diferentes, y siendo la vida y la integridad personal bienes altamente personales es preciso reconocer el concurso efectivo de tipos penales.

Se puede incurrir en un yerro en cuanto la realización mental de un tipo más benigno, por ejemplo creyendo que a quien se mata por piedad padece intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, pero en realidad no tienen la connotación de incurable, caso en el cual, si el error es invencible, se aplicará la pena del homicidio piadoso en tanto se estima realizada la tipicidad de éste (inc. 2.° num. 10 art. 32 Ley 599 de 2000). Si el error fuere vencible se aplicará la pena del homicidio simple rebajada en la mitad por aplicación analógica in bonam parte del numeral II del artículo 32 ibídem.

Los demás errores, especialmente los que recaen sobre circunstancias, son irrelevantes en tanto no son yerros sobre elementos esenciales.

4. HOMICIDIO CONSENTIDO

Cuando el sujeto pasivo del homicidio tenga plenas facultades de disposición y lo haga de manera libre y espontánea, esto es, libre de dolo, coacción o engaño, se presenta el homicidio consentido.

Tal fenómeno no está contemplado en el Código penal, empero, como se ha dicho que el homicidio también protege la autonomía individual, es obvio que ella no se quebranta en el homicidio consentido. De manera tal, si el injusto del

homicidio es complejo, puesto que se compone de la afectación al bien jurídico vida y al bien jurídico autonomía individual, cuando éste último no se ve afectado debe procederse a efectuar los ajustes de reprochabilidad que por él conciernen.

El consentimiento para quebrantar al bien jurídico vida es relevante; por ejemplo, así sucede en el aborto sin consentimiento (art. 123 ibíd.). También lo hemos planteado para el caso de homicidio por piedad.

Si así son las cosas, como el homicidio consentido implica que el sujeto pasivo se encuentre en una situación de indefensión (num. 7 art. 104 ibíd.), creada por él mismo, el consentimiento excluye la aplicación del agravante específico, pues el mismo tiene que ver con la enervación de cualquier oposición producto de la autonomía individual.

Siempre que nos encontremos ante un homicidio consentido la imputación tiene que ser a título de homicidio simple, salvo cuando se encuentre presente una agravante por razón del parentesco (num. I art. 104 ibíd.).

D . HOMICIDIO AGRAVADO

Es un tipo penal subordinado que aumenta la penalidad del homicidio simple.

La estructura típica es la misma que en el homicidio simple; por tanto, no es un tipo penal especial ni una figura autónoma e independiente, de tal manera que los errores que recaigan sobre las circunstancias de agravación deben ser tratados como errores de circunstancias atenuantes (num. 12 art. 32 Ley 599 de 2000). Propiamente no son circunstancias atenuantes: de hecho y de derecho son agravantes; empero, el yerro sobre las mismas implica su no imputación, bien atenuando la pena dentro de los marcos punitivos –varios agravantes– o decayendo la imputación a homicidio simple, por aplicación analógica del error mencionado (inc. 3.° art. 6.° ibíd.).

Los restantes elementos típicos del homicidio simple se aplican al homicidio agravado, salvo cuando toquen con los agravantes en concreto.

I. AGRAVANTES POR RAZÓN DEL INCREMENTO DEL DEBER DE RESPETO AL BIEN JURÍDICO

A. POR VÍNCULOS FAMILIARES (NUM. I ART. 104 C. P.)

Esta agravante afecta la indeterminación de los sujetos activo y pasivo del delito de homicidio simple. Para los efectos del homicidio agravado el tipo penal es de sujetos activo y pasivo determinados.

Se configura cuando recae sobre ascendientes (padres, abuelos, etc. –art. 43 C. C.–), descendientes (hijo, nieto, etc.–ibíd.–), hermano o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad (tíos y primos hermanos –arts. 37 y 46 ibíd.–), sea legítima o ilegítima la vinculación (arts. 35, 38 y 39 ibíd.). La agravante viene descrita en términos materiales, luego entonces, la misma se configura aún cuando se haya presentado adopción del sujeto activo o del pasivo que le hayan permitido desvincularse de su familia consanguínea.

También cuando recae sobre el cónyuge. La calidad de cónyuge se tiene desde el momento de la celebración del matrimonio –acto de expresión del consentimiento (art. 115 C. C.)–, lo cual puede hacer directamente o por apoderado especial (art. I 14 ibíd.), hasta el momento en que por declaración de autoridad judicial competente surja un nuevo estado civil, esto es, cuando se produce el divorcio (art. 152 ibíd.) o cuando se reconoce una nulidad (art. 140 ibíd.).

En cuanto al “compañero o compañera permanente” se tiene que ello es desarrollo de la norma constitucional que indica que también la familia se conforma por la voluntad

libre y responsable de la pareja (inc. I .° art. 42 C. N.). Como no existe un acto formal a partir del cual se constituye la familia, serán las condiciones materiales de trato las que fijarán el comienzo y el final de la relación.

Respecto del adoptante y adoptivo, predícase ello de quien llevó a cabo la adopción y de quien es sujeto de la adopción exclusivamente, pues el parentesco civil no se extiende más allá (art. 50 C. C.).

Finalmente, se predica cuando se comete contra pariente hasta el segundo grado de afinidad, esto es, contra los hijos de su esposa o esposo, o contra el yerno o nuera, suegro y cuñado (art. 47 C. C.). Como se puede ver, ello sólo se predica de la afinidad legítima; empero, cuando el vínculo de marido y mujer se funda en el inciso I.° del artículo 42 C. N., también cobija a los mismos parientes pues tal relación está autorizada constitucionalmente.

Las razones de la agravante estriban en que entre familiares cercanos debe existir una mayor cohesión producto de los sentimientos, fundamento espiritual de la familia, pero especialmente deberes de ayuda mutua y colaboración que se repelen por las agresiones contra familiares. En fin, la solidaridad social tiene su origen en el núcleo familiar; de allí nace la solidaridad natural que con el tiempo se va trasuntando en un fenómeno de mayor espectro; por tanto, quien no se detiene ante los lazos familiares merece un mayor reproche retributivo y un mayor juicio preventivo general, toda vez que sus frenos inhibitorios, si no se le anteponen contraimpulsos, funcionarán más débilmente frente a quienes no tengan con él parentela.

Tales agravantes se comunicarán a los coautores, determinadores y cómplices (art. 62 C. P.). La expresión “partícipes” está utilizada allí en forma natural y no técnico-jurídica, por tanto refleja la intervención plurima o concurrencia de personas en la conducta punible (art. 28 C. P.).

B. POR VÍNCULOS INTERNACIONALES

(NUM. 9.° ART. 104 C. P.)

Tiene que ver, como se señaló en la exposición de motivos del proyecto de ley del Código Penal, con la protección de personas no nacionales de que da cuenta la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo suscrita en Nueva York el 12 de febrero de 1971 y aprobada a través de la Ley 195 de 1995{1004}.

El homicidio, según el artículo I.° de la anterior normatividad, impone un plus en el tratamiento cuando el sujeto pasivo es una de aquellas personas "a quienes el Estado tiene el deber de extender protección especial conforme al derecho internacional".

En consecuencia, para la aplicación de la agravante habrá de referirse a los tratados y convenios que indican quienes deben recibir ese trato especial de conformidad con el derecho internacional.

Para tal efecto se tiene las Convenciones de La Habana, Cuba, de la iv Conferencia Internacional Americana de 1928, sobre "funcionarios diplomáticos" –su artículo 14 proclama que los "funcionarios diplomáticos serán inviolables en su persona"– y "agentes consulares" –en su artículo 7 se dispone que las autoridades "protegerán al cónsul en el ejercicio de sus funciones y le garantizarán las inmunidades a que tuviere derecho"–, incorporados al derecho interno por medio de las leyes 75 de 1931 y 41 de 1936, respectivamente.

Así mismo, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963 e incorporada al derecho interno por la Ley 6.a de 1972, siguiendo los mismos derroteros, de manera expresa protege a los "funcionarios consulares" ordenando al Estado receptor adoptar "todas las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o dignidad" (art. 40).

Tales personas, por requerir el Derecho Internacional que se les dispense especial protección, son aquellas a que se

refiere la agravante por razón del sujeto pasivo del homicidio.

2. AGRAVANTES POR RAZÓN DE INCREMENTO DEL DESVALOR DE ACCIÓN

Afectan el tipo subjetivo del homicidio simple, en tanto agregan un ingrediente subjetivo que implica que la representación mental –conciencia y voluntad– tenga una mayor extensión cuantitativa y cualitativa que lo representado. Incrementan el desvalor de acción, puesto que, como ingredientes subjetivos, son momentos anímicos que van más allá del dolo, fortaleciendo el tipo subjetivo.

a. POR VÍNCULOS TELEOLÓGICOS, OCASIONALES O CONSECUENCIALES CON OTRAS CONDUCTAS PUNIBLES (NUM. 2 ART. 104 C. P.)

Se da en estas agravantes lo que se conoce como conexidad sustancial entre conductas punibles, pues, cuando se trata de “preparar, facilitar o consumar otra conducta punible”, el homicidio se convierte en un delito medio: por lo tanto son de naturaleza teleológica. La agravante es obvia: si el homicidio es delito per se grave, a fortiori debe agravarse cuando además es utilizado como medio para lograr otro delito, que aun siendo menor impulsa la comisión de aquél, demostrando el homicida escasos escrúpulos para con sus semejantes.

Cuando se refiere a la finalidad de ocultar la conducta punible, asegurar el producto o la impunidad de la misma, para sí o para los copartícipes, está dando cuenta de lo que se conoce como conexidad ocasional y consecuencial. Igual

predicamento, pero en sentido inverso, se puede hacer en esta modalidad frente a la gravedad del delito.

Cuando se habla de copartícipes se está haciendo, en términos no técnicos, referencia a todos los intervinientes en el delito, esto es, coautores materiales propios e impropios, determinador y cómplice (art. 28 C. P.). Cuando menciona la expresión “para sí” apunta tanto al autor material como al mediato.

Finalmente, para imputar esta agravante no es necesario que se consiga el fin que se persigue –delimitado por la expresión “para”–, toda vez que, como todo ingrediente subjetivo, no requiere realización material de lo que se busca. Recuérdese que la razón del agravante es el aumento del desvalor de acción y no del de resultado.

De allí que perfectamente pueda existir concurso material heterogéneo entre homicidio agravado y la conducta punible que involucre el ingrediente subjetivo.

b. POR EL MÓVIL INTRÍNSECO DE LA CONDUCTA

– Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil (num. 4 art. 104 C. P.).

Por precio debe entenderse la tasación en dinero. La promesa de pago o el pago puede ser en dinero o en especie con significado económico. La promesa remuneratoria también puede tener el significado anterior, caso en el cual será remuneración directa o puede consistir en acto diferente con significado económico, como conseguirle un empleo, caso en el cual será indirecta.

Por ánimo de lucro significa por ambición económica, bien para obtenerla o evitar que otro la obtenga en su perjuicio. También cuando se busca evitar que el dinero o los bienes con significado económico salgan del patrimonio.

Motivo abyecto es motivo torcido o torticero, desviado, inmoral, vejatorio, discriminatorio, descalificante.

Fútil es de poca importancia, baladí, insignificante.

– Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas (num. 8 art. 104 C. P.).

Esto es, con el objeto de causar o mantener en zozobra a parte o toda una comunidad; el telos del homicidio es producir dicho impacto sicológico en la población. En desarrollo de dichas actividades es cuando el homicidio aparece vinculado a la acción por dolo eventual o cuando él está conectado ocasional o consecuencialmente con la actividad terrorista.

– Por razón del sujeto pasivo de la conducta (num. 10 art. 104 C. P.).

Cuando se comete en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, dirigentes sindical, político o religioso en razón de ello, todos víctimas selectivas de la violencia en Colombia, producto de la persecución de una guerra sucia que se ha empecinado contra dichos personajes en tanto influyen positiva o negativamente en los actores del conflicto. El animus representado en la expresión “en razón de ello” se constituye en un ingrediente subjetivo.

– Con sevicia (num. 6 art. 104 C. P.).

Cuando se produce dolor o sufrimientos innecesarios, de carácter material o moral, y ello es motivo de satisfacción. Ello es constitutivo de un ingrediente subjetivo.

3. AGRAVANTES POR RAZÓN DE AUMENTO

DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

a. POR LOS MEDIOS UTILIZADOS (NUM. 3 ART. 104 C. P.)

A través de conductas punibles como incendio, daño en obras de utilidad social, provocación de inundación o derrumbe, perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial, siniestro o daño de aeronave, pánico, disparo de arma de fuego contra vehículo, daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles, empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos y perturbación de instalación nuclear o radiactiva, siendo la comisión del delito medio de carácter doloso y el resultado muerte atribuible a título de dolo directo de primer y segundo grado y eventual.

Cuando estamos ante conductas como tenencia, fabricación y tráfico de sustancias y objetos peligrosos, introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos, tráfico, posesión y transporte de materiales radiactivos o sustancias nucleares, obstrucción de obras de asistencia o defensa, fabricación, tráfico y porte de armas de defensa personal y de uso privativo de las fuerzas armadas y fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares es obvio que resulta difícil pensar que puedan ser medios para cometer un homicidio en virtud de los verbos rectores utilizados y el sentido de la conducta; no obstante, como son conductas peligrosas, cuando el resultado muerte resulta previsible en grado de probabilidad si el mismo se deja librado al azar existirá dolo eventual.

Agravan la antijuridicidad material por cuanto la contundencia per se de los medios para producir daño impone cualitativa y cuantitativamente una mayor posibilidad de obtener la lesión del bien jurídico que por otros medios, lo cual aumenta objetivamente el reproche.

B. POR REDUCCIÓN DE LA DEFENSA O APROVECHAMIENTO

DE LA DEBILIDAD DEFENSIVA DE LA VÍCTIMA

(NUM. 7 ART. 104 C. P.)

Se coloca a la víctima en condición de indefensión cuando se le reduce parcial o totalmente a incapacidad de reaccionar físicamente o se aprovecha de dicha situación que aparece como previa, en comparación con los medios utilizados; o cuando se reduce total o parcialmente a condiciones de inferioridad psíquica anulándose cualquier posibilidad de comprender la necesidad de defensa o autodirigirse de acuerdo con esa comprensión, o aprovechándose de esa situación previa; esto es, la persona no está en uso de sus plenas capacidades intelectivas, valorativas, y volitivas y por lo tanto es un ser disminuido mental y psicológicamente que merece especial protección del Estado (inc. final art. 13 C. P.).

El grado de vulnerabilidad de la condición humana se aumenta convirtiéndose en un ser mucho más frágil, con lo que la lesión del bien jurídico es algo sobre seguro.

4. POR RAZÓN DE INVOLUCRAR COMO INSTRUMENTO

A OTRA PERSONA (NUM. 5 ART. 104 C. P.)

Esa otra persona se requiere que sea un inimputable. Allí el inimputable obra como una cosa al servicio del sujeto activo del homicidio, por lo que su dignidad de ser humano queda aplastada y a merced del delincuente, desconociendo en grado superlativo la dignidad de que da cuenta el artículo I . ° de la C. N. y de la cual goza cualquier sujeto encuéntrese en cualquier situación.

El inimputable puede ser utilizado como mero instrumento de la realización típica (caso del autor mediato), como coautor material propio o impropio y como cómplice.

El inimputable asiste al delito y se ve involucrado en él, bien porque no conoce la naturaleza de prohibido de lo que está

haciendo o porque conociéndola no es capaz de autodeterminarse conforme a la comprensión de lo antijurídico. De lo primero un ejemplo es la utilización de un inimputable como autor mediato, tal como se apuntó en el desarrollo del homicidio simple; de lo segundo cuando un sicario le ofrece algunos gramos de cocaína al cocainómano que se halla con síndrome de abstinencia si le ayuda llamándole a su víctima que se encuentra en lugar resguardado para poder ultimarla.

E. HOMICIDIO CULPOSO

El inciso I.° del artículo 109 del C. P. estipula: “El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

El bien jurídico, los sujetos, el objeto material, el objeto jurídico y el resultado son los mismos del homicidio simple.

La diferencia con él estriba en:

1. LA CONDUCTA

La Ley 599 de 2000, en su artículo 23, acogió la teoría moderna del delito culposo. Por tanto, la culpa o imprudencia ya no es un problema exclusivo de culpabilidad sino también de tipicidad, en tanto la teoría moderna del delito culposo encuentra que la culpa es una forma en que se ejecuta la acción.

Es un tipo penal de conducta abierta. Pero además es, desde la perspectiva de la descripción de lo típico comportamental, un tipo penal abierto.

Abierto por cuanto la expresión “culpa”, de que da cuenta el artículo 109 del C. P. es un elemento normativo del tipo que debe ser interpretado como “imprudencia objetiva”, esto es, como la expresión típica del “deber objetivo de cuidado”, y su constatación es labor que se encuentra a cargo de la autoridad judicial. Así también, por vía general, lo enseña el artículo 23 ibídem.

Por tanto, si así son las cosas, luego de establecida la relación de causalidad se hace imperiosa la realización de un juicio de imputación objetiva a través del cual se constate si se infringió o no el deber objetivo de cuidado, habida cuenta que no basta la sola causalidad para la imputación jurídica del resultado (inc. I.° art. 9 ibíd.).

En resumen, pues, se tiene que, constatada la relación de causalidad entre acción y resultado, ha de verificarse si se infringió el deber objetivo de cuidado y si, además, entre él y el resultado existe nexo de antijuridicidad o determinación (art. 23 ibíd.).

En cuanto a la antijuridicidad material se tiene que sólo es admisible en la modalidad de lesión al bien jurídico. Ella resplandece con la presencia del resultado típico; por tanto, con ello se rechaza el sistema legal del crimina culpae –que excluye la posibilidad de concurso ante la presencia de varios resultados– y no es admisible la tesis que indica, por la vía del finalismo, que el resultado es una condición objetiva de punibilidad{1005}, para representar al injusto como un puro desvalor de acción.

Si la respuesta es positiva, respecto de los anteriores puntos, se ha realizado la descripción típica del homicidio culposo.

El artículo 110, numerales I y 2 C. P., consagra como agravantes de la pena del homicidio cuando la infracción al deber objetivo de cuidado se presenta en la modalidad de conducta realizada en estado de embriaguez o droga que produzca dependencia física o psíquica, siempre y cuando exista relación de determinación con el resultado y cuando el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión de la conducta. La primera causal aumenta el desvalor de acción, puesto que da origen a una especial censura a la específica infracción al deber objetivo de cuidado, y la

segunda afecta al desvalor de resultado, en tanto aleja las posibilidades de disminuir la lesión o revocar el peligro para el bien jurídico creado con la conducta.

En cuanto a la agravante por abandono injustificado del lugar de ocurrencia del accidente se tiene que sólo se permanece típicamente frente a un homicidio culposo agravado cuando la muerte de la persona sobreviene como consecuencia de las lesiones inferidas y la misma era previsible y no se previó, o se previó pero se confió en que no se produciría, toda vez que, creada antijurí-dicamente una situación de peligro y surgida la posición de garante por injerencia, sobreviniendo la muerte la misma se podría imputar a título de comisión por omisión culposa (art. 25 C. P.); no obstante queda excluida por tener regulación expresa el homicidio por acción agravado por desconocimiento de la injerencia (arts. 109 y 110 num. 2 ibíd.).

Si la muerte resulta previsible y por tanto vinculada con la previsión efectiva en grado de probabilidad, dejando el agente en manos del azar la producción del resultado mortal, pues, por ejemplo, se ausentó del lugar sin justificación alguna, surgirá una imputación de homicidio con dolo eventual a título de comisión por omisión (arts. 22 segunda parte y 25 num. 4 C. P.), porque la conducta culposa que genera el resultado queda integrada a la comisión por omisión dolosa por virtud del carácter antijurídico de la injerencia.

Cuando el individuo se ausenta del lugar justificadamente no hay posibilidad alguna de imputar la agravante ni de realizar una imputación en comisión por omisión.

La constatación del “deber subjetivo de cuidado” –el “poder en vez de”, en la situación concreta– y la modalidad de imputación subjetiva por culpa a saber, consciente o inconsciente, a partir de los generadores de culpa imprudencia, negligencia e impericia son temas que conciernen a la culpabilidad, esto es, hacen parte del reproche individual.

2. LA TENTATIVA

No existe tentativa en materia de tipos penales culposos. Como se afirma desde Carrara , pensar en una tentativa de delito culposo es una “monstruosidad jurídica”, habida cuenta que en ellos no se presenta el iter criminis.

3. LA PARTICIPACIÓN

Se afirma por muchos que en los delitos culposos sólo existe autoría material propia y cuando concurren varias personas en un delito culposo se presenta el fenómeno de la “autoría accesoria”, la cual agrupa “todos aquellos casos en los cuales varias personas concurren imprudentemente a la producción de un resultado ilícito”{1006}.

Se descalifica por lo general la posibilidad de entender la determinación y la complicidad en el marco del delito culposo, puesto que el finalismo introdujo el prejuicio de que era constitutivo de una estructura lógico-objetiva el que la participación sólo es posible a título de dolo.

No obstante, pensamos que sí es posible la participación en el delito culposo, tanto a nivel de la determinación como de la complicidad, sólo que no se determina a la realización de un resultado y tampoco se coadyuva a la obtención de él, sino en la infracción al deber objetivo de cuidado. La parte general está prevista, salvo incompatibilidad manifiesta, tanto para los delitos dolosos como los culposos.

Cuando ello no ocurra y ante intervención plurima en un delito culposo es obvio que nos encontramos ante la autoría accesoria.

4. EL TIPO SUBJETIVO

El delito culposo no tiene tipo penal subjetivo de acuerdo con la doctrina mayoritaria. Un sector minoritario estima que el tipo subjetivo del delito culposo está dado por la consideración de la culpa consciente e inconsciente, y otro, dentro del mismo minoritario, por la consideración también en el deber objetivo de cuidado de los especiales conocimientos y capacidades del sujeto activo.

Ni una ni otra por lo pronto son admisibles. La primera por cuanto el problema de la culpa consciente e inconsciente involucra la temática del deber subjetivo de cuidado, lo cual tiene que ver con el "poder en vez de", como elemento de la culpabilidad, lo cual desquiciaría el funcionamiento del injusto y la culpabilidad si se trasladara a la tipicidad; la segunda por cuanto distorsionaría en grado sumo la teoría de la norma de determinación como orientadora de la conducta del ciudadano, pues el deber objetivo de cuidado no tendría alcance general sino individual y por tanto se trastocaría el mismo como patrón general de dirección de la conducta correcta, habida cuenta que si se fijara el alcance del deber objetivo de cuidado teniendo en cuenta lo individual ya su establecimiento se haría caso por caso y como tal dejaría de tener connotación general. En fin, la casuística invadiría la configuración del deber objetivo de cuidado y cada quien tendría su propia norma de conducta.

Finalmente en materia de delitos culposos resulta imposible hablar de error de tipo, toda vez que, si el tipo penal en estos es puramente objetivo, no tiene lado subjetivo, su tratamiento debe hacerse al nivel del error de prohibición, en especial por cuanto los errores admisibles recaerían sobre el correcto cumplimiento del deber objetivo de cuidado que específicamente tiene que ver con los elementos del deber jurídico, y estos en los tipos abiertos se estiman como componentes de la antijuridicidad muy a pesar de que su mención se hace a nivel del tipo.

F. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

La norma que lo tipifica, artículo 105 del C. P., dice: "El que preter-intencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena

imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad".

Comparte con el homicidio simple los sujetos, los objetos material y jurídico, el segundo resultado –muerte de una persona– y la participación.

No admite la modalidad de tentativa{1007}, puesto que en ésta existe una progresión del dolo y en la preterintención la progresión es de dolo a culpa excluyendo la univocidad, sin que pueda distinguirse una ejecución preterintencional imperfecta, pues la estructura de la misma requiere siempre la consumación.

Se distancia en el tipo subjetivo. La preterintención es una forma de conducta o modalidad de imputación subjetiva, puesto que así lo indica el artículo 21 del C. P., toda vez que el "resultado, siendo previsible, excede la intención del agente" (art. 24 ibíd.).

Da cuenta de un resultado que va más allá de lo querido, pero que queda cobijado dentro de lo previsible. La acción apunta a un evento menor pero se tiene como resultado uno mayor. Como dice la jurisprudencia penal, "el fenómeno de la preterintencionalidad es una mezcla de dolo y culpa que se presenta en los tipos de doble resultado, el primero de los cuales debe ser imputado a título de dolo y el segundo a título de culpa"{1008}.

Algunos han cuestionado el carácter culpabilista de la preterintención. No obstante, se ha dicho por voz autorizada que "la responsabilidad preterintencional es culpabilista porque el agente responde a dicho título en la medida en que se demuestre que actuó dolosamente respecto del primer resultado antijurídico querido y culposamente en relación con el segundo no querido pero previsible"{1009}. También la jurisprudencia constitucional ha dicho que "se advierte que la preterintención, en la forma que aparece consagrada por el legislador, no puede considerarse como especie de responsabilidad objetiva inconciliable con el principio que informa al Código Penal, conforme al cual no hay delito sin culpabilidad, toda vez que la norma no prescinde de dicho elemento estructural del hecho punible, en la medida en que condiciona la sanción penal a la previsibilidad del resultado y, por ende, no permite una

imputación meramente material de la consecuencia que excede la intención inicial del agente, sino que exige al juzgador esclarecer este elemento subjetivo que debe concurrir para la integración del comportamiento antijurídico”{1010}.

Algún sector de la doctrina, sin más ni más, afirma que la preterintención es una figura que conduce a la responsabilidad objetiva. Tal vez ello se encuentre anclado en las viejas doctrinas sobre la preterintencionalidad, como aquella de Finzi , quien entendía que para esta figura el segundo resultado se imputaba incluso sin referencia psicológica alguna: “cuando existe previsión (cierta, probable o posible), el evento se lo debe imputar a título de dolo; en cambio, cuando la previsión falta o porque no se ha presentado nunca al ánimo del agente o porque, de haberse presentado, ha sido rechazada (evento previsto como improbable o imposible), el evento se imputa a título de preterintencionalidad’”{1011}. En fin, según Peris Riera , el segundo resultado en Finzi se imputaba a título de “previsión presunta”{1012}.

Hoy no debe correr temor alguno respecto de esta figura, puesto que, la Constitución (arts. 1.° y 29) y la Ley 599 de 2000 (art. 12) exigen como categoría dogmática imprescindible para la determinación de la responsabilidad penal la culpabilidad subjetivista.

Ello está avalado por la doctrina mayoritaria y por el sello intelectual de CaRRARA y Jiménez DE Asúa . Hoy la patrocinan figuras de la talla de Mantovani , Fiandaca-Musco y Peris Riera {1013}.

Las características que hacen del homicidio uno de naturaleza preterintencional son:

a. Que exista un resultado menor querido a título de dolo y uno mayor conseguido a título de culpa, vinculados por una relación de causalidad distinguida por una progresión material.

Cuando se habla de resultado debe entenderse en términos jurídicos, es decir, para estos efectos también es resultado la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

El primer resultado puede aparecer prendido o desprendido del segundo resultado. De todos modos debe constatarse la relación de causalidad y también la relación de determinación jurídica.

Si sólo bastare esto, sí que se justificaría, con creces, la impugnación por responsabilidad objetiva.

b. Que la culpa por la cual se atribuye el segundo resultado sea atribuible a título de culpa con previsión o sin previsión, esto es, consciente o inconsciente{1014}, en una línea de progresión psíquica potencial o efectiva.

En contra Gómez Méndez , quien afirma que la expresión "previsible" de la fórmula consagrada en la parte general sólo cabe cuando el segundo resultado es imputable a título de culpa sin previsión. Por el contrario, si se presenta culpa con previsión habrá homicidio con dolo eventual{1015}.

Parece ser también la opinión de Carrera quien manifiesta que "la muerte debe resultar previsible y, desde luego, no prevista en el caso concreto"{1016}.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, interpretando tanto la norma anterior como la consignada en la Ley 599 de 2000, afirma la preterintencionalidad "cuando el resultado más grave es previsible para el agente, debiéndosele reprochar por no haber reparado en esta situación pudiendo haberlo hecho [...] [L]o que la ley exige en relación con el delito preterintencional es que el agente haya tenido la posibilidad de prever el resultado mayor, no que efectivamente lo haya previsto [...] [Q]uien con dolo de lesiones prevé la muerte de su víctima, y sin embargo obra conforme a esa representación, el homicidio así producido sería doloso a título de dolo eventual"{1017}.

No obstante, pensamos que existirá preterintención a partir de la culpa sin previsión cuando la previsibilidad{1018} del resultado lo sea tanto en grado de posibilidad como de probabilidad.

El tratamiento especial por la vía de la preterintención excluye, en los casos de abandono seguido de muerte o lesión, imputable el segundo resultado a título de culpa con

o sin previsión, la estructuración de una imputación de homicidio o lesiones personales en comisión por omisión culposa.

Empero, cuando se trate de culpa con previsión, sólo cabrá la preterintención cuando el segundo resultado sea previsible y previsto en grado de posibilidad{1019}.

Cuando sea previsto en grado de probabilidad{1020}, por ejemplo, como siempre el que abandona en un paraje solitario y plagado de fieras se desatiende de la víctima, esto es, deja su destino librado al azar, nos encontraremos ante un homicidio a título de dolo eventual (segunda parte art. 22 C. P.){1021}. Se excluye la preterintención y obviamente la comisión por omisión dolosa, pues existirá un homicidio por acción a título de dolo eventual.

Si existe abandono previendo como seguro el resultado habrá homicidio por acción con dolo directo de primer o segundo grado, según el caso.

En todo caso, cuando la muerte o lesiones que siguen al abandono sean imputables a título de dolo directo o eventual, y se tenga como sujeto pasivo al hijo fruto de embarazo sin consentimiento, lo correcto es ver allí un homicidio o lesiones personales por tales razones (art. 108 C. P., y el respectivo tipo de lesiones según el resultado con la rebaja del 108 por analogía in bonam parte –inc. 3.° art. 6.° ibíd.–). Si son imputables a título de culpa con o sin previsión existirá un homicidio preterintencional o lesiones preterintencionales privilegiados (arts. 128 y 130 C. P.).

El requisito mínimo de imputación del segundo resultado es la previsibilidad, esto es, la posibilidad de prever conforme a una apreciación de la generalidad; empero, ello no excluye la previsión o actualización por el agente de la previsibilidad. Cuando ello no se da nos encontramos ante la improbabilidad objetiva, es decir, evento imprevisible para la generalidad{1022}, lo cual conduce al caso fortuito o la fuerza mayor.

c. Que tanto el resultado querido como el conseguido pertenezcan al ámbito de prohibición de los delitos contra la vida y la integridad personal, esto es, se requiere homogeneidad del bien jurídico.

Esa homogeneidad, dice Gómez Méndez , “se refiere no a la identidad de tipo sino a los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro”{1023}.

d. Que se excluya cualquier posibilidad concursal, toda vez que los dos resultados mencionados “se conjugan para dar paso a un solo delito”{1024}.

e. No es requisito de la preterintención la existencia de la “unidad del objeto material”.

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia limitaba en grado sumo el desarrollo de los delitos preterintencionales, pues de la misma se extraía que sólo como tal existía la lesión seguida de muerte, por lo que quedaba el fenómeno reducido a su mínima expresión. Tal criterio tenía como fundamento la exigencia de la unidad de objeto material{1025}.

La doctrina, especialmente Reyes Echandía , rechaza tal criterio, pues estima que la fórmula jurídica “no exige como requisito de la preterintención la unidad de objeto material”{1026}.

La sistemática general Código Penal avala tal interpretación, puesto que ello no es requisito exigido ni por la norma general (art. 24) ni tampoco por la especial (art. 105). Por demás, el artículo 118 consagra el llamado parto o aborto preterintencional, tipo en el cual no se exige homogeneidad de objeto material, habida cuenta que allí nos encontramos ante dos objetos materiales –la madre y el nasciturus– diferentes.

f. La existencia en la parte especial de delitos preterintencionales no depende sólo del nomen iuris que se les asigne, sino del contenido material de la descripción del tipo subjetivo.

El homicidio preterintencional se puede cometer respecto de los tipos de homicidio simple y homicidio agravado, pues el artículo 105 C. P. expresamente apunta a “la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores”, pero también en otros eventos cuando la regulación especial

haya consagrado específicamente descripciones típicas que materialmente configuran la preter– intencionalidad{1027}.

Podría pensarse que la primera parte –la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores– excluye cualquiera otra de características parecidas; empero, debe recalcarse que la preterintención es una fórmula de la parte general del Código Penal y, sobre todo, es una "modalidad de la conducta punible" (art. 21 ibíd.), siendo los conceptos de conducta punible y culpabilidad de naturaleza rectora (arts. 9.° y 12 ibíd.).

Por tanto, el calificativo no surge de la regulación nominalista de la parte especial, sino de la formulación del instituto a partir de las normas rectoras y de la parte general{1028}, pues las primeras "constituyen la esencia y orientación del sistema penal", así como también "prevalecen sobre las demás e informan su interpretación (art. 13 C. P.), y las segundas perfilan el tema de las categorías dogmáticas bajo parámetros y criterios comunes, esto es, respetando una misma égida, dentro de la cual no se encuentra la imputación de una conducta y su resultado a título de dolo y la de otro resultado a título de culpa, operando como títulos de imputación subjetiva diferentes, dando a entender que un sujeto puede actuar respecto a una misma línea de progresión que afecta al bien jurídico con dolo y con culpa, pero basados en secuencias típicas diferentes. La conducta es una sola y ella tiene que manifestarse dolosa, culposa o preter- intencionalmente.

En una sistemática puramente causalista, donde la culpabilidad es una calificación o adjetivación de un resultado antijurídico, bien podría aceptarse que varios resultados fueran calificados de diferentes formas; no así puede ocurrir cuando el dolo, la culpa y la preterintención hacen parte del tipo como modalidades de conductas, pues si la conducta es una sola un solo calificativo debe recibir.

De allí entonces que con plena consideración acojamos el concepto que de delito preterintencional formula Daniel Carrera , quien afirma que "son delitos preterintencionales, no sólo los casos en que el legislador ha hecho un delito per se de las consecuencias que ultrapasan el fin del agente, sino también aquellos en los cuales se hacen tan sólo

circunstancias agravantes de las consecuencias derivadas del hecho querido y perpetrado”{1029}.

En fin, pues, el requisito de “la expresa consagración de la figura”, propio de un sistema de numerus clausus (art. 21 Ley 599 de 2000), no significa que para entender consagrado un delito preterintencional deba aparecer con tan expreso nomen iuris, puesto que basta que se den los requisitos sustanciales y materiales de la preterintención para estimar cumplido el principio de legalidad{1030}.

g. Los eventos antijurídicos –primer y segundo evento– no requieren estar descritos en una misma norma. Basta la constatación material de los requisitos exigidos por el artículo 24 del C. P. para la aceptación de la figura en la parte especial.

Así las cosas nos encontramos, constatados los requisitos, ante homicidio preterintencional también cuando el aborto es seguido de muerte de la mujer.

El abandono de menores y personas desvalidas seguido de muerte también es un homicidio preterintencional, sólo que tiene asignada una pena especial (arts. 127 y 130 inc. 2.° ibíd.).

También, aun cuando el asunto es más complicado, estamos frente a un homicidio privilegiado preterintencional cuando del abandono del hijo fruto de embarazo no consentido (art. 128 ibíd.) se sigue la muerte. De todos modos aquí la pena está prevista en norma especial (inc. 2.° art. 130 ibíd.).

Lo importante es que aparezcan sustancialmente exigidos los requisitos, bien en la descripción única en un mismo texto del primer y segundo resultado o en varias descripciones uno y otro, y unas mismas líneas de progresión material del primer y segundo resultado y psíquica del dolo y culpa.

Debe acabarse, de una vez por todas, con la incomprensible categoría dogmática de los delitos agravados por el resultado{1031}. Precisamente la figura de la preterintención se ha diseñado para recoger en su seno

todos los fenómenos en que dos resultados se presentan, el primero a título de dolo y el segundo a título de culpa.

De allí que también, como se verá más adelante, se hable de lesiones personales preterintencionales (caso donde se quiere causar una lesión determinada y se produce una más grave, el parto o aborto preterintencional y el abandono de menores y personas desvalidas seguido de lesión).

G. HOMICIDIO POR PIEDAD

I . ANÁLISIS TÍPICO

El artículo 106 del C. P. dispone: “El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años”.

Es un tipo especial puesto que goza de las características del homicidio simple pero en su descripción típica las consagra de manera independiente, de tal forma que se aplica de manera autónoma, añadiéndole un ingrediente subjetivo y modificando la indeterminación del sujeto pasivo.

En efecto, el sujeto pasivo es cualificado naturalmente, es quien padece una lesión corporal grave e incurable o una enfermedad con las mismas características y por virtud de ello sufre intensamente.

Como ingrediente subjetivo requiere que se actúe por piedad con el fin de cesar la situación anterior por medio de la supresión de la vida. Se involucran allí elementos de solidaridad social y humanidad que hacen de la conducta un delito menos grave que el homicidio simple.

La naturaleza altruista de la acción implica un menor desvalor de acción y por tanto una censura objetivamente

menor. Por ser un tipo especial y dada la naturaleza neutralizante de cualquier agravación, pues las mismas surgen incompatibles con el sentimiento de piedad y altruismo que anima a la acción, no podrá hablarse de un homicidio por piedad agravado por las causales del artículo 104 del C. P.

El tipo penal no lo dice; no obstante, comoquiera que también con el homicidio se protege la autonomía individual de la persona como bien jurídico relevante, si existe oposición del sujeto pasivo se realiza el tipo penal de homicidio agravado{1032}. Gómez Méndez dice que “si bien no es necesario el consentimiento, sí lo es la falta de oposición de la víctima”{1033}.

Con este tipo penal se encuentra principalmente vinculada la eutanasia, la cual, cuando se presenta, puede conducir a una exoneración de responsabilidad.

2. LA EUTANASIA

El estudio de la eutanasia es uno de los más complejos que aborda el derecho penal moderno. En el mismo se imbrican una variedad de situaciones tópicas y se entrecruzan importantes valoraciones constitucionales relevantes.

Aquí no sólo injiere el Derecho, sino también la filosofía, la ética, la moral y las diferentes religiones.

Las éticas de corte religioso{1034} propugnan por una vida entendida desde el punto de vista biológico, lo cual matiza su tratamiento de un carácter absoluto, sin posibilidad de realizar ponderación alguna, perdiendo el individuo aquello que siempre le había pertenecido: su muerte. La secularización de la ética, la separación de Derecho y moral y la teoría moderna de los derechos fundamentales han introducido criterios como el de “calidad de vida” y “autonomía individual”{1035}, trastocando profundamente aquellos valores arcaicos y permitiéndole a la persona recobrar algo tan suyo y tan íntimo como la muerte, habida

cuenta que ésta no puede seguir siendo entendida, conforme a la tradición judeo-cristiana, como el momento de punición de culpas naturales o personales.

De allí que en el anterior siglo se haya pasado del tabú sexual al tabú de la muerte y se le reconozca a la persona, en ciertos casos de eutanasia, “la disponibilidad de la propia vida”{1036}.

La vida comprende tanto la realidad biológica como la espiritual, protegiéndose en consecuencia tanto la vida corpórea como la racional; precisándose, de todos modos, que así falte en el hombre la racionalidad, que es su característica específica, no por ello sin más ni más debe negarse la categoría de vida humana y por ende su protección{1037}.

Respecto del tema de la eutanasia y la disponibilidad de la propia vida se tiene la siguiente constelación de casos y su debido tratamiento jurídico:

a. El suicidio. Consiste en la supresión de la vida por el titular de la misma; empero, puede involucrar la libérrima voluntad de hacerlo (autónomotanasia) o ser llevada a cabo por inmensos sufrimientos de carácter psíquicos o físicos (autoeutanasia){1038}.

En realidad, así tenga que ver con móviles paliativos del dolor, lo único cierto es que en un Estado social y democrático de derecho el acto de quitarse la vida no resulta antijurídico.

Y no resulta antijurídico sólo cuando se argumenta que no habría contra quien reaccionar –de todos modos la historia ha demostrado lo contrario{1039}–, sino también cuando el fin queda en mero intento{1040}. Es la manera más cruda de demostrar que sí puedo ejercer el derecho a la vida, independizando el derecho como tal y su ejercicio, pues allí por virtud del carácter de alteridad del derecho tales conductas caerían en una zona gris donde no llegan los alcances de lo jurídico, esto es, es una zona impermeable al Derecho (art. 16 C. P.), criterio también expuesto por Luis Carlos Pérez{1041}

También la prostitución es un acto contrario a la dignidad de la mujer: allí la misma, cuando su decisión es autónoma, se utiliza como medio para la consecución de otros fines. Empero, también, por ser ejercicio radical del derecho de autonomía sin perjuicio de la alteridad, tal conducta queda sumergida en la zona impermeable al Derecho.

En realidad, en ese tópico, no se puede hablar de eutanasia.

b. La situación de los pacientes con muerte cerebral sostenidos mediante soporte ventilatorio y marcapasos, los cuales son retirados con el advenimiento seguro de la muerte, o no se les suministran tales ayudas mecánicas.

La situación es clara: allí no hay vida. Por tanto, esté o no esté conectado a un aparato que suministra las funciones cardiorrespiratorias, si se desconecta o no se conecta, según el caso, no hay acción de matar. No se configura, desde el punto de vista dogmático, un acortamiento de la vida, habida cuenta que el aparato que le mantiene las funciones biológicas se las prolonga artificialmente y "el ser humano ya no sólo precisa protección frente a un adelantamiento prematuro del momento de la muerte, sino también, en determinadas circunstancias, frente a una prolongación impuesta de la vida"{1042}.

No debe olvidarse que la dignidad y humanidad son valores constitucionales y "no se lesionan sólo cuando el médico realiza demasiado poco o prácticamente nada en pro de la conservación de la vida, sino que también pueden verse afectadas por el empleo excesivo de técnicas médicas"{1043}. Ello origina lo que se conoce como el "encarnizamiento" de los tratamientos médicos{1044}, lo cual va en contra de la prohibición de tratamientos inhumanos, crueles y degradantes (art. 12 C. P.), pues la vida, como asegura la doctrina, sólo es digna de protección "siempre que su mantenimiento no suponga un trato inhumano o degradante"{1045}.

Pero también, como afirma Eser , "no puede negarse que la praxis médica se encuentra obligada no sólo a una utilización selectiva de sus limitadas posibilidades, sino que además, de acuerdo con una asistencia económica, se enfrenta constantemente con la cuestión de si merece la pena la utilización de las medidas posibles encaminadas a

prolongar la vida humana”{1046}. Con ello se demuestra que no existe un derecho absoluto a la vida{1047}, pues resulta a todas luces imposible atender a todos con recursos técnicos y altamente sofisticados, por demás tan escasos, lo cual obliga de todos modos a efectuar su utilización ponderada cuando son varios los necesitados y sólo es posible atender a uno o varios sin cubrimiento total.

De todos modos tal procedimiento sólo puede ser llevado a cabo por quien tenga a su cargo los cuidados médicos del paciente.

Aquí deben aplicarse por analogía in bonam parte (inc. 3.° art. 6.° Ley 599 de 2000) las reglas diseñadas para trasplantes de órganos (art. 2.° Ley 73 de 1988), pues nótese cómo primero se procede a la declaratoria de muerte cerebral y después es que se involucra el problema del consentimiento del paciente o de los deudos; por tanto, surge evidente la declaratoria de muerte cerebral como procedimiento autónomo que sirve también para la solución de este tipo de eventos.

Si se requiere la obtención de órganos para trasplantes es de obligatorio cumplimiento el procedimiento especial diseñado para el caso.

La conducta consistente en no conectar o desconectar del respirador artificial a quien se encuentre inconsciente y con daños cerebrales irreversibles es atípica respecto de los médicos que intervienen en el procedimiento, puesto que se encuentra enmarcada en la lex artis, toda vez que el artículo 13 de la Ley 23 de 1981 prescribe que “cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales”.

Se menciona como distanasia el proceder consistente en el encarnizamiento terapéutico.

Tampoco podemos hablar de eutanasia propiamente dicha en este evento. Otros hablan de eutanasia pasiva{1048}. Aquí no es dable distinguir entre acción u omisión, sino en no suministrar el tratamiento terapéutico.

c. La situación de quien se encuentra inconsciente por daños cerebrales irreversibles pero mantiene espontáneamente las funciones cardiorrespiratorias y se le retiran los alimentos y las medicinas que lo mantienen o se procede a hacer cesar aquellas funciones.

La persona, en tal situación, dice la ciencia médica que tiene “un resto de vida prolongado mediante asistencia artificial”{1049}, en lo que tiene que ver con el suministro de la alimentación, medicinas y todas las demás necesidades básicas.

“Cuando la vida es una existencia casi vegetativa, sin poder ejercerla, y dependiendo exclusivamente de unas ayudas médicas que no pueden recuperar la salud, y que mantienen sin esperanza las constantes vitales, muchas veces a costa de sufrimientos increíbles en el paciente, y en su entorno familiar, puede sostenerse fundadamente que han desaparecido las razones de su protección, que han dejado en gran parte de tener sentido”. En los casos de enfermedades irreversibles surge “un derecho que arranca de la imposible recuperación de la dignidad de la vida”{1050}.

Se habla de un derecho a vivir que “no puede circunscribirse a la mera subsistencia, al simple hecho de vivir, sino a un modo de vivir humano”{1051}. Imponer una vida artificial es imponer una muerte indigna{1052}.

Se encuentran comprometidas la dignidad y la humanidad del paciente. La vida en tales condiciones se reduce a su componente meramente biológico, sin esperanzas fundadas de mejoría, por lo que allí juega un papel importante la autonomía de la persona frente a la degradación presentada.

Aquí, comoquiera que la persona se encuentra en estado de inconsciencia, sólo es posible proceder a practicar la eutanasia si existe voluntad del paciente expresada previamente o por autorización judicial vía tutela.

En cuanto a lo primero se tiene que el consentimiento previo para obtener una muerte digna es válido, pues por vía de analogía in bonam parte (inc. 3.° art.

° Ley 599 de 2000) debe admitirse que, si una persona puede en vida autorizar la futura extracción de sus órganos aún encontrándose con vida cardiorrespiratoria –aunque artificial–, incluso presumiéndose ello si no lo expresa de manera explícita (art. 2.° Ley 73 de 1988), ¿por qué razón existiendo las mismas razones de hecho no lo podría hacer para efectos de poner fin a su vida, si también, precisamente, a ello conlleva la extracción de órganos vitales?

La voluntad de donación expresada en vida recibe relevancia jurídica en el artículo 2.° del Decreto 1546 de 1998. Puede ser vertida por "consentimiento escrito" (art. 5.° ibíd.) efectuado "durante la vida misma pero para que tenga efectos después de su muerte" (lits. b y c art. 12 ibíd.), lo cual es válido para la "muerte encefálica", que es aquella que pone fin a la existencia de la persona (inc. 3.° art. 2.° ibíd.). Son requisitos para que la voluntad sea válida jurídicamente y por tanto acatada que la persona que la expresa sea para el momento mayor de edad y civilmente capaz, no presente alteración en sus facultades mentales que puedan afectar su decisión y sea formalizada por instrumento notarial, documento privado o carné único nacional de donación de componentes anatómicos (art. 16 ibíd.) revocable, en forma parcial o total, en cualquier tiempo (art. 17 ibíd.).

Se puede argumentar, muy a pesar de lo dicho, que tal procedimiento opera exclusivamente para efectos de donación y trasplante de órganos vitales, no para la eutanasia cuando la persona se encuentra inconsciente y con diagnóstico de muerte encefálica. Pues bien, si ello es así, basta, para conseguir el mismo efecto, que quienquiera que se le practique la eutanasia done previamente sus órganos.

No puede argumentarse el que la situación es diferente, pues en el caso regulado existe muerte cerebral acreditada y en el segundo no, habida cuenta que de todos modos ambos pacientes se encuentran en estado de inconsciencia, que es el que cualitativa y cuantitativamente reduce a la persona a su mínima expresión biológica, contándose con una mínima esperanza de vida que es contrarrestada como mero deseo por la voluntad previa de ponerle fin a tan degradante situación.

Ambos institutos, tanto la extracción de órganos humanos como la eutanasia, están fundados en la solidaridad social (arts. I.° y 95 num. 2 C. N.), luego entonces, resultan intercambiables las reglas que se le aplican al primero respecto del segundo, por analogía in bonam parte, como se señaló. Son tan parecidos los fenómenos que la doctrina, cuando se trata de la extracción de órganos para efectos de trasplantes, denomina al fenómeno como eutanasia solidaria{1053}.

Nos encontramos aquí frente a lo que se conoce como el "testamento vital"{1054}.

Por lo tanto, la conducta eutanásica puede consistir en no suministrar alimentos y medicinas que soportan la vida meramente biológica o dejar de hacerlo si se está haciendo (eutanasia pasiva). Pero también puede consistir en uno cualquiera de los métodos médicos reconocidos por la comunidad científica para ponerle fin a la vida biológica sin causar sufrimientos adicionales (eutanasia activa).

La Corte Constitucional ha dicho que "sólo el titular del derecho a la vida puede decidir hasta cuándo es ella deseable y compatible con la dignidad humana"; por tanto, "si los derechos no son absolutos, tampoco lo es el deber de garantizarlos"{1055}.

El mecanismo jurídico para actualizar la voluntad del paciente expresada en el testamento vital es el "consentimiento" (num. 2 art. 32 Ley 599 de 2000).

El consentimiento fue avalado por la Corte Constitucional como un mecanismo válido en estos eventos. El consentimiento contenido en un testamento vital emana del artículo 2.° de la Ley 73 de 1988.

El consentimiento tiene que ser expreso, claro y representar la genuina voluntad del paciente. No es admisible si se obtuvo por dolo, fuerza o engaño.

Si bien en principio no puede afirmarse tajantemente que la disponibilidad de la vida pueda ser ejecutada por un tercero, resulta evidente que en el caso presente ello es viable, pues la misma se ha reducido a su mínima expresión

y como tal ha decaído hasta límites que no permiten afirmar su disfrute con dignidad. Allí tenemos que respetar el más íntimo de los derechos, el que por excelencia hace que la persona se encuentre con ella misma, el cual nace de lo más profundo de sus entrañas y es la expresión más racional de su espíritu, en tanto ha emitido su consentimiento en pleno uso de sus facultades para lograr una muerte digna.

La conducta es atípica por cuanto el consentimiento opera como excluyente de tipicidad.

Aquí nos encontramos frente a una eutanasia pasiva (primer evento) y ante una activa (segundo evento). Sólo el médico a cargo del paciente puede llevar a cabo dichos actos.

Pero además, en otros eventos que representan casos extremos, cuando se haya descartado toda posibilidad y esperanza de aliviar o curar la enfermedad, el médico no tiene la obligación de usar los métodos y medicamentos a su disposición para mantener la vida (art. 13 Ley 23 de 1981), por tanto, el omitir hacerlo o no seguir haciéndolo es conducta amparada por el deber objetivo de cuidado y específicamente por la lex artis, de manera que si de allí se sigue la muerte la conducta es atípica (arts. 9.° inc. I.° segunda parte y 23 C. P.).

Obviamente en tal evento no se requiere del consentimiento del paciente.

d. La situación de quien se encuentra en fase terminal, padeciendo grave enfermedad con inmensos dolores, pero se encuentra consciente y se le administra, con su consentimiento o sin él pero tolerándolo, fuertes analgésicos que colateralmente pueden causarle la muerte, y así efectivamente sucede.

Allí el médico se encuentra en una colisión de deberes entre el mantenimiento de la vida y la mitigación del dolor, comparable, en principio, a un estado de necesidad justificante{1056}.

Cuando “el facultativo acepta un adelanto del momento de la muerte sólo como un riesgo no intencionado inherente a la mitigación del dolor se aboga casi generalmente por la

impunidad del médico", habida cuenta que el ámbito de prohibición del tipo de homicidio no incluye en su radio de acción "un acortamiento insignificante, inherente a la mitigación del dolor, de una vida que se extingue atormentada por los sufrimientos"{1057}. La doctrina allí no habla de terminación de la vida, sino de ineludible acortamiento de la vida{1058}.

Madrid-Malo ha dicho que el "derecho a morir con dignidad exige también que se administren al enfermo todas las drogas analgésicas y anestésicas necesarias para aliviar sus dolores, incluso aquellas cuyo efecto es la pérdida total de los sentidos. Aun existiendo inmediato peligro de muerte, el médico puede verse en el deber profesional de proporcionar al agonizante la narcosis completa que lo prive del conocimiento, a sabiendas de que con el empleo del narcótico se acortará indirectamente la vida"{1059}.

La conducta es atípica si como consecuencia de ella se produce el resultado, por cuanto el médico actuó dentro del riesgo permitido y conforme al deber objetivo de cuidado y a la lex artis (arts. 9.° inc. I.° y 23 C. P.).

Podría denominársele ortotanasia o eutanasia activa indirecta, según Muñoz Conde .

e. La situación de quien se encuentra padeciendo grave enfermedad e inmensos dolores pero se encuentra consciente y renuncia al tratamiento que lo lleva a la muerte.

El numeral 10 del artículo I .° de la Resolución 13437 del Ministerio de Salud de Colombia, del I.° de noviembre de 1991, o Decálogo de los Derechos del Paciente, dispone respecto de todo paciente "Su derecho a morir con dignidad y a que se le respete su voluntad de permitir que el proceso de la muerte siga su curso natural, en la fase terminal de su enfermedad". Por demás, de conformidad con la Ley 23 de 1981, sobre Etica Médica, la relación médico-paciente se funda en la voluntad y espontaneidad de las partes (num. I art. 5.°): el paciente se puede rehusar a cumplir las indicaciones médicas prescritas y el médico tiene que excusarse de la asistencia, salvo que se trate de una urgencia (lit. c art. 7.°), y, finalmente, el médico deberá obtener el consentimiento del paciente para aplicar

tratamientos médicos y quirúrgicos que estime indispensables y puedan afectarlo física y psíquicamente (art. 15).

Es evidente, tratar a un paciente en contra de su voluntad se convierte en un trato degradante (art. 12 C. N.), contrario a la autonomía individual (art. I ibíd.) y por lo mismo, ante tales condicionamientos constitucionales, el deber del médico cede y tiene que ajustarse a la petición: "no debería auxiliarse a nadie en contra de su voluntad"{1060}; en consecuencia, el deber del médico decae y su conducta omisiva o activa se encuentra dentro del marco de lo atípico, toda vez que deja que "la naturaleza siga su curso"{1061}, pues a la luz del libre desarrollo de la personalidad "la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer el calificativo de bien jurídico protegido"{1062}.

En fin, lo que "debe prevalecer en cualquier legislación de una sociedad liberal es el derecho autónomo del paciente a controlar el fin de su vida "{1063}. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al estimar que la decisión de una persona de someterse o no a un tratamiento médico y a las modalidades del mismo es un asunto que le concierne exclusivamente, hace parte del derecho de autodeterminación y evidentemente del libre desarrollo de la personalidad{1064}.

Por ello el médico no puede llevar a cabo labores terapéuticas en contra de la voluntad del paciente y, en consecuencia, su conducta no es típica por cuanto procede conforme a la lex artis. Por demás, entrarían en colisión los deberes de atención del médico y el deber de éste de respetar la voluntad del paciente, colisión que se debe resolver por la vía de la tipicidad como causal supralegal de su exclusión (inc. 3.° art. 6.° Ley 599 de 2000), dándole prevalencia al último de los deberes mencionados, lo cual hace que decaigan los deberes de salvamento.

Nos encontramos frente a una modalidad de eutanasia pasiva. También llamada ortotanasia.

f. La situación de quien se encuentra padeciendo grave enfermedad e intensos dolores, inmerso en el proceso ineludible de la muerte, pero se encuentra consciente.

Médicamente se produce la cesación de las funciones cardiorrespiratorias o se ayuda al paciente para que él lo haga.

La Corte Constitucional ha tratado específicamente el primer punto, señalando que el "deber del Estado de proteger la vida debe ser entonces compatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad", considerando que, "frente a los enfermos terminales que experimentan intensos sufrimientos, este deber estatal cede frente al consentimiento informado del paciente que desea morir en forma digna". "El derecho fundamental a vivir en forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente, pues condenar a una persona a prolongar por un tiempo escaso su existencia, cuando no lo desea y padece profundas aflicciones, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, prohibido por la Carta (art. 12), sino a una anulación de su dignidad y de su autonomía como sujeto moral. La persona quedaría reducida a un instrumento para la preservación de la vida como valor abstracto". El médico que así procede lo hace dentro del marco de la juridicidad porque actúa solidariamente{1065}.

Tanto la doctrina{1066} como la jurisprudencia{1067} han coincidido en que la solidaridad social juega un papel importante en la configuración de este instituto. En efecto, acciones humanitarias en el marco del numeral 2 del artículo 95 de la C. N. no sólo son aquellas que tiendan al salvamento de la vida e integridad personal, sino también las que impliquen mejoría o alivio a enfermedades y a graves sufrimientos; incluso, por virtud del concepto de "piedad", las que por tales razones pongan fin a la vida con el objeto de enervar aquellos{1068}.

La Corte Constitucional ha precisado que el sujeto activo sólo puede ser un médico. La doctrina es más amplia, puesto que habla de personal sanitario competente{1069}.

La voluntad del sujeto pasivo tiene que ser expresada varias veces mediando términos razonables, con previa intervención judicial que asegure la autenticidad del consentimiento, y la integración con un grupo de apoyo que le explique suficientemente su situación y le plantee alternativas{1070}.

El mecanismo jurídico para realizar la voluntad del paciente expresada de manera actual y directa es el "consentimiento" (num. 2 art. 32 Ley 599 de 2000).

El consentimiento fue avalado por la Corte Constitucional como un mecanismo válido en estos eventos. Significa lo anterior que en estos concretos casos existe cierta disponibilidad de la vida, o como dice Quintero Olivares, la "vida no deseada por su titular se configura como bien jurídico protegido y, por tanto, se relativiza considerablemente el valor del derecho a la disponibilidad de la propia vida"{1071}.

El consentimiento tiene que ser expreso, claro y representar la genuina voluntad del paciente. No es admisible si se obtuvo por dolo, fuerza o engaño.

Como ya se anotó, si bien en principio no puede afirmarse tajantemente que la disponibilidad de la vida pueda ser ejecutada por un tercero, resulta evidente que en el caso presente ello es viable, pues la misma se ha reducido a su mínima expresión y como tal ha decaído hasta límites que no permiten afirmar su disfrute con dignidad. Allí tenemos que respetar el más íntimo de los derechos, el que por excelencia hace que la persona se encuentre con ella misma, el cual nace de lo más profundo de sus entrañas y es la expresión más racional de su espíritu, en tanto ha emitido su consentimiento en pleno uso de sus facultades para lograr una muerte digna.

La conducta es atípica{1072}. por cuanto el consentimiento opera como excluyente de tipicidad.

Todo lo anterior es válido también cuando se trata de ayuda o colaboración prestada al paciente para que el mismo prescinda de la vida (art. 107 C. P.), pues aquí cabe un argumento a fortiori, toda vez que donde se permite lo más se permite lo menos.

El primer caso es de eutanasia activa. El segundo una ayuda al suicidio o eutanasia coadyuvante, podría denominarse.

H. INDUCCION O AYUDA AL SUICIDIO

El tipo penal del artículo 107 del C. P. dice: “El que eficazmente induzca a otro al suicidio, o le preste ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años”.

Es un tipo penal básico en tanto se aplica sin referencia a otro u otros por tener en su seno todos los elementos que configuran la prohibición.

Comparte con el homicidio los sujetos, los objetos material y jurídico, la autoría, coautoría, la determinación y la complicidad.

De todos modos el sujeto pasivo tiene que estar en su plenitud de facultades, puesto que, si es un menor, un incapaz o resulta violentado, engañado o dolosamente inducido habrá homicidio por autoría mediata{1073}.

Los verbos rectores son inducir y prestar ayuda.

Lo anterior genera un tipo penal complejo de carácter alternativo.

La conducta de inducir es cerrada, puede realizarse el tipo por cualquier forma de comportamiento inductor, siempre y cuando tenga la calidad de eficaz, esto es, “que tenga la virtud de lograr hacer efectivo el intento o propósito que persigue el agente”{1074}. Lo mismo puede decirse de la conducta de prestar ayuda, siempre y cuando sea efectiva, esto es, tenga la aptitud de servirse de ella el suicida para obtener la muerte.

De manera tal que se encuentran condicionadas modalmente; empero, ello apunta más a un condicionamiento de la antijuridicidad material que perfila al tipo penal como de peligro efectivo.

No se requiere, para la consumación del delito, la muerte del suicida{1075}. Si ella se presenta el juicio de antijuridicidad material será mayor.

Ciertamente que la eficacia de la inducción y la prestación de ayuda efectiva quedan fehacientemente demostradas con el suicidio: es la mejor prueba del cumplimiento de las condiciones modales exigidas por el tipo; no obstante, la muerte de la persona no hace parte de la descripción típica{1076}.

La consumación del tipo se presenta cuando el efecto psicológico de la acción de inducir se ha producido, esto es, cuando se ha creado en la mente del sujeto la idea de suicidarse y se ha tomado la decisión en tal sentido; o cuando, en el otro evento, se ha suministrado, luego de nacer la idea de suicidarse, la ayuda efectiva para materializarse. Como “la resolución es eminentemente psíquica”, Pacheco Osorio ha dicho que “el momento consumativo de la infracción coincide con los primeros actos de ejecución del suicidio, pues desde entonces se completan todos sus elementos estructurales”{1077}.

La ayuda al suicidio es la tipificación de un acto de complicidad, sólo que, por no ser antijurídica la acción de suicidarse, ya la antijuridicidad del acto no es de naturaleza accesoria sino principal.

La ayuda efectiva puede ser de carácter material o psicológico. Respecto de la última por cuanto si existen acciones morales de matar y complicidad moral en el homicidio nada obsta, en consecuencia, para que también se presenten en la ayuda al suicidio. De hecho, la acción de inducción es también psicológica.

Como el tipo penal es de peligro efectivo, es obvio que cabe la tentativa{1078}, la cual se presentará ya cuando comience a tener efecto el trabajo psicológico que lleva a la resolución de suicidarse o hasta antes de que se materialice la ayuda, pero ya cuando ella se encuentra en camino. De todos modos, cuando nos encontramos frente a la consumación existe una plena afectación del bien jurídico autonomía individual, razón por la cual ya para tal momento no se requiere la muerte de la persona.

Se tiene un tipo privilegiado, contenido en el inciso 2.° del artículo 107 del C. P., cuando, como ingrediente subjetivo, la inducción o ayuda tiene como fin “poner fin a intensos

sufrimientos” provenientes de los mismos padecimientos exigidos por el tipo principal.

Todo aquel que participe en un acto de eutanasia conforme a las exigencias precisadas en el aparte correspondiente obra jurídicamente, ya sea como determinador o cómplice, pues en nuestro ordenamiento penal rige el principio de la accesoriedad limitada.

Cuando no se den los requisitos para eximir de responsabilidad en materia de eutanasia entran en juego los tipos penales aquí estudiados, por ejemplo, cuando aquélla no se lleve a cabo por médicos o personal sanitario.

I. MUERTE DE HIJO FRUTO DE ACCESO CARNAL VIOLENTO,

ABUSIVO, O DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL O TRANSFERENCIA

DE ÓVULO FECUNDADO NO CONSENTIDAS

Lo contempla el artículo 108, cuya descripción típica dice: “La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho (8) días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años”.

Comparte con el homicidio simple, como tipo básico, los objetos material y jurídico, la participación, la tentativa, la acción y el resultado. En consecuencia, es un tipo especial privilegiado.

El sujeto activo es una madre vinculada como tal con el sujeto pasivo, de manera que está determinado por un factor natural. El sujeto pasivo es su hijo fruto del acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, o abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado

no consentidas; igualmente determinado, pero por factores socioculturales negativos.

La conducta es cerrada en tanto está condicionada por una circunstancia temporal, esto es, que el lapso dentro del cual debe desarrollarse la acción típica –aun cuando el resultado puede estar por fuera– es el comprendido entre el nacimiento –desde el comienzo, como se ha precisado– hasta los ocho días siguientes.

La antijuridicidad material viene dada por la puesta en peligro (tentativa) o por la lesión (consumación) del bien jurídico tutelado.

Los partícipes, determinador y cómplice, deben conocer las circunstancias en que actúa la madre, puesto que, si el conocimiento sobre la situación del origen del embarazo no se les transmite, responderán por homicidio agravado (art. 62 C. P.).

Si la madre yerra sobre los días siguientes al nacimiento, por ejemplo, realiza la acción de matar al noveno día creyendo que es el octavo, objetivamente incurre en el delito de homicidio agravado; empero, se le aplicará para efectos punitivos la pena del tipo que estudiamos (inc. 2.° num. 10 art. 32 C. P.).

Tal conducta es evidentemente repudiable, y prueba de ello es que los códigos penales modernos tienden a eliminarla. En nuestro país pervive como consecuencia del manejo mezquino que sufre el aborto cuando tiene ocurrencia el embarazo por tales procedimientos.

Si se regularan dichos casos como “indicaciones” para abortar tal conducta punible debería ser suprimida. Es un buen ejemplo de cómo la ilicitud del aborto genera más ilicitud y compromiso de otros bienes jurídicos.

J. LESIONES PERSONALES

I . BIEN JURIDICO

En la Constitución no existe, según se dijo, una referencia expresa a la integridad personal. No obstante, esa omisión se supera por dos mecanismos. Por una parte, acudiendo al bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 superior pues, como se indicó, el Estado colombiano ha suscrito varios instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran derechos fundamentales, que prohíben su limitación en los estados de excepción y que prevén expresamente la integridad personal como un derecho fundamental. Tal es el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo con ello, ese derecho se entiende incorporado a nuestro ordenamiento jurídico. Por otra parte, si se articulan los fundamentos, fines y funciones del Estado colombiano con el reconocimiento de la salud como derecho fundamental y con el régimen de responsabilidades concebido para su protección, se infiere también la consagración del derecho a la salud como ámbito constitucional de validez de la integridad personal.

De este modo, desde el momento en que el constituyente asumió que el respeto de la dignidad del ser humano era uno de los fundamentos del Estado, suministró un criterio para la protección de su integridad personal, pues es inconcebible la concepción de la persona humana sin referencia a su sustrato material. De igual manera, se suministra un claro fundamento para ello cuando se anuncia que la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución es un fin esencial del Estado y que las autoridades de la República están instituidas para proteger en sus derechos a todas las personas residentes en Colombia.

Pero aparte de esas generales referencias a los fundamentos, fines y funciones del Estado, también concurren múltiples disposiciones que permiten advertir la especial importancia que el constituyente le ha dado a la integridad personal del ser humano, esto es, a su salud como elemento que confluye a su realización como un ser digno. En ese sentido, cuando tiene en cuenta a los sujetos de especial protección consagra la salud como un derecho

fundamental de los niños (art. 44); dispone la atención gratuita de todos los niños menores de un año en las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (art. 50) y les garantiza a los minusválidos, por parte del Estado, un trabajo acorde con sus condiciones de salud (art. 54).

Por otra parte, la Constitución radica específicas responsabilidades para la materialización del derecho a la salud. Así, dispone que la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado (art. 49); señala que es deber del Estado promover el acceso progresivo de los trabajadores agrarios al servicio de salud (art. 64); ordena que la regulación de la salud es una función de las asambleas departamentales en concurrencia con los municipios (art. 300); señala que son de destinación exclusiva a los servicios de salud las rentas obtenidas con los monopolios de suerte y azar (art. 336); refiere expresamente la salud cuando regula el Sistema General de Participaciones de las entidades territoriales en los ingresos de la Nación (art. 356), y dispone que la solución de las necesidades insatisfechas de salud es un objetivo fundamental de la actividad estatal (art. 366).

Con todo, el constituyente no se limita a radicar sólo en el Estado las responsabilidades por la materialización del derecho a la salud. Por el contrario, compromete en ellas a toda persona señalando que cada uno tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad (art. 49), y afirma la responsabilidad, de acuerdo con la ley, de quienes en la producción y comercialización de bienes y servicios atenten contra la salud de consumidores y usuarios (art. 78). Luego, a todos les asiste el deber de respetar el derecho de los demás a la integridad personal.

De todo ello se infiere que la Constitución tampoco es neutra ante el derecho a la salud pues lo liga a los fundamentos estatales, lo reconoce como un derecho fundamental, lo reafirma como tal en relación con los sujetos de especial protección y, para su materialización, radica responsabilidades en el Estado, en la comunidad y en la persona. Ello es relevante pues no puede perderse de vista que la salud es un estado funcional imprescindible para la convivencia, que en razón de ello ha sido recogida por el constituyente para imprimirle el carácter de derecho

fundamental y que como tal está llamado a ser el ámbito constitucional de validez del bien jurídico integridad personal{1079}. Si ello es así, concurre un claro fundamento constitucional que afirma la legitimidad de la penalización de las lesiones personales como espacio de protección del bien jurídico integridad personal y del derecho a la salud que inescindiblemente involucra.

En ese marco, la doctrina discute acerca de si el bien jurídico tutelado en las lesiones es la integridad personal o la integridad corporal o la salud{1080}. Se afirma que la integridad personal no es el bien jurídico protegido pues abarca muchas facetas de la persona humana cuya protección no hace parte del ámbito de protección de la norma{1081}. Por tanto, el bien jurídico debe circunscribirse a la integridad corporal, esto es, a la estructura física y orgánica de la persona humana. No obstante, ya que este concepto remite a la sustancia corporal y, en consecuencia, pueden valorarse como lesiones disminuciones de esa sustancia irrelevantes para la salud, o advertirse dificultades para concebir como lesiones ciertas enfermedades físicas o psíquicas, se procura superar tal inconsistencia con la referencia a la salud del ser humano como bien jurídico protegido, pues ella comprende tanto la integridad física como psíquica{1082}. Por lo tanto, les asiste la razón a Berdugo y a Pérez cuando, respectivamente, afirman que el bien jurídico tutelado es la salud{1083} y que una lesión es un daño a la integridad psicofísica de otro{1084}. En ese marco, la salud como bien jurídico tutelado por las lesiones personales suministra un claro punto de partida para considerar atípicos comportamientos que de otra manera serían típicos pero justificados{1085}.

Con todo, la salud personal no es el único bien jurídico protegido por las lesiones. Este, al igual que el homicidio, es también un delito pluriofensivo en cuanto afecta también la capacidad de autodeterminación. En efecto, si el sistema de imputación debe construirse sobre la dignidad humana y, en consecuencia, sobre la concepción del hombre como un ser racional, libre y responsable, es prioritario el reconocimiento de su capacidad de autodeterminación, de disposición sobre derechos individuales.

Por ello, la lectura del artículo 49 de la Constitución, que impone el deber de cuidar la propia salud, no debe hacerse de tal manera que permita la imputación penal de las autolesiones o de la tentativa de suicidio. Ello es así porque, si ya es discutible que la infracción de un deber para consigo mismo sea susceptible de producir efectos jurídicos, éstos no pueden ser penales pues la tipificación de conductas punibles debe emprenderse sin desconocer los fundamentos constitucionales de la imputación penal contenidos en el artículo 16 superior.

Por lo tanto, ya que la Carta Política debe interpretarse como un conjunto sistemático de principios y no como un compendio de disposiciones aisladas, pese a la consagración del deber de cuidar la propia salud, no hay fundamentos para reprimir a quien dispone de su salud personal lesionándose a sí mismo{1086}.

Por otra parte, la concepción del delito de lesiones como un delito pluriofensivo que vulnera tanto la salud como la autodeterminación del sujeto también permite superar sin traumatismos los problemas derivados del consentimiento de la víctima. En efecto, ésta es una institución que se explica a partir del fundamento de la imputación penal en el Estado constitucional.

De ese modo, si el fundamento del Estado y del sistema de imputación penal es la dignidad del ser humano, si tal dignidad se dinamiza a través del libre desarrollo de la personalidad, si ésta no tiene más límites que los derechos de los demás y el orden jurídico, si tales derechos están desprovistos del carácter de absolutos y si tratándose de derechos individuales les es inherente el carácter de disponibles, es evidente que el derecho penal no puede pretender proteger un derecho como la salud personal cuando su vulneración se ha consentido.

Por lo tanto, el ámbito de prohibición del tipo de lesiones personales no cobija las lesiones consentidas pues reprimir tal comportamiento es rezago de un sistema autoritario que no se compagina con la concepción que en el constitucionalismo se tiene de la persona humana. De acuerdo con ello, como el fin de la protección de la norma implícita en el tipo de lesiones no es obligar al sujeto a no disponer de un derecho disponible, los supuestos de

lesiones consentidas no se adecuan al tipo y son penalmente irrelevantes{1087}.

Entonces, adviértase cómo a partir de la disponibilidad del derecho a la integridad personal se explican coherentemente los supuestos de autolesiones y de lesiones consentidas{1088}. En las primeras el sujeto dispone del derecho y él mismo se inflige la lesión. En las segundas el sujeto también dispone del derecho pero la causación de la lesión corre por cuenta de un tercero{1089}.

A diferencia de lo que ocurre en el homicidio consentido –en el que hay lugar a la graduación de la pena para que sea proporcional a la vulneración del derecho a la vida y a la intangibilidad de la autodeterminación del sujeto–, en las lesiones consentidas, dada la menor entidad de la integridad personal en relación con la vida y la indemnidad del derecho a la autodeterminación, no se atenúa sino que se prescinde de la pena.

2 . TIPO OBJETIVO

La descripción típica, contenida en el artículo 111 del C. P. dice: “El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes”.

Partiendo de que el tipo penal comprende el supuesto de hecho o precepto y la sanción, se afirma que éste es un tipo preceptivo pues describe genéricamente la conducta pero no señala ni el resultado ni la pena imponible.

Como lo expone Gómez Méndez , “El tipo de lesiones es abierto, de lesión y de resultado. Es abierto por cuanto el evento puede producirse por acción u omisión, sin que sea precisa la existencia de circunstancias de tiempo, modo y lugar. Es de lesión, por cuanto el bien jurídico protegido resulta realmente afectado con la conducta del sujeto agente. Y es de resultado, por cuanto para la consumación del delito se requiere que se produzca una transformación

del mundo externo: daño en el cuerpo o en la salud del sujeto pasivo”{1090}.

a. SUJETOS

El sujeto activo es una persona humana indeterminada. Se trata de un tipo monosubjetivo. Proceden las distintas formas de coparticipación.

El sujeto pasivo es también una persona indeterminada. Dada la irrelevancia penal de las autolesiones, debe reiterarse que el sujeto pasivo debe ser “otro”.

b. OBJETOS

El objeto material de las lesiones es de carácter personal. Se trata de la estructura psicosomática del ser humano.

El objeto jurídico es la integridad corporal de quien tiene vida independiente.

c. CONDUCTA Y RESULTADO

Las lesiones constituyen el daño a la integridad psicofísica de otro. Ese daño puede recaer sobre la integridad anatómica, esto es, puede consistir en la alteración de la estructura interna o externa del organismo de la víctima. Pero también el daño puede recaer sobre su integridad fisiológica, es decir, puede alterar el equilibrio funcional de su organismo.

Las lesiones pueden ser simples o complejas.

Lesiones simples son las que se presentan cuando el daño consiste en incapacidad para trabajar o enfermedad (art. 112). La expresión “incapacidad para trabajar” no tiene un alcance naturalístico sino normativo pues de lo contrario el término de incapacidad dependería de la ocupación de la víctima y, además, sería impune lesionar a una persona que no trabaja, ya sea por propia voluntad o por fuerza de las circunstancias. De acuerdo con ello, por incapacidad se entiende “el tiempo expresado en días que gastan los tejidos lesionados para volver a su estado de integridad previo, o mejor, para lograr su reparación biológica primaria”. Incapacidad provisional es aquella que fija el médico forense “cuando aún está en evolución la reparación biológica primaria”, y definitiva es aquella que fija el médico forense “cuando las lesiones terminaron su reparación biológica primaria y cesó el proceso macroscópico de cicatrización”{1091}.

El contenido de injusticia de este tipo de lesiones se determina por el término de la incapacidad. Por ello, la ley incrementa la pena según que ella no pase de 30 días, sea superior a 30 días sin exceder de 90, o pase de 90 días{1092}.

Lesiones complejas son aquellas que, además de causar incapacidad para trabajar o enfermedad, dejan secuelas, esto es, alteraciones en la forma o en la función de un órgano o miembro que persisten tras el vencimiento de la incapacidad médico-legal. Pueden consistir en deformidad física, perturbación funcional o psíquica, pérdida funcional o anatómica y aborto o parto prematuro. Por ello Mora Izquierdo afirma que las secuelas pueden ser estéticas, funcionales, carenciales y obstétricas.

Deformidad física (art. 113) es cualquier efecto importante que altera externamente y de manera ostensible la forma, la simetría o la estética corporal en reposo o en movimiento. Un sector de la doctrina, tanto nacional como extranjera, supeditaba la existencia de una deformidad al sexo del ofendido pues de él dependía la vestimenta utilizada y, en consecuencia, la visibilidad o no de una secuela. Este criterio hoy está superado en el entendido que el diagnóstico forense de la secuela no puede variar con la moda. Por otra parte, debe tratarse de un efecto notorio a simple vista, que modifique la configuración externa del

cuerpo, que tenga una connotación importante y que afecte la forma del cuerpo o su belleza y armonía. La deformidad es permanente si una vez causada no desaparece durante la vida del ofendido y es transitoria si, luego de causada, desapareció, bien sea por el solo transcurso del tiempo o por intervención médica. Finalmente, si la deformidad afecta el rostro, la pena se aumenta hasta en una tercera parte.

Perturbación funcional (art. 114) es cualquier alteración orgánica producida como consecuencia de una lesión personal que signifique una disminución o desmejora de las condiciones funcionales, fisiológicas u homeostáticas del individuo, sin que se pierda o anule la función. Puede afectar un órgano, entendido como el conjunto de tejidos y componentes anatómicos que tienen una función definida, o un miembro, tomando por tal una cualquiera de las cuatro extremidades o el miembro viril{1093}. Es permanente si afecta al individuo de tal manera que éste nunca más puede recuperar la totalidad de la función que tenía antes de la lesión; o transitoria si luego de causada desapareció, ya sea por el solo paso del tiempo o por intervención médica efectivamente realizada.

Perturbación psíquica (art. 115) es cualquier alteración que signifique desmejoría de la salud mental que tenía el individuo antes de la lesión. Es permanente si una vez causada no desaparece jamás, o transitoria si luego de causada desaparece por el sólo transcurso del tiempo o gracias a la intervención médica{1094}.

Pérdida anatómica de un órgano o miembro es la extracción del órgano, par o impar, o la amputación del miembro a nivel de su articulación con el cuerpo humano o a nivel del tercio proximal del mismo; y pérdida funcional es la supresión completa de la función de un órgano o miembro con la conservación de la estructura anatómica del mismo (art.116).

El artículo 118 consagra el delito de parto o aborto preterintencional. De acuerdo con él, si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles se aumentan de una tercera parte a la mitad. Para que sea

posible la imputación de esta conducta se debe demostrar el estado de embarazo de la mujer, el aborto o el parto prematuro, la existencia de la lesión personal y la relación de causalidad entre la lesión inferida y el parto prematuro o el aborto. Además, en el caso del parto prematuro debe acreditarse la producción de consecuencias nocivas para la salud de la madre o del feto.

Anteriormente ese delito se tipificaba como lesiones seguidas de parto prematuro o aborto. Hoy se tipifica como parto o aborto preterintencional. Es decir, el cambio radica en que una conducta punible que anteriormente constituía un delito de lesiones agravado por el resultado hoy constituye un delito preterintencional.

Como se sabe, hasta ahora un importante sector de la doctrina ha indicado que en el delito preterintencional la acción y el resultado sobreviniente recaen sobre distintos bienes jurídicos de un mismo titular, y que esa exigencia sólo se satisface en el caso del homicidio preterintencional. Por ello, el parto prematuro o el aborto que sobreviene a las lesiones sería el resultado que califica esa conducta y no generaría un delito preterintencional pues, en tanto que la acción se dirige contra la integridad personal de la madre, el resultado finalmente producido afecta al producto de la concepción.

Con todo, como se expuso en precedencia, en la Ley 599 de 2000 se sientan las bases para la reformulación de los delitos preterintencionales, y entre ellas se supera la exigencia de unidad de objeto material y se supera el nomen iuris como parámetro de definición para, en su lugar, valorar el contenido material del tipo subjetivo. De acuerdo con ello, ese comportamiento constituye hoy un delito preterintencional de parto prematuro o aborto.

Ese proceder del legislador, que ha generado equívocos en la jurisprudencia constitucional{1095}, es comprensible pues hasta ahora los delitos preterintencionales se habían tipificado teniendo en cuenta el bien jurídico afectado por el resultado finalmente producido y no considerando el bien jurídico contra el que se dirige la intención del autor o partícipe. Por ello, la conducta de quien dirige su acción contra el bien jurídico integridad personal pero termina lesionando el bien jurídico vida ha sido tipificada teniendo

en cuenta el bien jurídico afectado por el resultado finalmente producido. Esto es, quien incurre en ese comportamiento comete el delito de homicidio preterintencional y no unas lesiones personales agravadas por el resultado.

Por lo tanto, podría argumentarse que, siguiendo esa tradición y siendo coherentes con la naturaleza preterintencional que se le imprimió al parto o aborto producido en razón de las lesiones inferidas, la conducta debió ubicarse en el capítulo correspondiente al aborto y no en el de lesiones personales. No obstante, ello se explica por la nueva dimensión que se les reconoce a los delitos preterintencionales. Por otra parte, de haberse seguido esa técnica legislativa se hubiesen generado efectos político-criminales insatisfactorios ante la necesidad de atenuar la pena para el aborto preterintencional en relación con la pena fijada para el aborto intencional.

En efecto, no puede desconocerse que varias hipótesis de lesiones personales calificadas, dada la mayor importancia que tiene el bien jurídico integridad personal, tienen una pena mucho más grave que el aborto, y por lo tanto carece de sentido que al responsable de ellas, que además produjo un parto prematuro o aborto, se lo premie atenuándole la pena que corresponde a éste, y no agravando la que corresponde a aquellas. Mucho más si, de acuerdo con el artículo 43 de la C. N., la mujer durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado. Por ese motivo, no obstante la valoración de las lesiones seguidas de parto prematuro o aborto como delito preterintencional, lo procedente era agravar la pena correspondiente para el delito de lesiones y no atenuar la fijada para el aborto pues de ese modo se mantiene la relación de equilibrio que, en virtud del principio de proporcionalidad, debe existir entre el contenido de lesividad del delito y la aflicción implícita en la pena.

d. TENTATIVA

Este es uno de los puntos más debatidos en el ámbito de las lesiones personales. A diferencia de otras legislaciones{1096}, en nuestro país no hay una referencia expresa en el Código Penal a la tentativa de lesiones, como no la hay específicamente en relación con ningún delito. Con todo, pese a que no hay motivos para impedir la aplicación de ese mecanismo amplificador del tipo al delito de lesiones, la doctrina se halla dividida. Así, para MesaVelásquez{1097}, Gutiérrez Anzola {1098} y Pérez {1099} la tentativa de lesiones es inconcebible. En cambio, para Pacheco Osorio {1100} y Gómez Méndez {1101} ella es punible.

Quizá la polémica es injustificada pues, como pasa a indicarse, nada se opone a la imputación de tentativa de lesiones.

En primer lugar, el delito de lesiones es de resultado material y por lo tanto admite tentativa, como todos los delitos de resultado. Ello es así porque en la tentativa de lesiones concurren todos los presupuestos de la tentativa: propósito de cometer lesiones, principio de ejecución, idoneidad e inequivocidad de la conducta, y no producción del resultado por circunstancias ajenas a la voluntad del actor.

En segundo lugar, no existe en la legislación penal una disposición que prohíba la aplicación de ese mecanismo de amplificación del tipo a las lesiones personales. Siendo así, la imputación de la tentativa de lesiones es legítima frente a nuestra legislación penal, mucho más si se tiene en cuenta que en la legislación comparada no sólo se la admite expresamente sino que se ha llegado al punto de penalizar los actos preparatorios de las lesiones ante la importancia que se le reconoce al bien jurídico protegido (por ejemplo, art. 151 C. P. español).

En tercer lugar, ya que de la esencia de la tentativa es que no se presente ninguno de los resultados previstos en el capítulo que define las lesiones, no puede argumentarse que el desconocimiento del resultado impide la imputación de un tipo específico de lesiones y, en consecuencia, hace imposible la determinación de la pena.

Y, en cuarto lugar, si bien el desconocimiento del resultado impide determinar el tipo con base en el cual se ha de determinar la pena, es claro que las dificultades no son de legitimidad de la imputación sino probatorias. Pero ello tiene solución: debe hacerse todo lo posible para aportar prueba que permita determinar el alcance de las lesiones que el autor quería inferir. Así, si se esgrime un arma cortopunzante en circunstancias tales que, de no ser por la interferencia de un tercero, al sujeto pasivo se le hubiese amputado una mano, y se acredita ese hecho, hay fundamento jurídico y probatorio para imputar esa lesión calificada. Pero aun si las dificultades probatorias no se superan la imputación debe ser por lesiones simples leves, pues se trata de una duda en la determinación de la pena que debe resolverse aplicando la pena correspondiente al delito de menor gravedad{1102}.

3. TIPO SUBJETIVO

El tipo es de comisión dolosa y puede cometerse por dolo directo o por dolo eventual. Igualmente, admite modalidad culposa. Esta es especialmente relevante en materia de tráfico automotor y en la práctica médica.

Es posible el tipo preterintencional de lesiones. Este se presenta en aquellos casos en que es uno el daño a la salud pretendido por el actor y otro de mayor gravedad el resultado producido. Un ejemplo citado por Quintano Ripollés y juzgado por el Tribunal Supremo español en sentencia del 29 de mayo de 1959 es el del actor que mediante una pedrada generó una imprevisible incapacidad de afasia{1103}.

Gómez Méndez rechaza la modalidad preterintencional de lesiones{1104} por dos razones: “ I. Porque el tipo no consiste en causar un determinado resultado, sino en producir un daño en el cuerpo o en la salud del sujeto pasivo [...] 2. Por expresa disposición legal, ya que el artículo 39 del Código Penal –anterior– establece: ‘la conducta preterintencional o culposa sólo es punible en los casos expresamente determinados en la ley’ y no existe el

estatuto el ‘tipo preterintencional de lesiones’, como en el caso del homicidio”{1105}.

El primer argumento es artificioso porque el resultado en las lesiones consiste precisamente en causar un daño en la salud de otro. Si no fuera así, las lesiones constituirían un delito formal y no de resultado. Y esa circunstancia no cambia por el hecho de que para determinar el alcance de la prohibición haya necesidad de integrar dos o más normas penales. El segundo argumento tampoco tiene fundamento si se considera que hoy la condición del tipo preterintencional no está determinada por el nomen iuris del tipo sino por el contenido material de su contenido subjetivo.

Fenomenológicamente se impone aceptar que bien puede ocurrir que el actor pretenda la causación de unas lesiones y que por falta de previsión produzca unas de mayor gravedad. Si ello es así, la solución dogmática es bastante clara. Debe imputarse un concurso ideal entre las lesiones dolosas pretendidas y aquellas imprudentemente causadas. Es decir, los resultados lesivos más graves causados imprudentemente, pudieran tratarse por la vía del concurso ideal entre lo querido o aceptado si se actuó con dolo eventual, y las lesiones realmente causadas por falta de previsión”{1106}.

Con todo, teniendo en cuenta que la Ley 599 de 2000 suministra fundamentos para la reformulación de los tipos preterintencionales, en las condiciones que se han indicado, cabría la imputación de lesiones preterintencionales, aplicando por analogía in bonam partem el artículo 105 del C. P. pues de este modo, ya que al segundo resultado producido se le debe hacer la disminución allí consagrada, la respuesta punitiva es menor a la que procede para el concurso de lesiones dolosas e imprudentes.

Esta alternativa es coherente con el carácter que hoy se le reconoce al tipo preterintencional y con la historia legislativa de nuestro país: recuérdese que la Ley 228 de 1995 tipificó la contravención especial de lesiones preterintencionales simples, de donde se infiere que con mayor razón procede la imputación de ese tipo penal cuando el resultado producido constituye no unas lesiones simples sino unas lesiones complejas.

4 . UNIDAD PUNITIVA

El artículo 117 consagra la unidad punitiva para el caso en que se produzcan varios de los resultados previstos en los artículos anteriores y por ello dispone que sólo se aplique la pena correspondiente a las lesiones de mayor gravedad. Esta disposición es relevante cuando se trata de lesiones complejas pues ellas pueden concurrir entre sí o con lesiones simples. La norma apunta a que se evite un rigor punitivo extremo; de allí por qué dispone que se aplique sólo la pena correspondiente a la lesión más grave{1107}.

Con todo, caben cuestionamientos desde el principio de proporcionalidad pues en esos casos no existe correspondencia entre el daño producido por el actor y la pena. Ello explica que la unidad punitiva en materia de lesiones sea extraña a otros ordenamientos, como el español, en los que ante la concurrencia de varios daños a la salud se acude a las reglas del concurso de conductas punibles.

5. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

El artículo 119 hace extensivas a las lesiones personales dolosas las circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 104 para el delito de homicidio, y el artículo 121 hace extensiva a las lesiones personales culposas las circunstancias de agravación punitiva previstas en el artículo 110 para el homicidio culposo.

K. ABANDONO DE MENORES Y PERSONAS DESVALIDAS

´

I. BIEN JURIDICO

Durante mucho tiempo se creyó que el fundamento de la protección que se debía brindar a las personas que se encontraban en condición de debilidad era la compasión humana. Es decir, el deber de protección que se tenía con personas como los menores de edad y las personas desvalidas hallaba sus raíces en sentimientos de filantropía y conmiseración, y en manera alguna era el resultado de una concepción del poder político. Esa era una situación que se explicaba muy bien en un contexto en el que los derechos se asumían como ámbitos de no interferencia estatal y no como facultades intrínsecas al ser humano, históricamente consolidadas, jurídicamente reconocidas, oponibles y que podían comprender prestaciones a cargo del Estado.

Hoy las cosas son diferentes pues en el constitucionalismo la libertad, la igualdad y la solidaridad son supuestos necesarios para la realización del Estado como Estado de justicia. La libertad remite a una cláusula general que permite el libre desarrollo de la personalidad en todo aquello que no atente contra los derechos de los demás y el orden jurídico. No se trata de un derecho absoluto sino de una facultad que debe concebirse y ejercerse en la interacción del mundo de hoy, esto es, guardando una relación de equilibrio entre la personalidad que a través de ella se pretende afirmar y los espacios de realización personal que son inherentes a los demás{1108}. La igualdad remite a una cláusula de no discriminación, de no diferenciación injustificada, que comprende el mandato de un tratamiento igual si no existen razones suficientes para permitir un tratamiento desigual y un mandato de tratamiento desigual si no existen razones suficientes para permitir un tratamiento igual{1109}. Y la solidaridad es un deber jurídico que constituye una pauta de comportamiento de acuerdo con la cual las personas deben responder con acciones humanitarias ante aquellas situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de los demás.

En ese marco, una de las formas de realizar la igualdad como valor superior, como principio constitucional y como derecho fundamental es concibiendo un tratamiento legal

desigual que suministre protección calificada a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionando los abusos o maltratos que contra ellas se cometan –art. 13 C. N.–. Un régimen legal así establecido crea derechos a favor de tales personas, y entre ellas a favor de los menores y de las personas desvalidas, y plantea también deberes de protección correlativos a cargo del Estado y de terceros.

De este modo, gracias a ese viraje en la concepción del poder político, la imputación de una conducta punible como la de abandono de menores y personas desvalidas ha dejado de remitir a ideales filantrópicos y conmiserativos para tomar como fundamento los principios del Estado constitucional; pues, de acuerdo con éstos, las personas que se hallan en circunstancia de debilidad manifiesta, y entre ellas los menores y las personas desvalidas, tienen derecho a una protección privilegiada que crea deberes correlativos cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad para el infractor. Y esa responsabilidad puede ser penal en los eventos en que el legislador así lo determine, pues el mandato de tratamiento desigual a favor de quienes se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta, si bien no constituye necesariamente un mandato de tipificación de conductas, sí hace que tal tipificación sea legítima, al menos en aquellos eventos en que se realice sin contrariar el sistema de principios, valores y derechos consagrado en la Constitución y de manera razonable y proporcionada.

Ahora bien. Durante un tiempo se discutió si el bien jurídico protegido por ese tipo penal es la familia o el estado civil alterado por el abandono o la vida e integridad personal del menor o la persona desvalida{1110}. Actualmente, un sector importante de la doctrina identifica a la seguridad personal del menor o incapaz como el bien que es objeto de tutela penal{1111}. Entre nosotros, la doctrina y la ley se han inclinado por la vida e integridad personal teniendo en cuenta que las víctimas pueden ser nacidas fuera del hogar y que, si bien el estado civil del ofendido se altera con el abandono, la vulneración más grave es la que recae sobre esos bienes{1112}. Ya que los menores o las personas desvalidas no se hallan en capacidad de asistirse por sí mismas para cumplir con normalidad sus ciclos existenciales, el ordenamiento jurídico, atendiendo el

mandato de concebir un tratamiento legal desigual cuando no existen razones para concebir un tratamiento legal igual, radica en el Estado y en otras personas cercanas a ellas el deber de asistirlas y socorrerlas. En ese marco, la ley considera la posibilidad que estas personas se sustraigan al cumplimiento de ese deber y asume que con ese proceder los menores de doce años y las personas desvalidas quedan absolutamente desprotegidas, y que se crea así un peligro potencial para su vida e integridad personal. Ante ello, opta por suministrar protección a este bien jurídico desvalorando ese comportamiento y tornándolo penalmente relevante{1113}.

2. TIPO OBJETIVO

a. TIPO BÁSICO

El delito está tipificado en el artículo 127 del C. P. y lo comete el que abandone a un menor de doce años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma teniendo el deber legal de velar por ellos. La pena es de 2 a 6 años de prisión.

Se trata de un tipo penal en blanco pues para completar el supuesto de hecho hay necesidad de remitirse a las normas jurídicas que radican en el sujeto pasivo el deber de asistencia y cuidado.

- SUJETOS

El sujeto activo del delito de abandono es calificado pues tiene que tratarse de una persona en quien concurra el deber legal de velar por el menor o por la persona desvalida. El concepto de ley debe entenderse en sentido

amplio{1114}, esto es, todo ámbito del ordenamiento jurídico que imponga deberes de asistencia y cuidado respecto del sujeto pasivo: la Constitución, la ley y la decisión judicial. Nótese que se trata de un deber legal y que por tanto vincula a ascendientes, descendientes, hermanos o hijos adoptivos, al cónyuge o compañero permanente y a tutores y curadores. De acuerdo con ello, la niñera a la que en virtud de un contrato, se le confía la asistencia de un menor o la madrastra que asume el cuidado del hijo de su esposo o compañero pueden ser sujetos activos de abandono de menores. Aquella lo es en virtud del deber generado en el contrato y ésta en razón del deber derivado del régimen constitucional y legal de la familia pues ésta también se integra por la decisión responsable de un hombre y de una mujer de conformarla.

Además, debe tenerse en cuenta que el sujeto activo del delito, si bien es calificado por concurrir en él un deber legal, no es un garante para efectos del delito de abandono pues esa figura, que remite al deber jurídico de evitar un resultado antijurídico, es propia de los delitos de omisión impropia como delitos de resultado y no de los delitos formales.

El sujeto pasivo también es calificado. Tiene que tratarse de un menor de doce años de edad o de una persona desvalida que es titular de una prestación asistencial de cuidado. En cuanto a los menores de doce años, hay que decir que se trata de un criterio de política criminal del legislador el considerar que sólo el abandono de menores de esa edad es penalmente relevante y el asumir que un niño mayor se encuentra en capacidad, si no de valerse por sí mismo, al menos sí de procurarse atención por parte de otras personas. En relación con los niños abandonados que son mayores de doce años, el legislador ha considerado que para la protección de su vida e integridad personal basta con acudir a otros mecanismos de protección propios del derecho de familia, sin que sea necesario acudir a la conminación penal{1115}. Y en cuanto a las personas desvalidas, se tienen por tales aquellas que por limitaciones congénitas o sobrevinientes no se hallan en capacidad de procurarse la atención que requiere su normal desenvolvimiento como seres humanos. Es claro que se debe tratar de unas limitaciones de tal índole que las coloque en total estado de indefensión ante los peligros que

puedan acecharlas. En este caso, ya que la causa de la indefensión es independiente de la edad, ésta es un factor irrelevante para efectos de la tipificación de la conducta.

– OBJETOS

El objeto material es de carácter personal. Se trata del menor o de la persona desvalida como personas naturales.

El objeto jurídico es el derecho a la asistencia y cuidado que tiene el sujeto pasivo.

– CONDUCTA

El comportamiento que vulnera el bien jurídico es el abandono, entendido como la desprotección absoluta en que se deja al menor de edad o a la persona desvalida. Para la valoración de una conducta como típica de abandono no debe tenerse en cuenta un criterio naturalístico sino jurídico, pues lo que la norma reprocha no es tanto el acto físico de abandonar a una persona sino el incumplimiento del deber jurídico de asistencia y socorro. Como lo exponen Carbonell Mateu Y González Cussac , “lo que aquí se castiga es la ruptura de los vínculos que unen al menor o al incapaz con su entorno habitual, esto es, dejar o abandonar al menor a su suerte{1116}. Ello explica que se trate de un delito formal que puede cometerse por acción, como cuando se deja al menor en un paraje solitario, o por omisión propia, como cuando el sujeto activo omite prestar los auxilios que la persona desvalida requiere. Entonces, como la conducta no tiene una connotación espacial, en ella se subsume el comportamiento de quien incumple su deber de asistencia y socorro aun encontrándose al lado del menor o de la persona desvalida. Ese incumplimiento debe crear una situación de desamparo del menor o incapaz e implica el quebrantamiento del derecho de asistencia personal de que

éste es titular{1117}. De acuerdo con ello, si una madre abandona a su hijo menor de doce años sabiendo, a buen seguro, que en su ausencia el menor será asistido por sus parientes, y ello efectivamente sucede, la conducta no se tipifica.

– TENTATIVA

Por tratarse de un delito formal o de peligro no admite tentativa.

2. TIPO BÁSICO AGRAVADO

En el tipo concurre como circunstancia de agravación el cometer la conducta en lugar despoblado o solitario (art. 127.2), caso en el que la pena se aumenta hasta en una tercera parte.

Por lugar despoblado se entiende un lugar deshabitado, esto es, un lugar en el que no vive nadie, y por lugar solitario aquél que permanece sin gente pero que ocasionalmente puede ser visitado. La agravación de la pena se explica por el hecho que el riesgo para el bien jurídico protegido es mayor cuando el abandono se comete en uno de tales lugares. De allí que, en cumplimiento del principio de proporcionalidad entre el contenido de injusticia del delito y la pena, el legislador haya intensificado la sanción cuando por virtud de esa circunstancia espacial el peligro para el bien jurídico se incrementa.

3. TIPO PRIVILEGIADO

El artículo 128 consagra el abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundando no consentidas. En este caso la pena es de I a 3 años de prisión.

Este es un tipo privilegiado de abandono en el que concurren circunstancias especiales en relación con el sujeto activo, el sujeto pasivo y el tiempo de comisión de la conducta, y en razón de las cuales la pena imponible es menor a la del tipo básico.

El sujeto activo es calificado en cuanto sólo puede ser la madre. El sujeto pasivo también lo es en tanto sólo puede serlo el hijo fruto de acceso o acto sexual sin consentimiento, acceso o acto sexual abusivo, inseminación artificial no consentida o transferencia de óvulo fecundado no consentida. Concurre además una circunstancia temporal en cuanto la conducta que se adecua al tipo sólo es la que se comete dentro de los ocho días siguientes al nacimiento del menor.

Cuando en un delito de abandono concurren estas múltiples circunstancias, el legislador no desvalora la conducta con la misma intensidad con que ha desvalorado el tipo básico pues tiene en cuenta que el sujeto pasivo del abandono no fue concebido con el consentimiento de la madre y por ello la pena a que hay lugar es menor. No obstante, el tratamiento privilegiado se condiciona temporalmente pues si él se produce después de los ocho días siguientes al nacimiento deberá imputarse el tipo básico{1118}.

4. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD Y ATENUANTE PUNITIVO

El artículo 129 inciso primero consagra una circunstancia eximente de responsabilidad para el tipo básico y el tipo privilegiado de abandono. Para su reconocimiento se precisa que el agente o la madre recoja al abandonado, que esa conducta se despliegue voluntariamente y no a instancias de un tercero, que ese comportamiento se

cumpla antes de que el abandonado sea auxiliado por otra persona y que el abandonado no hubiese sufrido ninguna lesión.

La característica esencial de la eximente es la temporalidad del abandono, que ha llevado al legislador a tomar la decisión político-criminal de prescindir de la pena. Esta decisión es consecuente con el acto de recoger al abandonado en cuanto impide la concreción del peligro creado con el abandono para la vida e integridad de la víctima.

El inciso segundo del artículo 129 dispone que en el evento que el abandonado haya sido recogido voluntariamente antes de ser auxiliado por otra persona, y que éste hubiese sufrido alguna lesión, la conducta es punible pero no se hace efectiva la agravante consagrada para el abandono seguido de lesión.

En este caso concurren el abandono y una lesión sobreviniente que en principio conlleva la agravación de la pena. No obstante, en razón de haber recogido al abandonado, al autor se le exime de la agravante. Así que, en verdad, antes que consagrarse una atenuante, lo que consagra la norma es una eximente de una circunstancia agravante.

5. TIPO AGRAVADO

El artículo 130 consagra dos circunstancias de agravación punitiva para el delito de abandono: la primera procede cuando el abandonado sufre una lesión personal y la segunda cuando muere. En el primer evento la pena se aumenta hasta en una tercera parte y en el último la pena se aumenta de una tercera parte a la mitad.

De acuerdo con el tenor literal de la ley, la agravación procede si las lesiones o la muerte se siguieren del abandono. La expresión utilizada por el legislador se orienta a que la pena se agrave cuando las lesiones o la muerte

constituyen la concreción del peligro creado para el bien jurídico tutelado con el abandono. Por ello, es claro que debe existir una relación de causalidad y de imputación entre el abandono y la causa de la lesión o la muerte, pues si éstas se producen por fuerza mayor o caso fortuito no hay lugar a la agravante; en efecto, no hay motivos para agravar una pena por la no previsión de hechos que no se estaba en capacidad de prever.

De este modo, la previsibilidad del resultado sobreviviente aparece como un presupuesto para la imputación de la agravante. De allí que, como ya se lo expuso, este instituto pueda considerarse como un delito preterintencional sometido a una pena especial, partiendo para ello, desde luego, de la reformulación de esa modalidad típica a que hay lugar con base en la Ley 599 de 2000.

Además de lo expuesto, no debe perderse de vista que la agravante por muerte concurre siempre y cuando el actor haya obrado con dolo de abandonar y no con dolo de matar. En los casos en que el abandonado fallece y el actor obró con el propósito de abandonar, podría afirmarse que se está ante un concurso de abandono y homicidio culposo, por falta de previsión del resultado previsible, que por virtud de la ley no se imputa como tal sino como un abandono agravado. Si el actor obra con dolo de matar y acude al abandono como un mecanismo para hacerlo efectivo, la muerte no se imputa como agravante del abandono sino como homicidio pues ella es el resultado que lo consuma.

6. TIPO SUBJETIVO

El abandono de menores o personas desvalidas es un delito de comisión dolosa; no admite modalidad culposa y no contiene ingrediente especial subjetivo alguno. Para la concurrencia del dolo se requiere conocer la situación fáctica que genera el deber de asistencia y conocer que con la omisión se incumple el mandato implícito en la norma.

L . OMISION DE SOCORRO

I. BIEN JURÍDICO

Históricamente el delito de omisión de socorro se ligó a una visión deformada del principio de solidaridad según la cual éste implicaba casi exclusivamente un compromiso del ciudadano con el Estado{1119}. De allí que la omisión de socorro haya sido tipificada al abrigo de regímenes fascistas, muy dados a generar responsabilidad penal a partir de la exclusiva infracción de deberes, tal como sucedió en Italia con el Código Penal de 1929, en Alemania con las modificaciones introducidas al Código Penal en 1935 y en España con la Ley 17 de 1951{1120}.

Hoy el principio de solidaridad sigue estando ligado a los fundamentos de la imputación del delito de omisión propia, y en consecuencia a la omisión de socorro, pero ahora se asume no como un referente ético que vincula inexorablemente a la persona con el Estado del que hace parte{1121}, sino como un valor superior del ordenamiento jurídico y como un principio constitucional del que surgen deberes generales que se orientan a la realización del ser humano como un ser digno y a la promoción de un orden social justo{1122}. Como puede advertirse, se trata de un principio que ya no tiene una connotación transpersonalista sino personalista, y que en Colombia aparece consagrado en el artículo I.° superior como uno de los fundamentos del Estado social de Derecho, y en el artículo 95, numeral 2, como fuente de deberes constitucionales. Así, se trata de un principio desprovisto de una connotación ética exclusiva, que vincula al Estado, que legítimamente genera deberes para el ciudadano y que, como punto de partida de la omisión, está limitado por los fundamentos que el constitucionalismo impone a la imputación penal.

De acuerdo con ese fundamento, si bien hoy los delitos de omisión propia, y entre ellos la omisión de socorro, constituyen infracciones de deberes de actuar y remiten a una estructura típica objetiva integrada por el supuesto de hecho que da origen al deber de actuar, por la no

realización de la acción mandada y por la capacidad personal para realizar la acción ordenada, para su configuración se necesita de la puesta en peligro de un bien jurídico pues la imputación de responsabilidad penal por cualquier conducta punible sólo es posible a partir de comportamientos que lesionen o pongan en riesgo los derechos de los demás y el orden jurídico como límites al libre desarrollo de la personalidad{1123}.

Sin desconocer que en el caso de la omisión de socorro ese entendimiento se ve facilitado por la referencia expresa al peligro grave para la vida o integridad de la víctima que se hace en el tipo, ese es el contexto en el que debe ubicarse la naturaleza de los delitos de omisión propia{1124}.

En ese marco, la doctrina discute acerca del bien jurídico tutelado con el delito de omisión de socorro. Para unos se trata de la solidaridad frente a terceros, entendida como la atención al necesitado de ayuda por la existencia de un riesgo grave. Para otros el bien jurídico protegido está integrado conjuntamente por el deber de ayuda y por los derechos individuales que en cada caso están amenazados por la situación de peligro. Incluso hay autores que afirman que el bien jurídico protegido es la seguridad personal{1125}.

Para determinar el bien jurídico protegido con la omisión de socorro debe distinguirse entre el fundamento de su imputación y los derechos protegidos con su tipificación. Así, es claro que el principio de solidaridad, en su actual formulación, está vinculado a los delitos de omisión propia. No obstante, no debe perderse de vista que la solidaridad tiene un carácter relacional pues, en tanto que desde el punto de vista del requerido de auxilio constituye un derecho a ser asistido, desde el punto de vista del autor se trata de un deber de asistencia. Como derecho, genera una expectativa a no ser defraudado para que no se pongan en peligro otros derechos como la vida y la integridad personal. Como deber, impone un compromiso de asistencia cuya inobservancia es penalmente relevante y que, si bien no implica un compromiso de asistir a los demás ante todos los peligros que puedan acecharlos, sí se predica en relación con determinados bienes jurídicos y para precaver el peligro implícito en precisas circunstancias. De ese modo, si bien el fundamento de la imputación de la omisión de socorro es el

principio de solidaridad, los derechos que con él se protegen son el derecho de la víctima a la asistencia de los demás y, en consecuencia, los derechos a la vida e integridad personal que a través de él se aseguran{1126}.

Como lo afirma Choclán Montalvo , si bien, “De acuerdo con la posición dominante, el bien jurídico protegido en este delito es el deber general de solidaridad o ayuda que deriva de la convivencia en comunidad”, él “se dirige funcionalmente a la tutela de los bienes individuales que en una situación concreta pueden encontrarse ante el riesgo grave de ser menoscabados, pues qué duda cabe que mediante la imposición al ciudadano de un deber legal de socorrer bienes como la vida o la integridad física se pretende por el legislador penal una tutela primaria de tales bienes, pues el bien solidaridad, en sí mismo considerado, no sería adecuado a un concepto personal de bien jurídico”{1127}.

En suma, el delito de omisión de socorro tiene como fundamento el principio de solidaridad y pretende la protección del derecho a ser asistido y del derecho a la vida y la integridad personal como bienes jurídicos personalísimos que en determinadas circunstancias pueden encontrarse en riesgo de ser vulnerados.

2. TIPO OBJETIVO

La conducta está tipificada en el artículo 131 del C. P.: “El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años”{1128}.

a. SUJETOS

El sujeto activo es indeterminado pues, como lo expone Rodríguez Mourullo , “La figura básica es, en cuanto al sujeto activo, un delito común, que puede ser cometido por cualquiera y que no requiere ninguna relación especial con la víctima, distinta del puro vínculo de la solidaridad humana”{1129}. Ya que se trata de un delito de omisión propia que remite al incumplimiento de un deber general, al sujeto activo de la omisión de socorro no le asiste la calidad de garante. Por ello, se trata de la persona en quien concurre el deber de socorrer, que tiene conocimiento del peligro en que se halla la víctima y que está en capacidad de ayudarla. De acuerdo con esto, no es necesario que el sujeto esté en contacto físico con la víctima, importa que tenga conocimiento del peligro que se cierne sobre ella. No obstante, ese solo conocimiento no basta pues es necesario que se halle en capacidad de prestar socorro. Por tanto, si el sujeto conoce el peligro en que se halla la víctima pero tiene limitaciones permanentes o transitorias o se halla ante situaciones que le impiden auxiliarla la conducta no se tipifica, pues no existe la capacidad para realizar la acción ordenada{1130}.

Debe tenerse en cuenta que el sujeto activo no debe haber generado el peligro para la vida o integridad de la víctima, pues de ser así la imputación varía. Así, si no generó el peligro pero incumplió el deber de socorro y el peligro no se concretó en la muerte o lesión de la víctima se imputa omisión de socorro. Si no generó el peligro, incumplió el deber de socorro y el peligro se concretó en muerte o lesión se imputa también el tipo de omisión de socorro pues en nuestro ordenamiento, a diferencia de otros estatutos, ni las lesiones ni la muerte agravan la conducta.

Por otra parte, si el agente generó el peligro debe distinguirse si obró dolosa o imprudentemente. De ese modo, “En caso de que el hacer precedente sea doloso (así, se atropella a la víctima a quien se quiere causar la muerte), la omisión es un hecho posterior impune”, y “La razón de ello estriba en que no puede exigirse que sea solidario a quien actuó dolosamente”{1131}. Pero si el hacer precedente es imprudente, el hecho posterior es punible. Esto es así porque en tal evento se está ante una situación de injerencia constitutiva de una posición de garantía que habilita la imputación no de la infracción del deber sino de

la producción del resultado antijurídico, y por ello debe imputarse un homicidio en comisión por omisión.

Como lo plantea Choclán Montalvo , “cuando la acción del sujeto superó los límites del riesgo permitido, pues en ese caso tal acción constituye una injerencia prohibida que puede fundamentar una posición de garante a los efectos de un delito de comisión por omisión. Si a consecuencia de la omisión el resultado inicialmente producido por la acción precedente se agrava por la falta de asistencia a la víctima, ese resultado más grave puede imputarse objetivamente a la omisión, por lo que el sujeto podrá responder de ese resultado más grave en comisión por omisión”. Esta imputación puede ser por homicidio doloso: “. el sujeto que incumpliendo su deber deja, en forma dolosa, que el resultado se produzca, entonces, ese resultado más grave es imputable al omitente (v. gr., será responsable por homicidio doloso, que absorberá las lesiones imprudentes precedentes por consunción)”{1132}. Pero la imputación puede ser también por homicidio culposo si el actor deja imprudentemente que el resultado se produzca.

En la legislación colombiana, en el caso de quien abandona injustificadamente el lugar de los hechos, se valora la omisión de socorro precedente a la muerte de la víctima como una circunstancia de agravación punitiva (art. 110, num. 2 C. P.). Por eso se afirma que una norma como ésa constituye un límite a la injerencia{1133} como fuente de una posición de garantía, pero únicamente para el homicidio culposo{1134}.

Debe reconocerse que en la práctica concurren dificultades probatorias para acreditar si la producción del resultado obedeció al dolo o a la culpa del autor, por lo que generalmente se ha de optar por imputar homicidio culposo. De otro lado, como no existen mayores diferencias entre el tratamiento de un homicidio imprudente agravado de acuerdo con el artículo 110, numeral 2, del C. P. y la imputación de un homicidio culposo en comisión por omisión, no proceden cuestionamientos a la excepción que esa norma hace al régimen general de la comisión por omisión consagrado en el artículo 25.

Por otra parte, la misma situación se presenta en el caso de las lesiones personales. Así, si éstas se causan dolosamente,

la omisión es un hecho posterior impune. Si se causan imprudentemente, el hecho posterior de la omisión es punible en comisión por omisión. Si el hecho es culposo se aplica el artículo 121, y si el hecho es doloso las lesiones se imputan a título de comisión por omisión dolosa.

En lo que respecta al sujeto pasivo, hay que indicar que es la persona cuya vida o salud se encuentra en peligro. Se trata del titular del derecho a ser ayudado y de la vida e integridad personal que a través de ese derecho se protegen. Se asume que la vida o la salud se encuentran en peligro cuando la persona no puede auxiliarse a sí misma o cuando no existe un tercero que pueda prestarle ayuda. Esta circunstancia evidencia que el peligro que corre el sujeto pasivo es ajeno a su voluntad, y por ello en los supuestos en los cuales la vida o la salud de la víctima se encuentran en peligro por su propia determinación no hay lugar a responsabilidad penal, pues debe asumirse que la persona ha dispuesto del bien jurídico, y por ello ese supuesto no queda cobijado por el mandato de auxilio implícito en el tipo. En estos casos el delito de omisión de socorro no se tipifica porque si la persona tiene la capacidad de ponerse en peligro también tiene la capacidad de ponerse a salvo, y si pudiendo hacerlo no lo hace el ordenamiento jurídico no se encuentra legitimado para imponerle a un tercero el deber de auxiliar a quien libremente se ha puesto en peligro y ha procurado la concreción de ese peligro sobre los bienes jurídicos de que es titular.

A diferencia de lo que ocurre en otros estatutos, en nuestra legislación se indican expresamente los bienes jurídicos sobre los cuales se debe cernir el peligro que acecha a la persona, proceder con el cual se evita la discusión doctrinaria acerca de los criterios con los cuales deben determinarse los bienes jurídicos que se encuentran en grave peligro{1135}. En Colombia se han incluido los bienes jurídicos en relación con los cuales la Carta impone un deber jurídico superior: la vida y la integridad personal{1136}. De ese modo, si el peligro no recae sobre esos bienes jurídicos de la persona sino sobre otros como la libertad, la libertad sexual, el honor o el patrimonio, la omisión de socorro es impune pues el legislador ha tomado la decisión político-criminal de excluir esos bienes del ámbito de protección implícito en el tipo.

b. OBJETOS

El objeto material es de naturaleza personal. Se trata de la persona cuya vida o salud se encuentran en peligro.

El objeto jurídico es la vida o la salud del sujeto pasivo.

c. CONDUCTA

La conducta consiste en no socorrer, sin justa causa, a la persona cuya vida o salud se encuentren en grave peligro. Ya que se trata de un delito de omisión propia, en él incurre quien incumple el mandato implícito en la norma. De acuerdo con tal mandato, el actor debe desplegar un acto idóneo para extinguir o disminuir el peligro que se cierne para la víctima. Si obra de esa manera la conducta no se estructura, y ello es así independientemente de que ese resultado se logre, pues, como se trata de un delito que remite a la infracción de un deber y no a la evitación de un resultado antijurídico, con el cumplimiento del deber se impide la concreción de la conducta punible, así el peligro para la vida o la integridad personal se materialice. De allí que si, a pesar del cumplimiento del deber de socorro, la persona fallece o resulta lesionada, este resultado no sea imputable, pues el autor no estaba en el deber de evitarlo.

De la estructura de la norma prohibitiva implícita en el tipo de omisión de socorro se infiere que lo que el legislador ha desvalorado con miras a su tipificación no es tanto la vulneración efectiva de esos derechos como sí el incumplimiento del deber de prestar ayuda. Es decir, se trata de una conducta punible en la que la infracción del deber de solidaridad constituye el injusto, independientemente del resultado provocado, pero a condición de que se ponga en peligro la vida o la salud de la víctima.

Es por esa desvaloración normativa que la doctrina ha indicado que con la omisión de socorro se sanciona sólo la omisión del deber que evidencia la indiferencia del omitente frente a la situación de peligro de la víctima{1137}. Con todo, si bien no se precisa de la vulneración de un derecho, tampoco se trata de una indiferencia cualquiera sino de una que se complementa con el peligro en que se halla el sujeto pasivo. Así, como el incumplimiento de este deber no basta para formular la imputación penal, en cuanto es imperativo que se pongan en peligro otros bienes jurídicos, es comprensible que entre nosotros la conducta se haya ubicado en el título correspondiente a los delitos contra la vida e integridad personal.

d . TENTATIVA

Por tratarse de un delito de omisión propia no cabe la tentativa.

e. PARTICIPACIÓN

No cabe la participación. Ello es así porque en caso que el sujeto activo de la omisión de socorro esté compuesto por varios individuos, ya que el deber de asistencia es un deber personal que se predica de cada uno de ellos, no se estará ante una sino ante múltiples vulneraciones de ese deber y cada uno de ellos deberá responder por el incumplimiento del mandato, siempre que se acredite que se encontraba en capacidad de auxiliar a la persona cuya vida e integridad se encontraba en peligro.

3. TIPO SUBJETIVO

La conducta es de modalidad dolosa.

El tipo contiene un ingrediente especial normativo de acuerdo con el cual la conducta consistente en no socorrer debe desplegarse sin que exista una justa causa para ello. Si esa justa causa concurre, la conducta es atípica. Por justa causa se entiende la necesidad del sujeto de poner a salvo bienes jurídicos propios o de terceros. No obstante, como debe existir una relación de proporcionalidad entre los bienes jurídicos que indirectamente se pretende proteger con el tipo y los bienes jurídicos cuya puesta a salvo justifica la omisión del auxilio ordenado por la norma, debe tratarse de la necesidad de proteger la vida, la integridad personal del autor u otros bienes jurídicos importantes. De allí que no constituya justa causa omitir el auxilio para poner a salvo el patrimonio propio o de terceros, pues mucho más relevante que éste son los bienes jurídicos vida e integridad de la persona requerida de auxilio.

Como lo señala Rodríguez Mourullo , “El deber de prestar socorro cesa cuando la prestación del auxilio encierra riesgos propios o de terceros. Estos riesgos deben de afectar de manera relevante a los bienes altamente personales: vida, integridad personal, libertad, libertad sexual, o entrañar la probabilidad de un perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda necesitada por la víctima. No se pueden computar como riesgos que excluyen el deber de socorro las simples molestias o el peligro de ser descubierto y tener que afrontar las propias responsabilidades”{1138}.

III. DELITOS QUE PROTEGEN LA VIDA HUMANA DEPENDIENTE

A. ABORTO

Es un tipo penal básico por cuanto tiene todos los elementos que caracterizan la prohibición y se aplica sin referencia a

cualquier otro.

I. EL BIEN JURÍDICO

Como se vio, el aborto es un tipo penal que protege el bien jurídico vida.

Se ha dicho también que el aborto protege los bienes jurídicos de la política demográfica del Estado y la salud de la mujer{1139}. Otros reportan que históricamente lo protegido era “el derecho de la mujer de disponer de su propio cuerpo”, puesto que el feto era considerado como portio viscerum matris; o la familia, más concretamente los intereses paternos; la moralidad pública; la integridad y sanidad de la estirpe, y finalmente se le ha vinculado con “los intereses demográficos y económico de los pueblos”{1140}. Sin embargo, parece ser que ni la doctrina ni la legislación dan cuenta de tales bienes jurídicos.

Hoy, por virtud de la regulación de los términos o plazos para interrumpir el embarazo en Alemania y España, se ha pensado que también protege la política demográfica del Estado. Empero, las así llamadas “indicaciones”, que dan cuenta de las razones válidas para abortar durante los primeros tres meses del embarazo, no avalan el criterio de ese pretendido bien jurídico, puesto que las mismas no generan atipicidad que sería la consecuencia lógica y sistemática necesaria de la adopción de tal posición, sino que operan como causales de justificación, tal como lo enseña Eser{1141}.

Puede afirmarse, especialmente para nuestro país, que el aborto protege como bien jurídico la “vida dependiente” del nasciturus.

No obstante, tal regulación, muy a pesar de algunos importantes avances de la legislación actual, es todavía retardataria y en grado superlativo conservadora, dependiendo en gran medida de las concepciones de la Iglesia Católica{1142}.

La sociedad y el Estado tienen que superar tal situación. La fuerza de las circunstancias y las demostraciones objetivas de los científicos en la materia imponen la necesidad imperiosa y urgente de tratar el aborto, también, como un problema de salud pública.

La Corte Constitucional ha señalado respecto del aborto que "la ley tiene autonomía para prever causales de justificación o exculpación, como ocurre en todos los delitos"{1143}. Parece que el antecedente próximo fue aquella afirmación de la misma corporación cuando dijo que "No se descarta la posibilidad de eventuales conflictos entre los derechos fundamentales de la embarazada y los derechos del nasciturus"; empero, señala que su solución es tarea de la ley{1144}. También, la doctrina internacional de los órganos de supervisión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, interpretando el numeral i del artículo 2.° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, ha precisado que la expresión "en general" se introdujo para conciliar un sistema absoluto de protección a la vida con disposiciones de los Estados americanos "que permitían el aborto, inter alia, para salvar la vida de la madre y en caso de estupro"{1145}.

Datos recientes de la Organización Mundial de la Salud indican que "cada año los embarazos imprevistos conducen a un mínimo de 20 millones de abortos en condiciones de riesgo, que producen la muerte de unas 80.000 mujeres"{1146}.

En Colombia, según un especialista en la materia, estudios llevados a cabo en Medellín y Cali demuestran "un subregistro de la mortalidad materna del 50%", y en el país, "el factor determinante de la alta mortalidad por aborto es la legislación anacrónica que penaliza el aborto y lo hace siempre ilegal". Por tanto el aborto, si ocupa el segundo lugar de mortalidad materna, genera la idea clara que indica que la mujer en edad fértil muere de aborto, y "las mujeres se mueren porque el aborto es ilegal y clandestino"{1147}.

Estos breves datos llevan a postular el que también, al lado del bien jurídico vida del nasciturus, el tipo prohibitivo del aborto proteja la "vida y salud de la madre embarazada"{1148}, de tal manera que a través de un

catálogo de causales de justificación permitidas constitucional, legal y jurisprudencialmente, además avalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se establezcan los eventos que por involucrar un choque, conflicto o colisión de bienes jurídicos merecen dejarse impunes, por la vía de las causales de justificación, a la manera de la solución de los plazos e indicaciones adoptados en Alemania y en España{1149}.

2. EL TIPO OBJETIVO

La descripción típica del artículo 122 del C. P. dispone: “La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años.

A la misma sanción estará sujeto quien, con el consentimiento de la mujer, realice la conducta prevista en el inciso anterior”.

a. LOS SUJETOS

El sujeto activo es monosubjetivo cuando es la mujer quien se causa por sí misma el aborto. Es plurisubjetivo cuando se lo causa otro con el consentimiento de la mujer, puesto que tanto ese otro como la mujer embarazada realizan el comportamiento punible.

Son perfectamente factibles: la autoría material –cuando la mujer se causa un aborto–; la coautoría material propia– cuando médico y enfermera introducen la cánula en el útero para lograr la expulsión de su contenido–; la coautoría material impropia por repartición del trabajo criminal –cuando un tercero practica el aborto con el consentimiento de la mujer que expone voluntariamente su cuerpo y por ende el del feto–; y la autoría mediata –cuando un médico le suministra a la mujer embarazada un poderoso fármaco que

le produce el aborto una vez esta lo ingiere sin saber lo que ha tomado–.

El sujeto pasivo es monosubjetivo. Empero, también, puede ser pluri-subjetivo cuando el embarazo comprende varios fetos. No es posible hablar de varios delitos de aborto, pues el aborto no está descrito a partir del número de nasciturus, sino a partir de la existencia de un embarazo.

b. EL OBJETO MATERIAL

En una época, por virtud de la doctrina agustiniana, se determinó que el objeto de protección era el “feto animado”, lo cual se precisaba como tope en 40 días para los varones y 80 en la hembras, contados a partir de la concepción{1150}.

Como se vio, también se le ha dado el calificativo de objeto material al óvulo fecundado antes de la anidación; empero, muy a pesar de que allí hay vida, la misma sólo es objeto de protección a partir de la anidación.

La embriología clínica enseña que en el embarazo, desde la fase de anidación hasta cuatro semanas después, nos encontramos ante un embrión; y de la novena semana hasta el nacimiento, frente a un feto{1151}.

El objeto material es el embrión o feto, concepto que, muy a pesar de “su contenido biológico, tiene un específico sentido jurídico-penal”, esto es, un concepto jurídico, “ejemplo especial de elemento descriptivo con fuertes rasgos normativos”{1152}. Es decir, para efectos jurídicos, existe una sinonimia entre embrión y feto.

Cuando se habla de embrión se da cuenta del implantado{1153}. La Corte Constitucional, muy a pesar de sus equívocos, contundentemente señaló que la “vida que la Constitución Política protege comienza desde el instante de la gestación”, precisando esta etapa como la que se desarrolla en el cuerpo materno, en contraposición a la etapa de la vida independiente{1154}.

En fin, el objeto material es el nasciturus único o plural. Cuando es plural cobija tanto la situación de los fetos independientes entre sí como a los siameses.

La vida dependiente va hasta antes del comienzo del nacimiento.

c. EL OBJETO JURÍDICO

Es la vida humana dependiente.

d. LA CONDUCTA Y EL RESULTADO

La norma penal no describe con propiedad la conducta de abortar. Señala simplemente su efecto a través de la causación.

De manera tal que el verbo rector es “causar” y el resultado el “aborto”.

Puede decirse que la conducta es abierta, esto es, no limitada modal, espacial o temporalmente respecto de la mujer embarazada. No así respecto del tercero que practica el aborto –médico, enfermera, comadrona, etc.–, puesto que se requiere que la conducta sea autorizada, esto es, contar con el consentimiento de la mujer, que opera como una condición modal del comportamiento, habida cuenta que cuando ello no ocurre se muda la adecuación típica al llamado aborto sin consentimiento (art. 123 C. P.).

Sin embargo, sistemáticamente puede deducirse que abortar es interrumpir el embarazo, es ponerle fin a la gestación.

La interrupción del embarazo puede producirse causando la muerte del feto dentro del vientre materno o provocando su

expulsión prematura, de lo cual adviene la muerte por su incapacidad de vivir dada su dependencia orgánica{1155}.

Entre la conducta y el resultado debe existir una relación de causalidad. También en el aborto se precisa de la realización de un juicio de imputación objetiva. Para ambas situaciones basta remitirse a lo dicho en el homicidio simple, mutatis mutandi.

El aborto es un tipo penal de acción. No obstante, por virtud del inciso final del artículo 25 de la Ley 599 de 2000, también es factible la comisión por omisión: el padre que tolera que su hija se practique un aborto.

La anidación puede presentarse como extrauterina en modalidad abdominal o ectópica –en sitio diferente de la mucosa endometrial– en cualquier sitio de la cavidad abdominal, ovario o trompa de Falopio; empero, al segundo mes de gestación suele presentar la muerte del embrión y hemorragia grave en la mujer. En la cavidad abdominal se puede adherir al revestimiento peritoneal del fondo del saco de Douglas, al peritoneo que reviste los intestinos o en el epiplón, cuya viabilidad es muy poco frecuente{1156}.

Estos son casos excepcionales; no obstante, tales embriones o fetos son dignos de protección y como tal es nasciturus para efectos del objeto material{1157}.

Otra cosa es que se cause por el médico el aborto en atención a un estado de necesidad de la madre por el peligro que para su vida ofrece esta clase de embarazos (num. 7 art. 32 C. P.){1158}. De todos modos esto ya es un llamado para que se regulen causas de justificación y exculpación especiales para el aborto.

De allí que la definición de embarazo no deba amarrarse a la anidación del embrión en el útero, puesto que está demostrado que también puede anidar en otro lugar del cuerpo humano, y, si el feto resulta viable sin perjuicio de la vida de la madre, merece toda la protección del derecho penal. Por ello incurre en grave error, que conlleva a un déficit de protección, Peris Riera cuando afirma que el aborto es "la destrucción del producto de la concepción originado en el útero materno"{1159}.

e. LA TENTATIVA

Mutatis mutandi se aplican los mismos criterios esbozados para el homicidio simple. Hay tentativa inacabada cuando el médico es sorprendido en el momento en que se dispone a realizar la intervención quirúrgica de legrado; será acabada cuando el médico suministró una fuerte dosis de Postinor-2 después de catorce días de la relación sexual y por virtud de causas extrañas no se produce el aborto.

Si nos encontramos frente a un embarazo múltiple y las maniobras abortivas sólo logran el sacrificio y muerte de un nasciturus, existirá aborto consumado. Respecto del otro u otros habrá concurso con lesiones al feto si resultan afectados.

Empero, cuando se realizan maniobras abortivas pero no se logra la muerte del feto y este nace pero muere pocos días después como consecuencia de los daños inferidos, se tiene que existe tentativa de aborto en concurso material heterogéneo con homicidio culposo{1160}. Ello es lógico: cuando se atentó contra la criatura era una vida dependiente y no la perdió, pero el daño materializó la muerte posterior ya cuando tenía vida independiente. No se puede dejar de contar con que ello suceda, puesto que nos encontramos frente a un bien jurídico que admite la progresividad de la afectación, la cual, finalmente, puede darse en cualquiera de la etapas de la vida que protege el derecho penal.

Así mismo, si se busca producir el aborto pero tal intento fracasa, constatándose lesiones personales al feto, dado que el bien jurídico integridad física y psíquica es más importante que la vida fetal, la imputación se hará a título de lesiones{1161}.

f. LA PARTICIPACIÓN

Mutatis mutandi son aplicables los mismos criterios señalados para el homicidio simple. También son factibles la determinación: el marido que aconseja a su mujer que se cause un aborto, y la complicidad: quien vigila en el exterior de la habitación mientras en su interior se practica un aborto clandestino. La complicidad moral o psicológica tampoco puede negarse, pues para su configuración basta que ya la mujer embarazada tenga en su mente la idea criminal que resulta reforzada por los consejos de su celestina.

3. EL TIPO SUBJETIVO

El aborto sólo admite la modalidad dolosa. Para que se configure el dolo se requiere que el sujeto agente, pero también los partícipes, tengan conocimiento que se está interrumpiendo un embarazo y se tenga la voluntad de hacerlo.

Los errores sobre la existencia de un embrión o feto cuando se suministra un abortivo o se practican intervenciones de tal tipo sobre la mujer no embarazada no configuran la tentativa imposible por falta de objeto material. El delito imposible no existe en Colombia por cuanto es requisito ineludible la constatación de la antijuridicidad material, en este caso la puesta en peligro del bien jurídico tutelado.

Sí es posible reconocer un error de tipo, tal como sucedería si una mujer presenta dolores en el abdomen que conllevan a un médico a recetarle alguna droga que por sus efectos colaterales causa la interrupción del embarazo, lo que desconocía aquél, así se haya procedido culposamente, pues el error de tipo vencible también conduce a la impunidad.

4. EL ABORTO SIN CONSENTIMIENTO (ART. 123 C. P.)

Cuando se practica, obviamente por un tercero, un aborto sin consentimiento de la mujer embarazada o sobre mujer menor de catorce años el tipo penal se agrava punitivamente.

Allí, sin duda alguna, encontramos el reconocimiento de cierta relevancia penal al consentimiento en materia de delitos contra la vida, toda vez que, cuando el mismo es otorgado por la mujer, la pena sensiblemente desciende.

5. ATENUANTES PUNITIVOS

La pena para el delito de aborto, esto es, el realizado por la mujer embarazada o por un tercero con el consentimiento de ella, puede ser sensiblemente atenuada en la reacción penal.

En primer lugar por cuanto el juicio valorativo de antijuridicidad material se ve sensiblemente disminuido si la mujer se practica o permite que se le practique un aborto cuando el producto de la concepción sea proveniente de un embarazo en contra de su voluntad. En efecto, allí existe una colisión de bienes jurídicos –vida del nasciturus vs. dignidad y autonomía personal de la mujer–.

Tales situaciones –embarazo producto de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas– conllevan, en otras legislaciones, la consideración de una causa de justificación. Nuestro legislador no lo consideró así, esto es, como eximente de responsabilidad; empero, sí ha reconocido los efectos diminuentes de la antijuridicidad material que se reflejan en la pena asignada cuando se encuentran presentes las causales del inciso I.° del artículo 124 del C. P.

En todo caso, el parágrafo de la norma mencionada dispone que, “cuando se realice el aborto en extraordinarias

condiciones anormales de motivación", el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto.

Cuando se habla de extraordinarias condiciones de motivación se está dando cuenta de fenómenos psicológicos que anulan la libertad, esto es, afectan a la culpabilidad, puesto que la persona no tiene la capacidad de elección, y como tal ante dichos eventos no le es exigible otra conducta. Una condición "anormal" de motivación afecta la culpabilidad, disminuyéndola sin excluirla; empero, cuando la misma recibe el calificativo extremo de extraordinaria significa que la persona ha sido llevada a los límites entre autocontrol y descontrol, traspasándolos, por lo que ha perdido la capacidad de autogobernarse y, por ende, sus atributos de ser con capacidad de regirse por el sentido, por el valor y por la verdad han sido anulados.

Cuando esto último sucede, se tiene que la persona ha obrado inculpablemente, y por lo tanto no surge la responsabilidad; en consecuencia, lo correcto dogmáticamente no es prescindir de la pena, que implica previa declaratoria de responsabilidad, sino proceder a la absolución por inexigibilidad de otra conducta.

Anulan la capacidad de autogobierno, y por tanto son causales de inexigibilidad de otra conducta, la insuperable coacción ajena (num. 8 art. 32 C. P.) y el miedo insuperable (num. 9 art. 32 ibíd.), por tanto, por virtud de analogía in bonampartem (inc. 3.° art. 6.° ibíd.); habrá de concluirse en el reconocimiento de una eximente de responsabilidad supralegal cuando el aborto se haya realizado en condiciones extraordinarias anormales de motivación provenientes de un embarazo producto de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento o abusivo, o por inseminación artificial o transferencia de embrión no consentidas.

Pensar lo contrario es quebrantar el principio de la dignidad del ser humano (art. I.° C. N.) y propiciar un sistema de responsabilidad penal ajeno al culpabilista que constitucionalmente se ha adoptado (art. 29 ibíd.).

Admitir que cuando se obre en "extraordinarias condiciones anormales de motivación" existe culpabilidad es tolerar

ámbitos de responsabilidad objetiva, la cual, léase bien, no sólo fue proscrita sino especialmente “erradicada” del actual Código Penal (art. 12).

Cuando la norma estatuye que quedó “erradicada” toda forma de responsabilidad objetiva da cuenta de todas aquellas situaciones que comportan inexigibilidad de otra conducta, entre ellas, sin hesitación alguna, la expresamente planteada.

La culpabilidad hace parte de la “esencia” de nuestro derecho penal, puesto que materializa el respeto, en dicho ámbito, del principio de la dignidad humana. Así mismo “orienta” nuestro sistema de responsabilidad penal por los cauces del constitucionalismo moderno y los derechos fundamentales, poniéndolo en la cima y cúspide del pensamiento humanista (art. 13 C. P.).

La culpabilidad, como principio rector, no sólo sirve como criterio de “interpretación” sino también, y especialmente, como principio definidor de “prevalencias” (art. 13 ibíd.).

Por tanto, la expresión “extraordinarias” del parágrafo del artículo 124 del Código Penal, dentro del contexto en que obra, resulta incompatible con las normas rectoras mencionadas y contradice la esencia y orientación del sistema penal. Por ello debe ceder ante el principio de culpabilidad, debiéndose interpretar la norma en el sentido que, cuando estén presentes tan excepcionales condicionamientos psicológicos, lo procedente es declarar la no responsabilidad de la procesada. Tal proceder ajusta también la interpretación de la norma mencionada a las normas de normas ya referidas (art. 4.° C. N.).

Y, como consecuencia de todo ello, materializa en el campo penal, pero especialmente en una vivencia social tan crítica como es la del aborto en Colombia, el principio de la igualdad material: se tiene “especial consideración” al valorar la culpabilidad de quien se encuentra en un estado de debilidad mental manifiesta por la situación que la llevó al embarazo (art. 7.° C. P.) y, por esa vía, ejerce “especial protección”, como lo ordena el inciso final del artículo 13 C. N.

Finalmente, cuando se obre en “condiciones anormales de motivación” existirá la culpabilidad; empero, la misma denotará un menor reproche. Por virtud de ello el juez podrá prescindir de la pena cuando no fuere necesaria en el caso concreto.

B. LESIONES AL FETO

Si bien es obvio que el crecimiento y desarrollo del niño se ven afectados por el alimento que éste ingiere, el aire que respira, los organismos patógenos que lo infectan y las sustancias químicas o medicamentos a los que se ve expuesto, es menos obvio que el desarrollo prenatal también se ve afectado por esos mismos factores ambientales. La vida antes del nacimiento es, de hecho, más susceptible a las influencias ambientales que la vida después del nacimiento.

Alrededor del 5% de todos los niños que nacen vivos, lo que significa unos 175.000 cada año, presentan algún defecto de importancia clínica. Estos defectos son causa de un 15% de las muertes que suceden entre los neonatos. Los defectos congénitos pueden ser ocasionados por factores genéticos o ambientales, o por alguna combinación de los dos{1162}.

Las sustancias o circunstancias que afectan el embrión en formación por encontrarse dentro de su ambiente tienen la capacidad de provocarle daños significativos en cierto período de su desarrollo, aunque parezcan ser inofensivos en las etapas más avanzadas de ese desarrollo.

El momento en que se presentan los factores es muy significativo. Cada estructura en desarrollo tiene un período crítico durante el cual es más susceptible a las condiciones desfavorables. Por lo general, ese período crítico ocurre al comienzo del desarrollo de la estructura, cuando la interferencia con los movimientos o divisiones celulares impide que adquiera su tamaño o forma normales, lo que se traduce en una deformidad permanente.

La mayor parte de las estructuras se forman durante los primeros tres meses de la vida embrionaria: el embrión es mucho más susceptible a las condiciones ambientales en ese período. Durante una fracción sustancial de ese tiempo, es muy probable que la madre ni siquiera se percate de que está embarazada, por lo que también es factible que no tome las precauciones necesarias para reducir al mínimo las influencias potencialmente dañinas.

Cualquier cosa que circule por la sangre materna –nutrientes, medicamentos y hasta gases– ingresa también en la sangre fetal. Algunos fármacos y otros tipos de agentes son teratógenos, es decir, factores que obstaculizan el desarrollo normal del feto{1163}.

Hay muchos factores que afectan a la madre y que por ende resultan más influyentes en el embrión en desarrollo. Por ejemplo, la malnutrición proteínica grave duplica el riesgo de que se manifiesten defectos congénitos. Se producen menos células cerebrales y la capacidad de aprendizaje puede verse afectada de modo permanente{1164}.

También los fármacos afectan el desarrollo del feto: se ha demostrado que hasta la aspirina inhibe el crecimiento de las células fetales cultivadas en laboratorio: inhibe las prostaglandinas, que están concentradas en los tejidos en crecimiento. Los medicamentos prescritos suelen dosificarse en función del peso de la madre, lo que representa un exceso de varios cientos o miles de veces para el embrión diminuto{1165}.

Cuando una mujer bebe excesivamente durante su embarazo es probable que el hijo nazca con el síndrome de alcoholismo fetal, es decir, que esté deforme, y física y mentalmente retrasado. Un peso demasiado bajo al nacer y la presencia de anormalidades estructurales se han asociado con el consumo de apenas dos tragos al día. Se ha establecido que algunos casos de hiperactividad e incapacidad de aprendizaje se deben al consumo de alcohol por parte de la madre embarazada{1166}.

Los hijos que sobrevivan de las madres adictas serán adictos a esa misma sustancia, relacionándose con una elevada tasa de mortalidad y un alto índice de premadurez. Las madres fumadoras dan a luz neonatos con peso inferior

al promedio y se asocian con mayor frecuencia de abortos espontáneos, nacimiento de fetos muertos y muertes de neonatos. Los estudios señalan también una posible relación entre el tabaquismo materno y un desarrollo intelectual más lento de los hijos{1167}.

Existe gran variedad de microorganismos patógenos que cruzan la placenta e infectan al embrión, obstaculizando el metabolismo normal y los movimientos de las células. Los riesgos son mayores, casi del 50%, cuando la exposición se realiza durante el primer mes de embarazo; la gravedad de los efectos disminuye con cada mes subsecuente{1168}.

Cuando la madre es sometida a rayos x o algunas otras formas de radiación durante el embarazo el lactante tiene mayores posibilidades de presentar defectos congénitos y leucemia. La radiación fue uno de los primeros teratógenos que se identificaron{1169}.

Las enfermedades contraídas por la gestante antes de su embarazo como la sífilis, sida, gonorrea, etc., generan un alto riesgo de transmisión para el neonato, por lo que éstas deben ser revisadas y tratadas adecuadamente.

Estos son, entre otros, aspectos físicos que influyen en la madre y en el embrión o feto; no obstante, existen otros factores sociales y psicológicos que determinan una buena gestación y por ende un neonato sano.

Recientemente el feto ha pasado del rango de estructura puramente fisiológica al de ser sensible, mas no por ello posee la totalidad de las capacidades del adulto. Sus órganos en formación son frágiles y las estimulaciones excesivas pueden alterar la evolución funcional normal.

Experimentos han revelado algunas características de la sensorialidad del feto. En particular que, durante los últimos tres meses de la gestación, el feto presenta reacciones fisiológicas (movimientos, variaciones de ritmo cardíaco), que puede distinguir dos voces, dos sílabas, dos frases, dos olores, dos sabores; que se va acostumbrando a estimulaciones repetidas; que incluso es capaz de aprender{1170}.

En efecto, en muchas ocasiones hace la diferencia entre un estímulo repetido y uno nuevo. Por ejemplo, la difusión diaria de un texto o de un fragmento musical induce una disminución del ritmo cardíaco fetal, medida durante una prueba efectuada después de seis semanas, mientras que la primera difusión de ese mismo texto o fragmento musical provoca una aceleración del ritmo cardíaco{1171}.

Más aún, el feto, como el prematuro, sabe cuándo su madre se dirige a él y cuando está hablando con otra persona. Aún no es posible concluir si “saben” que se les está hablando o si tan sólo prefieren las características particulares de una mujer hablándole a su bebé.

El olor que el bebé que acaba de nacer prefiere es el de su propio líquido amniótico, el del calostro y la leche de su madre, o el de la leche impregnada de los sabores que ésta ha ingerido. Al final del embarazo, también prefiere el ruido al silencio, las voces al ruido, las voces femeninas a las masculinas, y ante todo la voz de su madre.

Así, el feto tiene ya cierta percepción tanto del medio externo como del interior, a través de los sabores, los olores, los contactos táctiles y los sonidos, percibe los movimientos de su madre, sus caricias, lo que ésta consume y los cambios fisiológicos que reflejan los estados de ánimo maternos.

En las salas de consulta de los ginecólogos existen los instrumentos que permiten a la madre oír el latido del corazón de su bebé de pocas semanas. En la décima semana la estructura del cuerpo está totalmente terminada. Aunque se es tan pequeño que se puede incorporar sobre la uña del dedo meñique de su padre, sin embargo, se está tan desarrollado a los 3 meses de vida que ya se percibe el dolor y se tiene la capacidad de retirarse de la punta de una aguja si se hubiese tocado{1172}.

Estos conceptos, revelados gracias a la experimentación y que conforman algunos de los “sentimientos” de las madres, engendran nuevas actitudes con respecto a la gestación y al nacimiento. Deberían generar más compromiso de la sociedad frente a la madre gestante sin posibilidad de acceder a la asistencia médica adecuada: su estado

emocional es tan importante como sus condiciones físicas apropiadas para la maternidad.

El Estado debería ofrecer a las madres gestantes la posibilidad de llevar a buen fin su embarazo, brindándoles los requisitos y condiciones mínimas para el buen desarrollo de sus hijos dentro del vientre{1173}; esto implica una buena alimentación, tranquilidad social y económica, seguridad, etc., pues, aunque parezca exagerado, es absolutamente cierto que un estado emocional inadecuado de la madre (sufrimiento, estrés, inseguridad, etc.) puede afectar el embrión o feto de manera considerable; esto debido a que una alteración emocional fuerte de carácter negativo produce cambios bruscos hormonales, los cuales repercuten en su hijo, transmitidos por la corriente sanguínea. El sistema endocrino se ve la mayoría de las veces afectado por los cambios emocionales en las personas.

Por otra parte, ha cambiado la posición médica frente al feto, cuando es necesario intervenirlo quirúrgicamente para modificar alguna anomalía congénita; ahora se toma en cuenta su capacidad de sentir dolor debido a que posee terminaciones nerviosas, algunas en desarrollo, pero con posibilidad de transmitir sensaciones.

Samuel Alexander Armas es el feto más pequeño que ha sido operado hasta ahora. Padecía de una anomalía llamada espina bífida, que tiene un origen aún no determinado, pero que deja la columna vertebral abierta, lo que inevitablemente daña la médula espinal. Por lo general los niños quedan inválidos y para moverse arrastran sus extremidades inferiores. La nueva técnica permite sacar al feto del útero materno, operarlo, reinsertarlo e introducirlo nuevamente en el útero de la madre{1174}.

El Dr. Joseph Bruner , médico cirujano que realizó está operación en Estados Unidos, nos plantea: “uno de los impactos de esta nueva técnica es que agrega una perspectiva al tema: en mi país, y creo que en casi todos los países, el feto no tiene derechos legales ni identidad, pero con esta nueva técnica quirúrgica estamos desafiando estos conceptos. Si un médico puede diagnosticar y tratar un feto, ¡eso lo convierte en paciente! Y si el feto es un paciente, entonces es una persona [...] y las personas tienen derechos y privilegios y un status legal”{1175}.

Todo lo anteriormente mencionado determina que el Estado no se debe limitar a vigilar el cumplimiento de los deberes, sino que debe garantizar y desarrollar el soporte necesario para el libre uso de los derechos ciudadanos. Una maternidad sin riesgos: se traduce en asignaciones presupuestales y en priorizar la maternidad con asistencia dentro de sus programas sociales.

Pues bien, ante esta situación surgen claros cuestionamientos penalmente relevantes: ¿hasta qué punto la madre tiene la responsabilidad de cuidarse a sí misma para garantizar el pleno desarrollo del embrión en su útero, aceptando que éste es un ser individual e independiente de ella? En el mismo sentido, ¿Qué responsabilidad se genera para las personas diferentes a la madre que incidan negativamente en la salud del feto? Es obvio que tanto a la madre como a terceros les puede asistir responsabilidad penal por las lesiones causadas sobre el feto, y de allí que la necesidad de suministrar protección penal al bien jurídico integridad personal de que éste es titular venga a ser satisfecha por el delito de lesiones al feto como tipo penal básico{1176}.

1. EL BIEN JURÍDICO

Las actividades terapéuticas, quirúrgicas y de investigación{1177}, como también la degradación de la violencia en Colombia, hacen cada vez más vulnerable al producto de la concepción. Las posibilidades de afectación ya no sólo se limitan a su muerte sino también a la integridad física y psíquica, que algunos, indebidamente, las limitan al período comprendido entre el tercer mes del embarazo y el nacimiento{1178}.

Prácticamente se impone en la doctrina la idea de que el bien jurídico protegido es la integridad física y psíquica del feto. Algunos derivan su relevancia de la importancia de éstas cuando la criatura adquiera vida independiente y el futuro que le espera a partir de tal momento{1179}. Es cierto: si el nasciturus es digno de protección constitucional también cobra importancia la protección de su integridad

personal durante tal etapa, sólo que, igualmente, y dado el estadio de vida en que se encuentra, al proyectarse la misma las lesiones que sufra pueden constituirse en un peso mayor cuando adquiera status de vida independiente.

Romeo Casabona da cuenta de un sector de la doctrina que estima más grave la producción de lesiones al feto que su muerte, puesto que aquellas "habrá de padecerlas durante toda su vida"{1180}.

Tal criterio se explica no sólo por los alcances del bien jurídico protegido visto en proyección cuantitativa y cualitativa de la vida, sino también, y allí con un argumento práctico, con la consideración de que la ley dispensa una mayor protección a la integridad personal que a la vida del nasciturus, habida cuenta que no es punible el aborto culposo y en cambio sí las lesiones culposas al feto (art. 126 C. P.) y, especialmente en el campo cuantitativo de la pena, la sanción de las lesiones al feto es mayor que la del aborto (arts. 122 y 125 ibíd.).

2. EL TIPO OBJETIVO

La descripción típica del artículo 125 del C. P. dispone: "El que por cualquier medio causare a un feto daño en el cuerpo o en la salud que perjudique su normal desarrollo, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años".

a. LOS SUJETOS

El sujeto activo se identifica con el del homicidio simple.

También, mutatis mutandi, al igual que en el homicidio simple, se presentan los fenómenos de la autoría material, autoría mediata y coautoría material propia e impropia.

El sujeto pasivo es el nasciturus, esto es, el producto de la concepción. El tipo es monosubjetivo: en consecuencia, si existe un embarazo múltiple habrá un concurso material homogéneo de lesiones al feto en función de cuántos hayan sido afectados.

b. EL OBJETO MATERIAL

Para efecto de las lesiones al feto, por éste debe entenderse, en sentido amplio, por tanto como concepto jurídico, “el embrión desde su implantación o anidación en el útero materno y el feto en sentido estricto”{1181}.

El objeto material es el feto, y como tal se entiende tanto el embrión implantado como el feto propiamente dicho. Tal es la noción de feto que aplica Pacheco Osorio para la temática del aborto{1182}.

c. EL OBJETO JURÍDICO

Es la integridad física y psíquica del feto en el ámbito de la vida dependiente.

d. LA CONDUCTA Y EL RESULTADO

Se predican de las lesiones al feto todas las consecuencias dogmáticas que respecto de la conducta y el resultado se efectuaron para el homicidio simple. Habría que hacer algunas aclaraciones.

Podría decirse, en rigor jurídico, que la acción de lesionar no apunta sin más a la causación de un daño como tal, bien

en lo físico o en lo psíquico, sino irrefutablemente al menoscabo de la integridad o salud del feto.

Ello impone considerar, desde un principio, que no todos los daños en el cuerpo o en la salud pertenecen al ámbito de prohibición del tipo.

Así mismo, en las lesiones al feto existe una calificación del resultado, se exige una antijuridicidad material especial, matizada por exigencias de calidad, debido al tratamiento especial que recibe el bien jurídico de la integridad personal en la etapa de la vida dependiente.

No es cualquier daño físico o psíquico el que entra en el ámbito de protección del tipo: sólo adquiere relevancia punible cuando la antijuridicidad material está representada por un resultado especial: daño en el cuerpo o en la salud "que perjudique su normal desarrollo".

Por ello, los estereotipos de afectaciones consagradas en el ámbito de las lesiones personales sólo servirán en este aparte como referencias, pero no como criterios para determinar cuándo se está frente a una lesión al feto. Significa lo anterior que en realidad no existe una graduación del desvalor de resultado en este tópico diferente a la que responde al principio de fragmentariedad rígidamente entendido.

e. DETERMINACIÓN, COMPLICIDAD, TENTATIVA,

COMISIÓN POR OMISIÓN Y TIPO SUBJETIVO

Respecto de la determinación, complicidad, tentativa, comisión por omisión y tipo subjetivo, incluyendo el error de tipo invencible y vencible, también, mutatis mutandi, se aplican las consideraciones dogmáticas efectuadas para el homicidio simple.

Como ya se anotó, si lo perseguido es la causación del aborto, pero esto no se logra, causándole al feto de todos

modos lesiones punibles, el tipo que deberá imputarse es el de lesiones al feto.

f. OTRAS MODALIDADES DE IMPUTACIÓN SUBJETIVA

No existe posibilidad jurídica de admitir las lesiones preterintencionales al feto, habida cuenta que, siendo uno sólo el resultado sin posibilidad de graduarlo tipo por tipo, como en las lesiones, cualquier extensión del resultado respecto del fin perseguido es asunto que se trata como tema de la antijuridicidad material. Asi mismo, el tipo culposo de lesiones al feto sigue los derroteros de lo expresado para el homicidio culposo, salvo, claro está, en lo atinente al especial tratamiento que recibe el resultado.

Finalmente, cuando se tratare de lesiones al feto en la modalidad de imputación subjetiva culposa (art. 126 C. P.) y el sujeto activo fuere la madre embarazada, se podrá prescindir de la sanción penal cuando no resulte necesaria (arts. 3.° inc. 2.° y 34 inc. 2.° ibíd.).

BIBLIOGRAFÍA

[http://www.cidh.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141b.htm].

Alexy, Robert . Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Angoitia Gorostiaga, Víctor. Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos, adrid, Marcial Pons, 1996.

Atienza, Manuel. Derecho y argumentación, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.° 6, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

Arenas, Antonio Vicente. Comentarios al nuevo Código Penal. Parte especial, t. 11, vol. 11, Bogotá, Temis, 1981.

Arenas, Antonio Vicente. Avances de la Medicina y derecho penal, Barcelona, ppu, 1988.

Bacigalupo, Enrique. Los delitos de homicidio, Bogotá, Temis, 1989.

Barbosa Castillo, Carlos Arturo. Anticoncepción. Los anovulatorios, Médico y Cirujano General, Asesor de la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, Documento preparado a solicitud de los autores, Bogotá, 2002.

Barrera Domínguez, Humberto. Delitos contra la vida y la integridad personal, Bogotá, Librería del Profesional, 1994.

Benda, Ernesto et al. Manual de derecho constitucional, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, 1996.

Berdugo Gómez de La Torre, Ignacio. Estudios sobre el delito de lesiones, Monografías de Derecho Penal, n.° 4,

Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989.

Blázquez Ruiz, Javier. Derechos humanos y Proyecto Genoma, Granada, Comares, 1999.

Buergenthal, Tomás. International Human Rigths in a Nutshell, 2.a ed., West Group, 1990.

Busnel, Marie Claire. Label France, Laboratorio de Psicobiología del Desarrollo, París, 1999.

Casas Sánchez, Juan de Dios y María Soledad Rodríguez Albarrán. Manual de medicina legal y forense, Madrid, Colex, 2000.

Cobo del Rosal, Manuel. Curso de derecho penal español. Parte especial, ii, Madrid, Marcial Pons, 1997.

Córdoba Triviño, Jaime. Derecho penal internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo Código Penal colombiano, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001.

“Crímenes contra la Humanidad y genocidio”, en XII Seminario “Duque de Ahumada”, Madrid, Dirección General de la Guardia Civil, 2001.

Choclán Montalvo, José Antonio y Angel Calderón Cerezo. Derecho penal. Parte especial, t. ii, Barcelona, Bosch, 1999.

Davidoff, Linda. Introduction to Psychology, usa, McGraw Hill, 1987.

Díez Ripollés, José Luis y Luis Gracia Martín . Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993.

El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos, libro homenaje a Angel Torío López , Granada, 1999.

Farfán Molina, Francisco. Eutanasia, derechos humanos y ley penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996.

Finger, William R. “La anticoncepción después del acto sexual”, en Network en español, vol. 21, n.° i, 2001.

Finger, William R. “Mecanismo de acción”, en Network en español, vol. 21, n.° i, 2001.

Finzi, Marcelo. El delito preterintencional, Buenos Aires, Depalma, 1981.

García MaaNón, Ernesto y Alejandro Antonio Basile. Aborto e infanticidio, Buenos Aires, Universidad, 1990.

Gil y Gil, Alicia. Derecho penal internacional, Madrid, Tecnos, 1999.

Giraldo, César Augusto. “El trasplante de órganos”, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, n.os 16 y 17, Medellín, 1985.

Giraldo, César Augusto . Medicina forense, Medellín, Señal, 1994.

Gómez Méndez, Alfonso. Delitos contra la vida y la integridad personal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

Gómez Méndez, Alfonso. Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal-Exposición de motivos, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 1998.

Gómez Méndez, Alfonso. Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización, Bogotá, Fiscalía General de la Nación y Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

Gracia Martín, Luis et al. Comentarios al Código Penal. Parte especial, i, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

Gutiérrez Anzola, Jorge Enrique. Delitos contra la vida y la integridad personal, Bogotá, Temis, 1956.

Horne, J. A. “A Review of the Biological Effects Patogen Elements in the Feto”, en Biological Psychology, 2001.

Hoyos Castañeda, Ilva. La persona y sus derechos, Bogotá, Temis, 2000.

Hurtado Oliver, Xavier. El derecho a la vida, ¿y a la muerte?, México, Porrúa, 1999.

Hurtado Pozo, José. Manual de derecho penal. Parte especial, i, “Homicidio”, Lima, Juris, 1995.

Langman, Jan. Embriología médica, México, Interamericana, 1979.

Lirola Delgado, Isabel y Magdalena Martín Martínez. La Corte Penal Internacional, Justicia versus Impunidad, Barcelona, Ariel, 2001.

Lock, Stephen y Anthony Smith. Diccionario médico familiar, México, Selecciones del Reader’s Digest, 1982.

Lüttger, Hans. Medicina y derecho penal, Madrid, Edersa, 1984.

Lleras de La Fuente, Carlos et al. Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia, Bogotá, Cámara de Comercio, 1992.

Maggiore, Guiseppe. Derecho Penal, t. iv, Bogotá, Temis, 1989.

Marcos del Cano, Ana María. La eutanasia, Madrid, Marcial Pons, 1999.

Mesa Velásquez, Luis Eduardo. Delitos contra la vida y la integridad personal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979.

Montealegre Lynett, Eduardo . “El deber de cuidado en la actividad médica”, en Opiniones del Foro, Proditécnicas, 1988.

Moore-Persaud. Embriología clínica, México, McGraw-Hill Interamericana, 2001.

MuNoz Conde, Francisco. Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.

NúNez Paz, Miguel Angel. Historia del derecho a morir, Oviedo, Forum, 1999.

NúNez, Ricardo C. Manual de derecho penal. Parte especial, Córdoba, Marcos Lerner, Córdoba, 1999.

Papalia E., Diana. Desarrollo humano, McGraw Hill, México, 2001.

Pérez, Luis Carlos. Derecho penal. Parte especial, t. v, Bogotá, Temis, 1986.

Peris Riera, Jaime Miguel. La regulación de la manipulación genética en España, Madrid, Civitas, 1995.

Peris Riera, Jaime. La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

Perspectivas penales, Bogotá, colección Pequeño Foro, 1984.

Prieto de Pedro, Jesús. Cultura, culturas y Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

Problemas de la eutanasia, Madrid, Universidad Carlos iii de Madrid y Dykinson, 1999.

Quintano Ripollés, Antonio. Curso de derecho penal, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963.

Quintero Olivares, Gonzalo y Fermín Morales Prats (coords.). “El nuevo derecho penal español”, en Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Arazandi, 2001.

Quintero Olivares, Gonzalo et al. Comentarios a la parte especial del derecho penal, Pamplona, Aranzadi, 1999.

Ranieri, Silvio. Manual de derecho penal, t. v, Bogotá, Temis, 1975.

Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, n.os 21 y 22, Medellín, Lealon, 1991.

Revista colombiana de obstetricia y ginecología, vol. 43, n.° 2, abril-junio de 1992, Sociedad Colombiana de Obstetricia y Ginecología.

Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, vol. 46, n.° i, enero-marzo de 1995, Sociedad Colombiana de Obstetricia y Ginecología.

Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, vol. 50, n.° 4, octubre-diciembre de 1999, Sociedad Colombiana de

Obstetricia y Ginecología.

Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, vol. xi, n.° 19, Medellín, Lealon, i9[8]5.

Revista del Instituto de Medicina Legal de Colombia, año 3, vol. iii, n.° i, julio de 1978.

Revista del Instituto de Medicina Legal de Colombia, año 4, vol. iv, n.° 2, Bogotá, 1979.

Rodríguez Mourullo, Gonzalo y Agustín Jorge Barreiro. Comentarios al Código Penal, Madrid, Civitas, 1997.

Romeo Casabona, Carlos María. El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

Romeo Casabona, Carlos María. La insostenible situación del derecho penal, Granada, Comares, 2000.

Roxin, Claus. La protección de la vida humana mediante el derecho penal, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2002.

Solomón, E. P. Human Anatomy and Physiology, Philadelphia, Saunders College, 1983.

Sanguino Madariaga, Alirio. Trasplantes de órganos y sus implicaciones médico legales, Medellín, Lealon, 1987.

Shlomo Lipitz y Shlomo Mashiach. “Gestación múltiple”, en Foro de Ginecología, vol. 3, n.° i, 2000.

Solis, Enrique . Observaciones sobre el delito de genocidio, tomado de [http://comunidad.derecho.org/enriquesolis/genocidi.htm].

Tamby Raja, R. L. “Gestaciones múltiples-problemas múltiples”, en Foro de ginecología vol. 3, n.° i, 2000.

Toledano Toledano, Jesús. Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España, Barcelona, Atelier Penal, 1999.

Torío López, Angel y Angel Sánz Moran, en Revista de Derecho Penal, n.° i, Valladolid, Lex Nova, 2000.

Uriza Gutiérrez, Germán. Planificación familiar, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1992,

Vidal Marciano. Bioética. Estudios de bioética racional, Madrid, Tecnos, 1994.

Vives Antón, Tomás Salvador. Comentarios al Código Penal de 1995, vol. 1, Valencia,

Tirant lo Blanch, 1996.

Wassermann, P. M. “Fertilization in Mammals”, en Scientific American, vol. 253, n.° 4, octubre de 1985.

Wilde, R. Tratamientos en el feto, ciencia y técnica, Madrid, 2002.

{1} Cfr. Alfonso Gómez Méndez . “Proyecto de Código Penal”, en Derecho Penal y Criminología, n.° 64, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 297.

{2} Hernando Barreto ARDILA. Administración de justicia penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 54.

{3}. Sobre el alcance de la disposición en asuntos administrativos, téngase en cuenta el ámbito de protección del bien jurídico cuando se trató el objeto de amparo.

{4} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de marzo del 2002, M. P.: ALVARO ORLANDO Pérez Pinzón.

{5} Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible. Johanesburgo, 26 de agosto de 2002.

{6} Aquel cambio en el clima producido por el hombre.

{7} Sobre el tema véase Antonio Vercher Noguera . “La evolución del delito contra el medio ambiente a través de la jurisprudencia”, en Derecho y Medio Ambiente, vol. II , n.° 8, octubre / diciembre, 2001, pp. 635 y 636.

{8} Eduardo Montealegre Lynnet . “Imputación objetiva en el ámbito empresarial”, en iv Seminario sobre filosofía y

derecho contemporáneo. Problemas actuales del funcionalismo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 26 al 29 octubre, 2004.

{9} Alfonso Reyes Echandía. Derecho penal, Bogotá, Temis, 1999, p. 107.

{10} Fernando Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal, Bogotá, Temis, 2002, p. 274.

{11} Entendida como “norma de valoración” que “pretende de parte de los ciudadanos la realización de un determinado comportamiento o la abstención de cierta conducta, valiéndose para ello de la “emisión” de un mensaje de mandato o de prohibición, es porque respectivamente la omisión o la conducta que pretende no sean realizadas, son socialmente negativas y en cuanto tales portadoras de un determinado contenido de desvalor, que en el acto de tipificarlas es reconocido por el legislador”. Alfonso Cadavid Quintero. Introducción a la teoría del delito, Medellín, Biblioteca Jurídica diké, 1998, p. 194.

{12} Juan Bustos ramírez. Manual de derecho penal. Parte general, Barcelona, PPu, 1994, p. 270.

{13} miguel Patiño Posse. Derecho ambiental colombiano, Bogotá, Legis, 1999, p. 25.

{14} Juan Bustos Ramírez. Manual de derecho penal. Parte especial, Barcelona, Ariel, 1991, p. 259.

{15} yesid ramírez Bastidas. El derecho ambiental, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 76.

{16} antonio cancino moreno, claudia lóPez díaz et al. Derecho penal. Parte especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979, p. 172.

{17} Corte Constitucional. Sentencia C-221 de 1997, M. P.: aleJandro martínez caBallero.

{18} Costanza, R. et al. “The value of the world’s ecosystem services and natural capital”, en Nature, 387, 1997, pp. 253-260.

{19} Juan Bustos Ramírez. Manual de derecho penal. Parte especial, cit., p. 260.

{20} Julio enrique gonzÁlez villa. Derecho ambiental colombiano, t. i, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 125.

{21} Corte Constitucional. Sentencia T-171 de 1994, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo .

{22} mauricio H. liBster. Delitos ecológicos, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 3

{23} Corte Constitucional. Sentencia C-843 de 1999, M. P.: aleJandro martínez caBallero. En aquella oportunidad la Corte expresó: “Como puede observarse, escapando a todos los principios del derecho penal y contrariando las garantías constitucionales de la libertad y del debido proceso, el juez resulta autorizado por la norma para imponer, si quiere, ‘sanciones privativas de la libertad’. Es cierto que alguien podría afirmar que esas penas son las mismas señaladas en los artículos 189 a 191 y 197 del Código Penal, pero no está claro que lo sean, pues de la letra de la norma no surge esa relación. Y en derecho penal no puede admitirse la analogía ni la extensión de unas normas a otras para la consagración de penas. Además en un Estado de derecho (art. i.° C. P.) lo debido es que las penas, dados los supuestos de los delitos a los que corresponden, se apliquen; no que el juez decida si las aplica o no, y menos que pueda escoger la pena aplicable, entre varias posibles. Por todo ello la Corte considera que laVista Fiscal acierta en señalar que la norma acusada desconoce el principio de legalidad, puesto que las penas no están claramente determinadas”.

{24} Diccionario de la naturaleza. Espasa y El Espectador.

{25} A manera de ejemplo de tal autorización, se encuentran las licencias ambientales consagradas en el Código de Recursos Naturales, las cuales deben ser obtenidas de manera previa en el caso de construc ciones en zonas de reserva forestal, siempre y cuando no se afecten los recursos naturales. Decreto 2811 de 1974, artículo 208.

{26} Fernando velÁsquez velÁsquez. Manual de derecho penal, Bogotá, Temis, 1994, p. 345.

{27} Norberto DE LA Mata Barranco . “Derecho comunitario y derecho estatal en la tutela penal del ambiente”, en

Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología, RECPC , 2 de abril de 2000.

{28} Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Acción Popular n.° 01-479. Accionantes: Gustavo Moya ANGEL y otros; Accionados: Empresa de Energía de Bogotá y otros. M. P.: Nelly Yolanda vILLAMIZAR DE Peñaranda . Proveído objeto de apelación ante el Consejo de Estado.

{29} AUPEC. "Hongos: riqueza de la naturaleza poco explorada", en Ciencia al día, Cali, Universidad del Valle, 2007.

{30} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de veinte (20) de febrero de dos mil ocho (2008). Proceso n.° 23538. M.P.: Julio Enrique SOCHA SALAMANCA.

{31} ALfonso Reyes Echandía. Derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1990, p. 114.

{32} Fernando vELÁSQUEZ vELÁSQUEZ. Manual de derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 2002, p. 285.

{33} Ibíd, p. 26o

{34} Cfr. Ramírez Bastidas. Ob. cit., p. 81.

{35} Artículo 27o.

{36} De acuerdo con la Unión Mundial para la Naturaleza (uicn) se consideran nueve categorías de estado de conservación de las especies, que hoy constituyen un patrón internacional: (Ex) Extinta, (ew) Extinta en Estado Silvestre, (cr) en Peligro Crítico, (en) en Peligro, (vu) Vulnerable, (NT) Casi Amenazada, (lc) Preocupación Menor, (DD) Datos Insuficientes y (ne) No Evaluada. Cuando se habla de especies amenazadas de extinción se consideran aquéllas que se incluyen en las categorías: en Peligro Crítico, en Peligro y Vulnerable. En: www.iucn.org, sitio web oficial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales.

{37} Cfr. Patiño Posse. Ob. cit., p. 32.

{38} "Frente a la incompatibilidad entre el monto de la multa consagrada en letras y números del texto original, atendiendo al principio de favorabilidad, el incremento se efectuó sobre el menor valor: cien (100) salarios mínimos legales vigentes". En: Ley 599 de 2000. Código Penal. www.secretariasenado. gov.co

{39} Cfr. Ramírez Bastidas. Ob. cit., p. 88.

{40} Paz M. de la Cuesta Aguado. La prueba en el delito ecológico, Madrid, Tecnos, 1995, p. 11.

{41} Sobre el tema se recomienda la Sentencia de constitucionalidad C-674 del 18 de noviembre de 1998. M. P.: Eduardo Gfuentes Muñoz .

{42} cAMILO sAMPEDRO Arrubla. “Responsabilidad penal de la persona jurídica por daños al medio ambiente”, en Responsabilidad por daños al medio ambiente, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 335 y ss.

{43} Fernando vELÁSQUEZ vELÁSQUEZ . “La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho colombiano”, en Derecho penal y criminología, n.° 62, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

{44} Cfr. sAMPEDRO Arrubla . Ob. cit., p. 367.

{45} Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de septiembre de 2000. Proceso n.° 15659, M. P.: CARLOS E. Mejía Escobar .

{46} Cfr. De LA CUESTA Aguado . Ob. cit., p. 15.

{47} Sin embargo, respecto del Código Penal español se determina que las conductas punibles referentes a los recursos naturales y medio ambiente son de peligro con la finalidad de proteger bienes jurídicos de preponderante interés colectivo, universal o institucional. Al respecto, Antonio Vercher Noguera. “La evolución del delito contra el medio ambiente a través de la jurisprudencia”, en Derecho y Medio Ambiente, vol. 11, n.° 8, octubre / diciembre 2001, pp. 62o, 622 y ss.

{48} Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del i de junio de 2006. Radicado: 21877, M. P.:

Marina Pulido DE Barón .

{49} Una minuciosa explicación de lo tratado es expuesta por RAMIREZ BASTIDAS. Ob. cit., pp. 96 y ss.

{50} Artículo 2.°.

{51} Corte Constitucional. Sentencia C-150 de 2005, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

{52} Camilo aAMPEDRO Arrubla. “Consideraciones político-criminales en torno al derecho penal ambiental”, en Justicia ambiental, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 456.

{53} Julio cÉSAR Rodas Monsalve . “Delitos contra el medio ambiente en el Código Penal colombiano”, en Derecho Penal y Criminología, n.° 59, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

{54} Código de Recursos Naturales. Artículo 271.

{55} Artículo 273.

{56} Artículo 250

{57} Constitución Política de Colombia. Artículo 33o, numeral 5.°.

{58} En la actualidad habitan dos resguardos indígenas en los límites de Manaure, municipio ubicado en el departamento de La Guajira.

{59} Corte Constitucional. Sentencia C-620 de 2003, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

{60} Dentro de este texto Leonardo Cruz Bolívar se ocupa de los delitos contra la seguridad pública, donde se plantea la problemática aludida.

{61} Hernán A. Olano García . Constitución Nacional de Colombia e historia constitucional, 5.a ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2001, pp. 451 y ss.

{62} Francisco José Ferreira. Delitos contra la administración pública, 3.ª ed., Bogotá, Temis, 1995 .

{63} Antonio Vicente Arenas. Comentarios al Código Penal colombiano. Parte especial, t. 1, Bogotá, abc, 1969 , pp. 96 y ss.

{64} Actas del nuevo Código Penal colombiano, Luis Carlos Marín (dir.), Pequeño Foro, p.273 .

{65} Vásquez Abad. Ob. cit.

{66} Código Penal, Ley 599 de 2000 , Bogotá, Librería del Profesional, 2001 , p. 15 .

{67} Anales del Consejo de Estado, 16 de julio de 1942 n.º 137 , pp. 148 y ss.

{68} Jesús Bernal Pinzón. Delitos contra la administración pública, Bogotá, Temis, 1965, pp. 16 y ss.

{69} José María Rodríguez Devesa. Derecho penal español. Parte general, Madrid, Gráficas Carasa, pp. 1074 y ss

{70} Daniel Carrera P. El peculado, Buenos Aires, De Palma, 1968, pp. 180 y ss.

{71} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del io de febrero de 1981 M. P.: Luis Enrique Romero Soto .

{72} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia del 20 de noviembre de 198o, M. P.: Alfonso Reyes Echandía .

{73} Sebastián Soler. Derecho penal argentino, t. v, i .a reimp., Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1951, pp- 96 y ss.

{74} Gustavo Humberto Rodríguez. El peculado, Tunja, Contraloría Departamental de Boyacá, 1966, pp. 39 y ss.

{75} Rodríguez Devesa. Derecho penal español, cit., pp. 1134 y ss.

{76} Hernán A. Olano García . Constitución Nacional de Colombia e historia constitucional, 5.a ed., Bogotá, Doctrina y Ley, 2001, art. 338.

{77} Rodríguez. El peculado, cit., pp. 76 y ss.

{78} Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Providencia del 17 de julio de 1958 , proceso contra García Sánchez.

{79} Jaime Arroyabe . El peculado, Pereira, Mundial, 1951, pp. 168 y ss.

{80} Bernal Pinzón. Delitos contra la administración pública, cit.

{81} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 19 de agosto de 1976, M. P.: Mario Alario di Filippo, en Gaceta Judicial, n.° 2393, t. CLII, segunda parte, pp. 464 y ss.

{82} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia del 9 de julio de 196o, en Gaceta Judicial, n.os 228 y 229, pp. 2i3 y ss.

{83} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Fallo del 8 de agosto de 1958, M. P.: Gabriel Carreño Mallarino, en Gaceta Judicial, n.os 2199 y 2200, pp. 17o y ss.

{84} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Providencia del 29 de mayo de 2002 , M. P.: Fernando E. Arboleda Ripoll.

{85} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 14 de noviembre de 1980 , M. P.: Velásquez Gaviria.

{86} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 10 de febrero de 1981, M. P.:Luis Enrique Romero Soto .

{87} Enrique Ramos Mejía . El delito de concusión (Exigencias de dádivas en el ámbito de la función pública), Buenos Aires, De Palma, 1963, pp. 81 y ss.

{88} Bernal Pinzón. Delitos contra la administración Pública, cit., pp. 68 y ss.

{89} Francesco Antolisei. Manuale di diritto penale. Parte speciale, 6.a ed., Milano, Giuffrè, 1972.

{90} Ramos Mejía. El delito de concusión, cit., pp. 65 y ss.

{91} Arnoldo García Iturbe. Delitos contra la administración pública, colección Tesis de Doctorado, vol. vili, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1969, pp. 60 y ss.

{92} Vincenzo Manzini. Tratado de derecho penal, t. viii, Buenos Aires, Diar, 1961 , pp. 81 y ss.

{93} Erleans de Jesús Peña Ossa. Delitos contra la administración pública, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, pp. i65 y ss.

{94} Alfonso Gómez Méndez. Delitos contra la administración pública, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000 , pp. 181 y ss.

{95} Carlos Mario Molina Arrubla. Delitos contra la administración pública, Dike, 1955 , p. 39 .

{96} Ob. cit., pp. 212 y ss.

{97} Molina Arrubla. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 47 y ss.

{98} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de julio de 1999 , M. P.: Jorge A. Gómez Gallego.

{99} Lina María Higuita Rivera. La responsabilidad penal del servidor público, Dike, 2001 , p. 172 .

{100} Ibíd., p. 173.

{101} Ibíd., p. 180

{102} Peña Ossa. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 230 y ss.

{103} Gómez Méndez. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 312 y ss.

{104} Higuita Rivera. La responsabilidad penal del servidor público, cit., 2001 , pp. 198 .

{105} Ibíd., p. 201.

{106} Ibíd., p. 200

{107} Peña Ossa. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 249 y ss.

{108} Higuita Rivera. La responsabilidad penal del servidor público, cit., p. 202

{109} Gómez Méndez. Delitos contra la administración pública, cit., p.234

{110} Ibíd., p.325 .

{111} Ibíd., p. 326 .

{112} Peña Ossa. Delitos contra la administración pública, cit., pp. 264 y ss.

{113} Gómez Méndez. Delitos contra la administración pública, cit., p. 350 .

{114} Cfr. Erich Fromm. El miedo a la libertad, s. d., pp. 334 y 335. Refiere este autor lo siguiente: " La única vía que, según nuestra opinión, puede seguirse para explicar esas tendencias hacia la justicia y la verdad, es la de analizar toda la historia social e individual del hombre. Descubrimos así que, para quien carece de poder, la justicia y la verdad constituyen las armas más importantes de la lucha dirigida a lograr la libertad y asegurar la expansión".

{115} Frase utilizada por Ken Wilber en La conciencia sin fronteras, Barcelona, Kairós, 1989, cap. 11.

{116} Estanislao Zuleta , en relación con esta perspectiva, anota: “Hay un problema serio: el que cree tener una verdad muy acabada suele tener la terrible tentación de imponérsela a todo el mundo por su bien, de conseguirle a todo el mundo sus soluciones y obligarlo a hacer todo lo que le convenga, quiéralo o no; se puede pasar de la razón exactamente al punto inverso: aquellos que han creído tener en la mano una verdad total han resultado supremamente peligrosos, sea la razón de la Revolución Francesa o sea la verdad de la historia de Rusia”. Y agrega más adelante: “... el momento de la revolución es el momento que cambia a la tierra y al hombre, y entonces desaparece el hombre viejo y viene el hombre nuevo que cambia la historia; el mito de un nuevo nacimiento es un mito hermosísimo y encantador, pero es también, sin embargo, un mito peligrosísimo, sobre todo cuando el hombre viejo, que es el único existente, lo empezamos a apresurar a que desaparezca por medio de campos de concentración y otros procedimientos; la cosa deja de ser poética y empieza a volverse terrorífica”. Concluye: “. se necesita hoy de una ética universal para que aprendamos a vivir la riqueza y el enriquecimiento que generan las diferencias, y nos alejemos de la unanimidad que ha producido siempre el terror”: “Ética, terror y revolución”, en Colombia: Violencia, democracia y derechos humanos, Bogotá, Altamir, 1991, pp. 66, 67, 69 y 72.

{117} Se refiere a quienes realizaban el voto de verdad para ejecutar la resistencia pasiva que lideraba Gandhi . El nombre que dio este líder a su lucha fue el de Satyagraha: de sat (verdad) y agraha (firmeza). “Satyagraha es, esencialmente, un arma de la verdad. Un satyagrahi está comprometido por la no-violencia, y, a menos que el pueblo observe ese principio en el pensamiento, en la palabra y en la acción, no puedo recurrir al satyagraha en las masas”. Cfr. Gandhi. Autobiografía. Madrid, Arkano Books, 2001, p. 438.

{118} Ibíd., pp. 44o y 441.

{119} Idem. En el vocabulario traduce Ahimsa como “no-violencia”, sin ejercer violencia alguna.

{120} En este párrafo sintetizamos los seis puntos que integran el ideario de la no-violencia que asumió Martin Luther King durante su lucha contra la discriminación racial en Estados Unidos. Reconoció Luther King que lo inspiró la filosofía de la resistencia no violenta del Mahatma Gandhi , la cual consideraba el único método moral y prácticamente sano que podían utilizar los oprimidos en su lucha por la libertad. Luego del atentado que sufrió en mayo de 1958, en Harlem —Nueva York—, Luther King viajó a la India. De su pensamiento son ilustrativas también las siguientes manifestaciones pacifistas: “Diremos a los enemigos más rencorosos: A vuestra capacidad para infligir el sufrimiento, opondremos la nuestra para soportar el sufrimiento. A vuestra fuerza física responderemos con la fuerza de nuestras almas. Haced lo que queráis y continuaremos amándoos. En conciencia, no podemos obedecer vuestras leyes injustas, porque la no-cooperación con el mal es, igual que la cooperación con el bien, una obligación moral. Metednos en la cárcel, y aún os amaremos. Arrojad bombas en nuestras casas, aterrorizad a nuestros hijos, y os amaremos todavía. Enviad en plena noche a nuestras comunidades a vuestros bandoleros para que nos apaleen y nos dejen medio muertos, y aún os amaremos”. Cfr. Antonio Gombi. Martin Luther King, Madrid, ccs, 1994, pp. 18, 71 a 72, 108 y 109.

{121} Cfr. Sófocles . Antígona.

{122} Refiere Gandhi en su Autobiografía, cit., p. 41o, que durante la campaña de Kheda (realizada por causa de que el Gobierno británico pretendía recaudar impuestos en esa región a los agricultores, pese a que la cosecha era inferior a lo que exigía la ley de impuestos para cobrar el tributo)

lideró un movimiento de resistencia pasiva (satyagraha), pero fue difícil hacer comprender a los agricultores "que los funcionarios no eran los dueños sino los servidores del pueblo, ya que recibían sus salarios del que pagaba los impuestos [...] La experiencia me ha enseñado que el problema de la conducta constituye la parte más difícil del satyagraha. Conducta en este caso no significa simplemente comportarse con amabilidad y hablar en forma cultivada, sino una cordialidad íntima y profunda, y el deseo de hacer un bien al adversario". Con este proceder el Mahatma pretendía que los agricultores, con sus manifestaciones no-violentas, hicieran comprender al Gobierno británico que su exigencia era injusta y que tal proceder solo traería resistencias por parte de la comunidad a apoyar las decisiones de las autoridades.

{123} Commonwealth of Nations traduce Comunidad de Naciones. Se trata de una organización internacional integrada por Gran Bretaña y sus antiguas colonias. El término apareció por primera vez en 1922 con el Tratado de Londres. En 1931, el Estatuto de Westminster estableció jurídicamente la British Commonwealth of Nations.

{124} Se trata de un grupo campesino que vive en el corregimiento de La India, cerca del municipio de Cimitarra (Santander), que desde 1974 entregaba una cuota de víctimas inocentes por los enfrentamientos entre la guerrilla, el ejército y los grupos de autodefensa. En mayo de 1987, los miembros de la comunidad decidieron reunirse y oponerse a las exigencias de los guerrilleros; más tarde hicieron lo mismo con el ejército y con los grupos de autodefensa. El II de junio de 1987, cinco mil campesinos manifestaron lo siguiente: "Nosotros hemos tomado la gran decisión de empuñar el arma de la razón y la unión para poder defendernos de este gran problema (la violencia). La organización campesina no pretende armarse para crear más violencia: pretende es seguir adelante con los brazos cruzados, luchando por medio de la unión y la razón contra los grandes peligros que nos asedian día a día [...] Queremos todos unidos protestar, repudiar y reclamar ante todo grupo armado que atropella nuestros derechos, con la

bandera de la paz en alto, sin disparar ni una sola arma, sin hacer ningún atentado terrorista contra nuestros semejantes.”. Esta iniciativa de pacificación tuvo éxito, e hizo merecedora a la ATCC del premio que otorga la organización sueca The Right Livelihood Award Foundation, conocido como el Premio Nobel Alternativo, en 199o. Durante el discurso pronunciado por uno de los representantes de la Asociación Campesina al recibir el premio, el 9 de diciembre, los miembros de la Asociación Campesina expresaron su sabiduría acerca de la filosofía de la no-violencia activa, sin inútil erudición: “para poder construir la paz y el desarrollo como nosotros los queremos tenemos que entender a quienes no nos entienden. Hoy sabemos que la comprensión de la incomprensión es una condición necesaria para que los cambios sociales que queremos se puedan realizar sin violencia”. Cfr. Alejandro Sanz DE Santamaría. El camino hacia la paz: ¿negociación y estrategia o comprensión y confianza?, inédito, octubre de 1998.

{125} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 2 de septiembre de 1999, M. P.: Jorge E. Córdoba Poveda , rad. 14751.

{126} En salvamento de voto a la sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997, proferida por la Corte Constitucional, los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero expresan que la postura democrática frente a los rebeldes se nutre de una filosofía pluralista, respetuosa del punto de vista ajeno, tolerante con proyectos políticos que contradicen sus postulados y sus metas, dejando a salvo el principio de legitimidad que rechaza toda posibilidad de acceso al poder por medios distintos a los establecidos en sus normas básicas. “Al rebelde no se le sanciona, en el contexto de esta ideología, por los proyectos que busca realizar, sino por los medios que emplea en esa búsqueda”; y agregan: “Las declaraciones de Filadelfia,Virginia y Francia recogen un legado ideológico que puede resumirse así: la disensión y la heterodoxia no son delitos sino derechos. Al discrepante armado se le debe sancionar por armado, pero no por discrepante...”.

{127} Sobre el tema cfr. Luis Carlos Pérez . Derecho penal. Partes general y especial, t. III, Bogotá, Temis, 1986, pp. 139 a 143.

{128} Cfr. Luis Carlos Pérez. Los delitos políticos. Interpretación jurídica del 9 de abril, Bogotá, Iqueima-Distribuidora Americana de Publicaciones, 1948, p. 17.

{129} El derecho de asilo para los delitos políticos tiene su fundamento en el artículo 14.I de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual establece que, "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país", excepto si se trata de una acción judicial originada "por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas" —art. 14.2—. La reglamentación básica del derecho de los asilados y refugiados es la Convención de Ginebra del 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York del 31 de enero de 1967. En el contexto americano deben mencionarse: la Convención de La Habana sobre Derecho de Asilo del 20 de febrero de 1928, modificada por la Convención de Montevideo del 26 de diciembre de 1933; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXVIL), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 22). En la Comunidad Europea, para la cual rige la Convención de Ginebra de 1951 y su Protocolo de 1967, también se aplica el Convenio de Dublín del 15 de junio de 199o.

{130} Cfr. Antonio Vicente Arenas. Comentarios al Código Penal colombiano. Parte especial, t. II, 6.a ed., Bogotá, Temis, 1986, pp. 19 y 20. Se refiere básicamente a las conductas que impiden intervenir en los diversos mecanismos de participación democrática enumerados en el artículo 103 de la Constitución Política.

{131} Así lo expuso la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en concepto del 26 de mayo de 1982; aunque debe decirse que esta inclusión no se ha hecho en sentencias posteriores y tampoco en los textos consultados.

{132} La no extradición por delitos políticos ha sido recogida en múltiples convenios y tratados internacionales. Pueden ser mencionados los siguientes, ratificados por Colombia: "Convenio contra el terrorismo y la extorsión con trascendencia internacional" del 2 de febrero de 1971, aprobado con la Ley 195 de 1995; Tratado multilateral de extradición, VIL Conferencia Internacional Americana, aprobado con la Ley 74 de 1935 (art. 3.° lit. c, y art. 17 lit. c); Acuerdo multilateral de extradición, Primer Congreso Bolivariano, aprobado con la Ley 26 de 1913 (art. IV); Tratado de extradición entre Colombia y España, aprobado con la Ley 35 de 1892, art. 5.°; tratado de extradición entre Colombia y la Gran Bretaña, aprobado con la Ley 148 de 1888.

{133} Procede la amnistía propia, es decir aquella que extingue la acción penal pero deja subsistente la responsabilidad civil; esto sucede antes de la ejecutoria de la sentencia. Así mismo es viable la amnistía impropia, que extingue la sanción penal, no la responsabilidad civil, y se aplica con posterioridad a la ejecutoria de una sentencia condenatoria. Su reconocimiento es atribución exclusiva del Congreso de la República, siempre que existan graves motivos de conveniencia pública; estos motivos son de carácter político y deben reflejar el sentir de los ciudadanos. Así mismo se exige que la ley de amnistía sea aprobada por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara; exigencia esta que en la Constitución se ha previsto solamente en dos casos: el otro se encuentra en el inciso 4º del artículo 212 de la Constitución. El artículo 150 numeral 17 de la Constitución incluye dentro de las funciones del Congreso la siguiente: "Conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia

pública, amnistías o indultos generales por delitos políticos. En caso de que los favorecidos fueren eximidos de la responsabilidad civil respecto de particulares, el Estado quedará obligado a las indemnizaciones a que hubiere lugar".

{134} El indulto extingue la sanción penal, no el delito ni la responsabilidad civil. Cobija el indulto propio, que es aquel que se concede al momento de proferir la sentencia condenatoria respectiva, y el impropio, cuando se reconoce con posterioridad. El numeral 2 del artículo 201 de la Carta autoriza al Gobierno para "conceder indultos por delitos políticos, con arreglo a la ley, e informar al Congreso sobre el ejercicio de esta facultad. En ningún caso estos indultos podrán comprender la responsabilidad que tengan los favorecidos respecto de los particulares". Esta facultad procede de la tradicional prerrogativa que tenían los soberanos de ejercer el "derecho de gracia" para perdonar a los condenados, una vez las autoridades judiciales les hubieran juzgado y fijado el castigo. De conformidad con lo previsto en la norma citada y en el artículo 150 numeral 17 de la Constitución Política, solo el Congreso de la República puede conceder indultos generales; el Gobierno tan solo podrá concederlos en casos individuales, siempre que exista una ley que lo faculte para ello y, además deberá informar al Congresocada vez que la ejerza. Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-179 del 13 de abril de1994, M. P.:Carlos Gaviria Díaz.

{135} Como bien lo recuerdan los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero en su salvamento de voto a la sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1987 , proferida por la Corte Constitucional: "... durante el siglo xix, la doctrina, la legislación y la jurisprudencia concluyeron que la única manera de conferir penas más leves a los alzados en armas era considerar que la rebelión era un delito complejo, de suerte que los otros hechos punibles cometidos en función del combate armado quedaban subsumidos, como delitos medios, en la rebelión como tal. Tal fue la fórmula adoptada, durante la Regeneración, por el Código Penal de 1890 , el cual

señalaba en su artículo 117 lo siguiente: 'Se considerarán como parte de la rebelión los actos consiguientes al objeto de este delito, como ocupación de armas y municiones, llamamiento de hombres al servicio de las armas, separación de sus funciones a los encargados de la autoridad, ejercicio de las funciones atribuidas por las leyes a los diferentes empleados o autoridades, resistencia a viva fuerza a las otras que obran a nombre de la autoridad pública y, finalmente, distribución y recaudación de contribuciones de carácter general, en las cuales se grave a los individuos sólo en consideración a su riqueza'. Durante el siglo XX, el trataminto punitivo favorable se realizó en nuestro país instituyendo la conexidad o exclusión de responsabilidad por los delitos cometidos en combate por los rebeldes o sediciosos, que es un dispositivo jurídico que cumple la misma función que la definición del delito político como una conducta compleja, que subsume los otros hechos punibles. Así lo estableció el artículo 141 del estatuto penal de 1936 y la norma demandada en la presente ocasión –art. 127 C. P. de 1980 –". {136} Al tenor del artículo 49 del Código Penal de 1936, el confinamiento consistía en "la obligación impuesta al condenado de permanecer en determinado municipio, distante por lo menos cien kilómetros de aquel en que fue cometido el delito o de aquel en que resida el ofendido o el condenado".

{137} Art. 141 C. P. 1936: "Los rebeldes no quedarán sujetos a responsabilidad por las muertes o lesiones causadas en el acto de un combate; pero el homicidio cometido fuera de la refriega, el incendio, el saqueo, el envenenamiento de fuentes o depósitos de aguas, y en general los actos de ferocidad o barbarie, darán lugar a las sanciones respectivas, aplicadas acumulativamente con las de rebelión".

{138} De acuerdo con el artículo 41 del Código Penal de 1936, las penas previstas eran las de presidio, prisión, arresto, confinamiento y multa; independientemente de las penas accesorias. La pena de presidio iniciaba con un aislamiento permanente del penado durante un término de un mes a dos años, según la gravedad de la pena y la

personalidad del delincuente. Su duración era de uno a veinticuatro años; mientras que la de prisión era de seis meses a ocho años y la de arresto de un día a cinco años (art.45). La pena de presidio era cumplida en una penitenciaría y los presidiarios durante el día realizaban trabajos industriales o agrícolas dentro del mismo establecimiento, o trabajos obligatorios en obras públicas. Los condenados a prisión, en cambio, no estaban obligados a trabajar fuera del sitio donde estuvieran recluidos (arts. 46 y 47).

{139} El artículo 2.° del Código Penal de 1980 reglaba lo siguiente: "Hecho punible. Para que una conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable".

{140} Corte Constitucional. Sentencia C-456 del 23 de septiembre de 1997, M. P.: Jorge Arango Mejía y Eduardo Cifuentes Muñoz . Las razones que tuvo la Corte Constitucional para decretar la inexequibilidad del artículo 127 del Código Penal de 198o, fueron en síntesis las siguientes: a. Se trata de una causal de impunidad para todos los delitos que cometan rebeldes y sediciosos; b. El artículo 127 equivale a una amnistía general, anticipada e intemporal, lo cual es manifiestamente inconstitucional de acuerdo con lo previsto en el artículo 15o numeral 17 de la C. N.; c. Se desconoce el artículo 2.° de la C. N. cuando prevé como uno de los fines del Estado el asegurar "la vigencia de un orden justo", pues permite la comisión de toda clase de delitos y asegura su impunidad; d. Viola el artículo 4° de la N. pues, en lugar de exigir el cumplimiento de la Constitución y las leyes a rebeldes y sediciosos, les permite la comisión de todos los delitos; e. Desconoce el derecho a la igualdad ante la ley regulada en el artículo 13 de la C. N., pues privilegia en forma injustificada a los rebeldes y sediciosos que violan la ley, lo cual no sucede con otras personas que ocasionalmente incurren en conductas delictuosas; f. Vulnera el artículo 22 de la C. N. que establece que la paz es un derecho y un deber; g. Desconoce los artículos 3.°, 6.° y 7.° de la C. N.; h. Se viola a los perjudicados con los delitos el derecho de acceder a la justicia previsto en el artículo 229 de la C. N. pues no

podrán constituirse como parte civil para reclamar la indemnización de sus perjuicios; I. Se quebranta el artículo 25o de la C. N. pues impide a la Fiscalía ejercer sus función de investigar delitos. Del salvamento de voto suscrito por los magistrados Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero se destacan los siguientes apartes: “En efecto, si la esencia de la rebelión y la sedición es alzarse en armas, en ambos casos los sujetos activos de estos delitos tienen la pretensión de atacar a la fuerza pública estatal con el fin de derrotarla, pues no otra es la finalidad de una insurrección armada. Por ende, los rebeldes o sediciosos causarán, como consecuencia de los combates, daños en los bienes de otros, así como muertes y lesiones personales a los miembros de la fuerza pública, pues tales son las inevitables y dolorosas consecuencias del levantamiento de armas”. Y, haciendo referencia al símil entre el combatiente y el rebelde, desde la perspectiva del derecho internacional humanitario, dicen los magistrados que salvaron su voto que la rebelión y la sedición son supuestos de guerra interna, por lo cual el combatiente enemigo es un objetivo militar que puede ser atacado, mientras la población civil goza de inmunidad (ord. 3.° art. 13 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra). “En efecto, si en Colombia la noción de rebelde y la figura de la exclusión de pena de los delitos en combate había sido construida a la luz del derecho de los conflictos armados, resulta absurdo pensar que la Carta de 1991, que preceptúa que “en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”, haya pretendido prohibir el dispositivo de la conexidad, que se desprende naturalmente del derecho de la guerra [...] La constitucionalización del derecho humanitario implica no sólo la prohibición de ciertas conductas en las hostilidades sino, además, la necesidad de consagrar legalmente la exclusión de pena de los delitos cometidos en combate, siempre que no constituyan actos de ferocidad o barbarie, figura que constituye a nivel del derecho interno el equivalente jurídico de la no punibilidad de los actos de guerra en las confrontaciones internacionales”.

{141} Luis Carlos Pérez respecto a este punto señalaba: “El delito político puro es una ilusión pura. Nadie se levanta en armas para que estas permanezcan en alto. Quien apela a esos medios conoce los riesgos que va a afrontar. Las armas

se han hecho para combatir. De sus explosiones dependen el sojuzgamiento o la liberación. Cualquiera que sea el daño resultante, como esté encadenado al objetivo propuesto, es un daño que se vincula al hecho principal. La culpabilidad se unifica. No hay tantas infracciones como bienes jurídicos afectados, sino una sola: la política, con las excepciones que expresamente señale la ley": Derecho penal, cit., p. 132.

{142} En el Informe del Secretariado General de la ONU de 1972, publicado en la Revista internacional de política criminal, n.° 31, se adujo que no se justificaba establecer diferencia alguna entre delito político y común, ya que se confunden entre sí: "Un delito común puede ser considerado como delito político y, a la inversa, todo delito político generalmente es también delito común y, por consiguiente, los delincuentes políticos pueden ser considerados delincuentes comunes. Por ejemplo, algunos grupos subversivos consideran que el robo y el asesinato son medios perfectamente justificables para conseguir derrocar al régimen en el poder y, por consiguiente, consideran que estos actos (tradicionalmente considerados delitos comunes) son actos políticos. Al propio tiempo, algunos delitos estrictamente políticos realizados mediante el secuestro de un avión pueden considerarse delitos comunes, ya que pueden ir acompañados de robo, piratería y asesinato. Por consiguiente, resulta difícil justificar el mantenimiento de la distinción entre delitos políticos y delitos comunes.". Cfr. Emiro Sandoval Huertas . Penología, Partes general y especial, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 167.

{143} Cfr. Pérez. Derecho penal, cit., pp. 124 a 129.

{144} Cfr. Juan Bustos Ramírez. Manual de derecho penal, Parte especial, 2.a ed., Barcelona, Ariel, 1991, p. 394.

{145} Cfr. Pérez. Derecho penal, cit., pp. 129 y 13o.

{146} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de agosto de 1996, M. P. Carlos Eduardo Mejía Escobar , rad. S-11439: “Haciendo un parangón entre el delito común y el delito político, por su aspecto subjetivo, se ha dicho que en el primero el agente realiza el hecho casi siempre por motivos innobles, o bajo el influjo de pasiones desbordadas, con perversidad, o con fines de venganza. Por el contrario, en el segundo, los móviles son casi siempre políticos o de interés común; la aspiración a lograr el replanteamiento de las condiciones económicas, políticas y sociales de una colectividad son —por regla general— los factores determinantes de esta clase de delincuentes. Si estas son las notas características de este tipo de delito, cabe precisar: i. Que envuelve siempre un ataque a la organización política e institucional del Estado; 2. Que se ejecuta buscando el máximo de trascendencia social y de impacto político; 3. Que se efectúa en nombre y representación real o aparente de un grupo social o político; 4. Que se inspira en principios filosóficos, políticos y sociales determinables; 5. Que se comete con fines reales o presuntos de reivindicación socio-política. A simple vista el delito político tiene un objetivo jurídico concreto sobre el cual recae o va dirigida su acción, el Estado como persona política o como institución política. Algunos consideran de tal naturaleza los delitos contra la existencia y seguridad del Estado y los delitos contra el régimen constitucional. Con idéntica claridad el delito político tiene un modo especial de ejecución o modo de ser ajeno a su peculiar tipicidad, pero en estrecha conexión con ella: la repercusión, la representación, la inspiración y la motivación que siempre lo acompañan con absoluta fidelidad. Rasgos que se plasman en buscar el ámbito de su mayor difusión, en obrar a nombre de un segmento social o político, y en hacerlo bajo la égida de una dialéctica de masas para lograr una concreta reivindicación socio-política. Se puede afirmar, por consiguiente, que, además de la tipicidad que le corresponde a la acción, el delito político tiene un objeto específico y un modo de ejecución propio e inconfundible”. En el mismo sentido las sentencias del 25 de noviembre de i994 y del 7 de abril de 1995, proferidas por la Sala de

Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, M. P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar .

{147} Cfr. Arenas. Comentarios al Código Penal colombiano, cit., pp. 19 y 20.

{148} Cfr. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Concepto del 26 de mayo de 1982.

{149} En sentencia C-186-96 del 8 de mayo de 1996, la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, expuso: “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 dejarlo en la indefensión grave e inminente, sino que implica la negación de la solidaridad internacional”. Y 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”.

{150} Sobre el significado y contenido de estas expresiones cfr. Jacobo Pérez Escobar. Derecho constitucional colombiano, 5.a ed., Bogotá, Temis, 1997, pp. 21 a 45.

{151} Sobre este tema, cfr. sentencia C-177 del 14 de febrero de 2001, proferida por la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Fabio Morón Díaz . Tal noción del “bloque de constitucionalidad” proviene del derecho

Francés y ha hecho carrera en el derecho constitucional comparado. Antecedente de ella fue la decisión del 16 de julio de 1971, proferida por el Consejo Constitucional Francés, que anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los "principios fundamentales de la República", previsto en el preámbulo de la Constitución de 1946, para ese entonces derogada. Consideró que, como el preámbulo de la Constitución hacía referencia al preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos eran también normas y principios de valor constitucional que condicionaban la validez de las leyes. Estos textos forman un bloque articulado con la Constitución, de tal forma que la infracción de una ley a las normas incluidas en el bloque de constitucionalidad comportaba la inexequibilidad de la disposición legal controlada.

{152} Cfr. Louis Favoreau. Legalidad y constitucionalidad. La constitucionalización del derecho, en Temas de Derecho Público, n.° 59, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta y Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 35, 58 y 61.

{153} Novoa Monreal, partiendo de la teoría pura del Derecho de Kelsen, considera que el Derecho es un instrumento de control social que puede ser empleado por cualquier ideología con el fin de conformar su proyecto de organización social. Por ser un instrumento, el Derecho carece de contenido propio; queda al servicio de cualquier ideología, porque no se compromete con ninguna de ellas. Este Derecho es el único capaz de dar garantía de neutralidad ideológica. Y agrega que lo bueno, lo justo y lo razonable no deben buscarse dentro del plano normativo jurídico, "sino en las ideas políticas que informan el correspondiente modelo; en todo caso, dichas calidades no se deben a los juristas ni constituyen aporte de éstos, sino a quienes deciden políticamente ese modelo, los cuales, además, determinan la oportunidad o el grado en que los medios jurídicos deben intervenir". Cfr. Eduardo Novoa

Monreal . Elementos para una crítica y desmitificación del Derecho, Buenos Aires, Ediar, 1985, p. I73.

{154} Cfr. Tomás S. Vives Antón. “Delitos contra la constitución” y “Delitos contra el orden público”, en aa. vv. Comentarios al Código Penal de 1995, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 1954. Id. “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, en aa. vv. Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, i993, p. 126.

{155} Cfr. Santiago Mir Puig. Derecho penal. Parte general, 3.a ed., Barcelona, ppu, 199o, p. 413.

{156} Cfr. Alberto Hernández Esquivel. “Autoría y participación”, en Lecciones de derecho penal, Parte general, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 267 a 273. Fernando Velásquez Velasquez. Manual de derecho penal, Parte general, Bogotá, Temis, 2002, pp. 442 a 445.

{157} Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del i6 de mayo de 1998, M. P.: Carlos E. Mejía Escobar : “Frente a la coautoría cada participante realiza, en unión con otros, la conducta típica, previa la celebración de un acuerdo en virtud del cual se busca una contribución objetiva en la que cada uno tiene el dominio del hecho de tal manera que la tarea asumida individualmente se torna indispensable para toda la realización del plan”.

{158} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de agosto de 1993, M. P.: Edgar Saavedra Rojas , rad. 7504.

{159} Cfr. Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal, cit., p. 478 .

{160} La pena imponible no es la señalada en los tipos respectivos, sino la pena individualizada luego de determinar el marco aplicable de acuerdo con el artículo 6º del Código Penal y fundamentos del artículo 6i ibíd.

{161} Cfr. Pérez. Derecho penal, cit., pp. 174 y 175.

{162} Recuérdese que en los casos de fuerza irresistible o vis absoluta hay inexistencia de conducta por parte del instrumento. “La persona no obra, es obrada”. En estos eventos quien coacciona al instrumento ya no es autor mediato, sino directo o inmediato. Cfr. Velásquez Velásquez . Manual de derecho penal, cit., pp. 243 y 244. También cfr. Mir Puig. Derecho penal, cit., pp. 402 y 429.

{163} Aunque, si intervienen como determinadores o cómplices, a los servidores públicos puede aplicárseles la circunstancia de mayor punibilidad prevista en el numeral 9 del artículo 58 del C. P.: “La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio”.

{164} No compartimos el planteamiento hecho por Ferreira , cuando afirma que el verbo rector es “emplear” las armas. Entendemos que la conducta punible que sanciona el Código Penal es “pretender” derrocar el Gobierno Nacional, o sustituir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, mediante el empleo de las armas. El empleo de las armas es el medio, y por ello circunstancia modal de la

conducta, que es fundamental para la tipicidad. Cfr. Francisco Ferreira Delgado . Delitos contra el Estado colombiano, Bogotá, Temis, 1982, p. 113.

{165} Cfr. Vives Antón . “Delitos contra la Constitución”, cit., p. 1954. Id., “Delitos contra la seguridad interior del Estado”, cit., Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 126.

{166} Cfr. Pérez. Los delitospoliticos, cit., p. 48. En el mismo sentido Fromm. Ob. cit., p. 304, cuando dice: “El revolucionario afortunado es un hombre de Estado, el que no alcanza el éxito, un criminal”.

{167} Este aspecto ha permitido a la Corte Suprema de Justicia afirmar que, en caso de haber estado vigentes varias normas desde que inició la comisión del ilícito, se aplicará aquella que rija al momento de cesar la actividad (por propia voluntad del agente o por captura del mismo), aunque las normas anteriores hubiesen tenido menor punibilidad; en su concepto, ello no implica desconocimiento de los principios de legalidad y de favorabilidad. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de agosto de 1993, M. P.: Edgar Saavedra Rojas, rad. 7504: “... se encuentra demostrado que la procesada realizó actividades como miembro del XXX en vigencia del C. P. de 1980 y las continuó realizando en vigencia del Decreto 1857 de 1989, y en tales condiciones ha de concluirse que le son aplicables las disposiciones de la última norma citada, sin que por ello pueda llegar a predicarse que se vulnera el principio de legalidad, ni tampoco que se desconoce el constitucional principio de favorabilidad. Lo anterior, porque [...] se está en presencia de un delito de conducta permanente, porque, por su propia naturaleza y por las actividades que debe realizar una organización subversiva, quienes la fundan y quienes posteriormente se afilian a la misma lo hacen con propósitos de permanencia, puesto que es bien sabido que la lucha para la obtención del poder político por la vía de las armas no es una meta que pueda ser conseguida en un día,

sino que por el contrario requiere de una actividad que en muchas ocasiones, las más de las veces, se prolonga por muchos años, sin que las finalidades políticas últimas se puedan llegar a conseguir [...] En realidad quien se alista en un movimiento rebelde no lo puede hacer con pretensiones temporales, sino que por el contrario ese ánimo de integrarse o asociarse a la organización es con finalidades a largo plazo, y en tales condiciones mientras la persona pertenezca al grupo rebelde le será imputable el delito que se analiza, y mientras no se demuestre que abandonó el grupo subversivo —y se sabe cuán difícil es que se pueda dejar de pertenecer a una de estas organizaciones— seguirá cometiendo el delito de rebelión de manera indefinida en el tiempo. Como en el caso presente no se ha demostrado que la procesada hubiera desertado de la organización guerrillera antes de que entrase en vigencia el Decreto 1857 de 1989, no se puede pretender que se le aplique la normatividad que estaba vigente con anterioridad; por el contrario, bien se sabe, siguió perteneciendo al grupo rebelde después de haberse expedido el tan citado decreto [.] No se está en presencia de un tránsito legislativo que hiciera factible acudir a la aplicación retroactiva o ultraactiva de la ley penal por efectos de la favorabilidad".

{168} Cfr. Pérez. Derecho penal, cit., p. 155.

{169} La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 2 de septiembre de 1999 , con ponencia del magistrado Jorge E. Córdoba Poveda, rad. 14751 , diferenció el delito complejo del delito conexo, así: El primero supone que las distintas conductas estructuran un solo hecho punible, y los segundos, la configuración de varios, jurídicamente autónomos, pero conexos ideológica, consecuencial u ocasionalmente. En sentencia del 4 de febrero de 1999 , M. P.: Fernando Arboleda Ripoll, rad.11837 , la misma Corporación aclaró que "El fenómeno de la complejidad no lo determina la existencia de un vínculo de carácter ideológico entre las distintas conductas típicas, inferida de una relación de medio a fin [...] Una tal connotación surge de incluir en el contexto típico de determinada conducta delictiva, o su circunstancia

agravante, los elementos constitutivos de tipicidades autónomas...”

{170} Pérez recuerda que en el Congreso para la Unificación del Derecho Penal reunido en Copenhague, en 1935, fue aprobada una ponencia en la cual se reconoció que también eran políticos los delitos de derecho común que fueran indispensables para la comisión de aquellos; reputó de esta clase los actos realizados para favorecer la comisión de un delito político o para permitir a su autor escapar de la ley penal. Con lo anterior, admitió no solo la conexidad ideológica, sino la consecuencial y la ocasional. Cfr. Pérez. Derecho penal, cit., pp. 16o y 161.

{171} Cfr. ibíd., p. 159.

{172} Respecto a la procedencia de la conexidad del porte y conservación de armas de fuego de uso privativo y de defensa personal, con la rebelión, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 30 de junio de 1999, con ponencia del magistrado Carlos Augusto Gálvez Argote , rad. 12663, dijo lo siguiente: “Y, si bien para la consecución de sus finalidades delictivas comunes, como el secuestro y la extorsión, se utilizaron armas de distinta naturaleza y características, la imputación del porte y conservación de ellas, careciendo por completo, como ya se dijo, del menor nexo con el hecho de su antigua vinculación subversiva con las xxx, no puede ahora, claro está, pretenderse que esta conducta sea absorbida por el referido delito de rebelión, no solamente porque viene a ser ejecutada cuando han transcurrido tantos años después de abandonar la guerrilla, sino porque resultan ajenas por completo a la lucha ideológica que es propia de la contienda política a través de las armas y que encuentra ostensible distanciamiento con el común delinquir, tanto desde un punto de vista teleológico, sociológico, ideológico, histórico y necesariamente jurídico...”.

{173} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de octubre de 1993, M. P.: Guillermo Duque Ruiz , rad. 8691. Al analizar si la muerte de dos policías ocurrió dentro o fuera de combate, para establecer su conexidad con la rebelión, expresó: "El xxx, se tomó el municipio antioqueño de Valparaíso. En desarrollo de ese asalto es obvio que los blancos primeros y sustanciales eran los miembros de la fuerza pública, en este caso los policías. Además, los dos policías que resultaron muertos estaban parados a la entrada del banco xxx, el cual también fue atacado y hurtado por la guerrilla. Dentro de los objetivos de los guerrilleros al asaltar la población (tomársela, obtener provecho económico y hacerse a las armas, para todo lo cual necesitaban reducir a la fuerza pública), las dos muertes de los uniformados no aparecen ajenas al combate, sino inherentes a éste". Con posterioridad la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 27 de agosto de 1999, con ponencia del magistrado Jorge E. Córdoba Poveda , rad. 13433, respecto de la muerte causada a un solitario policía que se encontraba en un CAI de Bogotá, dijo: "... no es cierto que el homicidio del agente policial hubiera sido cometido en combate, expresión que no puede ser entendida en términos abstractos de confrontación política, ni de condición inherente o estado obvio y siempre presente de la actividad subversiva. Si se aceptara esta interpretación, habría de concluirse que todos los actos delictivos cometidos en desarrollo de la acción rebelde serían, sin excepción, actos ejecutados en combate, hipótesis de la cual no parte el legislador. El combate comporta un enfrentamiento armado de carácter militar, regular o irregular, colectivo, determinado en tiempo y espacio, con el propósito de someter al contrario y con el fin último de imponer un nuevo régimen constitucional o derrocar al Gobierno Nacional por parte de los rebeldes. Confrontación que implica una lucha de contrarios, una reacción ante el ataque que depende no solo de la capacidad de respuesta, sino que exige además la posibilidad de que se pueda repeler. En el caso que nos ocupa no se trabó ni podía trabarse ningún combate entre la agrupación insurreccional y el solitario agente de policía, pues aquel exige un enfrentamiento de carácter colectivo".

Concluyó afirmando que se trataba de un homicidio terrorista.

{174} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 20 de agosto de 1996, M. P.: Carlos Eduardo Mejía Escobar, rad. S-11439. Consideró que el homicidio de un policía desarmado e indefenso no puede considerarse delito político.

{175} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 2 de diciembre de 1998, M. P.: Fernando E. Arboleda Ripoll , rad. 11346. "El secuestro de personas civiles ajenas al conflicto armado interno está proscrito por el derecho internacional humanitario como medio o método de guerra, razón por la cual su ejercicio deviene ilegítimo. De allí que no pueda ser catalogado como actividad propia de la empresa subversiva, ni como acto de combate". La Corte Constitucional en sentencia C-069 de 1994 dijo: "El delito de secuestro puede considerarse como uno de los más graves que lesionan la sociedad, así, en principio, sus víctimas sean uno o varios individuos en particular. El estado de indefensión en que se coloca a la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados con la comisión de este delito, ameritan que se le califique, con razón, como un delito atroz y un crimen de lesa humanidad [...] Siendo pues un delito atroz nada justifica que se lo pueda considerar como delito político, ni que sea excusado por motivación alguna, pues contra el hombre como sujeto de derecho universal no puede haber actos legitimizados".

{176} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de febrero de 1999, M. P.: Fernando Arboleda Ripoll , rad. 11837: "Las acciones delictivas de los subversivos contra personas civiles ajenas al conflicto no constituyen actos propios de combate, en cuanto la población civil, como lo destaca el Procurador en su concepto, no tiene la condición de combatiente, ni puede ser

considerada objetivo militar por quienes pretenden el cambio del establecimiento. De allí que los secuestros de que fueron víctimas los señores [...] y la extorsión [...] no puedan ser catalogados actos cometidos en combate.”.

{177} Cfr. Pérez. Derecho penal, cit., pp. 155 y 156.

{178} Citado por Pérez. Los delitos políticos, cit., pp. 24 y 25.

{179} Sobre este principio cfr. Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal, cit., p. 477 .

{180} Cfr. Alberto Suárez Sánchez . Autoría y participación, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 27o y 274. También Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal, cit., p. 444.

{181} Cfr. Suárez Sánchez. Autoría y participación, cit., pp. 308 a 329, Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal, cit., pp. 46o y 461.

{182} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 28 de abril 28 1998, M. P.: Carlos Augusto Gálvez Argote , rad. 12486-98.

{183} En la exposición de motivos presentada con el proyecto de Código Penal, el entonces Fiscal General de la Nación, Alfonso Gómez Méndez, manifestó que fue incluido en el título el “régimen legal”, con el objeto de que cobijara

a la asonada, que propiamente no atenta contra el régimen constitucional. Agrega que de la circunstancia de agravación punitiva también fue excluido este delito, "toda vez que la misma, según lo registra la historia reciente, es expresión de protestas sociales que al calor de los acontecimientos, y sin que previamente exista una organización dispuesta para ello, conllevan a los actos propios de esta ilicitud. En fin, este tipo de injusto las más de las veces en que se presenta lo hace como manifestación espontánea".

{184} No todo servidor público puede ser considerado como autoridad; para el derecho administrativo ésta tiene poder, mando o jurisdicción. A título meramente enunciativo, podría decirse que son el Presidente de la República, los ministros, los directores de departamentos administrativos, superintendentes, gobernadores, alcaldes, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, los miembros de la fuerza pública, los magistrados, los jueces y los fiscales, entre otros.

{185} Sobre este principio cfr. Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal, cit., p. 477 .

{186} Derecho penal, cit., p. 177.

{187} La mera resolución de delinquir no constituye delito, "el pensamiento no delinque"; el aforismo que lo expresa es cogitations poenam nemo patitur. Cfr. Miguel Córdoba Angulo. La tentativa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 19, nota 22.

{188} Sobre las etapas del iter criminis, cfr. ibíd., pp. 15 a 20. Id. "Tentativa", en Lecciones de derecho penal, Parte

general, cit., pp. 291 a 292.

{189} Sobre el principio de especialidad, cfr. Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal, cit., p. 477 .

{190} Sobre los delitos de mera conducta Cfr. Alfonso Reyes Echandía. Derecho penal, Parte general, 9.a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 156.

{191} Luis Carlos Pérez considera que la seducción debe haberse logrado; basta con que manifiesten su disposición de abandonar los jefes respectivos, o que por otros medios dieren a entender el seguimiento a los rebeldes: cfr. Derecho penal, cit., p. 179. De la misma opinión es Vives Antón, quien expresa que "para que exista este delito es preciso que se haya llevado a cabo una actividad de persuasión (inducción) sobre tropas o fuerza armada y que éstas, a consecuencia de dicha actividad, hayan decidido cometer el delito de rebelión, pues en otro caso no habrían resultado 'seducidas'": cfr. "Delitos contra la Constitución", cit., p. 1956. También, p. 128.

{192} De conformidad con el artículo 91 de la Constitución Política: "En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden".

{193} Sobre el bien jurídico protegido "integridad moral", cfr. Diego Corredor Beltrán . "Reflexiones sobre el interés jurídico de la integridad moral", en Pensamiento penal

moderno, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, pp. 217 y ss.

{194} Cfr. Arenas. Comentarios al Código Penal colombiano, t. II, "Parte especial", Bogotá, Temis, 1986, pp. 373 y ss.

{195} Cfr. Luis Carlos Pérez. Derecho penal, t. v, Bogotá, Temis, 1991, p. 90.

{196} Ibíd., pp. 83 y 90.

{197} José Fernando Botero Bernal . "Bosquejo crítico al título v del libro II del nuevo Código Penal: Delitos contra la integridad moral", en Revista de Derecho Penal, Bogotá, Leyer.

{198} Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-350 del 29 de julio de 1997, M. P.: Fabio Morón Díaz ; Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-512 del 9 de septiembre de 1992, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo ; Sala Octava de Revisión. Sentencia T-1202 del 14 de septiembre de 2000, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa , entre otras.

{199} La injuria consagrada en el nuevo Código Penal no presenta ningún cambio en la descripción del tipo frente al Código de 1980 (art. 313); únicamente se incrementó la multa, de "un mil a cien mil pesos", a "diez a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes".

{200} Es importante resaltar que algunos autores cuestionan que la calidad de sujeto pasivo en la injuria pueda recaer sobre una persona jurídica; al respecto se dice en salvamento de voto al auto del 22 de febrero de 1995, M. P.: Carlos E. Mejía Escobar: "... siendo susceptible de ser protegido y -seguramente más eficazmente- a través de las vías previstas en el derecho privado y en las normas de policía administrativa por parte de las superintendencias".

{201} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 5 de abril de 1991, cit. de Jairo López Morales. Nuevo Código Penal, t. II, Bogotá, Doctrina y Ley, 2001, p. 1392.

{202} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 27 de agosto de 1936. Cfr. Casación del 17 de marzo de 1987.

{203} Cfr. Arenas. Comentarios al Código Penal colombiano, t. II, cit., p. 376.

{204} Pérez. Derecho penal, t. v, cit., p. III.

{205} El nuevo Código Penal introduce como cambio sustancial en la descripción del tipo la expresión "conducta típica" en lugar de "hecho punible", como lo hacía el Código de 1980. Así mismo, incrementa la multa, de "cinco mil a quinientos mil pesos", a "diez a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes".

{206} Cfr. Francisco Muñoz Conde. Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 247.

{207} Cfr. Pérez. Derecho penal, t. v, cit., p. 118.

{208} Cfr. López Morales. Nuevo Código Penal, t. II, cit., p. 1417.

{209} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 5 de abril de 1991, M. P.: Ricardo Calvete Rangel .

{210} Cfr. Muñoz Conde. Derecho penal, cit., p. 248.

{211} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 22 de febrero de 1995, M. P.: Ricardo Calvete Rangel, rad. 7379.

{212} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 26 de julio de 1983.

{213} Cfr. Arenas. Comentarios al Código Penal colombiano, t. II, cit., p.394.

{214} Ibíd., p. 117.

{215} Ibíd., p. 114.

{216} Sebastián Soler. Derecho penal argentino, t. III, p. 292, citado por Arenas. Ob. cit., p. 396.

{217} Cfr. idem.

{218} Cfr. ibíd., pp. 117 y 118.

{219} Cfr. Fernando Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 2002, p. 154.

{220} Ibíd., pp. 154 y 155.

{221} Cfr. Miguel Bajo Fernández. Manual de derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos, Madrid, Ceura, 1987, p. 394; Antonio José Cancino Moreno. Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal, Bogotá, Librería del Profesional, 1982, p. 30.

{222} Cfr. Francisco Muñoz Conde. Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 423 y 424.

{223} Cfr. ibíd., p. 424.

{224} Cfr. Bajo Fernández. Ob. cit., p. 396.

{225} Fernando Velásquez V. Derecho penal. Parte General, 4.a ed., Bogotá, Jurídica Comlibros, 2009, p. 125. "(...) Son tipos de peligro los que describen conductas cuya ejecución apenas amenaza o pone en peligro el bien jurídico que se ha querido proteger; se trata por lo regular de intereses colectivos de tal importancia que el legislador no espera a que sean destruidos para sancionar al infractor, sino que los defiende incluso de conductas que tengan poder suficiente para afectarlos; en estos casos basta, pues, que el comportamiento del actor sea idóneo para amenazar el bien jurídico, sin que se requiera que efectivamente lo haya lesionado (...)". Alfonso Reyes Echandía. Obras completas, vol. i, Bogotá, Temis, 1998, p. 115.

{226} Reyes Echandía. Ob. cit., p.113.

{227} Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2005, M. P.: Marina Pulido de Barón. Sobre los tipos penales en blanco no existe acuerdo en cuanto a su naturaleza y contenido, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacional o internacional.

{228} Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2005, M. P.: Marina Pulido de Barón . Sobre los tipos penales en blanco no existe acuerdo en cuanto a su naturaleza y contenido, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina nacional o internacional.

{229} Antonio José Cancino Moreno y Claudia López Díaz. "Delitos contra el orden económico social", en Derecho penal. Parte especial, t. 1, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, p. 154.

{230} Cfr. Bajo Fernández. Ob. cit., pp. 394 y 395.

{231} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 297. Acaparamiento. El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes acapare o, de cualquier manera, sustraiga del comercio artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

{232} Cfr. Enrique Cury . La ley penal en blanco, Bogotá, Temis, pp. 123 y 125: "De acuerdo con la opinión generalizada en nuestro medio, la ley posterior no sólo es más benigna cuando reduce o suaviza directamente la pena asignada al delito, sino también cuando introduce en el propio tipo modificaciones que reducen su aplicabilidad, dejando fuera del marco conceptual ciertas conductas que la redacción pretende abarcar. Se acepta además que esto puede ocurrir cuando se cambia no sólo el texto de la propia ley penal, sino también disposiciones extrapenales que afectan indirectamente la extensión del tipo (por ejemplo, al reducirse la mayoría de edad por el Código Civil, se reduce el campo de aplicación del tipo de corrupción de menores). En este grupo de casos la ley en blanco plantea dificultades cuya solución exige efectuar algunas distinciones".

{233} Cfr. Juan Fernández Carrasquilla. Derecho penal fundamental, t. II, Bogotá, Temis, 1995, p. 389.

{234} En contra, William A. Moreno Brand. Derecho penal especial, Cali, Wilches, 1987, p. 313.

{235} Cancino Moreno y López Díaz. Ob. cit., p. 176.

{236} Corte Constitucional. Sentencia C-094 de 1993, M. P.: José Gregorio Hernández Galindo.

{237} Corte Constitucional. Sentencia T- 426 de 1992, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz .

{238} Corte Constitucional. Sentencia C-776 de 2003, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

{239} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 298. Especulación. El productor, fabricante o distribuidor mayorista que ponga en venta artículo o género oficialmente considerado como de primera necesidad a precios superiores a los fijados por autoridad competente, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

{240} Alfonso Ortiz Rodríguez. Manual de derecho penal especial, Medellín, Universidad de Medellín, 1987, p. 319.

{241} Luis Carlos Pérez. Derecho penal, t. iv, Bogotá, Temis, 199o, p. 145.

{242} Así, por ejemplo, los diferentes ministerios y comisiones de regulación tienen la facultad de fijar los precios y tarifas de los bienes o servicios, de conformidad con la demanda u oferta del mercado y empleando cualquiera de los métodos establecidos, es decir, control directo, libertad regulada o vigilada. Tal es el caso del precio de la leche, el cual es regulado y fijado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Cfr.

http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Noticias/2oo5/Guia Consumidor.pdf

{243} Cfr. Cancino Moreno y López Díaz. Ob. cit., p. 151.

{244} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 299. Alteración y modificación de calidad, cantidad, peso o medida. El que altere o modifique en perjuicio del consumidor, la calidad, cantidad, peso, volumen o medida de artículo o producto destinado a su distribución, suministro, venta o comercialización, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de cincuenta (50) a mil (1 .ooo) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

{245} Cancino Moreno. Ob. cit., pp. 97 y 98.

{246} Cfr. Nilson Pinilla Pinilla. Estudios sobre los nuevos códigos penales, Bogotá, Universidad de Sala manca y Corte Suprema de Justicia, 2001, p. 184.

{247} Es preciso señalar que los ministerios tienen la facultad de establecer disposiciones especiales para la comercialización o producción de determinados productos, bien por la naturaleza misma del producto o porque pueden afectar el orden económico social, la vida o la salud de los consumidores, la seguridad nacional o el medio ambiente. Así, por ejemplo, el Ministerio de Comercio Exterior expidió la Resolución ioii de 2005, que estableció determinados parámetros para la producción y comercialización del calzado, o por ejemplo la norma técnica colombiana ntc 5400 bpa , que busca garantizar la inocuidad de las frutas, las hierbas aromáticas culinarias y las hortalizas, siendo ésta la primera norma técnica colombiana para la implementación de las buenas prácticas agrícolas, bpa ,

para estos productos. http://www.icontec.org/BancoConocimiento/G/global_gap_y_bpa/global_gap_y_bpa. asp?CodIdioma=ESP

{248} Así, por ejemplo, la Guía para el consumidor expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, al diferenciar la falsedad del engaño, coloca un ejemplo en el que si bien se exageran las características y cualidades de un producto, el consumidor promedio tiene la capacidad para reconocer que dicha publicidad exagera las características del mismo, sin que las mismas sean ciertas, diferenciando con ello una estrategia de mercadeo de un engaño; "si un anunciante difunde un comercial de alimentos para perros, y para ilustrar que el alimento hace perros fuertes muestra un perro empujando un edificio, ningún consumidor racional tomará como cierta tal imagen y mucho menos creerá que comprando el alimento anunciado su perro va a ser capaz de empujar un edificio, sino que entenderá que se trata de una exageración obvia, empleada para ilustrar el mensaje de que el alimento anunciado hace que los perros sean fuertes". http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Noticias/2005/Guia_Consumidor.pdf, p. 34.

{249} Al respecto ha señalado Hernández Quintero: "El legislador decidió convertir la norma existente sobre pánico económico en tres disposiciones: el artículo 301, que sanciona el agiotaje; el artículo 302, que castiga el pánico económico, y el artículo 317, sobre manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios": Hernando A. Hernández Quintero. "Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal colombiano", en Derecho Penal y Criminología, n.° 70, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 38.

{250} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 301. Agiotaje. El que realice maniobra fraudulenta con el fin de procurar alteración en el precio de los artículos o productos

oficialmente considerados de primera necesidad, salarios, materias primas o cualesquiera bienes muebles o inmuebles o servicios que sean objeto de contratación incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas anteriores se produjere alguno de los resultados previstos.

{251} Cfr. Pérez. Ob. cit., p. 154.

{252} Texto original Ley 599 de 2000: Artículo 302. Pánico económico. El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Bancaria o por la Superintendencia de Valores o en un Fondo de Valores, o cualquier otro esquema de inversión colectiva legalmente constituido incurrirá, por ese solo hecho, en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En las mismas penas incurrirá el que utilice iguales medios con el fin de provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros o la desvinculación colectiva de personal que labore en empresa industrial, agropecuaria o de servicios. La pena se aumentará hasta en la mitad, si como consecuencia de las conductas anteriores se produjere alguno de los resultados previstos

{253} Cfr. Hernández Quintero. Ob. cit., pp. 162 y 163.

{254} Ibíd., p. 168.

{255} Cfr. Hernando Hernández Quintero . Los delitos económicos en la actividad financiera, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2006, p. 220.

{256} Texto original Ley 599 de 2000: Artículo 303. Ilícita explotación comercial. El que comercialice bienes recibidos para su distribución gratuita, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que comercialice artículos o productos obtenidos de entidades públicas o privadas, a precio superior al convenido con éstas.

{257} Pérez. Ob. cit., p. 158.

{258} Texto original Ley 599 de 2000: Artículo 304. Daño en materia prima, producto agropecuario o industrial. El que con el fin de alterar las condiciones del mercado destruya, inutilice, haga desaparecer o deteriore materia prima, producto agropecuario o industrial, o instrumento o maquinaria necesaria para su producción o distribución, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá, el que impida la distribución de materia prima o producto elaborado.

{259} Carmen Elisa Solarte de Bolívar. “El delito económico”, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, vol. VIL, n.° 14, 1986, p. 158.

{260} Texto original Ley 599 de 2000. Artículo 305. Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o

servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes. El que compre cheque, sueldo, salario o prestación social en los términos y condiciones previstos en este Artículo, incurrirá en prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de cien (100) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

{261} Cfr. Hernando Hernández Quintero. Los delitos económicos en la actividadfinanciera, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 200.

{262} Cancino Moreno . Ob. cit., p. 155.

{263} Sobre la clasificación de las distintas formas de usura, se puede confrontar la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia 30925 del 21 de mayo de 2009, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

{264} Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de mayo de 2009, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez . Proceso 30925.

{265} Sobre la usura como tipo penal en blanco la Corte Suprema de Justicia afirmó: "(...) De conformidad con las precisiones anteriores se tiene que el delito de usura corresponde a un tipo penal en blanco, integrado por un núcleo y un complemento. El núcleo contiene las conductas

de recibir o cobrar directa o indirectamente una utilidad o ventaja en la celebración de ciertos contratos, que exceda en la mitad el interés que estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación (Decreto ioo de 1980) o el interés bancario corriente (Ley 599 de 2000), preceptos que señalan de manera clara las diferentes modalidades del comportamiento objeto de sanción. También la mencionada norma establece diáfanamente la sanción privativa de la libertad y pecuniaria derivada de la realización del supuesto fáctico. Adicionalmente, de manera expresa dispone el reenvío a la certificación que expida la Superintendencia Bancaria respecto de la tasa de interés que estén cobrando los bancos, es decir, se trata de una remisión a un acto administrativo proferido por una autoridad de inspección y vigilancia del Estado (...)". Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2005, M. P.: Marina Pulido DE Barón .

{266} Corte Constitucional. Sentencia C-479, M. P.: Rodrigo Escobar Gil .

{267} Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2005, M. P.: Marina Pulido DE Barón .

{268} Cfr. en este sentido Cancino Moreno . Ob. cit., pp. 153 y 154; Solarte de Bolívar . Ob. cit., p. 16º; Hernández Quintero . Ob. cit., p. 206; Pérez . Ob. cit., p. 171.

{269} Cfr. Bajo Fernández. Manual de derecho penal, cit., pp. 316 y 317.

{270} Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de mayo de 2009, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez .

{271} Cancino Moreno y López Díaz. Ob. cit., p. 203.

{272} Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de mayo de 2009, M. P.: Sigifredo Espinosa Pérez.

{273} Texto original de la Ley 599 de 2000, con las penas aumentadas por la Ley 89o de 2004: Artículo Usurpación de marcas y patentes. <Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 10. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:> El que utilice fraudulentamente nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad o diseño industrial protegido legalmente o similarmente confundible con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a setenta y dos (72) meses y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes producidos o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior.

{274} Cfr. Cancino Moreno. Ob. cit., p. 171.

{275} “Incuestionable, por ende, que tanto una marca registrada como un signo notoriamente conocido, tienen protección legal (...). Emerge inaceptable que con fundamento en el conocimiento privado del juez se pueda dar por probado un hecho, así este se califique de notorio. Es que, el conocimiento privado del juez no podría conducir a dar por demostrado un elemento típico, como lo es en el caso concreto un ingrediente normativo. Debe quedar claro que la notoriedad, en cualquiera y en todos los casos, exige una fundamentación que se realiza mediante la presencia de

elementos objetivos reales de los cuales se puede valer jurídicamente el derecho para admitir su reconocimiento, pero dicho carácter, de por sí, entonces, supone y exige, consiguientemente, de la presencia de una prueba que lo acredite". Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de julio de 2004, M. P.: Alfredo Gómez Quintero . Proceso 19702.

{276} Cfr. ibíd., p. 170.

{277} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 307. Uso ilegítimo de patentes. El que fabrique producto sin autorización de quien tiene el derecho protegido legalmente, o use sin la debida autorización medio o proceso patentado, incurrirá en prisión de uno (I) a cuatro (4) años y multa de veinte (20) a mil (i.ooo) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que introduzca al país o saque de él, exponga, ofrezca en venta, enajene, financie, distribuya, suministre, almacene, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación producto fabricado con violación de patente.

{278} Cfr. ibíd., p. 186.

{279} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 308. Violación de reserva industrial o comercial. El que emplee, revele o divulgue descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial, llegados a su conocimiento por razón de su cargo, oficio o profesión y que deban permanecer en reserva, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el que indebidamente conozca, copie u obtenga secreto relacionado con descubrimiento, invención científica, proceso o aplicación industrial o comercial. La pena será de tres (3) a siete (7) años de prisión y multa de

cien (100) a tres mil (3.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si se obtiene provecho propio o de tercero.

{280} Cfr. arts. 14 y ss. Decisión 486 de 2000.

{281} Cfr. en este sentido Cancino Moreno . Ob. cit., p. 195; Molina Arrubla . Ob. cit., p. 107. En contra, Pérez . Ob. cit., pp. 179 y 181.

{282} Molina Arrubla. Ob. cit., p. 111.

{283} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 309. Sustracción de cosa propia al cumplimiento de deberes constitucionales o legales. El que sustraiga cosa propia, mueble o inmueble, de utilidad social, al cumplimiento de los deberes constitucionales o legales establecidos en beneficio de la economía nacional, incurrirá en prisión de uno (I) a tres (3) años y multa de veinte (20) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena será de dos (2) a cuatro (4) años de prisión y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la cosa fuere destruida, inutilizada o dañada.

{284} Cfr. Cancino Moreno y López Díaz. Ob. cit., p. 185.

{285} Cfr. ibíd., p. 185.

{286} En contra, ídem.

{287} Cfr. en este sentido Ortiz Rodríguez. Ob. cit., p. 344 .

{288} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 31o. Exportación o importación ficticia. El que con el fin de obtener un provecho ilícito de origen oficial simule exportación o importación, total o parcialmente, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de cincuenta (50) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

{289} Hernando Hernández Quintero . "Los delitos de exportación ficticia y aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado", en Derecho Penal y Criminología, vol. xin, n.° 44, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 66.

{290} Cfr. Hernando Hernández Quintero . "Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal colombiano", en Derecho Penal y Criminología, Bogotá, n.° 70, Universidad Externado de Colombia, pp. 42 y 43.

{291} Cfr. Hernández Quintero . "Los delitos económicos en la actividad", cit., p. 273.

{292} Cfr. ibíd, pp. 257 y ss., y 288.

{293} En este sentido, cfr. ibíd., pp. 274 y 275; Daniel Fernando Jiménez . El delito de exportación ficticia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 55.

{294} Alberto Hernández Esquivel . “El delito de exportación ficticia”, en Derecho Penal y Criminología, vol. xiii, n.° 43, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 113.

{295} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 311. Aplicación fraudulenta de crédito oficialmente regulado. El que con destino a actividades fomentadas por el Estado obtenga crédito oficialmente regulado y no le dé la aplicación a que está destinado, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

{296} Cfr. Cancino Moreno y López Díaz . Ob. cit., p. 189.

{297} Cfr. Hernández Quintero. “Los delitos económicos en la actividad”, cit., pp. 297 y ss.

{298} Cfr. en torno a este punto ibíd., p. 312.

{299} Cfr. Cancino Moreno. Ob. cit., p. 221.

{300} Cfr. ídem.

{301} Texto original de la ley 599 de 2000: Artículo 312. Ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico. El que de cualquier manera o valiéndose de cualquier medio ejerza una actividad establecida como monopolio de arbitrio rentístico, sin la respectiva

autorización, permiso o contrato, o utilice elementos o modalidades de juego no oficiales, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años y multa de cien (IOO) a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes. La pena se aumentará en una tercera parte cuando la conducta fuere cometida por el particular que sea concesionario, representante legal o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, y hasta la mitad, cuando lo fuere por un servidor público de cualquier entidad titular de un monopolio de arbitrio rentístico o cuyo objeto sea la explotación o administración de éste.

{302} Cfr. Carlos Lleras de la Fuente, Carlos Adolfo Arenas Campos et al. Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia, Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá, 1993, p. 559.

{303} Corte Constitucional. Sentencia C-313 de 1994, M. P.: Carlos Gaviria Díaz .

{304} Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de octubre de 2001, M. P.: Edgar Lombana Trujillo.

{305} "(...) Así las cosas, tampoco resulta admisible el criterio de quedar subsumidas en el punible del ejercicio ilícito de actividad monopolística de arbitrio rentístico, todas aquellas conductas desplegadas por el sujeto activo con miras a confundir al consumidor del producto con un fingimiento de la naturaleza indicada, pues se reitera, el delito se perfecciona cuando el agente ejecuta la acción prohibida en la norma, esto es, al efectuar una actividad económica respecto de la cual el Estado por ministerio de la ley tiene su monopolio, establecido con fines de interés público o social, cualquiera que sea el medio al cual acuda o

del que se valga para alcanzarlo. Trasladada la anterior apreciación al caso examinado, en lo atinente a los licores, contrario a lo propugnado por la casacionista no es indispensable que el agente los elabore simulando o fingiendo su fabricación legal, pues el ilícito se estructura cuando el infractor sin sujeción a las normas legales correspondientes, como disponía el artículo 241A del Código Penal de 1980 (subrogado por el artículo I.° de la Ley 57 de 1993), o careciendo de la autorización, permiso o contrato, conforme dispone el artículo 312 de la Ley 599 de 2000, desconoce el monopolio de arbitrio rentístico de los departamentos establecido por la ley y simplemente realiza esa actividad económica reservada como fuente de recursos para tales entes territoriales, únicos que pueden entonces efectuarla. Por lo tanto, se configura un efectivo y verdadero concurso de hechos punibles, si para la consecución del fin propuesto de elaborar licores no obstante obedecer tal fabricación a una actividad monopolística de arbitrio rentístico, el sujeto activo incursiona en otros comportamientos previstos también como delito, para el caso, el uso de efecto oficial o sello falsificado y la usurpación de marcas y patentes, a través de los cuales el implicado Diego Henry Rojas Hidalgo , además de realizar esa actividad económica que la ley reservó para los departamentos con miras obtener recursos con destino preferente para los servicios de educación y salud, por sí sola constitutiva de la infracción comentada, quiso aparentar que el aguardiente ilícitamente producido correspondía al fabricado por la Industria Licorera del Cauca. Tampoco puede admitir la Sala el criterio de la demandante en el sentido que el ejercicio ilícito de la actividad monopolística de arbitrio rentístico absorbe las conductas descritas en las figuras de la circulación y uso de efecto oficial o sello falsificado y de la usurpación de marcas y patentes, pues se trata de tipos penales básicos en cuanto describen conductas en las cuales el proceso de adecuación está revestido de autonomía por cuanto puede realizarse sin referencia a ningún otro tipo penal, en oposición a las normas penales especiales, que con protección de un mismo bien jurídico contemplan el comportamiento reprimido en un tipo básico con agregación, supresión o concreción de algún elemento que las especifica". Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de octubre de 2001, M. P.: Edgar Lombana Trujillo . Proceso 15793.

{306} Texto original de la Ley 599 de 2000: Artículo 313. Evasión fiscal. El concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico, que incumpla total o parcialmente con la entrega de las rentas monopolísticas que legalmente les correspondan a los servicios de salud y educación, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años y multa hasta de cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la misma pena incurrirá el concesionario, representante legal, administrador o empresario legalmente autorizado para la explotación de un monopolio rentístico que no declare total o parcialmente los ingresos percibidos, en el ejercicio del mismo, ante la autoridad competente.

{307} Pinilla Pinilla. ‘’Algunas acotaciones sobre los delitos contra el orden económico social en la Ley 599 de 2000”, en Estudios sobre los nuevos códigos penales, cit., p. 184.

{308} Luis Rodríguez Ramos. Compendio de derecho penal Parte especial, Madrid, Trivium, 1985, p. 90. Carlos Creus. Derecho penal. Parte especial, t. ii, Buenos Aires, Astrea, 1993, p. 67. En relación con la noción de salud pública anota: “es la que goza el público en general, indeterminadamente. En otras palabras: es el estado sanitario de la población lo que se protege”.

{309} En este sentido: Luis Carlos Pérez . Derecho penal Partes general y especial, I.a ed., Bogotá, Temis, 1986, p. 514: “El concepto de público vale para indicar condiciones especiales que amparan la salud del pueblo o de una parte de él. No sucede así cuando se aplica a la ’moral pública’ o a la ’fe pública’ considerándolos como bienes jurídicos, pues en estos casos la calificación es inadecuada. La salud pública es hecho concreto, fácilmente observable y

mensurable, y, de los riesgos que ella corre provienen igualmente de conductas objetivadas, sin equívocos".

{310} Ana Cristina Andrés Domínguez. Los delitos contra la salud pública, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 52 a 55.

{311} Javier Boix Reig et al. Derecho penal. Parte especial,Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia 1996, p. 61o: "El peligro general es, desde luego, la característica más significativa de estos delitos; de ahí que las conductas reunidas en este capítulo comporten un riesgo generalizado para los ciudadanos sin dar lugar a una lesión de su salud. Se habla, por eso, con referencia a estas estructuras típicas de peligro, de que el legislador ha llevado a cabo un adelantamiento de la intervención penal a momentos que son previos a la lesión del bien jurídico protegido".

{312} Estudio realizado gracias a la colaboración de los alumnos, monitores del Departamento de Derecho Penal, Jasón A. Andrade y Luisa Fernanda Caldas .

{313} El delito de violación de medidas sanitarias consagrado en el nuevo Código Penal no comporta cambio alguno frente a la definición típica que del mismo hacía el Código Penal de 1980 en su artículo 203; en el aspecto punitivo, en cambio, se da un incremento en cuanto al mínimo de la pena privativa de la libertad imponible, que antes era de seis (6) meses, y con el nuevo código pasa a ser de un (I) año.

{314} Epidemia en materia penal se define como una enfermedad contagiosa en que se requiere que esté altamente difundida en la comunidad, exigiéndose así, para

algunos autores como Reyes Echandía y según lo indica la doctrina extranjera, que sea grave o peligrosa.

{315} Fernando Velásquez Velásquez. Manual de derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 2002, p. 286.

{316} Alfonso Reyes Echandía. La tipicidad, 6.a ed., Bogotá, Temis, 1997.

{317} Jaime Sandoval. "Los tipos penales en blanco, límites materiales en una visión garantista", en Derecho Penal y Criminología, vol. xxi, n.° 65, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 1999.

{318} Este criterio impone que "... se presenta exclusión de tipos por consunción cuando uno contiene el desvalor de otro...". Camilo Sampedro Arrubla. "Concurso de tipos penales", en Lecciones de derecho penal. Parte general, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 307.

{319} Una visión más amplia del tema en Jaime Sandoval . "Los tipos penales en blanco, límites materiales en una visión garantista", en Derecho Penal y Criminología, vol. xxi, n.° 65, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 1999.

{320} Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1999, M. P.: Alejandro Martínez Caballero ; Sentencia C-739 de 2000, M. P.: Fabio Morón Díaz; Sentencia C-1490 de 2000, M. P.: Fabio Morón Díaz; Sentencia C-333 de 2001, M. P.: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-404 de 2001, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra .

{321} Artículo realizado gracias a la colaboración de las alumnas, monitoras del Departamento de Derecho Penal, Beatriz Eugenia Nieves Caballero y Diana Patricia Maya Ochoa .

{322} Las actas del Código Penal colombiano de 1980 nos muestran que en el estatuto penal se identifica epidemia con una enfermedad contagiosa, pues la redacción inicial de la norma decía: “El que propague enfermedad contagiosa”; y para algunos (Reyes Echandía) esa enfermedad contagiosa debía ser grave para que se cometiera el delito, porque de lo contrario bastaría con que una persona que tiene gripe le estornudara a otro encima o le pasara un vaso donde él había tomado para que se configurara el delito. Luego de estas discusiones se dejó tipificado como el que propague “epidemia”.

{323} Al respecto Carlos Creus : ”Lo propagado debe ser una enfermedad contagiosa y peligrosa. Es peligrosa cuando puede poner en peligro la vida de las personas o provocarles graves secuelas dañosas en su salud. Es contagiosa cuando puede transmitirse del afectado a quien no lo está”. Derecho penal. Parte especial, t. ii, Buenos Aires, Astrea, 1998, p. 74.

{324} Cfr. ibíd., “para algunos estamos aquí ante un delito de daño que ’entraña peligro‘, de daño porque alguien debe verse afectado por la enfermedad (para algunas, Gómez , por ej., tiene que haberse producido una pluralidad de afecciones); para otros (como Soler) basta con que una persona se haya visto afectada, al paso que el peligro estriba en la probabilidad, o por lo menos en la posibilidad, de que la enfermedad se transmita a otras personas no afectadas todavía”.

{325} Con esto hacemos referencia a la causa que produce la enfermedad.

{326} Cfr. Camilo Sampedro Arrubla. “Concurso de tipos penales”, en Lecciones de derecho penal, cit., p.307.

{327} Artículo realizado con la colaboración de los alumnos, monitores del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, Orlando Humberto de la Vega M., Juan Pablo Rodríguez C. y Alberto Suárez López .

{328} El VIH se puede contagiar por contacto sexual vaginal, anal o incluso oral (cuando se tiene alguna herida en la cavidad oral), según se ha establecido por la ciencia.

{329} En ese sentido Diego-Manuel Luzón Peña . “Problemas de la transmisión y prevención del sida en el derecho penal español”, en El derecho penal ante las nuevas formas de delincuencia, Studia Iurídica, 1993, p. 197, haciendo referencia al homicidio, pero igualmente predicable del delito en estudio.

{330} Diego Corredor Beltrán et al. “Aspectos médico legales de los trasplantes de órganos y sus implicaciones en derecho penal”, en Medicina, ética y delito, Bogotá, Análisis, 1990, p. 109.

{331} Entendiendo por órgano un conjunto de tejidos que cumplen conjuntamente una función orgánica.

{332} El punto en todo caso es bastante polémico. Luzón Peña (ob. cit., pp. 193-194) señala que es dudosa la admisión del homicidio en este caso, y que menos duda suscita la tipicidad por lesiones personales, dado que el resultado es temporalmente distante, lo que hace que el nexo causal escape en cierta medida al control del agente y que no pueda hablarse de imputación objetiva del resultado. Igualmente sostiene que es discutible que acortar en unos años la vida tenga el significado de la acción típica de matar. Jesús María Silva Sánchez ("Sobre la relevancia jurídico-penal de la no inmediatez en la no producción del resultado", en Estudios penales en memoria del profesor A. Fernández Albor, Santiago de Compostela, Universidad Santiago de Compostela, 1989, p. 682), por el contrario, estima que habría imputación objetiva de la muerte causada, pero con una disminución del injusto del hecho por menor desvalor de acción y por referirse a un resultado no tan grave: el acortamiento de la vida.

{333} Ricardo M. Mata y Martín. Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, Granada, Comares, 1997.

{334} Pérez . Ob. cit., p. 52o. Este autor cita algunas acepciones de veneno, y es así como indica que el toxicólogo alemán Kobert define el veneno como "toda sustancia no organizada que por su naturaleza química y en ciertas condiciones de tal modo ataca un órgano de los seres vivos, que daña su salud de manera transitoria o permanente". Segatore y Poli anotan que veneno es "toda sustancia que por sus propiedades químicofísicas, y en una dosis superior a la dosis tóxica mínima, es capaz de alterar con mayor o menor gravedad la estructura atómica o la actividad funcional de los elementos celulares vivientes de un organismo animal con el que entra en contacto". En el mismo sentido: Antonio Vicente Arenas. Comentarios al nuevo Código Penal, t. II, "Parte especial", vol. I, 4.a ed., 1981, p. 518.

{335} Reyes Echandía. Ob. cit., p. 306.

{336} En Gaceta del Congreso, n.º 189, 6 de agosto de 1989.

{337} Luis F. Rey Huidrobo. El delito de tráfico de estupefacientes, Bosch, 1987, p. 126. “La defensa de este bien colectivo, es un ejemplo demostrativo de que también las formaciones sociales vienen en concreto a gozar de una tutela penal, cuando como en este caso, son titulares de bienes e intereses supraindividuales protegidos por el tipo”. En el mismo sentido: Antonio García-Pablos de Molina . Bases para una política criminal de la droga, Madrid, Reunidas, 1986, p. 371. Justo Laje Anaya. Comentarios al Código Penal. Parte especial, t. 1, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 301: “Conforme a la legislación vigente, puede decirse que el bien protegido, no es otra cosa que la salud de la población en su aspecto físico y moral en razón de que el consumo no medicamentado constituye un mal grave para el individuo no solo en el orden puramente material, sino por las consecuencias que acarrea en el plano psicológico y por constituir un factor degradante de la propia personalidad en cuanto está referido a la relación del sujeto con el mundo de los valores”.

{338} Yesid Ramírez Bastidas. Los estupefacientes, 2.a ed., Neiva, Empresa de Publicaciones del Huila, 1985, p- 90. Corte Constitucional. Sentencia C-420 del 28 de mayo de 2002, M. P: Jaime Córdoba Triviño: “… ya no se trata solo de un tipo penal orientado a proteger la salud pública sino también la seguridad pública y el orden económico y social. Lo primero, porque la alta rentabilidad del narcotráfico ha permitido que se convierta en la alternativa de financiación de grupos de delincuencia organizada, armados y jerarquizados que desvirtúan la premisa del monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de convivencia. Y lo segundo, porque en el tráfico de estupefacientes confluye cada vez más un desmedido ánimo de lucro, dispuesto a vencer todas las barreras, de poner en circulación inmensos capitales y de generar inconmensurables riquezas que alteran dramáticamente las fuerzas económicas de los países afectados por ella”.

{339} Yesid Ramírez Bastidas et al. Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes, Bogotá y Medellín, Temis y Colegas, 1988, p. 121.

{340} Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 5 de mayo de 1994, M. P.: Carlos Gaviria Díaz . La sanción por el consumo de drogas y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. El deber impuesto a las personas de procurar el cuidado integral de su salud es solo un deseo del constituyente.

{341} Cfr. Sentencia del 8 de agosto de 2005. M. P.: Herman Galán Castellanos. Radicación 18609.

{342} Velásquez Gaviria. Acta n.° 41, sesión del 2 de diciembre de 1972, correspondiente a la Comisión que integrada por el Gobierno Nacional presentó el proyecto del que luego se conoció como Decreto 1188 de 1974, que vino ser remplazado por la Ley 30 de 1986. "La estructura general de la Ley 30 de 1986 es idéntica a la del decreto 1188 de 1974". Federico Estrada Vélez . "Comentarios generales a la Ley 30 de 1986", en Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes, cit., 19: "Ambos estatutos regulan integralmente la materia y en nueve capítulos tratan idénticos asuntos con algunas variaciones...".

{343} Reyes Echandía y Baquero Borda . Acta n.° 39, sesión del 25 del diciembre de 1972, de la Comisión Redactora del Decreto 1188 de 1974.

{344} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 8 de agosto de 1989, radicación n.° 4152, M. P.:

Edgar Saavedra Rojas : “El tipo del segundo inciso es un tipo incompleto en cuanto no contiene verbos rectores, puesto que todas las conductas allí previstas son las mismas descritas en el inciso primero, pero se diferencian fundamentalmente en cuanto el quántum de la pena por la menor cantidad de droga decomisada”.

{345} Luis Fernando Rey Huidrobo . Ob. cit., p. 55.

{346} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de julio de 1989.

{347} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de noviembre de 1994, M. P: Dìdimo Páez Velandia : “Los artículos transcritos, si bien se identifican porque constituyen tipos compuestos, también es cierto que conservan su autonomía propia porque mientras que el objeto material en el primero está referido a las conductas alternativas relacionadas con la “droga que produzca dependencia”, en el segundo, la acción la orienta la destinación del bien mueble o inmueble donde se realizan las conductas tocantes con la droga y que constituirían una forma de objeto material accesorio. Dicho de otro modo, en salvaguarda del principio de legalidad del delito y de las penas sólo puede considerarse autor en el último caso a quien realiza la conducta consistente en destinar bien mueble o inmueble para los fines indicados, como quien suministra un vehículo o una bodega a ese propósito. Si con el sólo hecho de hacer tal designación se incurre en ese punible, síguese consecuencialmente que si el agente al propio tiempo realiza otro de los comportamientos que tocan con la droga que produce dependencia, se estará ante un concurso de delitos por constituir acciones individualmente consideradas como punibles”.

{348} Gaceta del Congreso, n.º 189, 6 de agosto de 1989.

{349} Rey Huidrobo. Ob. cit., p. 51.

{350} Artículo 371.I: “El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988 sobre trafico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos”.

{351} La agravación por porte de estupefacientes en establecimientos educativos fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en Sentencia C-535 del 12 de julio 12 2006. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández : “Puede concluirse que el tráfico porte de estupefacientes es una conducta punible que tiene repercusiones nefastas sobre la familia y la sociedad y por lo tanto, es más censurable realizarla al interior de centros educativos, lo que implica un mayor reproche penal y por ende una mayor sanción, pues son conductas que trascienden el fuero interno de la persona y se proyectan sobre los

{352} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal. Sentencia del 7 de octubre de 1997, M. P.: Carlos Mejía Escobar: “Fluye claro que lo que el legislador quiso reprimir con mayor severidad, es la cantidad de estupefaciente manipulada por el agente, de la cual tenga probada noticia el proceso; no simplemente de la cantidad decomisada, pues es apenas lógico entender que el uso de la palabra

incautada" no lo fue con el alcance restrictivo que le da el casacionista, sino para significar con ella "la droga o sustancia ilícita sometida a conocimiento de un Tribunal o autoridad competente para lo de su cargo, así no se halle aprehendida materialmente". En el mismo sentido, sentencia del 10 de diciembre de 1997, M. P.: Dídimo Páez Velandia, y 25 de mayo de 1999, M. P.: Carlos E. Mejía.

{353} Carlos Mario Molina Arrubla. Delitos contra la administración pública, 3.a ed., Leyer, Bogotá, 2000, p. 313. Alfonso Gómez Méndez. Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 179.

{354} Corte Constitucional. Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998, M. P.: Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz : "En otras palabras la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público".

{355} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de marzo de 2006. Radicación # 2178o, M. P.: Edgar Lombana Trujillo .

{356} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del II de marzo de l997, M. P.: Nilson PlNILLA P.

{357} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia. Radicado # 18911, 13 de octubre de 2004, M. P.: Mauro Solarte Portilla. En el mismo sentido, Sentencia del 27 de octubre de 2004, M. P.: Mauro Solarte Portilla . Radicado # 20213.

{358} Jaime Orlando Santofimio G. Delitos de celebración indebida de contratos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 355.

{359} En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en pronunciamiento del 9 de marzo de 2006 y dentro del radicado # 23616, con ponencia de Marina Pulido de Barón: "En punto de las intervenciones de los servidores públicos en etapas posteriores a las indicadas en la referida preceptiva, esto es, en las de ejecución y liquidación del contrato, la Sala ha sido enfática en precisar que tal situación no estructura el delito en mención".

{360} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 16 de marzo de 2005. M. P.: Yesid Ramírez Bastidas : "El estatuto general de contratación administrativa pública o Ley 8o de 1993 relacionó en el artículo 8.° las inhabilidades e incompatibilidades para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales".

{361} Hernando Hernández Quintero : "Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilida des", en Derecho Penal y Criminología, vol. xxi, n.° 68, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 2000, p. 72: "Las primeras (inhabilidades) se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impiden la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado. Las relativas a la incompatibilidad se predican respecto de la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad y por un tiempo legalmente señalado en razón a las vinculaciones de orden laboral, vínculo de parentesco y vínculos de afecto o interés". En el mismo sentido Gómez Méndez . Ob. cit., p. 187. Corte Constitucional. Sentencias C-426 de 1996, M. P.:

{362} Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 de octubre de 1996, M. P.: Roberto Suárez Franco.

{363} En Gaceta del Congreso, n.° 189, 6 de agosto de 1998. Exposición de motivos del nuevo Código Penal: "... se modificó el nombre para colocarle el que realmente corresponde: interés indebido en la celebración de contratos, pues en éstos eventos el contrato formalmente es lícito, pero el servidor público indebidamente se interesa en el mismo y busca la obtención de un determinado resultado, contrariando sus específicos deberes de imparcialidad, transparencia, etc., que deben caracterizar las contrataciones estatales". Pedro Pacheco Osorio. Derecho penal especial, t. I, Bogotá, Temis, 1978, p. 188: "El interés que en el contrato u operación pone el funcionario es siempre ilícito, pero no porque trate de obtener una ganancia fraudulenta, desmedida, perjudicial para la administración pública, ni siquiera 'proporcionada al interés del capital', sino porque es contrario a la ética y a sus específicos deberes de imparcialidad actuar en su mismo acto como parte y contraparte, en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. Y esa intrínseca ilicitud no la destruye ni siquiera la consideración de que la administración pública resulte más favorecida con la indebida intervención privada del funcionario que sin ella, como en el caso de que ésta haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros para citar el ejemplo de Soler".

{364} Santofimio. Ob. cit., p. 88; Mario Arboleda Vallejo et al. Nuevo código penal comentado, 6.a ed., Bogotá, Leyer, p. 792.

{365} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: "Si el interés particular deviene a favor de la Administración

(verbigracia, el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la Administración, o de mayor rendimiento para esta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios prohibidos sino disconformes con el ejercicio de la función pública. El interés, así traduzca este un aprovechamiento económico, puede permitir un beneficio para la Administración o para terceros. No se correlaciona para nada utilidad y daño. Son dos aspectos indiferentes y ajenos al problema de la negociación incompatible que persigue mantener la función en lo que debe ser: separar el instrumento u órgano del Estado de la apetencia o interés particular. Además la naturaleza de este delito es el de ser formal y no de resultado...". En sentido contrario se expresa Luis Carlos Pérez. Derecho penal. Parte general y especial, t. III , reimp. de la I .a ed., Bogotá, Temis, 1986, pp. 276 y 277.

{366} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de abril de 2002. Radicación 12658, M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

{367} Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M. P.: Alvaro Tafur Galvis . Además se agregó en dicho pronunciamiento: "No es entonces cualquier interés el que se penaliza sino el interés indebido que se manifiesta en las actuaciones del servidor público con las que se vulnera la transparencia e imparcialidad de la actividad contractual".

{368} Gómez Méndez . Ob. cit., p. 181.

{369} Arboleda Vallejo. Ob. cit., p. 798. En el mismo sentido Santofimio. Ob. cit., pp. 104 y ss.

{370} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de febrero de 2005, radicación #15212, M. P.: Hermán Galán Castellanos y Alfredo Gómez Quintero . En este sentido igualmente se ha expresado la Corte, cuando anotó: la Sala tuvo oportunidad de precisar que en consideración al modelo descriptivo de la conducta, que establece un tipo en blanco en la medida en que requiere complementarse con otras disposiciones y analizarse dentro del contexto de los principios de rango constitucional que le asigna el artículo 209 a la función administrativa, al indicar que ésta debe orientarse por los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, así como servir a los intereses generales y cumplir los fines esenciales del Estado, todo lo anterior, conjugado con las normas del Estatuto general de contratación de la administración pública, adoptado por la Ley 8o de 1993 que derogó el Decreto 222 de 1983 y demás disposiciones que la desarrollan y complementan, normatividad que permite definir el marco legal de la conducta que se atribuye al procesado.

{371} Juan Fernández Carrasquilla . Principios y norma rectoras del derecho penal, Bogotá, Leyer, 1998, p. 172. En el mismo sentido, Enrique Cury üRZUA. La ley penal en blanco, Bogotá, Temis, 1988, p. 50. En este punto es importante distinguir entonces esta clase de tipos indeterminados de los llamados genéricamente tipos en blanco con reenvío específico, que son aquellos que remiten, para completarse, a normas específicas extrapenales, de tal suerte que entre ambas integran un concepto claro, completo y determinado que no arroja dudas sobre la materia prohibida. Incluso para estos casos la doctrina no es unánime en aceptarlos, aun cuando los tolera. Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau . Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p. 56. Diego Manuel Luzón Peña. Curso de derecho penal. Parte general, Universitas, 1996, pp. 151 y ss. Enrique Bacigalupo. Principios de derecho penal. Parte general, 4.a ed., Akal-Iure, 1997, pp. 102 y ss.

{372} Diego Corredor Beltrán . “Reflexiones en torno al tipo penal de la celebración indebida de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales”, en Derecho Penal y Criminología, vol. xxi, n.° 68, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, enero-abril de 2000, pp. 43 y ss.

{373} Molina Arrubla. Ob. cit., p. 336. En el mismo sentido, Erleans Peña Ossa. Delitos contra la administración pública, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 183.

{374} Jorge Pino Ricci et al. Régimen de las entidades territoriales, t. i, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 200.

{375} Mariela Vega de Herrera et al. Contratación estatal, Bogotá, Temis, 1999, p. 19.

{376} Gómez Méndez. Ob. cit., p. 215.

{377} Omar Franco Gutiérrez. La contratación administrativa, 4.ª ed., Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez,

1999, p. 309.

{378} Pedro José Bautista Moller. Licitaciones, contratos y sanciones, Bogotá, Doctrina y Ley, 1999, p.334.

{379} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 9 de febrero de 2005. Radicación # 21547, M. P: Marina Pulido DE Barón : “Sobre las formas de comisión del delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, estima oportuno la Sala hacer precisión que el legislador acude a un giro conforme al cual la conducta que se reprocha de quien tramita el contrato es diversa a aquella que se censura de quien lo celebra o liquida, pues mientras en la primera modalidad se alude expresamente a “tramitar” el acuerdo de voluntades sin observancia de sus requisitos legales esenciales, en las dos restantes el contenido de la prohibición se hace consistir en “no verificar” el cumplimiento de los requisitos consustanciales a cada fase. Y esa distinción se ofrece consecuente con la forma en que en la práctica las entidades del Estado llevan a cabo la función contractual. En efecto, es sabido que la celebración de un contrato y su posterior ejecución, conlleva la realización de un sinnúmero de actos que se realizan, normalmente, a través de diversos órganos de la administración, en una relación concatenada de antecedente a consecuente, lo cual perfila uno de los procesos administrativos más complejos. Todo indica que el legislador tuvo en cuenta esa realidad al definir la conducta prohibida, y que quiso cobijar a través de ella tanto a los servidores públicos de rango medio en la organización que por razón de sus funciones intervienen en la tramitación del contrato, como a aquéllos que con ocasión de su cargo son titulares de la función contractual, últimos a quienes se reserva la facultad de celebrar y liquidar el contrato, para lo cual se demanda una estricta labor de supervisión, inexcusable, en cuanto garantes de la legalidad de la actuación, precisamente por que son los únicos que pueden comprometer con su voluntad final los dineros del erario. De manera que, aunque las entidades estatales desarrollen la gestión contractual de manera desconcentrada, a través de los órganos funcionales de la administración que temáticamente se ocupan de ejecutar las políticas trazadas en determinadas materias y de llevar a cabo los planes diseñados a nivel de ellas, desconcentración que se materializa, en gran medida, mediante el impulso de la gestión precontractual, determinando en primera instancia las necesidades por cubrir conforme a los planes y programas previamente aprobados, verificando su costo y la existencia de recursos para atenderlas, incluso, atendiendo por iniciativa propia la labor de convocatoria pública o

privada, recibiendo las ofertas y hasta presentando al ordenador del gasto concepto sobre aquella que se considera la más conveniente, ello de manera alguna coloca a los representantes legales de la entidades en simples "tramitadores" o "avaladores" de las labores desarrolladas por sus subalternos. Ni la mencionada desconcentración que opera comporta, tampoco, que al representante legal de la entidad le competa solamente "firmar" los contratos en un acto mecánico, pues, en cualquier caso, es su responsabilidad que todo el trámite se haya adelantado conforme a la ley y de allí que se le exija ejercer los controles debidos".

{380} Gómez Méndez. Ob. cit., p. 218.

{381} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de octubre de 2004, M. P.: Mauro Solarte Portilla , radicación # 18911; en el mismo sentido, Sentencia del 1 de diciembre de 2004, M. P.: Mauro Solarte Portilla , radicación # 21049.

{382} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de octubre de 2004, M. P.: Mauro Solarte Portilla, radicación # 18911; en el mismo sentido, Sentencia del 1 de diciembre de 2004, M. P.: Mauro Solarte Portilla, radicación # 21049.

{383} Emilio Betti. Teoría general de las obligaciones, t. 1, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 366 y 367.

{384} Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación del 22 de febrero de 1972.

{385} Ospina Fernández y Ospina Acosta. Teoría general del contrato, 4.“ ed., Bogotá, Temis, pp. 209 y 210.

{386} Ibíd., p. 210.

{387} Alberto Suárez Sánchez. Delitos contra el patrimonio económico, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 218.

{388} Luis E. Romero Soto. El delito de estafa, 1990, p. 495.

{389} Ibíd., p. 496.

{390} José Manuel Valle Muñiz. El delito de estafa, Barcelona, Bosch, 1992, p. 253.

{391} Francesco Carnelutti. Sistema de derecho procesal civil, t. II, Buenos Aires, Uteha, 1993 , p. 420.

{392} Francesco Carrara. Programa, n.° 3660, Bogotá, Temis, 1978, pp. 287 y 288: “... no podría decirse [...] de qué suerte se ofende la fe pública, cuando [.] se declaran falsamente la pertenencia o la libertad de un predio [...] Estas observaciones mendaces podrán estar dolosamente dirigidas en perjuicio ajeno [.] Este delito será siempre de daño particular, ofensivo tan solo de la fe privada.”.

{393} J. Parra. Manual de derecho probatorio, 11.ª ed., p.454.

{394} ... En el certificado médico producido delante del juez está escrito que el imputado está febricitante, ¿pero será verdad?": ejemplo de Luigi Sanguinetti JR. La valutazione della prova penale, Milano, Giuffré, 1979, p. 125.

{395} "... él nace de la necesidad que tienen los coasociados de no ser engañados en cuanto [...] ciertas formas externas o signos de autenticación o de procedencia": Romero Soto . Ob. cit., p. 24.

{396} Anteproyecto de Código Penal colombiano, ed. oficial, 1974, p. 485.

{397} "L'oggetto giuridico del reato diviene cosí la facolta conoscitiva dell'uomo". Alessandro Malinverni . Sulla teoria del falso documentale, Milán, Giuffré, 1955, p. 184.

{398} A. Malinverni. Ob. cit., p. 183 .

{399} Ministerio DE Justicia. Anteproyecto de Código Penal, ed. oficial, 1974, p. 486.

{400} María DEL Carmen García C. Falsedades documentales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, 134.

{401} García C. Ob. cit., p. 134.

{402} Ibíd., p. 135.

{403} Sala Segunda. Sentencia del 18 de noviembre de 1998, M. P.: Conde Pumpido-Tourón, citada en Juan Francisco Boné Pina y Rafael Soteras Escartín. "De las falsedades documentales", en Comentarios al Código Penal, Barcelona, Bosch, 2000, p. 253.

{404} García Cantizano. Ob. cit., p. 134.

{405} Nelson Hungría. Comentarios ao Codigo Penal, vol. 9, Rio de Janeiro, Forense, 1959 , p. 191 .

{406} Günther Jakobs. Derecho penal. Parte general, Madrid, Marcial Pons, 1995 , p. 50 .

{407} Sala Segunda. Sentencia del 3 de abril de 1996, M. P.: Enrique Bacigaluppo Z., citada en Boné y SOTERAS. Ob. cit., p. 150.

{408} Jairo Parra. Manual de derecho probatorio, 12.a ed, Bogotá, Librería del Profesional, 2002, pp. 443 y 445.

{409} Ministerio de Justicia. Anteproyecto de Código Penal, acta n.º 80 , 1974, p. 501 .

{410} csj, Casación Penal. Sententencia del 10 de noviembre de 1987 , M. P.: D. Páez.

{411} Corte Suprema de Justicia. 6 de mayo de 1997 , rad. 9478 .

{412} Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 17 de marzo de 1998 .

{413} Cfr. Anteproyecto, acta 81 .

{414} Cfr. art. II Ley 446 de 1998: "... se reputarán auténticos sin necesidad de presentación personal o autenticación".

{415} Corte Suprema de Justicia, n.º 13231 .

{416} Jürgen Habermas. Facticidad y validez, Madrid, Trotta, 1998 , p. 73 .

{417} Romero . Ob. cit., p. 340.

{418} Ibíd., p. 181 .

{419} Ejemplo de cómo se legisló durante ese período es el artículo 1.° del Decreto 3664 del 17 de diciembre de 1986: "Mientras se halle turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare o porte armas de fuego de defensa personal, municiones o explosivos, incurrirá en prisión de uno (I) a (4) años y en decomiso de dicho elemento". En el artículo 8.°, último del estatuto, se disponía: "Este decreto rige desde la fecha de su publicación, deroga los decretos 1056 y 1058 de 1984 y suspende las normas que le sean contrarias".

{420} Sobre estos aspectos, en lo que se refiere a la legislación antiterrorista española, Juan Bustos Ramírez.Manual de derecho penal. Parte especial, Barcelona, Ariel, 1991 , p. 243.

{421} Ibíd., p. 243.

{422} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de enero de 2001 , M. P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

{423} Al respecto, cfr. ídem.

{424} Esta modalidad se utiliza principalmente para cierto tipo de drogas que, dado su alto costo, pueden ser transportadas en pequeñas cantidades que ingiere un individuo; comúnmente tales personas llevan heroína o cocaína en su cuerpo, aunque la mayoría de veces la primera.

{425} Estas conductas pueden coincidir o no con los delitos establecidas en los artículos 150, constreñimiento al apoyo bélico, o 162, reclutamiento ilícito; ello con base en que allí se refiere a situaciones derivadas del conflicto interno, mientras que en el caso de los conciertos puede abarcar organizaciones no necesariamente relacionadas con dicho presupuesto, como grupos de defensa privada en zonas urbanas, bandas armadas de narcotraficantes, etc.

{426} Tal vez sería mejor decir “contaminado”.

{427} Los acontecimientos del ii de septiembre en la ciudad de Nueva York muestran cómo la causación de 2.500 muertos no es en realidad lo que puede entenderse como terrorismo, sino específicamente el atacar un símbolo de la potencia mundial; de hecho, ese país en diversos conflictos puede haber tenido más bajas, pero el “terror” fue infundido a partir de atentar contra un símbolo, como eran las torres derribadas.

{428} El Act puede entenderse como “ley del Parlamento inglés”, y es la normatividad de mayor jerarquía en el país anglosajón.

{429} Joseph Miquel Prats Canut, en Comentarios al nuevo Código Penal, Quintero Olivares (dir.), 2.a ed., Navarra, 2001, p. 2301.

{430} En general estos términos son los que aparecen como recurrentes en la jurisprudencia para describir la existencia de un acto terrorista.

{431} Entre otras referencias cfr.: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 3 de agosto de 1989, M. P.: Jorge Carreño Luengas . El delito de amenazas personales o familiares, descrito en el Decreto 180 de 1988, no debe entenderse como un simple atentado contra la libertad individual, a la manera del constreñimiento ilegal, sino como un tipo penal con finalidad terrorista, que lesiona a la vez el bien jurídico de la libertad y de la seguridad pública. Es de anotar que la norma a la que se refiere la decisión es en esencia la misma que hoy se encuentra vigente. En el mismo sentido, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 29 de marzo de 1989, M. P.: Jaime Giraldo Angel .

{432} Cfr. en extenso sobre este delito en la legislación española, en donde la apología se regula como una forma de provocación en la parte general del Código, Rafael Rebollo Vargas . La provocación y la apología en el nuevo Código Penal, Barcelona, Tirant Monografías, n.° 75, Universidad Autónoma de Barcelona, 1997.

{433} Cfr. al respecto, en extenso acerca de la posición de garante, entre otras publicaciones, y sobre nuestra posición de extender la posición de garante a todos los delitos de resultado: Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Leonardo Cruz. Estudios sobre omisión, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Colección de Pensamiento Jurídico, n.° 2, 2002.

{434} Carlos Creus. Derecho penal. Parte especial, t. II, 2.ª ed., Buenos Aires, Astrea, 1988, p. 8.

{435} Cfr. artículo 346, párrafo 2.° del C. P. español, o 316c, numeral 3, del C. P. alemán.

{436} Que sería tanto como sancionar con mayor pena un delito tentado que uno consumado.

{437} Sobre la específica posición al respecto, Gómez Pavajeau y Cruz. Estudios sobre omisión, cit., pp. 131 y ss.

{438} Por ejemplo, en el artículo i.° del tratado se establece: a. Por "materiales nucleares" se entiende el plutonio, excepto aquel cuyo contenido en el isótopo plutonio-238 exceda del 80%, el uranio-233, el uranio enriquecido en los isótopos 235 o 233, el uranio que contenga la mezcla de isótopos presentes en su estado natural, pero no en forma de mineral o de residuos de mineral, y cualquier material que contenga uno o varios de los materiales citados.

{439} Llama la atención que en la legislación se ha utilizado para esta conducta la expresión "entorpecimiento de defensa contra desastres".

{440} Debe aclararse en todo caso que si el material explosivo está acondicionado ya como carga explosiva, entraría en la descripción del artículo 366.

{441} Sobre la práctica de borrado de seriales y números de identificación, desafortunadamente, el legislador penal guarda silencio, cuando ello tiene serias repercusiones, como lo demuestra que en una legislación extranjera se encuentre incluido como agravante.

{442} Este verbo rector sí se encuentra en el artículo 366, lo que implica que la situación no fue una simple desatención del legislador sino una decisión legislativa. No se puede

considerar como una decisión de política criminal, puesto que en el sentido que se conoce este término, por lo menos en relación con los delitos contra la seguridad pública, salvo el Código de 1980, ella no ha existido.

{443} En la actualidad, la diferencia de competencia respecto de la justicia ordinaria y la especializada, no de forma muy clara, surge no de la clase de arma, sino de los verbos rectores realizados en los artículos 365 y 366; así, el porte de armas de uso privativo de las fuerzas militares es de competencia de la justicia ordinaria, mientras que, por ejemplo, la fabricación de esta clase de armas es de competencia de la justicia especializada; a dichos aspectos se refiere el fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, de septiembre de 2001, M. P.: Jorge Córdoba Poveda .

{444} El artículo 8.° del decreto en mención define inicialmente de forma legal lo que se debe entender por arma privativa de uso militar, y posteriormente realiza una ejemplificación extensa de esa clase de armas, mientras que el artículo ii, como ya se mencionó, hace referencia a la definición, por descripción de sus clases, de las armas de defensa personal. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 5 de mayo de 1994, M. P: Fernando E. Arboleda Ripoll , exp. 13340.

{445} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de septiembre de 1993 , M. P.: Ricardo Calvete Rangel, en Gaceta Judicial, t. ccxxvii, n.º 2466 , 2.º semestre de 1993 , primera parte, p. 937 .

{446} En estos eventos de coautoría y participación, la Corte muestra una tendencia en ocasiones en extremo extensiva.

{447} La expresión “toxínica” aparece en las referencias consultadas.

{448} Virginia Gutiérrez de Pineda, Familia y cultura en Colombia, 3.ª ed., Medellín, Universidad de Antioquia, 1994 . Ligia Echeverri de Ferrufino, Antropología y familia, Bogotá, Tercer Mundo, 198 5, y La familia de hecho en Colombia, Bogotá, Tercer Mundo, 1987 .

{449} . Adecuado representante de esa tendencia es André-Jean Arnaud: cfr. Entre modernidad y globalización, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 97 y ss.

{450} Veáse José Guillermo Eduardo Ferro Torres et al., en Derecho penal especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 254.

{451} Sobre este delito hay en Colombia dos estudios extensos: Gustavo Gómez V. Delitos contra la asistencia familiar, Medellín, Pequeño Foro, 1973; y Alfonso Reyes E. Delitos contra la asistencia familiar, 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974.

{452} Corte Constitucional. Sentencia C-237 de 1997, M. P.: Carlos Gaviria Díaz.

{453} Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2000, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

{454} Corte Constitucional. Sentencia C-055 de 2010. Exp. 7807, M.P. Juan Carlos Henao .

{455} Corte Constitucional. Sentencia C-388 de 2000, M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

{456} Corte Constitucional. Sentencia C-316 de 2002, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

{457} Cfr. Manuel Fernando Moya Vargas. “El delito de inasistencia alimentaria. Apuntes para una interpretación sistemática del tipo”, en Derecho Penal y Criminología, n.° 68, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 96.

{458} Cfr. Alfonso Reyes Echandía. Derecho penal especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 240: aunque incluye estas situaciones junto a las que suspenden la patria potestad como justas causas.

{459} Luis Carlos Pérez. Tratado de derecho penal, t. V, Bogotá, Temis, 1974, p. 163.

{460} Cfr. Moya Vargas. Ob. cit., p. 96.

{461} Cfr. Moya Vargas. Ob. cit., pp. 99 y 100.

{462} Alfonso Reyes Echandía. Delitos contra la asistencia familiar, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de

Colombia, 1994, p. 151.

{463} Reyes Echandía. Derecho penal especial. Ob. cit., p. 231.

{464} Históricamente, el régimen de derecho de autor más antiguo es el llamado Estatuto de la reina Ana de 1709, en Gran Bretaña.

{465} Ernesto Rengifo García. Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externando de Colombia, 1997, p. 33.

{466} Idem.

{467} En este sentido, resulta curioso, por decir lo menos, que no obstante la declaratoria parcial de inexequibilidad, en el artículo 67 inciso 5.º del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), se exprese: "En las investigaciones por delitos contra la propiedad intelectual, derechos de autor y propiedad industrial...", como si se tratara de temas por entero diferentes. De haber tenido claro el legislador que los derechos de autor y la propiedad industrial son especies del derecho intelectual, le hubiera bastado referirse al género, sin necesidad de enunciar tanto éste como sus especies.

{468} Últimamente se viene sosteniendo que al lado de los derechos de autor y de la propiedad industrial, existe otro grupo de temas que hacen parte de la propiedad intelectual, v. gr., los derechos de obtentor y los nombres de dominio.

{469} Cfr. Rengifo García. Ob. cit., p. 26.

{470} Cfr. ibíd, p. 28.

{471} Se mencionan acá, únicamente, los tratados de orden multilateral, aun cuando Colombia es parte también en varios instrumentos de orden bilateral en la materia.

{472} La Convención Universal, en razón a la cláusula de salvaguardia que incorpora la misma, solo es aplicable cuando no lo es el Convenio de Berna, en razón a la no adhesión a este último por parte de alguno de los Estados involucrados.

{473} Las decisiones comunitarias no tienen naturaleza de tratados internacionales. Se trata de normas, precisamente de carácter comunitario y, como tales, no tienen el tratamiento de un tratado internacional.

{474} Existen otras normas relacionadas con el derecho de autor de orden no sustantivo que vale la pena mencionar: Decreto 1360 de 1989, "Por el cual se reglamenta la inscripción del soporte lógico (software) en el Registro Nacional del Derecho de Autor"; Decreto 2041 de 1991, "Por el cual se crea la Dirección Nacional de Derecho de Autor como Unidad Administrativa Especial y se determinan sus funciones"; Ley 44 del 5 de febrero de 1993, "Por la cual se modifica y adiciona la Ley 23 de 1982 y se modifica la Ley 29 de 1944; "Resolución 651 de 1994, "Por la cual se establecen los parámetros para la presentación de informes de actividades por parte de las sociedades de gestión colectiva de Derecho de Autor y Derechos Conexos, a la

Dirección Nacional del Derecho de Autor."; y, Decreto Ley 1278 de 1996, "Por el cual se fija la estructura interna de la Dirección Nacional de Derecho de Autor y se establecen sus funciones (deroga los artículos 7.° al 12 del Decreto 2041 de 1991)".

{475} Cfr. Artículo 171 de la Ley 23 de 1982 y artículo 5.° del TOIEF.

{476} Corte Constitucional. Sentencia C-155 de 1998, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

{477} Rengifo García. Ob. cit., p.50.

{478} Idem.

{479} Cfr. Artículos 96 a 100 de dicha Ley. Es de tener en cuenta que dichas normas hacían constantes remisiones a otras disposiciones de la misma Ley.

{480} Ley 86 de 1946, artículo 96: "Incurren en prisión de seis meses a un año y multa de doscientos a Quinientos pesos: I. El que, en relación con una obra inédita y sin autorización del autor o de sus causahabientes, la inscribe en el registro, o la enajena, o la publica por cualquier medio de reproducción, multiplicación o difusión, como si fuera suya o de otra persona distinta del autor verdadero, o con el título cambiado o suprimido, o con el texto alterado dolosamente; (...)".

{481} Ley 86 de 1936, artículo 97: “Incurren en prisión de tres meses a un año y multa de ciento a tres cientos pesos: (...) 4. El que viole la prohibición del artículo 33; 5. El que comete cualquiera de los hechos que el artículo 94 declara esencialmente contrarios a la moralidad pública, con la salvedad del artículo 95, y aun en este caso, si las publicaciones, imágenes, dibujos u objetos destinados a fines exclusivamente científicos, educativos o artísticos y desprovistos de toda intención lúbrica, llegan a ser exhibidos públicamente con el fin de excitar la concupiscencia”. Artículo 33: “Ninguna producción musical, tragedia, drama, comedia o cualquiera otra producción, sea cual fuere su denominación, podrá ser ejecutada o representada en público, si no es: a) Con el título y en la forma confeccionada por su autor, y, b) previo permiso de éste, o de su representante, o de sus causahabientes”. Artículo 94: “La presente ley declara actos esencialmente contrarios a la moralidad pública, que escapan como tales a toda protección jurídica: hacer, reproducir o poseer escritos, discos de gramófonos, películas cinematográficas, fotografías, cuadros, dibujos, pinturas, litografías, carteles, emblemas o figuras de carácter obsceno o ejercer el negocio de darlos en préstamo o alquiler”.

{482} Según las normas trascritas en los pies de página anterior, se aprecia que las obras pornográficas se consideraban indignas de protección por el derecho de autor.

{483} Ley 86 de 1946 artículo 100. “Las sanciones establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en la mitad de la cuantía del perjuicio material causado con la infracción si fuere superior a dos mil pesos, o si siendo inferior, ha ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia”.

{484} Cfr. Ley 23 de 1982, artículos 232 a 235.

{485} Ley 23 de 1982, artículo 232: “(...) 7. El que reproduzca, importe o distribuya fonogramas sin au torización de su titular; (...)”.

{486} Ley 23 de 1982, artículo 232: “(...) 12. Presentare declaraciones falsas destinadas directa o indirectamente al pago o distribución de derechos económicos de autor, alterando los datos referentes a concurrencia de público, clase, precio y número de entradas vendidas para un espectáculo o reunión, número de entradas distribuidas gratuitamente, de modo que pueda resultar perjudicado el autor; 13. Presentare declaraciones falsas destinadas directa o indirectamente al pago o distribución de derechos económicos de autor, alterando el número de ejemplares producidos, vendidos o distribuidos gratuitamente de modo que pueda resultar perjudicado el autor; 14. Presentare declaraciones falsas destinadas a la distribución de derechos económicos de autor, omitiendo, sustituyendo o intercalando indebidamente los datos de las obras respectivas; 15. Realizare acciones tendientes a falsear los ingresos reales de un espectáculo o reunión; (...)”.

{487} El contenido de estas normas, en gran parte, en la actualidad ha pasado a ser parte de la legislación procesal penal.

{488} Cfr. Ley 599 de 2000, artículo 476.

{489} De conformidad con lo dispuesto por la Ley 890 de 2004, para los hechos ocurridos bajo la vigencia del sistema acusatorio, aumentó en una tercera parte las penas mínima y en la mitad las máximas, para todos los delitos del Código Penal.

{490} (I) Decisión 351. Capítulo iv. Del derecho moral. Artículo II. El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; (...). (2) Ley 23 de 1982. Artículo 30. El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para: (...) c) A conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de él cuando así lo ordenase por disposición testamentaria; (...)

{491} Ley 23 de 1982, artículo 8.°, literal g. Decisión 351, artículo 3.°: "(...) Divulgación: Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento (...)".

{492} Ley 23 de 1982, artículo 8.°, literal m: "Fonograma: la fijación, en soporte material, de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos".

{493} Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Vigésima edición, Madrid, 1984, t. v, p. 1117.

{494} 1. Decisión 351, artículo 3.º. 2. En similar sentido el artículo 3 del Convenio de Berna: "3) Se entiende por "obras publicadas", las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra. No constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la

exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica".

{495} Código Civil, artículo 28: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido literal y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal" (itálicas fuera de texto).

{496} De conformidad con lo dispuesto por la Ley 890 de 2004, para los hechos ocurridos bajo la vigencia del sistema acusatorio, aumentó en una tercera parte las penas mínima y en la mitad las máximas, para todos los delitos del Código Penal.

{497} I. Convención de Berna, artículo 6.° bis: "I) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, (...)". 2. Decisión 351, Capítulo iv. Del derecho moral, artículo II . "El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: (...) b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; (...)"..)Ley 23 de 1982, artículo 30: "El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para: a) Reivindicar en todo tiempo la paternidad de su obra y, en especial, para que se indique su nombre o seudónimo cuando se realice cualquiera de los actos mencionados en el artículo 12 de esta ley;(...)".

{498} Sobre el tema del plagio cabe traer a colación las siguientes reflexiones: 1. Plagio, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa "Copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias"; 2. Satanowsky enseña que en esencia el plagio consiste en dar por propio

el trabajo ajeno desfigurado; se presenta cuando la obra, más que una reminiscencia o inspiración, es una imitación de una parte de cierta importancia de otra creación. Isidro Satanowsky. Derecho intelectual, Buenos Aires, Tipográfica Argentina, 1954. p. 270; 3. González Gómez, por su parte, indica que existe consenso en que el plagio implica "ante todo, la apropiación indebida de la creación de otro". Alejandro González Gómez. El tipo de los delitos contra la propiedad intelectual, Madrid, Tecnos, p. 192; 4. García Rivas, citando a Muñoz Conde, destaca que no es fácil diferenciar el plagio de la simple influencia o de la falta de originalidad, existiendo entonces una diferenciación destacable entre la utilización de las ideas preexistentes, donde no existe plagio como que las ideas no pertenecen a patrimonio alguno ni pueden ser susceptibles de apropiación, y la apropiación de la expresión formal de las mismas, donde podría existir delito si la nueva forma creada es producto de la elaboración de un autor que "de ese modo la haya investido con el ropaje que entendió más apropiado para su pública difusión (...)". Nicolás García Rivas. Comentarios a la ley de propiedad intelectual, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1997, p. 2379; 5. Sobre el concepto de plagio también puede verse Delia Lypszyc. Derecho de autor y derechos conexos, Buenos Aires, Unesco, Cerlalc, zavalia, 2001, p. 567.

{499} Cfr. Satanowsky. Ob. cit., p. 209.

{500} Sentencia de Casación n.º 31403.

{501} i. Convención de Berna, artículo 6.° bis: "1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho (...) de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación. (...)". . Decisión 351, artículo ii: "El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: (...) c) Oponerse a toda

deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor (...)". 3. Ley 23 de 1982, artículo 30: "El autor tendrá sobre su obra un derecho perpetuo, inalienable, e irrenunciable para: (...) b) A oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos; (...)".

{502} Ley 23 de 1982: I. Artículo 8.°: "Para los efectos de la presente ley se entiende por: (...) r) Editor: la persona natural o jurídica, responsable económica y legalmente de la edición de una obra que, por su cuenta o por contrato celebrado con el autor o autores de dicha obra, se compromete a reproducirla por la imprenta o por cualquier otro medio de reproducción y a propagarla; (...)". 2. Artículo 97: "El productor cinematográfico es la persona natural o jurídica legal y económicamente responsable de los contratos con todas las personas y entidades que intervienen en la realización de la obra cinematográfica".

{503} De conformidad con lo dispuesto por la Ley 890 de 2004, para los hechos ocurridos bajo la vigencia del sistema acusatorio, se aumentó en una tercera parte las penas mínimas y en la mitad las máximas, para todos los delitos del Código Penal.

{504} Cfr. en similar sentido, Bibiana Andrea Cala Moya y Carlos Fernando Guerrero Osorio . "La Ciberpiratería como conducta vulneratoria de la propiedad intelectual y sus aspectos penales". Tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2005, p. 143.

{505} Hilda Retondo . Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual. Derecho de autor y derechos conexos

en los umbrales del año 2000, t. i, Bogotá, Ministerio de la Cultura, 1991, p. 981.

{506} Rengifo , Ob. Cit., p. 157.

{507} A estas nuevas formas de explotación nos referiremos más adelante.

{508} I . Ley 23 de 1982: "Artículo 12. El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera de los actos siguientes: A. Reproducir la obra; (...)"; 2. Decisión 351: "Artículo 13. El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento; (...) c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler; d) La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del titular del derecho; (...)"; 3. Convención de Berna, artículo 9.°: "I) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma (...)".

{509} I. Ley 23 de 1982: "Artículo 172. El productor de un fonograma tiene el derecho de autorizar o de prohibir la reproducción directa o indirecta del mismo. Entiéndese por ejemplar ilícito el que, imitando o no las características externas del ejemplar legítimo, tiene incorporado el fonograma del productor, o parte de él, sin su autorización"; 2. "Artículo 37. Los productores de fonogramas tienen del derecho de: a) Autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas; b) Impedir la importación de copias del fonograma, hechas sin la autorización del titular; c) Autorizar o prohibir la distribución pública del original y

de cada copia del mismo, mediante la venta, alquiler o cualquier otro medio de distribución al público; (...)"; 3. Convención de Roma, artículo 10.°: "Los productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas"; 4. ADPIC : "Artículo 14. Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión. (...) 2. Los productores de fonogramas tendrán el derecho de autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas"; 5. TOIEF : "Artículo II. Derecho de reproducción. Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma. Artículo 12. Derecho de distribución. I) Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de sus fonogramas mediante venta u otra transferencia de propiedad (...)".

{510} I. Ley 23 de 1982, artículo 166: "(...) c. La reproducción de una fijación de la interpretación o ejecución de dichos artistas en los siguientes casos: I. Cuando la interpretación o la ejecución se hayan fijado inicialmente sin su autorización; 2. Cuando la reproducción se hace con fines distintos de aquellos para los que fueron autorizados por los artistas, y 3. Cuando la interpretación o la ejecución se haya fijado inicialmente de conformidad con las disposiciones de esta ley pero la reproducción se haga con fines distintos de los indicados"; 2. Decisión 351: "Artículo 34. Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir (...) así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones; 3. Convención de Roma, artículo 7.º: "1. La protección prevista por la presente Convención en favor de los artistas intérpretes o ejecutantes comprenderá la facultad de impedir: c) la reproducción, sin su consentimiento, de la fijación de su ejecución: (i) si la fijación original se hizo sin su consentimiento; (ii) si se trata de una reproducción para fines distintos de los que habían autorizado; (iii) si se trata de una fijación original hecha con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 que se hubiera reproducido para fines distintos de los previstos en ese artículo (...)"; 4. ADPIC:

"Artículo 14: Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión. 1. En lo que respecta a la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones en un fonograma, los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán la facultad de impedir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas y la reproducción de tal fijación. Los artistas intérpretes o ejecutantes tendrán asimismo la facultad de impedir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la difusión por medios inalámbricos y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo (...)"; 5. toief: "Artículo 7.º. Derecho de reproducción. Los artistas intérpretes o ejecutantes gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción directa o indirecta de sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en fonogramas, por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma".

{511} 1. Ley 23 de 1982: "Artículo 12: El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera de los actos siguientes: c) Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio". "Artículo 166: Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión, o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones. En consecuencia, nadie podrá sin la autorización de los artistas intérpretes o ejecutantes, realizar ninguno de los actos siguientes: a) La radiodifusión y la comunicación al público de la interpretación o ejecución de dichos artistas, salvo cuando ella se haga a partir de una fijación previamente autorizada o cuando se trate de una transmisión autorizada por el organismo de radiodifusión que transmite la primera interpretación o ejecución; (...); 2. Ley 44 de 1993: Artículo 69: "Cuando un fonograma publicado con fines comerciales, o una reproducción de ese fonograma, se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única, destinada a la vez a los artistas intérpretes o ejecutantes y al productor de

fonograma, suma que será pagada por el utilizador a los artistas intérpretes y a los productores de fonogramas, a través de las sociedades de gestión colectiva constituidas conforme a la ley, distribuidas por partes iguales"; 3. Decisión 351: "Artículo 13. El autor o, en su caso, sus derechohabientes, tienen el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir: b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio que sirva para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes; (...)". "Artículo 34. Los artistas intérpretes o ejecutantes tienen el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público en cualquier forma de sus interpretaciones y ejecuciones no fijadas, así como la fijación y la reproducción de sus interpretaciones o ejecuciones. Sin embargo, los artistas intérpretes o ejecutantes no podrán oponerse a la comunicación pública de su interpretación o ejecución, cuando constituyan por sí mismas una ejecución radiodifundida o se hagan a partir de una fijación previamente autorizada". "Artículo 37. Los productores de fonogramas tienen del derecho de: d) Percibir una remuneración por cada utilización del fonograma o copias del mismo con fines comerciales, la que podrá ser compartida con los artistas intérpretes o ejecutantes en los términos que establezcan las legislaciones internas de los Países Miembros"; 4. Convención de Berna: Artículo 11bis: "1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar: 1.°, la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2.°, toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3.°, la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida (...)"; 5. Convención de Roma: "Artículo 12. Cuando un fonograma publicado con fines comerciales o una reproducción de ese fonograma se utilicen directamente para la radiodifusión o para cualquier otra forma de comunicación al público, el utilizador abonará una remuneración equitativa y única a los artistas intérpretes o ejecutantes, o a los productores de fonogramas, o a unos y otros. La legislación nacional podrá, a falta de acuerdo entre ellos, determinar las condiciones en que se efectuará la distribución de esa remuneración"; 6. TOIEF: "Artículo 6.º: Los artistas intérpretes o ejecutantes

gozarán del derecho de autorizar, en lo relativo a sus interpretaciones o ejecuciones: 1. La radiodifusión y la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas, excepto cuando la interpretación o ejecución constituya por sí misma una ejecución o interpretación radiodifundida; y 2. La fijación de sus ejecuciones o interpretaciones no fijadas". "Artículo 15: 1) Los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas gozarán del derecho a una remuneración equitativa y única por la utilización directa o indirecta para la radiodifusión o para cualquier comunicación al público de los fonogramas publicados con fines comerciales (...)".

{512} "(...) salvo las excepciones previstas en la ley, sin autorización previa y expresa del titular correspondiente (...)".

{513} Cfr. Inciso 3.°, artículo 28 de la Constitución Política.

{514} Así, difícil resulta pensar cuántas veces una canción de moda es ejecutada públicamente, en una misma noche, en los diferentes establecimientos públicos del país. Imposible resultaría para el autor controlar directamente el número de ejecuciones, como imposible le resultaría otorgar autorización expresa y previa cada vez que su composición vaya a ser ejecutada o radiodifundida.

{515} I. ADPIC: "Artículo II : Derechos de arrendamiento. Al menos respecto de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas, los Miembros conferirán a los autores y a sus derechohabientes el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras amparadas por el derecho de autor. Se exceptuará a un Miembro de esa obligación con respecto a las obras cinematográficas a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy

extendida de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción conferido en dicho Miembro a los autores y sus derechohabientes. En lo referente a los programas de ordenador, esa obligación no se aplica a los arrendamientos cuyo objeto esencial no sea el programa en sí". "Artículo 14: Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión: (...) 4. Las disposiciones del artículo II relativas a los programas de ordenador se aplicarán mutatis mutandis a los productores de fonogramas y a todos los demás titulares de los derechos sobre los fonogramas según los determine la legislación de cada Miembro. Si, en la fecha de 15 de abril de 1994, un Miembro aplica un sistema de remuneración equitativa de los titulares de derechos en lo que se refiere al arrendamiento de fonogramas, podrá mantener ese sistema siempre que el arrendamiento comercial de los fonogramas no esté produciendo menoscabo importante de los derechos exclusivos de reproducción de los titulares de los derechos"; 2. TODA. "Artículo 7.°. Derecho de alquiler. I) Los autores de: i) programas de ordenador; ii) obras cinematográficas; y iii) obras incorporadas en fonogramas, tal como establezca la legislación nacional de las Partes Contratantes, gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras. 2) El párrafo I) no será aplicable: i) en el caso de un programa de ordenador, cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler; y ii) en el caso de una obra cinematográfica, a menos que ese alquiler comercial haya dado lugar a una copia generalizada de dicha obra que menoscabe considerablemente el derecho exclusivo de reproducción (...)"; 3. toief: "Artículo 13: Derecho de alquiler. I) Los productores de fonogramas gozarán del derecho exclusivo de autorizar el alquiler comercial al público del original y de los ejemplares de sus fonogramas incluso después de su distribución realizada por ellos mismos o con su autorización. 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo I), una Parte Contratante que al 15 de abril de 1994 tenía y continúa teniendo vigente un sistema de remuneración equitativa para los productores de fonogramas por el alquiler de ejemplares de sus fonogramas, podrá mantener ese sistema a condición de que el alquiler comercial de fonogramas no dé lugar a un

menoscabo considerable de los derechos de reproducción exclusivos de los productores de fonogramas (...)".

{516} Ley 23 de 1982: "Artículo 166: Los artistas intérpretes o ejecutantes, o sus representantes, tienen el derecho de autorizar o prohibir la fijación, la reproducción, la comunicación al público, la transmisión, o cualquier otra forma de utilización de sus interpretaciones y ejecuciones. En consecuencia, nadie podrá sin la autorización de los artistas intérpretes o ejecutantes, realizar ninguno de los actos siguientes: (...) b) La fijación de la interpretación o ejecución no fijada anteriormente sobre un soporte material (...)". "Artículo 151. Por el contrato de inclusión en fonogramas, el autor de una obra musical, autoriza a una persona natural o jurídica, mediante una remuneración a grabar o fijar una obra sobre un disco fonográfico, una banda, una película, un rollo de papel, o cualquier otro dispositivo o mecanismo análogo, con fines de reproducción, difusión o venta".

{517} Decisión 351. "Artículo 14. Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento".

{518} Ley 23 de 1982. "Artículo 44. Es libre la utilización de obras científicas, literarias y artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro". "Artículo 178. No son aplicables los artículos anteriores [se refiere a las normas que contemplan derechos conexos] de la presente ley cuando los actos a que se refieren estos artículos tienen por objeto: a) El uso privado; (...)".

{519} I. Ley 23 de 1982: "Artículo 177. Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho exclusivo de autorizar o prohibir los siguientes actos: a) La retransmisión de sus

emisiones de radiodifusión; b) La fijación de sus emisiones de radiodifusión, y c) La reproducción de una fijación de sus emisiones de radiodifusión: I. I. Cuando no se haya autorizado la fijación a partir de la cual se hace la reproducción. 2.2. Cuando la emisión de radiodifusión se haya fijado inicialmente de conformidad con las disposiciones de esta ley pero la reproducción se hace con fines distintos a los indicados"; 2. Decisión 351: "Artículo 39. Los organismos de radiodifusión gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir: a) La retransmisión de sus emisiones por cualquier medio o procedimiento; b) La fijación de sus emisiones sobre una base material; y, c) La reproducción de una fijación de sus emisiones"; 3. Convención de Roma: "Artículo 13. Los organismos de radiodifusión gozarán del derecho de autorizar o prohibir: a) la retransmisión de sus emisiones; b) la fijación sobre una base material de sus emisiones; c) la reproducción: (i) de las fijaciones de sus emisiones hechas sin su consentimiento; (ii) de las fijaciones de sus emisiones, realizadas con arreglo a lo establecido en el artículo 15, si la reproducción se hace con fines distintos a los previstos en dicho artículo; d) la comunicación al público de sus emisiones de televisión cuando éstas se efectúen en lugares accesibles al público mediante el pago de un derecho de entrada. Corresponderá a la legislación nacional del país donde se solicite la protección de este derecho determinar las condiciones del ejercicio del mismo"; 4. ADPIC. "Artículo 14. Protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión. (...) 3. Los organismos de radiodifusión tendrán el derecho de prohibir los actos siguientes cuando se emprendan sin su autorización: la fijación, la reproducción de las fijaciones y la retransmisión por medios inalámbricos de las emisiones, así como la comunicación al público de sus emisiones de televisión. Cuando los Miembros no concedan tales derechos a los organismos de radiodifusión, darán a los titulares de los derechos de autor sobre la materia objeto de las emisiones la posibilidad de impedir los actos antes mencionados, a reserva de lo dispuesto en el Convenio de Berna (1971)".

{520} Ley 23 de 1982. Artículo 178. No son aplicables los artículos anteriores de la presente ley cuando los actos a

que se refieren estos artículos tienen por objeto: a) El uso privado; (...).

{521} Artículo 2.° de la Ley 1032 de 2006: “Incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley (...)” (destacado fuera de texto).

{522} Cfr. Artículo 61 de la Ley 599 de 2000.

{523} Existen varios eventos en los que, por ciertas particularidades de la obra o de su titular, los términos de protección son distintos a la regla general. Por ejemplo, debe tenerse presente que el término de protección de una obra unionista dentro del contexto de la Convención de Berna, se le aplica es el término de protección que se contempla en la legislación del país de origen (evento de reciprocidad). También existen reglas especiales a esa duración, por ejemplo, cuando el titular originario de los derechos patrimoniales es una persona jurídica, cuestión que tiene lugar particularmente en tratándose de obras colectivas donde quien dirige la realización de la obra es un sujeto de tal naturaleza, pues en esos casos la duración es de 30 años a partir de la publicación de la obra. O, por ejemplo, en el caso derechos conexos, el término es cuantitativamente menor si el titular es una persona jurídica.

{524} Sobre todas las particularidades del derecho de autor en cuanto a la mutación de la titularidad de derechos, especialmente Cfr. Ley 23 de 1982, artículos 21 y 29.

{525} En este sentido, Cfr, Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Bogotá, 23 de abril de 1987, Expediente 1544 , Referencia: acción de inconstitucionalidad contra el artículo 37 de la Ley 23 de 1982, actor Miguel Gil, magistrado sustanciador: Jairo E. Duque Pérez.

{526} Cfr. Información disponible en la materia en www.propiedadcultural.com

{527} Sobre esta temática es de obligada consulta la ponencia del Ernesto Rengifo presentada en las XXXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal, intitulada "¿Es el plagio una conducta reprimida por el Derecho Penal?", publicada en la obra Derecho Penal económico y de la empresa, Bogotá, Universidad Externando de Colombia, agosto de 2010.

{528} Fernando Velásquez Velásquez. Derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, 1994, p. 122.

{529} Alfonso Reyes Echandía. Derecho penal. Parte general, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989, p. 116.

{530} Cala Moya y Guerrero Osorio. Ob. cit., pp. 153-160.

{531} Cfr. Cala Moya y Guerrero Osorio. Ob. cit., p. 138.

{532} El tráfico de menores constituye un delito contra la familia (art. 231); el tráfico de personas, uno contra la

autonomía personal (art. I88).

{533} Carlos Arturo Gómez Pavajeau . “La clonación humana como delito (art. 133 C. P.)”, ponencia presentada en el Seminario sobre la clonación celebrado en la Universidad Externado de Colombia, 10 y II de octubre de 2001.

{534} Luis Rodríguez Ramos et al. Derecho penal Parte especial, Madrid, 1996, p. 105; José Manuel Valle Muñiz. “Delitos relativos a la manipulación genética”, en Comentarios al nuevo Código Penal, Gonzalo Quintero Olivares et al. (dirs.), Pamplona, 1996, p. 765. En este sentido cabe destacar la labor cumplida por la comisión italiana que encabezaron Pagliaro y Mantovani para realizar un esquema de modificación legislativa del Código Penal y que diseñó un nuevo cuadro sistemático dentro del cual contempló, por ejemplo, la inclusión de algunos delitos contra la dignidad humana, tales como la clonación, la alteración y la selección genética.

{535} Recordemos solamente las dos cabezas visibles del equipo del Instituto Roslin: Ian Wilmut estudió embriología en la Universidad de Nottingham y Keith Campbell , microbiología en el Queen Elizabeth College.

{536} J. R. Lacadena. “Glosario de términos científicos”, en Informe sobre clonación, Madrid, Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación, Fundación Ciencias de la Salud, 1999, pp. 293 y 308.

{537} Cfr. Felipe García Valle JO y Luis Alejandro Barrera . “La terapia gènica”, en El genoma humano, Bogotá,

Asociación Colombiana para el Avance de la Ciencia, 2001, pp. 131 y 143.

{538} Gaceta del Congreso, n.º 189, 6 de agosto de 1998.

{539} Gaceta del Congreso, n.° 280, 20 de noviembre de 1998.

{540} Gaceta del Congreso, n.° 569, 22 de diciembre de 1999.

{541} Gaceta del Congreso, n.° 605, 24 de diciembre de 1999.

{542} Ministerio de Justicia y del Derecho. Objeciones a la parte especial del proyecto de C. P., Proyecto de Ley 40 de 1998, Senado, y Proyecto de Ley 238 de 1999, Cámara, Bogotá, 2000, p. 22.

{543} Artículo 132. "Manipulación genética. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente a la investigación científica, tratamiento o diagnóstico, en el campo de la biología, la genética y la medicina orientadas a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de uno (I) a cinco (5) años. Y en la inhabilitación para el ejercicio, (sic) arte, oficio, industria o comercio hasta por diez años. Se entiende por investigación científica, tratamiento o diagnóstico, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, la identificación, la prevención y el tratamiento de

enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las raras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población" (cursivas en el original). Texto alternativo: "Manipulación genética. El que manipule genes humanos, alterando el genotipo con finalidad diferente a la investigación científica, tratamiento o diagnóstico, en el campo de la biología, la genética y la medicina, para el descubrimiento, la identificación, la prevención y el tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las raras y endémicas que afecten una parte considerable de la población, siempre que éstas se realicen con el consentimiento previo libre e informado de la persona de la cual proceden los genes, y orientadas a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de uno (I) a cinco (5) años. Y en la inhabilitación para el ejercicio (sic), arte, oficio, industria o comercio hasta por diez (10) años" (cursivas en el original).

{544} Juan Ramón Lacadena. "Glosario de términos técnicos", en Javier Gafo (ed.). Nuevas técnicas de reproducción humana, Madrid, 1986, p. 201: "Genotipo: constitución genética contenida en los cromosomas de una célula o individuo. Referido a una constitución cromosómica diploide el genotipo puede ser homocigoto: cuando en un locus determinado de un par de cromosomas homólogos está presente el mismo alelo, heterocigoto: cuando en un locus determinado de un par de cromosomas homólogos están presentes alelos distintos, alelo: cualquiera de las formas alternativas de un gen".

{545} En nuestra opinión el Gobierno partió de esta base porque en el escrito de objeciones que dirigió al Congreso dijo que el genotipo es "el conjunto de genes que identifica al ser en su esencia natural".

{546} Carlos María Romeo Casabona. Del gen al derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 464.

El problema interpretativo resulta grave en España a pesar de la existencia de dos leyes especializadas que se promulgaron casi siete años antes de la tipificación de los delitos de manipulación genética; mayores dificultades se presentan en Colombia porque no existen normas que se refieran en forma específica a las técnicas de procreación humana asistida médicamente.

{547} Personalmente preferiríamos sólo una moratoria.

{548} Como lo hace el artículo 13 de la ley brasilera 8974 de 1995: "Constituye infracción penal: i. La manipulación genética de células germinales humanas...".

{549} El artículo 7.°.I de la Ley 56 de 1994 prohíbe la terapia génica dirigida a la modificación del genoma de los embriones humanos.

{550} Artículo 17: "Los Estados deberán respetar y promover la práctica de la solidaridad hacia los individuos, las familias y los grupos de población que sean particularmente vulnerables o estén afectados por enfermedades o discapacidades de carácter genético. Deberán fomentar inter alia la investigación, prevención y tratamiento de enfermedades genéticas o de influencia genética, en particular las raras, así como las endémicas que afecten una parte considerable de la población mundial".

{551} Más de 4.000 son enfermedades genéticas que se deben a problemas en un solo gen, pero en la actualidad la medicina sostiene que en la mayoría de las demás siempre están presentes factores genéticos; en cuanto a su

distribución en el espacio, las que no son raras suelen ser endémicas.

{552} Si bien es cierto las células estaminales por excelencia son aquellas que se encuentran en la masa celular interna del blastocisto, también existen tales células en el organismo adulto, por ejemplo en la sangre o en la médula ósea; sin embargo, algunos consideran que éstas son sólo multipotentes (National Institutes of Health, Stem Cells: A Primer, [www.nih.gov/news/stemcell/primer.htm], mayo de 2000, p. I).

{553} Philip Elmer-Dewitt. "Cloning: Where do We Draw the Line?", en Time, 8 de noviembre de 1993, pp. 30 y ss. Los mencionados científicos detuvieron el desarrollo embrionario el día séptimo, en parte, porque tal desarrollo era anormal.

{554} Con base en sus posibilidades de diferenciación, las células estaminales suelen clasificarse en: multipotentes: a partir de las cuales pueden obtenerse células diferenciadas para constituir un tejido u órgano específicos; por ejemplo, las células estaminales de la piel de cuya diferenciación se obtienen células epidérmicas, glándulas sebáceas y folículos pilosos; pluripotentes: aquellas capaces de llegar a convertirse en todo tipo de células diferenciadas (incapaces, sin embargo, de formar el trofoblasto y, por lo tanto, de crear un embrión); se las obtiene de células germinales primordiales en el feto —células germinales embrionarias—, o de la masa celular interna del embrión en su fase de blastocisto —células estaminales embrionarias—.

{555} "After his team and one from Wisconsin cultured human cells, Gearhart was swept up in a frenzied debate", en The Washington Post Magazine, 15 de octubre de 2000, pp. 12 y ss.

{556} En las discusiones bioéticas se está haciendo énfasis en la "ética de la especie" y se subraya el deber de no actuar en forma tal que se ponga en peligro su supervivencia. Las declaraciones de contenido bioético parecen estarse abriendo campo como soft law; por este camino llegará el día en que será necesario revisar el sistema de los códigos penales para incluir los delitos contra la especie; con esa perspectiva sería menester trasladar allí algunos tipos que hasta ahora se ha considerado que atañen a derechos individuales.

{557} Artículo 93: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia".

{558} Como botón de muestra recordamos el debate en la televisión italiana en el que tomaron parte, entre otros, la eurodiputada Emma Bonino y un joven candidato del Partido Radical gravemente afectado por una parálisis de origen genético.

{559} Artículo 90: "La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás".

{560} Sentencia C-591 de 1995.

{561} Artículo 91: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra”. Artículo 93: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se efirieron. En el caso del inciso del artículo 90 pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”.

{562} Por ejemplo, en la sentencia T-223 de 1998.

{563} Lacadena . “Glosario de términos científicos”, cit., p. 296.

{564} Albín Eser et al. “La clonación humana. Fundamentos biológicos y valoración ético-jurídica”, en Revista de Derecho y genoma humano, n.° 9, julio-diciembre de 1998, p. 105.

{565} Lacadena . “Glosario de términos científicos”, cit., p. 296.

{566} Cfr. Emilssen González de Cancino . “El delito de repetibilidad de seres humanos”, en XXIIIJornadas de derecho penal, Bogotá, 2001.

{567} Aclaración de voto de los magistrado Clara Inés Vargas Hernández , Jaime Araújo Rentería , Alfredo Beltrán Sierra y Manuel José Cepeda Espinosa , en la sentencia C-647 de 2001.

{568} El artículo 2.° del Decreto 1546 de 1998 introdujo la figura del preembrión. Establece: Donante de gametos o preembriones. Es la persona que por voluntad propia dona sus gametos o preembriones para que sean utilizados con fines terapéuticos o investigativos".

{569} En Colombia se ha escrito poco sobre el tema; sin embargo, en libro reciente del profesor universitario Aroldo Quiroz Monsalvo se afirma: "Tendremos que decir que el embrión así concebido constituye una cosa; está fuera del comercio" (Manual de bienes, Bogotá, 2000, t. ii, p. 79.) Una buena presentación de los argumentos para considerarlo persona para el Derecho se encuentra en Ilva M. Hoyos Castañeda. La persona y sus derechos, Bogotá, 2000. Andrés Bello definió en el siglo XIX en el Código Civil a la persona como "todo individuo de la especie humana"; no podemos decir que previó las discusiones de embriólogos y genetistas del siglo xxi sobre el origen de la persona y, por lo tanto, no estamos autorizados para afirmar que la vieja norma exija la presencia de las características de unidad y unicidad —cosa que regularmente sucede catorce días después de la fecundación— que se consideran consustanciales al individuo, a la persona; empero, como el intérprete debe ir adaptando las disposiciones a la realidad de cada momento histórico, el texto daría pie para sostener que, si se pone en duda la claridad del Código para fijar el comienzo de la existencia de la persona para el Derecho, no puede afirmarse que la sitúe en el llamado momento de la concepción o de la fecundación. Es interesante recordar también que a la Asamblea Nacional Constituyente en 1991 se llevó un proyecto de la Comisión Quinta (Gaceta Constitucional, n.° 78 del 21 de mayo de 1991) que intentaba incluir en la Carta Política el siguiente artículo: "Todo residente en el país tendrá el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad. Prohíbese la manipulación genética y la experimentación

biológica que pongan en peligro de vida la integridad física o la dignidad de las personas a partir de su concepción"; los docentes que formaban parte del Seminario permanente de profesores de derecho de familia de la Universidad Externado de Colombia enviaron a la Asamblea un escrito de observaciones (Seminario permanente de profesores de derecho de familia, Papeles de trabajo, n.° I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, pp. 47 a 57) que, junto con otras intervenciones, motivó que la norma propuesta no fuera aprobada.

{570} En este caso, el respeto de los principios desarrollados para el consejo genético constituirían la garantía de los derechos fundamentales. De acuerdo con ellos, la aplicación de los avances en genética es legítima cuando: I. Se trate de una aplicación médica terapéutica; 2. La aplicación sea individual, por elección, y nunca impuesta en forma global por la sociedad; 3. La autorización sea otorgada para cada caso y no por una legislación rígida. Cfr. Michel Revel. "La reproducción por clonación: nuevo desafío para la ética genética", en Diálogo, n.º 23, Unesco, abril de 1998, p. 8.

{571} Nos parece que las consideraciones de nuestra Corte Constitucional sobre el nasciturus y sus derechos, por ejemplo, en la sentencia T-223 de 1998 no son aplicables al embrión in vitro. Valle Muñiz. "Delitos relativos a la manipulación genética", cit., p. 766, afirma que "no es posible mantener en nuestro derecho (el español) que el óvulo fecundado goce de la tutela de derecho fundamental alguno".

{572} "La obtención de embriones humanos por clonación, con fines no reproductivos, debe supeditarse a que sea susceptible de inclusión en los comportamientos que se indican en el siguiente párrafo (recomendación n.° 43), sin perjuicio de que es muy importante delimitar cuáles de estas conductas implican, en rigor, la clonación de embriones, o tan sólo de células que pueden llegar a ser

totipotentes; dicho en otros términos, si ha de extenderse a estas técnicas la protección jurídica que suele reconocerse al embrión humano. Es posible que en un futuro próximo haya que modificar la concepción que equipara célula indiferenciada (natural o artificialmente) con célula embrionaria capaz de generar un nuevo ser": Comité de Expertos sobre Bioética y Clonación. Informe sobre clonación, cit., p. 264.

{573} En octubre de 2001 el Parlamento español rechazó una proposición no de ley del Partido Socialista que hubiera permitido el uso de células estaminales de los embriones creados originalmente dentro de un proceso de Fiv. La razón del rechazo fue la necesidad de establecer previamente un comité ético asesor para la investigación científica y tecnológica.

{574} Conseil d'État. Les lois bioéthiques: cinq ans aprés, París, 1999.

{575} Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho. Objeciones a la parte especial del proyecto de C. P., Proyecto de Ley 40 de 1998, Senado y Proyecto de Ley 238 de 1999, Cámara, ob. cit., p. 29.

{576} El Gobierno propuso los siguientes textos: "Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad distinta a la procreación humana orientada a la implantación del embrión resultante en el útero de una mujer para su gestación y desarrollo, natural e intrauterino hasta su nacimiento y con el previo consentimiento de los padres, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años. En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones obtenidos de cualquier manera o a cualquier título (cursivas original). Texto alternativo: Fecundación y

tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad distinta a la procreación humana consentida orientada a la implantación del embrión resultante en el útero de una mujer para su gestación y desarrollo, natural e intrauterino hasta su nacimiento, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años. En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos obtenidos de cualquier manera o a cualquier título" (cursivaoriginal).

{577} Artículo 376: " Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes. El que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre la dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia, incurrirá en prisión de ocho (8) a veinte (20) años y multa de (1.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

{578} Artículo 328. "Ilícito aprovechamiento de los recursos naturales renovables. El que con incumplimiento de la normatividad existente introduzca, explote, transporte, trafique, comercie, aproveche o se beneficie de los especímenes, productos o partes de los recursos faunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos de especie amenazada o en vía de extinción o de los recursos genéticos, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa hasta de diez mil (10.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes".

{579} Romeo Casabona. Del gen al derecho, cit., p. 468.

{580} Juan Felipe Higuera Guimerá . "Juridico-Penal Considerations on Human Embryo Cloning", en Law and the Human Genome Review, n.° 2, 1995, p. 106.

{581} El literal b del artículo 20 de la Ley 35 de 1988 (España) prohíbe la obtención de preembriones mediante el empleo de esta técnica; no así la ley inglesa que se refiere especialmente a ella.

{582} alFonso gómez méndez. Delitos contra la vida y la integridad personal, 23.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1991, p. 190.

{583} Antonio José Cancino Moreno. “Genética, inseminación artificial, inseminación in vitro y derecho penal”, en Medicina, ética, delito, Bogotá, 1990, p. 29.

{584} “Incluso después de haber reconocido el doctor Rieux delante de su amigo que un montón de enfermos dispersos por todas partes acababa de morir inesperadamente de la peste, el peligro seguía siendo irreal para él [...] Ciertas cifras flotaban en su recuerdo y se decía que la treintena de grandes pestes que la historia ha conocido había causado cerca de cien millones de muertos. Pero, ¿qué cien millones de muertos? Cuando se ha hecho la guerra apenas sabe ya nadie lo que es un muerto. Y además un hombre muerto solamente tiene peso cuando se le ha visto muerto; cien millones de cadáveres, sembrados a través de la historia, no son más que humo en la imaginación. El doctor recordaba la peste de Constantinopla, que según Procopio había hecho diez mil víctimas en un día. Diez mil muertos hacen cinco veces el público de un gran cine. Eso es lo que hay que hacer. Reunir a las gentes a la salida de cinco cines, conducirlas a una playa de la ciudad y hacerlas morir en un montón para ver las cosas claras. Además, habría que poner algunas caras conocidas por encima de ese amontonamiento humano. Pero, naturalmente, esto es imposible de realizar y, además, ¿quién conoce diez mil caras?” Albert Camus. La peste, Bogotá, Seix Barral, 1985, pp. 33 y 34.

{585} Robert Graves. Los mitos griegos, t. i, Madrid, Alianza, 1995 , pp. 175 y ss.

{586} Jean Pictet. Desarrollo y principios del derecho internacional humanitario, 3 .a reimp., Bogotá, Instituto Henry Dunant, Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001, pp. 11 y 12.

{587} Cfr. ibíd., pp. 81 y ss.

{588} De cómo lo prohíba y cuál el contenido de la prohibición, es el correlato de la hora actual: “La teoría y la praxis penal experimentan una modificación en la orientación de sus fundamentos hacia una concepción que tiende a tomar en consideración sus consecuencias. Principios como la protección de los bienes jurídicos, dañosidad social e in dubio pro libertate son exponentes de esta nueva tendencia”; Winfried Hassemer. Fundamentos del derecho penal, Barcelona, Bosch, p. 99. También: “Las nuevas constituciones, posteriores al término de la Segunda Guerra Mundial, y la reformulación del Estado de Derecho en uno social y democrático, hicieron renacer con gran fuerza los planteamientos de la política criminal, en lo que contribuyó también la renovación de los estudios criminológicos [...] [no] se puede hablar de una crisis de la dogmática, sino sólo de una determinada dogmática, aquella puramente conceptual y formal; hoy la dogmática ha de tener además un carácter material y político- criminal”; Juan Bustos Ramírez. Manual de derecho penal español. Parte general, Ariel, 1984, p. 133. Otro punto de vista: “El horizonte de proyección del derecho penal, abarcando las normas jurídicas que habilitan o limitan el ejercicio del poder coactivo de Estado en forma de pena (poder punitivo), sería el universo dentro del cual debe construirse un sistema de comprensión que explique cuáles son las hipótesis y condiciones que permiten formular el

requerimiento punitivo (teoría del delito) y cuál es la respuesta que ante este requerimiento debe proporcionar la agencia (judicial) competente (teoría de la responsabilidad punitiva). En síntesis, el derecho penal debe responder tres preguntas fundamentales: a. ¿Qué es el derecho penal? (teoría del derecho penal); b. ¿Bajo qué presupuestos puede requerirse la habilitación de la pena? (teoría del delito); y, c. ¿Cómo debe responder a este requerimiento la agencia judicial competente? (teoría de la responsabilidad punitiva? 5. Todo saber requiere de una definición previa a la delimitación de su horizonte, que haga manifiesta su intencionalidad, para permitir el control de su racionalidad. Esa tarea es ineludible, pese a que toda definición sea odiosa porque acota y, por ende, separa, y, al procurar explicar el universo abarcado, condiciona al mismo tiempo un infinito campo de ignorancia [el concepto de ignorancia entrenada es de Veblen ; sobre ello, Robert Merton . Teoría y estructuras sociales, p. 204]. Se trata de un inevitable límite estructural del saber humano, que es bueno advertir antes de ensayar la definición de una materia tan vinculada al poder como es el derecho penal, porque su intensidad es directamente proporcional a la intimidad que el poder tenga con el saber que se busca. Con esta advertencia -que indica prudencia- podemos completar el concepto, afirmando que el derecho penal es la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del Estado constitucional de Derecho": Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. Derecho penal. Parte general, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 4.

{589} Daniel Gater . "Nazismo, Shoá y el Juicio de Nuremberg", en Justicia Penal Internacional, Santiago Corcuera Cabezut y José Antonio Guevara Bermúdez (comps.), México, Universidad Iberoamericana, Programa de Derechos Humanos, 2001, pp. 41 y 42.

{590} Cfr. Bruce Broomhall . "La Corte Penal Internacional. Visión general", y "La cooperación con los Estados", en La

Corte Penal Internacional, Bogotá, Leyer, 2001, pp. 112 y 113.

{591} Cfr. “Estatuto de Roma”, en Documentos Naciones Unidas, A-conf. 183-9. “Artículo 8.° Crímenes de guerra. i . La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. 2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por ‘crímenes de guerra’: a. Infracciones graves de los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente: {591} Matar intencionalmente; ii. Someter a tortura o a otros tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; iii. Infligir deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud; iv. Destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares, a gran escala, ilícita y arbitrariamente; v. Obligar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a prestar servicio en las fuerzas de una potencia enemiga; vi. Privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona de sus derechos a un juicio justo e imparcial; vii. Someter a deportación, traslado o confinamiento ilegales; VIII. Tomar rehenes; b. Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes: i. Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades; ii. Dirigir intencionalmente ataques contra objetos civiles, es decir, objetos que no son objetivos militares; iii. Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles u objetos civiles con arreglo al derecho de los conflictos armados; iv. Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados al culto religioso, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y

heridos, a condición de que no sean objetivos militares; v. Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto; vi. Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f. del párrafo 2 del artículo 7.º, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3.º común a los cuatro Convenios de Ginebra; vii. Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades; viii. Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas; ix. Matar o herir a traición a un combatiente enemigo; x. Declarar que no se dará cuartel; xi. Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud; xii Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo; f. El párrafo 2e del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y, por consiguiente, no se aplica a situaciones de disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos. 3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2c y d afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener y restablecer el orden público en el Estado y de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo".

{592} Fiscalia General de la Nación. Proyecto de ley "por la cual se expide el Código Penal", Bogotá, Imprenta Nacional, agosto de 1998 , p. 9.

{593} Ibíd., pp. 36 y 43.

{594} Ibíd., p. 37 .

{595} Ibíd., p. 37 .

{596} Posteriormente se desarrolla la “Proclamación de Teherán del 13 de mayo de 1968”, en donde se examinan los avances y se “exhorta a todos los pueblos y gobiernos a consagrarse a los principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a redoblar sus esfuerzos para ofrecer a todos los seres humanos una vida libre y digna que les permita alcanzar un estado de bienestar físico, mental, social y espiritual”.

{597} Tiene como antecedente la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradadantes” adoptada por Resolución 3452 (xxx), del 9 de diciembre de 1975.

{598} Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3.º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6.º.7; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 26 ; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 3.º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.º; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 12 ; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23 ; y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 6.º y 7.º; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 5.º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7.º; Convención contra la

tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

{599} Cfr. “Estatuto de Roma”, cit.

{600} Idem.

{601} Cfr. “Estatuto de Roma”, cit.

{602} Fiscalía General de la Nación, Bogotá, Imprenta Nacional, 1998.

{603} Sentencia en elaboración, aunque por noticia de prensa se sabe de la ampliación a un sujeto activo indeterminado.

{604} Gaceta del Congreso, n.° 280, 20 de noviembre de 1998, Ponencia para primer debate al proyecto de Ley n.° 040 de 1998 Senado, por medio de la cual se expide el Código Penal: “i. El artículo 12 común a los Convenios I y II de Ginebra, transcritos en aparte anterior, prohíbe la tortura en las personas a que se contrae la protección de esos instrumentos. 2. El artículo 4.° párrafo 2 del Protocolo II de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe, en todo tiempo y lugar, respecto a las personas que no participen directamente en las hostilidades o que hayan dejado de participar en ellas, ‘los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o de toda forma de pena corporal’. 3. El artículo 3.° común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 prohíbe, en cualquier tiempo y lugar, en caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, que respecto de las personas que no participen

directamente en las hostilidades se realicen tratos crueles, torturas, suplicios, o atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes (art. 3.° común a los Convenios, a y c)".

{605} Gaceta del Congreso, n.° 280, 20 de noviembre de 1998, Ponencia para primer debate al proyecto de Ley n.° 040 de 1998 Senado, cit.

{606} "Art. 174. Privación ilegal de libertad. El servidor público que abusando de sus funciones, prive a otro de su libertad, incurrirá.".

{607} "Art. 175. Prolongación ilícita de privación de la libertad. El servidor público que prolongue ilícitamente la privación de libertad de una persona, incurrirá.".

{608} "Art. 176. Detención arbitraria especial. El servidor público que sin el cumplimiento de los requisitos legales reciba a una persona para privarla de libertad o mantenerla bajo medida de seguridad, incurrirá.".

{609} "Art. 177. Desconocimiento de habeas corpus. El juez que no tramite o decida dentro de los términos legales una petición de habeas corpus o por cualquier medio obstaculice su tramitación, incurrirá.".

{610} "Art. 205. Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá.".

{611} “Art. 206. Acto sexual violento. El que realice en otra persona acto sexual diverso al acceso carnal mediante violencia, incurrirá.”.

{612} “Art. 207. Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá (e) Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de.”.

{613} “Art. 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá.”.

{614} “Art. 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá.”

{615} “Art. 210. Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá [.] Si no se realizare el acceso sino actos sexuales diversos de él, la pena será de.”.

{616} “Art. 211. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de [.] cuando: i . La conducta se cometiere con el concurso de otra u otras personas. 2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a

depositar en él su confianza. 3. Se produjere contaminación venérea. 4. Se realizare sobre persona menor de doce (12) años. 5. Se realizare sobre el cónyuge o sobre con quien se cohabite o se haya cohabitado, o con la persona con quien se haya procreado un hijo. 6. Se produjere el embarazo".

{617} "Art. 213. Inducción a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, induzca al comercio carnal o a la prostitución a otra persona, incurrirá.".

{618} "Art. 214. Constreñimiento a la prostitución. El que con ánimo de lucrarse o para satisfacer los deseos de otro, constriña a cualquier persona al comercio carnal o a la prostitución, incurrirá.".

{619} "Art. 215. Trata de personas. El que promueva, induzca, constriña o facilite la entrada o salida del país de una persona para que ejerza la prostitución, incurrirá.".

{620} Art. 216 Ley 599 de 2000.

{621} "Art. 217. Estímulo a la prostitución. El que destine, mantenga, administre o financie casa o establecimiento para la práctica de actos sexuales en la que participen menores de edad, incurrirá en [.] La pena se aumenta [.] cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima".

{622} "Art. 218. Pornografía infantil. El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen

menores de edad, incurrirá [.] La pena se aumentará [.] cuando el responsable sea integrante de la familia de la víctima”.

{623} “Art. 219. Turismo sexual. El que dirija, organice o promueva actividades turísticas que incluyan la utilización sexual de menores de edad incurrirá [.] La pena se aumentará [.] cuando la conducta se realice con menor de doce (12) años. Para los efectos de este artículo se entenderá acceso carnal lo dispuesto en el artículo 212 de este Código”.

{624} “Art. 138. Acceso carnal violento en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acceso carnal por medio de violencia en persona protegida, incurrirá.”.

{625} “Art. 139. Actos sexuales violentos en persona protegida. El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice acto sexual diverso al acceso carnal, por medio de violencia en persona protegida, incurrirá.”.

{626} “Art. 141. Prostitución forzada o esclavitud sexual. El que mediante el uso de la fuerza y con ocasión y en desarrollo del conflicto armado obligue a persona protegida a prestar servicios sexuales incurrirá.”.

{627} En especial sentido citando a H. Arendt (p. 406) y Celso Lafer (La reconstrucción de los derechos humanos: un diálogo con el pensamiento de Hannah Arent, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 306 y 208). Hernando Valencia Villa . “La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana”, en La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana, Juan

Antonio Yáñez-Barnuevo (coord.), Madrid, Casa de América, 2001, p. 101, sostiene: “. el incumplimiento del principio de legalidad del delito y de la pena por parte del Tribunal de Nuremberg no sólo estaba justificado sino que era hasta cierto punto imperativo, debido a la novedad absoluta del genocidio nazi como tentativa de destrucción de la diversidad de la humanidad”.

{628} María Moliner. Diccionario de uso del Español, 2.a ed., Madrid, Gredos, 1998, p. 1388.

{629} Diccionario de la Lengua Española, t. I, 20.a ed., Madrid, 1984, p. 686.

{630} Isabel Lirola Delgado . “La competencia material de la Corte Internacional. La relación con el proyecto de código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad”, en Creación de una jurisdicción penal internacional, colección Escuela Diplomática, n.° 4, Concepción Escobar Hernández (ed.), Madrid, p. 58.

{631} En AA. VV. La justicia penal internacional: una perspectiva iberoamericana, Madrid, Casa de América, 2000, pp. 107 y 108. En el mismo sentido, Jesús Orlando Gómez López. Crímenes de lesa humanidad, Bogotá, Doctrina y Ley, 1998, pp. 90 y ss.; Jaime Córdova Triviño. Derecho penal internacional, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001, pp. 65 y ss.

{632} Cfr. “Estatuto de Roma”, cit.

{633} Cfr. Mario Madrid-Malo Gardiazábal . “Penalización sobre violaciones de derechos humanos en Colombia”, en Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, pp. 203 y ss.

{634} “La violación del deber de subordinación al interés propio de las sociedades mercantiles y al interés económico del estado en la medida en que estos intereses contribuyen a la estructuración del orden público económico”: Hernando Hernández Quintero . “Límites al derecho penal financiero”, en Memorias xx Jornadas Internacionales del Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 91.

{635} En el capítulo de disposiciones generales del Estatuto Financiero de 1992 se disponía en el artículo I.2.0.I.I. como reglas de conducta de los administradores la abstención de otorgar créditos en con travención a disposiciones legales, créditos o descuentos a los accionistas; de concentrar ilegalmente el crédito para evitar poner en peligro la solvencia de la entidad; utilizar o facilitar el ahorro privado para operaciones con fines especulativos o en condiciones que se aparten de las normas comerciales; inversiones en otras empresas en cuantías no autorizadas que faciliten el control de la misma.

{636} Jorge Pinzón y Fernando carrillo. Sector financiero y delincuencia económica, Bogotá, Temis, 1985, p. 89.

{637} Berdugo Gómez de La Torre. Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico, Universidad de Salamanca; cfr. Juan Terradillos Basoco. La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico penal, Universidad Complutense.

{638} Emilio Octavio de T oledo y übieto . “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, mayo de 1988.

{639} H. H. Jescheck. Tratado en derecho penal. Parte general, vol. i, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 9 y 10. Cfr. Raúl Peña Cabrera. Tratado de derecho penal. Sexta parte general, Lima, afa, 1988, p. 53; Enrique Bacigalupo. Manual de derecho penal. Parte general, Bogotá, Temis, p. 10.

{640} “El capítulo atinente a los delitos contra el sistema financiero recoge disposiciones que se encuentran contempladas, para el momento actual, en cuerpos normativos ajenos al Código Penal, y que sanciona, básicamente, cuatro conductas: la utilización indebida de fondos captados del público (art. 314), las operaciones no autorizadas con accionistas o asociados (art. 315), la captación masiva y habitual de dineros (art. 316) y la manipulación fraudulenta de especies inscritas en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios (art.317), figura esta última que sí aparece como novedosa”: “Una visión al Código Penal, Ley 599 de 2000”, en El Colombiano, 24 de mayo de 2002.

{641} Los delitos tipificados en el Decreto 2920 de 1982, son en esencia los mismos que ha reiterado la Ley 599 de 2002, con algunas variaciones; pero si analizamos de manera histórica, veremos cómo el tipo penal que se consagró en el artículo 18 de este decreto, que se denominaba “toma de control”, con algunas inclusiones como las de otras superintendencias, es el mismo tipo previsto desde esa época: “Los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las instituciones financieras que, utilizando fondos captados del público, los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a

adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de otras sociedades, incurrirán en prisión de 2 a 6 años".

{642} Néstor Humberto bMartínez Neira . "La penalización de los delitos financieros y bursátiles", con ferencia, Superintendencia de Valores [www. supervalores. gov. co.].

{643} El tipo penal que se consagraba en el artículo 19 del Decreto 2920 y se denominaba "otorgamiento ilegal de créditos y descuentos" prescribía: "A la misma pena estarán sujetos los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las instituciones financieras que otorguen créditos o efectúen descuentos en forma directa o por interpuesta persona, a los accionistas de la propia entidad, por encima de las autorizaciones legales. Incurrirán en la conducta establecida en este artículo y en las sanciones aplicables los accionistas beneficiarios de la operación respectiva".

{644} "La expresión 'por encima de las autorizaciones legales' ha de entenderse como la violación de cualquier requisito legal imperativo y sustancial previsto para el proceso de otorgamiento del respectivo crédito o descuento": Revista de Derecho Penal, n.° 8, cit.

{645} Intermediación financiera irregular: art. 20 Dcto. 2920: "Quien capte dineros del público en forma masiva y habitual sin contar con la previa autorización de la autoridad competente incurrirá en prisión de 2 a 6 años. 2. Cuando conjunta o separadamente haya celebrado en un periodo de 3 meses consecutivos más de 20 contratos de mandato con el objeto de administrar dineros de sus mandantes bajo la modalidad de libre administración o para invertirlos en títulos o valores en juicio del mandatario [...] Parágrafo i. Debe concurrir además una de las siguientes

condiciones: que el valor de la operación sobrepase el 50% del capital de la persona; que sean operaciones de oferta pública. Y además excepcionan las operaciones realizadas con el cónyuge o los parientes hasta el 4.° grado de consanguinidad, 2.° de afinidad y único civil, y las operaciones definidas por el artículo 24 del Decreto 2920 de 1982".

{646} Art. i.° modificado Dcto. 1981 de 1988. Para los efectos del Decreto 2920 de 1982, se entiende que una persona natural o jurídica capta dineros del público en forma masiva y habitual en uno cualquiera de los siguientes casos: "i. Cuando su pasivo para con el público esté compuesto por más de 20 personas o por más de 50 obligaciones en cualquiera de los dos casos contraídas directamente o a través de indirecta persona. Por pasivo para con el público se entiende el monto de las obligaciones contraídas por haber recibido dinero a título de mutuo o a cualquier otro en que no se prevea como contraprestación el suministro de bienes o servicios".

{647} Art. 108 Estatuto Financiero: "Principios Generales [.] 2. Operaciones prohibidas. Las compañías de compra de cartera {factoring) no podrán realizar en forma masiva y habitual captaciones de dinero del público".

{648} "División de Registro Nacional de Valores e Intermediarios. A la División de Registro Nacional de Valores e Intermediarios le corresponde desarrollar las siguientes funciones: i. Revisar y actualizar permanentemente la información del Registro Nacional de Valores e Intermediarios. 2. Ejercer un control sobre el cumplimiento de las obligaciones que en materia de información tienen los emisores, así como de las inscripciones y cancelaciones de títulos en las bolsas de valores.": art. 14 Dcto. 1608 del 23 de agosto de 2000.

{649} Araceli Mangas Martín . Conflictos armados internos y derecho internacional humanitario, Salamanca,

Universidad de Salamanca, 1992, p. 95.

{650} Eric David. Principes de droit des conflits armés, 2.a ed., Bruselas, Universidad Libre de Bruselas, 1999, P. 578.

{651} Cfr. ob. cit., p. 95.

{652} Charles Bassiouni. Crimes against Humanity in Intemationanl Criminal Law, Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 288.

{653} Patrick Daillier y Alain Pellet . Droit international public, 6.a ed., París, Librerie Générale de Droit et Jurisprudence, 1999, p. 580.

{654} Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Sala de Primera Instancia. Sentencia del 2 de septiembre de 1998, asunto Jean Paul Akayesu, caso ictr- 96-4-T.

{655} Idem.

{656} Cf. David . Ob. cit., p. 644.

{657} Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia. Sentencia del 2 de octubre de 1995, asunto Tadíc, “Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (the Prosecutor v. Dusko Tadic a/k/l ‘Dule’), case n.° lT-94-l-AR72”, en International Legal Materials, 1996, pp. 35 a 76.

{658} Cfr. david. Ob. cit., p. 6 6.

{659} Sylvie-Stoyanka Junod. Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Conveniosde Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, Bogotá, cicr y Plaza y Janés, 1998, p. 20.

{660} Comisión Interamericana de Derechos Humanos “Tercer Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia”, Washington, oea /Ser.L/v/ii .102. Doc. 9, rev. i, 26 de febrero de 1999, p. 50.

{661} Corte Constitucional, Sentencia del ii de abril de 2002, demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 684 de 2001, y sus artículos 3.°, 6.°, 13, 20 literal a, 25, 38, 42, 50, 54, 55 (parcial), 57 parágrafo, 58 (parcial), 59, 60, 62 y 72, demandantes: Carlos Alberto Maya Restrepo y Juan Carlos Botero Ospina, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas .

{662} Instituto de Derecho Internacional. Annuaire de i ‘Instituí 1969, Paris, lgdj, 1969, p. 300.

{663} Oriol Casanovas de la Rosa . “El derecho internacional humanitario en los conflictos armados: objetivos militares, bienes de carácter civil y medios de combate”, en Instituciones de derecho internacional público, Madrid, Tecnos, 1999, p. 850.

{664} Corte Constitucional. Sentencia del 30 de julio de 2002, revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002, “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)”, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa .

{665} Cuando afirmamos que no requieren lesión o puesta en peligro del orden económico y social no decimos que con ellos no se lesione tal interés, sino que no es el bien jurídico del cual el legislador exige prueba de su menoscabo.

{666} cif : costo, flete y seguro.

{667} FoB: libre a bordo.

{668} 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

{669} Art. i.° Dcto. 2685 de 1999: “Las expresiones usadas en este decreto para efectos de su aplicación, tendrán el significado que a continuación se determina: [...] Exportación. Es la salida de mercancías del territorio aduanero nacional con destino a otro país. También se considera exportación, además de las operaciones expresamente consagradas en este Decreto, la salida de mercancías a una zona franca industrial de bienes y

servicios, en los términos previstos en este decreto [.] Importación. Es la introducción de mercancías de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional. También se considera importación la introducción de mercancías procedentes de zona franca industrial de bienes y servicios, al resto del territorio aduanero nacional en los términos previstos en este decreto".

{670} Por ejemplo, Corte Constitucional. Sentencia C-769 de 1998, M. P.: Antonio Barrera Carbonell .

{671} Sentencias C-320 de 1998, C-674 de 1998 y C-843 de 1999.

{672} Uno de estos eventos, aunque discutido por quienes consideran que aun no se ha comenzado a "importar", sería el de aquel sujeto que, en un vuelo con destino a Colombia, sobre altamar le cuenta a su vecino de silla que lleva un contrabando de piedras preciosas, con tan mala suerte que su compañero fortuito de viaje es un fiscal quien, en el instante, impide la consumación del hecho. Aquí se comenzó a ejecutar el hecho, con actos idóneos e inequívocos, y su consumación no se presenta por la intervención del funcionario.

{673} De manera similar, pero refiriéndose al control aduanero, carlos martínez Buján-Pérez. Derecho penal económico. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 553.

{674} Apellidos y nombre o razón y nit del vendedor o de quien presta el servicio; apellidos y nombre o razón social del adquirente de los bienes o servicios, cuando éste exija la discriminación del impuesto pagado, por tratarse de un

responsable con derecho al correspondiente descuento; número correspondiente al sistema de numeración consecutiva de facturas de venta; fecha de expedición; descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados; valor total de la operación.

{675} Así por ejemplo si, durante un proceso por hurto calificado, por la violencia sobre la víctima, el sindicado demuestra la falta de antijuridicidad material por la poca monta de la lesión al patrimonio económico, el fiscal no podrá sostener el injusto del hurto por existir la lesión a la integridad personal, pues, a pesar de existir lesión a un bien jurídico, no existe aquella que exigió el legislador al incluir este tipo como preventivo del patrimonio económico. Igual ocurriría en muchos eventos como la extorsión, en la que, por la ubicación del delito (contra el patrimonio), a pesar de lesionar la autonomía, sin peligro o lesión a lo económico no habrá injusto.

{676} Recordemos que el legislador de 2000 calificó la antijuridicidad de "penal" en el artículo II del nuevo Código, para diferenciarla de la antijuridicidad general, lo que indica que una conducta puede ser antijurídica por lesionar un bien jurídico, pero no ser antijurídica penalmente por no afectar el bien jurídico penal.

{677} Terminando el siglo pasado, el Estado colombiano decidió restringir la entrada de pollos sin condimentar al país, pues se estaba afectando la industria nacional de producción de los mismos. El mecanismo utilizado fue desdoblar la partida arancelaria, asignando un tributo muy bajo para el ingreso de pollos condimentados y uno muy alto (arancel variable), con respecto al anterior, para el ingreso de pollos limpios o sin condimentar. La solución para algunos habitantes de la costa dedicados al negocio, fue someter el pollo limpio a proceso de congelamiento y luego adicionarle en la superficie helada algunos condimentos, con el propósito de hacer creer a la autoridad que se

trataban de pollos condimentados y por ende con posición arancelaria que implicaba un menor valor de tributo.

{678} Así las cosas, el tipo no debería existir, y el parágrafo debería ubicarse como parte del de contrabando, a menos que se entienda, como creemos debe ser, que cuando hay discusión atendible sobre la posición arancelaria, la liquidación o el valor de la mercancía no hay dolo, y por tanto tampoco denuncio penal

{679} claus roxin. Derecho penal. Parte general, Madrid, Civitas, 1997, p. 56.

{680} Las que consideramos características de la desaparición forzada de personas pueden ser consultadas en "La desaparición forzada de personas", en Derecho penal y Criminología, n.° 59, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, y n.° 52, 1994, artículos que publicamos con ocasión de los proyectos que pretendían tipificar la conducta en la ley penal colombiana.

{681} Ley por medio de la cual el Congreso tipificó el delito de desaparición forzada de personas antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal.

{682} No queremos con ello afirmar que el autor del secuestro no tenga estas obligaciones, claro que sí, lo que sucede es que no son obligaciones de la esencia de su calidad de particular.

{683} Para comentarios más específicos sobre el secuestro cfr., entre otros, Darío Bazzani Montoya et al. "Comentarios

a la Ley 40 de 1993 Estatuto Nacional contra el Secuestro", en Derecho Penal y Criminología, n.° 50, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.

{684} Alejandro Ramelli Arteaga . "El derecho internacional como fuente del derecho penal", en xxiv Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

{685} Cfr. José guillermo Ferro torres. "Delitos contra la libertad individual y otras garantías", en Derecho Penal. Parte especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, pp. 299 y ss.

{686} Fiscalía General de la Nación. Proyecto de ley por el cual se expide el nuevo Código Penal, Bogotá, Imprenta Nacional, 1998, p. 44.

{687} Sentencia C-542 de 1993.

{688} Calificamos aquí como indefinida la detención, para diferenciarla de la que puede hacer un funcionario en un lugar distinto al destinado para el efecto, mientras cesa la razón por la cual se requirió la detención o esta se formaliza, como cuando un juez detiene a algún sujeto irrespetuoso en un sitio donde se practique una diligencia judicial.

{689} Tal conducta realizada por un particular no podría ser tildada de pena.

{690} Ver en estas lecciones “Delitos contra la libertad sexual”.

{691} arturo valencia zea. Derechos reales, en Derecho civil, t. II, 7.ª ed., Bogotá, Temis, 1983, p. 39.

{692} seBastiÁn soler. Derecho penal argentino. t. II, 7ª ed., Bogotá, Temis, 1983, p. 39.

{693} Ricardo C. Núñez. Derecho penal argentino. Parte especial, t. v, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1977, p. 181.

{694} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 1987, M. P.: guillermo duque ruiz

{695} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 15 de enero de 1980, M. P.: guillermo dAvila muñoz.

{696} Cfr. Gonzalo Quintero Olivares et al. Comentarios a la parte especial del derecho penal, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 457.

{697} Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 11 de agosto de 1983

{698} Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de marzo de 1973, y auto del 12 de agosto de 1986.

{699} Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de julio de 1988, M. P.: lizandro martínez zúñiga.

{700} Arts. 40, 99, IOO inc. final, 103 a 109, III, 112, 155, 170, 258 a 260, 263, 377 y 378 C. N. y Ley 134 de 1994.

{701} En este sentido, siguiendo a Welzel , se tiene que la finalidad del derecho penal no es la simple salvaguarda de bienes jurídicos; éstos, se protegen a través de la proscripción de ciertos comportamientos, de los cuales se pueda seguir una lesión efectiva o su puesta en peligro; de ahí que los tipos penales confrontan necesariamente dos elementos, conducta y bien jurídico: tal como lo traduce el artículo II del Código Penal c olombiano, al determinar que para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal; fórmula que así concebida está llamada a garantizar los principios de legalidad y lesividad.

{702} R. Hassemer, 1981, pp. 56 y ss

{703} Cfr. Manuel García-Pelayo. Derecho constitucional comparado, Madrid, Alianza Universidad, 1993, pp. 169 y ss.

{704} Antonio Pérez Luño. Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, 1995.

{705} Escuela clásica de la democracia iniciada por Rousseau y desarrollada por J. S. Mill , y más recientemente por Duncan y Lukes .

{706} Cfr. güntHer JakoBs. Derecho penal. Parte general, Madrid, Marcial Pons, 1995.

{707} Corte Constitucional. Sentencia T-637 de 2001, M. P.: Manuel José Cepeda.

{708} que pueda decidir y actuar bajo responsabilidad propia

{709} “La ciudadanía es pues el presupuesto esencial para el ejercicio de los derechos políticos y éstos, a su vez, se traducen en la facultad de los nacionales para elegir y ser elegidos, tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, cabildos abiertos, revocatorias de mandatos, constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas, promover acciones de inconstitucionalidad en defensa de la integridad y supremacía de la Constitución y, en fin, desempeñar cargos públicos, etc. (arts. 40, 99, 103, 107, 241 C. N.)”: Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-511-99, M. P.: Antonio Barrera Carbonell . El ejercicio de la ciudadanía es incluso presupuesto para otro tipo de acciones, v. gr., las de constitucionalidad. Cfr. sentencias 536 y 592 de 1998.

{710} Analiza la Corte el artículo 57 de la Ley 65 de 1993, que permite a los detenidos, no a los condenados, ejercer el derecho al voto: sentencia C-394 de 1995.

{711} Cfr. capítulo ii del Código Electoral.

{712} Art. 113 ibíd.

{713} Cfr. carlos ariel sÁncHez torres. Derecho electoral colombiano, 3.ª ed., Bogotá, Legis, p. 183.

{714} Néstor Raúl Correa Henao. Descentralización y Estado moderno, Bogotá, fescol y faus, 1991, p. 192.

{715} “Si se permitiese la trashumancia electoral interdepartamental se violaría el principio de igualdad de los electores y de los candidatos a los cargos de origen popular de los departamentos. En cuanto a los candidatos, se vulnera el principio de igualdad si se permite que electores que no pertenecen a la circunscripción electoral respectiva se desplacen para sufragar en otro departamento y así incidir en el resultado final de los comicios. La prohibición de los electores para cambiar de circunscripción departamental -como la municipal— no puede ser vista como una restricción a libertad de circulación, como quiera que lo que se prohíbe no es la movilización per se sino la movilización para votar en otro departamento”: sentencia C-020 de 1993, M. P.: Alejandro Martínez Caballero .

{716} En el mismo sentido el artículo 3.° de la Ley 163 de 1994 ordena la inscripción de ciudadanos y la zonificación para las elecciones de gobernadores, alcaldes, diputados, concelajes, ediles y miembros de las juntas administradoras locales.

{717} El carácter facultativo del voto es consecuencia práctica de que éste se considere como un derecho y no como una función; el carácter de facultativo implica para el ciudadano la posibilidad de abstenerse de sufragar.

{718} El tema del lugar de votación se analiza en el tipo del artículo 389.

{719} El clavero es la persona que tiene una de las llaves del arca, se encarga de conservarla, para que no sea abierta y evitar manipulación de documentos electorales; la designación y las calidades, así como las obligaciones y funciones del clavero, están consagradas en el título vil, capítulo I del Código Electoral en concordancia con la Ley 162 de 1988.

{720} Este término es fijado por una resolución de la Registraduría Nacional del Estado Civil, conforme a las facultades otorgadas por el numeral 12 del artículo 26 del Código Electoral.

{721} Pueden ser claveros los delegados del Consejo Nacional Electoral, del registrador, el gobernador, el alcalde, jueces y magistrados. Cfr. art. 148 Código Electoral.

{722} sí, para la elección de autoridades se prevé que la tarjeta será enumerada, en papel que ofrezca seguridad, y que contendrá las fotos de los candidatos, su nombre y el del movimiento o partido que representan (art. 123 Código Electoral, subrogado por la Ley 84 de 1993). En tratándose del referendo, la Ley 134 en su artículo 41 indica el contenido de la tarjeta la consulta popular está

reglamentada en este aspecto en el artículo 52 de la misma ley.

{723} Término, requisitos y autoridad encargada de la inscripción, pueden ser consultados en las leyes 130 de 1994, 62 de 1988, 163 de 1994, 78 de 1986, 131 de 1994, 497 de 1999 y 617 de 2000.

{724} Este título del capítulo iv fue modificado por el artículo i.° de la Ley 1329 de 2009, publicada en el Diario Oficial n^ 47.413 del 17 de julio de 2009. En el texto original de la Ley 599 de 2000 este capítulo se denominaba “Del proxenetismo”.

{725} Salvo la derogatoria del capítulo 2.°, “Del estupro” por parte de la Ley 599 de 2000.

{726} Tipos penales adicionados por las leyes 1257 de 2008 y 1329 de 2009, respectivamente.

{727} “Por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución”.

{728} Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones.

{729} Si se compara el texto original de la Ley 599 de 2000 con su versión actual, se observa que las penas se han incrementado sin ninguna consideración, por ejemplo, el delito de acto sexual abusivo (art. 208), pasó de tener una pena inicial en la Ley 599 de 2000 de 3 a 6 años a una de 4 a 9 años con el incremento de la Ley 890 y con la Ley 1236 pasó a tener una pena de prisión de 8 a 16 años; también, por ejemplo, el acceso carnal abusivo con menor de 14 años (art. 208) pasó de tener un apena inicial en la Ley 599 de 2000 de 4 a 8 años a tener una de 5.3 a 12 años y con de conformidad con lo establecido en la Ley 1236 pasó a tener una pena de prisión de 12 a 20 años.

{730} La Ley 1236 de 2008 redujo levemente las penas a imponer en algunos delitos con relación al incremento que había sido previamente dispuesto por el legislador a través de la Ley 890 de 2004, tal en el caso del acceso carnal violento (art. 205) y el acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir (art. 207), por cuanto estos delitos de conformidad con la Ley 599 de 2000 tenían una pena de prisión de 8 a 15 años, con el aumento en las penas previsto por la Ley 890 de 2004 quedaron en pena de prisión de 10.6 a 22.5 años y con la modificación realizada por la Ley 1236 de 2008 estos delitos quedaron con una pena de prisión de 12 a 20 años.

{731} Proyecto de Ley por el cual se expide el Código Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación, p. 47.

{732} La inclusión en el nomen juris del título XI del libro 2.° de la expresión “pudor sexual” es totalmente errada. No se ve en los tipos penales agrupados allí ninguno encaminado a proteger el recato o la vergüenza que deba rodear el acto sexual. Luis Fernando Tocora. Derecho penal especial, 5.a ed., Bogotá, Librería del Profesional, p. 167.

{733} HumBerto Barrera domínguez. Delitos sexuales, Bogotá, Librería del Profesional, p. 55.

{734} Enrique Orts Berenguer. Delitos contra la libertad sexual, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 43.

{735} Proyecto de Ley, p. 47.

{736} Orts Berenguer . Ob. cit., p. 55.

{737} orts Berenguer. Delitos contra la libertad sexual, cit., p. 24.

{738} Arts. 205, 206, 207 C. P.

{739} Orts Berenguer . Ob. cit., p. 35. Es entonces la libertad sexual el bien tutelado en el título XI del libro 2° del C. P. Ello es meridianamente claro en los tipos penales de violación, en los que se elimina la voluntad de la víctima, en los de estupro, donde se vicia la voluntad, y en los actos sexuales abusivos, donde el aprovechamiento de las condiciones de minoridad y de capacidad implica una falta de voluntad, bien sea absoluta o relativa.

{740} tocora. Ob. cit., p. 167.

{741} J. J. Begué lezaun. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, Barcelona, Bosch, p. 13.

{742} Proyecto de Ley, cit., p. 47. El cual solo previó como bien jurídico la libertad y formación sexual, sin considerar la integridad.

{743} Jorge Enrique Valencia Martínez . Delitos contra la libertad y el pudor sexuales, Bogotá, Forum Pacis, 1993, p. 116.

{744} Ibíd., pp. 32 y 33.

{745} Ibíd., p. 24; en el mismo sentido, Barrera Domínguez . Ob. cit., p. 73.

{746} Orts Berenguer . Ob. cit., p. 73.

{747} Juan Bustos Ramírez. Manual de derecho penal. Parte especial, Barcelona, Ariel, p.115.

{748} Proyecto de Ley, cit., p. 49.

{749} Cfr. Jorge Enrique Valencia Matrtínez. La fellatio in ore como materia de un delito sexual, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 277.

{750} luis Fernando tocora. Derecho penal especial, Bogotá, Librería del Profesional, 1981, p. 120.

{751} Orts Berenguer . Ob. cit., p. 79.

{752} Cfr. notas 23 a 25.

{753} Manuel Cancio Meliá . “Los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales en el nuevo Código Penal colombiano”, en xxin Jornadas Internacionales de Derecho Penal, p. 20, sin publicar.

{754} Valencia Martínez . Ob. cit., p. 58.

{755} Bustos Ramírez . Ob. cit., p. 119.

{756} Arts. 206, 207 inc. 2.°, 209, 210 inc 2.° C. P.

{757} Barrera domínguez. Ob. cit., p. 106.

{758} Cancio Meliá . Ob. cit.

{759} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de enero de 2008. Rad. 20413.

{760} Valencia Martínez . Ob. cit., p. 70.

{761} Art. 32 num. 2.º.

{762} Proyecto de Ley, cit., p. 48.

{763} Barrera domínguez. Ob. cit., p. 56.

{764} Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 26 de septiembre de 2000, M. P.: Fernando Arboleda Ripoll .

{765} Barrera Domínguez . Ob. cit., p. 155; Valencia Martínez . Ob. cit., p. 99.

{766} Jairo López Morales. Código Penal, t. II, Bogotá, Jurídica Colombiana, 1997, p. 349.

{767} Vale anotar que si bien la sentencia C-146 de 1994 es previa al Código Penal de 2000, esta abordó el análisis de estos delitos contemplados en el Código de 1980. Sin embargo, el contenido de los delitos es idéntico a las disposiciones de la Ley 599 de 2000, y fue precisamente por esta razón que la sentencia C-1095 de 2003 decidió estarse a lo resuelto en la sentencia C-146 de 1994.

{768} Corte Constitucional, sentencia de constitucionalidad C-146 de 1994.

{769} Orts Berenguer . Ob. cit., p. 123.

{770} Art. 305 C. P. original de 1980: “El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, estará sujeto a la pena de uno (1) a cuatro (4) años de prisión”.

{771} Proyecto de Ley, cit., p. 48.

{772} orts Berenguer. Ob. cit., p. 115.

{773} Por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo.

{774} Perseguir, sin darle tregua ni reposo a un animal o a una persona. Perseguir, apremiar, importunar a una persona con molestias o requerimientos. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

{775} Seguir o buscar a uno en todas partes con frecuencia e importunidad. Molestar, conseguir que alguien sufra o padezca procurando hacerle el mayor daño posible. Solicitar o pretender con frecuencia, instancia o molestia. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

{776} Perseguir, molestar a uno, ya burlándose de él, ya contradiciéndolo, o de otro modo. Incitar con insistencia a alguien para que haga algo. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

{777} Importunar a alguien sin descanso con pretensiones. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

{778} Artículo 182. Constreñimiento ilegal. El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

{779} Artículo 183. Circunstancias de agravación punitiva. La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando: El propósito o fin perseguido por el agente sea de carácter terrorista. Cuando el agente sea integrante de la familia de la víctima. Cuando el agente abuse de superioridad docente, laboral o similar.

{780} "5. Numeral modificado por el artículo 30 de la Ley 1257 de 2008. La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre".

{781} Proyecto de Ley, cit., p. 48.

{782} “3. Numeral modificado por el artículo 31 de la Ley 1257 de 2008. Se realizare respecto de pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre..

{783} Adicionado por la Ley 1329 de 2009.

{784} Adicionado por la Ley 1329 de 2009.

{785} Este tipo penal fue incorporado en el texto original de la Ley 599 de 2000, posteriormente fue derogado por la Ley 747 de 2002, y finalmente fue modificado por la Ley 1336 de 2009 en virtud del cual el delito cobró vigencia nuevamente.

{786} Artículos 34 y 35 de la Ley 679 de 2001, respectivamente.

{787} Pérez . Ob. cit., p. 69; siendo este último un evento un intercambio de favores, el cual no requiere continuidad.

{788} El delito de inducción a la prostitución contemplado en el artículo 213 contempla una pena de 10 a 22 años,

mientras que el delito de proxenetismo con menor de edad contempla una pena de 14 a 25 años.

{789} Proyecto de Ley, cit. p. 49. Permanente o daño en la salud de forma permanente. 3. El responsable sea cónyuge o compañero permanente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. 4. El autor o partícipe sea servidor público. Parágrafo. Cuando las conductas descritas en los artículos 188 y 188A se realice sobre menor de doce (12) años, se aumentará en la mitad de la misma pena.

{790} 3. Numeral modificado por el artículo 130 de la Ley 1257 de 2008. Se realizare respecto de pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre".

{791} Art. 1.°: Modifíquese el artículo 188 de la Ley 599 de 2000, el cual quedará así: Art. i88a. Trata de personas. El que promueva, induzca, constriña, facilite, financie, colabore o participe en el traslado de una persona dentro del territorio nacional o al exterior recurriendo a cualquier forma de violencia, amenaza, o engaño, con fines de explotación, para que ejerza prostitución, pornografía, servidumbre por deudas, mendicidad, trabajo forzado, matrimonio servil, esclavitud con el propósito de obtener provecho económico o cualquier otro beneficio, para sí o para otra persona, incurrirá en prisión de diez (10) a quince (15) años y multa de seiscientos (600) a mil (1.000) salarios mínimos legales vigentes mensuales al momento de la sentencia condenatoria". Art. 3.° "En el capítulo quinto (De los delitos contra la autonomía personal) del título III (Delitos contra la libertad individual y otras garantías) del

libro segundo (Parte especial, De los delitos en particular), de la Ley 599 de 2000 adiciónese, un artículo nuevo i88b, el cual quedará así: Art. 188b. Circunstancias de agravación punitiva. Las penas para los delitos descritos en el artículo 188 y i88a, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando: i. Cuando se realice en persona que padezca, inmadurez psicológica, trastorno mental, enajenación mental y trastorno psíquico, temporal o permanentemente o sea menor de 18 años. Como consecuencia, la víctima resulte afectada en daño físico permanente y/o lesión psíquica, inmadurez mental, trastorno mental en forma temporal o permanente o daño en la salud de forma permanente. 3. El responsable sea cónyuge o compañero permanente o pariente hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. 4. El autor o partícipe sea servidor público. Parágrafo. Cuando las conductas descritas en los artículos 188 y I88A se realicen sobre menor de doce (12) años, se aumentará en la mitad de la misma pena".

{792} La pena se agravará de una tercera parte a la mitad: Si la conducta se ejecuta por un turista o viajero nacional o extranjero. Si la conducta constituyere matrimonio o convivencia, servil o forzado. Si la conducta es cometida por un miembro de un grupo armado organizado al margen de la ley. Si la conducta se comete sobre persona menor de catorce (14) años de edad. El responsable sea integrante de la familia de la víctima.

{793} Orts Berenguer. Ob. cit., p. 214; y T. S. Vives Antón. Derecho penal. Parte especial, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 1987, p. 629.

{794} orts Berenguer. Ob. cit., p. 216

{795} Artículo 441. Omisión de denuncia de particular. (Aparte tachado inexequible) Artículo modificado por el artículo 18 de la Ley 1121 de 2006. 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, omitiere sin justa causa informar de ello en forma inmediata a la autoridad, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años.

{796} Guillermo Torres García . Historia de la moneda en Colombia, Medellín, Lealon, 1980, p. 3.

{797} nilson Pinilla Pinilla. Falsificación de moneda, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989, p. 1

{798} Torres García . Ob. cit., p. 8.

{799} Banco de la República. Introducción al análisis económico. El caso colombiano, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998, p. 100.

{800} Ibíd., cit., p. 103.

{801} José adolFo reyes calderón. Moneda auténtica y falsa, Guatemala, Talleres de Byrsa, 1989, p. 30.

{802} R. Acevedo Blanco. Manual de derecho penal, Bogotá, Temis,i983, p. 385.

{803} alFonso reyes ecHandía. Derecho penal, Bogotá, Temis, 1996, p. 108.

{804} Francesco carrara. Programa de derecho criminal, Bogotá, Temis, 1982, p. 156.

{805} calixto montenegro. Delitos contra la fe pública, Bogotá, Augusta, 1982, p. 7.

{806} Carrara . Ob. cit., p. 159.

{807} Pedro alFonso PaBón Parra. Manual de derecho penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, p. 6.

{808} Carrara . Ob. cit., p. 160.

{809} Acevedo Blanco . Ob. cit., p. 386.

{810} Pinilla Pinilla . Ob. cit., p. 57.

{811} carrara. Ob. cit., p. 252.

{812} Ibíd., p. 176.

{813} montenegro. Ob. cit., p. 19.

{814} PaBón Parra. Ob. cit., p. 468.

{815} acevedo Blanco. Ob. cit., p. 387.

{816} b. cit., p. 182.

{817} Montenegro . Ob. cit., p. 20.

{818} Pinilla Pinilla. Ob. cit., p. 60.

{819} Delitos contra la fe pública, Bogotá, Temis, 1984, p. 40.

{820} Jorge Enrique Valencia M. Estudios de derecho penal especial, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989, p. 229.

{821} luis enrique romero soto. El delito de estafa, Cali, Carvajal, 1990, p. 363

{822} Federico Estrada Vélez. Estudios de derecho penal, Cali, Fundación para la Investigación y Estudios

{823} acevedo Blanco. Ob. cit., p. 387.

{824} Ob. cit., p. 67.

{825} Bernardo truJillo calle. De los títulos valores, Bogotá, Leyer, 1999, p. 163.

{826} Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, p. 158.

{827} La Corte Constitucional en sentencia T-366 de 1993 calificó a la "vida humana" como el "fundamento de todos" los demás bienes jurídicos; la misma corporación, por sentencia C-133 de 1994, precisó que la vida "... es el más valioso de los bienes que se reconoce a todo individuo de la especie humana, y el sustrato ontológico de la existencia"; en sentencia C-013 de 1997 evidenció que la vida es "el primero y más importante de los derechos fundamentales", es el "presupuesto necesario de todo derecho". El Tribunal Constitucional alemán ha calificado a la vida humana como "derecho esencial y troncal, en cuanto es el supuesto ontológico, sin el cual los restantes derechos no tendrían existencia posible": citado por Carlos María Romeo Casabona . El Derecho y la Bioética ante los límites de la

vida humana, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 84.

{828} La primera parte del numeral i del artículo 4.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, Ley 16 de 1972, estatuye que "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida".

{829} La parte primera del numeral i del artículo 6.° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Ley 74 de 1968, confirma lo señalado al disponer que el "derecho a la vida es inherente a la persona humana".

{830} Su no positivización "expresa" no tendría ningún problema en tanto hace parte del plexo de valores por la vía del artículo 94 superior.

{831} La Corte Constitucional, en sentencia T-123 de 1994, ha proclamado que el "derecho a la vida comporta como extensión el derecho a la integridad física y moral, así como el derecho a la salud. No se puede establecer una clara línea divisoria entre los tres derechos, porque tienen una conexión íntima, esencial y, por ende, necesaria". La doctrina ha dicho respecto de los delitos de lesiones personales que "la protección que estos tipos penales dispensan a la integridad y el bienestar corporal se relaciona con el carácter de soporte de la vida que tiene el cuerpo de las personas": Enrique Bacigalupo . Los delitos de homicidio, Bogotá, Temis, 1989, p. 4.

{832} Pedro Pacheco üsorio. Derecho penal especial, t. III, Bogotá, Temis, 1978, pp. 189 y 193.

{833} Tan cierto es ello que el artículo 7.° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que regula el tema de los "tratos crueles", hace referencia en su segunda parte a la prohibición de someter a cualquier persona "sin su libre consentimiento a experimentos médicos y científicos": obviamente como protección de su integridad personal; criterio que aparece confirmado por la norma que regula la prohibición de "tratos crueles" en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, esto es, el numeral 2, perteneciente al artículo 5.°, cuyo nomen iuris es "Derecho a la integridad personal". Recuérdese que el artículo 93 de la Carta integra al bloque de constitucionalidad los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia y los derechos reconocidos en ella se interpretarán de conformidad con éstos.

{834} Su carácter vinculante deviene del reconocimiento que de la misma hizo, como normatividad que define los derechos humanos, el artículo 2.° del Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adoptado por el Consejo de la oea en 1960. También de la mención que de ella hacen el párrafo tercero de su preámbulo y el literal d del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de "excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

{835} A pesar de no ser un tratado, su carácter vinculante estriba en su consideración de "derecho consuetudinario", incluso con fuerza de ius cogens: Tomás Buergenthal . International Human Rigths in a Nutshell, 2.a ed., West Group, 1990. Así también el literal b del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que enseña el derecho aplicable o fuentes del derecho internacional de los derechos humanos: "la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho".

{836} E. Bacigalupo . Ob. cit., p. i.

{837} Concretamente tal norma ha sido interpretada por la C. C. en el sentido de “que se trata tan sólo de la expresión de un deseo del constituyente, de mera eficacia simbólica, portador de un mensaje que el sujeto emisor juzga deseable, pues encuentra bueno que las personas cuiden de su salud, pero que no puede tener connotaciones normativas de orden jurídico en general, y muchísimo menos de carácter específicamente punitivo” (sent. C-221 de 1994). En contra, Manuel Atienza , quien considera que el artículo 49 de la C. N. sí es una norma jurídica, sólo que ella no suministra el fundamento para la imputación de responsabilidad penal a quien intente quitarse la vida o lesionarse a sí mismo. Manuel Atienza . Derecho y argumentación, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 119 y ss.

{838} En Alemania, con clara referencia al nacionalsocialismo alemán, así también lo estima Arthur Kaufmann .“¿Relativización de la protección jurídica de la vida?”, en Avances de la Medicina y derecho penal, Barcelona, ppu, 1988, pp. 53 y 54.

{839} Klaus Günter . “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber”, en Carlos Mario Romeo Casabona. La insostenible situación del derecho penal, Granada, Comares, 2000, p. 491.

{840} Así el artículo 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al regular la “Correlación entre derechos y deberes” y las dos primeras partes del inciso segundo del Preámbulo de la Declaración Americana de los

Derechos y Deberes del Hombre. También el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

{841} El ordenamiento jurídico puede regular comportamientos que afectan derechos de su titular. Ese es el caso, por ejemplo, del artículo i.° del Decreto 1809 de 1990 que sanciona con multa al conductor que no utilice cinturón de seguridad en vehículos de modelo posterior a 1985, norma que fue declarada exequible por la C. C. en cuanto se orientaba a la protección de la vida y la integridad de quien utiliza el cinturón: sentencia C-309 de 1997.

{842} Carlos Lleras de La Fuente et al. Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia, Bogotá, Cámara de Comercio, 1992, p. 149.

{843} La C. C. en sentencia C-221 de 1994 ha dicho que lo que caracteriza al derecho como "forma específica de control de la conducta humana es el tener como objeto de regulación el comportamiento interferido, esto es, las acciones de una persona en la medida en que injieren en la órbita de acción de otra u otras, se entrecruzan con ella, la interfieren".

{844} Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 195 a 197.

{845} Por ello, cuando el numeral 2 del artículo i.° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice que "persona es todo ser humano", tal concepción coincide con la doctrina que postula que "la condición de persona es una creación del Derecho a los efectos de determinar quién es

titular de derechos subjetivos"; según Romeo Casabona . Ob. cit., p. 145.

{846} Así se desprende también del numeral i del artículo i . ° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al otorgarle el goce y ejercicio de los derechos "a toda persona que esté sujeta a (la) jurisdicción" de los Estados Partes, puesto que sólo se puede estar sujeto a una jurisdicción cuando se tiene personalidad jurídica, esto es, cuando se es sujeto de derechos y deberes. Así lo confirma el numeral i del artículo 32 ibídem al disponer que "Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad", lo cual no es posible predicar de quien no ha nacido. En contra de esta posición se ha levantado una importante ius. filósofa colombiana, quien, en excelente y combativo libro, vehementemente expone que "todos los hombres son personas, porque persona significa el ser único, irrepetible y sin igual de cada hombre concreto, con independencia del estado en el que se encuentre. Son igualmente personas, sin gradación ni jerarquía de ninguna índole, el embrión, el feto, el no nacido. El concebido, tanto el embrión in vitro como el embrión in utero, es, filosófica y jurídicamente, persona, no una simple cosa": Ilva Hoyos Castañeda. La persona y sus derechos, Bogotá, Temis, 2000, pp. II, 14 y 71.

{847} Tal posición coincide con la doctrina que "niega a la vida, a la integridad física o psíquica, o a la salud en los estadios de formación humana anteriores al nacimiento, la calificación de derechos fundamentales": Jaime Miguel Peris Riera. La regulación de la manipulación genética en España, Madrid, Civitas, 1995, p. 45. Así también Gonzalo Quintero Olivares et al. Comentarios a la parte especial del derecho penal, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 79.

{848} El Tribunal Constitucional español frente a regulación semejante en la Carta española ha señalado que, "si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa

de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del nasciturus, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constit“ucional”: citado por Romeo Casabona . Ob. cit., p. 82.

{849} Se tiene dicho que el “término embrión, del griego embrión, deriva de la partícula en, que en uno de los sentidos significa dentro, y del verbo bryo, cuyo significado es germinar, florecer, producir. Etimológicamente, embrión significa lo que está floreciendo o germinando por dentro”: Hoyos Castañeda . Ob. cit., pp. 97 y 98. Se habla de “vida humana en germen”: Bacigalupo . Ob. cit., p. 5. También hablan, de “vida en germen”, Hans Lüttger. Medicina y derecho penal, Madrid, Edersa, 1984, pp. 44, 54, 63 y 79, o de “germen y de una esperanza de vida”, Ricardo C. Núñez, actualizado por Víctor F. Reinaldi. Manual de derecho penal. Parte especial, Córdoba, Marcos Lerner, 1999, p. 21.

{850} Sentencia C-133 de 1994.

{851} Sentencia C-013 de 1997.

{852} Bacigalupo . Ob. cit., p. i.

{853} Romeo Casabona . Ob. cit., pp. 138 y 140.

{854} Sentencia C-013 de 1997.

{855} Claus Roxin. La protección de la vida humana mediante el derecho penal, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2002, p. 3 .

{856} Así Peris Riera . Ob. cit., p. 103, y, contundentemente, Tomás Salvador Vives Antón . Comentarios al Código Penal de 1995, vol. i, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 767 y 768, y Luis Gracia Martín et al. Comentarios al Código Penal. Parte especial i, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 279. Lüttger propone "asignar significación a diversas estaciones biológicas de la continuidad del desarrollo y, por lo tanto, establecer las cesuras relevantes jurídicamente": ob. cit., p. 63. En contra Hoyos Castañeda quien estima que el embrión "posee una historia individual, guiada por el programa genotípico, en cuyo despliegue no se producen saltos cuantitativos ni cualitativos que alteren la sustancia, el acto de ser o la esencia del ser humano": ob. cit., p. 98.

{857} Se ha dicho que el derecho a la procreación y el reconocimiento constitucional a la salud condicionarán "la licitud de los procedimientos que se orienten a solucionar la esterilidad entendida como enfermedad": Peris Riera. Ob. cit., p. 61. Así también Francisco Muñoz Conde. Derecho penal. Parte especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 129.

{858} La esterilidad o infertilidad, que tocan con la salud individual y seguramente con un derecho fundamental no escrito impiden la realización de "tener descendencia propia", que "es una aspiración innata en el ser humano": Xavier Hurtado Oliver. El derecho a la vida ¿y a la muerte?, México, Porrúa, 1999, p. 9.

{859} Así Peris Riera . Ob. cit., pp. 38 y 180.

{860} También llamado embrión preimplantatorio, pues se ubica en el "estadio que va desde la fecundación del óvulo hasta catorce días después —cuando se produce la anidación—": Peris Riera . Ob. cit., p. 65. Igualmente se le designa como cigoto: Romeo Casabona . Ob. cit., p. 6.

{861} Así, al parecer, Núñez C. Ob. cit., p. 21.

{862} La autora colombiana precisa que el "embrión es también una entidad autónoma que desde el principio empieza a dirigir su propio desarrollo. La vida humana del embrión necesita de las condiciones ambientales para poder crecer y desarrollarse": Hoyos Castañeda . Ob. cit., pp. 44 y 99.

{863} Albín Eser. "Problemas de la justificación y exculpación en la actividad médica" en Avances de la Medicina y derecho penal, Barcelona, ppu, 1988, p. 23.

{864} Así Roxin . Ob. cit., p. 4. También Lüttger . Ob. cit., p. 59; Núñez C. Ob. Cit., p. 22, y Eser . Ob. cit., p. 39.

{865} quintero olivares. Ob. cit., p. 73.

{866} Así la Resolución 23 del 6 de marzo de 1981, caso "Baby Boy", petición contra Estados Unidos. Es importante la explicación de voto del juez Andrés Aguilar, quien expresó que la historia de la norma enseña que "la redacción que en definitiva fue aprobada es una fórmula de transacción que si bien obviamente protege la vida desde el

momento del nacimiento deja a cada Estado la facultad de resolver en su derecho interno si la vida comienza y merece protección desde el momento de la concepción o en algún otro tiempo anterior al nacimiento": [http://www.cidh.org/annualrep/80.8isp/EstadosUnidos2141b.htm].

{867} Así también, pero para señalar el comienzo de la vida biológica, Romeo Casabona . Ob. cit., p. 148. Aceptando tal momento como el propicio para proteger la vida, Núñez C. Ob. cit., pp. 20 y 21. En Colombia admite tal posición como comienzo de la tutela jurídica Pacheco üsorio . Ob. cit., pp. 190, 484 a 486.

{868} Stephen Lock y Anthony Smith. Diccionario médico familiar, México, Selecciones del Reader's Digest, 1982, p. 175. En su voto negativo a la Resolución 23 de 1981 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el juez Marco Gerardo Monroy Cabra escribió que "desde el punto de vista biológico la vida humana existe desde el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, y, más concretamente, desde cuando se efectúa la anidación del ovocito en el útero".

{869} Citado por Hoyos Castañeda , quien por demás no está de acuerdo con tal criterio, habida cuenta que si es el momento de la fecundación donde la información bioquímica de espermatozoide y óvulo "se reúnen en el óvulo fecundado", biológicamente "fecundación y concepción se identifican": Ob. cit., pp. 43 y 44.

{870} Romeo Casabona . Ob. cit., pp. 148 y 153.

{871} La distinción de fecundación y anidación se hizo registrar históricamente en Alemania hasta los años 1966-1974; "lo cierto es que la ciencia penal no dio noticia alguna de conocerlas": Lüttger . Ob. cit., p. 49.

{872} lock et al. Ob. cit., p. 2 3.

{873} Sentencia C-133 de 1994. Bacigalupo postula que la protección de la vida dependiente comienza con la "concepción", sin precisar en qué consiste; de todos modos parece que se refiere a una etapa posterior a la fecundación: ob. cit., pp. I y 10.

{874} Sentencia C-013 de 1997.

{875} En contra, procurando un concepto médico-legal, y además por aceptar que el embarazo comienza con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, incluso fuera del cuerpo materno: Ernesto García Maañón y Alejandro Antonio Basile. Aborto e infanticidio, Buenos Aires, Universidad, 1990, pp. 213 y 228.

{876} Así, agregando "el momento de la transferencia del óvulo fecundado in vitro" cuando se trata de esta técnica: Peris Riera . Ob. cit., p. 105. La doctrina en Alemania "se ha pronunciado en forma mayoritaria por la anidación como comienzo del estado embrional": Lüttger . Ob. cit., pp. 49 y 59.

{877} Así también al parecer Gonzalo Rodríguez Mourullo y Agustín Jorge Barreiro . Comentarios al Código Penal,

Madrid, Civitas, 1997, p. 385. De manera contundente Vives Antón . Ob. cit., p. 703.

{878} Gracia Martín . Ob. cit., p. 28 y 29. También Quintero Olivares . Ob. cit., p. 30.

{879} Lüttger . Ob. cit., pp. 50 y 51.

{880} Sobre la necesidad de contar con múltiples embriones en las técnicas de fecundación in vitro, incluso la necesidad de destruir los sobrantes, Kaufmann . Ob. cit., p. 47. “Es frecuente que para evitar la repetición de la laparascopía se fecunden varios oocytos a la vez, para ser utilizados cuantas veces sea necesario practicar la implantación del embrión hasta lograr el embarazo”: Hurtado Oliver . Ob. cit., pp. 34 y 35.

{881} Un importante autor estima, respecto de los embriones sobrantes, que le “parece correcto y también éticamente razonable que sean útiles para la investigación”: Roxin . Ob. cit., p. 5. Sobre la anidación se ha dicho que trabajar con tal etapa como la que señala el momento de la protección de la vida depen diente, “más que para fijar el comienzo de la vida, sirve para resolver problemas concretos, como el de la destrucción de óvulos fecundados en laboratorio (fecundación in vitro) o la admisión de los dispositivos intrauterinos (diu) que actúan evitando la anidación del óvulo fecundado”: Núñez C. Ob. cit., p. 21.

{882} También así Lüttger . Ob. cit., pp. 61 y 62. Igualmente se demostró que “las tasas de mortalidad perinatal por 1.000 nacimientos eran de 7.6 para los nacimientos únicos y de 53.6 para los nacimientos múltiples. El riesgo de todas las complicaciones del embarazo es mayor cuando hay más

de un feto": R. L. Tamby Raja. "Gestaciones múltiples-problemas múltiples", en Foro de Ginecología, vol. 3, n.° i, 2000, p. 6.

{883} A propósito de las técnicas de reproducción asistida "han sido motivo de inquietud ya que los embarazos gemelares, y los de un número mayor de fetos, se han asociado tanto con un mayor riesgo de complicaciones maternas como una alta prevalencia de morbilidad y mortalidad prenatal y neonatal": Lipitz Shlomo y Mashiach Shlomo. "Gestación múltiple", en Foro de Ginecología, vol. 3, n.° i, 2000, p. 3.

{884} Quintero Olivares et al. Ob. cit., p. 80. Así también Peris Riera. Ob. cit., pp. 106 y 107.

{885} Así especialmente Muñoz Conde . Ob. cit., p. 81.

{886} Germán Uriza Gutiérrez. Planificación familiar, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 1992, pp. 9, 10, 33, 36, 44, 45, 60, 61, 68 y 69.

{887} Gracia Martín et al. Ob. cit., p. 292.

{888} lock et al. Ob. cit., p. 75.

{889} García Maañón et al. Ob. cit., p. 254.

{890} Lock et al. Ob. cit., p. 76. Respecto a ella se ha dicho que afecta la movilidad de la trompa de Falopio, "lo cual impediría la migración adecuada del óvulo antes de ser fecundado y aún después, si es que la fecundación se produjo", también se "ha observado cambios en el endometrio que obstaculizarían la anidación de un óvulo fecundado": Carlos Arturo Barbosa Castillo . "Anticoncepción. Los anovulatorios", Médico y Cirujano General, Asesor de la Dirección de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación, documento preparado a solicitud de los autores, 2002. La legalidad de la utilización de la "píldora del día después" en Colombia, conocida como Postinor-2, u otras con el principio activo "Levonorgestrel 0.75 mg., de los que hace parte Norlevo", conceptualizados como "anticonceptivos de emergencia que pueden evitar el embarazo, siempre que sean utilizados dentro de las 72 horas después del coito sin protección", surge de su aprobación final por resolución n.° 2002000510 del 11 de enero de 2002 por parte del Invima, luego de una intensa polémica en la cual participó la Conferencia Episcopal de Colombia. En la literatura sobre el Postinor-2, luego de calificarlo como "anticonceptivo de emergencia", se dice que "la ciencia médica considera que el embarazo ha comenzado una vez el óvulo fecundado se ha implantado en la pared del útero de la mujer, por lo tanto la anticoncepción de emergencia no puede causar un aborto".

{891} William R. Finger. "Mecanismo de acción", en Network en español, vol. 21, n.° 1, 2001, p. 8.

{892} García Maañón et al. Ob. cit., p. 253. "Las píldoras anticonceptivas de emergencia no afectan al óvulo fecundado que se ha implantado en el útero": William R. Finger . "La anticoncepción después del acto sexual", en Network en español, vol. 21, n.° 1, 2001, p. 4.

{893} Roxin . Ob. cit., p. 4. También así Lüttger . Ob. cit., p. 39.

{894} Romeo Casabona . Ob. cit., pp. 148 y 149.

{895} Gracia Martín et al. Ob. cit., p. 292. Médicamente se ha establecido que a los catorce días, cuando el blastocito anida en el útero, es cuando "se desarrolla el primordio del sistema nervioso", razón por la cual algunos juristas afirman que antes no existe individualidad (único e irrepetible) y unicidad (ser uno solo): por tanto no hay vida protegible; no obstante, en vez de ello se propone acudir al criterio de valorar cuándo hay vida humana según sus "posibilidades de supervivencia": Juan de Dios Casas Sánchez y María Soledad Rodríguez Albarrán . Manual de medicina legal y forense, Madrid, Colex, 2000, p. 557. Así también, referenciando dicha posición, Núñez C. Ob. cit., p. 21. En contra, afirmando que "el sistema nervioso central del embrión humano aparece hacia el comienzo de la tercera semana del desarrollo", Jan Langman . Embriología médica, México, Inter americana, 1979, p. 290. Algún sector doctrinal ha pretendido construir una teoría de la vida digna de protección a partir del momento en que comienzan a formarse las células cerebrales del embrión, pues allí radica el órgano que genera la espiritualidad humana; no obstante, si ello coincide con la anidación resultaría superflua, y si tiene ocurrencia, como dice Langman , a la tercera semana de desarrollo, se presentaría un déficit de protección frente a la teoría de la anidación. De acuerdo con la adquisición de la identidad e individualidad a partir del 13.° día después de la fecundación, momento estadístico para la anidación, pero sin por ello admitir el argumento de la no protección, pues también merecen protección los gemelos monocigóticos: Lüttger . Ob. cit., pp. 39, 54 y 55.

{896} Romeo Casabona . Ob. cit., p. 150, y Lüttger. Ob. cit., p. 53. Así, la literatura científica, dando cuenta de un 50% de anormalidad de los preembriones: Jan Langman. Embriología médica, México, Interamericana, 1979, pp. 30 y 31, y un 45% según Moore-Persaud: Embriología clínica, México, McGraw-Hill Interamericana, 2001, p. 46. Se afirma que el fracaso de embarazo es mucho más alto en la frase

de preimplantación: Casas Sánchez et al. Ob. cit., p. 1125. Se reporta que en casos poco frecuentes dos espermatozoides pueden penetrar en un óvulo y generar un embrión con 69 cromosomas, embriones "triploides" que mueren en una etapa temprana del desarrollo; igualmente la partenogénesis, descrita como la activación de un oocito sin penetración de espermatozoide, logrando apenas un incipiente desarrollo: Langman . Ob. cit., pp. 23, 24 y 30. Los embriones triploides explican alrededor del 20% de los abortos cromosómicamente anormales: Moore-Persaud . Ob. cit., p. 38.

{897} Lüttger . Ob. cit., p. 53.

{898} Se dice que "la prueba de la comisión de un aborto entre el momento de la fecundación y de la anidación carecía de toda perspectiva": Lüttger . Ob. cit., p. 56.

{899} Kaufmann . Ob. cit., p. 44.

{900} Además de los mencionados tenemos a J. A. Choclán Montalvo y A. Calderón Cerezo. Derecho penal. Parte especial, t. ii, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 608 y 609; Quintero Olivares. Ob. cit., pp. 77 y 78; Muñoz Conde. Ob. cit., pp. 80 y 81; Rodríguez Mourullo et al. Ob. cit., p. 422, y Eser. Ob. cit., p. 34.

{901} Muñoz Conde . Ob. cit., p. 81.

{902} Se afirma que hay respiración pulmonar antes del corte del cordón umbilical en eventos como antes de la expulsión cuando se insufla aire en la vagina o luego del

abandono del útero antes de la separación total: lüttger. Ob. cit., p. 66.

{903} garcía maañón et al. Ob. cit., pp. 315 a 323.

{904} Así Roxin . Ob. cit., p. 9.

{905} Así Díez Ripollés et al. Ob. cit., pp. 33 y 34. Para otros basta ello sólo: Rodríguez Mourullo. Ob. cit., p. 386.

{906} Sólo ello, independiente de su viabilidad extrauterina, es el criterio de Romeo Casabona . Ob. cit., pp. 158 a 160. También, pues constituye el momento, sin mediar otro, a partir del cual se adquiere la autonomía vital: Gracia Martín et al. Ob. cit., pp. 42, 43 y 44.

{907} Así Muñoz Conde, citando a Gimbernat. Ob. cit., p. 28. También Quintero Olivares et al. Ob. cit., p. 3¹.

{908} Así Vives Antón . Ob. cit., p. 704.

{909} No debe olvidarse, ya en esta etapa, que "la vida humana es un proceso continuo en que se le atribuyen diferentes valores en los diversos estadios de ese proceso": José Luis Díez Ripollés y Luis Gracia Martín . Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 32. Por eso, ya cuando el ser está formado, los límites entre la vida dependiente e independiente se hacen difusos, en consecuencia, aquel criterio debe marcar la pauta de una mayor protección jurídica.

{910} Del nacimiento, como proceso, habla Díez Ripollés et al. Ob. cit., p. 34.

{911} Apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, así Roxin . Ob. cit., p. 9. Así también en medicina legal, coincidiendo el comienzo del trabajo de parto con las contracciones uterinas, las cuales producen la dilatación: César Augusto Giraldo . Medicina forense, Medellín, Señal, 1994, p. 137. También Lüttger . Ob. cit., pp. 67 y 83.

{912} Pacheco Osorio . Ob. cit., p. 190.

{913} Alfonso Gómez Méndez . Delitos contra la vida y la integridad personal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, pp. 27 a 29

{914} garcía maañón et al. Ob. cit., pp. 287 y 288. También cHoclÁn montalvo et al. Ob. cit., p. 586.

{915} BacigaluPo. Ob. cit., pp. 9, 16 y 17.

{916} José Hurtado Pozo. Manual de derecho penal Parte especial, "I. Homicidio", Lima, Juris, 1995, p. ii .

{917} Lüttger . Ob. cit., p. 68. Bacigalupo la anticipa al comienzo de la operación, esto es, "la práctica de la incisión en el abdomen" sin esperar la apertura del útero: ob. cit., p.

17. Este último criterio es compartido por Hurtado Pozo . Ob. cit., p. 12. Así también Lüttger . Ob. cit., pp. 87 y 89.

{918} Así Roxin . Ob. cit., p. 10.

{919} Así Queralt y Stampa Braun, citados por Díez Ripollés et al. Ob. cit., pp. 32 y 33.

{920} Con todo, un sector de la doctrina española considera que la iniciación de la vida independiente con el inicio del proceso de nacimiento y no con su resultado, por una parte, vacía de contenido al delito de lesiones personales ya que cuando más se comete este tipo es precisamente durante el proceso del parto, y, por otra, obstaculiza la posible elección preferente de la vida de la madre, en caso de necesidad, frente a la vida del feto. Pastora García Alvarez . "¿Es innecesario el delito de lesiones al feto?", en Angel Torío López y Angel Sánz Morán, en Revista de Derecho Penal, n.° i, Valladolid, Lex Nova, septiembre de 2000, pp. 51 y ss. No obstante, existe vida humana dependiente hasta que se cumple completamente el proceso de formación del feto y ello ocurre al comienzo del nacimiento y no al final. Por lo demás, la limitación de la vida humana dependiente al inicio del proceso del parto potencia la protección del feto permitiendo la imputación de lesiones personales u homicidio, según el caso, cuando se atente contra su integridad o contra su vida después de iniciado el proceso de nacimiento, y, aparte de ello, no es cierto que se oponga a la elección preferente de la vida de la madre en caso de estado necesidad.

{921} "Si la gestación estuviere incompleta el parto no se iniciaría", afirma García Maañón . Ob. cit., p. 214.

{922} Así Díez Ripollés et al. Ob. cit., p. 37. También Lüttger. Ob. cit., p. 97.

{923} Así, compartiendo, Romeo Casabona . Ob. cit., p. 162.

{924} Así, pero precisando que sus consecuencias son limitadas y advirtiendo sobre los posibles abusos, Lüttger . Ob. cit., pp. 99 y 100.

{925} Así la doctrina en general: Gracia Martín et al. Ob. cit., pp. 47 y ss.; Díez Ripollés et al. Ob. cit., pp. 37 y ss.; Vives Antón et al. Ob. cit., pp. 704 y ss.; Rodríguez Mourullo. Ob. cit., p. 386; Quintero Olivares et al. Ob. cit., p. 31; Choclán Montalvo et al. Ob. cit., p. 586; Bacigalupo. Ob. Cit., pp. 17 y 18; Muñoz Conde . Ob. cit., p. 29; Hurtado Pozo . Ob. cit., pp. 12 a 18, y Lüttger . Ob. cit., pp. 103 y ss.

{926} La muerte cerebral cumple una función jurídica "en tanto entre en consideración la extracción de órganos vitales para un trasplante [.] con fines de trasplante": Lüttger . Ob. cit., p. 103. Así también, citando jurisprudencia norteamericana, César Augusto Giraldo . "El trasplante de órganos", en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, n.os 16 y 17, Medellín, 1985, p. 221.

{927} Víctor Angoitia Gorostiaga. Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 80.

{928} Así Díez Ripollés et al. Ob. cit., p. 22 y 23.

{929} La doctrina ha dicho que “los tipos delictivos tradicionales creados para la protección de la vida, pensados únicamente para protegerla de acortamientos prematuros (frente a determinado tipo de agresiones, podríamos añadir), se oponen a esta nueva situación”: Romeo Casabona . Ob. cit., p. 4.

{930} Vidal Marciano. Bioética. Estudios de bioética racional, Madrid, Tecnos, 1994, p. 16.

{931} idal marciano. Ob. cit., pp. 19, 21 y 23

{932} Romeo Casabona. Ob. cit., p. 6.

{933} gracia martín et al. Ob. cit., p. 41.

{934} Sentencias C-133 de 1994 y C-013 de 1997.

{935} Sentencia T-366 de 1993.

{936} Sentencia T-123 de 1994.

{937} Sentencia C-239 de 1997.

{938} Sentencia T-444 de 1999. La Corte Constitucional ha precisado, aun cuando no se refiere a un caso concreto de

vida sino a las relaciones laborales, recientemente: “la idea de un mínimo de condiciones decorosas de vida (v. gr., vestido, alimentación, educación, salud, recreación) no va ligada sólo con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas por satisfacer para subsistir, sino con la apreciación material del valor de su trabajo, de las circunstancias propias de cada individuo, y del respeto por sus particulares condiciones de vida”: sentencia SU-995 de 1999.

{939} Citado por romeo casaBona. Ob. cit., pp. 44, cita 61.

{940} Quintero Olivares. Ob. cit., p. 60.

{941} Se dice que la persona ejerce sobre sí y sobre sus actos un dominio radical, puesto que es un “ser dotado de debitud y exigibilidad frente a sí y frente a los demás -siguiendo a Hervada-”; por ello se le exige obrar de conformidad con su estructura ontológica: Hoyos Castañeda . Ob. cit., p. 80.

{942} Un experto como Malinowski ha dicho que, “a través del valor, el hombre es así capaz de elegir entre los sistemas existentes para llevar adelante un propósito bien determinado, para aprender a utilizar los medios y lograr los resultados ”; citado por Jesús Prieto de Pedro. Cultura, culturas y Constitución, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 34.

{943} Romeo Casabona. Ob. cit., pp. 42, 44 y 45.

{944} Vives Antón et al. Ob. cit., p. 816. Así también Muñoz Conde. Ob. Cit., p. 125; Choclán Montalvo . Ob. cit., pp. 623 y 51, y Javier Blázquez Ruiz. Derechos humanos y Proyecto Genoma, Granada, Comares, 1999, p. 51 y ss.

{945} Rodríguez Mourullo et al. Ob. cit., p. 452.

{946} Vives Antón . Ob. cit., p. 821.

{947} Prieto de Pedro. Ob. cit., pp. 31 y 32.

{948} Ibíd., pp. 28, 30, 31 y 35.

{949} Citado en ibíd., Ob. cit., p. 36.

{950} Ibíd., pp. 88 y 283.

{951} Ibíd., p. 27.

{952} Así FirtH, citado en ibíd., p. 32

{953} Así en ibíd., pp. 29, 75, 81, 107 y 110.

{954} Ibíd., p. 284. Por ello el Tribunal Constitucional español rechaza el “derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo”, señalando que “el odio y el desprecio a todo un pueblo o etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana [...] [N]i el ejercicio de la libertad ideológica ni la libertad de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales” (sentencia 214 de 1991).

{955} Antonio Ruiz de La Cuesta . “Reflexiones sobre el derecho a vivir y a morir dignamente: su prescriptividad ética y jurídica”, en Problemas de la eutanasia, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, 1999, p. 131.

{956} Gregorio Peces-Barba. “La eutanasia desde la Filosofía del Derecho”, en Problemas de la eutanasia, cit., 1999, pp. 19 y 22.

{957} “Raphael Lemkin, quien fuera Consejero del Ministerio de Guerra de usa, viendo que el mundo enfrentaba un fenómeno sin precedentes, propuso un nuevo concepto. En su libro publicado en 1944, El eje sobre la Europa ocupada, Lemkin acuñó la palabra ‘genocidio’ utilizando el vocablo genos (del griego y el latín: familia, pueblo, raza, tribu) y el sufijo latino cidium (matar). De acuerdo con Lemkin , genocidio significa ‘la destrucción de una nación o de un grupo étnico’ e implica la existencia de un plan coordinado, dirigido al total exterminio de los individuos elegidos como víctimas, pura, simple y exclusivamente por ser miembros del grupo objetivo de la destrucción. Según Lemkin , la expresión ‘asesinato masivo’ utilizada hasta ese momento para describir lo que había pasado, era inadecuada porque no consideraba los motivos raciales, nacionales o religiosos que caracterizan al crimen, y que nada tenían creer que ver con los crímenes de guerra”: Enrique SolÍs. Observaciones sobre el delito de

genocidio, tomado de [http://comunidad.derecho.org/enriquesolis/genocidi.htm].

{958} El texto de la disposición es el siguiente: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a. Matanza de miembros del grupo; b. Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d. Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e. Traslado, por fuerza, de niños del grupo a otro grupo”.

{959} La descripción de la Convención, con algunas modificaciones, ha sido adoptada por el derecho comparado. Así, en España el genocidio y la apología del genocidio están tipificados en el artículo 607 del C. P. como delitos contra el derecho de gentes. El tipo amplía el ámbito de protección del bien jurídico incluyendo como modalidad delictiva la agresión sexual cometida contra miembros del grupo y disponiendo que el genocidio por traslado de los miembros del grupo a otro grupo se comete sin consideración a su edad. Y el Código Penal alemán, en su artículo 220A, tipifica el genocidio como un delito contra la vida, y lo hace siguiendo muy de cerca la descripción contenida en la Convención pero absteniéndose de tipificar la apología del genocidio.

{960} La Corte Constitucional al realizar la revisión de la Ley 742 del 5 de junio de 2002 “Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en torno al genocidio afirmó que “Su reconocimiento como categoría legal ocurrió en el contexto del Tribunal de Nuremberg, y, aun cuando en el Estatuto no se emplea la expresión genocidio, ni ninguno de los criminales nazis fue condenado en Nuremberg por genocidio, la definición de crímenes contra la humanidad

que se utiliza en el artículo 6.°.c del mismo cobija varios de los actos que hoy en día hacen parte de la definición legal de genocidio. A pesar de que el genocidio se considera como el crimen más atroz y que el mundo ha sido testigo de muchos actos de genocidio ocurridos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, han sido pocas las condenas por este crimen". Además precisó que el reconocimiento de la prohibición del genocidio como normas ius cogens hecho por la Corte Internacional de Justicia en su "Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio" producía dos consecuencias: "La primera consecuencia que surge de esta concepción es que los principios presentes en la Convención son principios que son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para los Estados al margen de cualquier vínculo convencional. Una segunda consecuencia es el carácter universal tanto de la condena al genocidio y de la cooperación requerida para "liberar a la raza humana de tan odioso escarmiento" (Preámbulo de la Convención)". Sentencia C-578 de 2002.

{961} Una de las primeras referencias que en el ordenamiento jurídico colombiano se hizo al delito de genocidio fue la contenida en el artículo 23 de la Ley 522 de 1999 o Código Penal Militar. En él se dispuso que "en ningún caso podrán considerarse como relacionados con el servicio los delitos de tortura, el genocidio y la desaparición forzada". Este artículo fue declarado exequible por la C. C. en sentencia C-878 de 2000, pero "en el entendido que los delitos en él enunciados, no son los únicos hechos punibles que han de considerarse excluidos del conocimiento de la jurisdicción penal militar, pues todas aquellas conductas que sean 'abiertamente contrarias a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio', han de entenderse excluidas del campo de competencia de esta jurisdicción especial".

{962} "Si se toma correctamente la definición del delito de genocidio proporcionada por la Convención de las Naciones Unidas, en su sentido estricto, y se la ubica en su correcto

contexto como crimen contra la humanidad en general, veremos que en el transcurso del siglo XX hubo cinco ejemplos genuinos de genocidio (alarmante y llamativamente, los tres últimos casos se produjeron durante la década de 1990): el de los armenios, cometido por los turcos en 1915; el de los judíos y gitanos, cometido por los nazis; el de las tribus Tutsis, perpetrado por los racistas Hutu, en Rwanda; la "limpieza étnica" contra el pueblo bosnio, cometida por las tropas y gobierno serbio-yugoslavo, durante la guerra civil de secesión; la "limpieza étnica" por parte de los serbios y en perjuicio del pueblo albano-kosovar": SolIS. Observaciones sobre el delito de genocidio, tomado de [http://comunidad.derecho.org/enrique-solis/genocidi.htm].

{963} La Corte Constitucional en sentencia C-177 de 2001 encontró que la ampliación del tipo penal de genocidio a los grupos políticos era compatible con el sistema de valores, principios y derechos consagrado en la Constitución. Al respecto indicó que ". la incriminación de la conducta sistemática de aniquilación de un grupo político, mediante el exterminio de sus miembros, antes que suscitar cuestionamientos de constitucionalidad, encuentra pleno respaldo en los valores y principios que informan la Constitución Política de 1991 entre los que se cuentan la convivencia, la paz y el respeto irrestricto a la vida y a la existencia de los grupos humanos, considerados como tales, con independencia de su etnia, nacionalidad, credos políticos, filosóficos o religiosos. No se olvide que los trabajos de la Asamblea Constituyente precisamente propendieron por institucionalizar estrategias constructivas de convivencia política, en respuesta a la situación de violencia y de conflicto armado, por lo que muchas de las disposiciones de la Carta Política se inspiran en el anhelo de consolidar la paz de los colombianos y buscan responder a ese propósito. En opinión de esta Corte, sin lugar a dudas, a ello también contribuirá la represión severa y específica en la legislación penal colombiana de las conductas que constituyen crímenes de lesa humanidad, pues no se puede ignorar que en Colombia muchos de los exterminios que podrían ser caracterizados como genocidio son de naturaleza política".

{964} Isabel Lirola Delgado y Magdalena Martín Martínez. La Corte Penal Internacional. Justicia versus impunidad, Barcelona, Ariel, 2001, p. 116.

{965} Mario Madrid-Malo Garizábal . “La penalización de las violaciones de los derechos humanos y de las violaciones del derecho internacional humanitario en Colombia”, en Sentido y contenidos del sistema penal en la globalización, Bogotá, Fiscalía General de la Nación y jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 214.

{966} Corte Constitucional. Sentencia C-177 de 2001. La Corte consideró que el condicionamiento fijado en la ley era ambiguo e indeterminado, y por tanto contrario al principio de legalidad penal; que desconocía la garantía de respeto irrestricto de los derechos a la vida y a la integridad personal que debía reconocerse por igual a todas las personas sin discriminación alguna, y que carecía de todo fundamento la tesis según la cual la tipificación del genocidio político sin ese condicionamiento impedía a la fuerza pública cumplir su función constitucional de combatir a los grupos políticos alzados en armas en cuanto confundía el exterminio de grupos políticos con el combate a organizaciones armadas ilegales.

{967} José Antonio Choclán Montalvo. Ob. cit., p. 1266.

{968} Alicia Gil Y Gil. Derecho penal internacional, Madrid, Tecnos, 1999, p. 307.

{969} La doctrina distingue entre el genocidio físico, entendido como la destrucción del grupo mediante la

muerte de sus miembros; el genocidio biológico, realizado mediante hechos que si bien no implican la desaparición directa del grupo sí la favorecen, como las lesiones, las esterilizaciones, las mutilaciones, la alteración de las condiciones de existencia y los traslados forzosos; y el genocidio cultural, que se orienta a hacer desaparecer las señales de identidad del grupo, como el idioma, la religión y las costumbres. Por otra parte, se evidencia que en la Convención y en las legislaciones nacionales se advierte un déficit de protección en relación con el genocidio cultural. Juan José González Rus . "Delitos contra la comunidad internacional", en Curso de derecho penal español, Manuel Cobo DEL Rosal (dir.), "Parte especial", II , Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 969.

{970} Era aconsejable también extender el ámbito de protección incluyendo conductas contra la libertad de autodeterminación que, como la tortura, son idóneas para destruir total o parcialmente un grupo.

{971} Jaime Córdoba Triviño. Derecho penal internacional. Estudio de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra con referencia al nuevo Código Penal colombiano, Bogotá, jurídicas Gustavo Ibáñez, 2001. p. 72.

{972} Así lo han advertido, por ejemplo, los tribunales penales internacionales creados para enjuiciar a los responsables de las violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 y en Ruanda y Estados vecinos en 1994. También tropezó con esa dificultad la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala. Fernando Pignatelli Y Meca . "Los asuntos de Yugoslavia y Ruanda", en Crímenes contra la humanidad y genocidio, xii Seminario "Duque de Ahumada", Madrid, Dirección General de la Guardia Civil, 2001, pp. 69 y ss.

{973} No obstante que el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha indicado que cuando no hay prueba que demuestre el ingrediente especial subjetivo del delito de genocidio se puede acudir a indicios, hay que precisar que los indicios son útiles para suplir no la ausencia de prueba, porque los indicios son pruebas, sino la ausencia de pruebas directas, que es algo diferente.

{974} En el derecho comparado, autorizados sectores de la doctrina afirman la inconstitucionalidad de la apología del genocidio por su incompatibilidad con el derecho fundamental a la libertad de expresión. En ese sentido se afirma, por ejemplo, que su punición es "inconstitucional porque tipifica conductas que forman parte del contenido esencial de la libertad de expresión, vicio que afecta al núcleo central del tipo y, por consiguiente, impide el recurso a la eximente de ejercicio legítimo de un derecho y debe llevar a nuestros tribunales a suscitar, en su caso, la cuestión de inconstitucionalidad": María Luisa Cuerda Arnau . "El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales", en Gonzalo Quintero Olivares y Fermín Morales Prats (coords.). El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz, Navarra, Arazandi, 2001, p. 1126.

{975} También éste es el sentido de la jurisprudencia constitucional española: así, el Tribunal Constitucional, en varios pronunciamientos emitidos entre 1991 y 1995, decidió que la apología del genocidio no contrariaba la Constitución de 1978. Para ello argumentó que ni la libertad ideológica ni la libertad de expresión amparan manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos humanos.

{976} Es muy significativo que el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consagra la libertad de pensamiento y de expresión, en su numeral 5 disponga que "Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o a cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional".

{977} Córdoba Triviño. Derecho penal internacional, cit., p. 98.

{978} Como lo expone Muñoz Conde , el delito de genocidio tiene mucha importancia en la actualidad ante la proliferación de guerras con planes de limpieza étnica, y ante "el aumento creciente de la emigración desde pueblos menos desarrollados económicamente (que) ha fomentado en muchos países europeos prácticas raciales discriminatorias, así como atentados a la vida y a la integridad de los inmigrantes o de grupos étnicos minoritarios, y el resurgir de ideologías que preconizan regímenes políticos similares a los que cometieron los terribles genocidios que motivaron la Convención contra el Genocidio": Muñoz Conde . Ob. cit., p. 655.

{979} Núñez C. Ob. cit., p. 19. La doctrina nacional agrega cierto interés demográfico: Humberto Barrera Domínguez. Delitos contra la vida y la integridad personal, Bogotá, Librería del Profesional, 1994, p. 17.

{980} Así, siguiendo a Bacigalupo , Bernardo del Rosal Blasco . "El homicidio y sus formas en el Código Penal de 1995", en El nuevo Código Penal, presupuestos y fundamentos, libro homenaje a Angel Torío López, Granada,

1999, pp. 678 y 679. También Gracia Martín et al. Ob. cit., p. 23. En contra Maggiore , quien señala también como bienes protegibles la sociedad y el Estado; agrega que la "vida, dada por Dios, solo El puede quitársela": ob. cit., p. 275.

{981} Del Rosal Blasco . Ob. cit., p. 695. También se ha dicho que "el Derecho establece a la disponibilidad de la propia vida el límite de no involucrar a terceros en la propia decisión de disponer": Gracia Martín et al. Ob. cit., p. 29. En contra Choclán et al. Ob. cit., p. 585. En nuestro país el bien jurídico ha sido definido como "el ente que encarna los estados funcionales que posibilitan el ejercicio de los derechos fundamentales de disposición en relación con su contenido esencial y con los instrumentos para su protección, mantenimiento y promoción": Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau . Bien jurídico y derechos fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 84.

{982} quintero olivares et al. Ob. cit., p. 61

{983} Así Vives Antón. Ob. cit., p. 703.

{984} Silvio Ranieri. Manual de derecho penal, t. v, Bogotá, Temis, 1975, p. 314.

{985} Así Muñoz Conde. Ob. cit., p. 31.

{986} Así también Ranieri . Ob. cit., pp. 314 y ss. Maggiore discrepa, señalando que se "es persona a partir de la separación de la madre y comprobada la respiración": ob.

cit., p. 276. También discrepa, seña lando que hay vida independiente a partir de la separación completa de la madre, de acuerdo con el concepto de muerte cerebral, Luis Carlos Pérez. Derecho penal Parte especial, t. V, Bogotá, Temis, 1986, pp. 183 y 185; Antonio Vicente Arenas. Comentarios al nuevo Código Penal. Parte especial, t. ii, vol. ii, Bogotá, Temis, 1981, pp. 133 a 136, y Barrera Domínguez. Ob. cit., pp. 20 y ss.

{987} Así también, al parecer, gómez méndez. Ob. cit., pp. 38 y 39, y Pérez. Ob. cit., pp. 184 y ss.

{988} núñez C. Ob. cit., p. 18.

{989} Así Pacheco Osorio. Ob. cit., p. 190, y Gómez Méndez. Ob. cit., p. 21.

{990} Así Bacigalupo . Ob. cit., p. 12.

{991} Díez Ripollés et al. Ob. cit., p. 40.

{992} Así Antonio Quintano Ripollés. Curso de derecho penal ii, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, p- 15. También Ranieri . Ob. cit., p. 313, y quien afirma que “no hay nada másabyecto y perverso que matar el cuerpo de una persona a través de su alma”: Guiseppe Maggiore. Derecho Penal, t. IV, Bogotá, Temis, 1989, pp. 278 y 279. En la doctrina nacional Pérez . Ob. cit., p. 193, y Luis Eduardo Mesa Velásquez. Delitos contra la vida y la integridad personal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979, pp. 3 y 4. Para unos es un problema de carácter probatorio (Gómez Méndez . Ob. cit., pp. 43 a 45) y para

otros un suceso excepcional (Pacheco Osorio . Ob. cit., p. 208).

{993} Así gómez méndez. Ob. cit., p. 4

{994} Así Ranieri. Ob. cit., p. 314, y Maggiore. Ob. cit., p. 280. En Colombia, Pacheco Osorio. Ob. cit., p. 205, y Gómez Méndez . Ob. cit., p. 41.

{995} Por ejemplo cuando “alguien dispara a quemarropa en la sien de otro, que muere instantáneamente”, según Santiago Mir Puig . “Causalidad e imputación objetiva en los delitos dolosos de acción”, en Estudios penales. Homenaje al profesor Luis Carlos Pérez, Bogotá, Temis, 1984, pp. 114 y 115. También se ha dicho que, “salvo ciertos casos límite, no resulta complicado comprobar la relación de causalidad y la imputación objetiva”: Hurtado Pozo . Ob. cit., p. 30.

{996} Así en ibíd., pp. 29 y ss.

{997} En efecto, no basta que “el resultado represente la realización del riesgo creado”, sino que además “esté comprendido dentro del fin de protección de la norma”: Choclán et al. Ob. Cit., p. 587.

{998} Así gómez méndez. Ob. cit., pp. 45 y ss., y PacHeco osorio. Ob. cit., p. 210.

{999} Así Mesa Velásquez. Ob. cit., p. 2.

{1000} Así Díez Ripollés. Ob. cit., p. 54. También Quintero Olivares et al. Ob. cit., p. 33. En Colombia así lo estima, calificando el procedimiento como difícil, por comportar "penetrar en ese mar inescrutable y a veces incomprensible que es la mente humana", Gómez Méndez . Ob. cit., p. 70. Otro importante autor afirma que "la índole del acusado, la causa o motivo para delinquir, las manifestaciones de palabra o de ánimo anteriores y posteriores al hecho, la naturaleza del arma empleada, el número, la naturaleza y la dirección de los golpes o heridas, la distancia entre la víctima y el victimario, etc.", son factores que ayudan a determinar el elemento volitivo: Pacheco Osorio . Ob. cit., p. 224.

{1001} Rodríguez Mourullo et al. Ob. cit., pp. 137 y 138. También Choclán et al. Ob. cit., pp. 588 y 589, y Quintero Olivares et al. Ob. cit., p. 34.

{1002} Así gómez méndez al postular una noción jurídica de resultado: ob. cit., p. 53

{1003} En contra, incluso negando la relevancia de la aberratio ictus o de golpe: Quintano Ripollés. Ob. cit., p. 15. En la doctrina nacional, Barrera Domínguez . Ob. cit., p. 32.

{1004} alFonso gómez méndez. Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal. Exposición de motivos, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 1998, p. 32.

{1005} Así también, en lo último, gómez méndez. Ob. cit., p. 256.

{1006} Eduardo Montealegre Lynett. “El deber de cuidado en la actividad médica”, en Opiniones del foro, Proditécnicas, 1988, p. 41.

{1007} Así Gavier, citado por García Maañón. Ob. cit., p. I6I.

{1008} Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 15663.

{1009} Alfonso Reyes Echandía. “El homicidio preterintencional en los códigos penales de España y Colombia”, en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, vol. XI, n.° 19, Medellín, Lealon, 1985, p. 84.

{1010} Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 8 de marzo de 1990.

{1011} Marcelo Finzi. El delito preterintencional, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 121. Para otros basta el dolo del primer evento y la constatación de la relación de causalidad entre él y el segundo evento: García Maañón . Ob. cit., p. 160. En la doctrina nacional parece ser la posición de Mesa Velásquez . Ob. cit., pp. 42 y 43.

{1012} Jaime Peris Riera. La preterintencionalidad. Planteamiento, desarrollo y estado actual, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 269.

{1013} Ibíd., pp. 264 a 270 y 282 y ss.

{1014} Así reyes ecHandía. Ob. cit., p. 84. PacHeco osorio, al parecer, es de tal opinión en tanto dice que el segundo resultado "haya sido previsto o previsible" para poder ser imputado: ob. cit., p. 339. No siempre se ha entendido así, puesto que la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de octubre de 1956, aceptó que el segundo resultado se atribuía a título de culpa, sin distinguir su clase; en sentencia del 2 de noviembre de 1959 avaló la posición anterior aceptando la imputación por culpa sin y con previsión; en sentencia del 6 de diciembre de 1960 se precisó que el segundo resultado se endilgaba a título de dolo eventual en sentencia del 13 de abril de 1984 fue mucho más equívoca, toda vez que expresó que el segundo resultado se imputaba a título de "dolo indirecto o eventual o, según algunos, a título de culpa".

{1015} gómez méndez. Ob. cit., pp. 183 y 184. También Barrera domínguez. Ob. cit., p. 70, y arenas. Ob. cit., pp. 171 y 172.

{1016} daniel carrera. "Notas sobre el Derecho Penal argentino" al libro de Finzi. Ob. cit., p. 176.

{1017} Sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 15663.

{1018} "La noción de previsibilidad hay que fijarla colocándose en el lugar del hombre medio, y se entiende por ella la posibilidad de prever lo que puede ser previsto por la generalidad de las personas con la prudencia y diligencia comunes": Pacheco Osorio . Ob. cit., p. 382.

{1019} “Es cierto que entre probabilidad y posibilidad existen diferencias de grado”: Finzi . Ob. cit., p. 117.

{1020} Finzi ha sentado como criterio que, “cuando exista la representación de la probabilidad del evento, sea contradictorio admitir la esperanza de que el evento no se produzca”: ibíd., p. 110.

{1021} Dice la doctrina que “cuando se realiza una acción, aun teniendo la certeza o, por lo menos, considerando probable que se produzca otro y más grave efecto, la circunstancia de que no se lo desee no convierte el evento doloso en evento preterintencional”: ibíd., p. 115.

{1022} Sobre este tópico ibíd., pp. 121 y 131.

{1023} Gómez Méndez. Ob. cit., p. 186.

{1024} Reyes Echandía. Ob. cit., p. 84.

{1025} Sentencia del 13 de abril de 1984.

{1026} reyes ecHandía. Ob. cit., p. 85.

{1027} Así, postulando una amplia cobertura de la preterintencionalidad, Arenas. Ob. cit., p. 171.

{1028} Así ya lo había expresado el magistrado Luis Enrique Aldana Rozo en su salvamento de voto a la sentencia del I3 de abril de I984: “corresponde a la noción que de la preterintención se da en la parte general y tiene una expresa consagración en la ley”, a propósito del abandono seguido de muerte.

{1029} Carrera . “Notas sobre el derecho penal argentino”, cit., p. 173.

{1030} La jurisprudencia penal, sentencia del 14 de marzo de 2002, expediente 15663, restringe el delito preterintencional a las lesiones seguidas de muerte.

{1031} Reconocidos delitos agravados por el resultado, como el abandono de personas desvalidas seguido de muerte o lesiones, son considerados como delitos preterintencionales, al igual que el aborto seguido de muerte de la madre. Así mismo se da cuenta del aborto preterintencional y lesiones preterintencionales: Pinzi y Carrera . Ob. cit., pp. 77, 177 y ss. Reyes Echandía calificó como homicidio preterintencional el aborto seguido de muerte de la embarazada: ob. cit., p. 85.

{1032} Parece insinuarlo Mesa Velásquez. Ob. cit., p. 41.

{1033} gómez méndez. Ob. cit., pp. 209 y 210

{1034} Para una mejor comprensión del asunto, Francisco Farfán Molina. Eutanasia, derechos humanos y ley penal, Bogotá, Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, pp. 30 y ss.

{1035} Ana María Marcos del Cano. La eutanasia, Madrid, Marcial Pons, 1999, pp. II a 22.

{1036} Miguel Angel Núñez Paz. Historia del derecho a morir, Oviedo, Forum, 1999, pp. 31, 107,164, 165 y 181.

{1037} marcos del cano. Ob. cit., pp. 86 y 87.

{1038} Ibíd., pp. 44 y 45.

{1039} Medidas contra el cadáver, el patrimonio moral o económico del difunto fueron reacciones penales suficientemente conocidas: Pérez . Ob. cit., p. 246.

{1040} Así también Ranieri . Ob. cit., p. 315. En contra, afirmando que no se pune por razones político–criminales, Muñoz Conde . Ob. cit., p. 58.

{1041} Pérez. Ob. cit., pp. 249 y 250.

{1042} eser. Ob. cit., pp. 22 y 23. También muñoz conde. Ob. cit., p. 69.

{1043} Kaufmann. Ob. cit., p. 43.

{1044} Así Peces-Barba. Ob. cit., pp. 20 y 21, y Marcos DEL Cano. Ob. cit., p. 43.

{1045} Jesús Toledano Toledano. Límites penales a la disponibilidad de la propia vida: el debate en España, Barcelona, Atelier Penal, 1999, p. 149.

{1046} Eser . Ob. cit., p. 33. Así también Kaufmann . Ob. cit., 41.

{1047} toledano. Ob. cit., p. 159.

{1048} En contra, por cuanto verificada la muerte cerebral las acciones eutanásicas carecen de sentido, FarFAn molina. Ob. cit., p. 23.

{1049} Manuel Porras DEL Corral. “Eutanasia: un debate abierto”, en Problemas de eutanasia, cit., p. 178.

{1050} Peces-Barba . Ob. cit., pp. 19 y 20. También Marcos DEL Cano . Ob. cit., p. 164.

{1051} Toledano. Ob. cit., p. 154.

{1052} ruiz de la cuesta. Ob. cit., p. 1 7.

{1053} Marcos DEL Cano . Ob. cit., p. 50. Sobre el papel de la solidaridad en los trasplantes de órganos se pronuncian Angoitia . Ob. cit., p. 431, y Francisco Farfán Molina . "El tráfico de órganos humanos", en Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle, n.05 21 y 22, Medellín, Lealon, 1991, p. 65. También se habla de la socialización del cadáver, lo cual tendría un claro respaldo en los artículos i.° y 95 numeral 2 de la Carta Política, en Francisco Farfán Molina . "El tráfico de órganos humanos", en Revista de Derecho Privado, n.° 8, Bogotá, Universidad de los Andes y Temis, 1992, pp. 51 y 52, y Alirio Sanguino Madariaga. Trasplantes de órganos y sus implicaciones médico legales, Medellín, Lealon, 1987, pp. 135 y ss.

{1054} marcos del cano. Ob. cit., p. 199. También cHoclÁn et al. Ob. cit., p. 603.

{1055} Sentencia C-239 de 1997.

{1056} Eser . Ob. cit., pp. 31 y 32.

{1057} Ibíd., p. 25. También excluye la responsabilidad penal muñoz conde. Ob. cit., p. 69.

{1058} marcos del cano. Ob. cit., p. 61.

{1059} Citado por Farfán Molina. La eutanasia, cit., p. 30.

{1060} Eser . Ob. cit., p. 28. Así, por cuanto la lesión del "derecho de autodeterminación del paciente es intolerable

en una sociedad liberal”: Kaufmann . Ob. cit., p. 50. También Marcos DEL Cano . Ob. cit., p. 34.

{1061} Farfán Molina. Ob. cit., p. 56.

{1062} núñez Paz. Ob. cit., p. 164. También toledano. Ob. cit., pp. 164 y ss.

{1063} Eusebio Fernández García. “Dignidad humana y eutanasia”, en Problemas de la eutanasia, cit., p. 44.

{1064} Sentencia T-493 de 1993.

{1065} Sentencia C-239 de 1997

{1066} Marcos DEL Cano . Ob. cit., p. 51.

{1067} Corte Constitucional. Sentencia C-239 de 1997.

{1068} Así la Corte Constitucional cuando definió el papel de la solidaridad social en el ámbito de la eutanasia, según la sentencia C-239 de 1997.

{1069} Quintero Olivares . Ob. cit., p. 68.

{1070} Sentencia C-239 de 1997.

{1071} quintero olivares. Ob. cit., p. 61.

{1072} Así lo planteó, incluso antes de la sentencia de la Corte Constitucional C-239 de 1997, FarFAn molina. Ob. cit., pp. 96 a 98

{1073} Así Gómez Méndez. Ob. cit., p. 224.

{1074} PacHeco osorio. Ob. cit., p. 360

{1075} Así Arenas. Ob. cit., p. 179. En contra Gómez Méndez. Ob. Cit., pp. 226 y 227.

{1076} Para otros la muerte del suicida hace parte del tipo: Choclán et al. Ob. cit., p. 599, y Díez Ripollés et al. Ob. cit., p. 224.

{1077} Pacheco Osorio. Ob. cit., pp. 360 y 361.

{1078} En contra arenas. Ob. cit., p. 179.

{1079} “... la integridad corporal, en el marco de su protección penal, no es un valor independiente de la salud, sino una dimensión o aspecto de una idea de salud más amplia que no se circunscribe a la mera ausencia de enfermedad”: Ignacio Berdugo Gómez de La Torre. Estudios sobre el delito de lesiones, Monografías de Derecho Penal, n.° 4, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1989, p. 18.

{1080} En el derecho comparado no es uniforme el tratamiento de las lesiones personales. Así, el Código Penal español, en los artículos 147 a 154, tipifica las lesiones como un delito contra la integridad corporal o la salud física o mental, y en ese título incluye la violencia física sobre el cónyuge o parientes próximos que convivan con el actor y la riña entre sí. Además consagra varias circunstancias de agravación, distintas modalidades de lesiones calificadas y admite la modalidad culposa de lesiones. Por su parte, el Código Penal alemán, en los artículos 223 a 231, tipifica las lesiones como un delito contra la integridad corporal; consagra la lesión corporal, la lesión corporal peligrosa, el maltrato de sujetos en custodia, la lesión corporal grave, la lesión corporal con resultado muerte y la participación en riña. También admite la modalidad culposa de lesiones.

{1081} No obstante, se afirma que “aun en ordenamientos como el nuestro, que utilizan la expresión ‘integridad personal’, se está protegiendo, no todas las manifestaciones de la ‘‘persona’, sino su integridad corporal”: Gómez Méndez . Delitos contra la vida y la integridad personal, cit., p. 18.

{1082} Que las lesiones constituyen un daño a la salud, tanto orgánica como mental, se advierte también en el siguiente concepto de Mora Izquierdo : “(lesión) Es cualquier daño del cuerpo o de la salud orgánica o mental de un individuo llamado lesionado, causado externa o internamente por procedimientos físicos, químicos, biológicos o psicológicos, utilizados por un agresor, sin que

se produzca la muerte del ofendido". Ricardo Mora Izquierdo . "Actualización del dictamen médico-forense por lesiones personales", en Revista del Instituto de Medicina Legal de Colombia, año 4, vol. iv, n.° 2, Bogotá, 1979, p. 14. No obstante, debe precisarse que no por el hecho de que no se produzca la muerte del ofendido se está ante unas lesiones personales, pues puede tratarse también de una tentativa de homicidio.

{1083} En esa dirección se mueve el pensamiento de Berdugo Gómez de La Torre . No obstante, en su criterio, el bien jurídico protegido por las lesiones es inescindible de su disponibilidad: "El bien jurídico tutelado en las lesiones es único: la salud personal entendida como una de las condiciones previas, que posibilitan la participación del individuo en el sistema social. En el actual modelo de Estado, el contenido del bien jurídico salud debe comprender tanto el cuerpo humano y su normal funcionamiento como la capacidad de disposición sobre el mismo": p. 42.

{1084} Carlos Pérez. Derecho penal, cit., p. 266.

{1085} Como lo advierten Carbonell Mateu y González Cussac , "La consideración de la integridad corporal como un objeto autónomo de protección supondría convertir en un problema de justificación lo que debe ser resuelto en sede de tipicidad: la irrelevancia típica de las intervenciones quirúrgicas que, obviamente, suponen la producción de heridas que requieren un tratamiento. Es evidente que la amputación de un miembro gangrenado, la extirpación de un tumor, o una simple operación de anginas son atípicas aunque cercenen la integridad corporal porque benefician la salud; cualquier otra interpretación se antoja ciertamente absurda": Juan Carlos Carbonell Mateu y José Luis González Cussac. "De las lesiones", en Vives Antón (dir.). Comentarios al Código Penal de 1995, di. pp. 793 y 794.

{1086} La impunidad de las lesiones cobija incluso a quien se lesiona a sí mismo para hacer efectivo un seguro previamente adquirido, pues en este caso las lesiones en sí mismas son irrelevantes, aunque puede generarse responsabilidad penal por un delito contra el patrimonio económico en tanto se urdió un artificio para engañar a la compañía de seguros.

{1087} En el régimen penal español, como regla general, el consentimiento en las lesiones atenúa la pena y como excepción exime de responsabilidad en los casos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual. Esta regulación ha sido seriamente cuestionada por la doctrina: "Se ha optado por una solución intermedia entre la irrelevancia del consentimiento y la atipicidad de las lesiones consentidas: el consentimiento comporta ahora la rebaja en uno o dos grados de la pena. La solución no puede resultar más insólita: o la salud es un bien disponible, o no lo es y entonces no se explica la atenuación. Ni la lógica ni la dogmática avalan tan peregrina solución intermedia": Carbonell Mateu y González Cussac . Ob. cit., pp. 804 y 805. En el régimen penal alemán, quien efectúe una lesión personal con consentimiento del lesionado "sólo actúa antijurídicamente cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres".

{1088} Con todo, un sector de la doctrina enfatiza que la disponibilidad no es absoluta sino condicionada: "La integridad corporal no es absolutamente disponible y sólo puede disponerse de ella en la medida en que la renuncia a la protección no se oponga manifiestamente a las valoraciones ético-sociales": Eser . Ob. cit., p. 17.

{1089} En la doctrina comparada también se le reconoce carácter pluriofensivo al delito de lesiones, pero en un sentido diferente al que aquí se ha expuesto. Se afirma que

él protege una emanación directa de la dignidad humana que es la integridad moral, y un bien eregido sobre un sustrato material perteneciente al mundo exterior que es la salud. Por ello, como únicamente es disponible la integridad moral, y no así la salud, el desistimiento en las lesiones, que vulnera los dos bienes jurídicos atenúa la pena pero no exime de responsabilidad: Tamarit Sumalla . Ob. cit., p. III.

{1090} Gómez Méndez. Delitos contra la vida y la integridad personal, cit., p. 315.

{1091} Mora Izquierdo. Ob. cit., pp. 27 y ss.

{1092} En el derecho colombiano, el término de incapacidad médico-legal ha sido relevante para determinar la naturaleza contravencional o delictual de las lesiones y, en consecuencia, para fijar la competencia. Así, la Ley 23 de 1991 les dio el carácter de contravenciones a varias conductas, y entre ellas a las lesiones con incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de 30 días. Esta determinación fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-212 de 1994 considerando que, si bien el artículo 28 de la C. N. consagra la reserva judicial de la libertad, el artículo 28 transitorio dispuso que, mientras se expedía la ley que atribuía a las autoridades judiciales el conocimiento de los hechos punibles sancionables con pena de arresto por las autoridades de policía, éstas seguirían conociendo de ellos. Posteriormente, la Ley 228 de 1995 asignó el conocimiento de tales conductas, a través de un procedimiento especial, a los jueces penales municipales. Esta ley estableció un régimen particularmente severo, al punto que el artículo 5.° prohibió la concesión de subrogados penales para las contravenciones allí indicadas. No obstante, esa norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en sentencia C-430 de 1996 pues era contraria al derecho de igualdad en cuanto privaba de la condena de ejecución condicional por hechos punibles leves cuando tal instituto sí procedía para hechos punibles de mayor gravedad.

Finalmente, la Ley 600 de 2000, artículo 112, calificó las lesiones como conducta punible indistintamente de la duración de la incapacidad y las sometió al conocimiento de los jueces penales municipales y de los fiscales delegados ante ellos.

{1093} “En anatomía, órgano es el conjunto de células y estroma que tiene una función definida, y de esa manera anatómicamente existen órganos pares, tal como los ojos, los oídos, los pulmones, los riñones, los ovarios y los testículos, y órganos impares como la laringe, tráquea, aparato cardiovascular, tubo digestivo, hígado, páncreas, útero, vejiga, uretra y sistema nervioso central. Organo, en medicina legal, es la estructura anatómica, o conjunto de ellas, que tiene una función conjunta definida, y así el órgano de la visión binocular corresponde médico-legalmente a los dos ojos; de la audición biauricular, los dos oídos; de la función respiratoria, los dos pulmones; de los caracteres sexuales primarios, ambos testículos o ambos ovarios; de la excreción urinaria, los dos riñones. La mano derecha en el individuo diestro, o la izquierda en el zurdo es el órgano prensil o de la aprehensión ”: Giraldo . Medicina forense, cit., pp. 39 y 40.

{1094} La práctica enseña que las perturbaciones psíquicas frecuentemente no se valoran como lesiones personales pues se cae en el equívoco de considerar como lesiones únicamente los atentados contra la salud orgánica del individuo y no los que afectan la salud mental. En nuestro país, mora izquierdo fue el pionero de la valoración de esas perturbaciones como lesiones personales y propuso una clasificación que aún mantiene vigencia: perturbación psíquica primaria (daño en la salud psíquica del ofendido causado sin que medie un daño físico ni orgánico), perturbación psíquica secundaria a un daño del sistema nervioso central (alteración de la salud psíquica debida a una lesión física que comprometió una estructura del sistema nervioso central y en donde es posible correlacionar directamente el daño estructural con la sintomatología clínica-psiquiátrica valiéndose de los conceptos de la neuro-patología) y perturbación psíquica secundaria a una lesión

corporal que no interesa el sistema nervioso central (alteración de la salud psíquica causada por una lesión orgánica en un sitio revestido de especial importancia psicológica y debida al conflicto mental desencadenado a causa de verse el individuo lesionado en su integridad o en su salud física). ricardo mora izquierdo. "La perturbación psíquica como una consecuencia de las lesiones personales", en Revista del Instituto de Medicina Legal de Colombia, año 3, vol. iii, n.º 1, julio de 1978, pp. 93 a 105. Con todo, las dificultades para imputar lesiones psíquicas, ya sea como tipo autónomo o en concurso con delitos como los de violencia sexual, también es una situación que se advierte en el derecho comparado: "El menoscabo a la salud psíquica es uno de los elementos que plantean una mayor dificultad de concreción práctica, sin olvidar, en el plano político-criminal, la de dar con una regulación positiva que, siendo respetuosa con las reglas del juego de un derecho penal democrático, ofrezca una respuesta adecuada a perniciosas prácticas de manipulación psíquica que no siempre se materializan en una situación calificable en términos convencionales como enfermedad": tamarit sumalla. Ob. cit., p. 89.

{1095} El artículo II8 de la Ley 599 de 2000 fue demandado ante la Corte Constitucional por vulneración del derecho de igualdad pues, según el actor, en tanto que para el delito de homicidio preterintencional se disminuye la pena en relación con el tipo básico, en el parto o aborto preterintencional se agrava la pena correspondiente al delito de lesiones personales. La Corte, mediante sentencia C-551 de 2001, declaró exequible la disposición teniendo en cuenta que se trata de delitos con distintos elementos que protegen bienes jurídicos diversos y que esa circunstancia justifica un tratamiento legal distinto. Indicó que en el caso del homicidio preterintencional se atenúa la pena fijada para el delito base de homicidio y que en el parto prematuro o aborto preterintencional se agrava la pena fijada para el delito de lesiones. Con base en ello concluyó que la agravación punitiva tiene una justificación razonable pues en ese caso no sólo se está atentando contra la vida e integridad de la mujer en estado de embarazo sino también contra la vida e integridad personal de la criatura que está por nacer. No obstante la claridad de la decisión, la Corte

incurre en un equívoco al argumentar que el delito de parto o aborto preterintencional es un delito agravado por el resultado y al respaldar su decisión en una sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia proferida en vigencia del anterior estatuto punitivo. Ello es así porque, si bien en el anterior régimen penal ese comportamiento era un delito de lesiones agravado por el resultado, hoy, de acuerdo con el tenor de la norma y con el contenido material del tipo subjetivo, constituye un delito preterintencional.

{1096} Algunos estatutos penales, como el alemán en su artículo 223.2, consagran expresamente la tentativa de lesiones, y otros, como el español, admiten la tentativa de lesiones sin fórmula expresa pero mediante remisión a la consagración de ese mecanismo amplificador del tipo en la parte general del Código Penal.

{1097} Mesa Velásquez. Delitos contra la vida y la integridad personal, cit., pp. 71 y 72.

{1098} Gutiérrez Anzola . Delitos contra la vida y la integridad personal, cit., 1956, pp. 164 y 165.

{1099} Pérez. Derecho penal, cit.

{1100} Pedro Pacheco Osorio. Derecho penal especial, Bogotá, Temis, 1978, p. 407.

{1101} gómez méndez. Delitos contra la vida y la integridad personal, cit., pp. 317 y ss.

{1102} La doctrina española ha propuesto una solución similar para la determinación del peligro inherente a la tentativa de lesiones y, en consecuencia, para la especificación del tipo con base en el cual se ha de determinar la pena a imponer: Tamarit Sumalla . "De las lesiones", cit., p. 92.

{1103} Quintano Ripollés. Curso de derecho penal, cit., p. 98.

{1104} Este argumento no es compartido por un sector de la doctrina española: "El dolo indeterminado es el único que requiere la jurisprudencia para imputar los resultados producidos al sujeto pasivo, sin que sea preciso que el sujeto advierta de manera concreta el resultado específico, por lo que no son aplicables supuestos de preterintencionalidad en las lesiones": José Antonio Choclán Montalvo . "De las lesiones", en Derecho penal, cit., p. 634.

{1105} gómez méndez. Delitos contra la vida y la integridad personal, cit., p. 334.

{1106} Choclán et al. Derecho penal, cit., p. 640. En el mismo sentido, Carlos Suárez González. "De las lesiones", en Gonzalo Rodríguez Mourullo y Agustín Jorge Barreiro (dir.). Comentarios al Código Penal, cit., p. 439.

{1107} Como lo tiene establecido la jurisprudencia, "la ley penal, a fin de evitar un exceso en la determinación de la pena, cuando se presentan varios resultados del mismo acto lesivo de la integridad personal, tiene en cuenta únicamente el daño mayor que produzcan las heridas": Corte Suprema

de Justicia. Sentencia del 24 de julio de 1953, en Gaceta Judicial, t. LXXV, p. 709.

{1108} ernesto Benda. “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en ernesto Benda et al. Manual de derecho constitucional, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública y Marcial Pons, 1996, pp. 117 y ss.

{1109} Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 395 y ss.

{1110} Pérez. Derecho penal, cit., p. 324.

{1111} En esta línea se desenvuelve el pensamiento de José Luis Díez Ripollés , para quien con este tipo de delitos se está “ante la tutela de la seguridad personal del menor o incapaz, cuyas especiales características de inmadurez y desvalimiento legitiman al derecho penal para establecer, en ciertos supuestos fácticos debidamente restringidos, el surgimiento en otros ciudadanos de ciertos deberes de acción o de omisión a favor de tales personas singularmente vulnerables. Pero esa seguridad personal del menor o incapaz tampoco se protege en estos delitos de manera generalizada, sino que debe limitarse a cierto ámbito especialmente sensible. Este viene constituido por el área en que se desenvuelve la guarda personal, que se descompone a su vez en los deberes de vigilancia, convivencia, alimentación, educación y formación integral”: “Las figuras de delito de abandono y entrega indebida de menores e incapaces”, en Quintero Olivares y Morales Prats (coords.). El nuevo derecho penal español, cit., p. 1272.

{1112} En el derecho comparado no se advierte unanimidad en cuanto al bien jurídico que se protege con el delito de abandono. Así, el artículo 229 del Código Penal español consagra el abandono de menores de edad e incapaces como un delito contra las relaciones familiares y, en particular, contra los derechos y deberes familiares. Por su parte, el artículo 221 del Código Penal alemán consagra el abandono como un delito contra la vida.

{1113} El abandono de menores fue tipificado por el Código napoleónico de 1810 y por el Código español de 1822. Entre nosotros lo fue por los códigos penales de 1837, 1890, 1936, 1980 y por el actual -art. 127-.

{1114} En el mismo sentido, gómez méndez. Delitos contra la vida y la integridad personal, cit., p. 292.

{1115} Con todo, no es adecuado que se deje por fuera del ámbito de protección de la norma a los niños mayores de doce años y menores de dieciocho cuando instrumentos de derecho internacional suscritos por Colombia consideran niños a los menores de 18 años. Mucho más si la onstituciónP (art. 44) y la ley (Dcto. 2737 de 1989, arts. 44 y 45) les reconocen a todos ellos el carácter de sujetos de especial protección y si, teniendo en cuenta su condición, aquella consagra derechos fundamentales en consideración a la especial situación en que se hallan (art. 44). gómez méndez cree, por el con-trario, que es “un poco alto el límite de doce años establecido por el Código”: Delitos contra la vida y la integridad personal, cit., p. 293.

{1116} Carbonell Mateu y González Cussac . Ob. cit., p. 1074.

{1117} Miguel Polaino Navarrete . “Delitos contra las relaciones familiares. Delitos contra los derechos y deberes familiares”, en Manuel Cobo DEL Rosal (dir.). Curso de derecho penal español, cit., p. 526.

{1118} La Corte Constitucional, mediante sentencia C-013 de 1997, decidió una demanda de inexequibilidad interpuesta contra varias disposiciones del Decreto 100 de 1980, entre ellas contra el artículo 347 que atenuaba la pena para el caso de abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida. La Corte declaró exequible la disposición considerando que el legislador en tales hipótesis atempera la sanción, “no por estimar que el daño a la vida y a la integridad del menor resulte menos grave o merezca una protección inferior, lo cual sería abiertamente discriminatorio y sustancialmente contrario a los artículos 2.°, ii y 12 de la Constitución Política, sino en atención exclusiva a los antecedentes que el mismo tipo penal enuncia, al estado de alteración moral y síquica de la madre y a las circunstancias en medio de las cuales ella comete tales delitos”.

{1119} Tan cierto es esto que en el Código Penal italiano de 1929 el delito de omisión de socorro era un delito contra la administración pública.

{1120} Guillermo Portilla Contreras . “De la omisión del deber de socorro”, en Cobo DEL Rosal (dir.). Curso de derecho penal español, cit., p. 359.

{1121} La Corte Constitucional ha resaltado la importancia del principio de solidaridad en el constitucionalismo moderno pero, superando los orígenes autoritarios de tal principio, ha dejado de considerarlo como un deber exclusivo del ciudadano con el Estado del que hace parte:

de allí por qué haya estimado que su cumplimiento es exigible primordialmente al Estado y sólo luego a los particulares: sentencia T-309 de 1995.

{1122} La Corte Constitucional ha dado cuenta de las dimensiones del principio de solidaridad y de su evolución y ha destacado cómo dejó de ser un simple referente ético y pasó a constituirse en valor superior del ordenamiento jurídico y en un fundamento de la organización política inherente a la democracia constitucional: "La solidaridad es un valor constitucional que presenta una triple dimensión. Ella es el fundamento de la organización política (art. I.° C. N.); sirve, además, de pauta de comportamiento conforme al que deben obrar las personas en determinadas situaciones y, de otro lado, es útil como un criterio de interpretación en el análisis de las acciones u omisiones de los particulares que vulneren o amenacen los derechos fundamentales (arts. 86 y 95.I C. N.). La solidaridad ha dejado de ser únicamente un precepto ético y reviste, en el Estado social de derecho, de un valor hermenéutico de primer orden en cuanto a la sujeción de los particulares a la Constitución y a la ley. La eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros sujeta al examen constitucional las actuaciones u omisiones de los particulares en los casos determinados por la ley. La solidaridad como modelo de conducta social permite al juez de tutela determinar la conformidad de las acciones u omisiones particulares según un referente objetivo, con miras a la protección efectiva de los derechos fundamentales": sentencia C-239 de 1997.

{1123} José Joaquín urBano martínez. "Los delitos omisivos en el nuevo Código Penal", en xxiii Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 458.

{1124} El delito de omisión de socorro tiene una larga tradición en el derecho comparado. Actualmente, el Código Penal español lo regula en el título ix de la parte especial. En él se tipifican la omisión personal, la omisión de

demanda de auxilio a un tercero, la omisión de socorro a la víctima de un accidente fortuito o imprudente, y la denegación de asistencia sanitaria y abandono de servicios sanitarios. En Alemania la omisión del deber de prestar ayuda está tipificada en el artículo 323 del C. P.

{1125} Portilla Contreras. Ob. cit., p. 360.

{1126} Carbonell Mateu y González Cussac consideran también que la vida y la integridad personal son los bienes jurídicos protegidos y cuestionan a quienes creen que tales bienes son los de solidaridad o seguridad; "... la idea de solidaridad, además de evanescente, jamás puede concebirse como una obligación jurídica. Con otras palabras, el Estado, a través de la pena no puede imponer a los ciudadanos, ningún deber de solidaridad, porque entonces no se actúa por este motivo, sino por sumisión a las normas. Y por último, siempre detrás de la solidaridad existe algo, es decir, se es solidario por alguna razón. Y ésta no es otra que las personas que, en determinadas circunstancias, se encuentran en una situación de peligro para su vida o para su integridad. Y precisamente la vida e integridad en peligro constituyen el bien jurídico tutelado en este delito. De ahí que también han de rechazarse las posturas que sitúan el bien jurídico en la idea de seguridad (Bajo Fernández y Bustos Ramírez), puesto que la seguridad en abstracto no es nada, salvo que se concrete en intereses determinados; en este caso la vida y la integridad ": ob. cit., p. 980.

{1127} Choclán et al. Derecho penal, cit., p. 698.

{1128} En nuestro régimen jurídico, esta conducta anteriormente era una contravención consagrada en el artículo 45 del C. N. d. P., de acuerdo con el cual "El que omita prestar ayuda a persona herida o en peligro de

muerte, o de grave daño a su integridad personal, incurrirá en arresto de uno a seis meses. Si de la falta de auxilio se siguiere la muerte la sanción se aumentará en la mitad".

{1129} gonzalo rodríguez mourullo. "De la omisión del deber de socorro", en rodríguez mourullo y Barreiro. Comentarios al Código Penal, cit., p. 55 .

{1130} En la legislación española, la original formulación legal de la omisión de socorro exigía el encuentro del sujeto activo con la víctima. Ante ello, la jurisprudencia acudió a una interpretación extensiva para incluir en el tipo los supuestos en los que se había presentado un encuentro moral y no necesariamente físico e impedir que quedara en la impunidad, por ejemplo, el comportamiento del médico a quien telefónicamente se le había requerido un auxilio que omitió. La actual formulación del delito ha prescindido de esa exigencia y por ello se requiere sólo que el sujeto activo tenga conocimiento de la situación típica. No obstante, como lo precisa Muñoz Conde , "la extensión del tipo también a los supuestos en que no existe un contacto físico con la persona desamparada y en peligro manifiesto y grave obliga a realizar una interpretación restrictiva, puesto que de lo contrario bastaría con la mera noticia de que alguien se encuentra en una situación de peligro para su vida o salud para que surja inmediatamente el deber jurídico de socorrerla": Derecho penal, cit., p. 280.

{1131} cHoclÁn et al. Ob. cit., p. 704.

{1132} Ibíd., p. 705.

{1133} Carbonell Mateu y Gonzáles Cussac. Ob. cit., pp. 985 y 986.

{1134} Si se causa un accidente, se pone en peligro la vida de otro, se abandona el lugar de los hechos y la persona fallece, por virtud del artículo 110, numeral 2, del C. P., se imputa homicidio culposo agravado. Esta regulación constituye un límite a la injerencia, pues de no ser por ella se imputaría homicidio culposo en comisión por omisión. No obstante, como no existen diferencias punitivas no hay razones para cuestionar la validez constitucional de ese tratamiento.

{1135} Choclán Montalvo. Ob. cit., p. 700.

{1136} De acuerdo con el artículo 95.2 de la C. N., es un deber de la persona y del ciudadano "Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas".

{1137} Portilla contreras. Ob. cit., p. 360.

{1138} rodríguez mourullo. "De la omisión del deber de socorro", cit., p. 555.

{1139} lüttger. Ob. cit., p. 48.

{1140} Núñez C. Ob. cit., p. 20. Así también Quintano Ripollés. Ob. cit., pp. 71 y 72.

{1141} Eser. Ob. cit., pp. 35 a 37; Quintero Olivares. Ob. cit., p. 76 y Choclán et al. Ob. Cit., p. 615. Las indicaciones son médica, eugénica, ética y económico-social y se presentan como "el reconocimiento de que la vida del feto es un bien jurídico digno de tutela penal, pero que, en ocasiones, puede ser sacrificada ante situaciones conflictivas que el Derecho no puede ignorar" afirma Gerardo Landrove Díaz. "Voluntaria interrupción del embarazo y derecho penal", en Perspectivas penales, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1984, pp. 223 y ss.

{1142} No sólo la legislación, sino también, y ello resulta insólito frente al sistema de ideas pluralistas y el proceso de laicización que significó nuestra Constitución de 1991 (preámbulo y art. i.°), el argumento utilizado para fundar la decisión tomada en la sentencia C-013 de 1997: las encíclicas "Humanae Vitae" del Papa Pablo vi y "Evangelium Vitae" del Papa Juan Pablo ii .

{1143} Sentencia C-013 de 1997.

{1144} Sentencia C-133 de 1994. Así también, pero proponiendo una solución a partir del "principio general de salvaguarda del interés preponderante", Muñoz Conde . Ob. cit., p. 76.

{1145} Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "Baby boy", fuente ya citada.

{1146} Finger. La anticoncepción, cit., p. 4. y Ginecología, vol. 43, n.° 2, abril-junio de 1992, Sociedad Colombiana de Obstetricia y Ginecología, pp. 87 y ss. y Ginecología, vol. 43, n.º 2, abril-junio de 1992, Sociedad Colombiana de Obstetricia y Ginecología, pp. 87 y ss.

{1147} Jorge villareal. “Responsabilidad profesional frente al aborto”, en Revista Colombiana de Obstetricia

{1148} Por cuanto toda intervención abortiva implica riesgos para tales bienes, según Díaz Palos , Quintano Ripollés, Cuello Calón y Rodríguez Devesa, citados por Gracia Martín et al. Ob. cit., p. 281.

{1149} Arts. 218a, 218b, 218c y 219 del Código Penal alemán y 4i7bis del Código Penal español vigente hasta 1995, cuya prórroga fue ordenada por la disposición derogatoria 1.a del Código Penal actualmente vigente.

{1150} Quintano Ripollés. Ob. cit., p. 72.

{1151} Moore y Persaud . Ob. cit., pp. 88 y 114 y ss.

{1152} Lüttger. Ob. cit., pp. 43 y 44.

{1153} En contra, postulando vida protegible a partir de la fecundación, Pérez . Ob. cit., p. 302, y Mesa Velásquez . Ob. cit., p. 107.

{1154} Sentencia C-133 de 1994.

{1155} Así Lüttger. Ob. cit., p. 74.

{1156} Así Langman . Ob. cit., pp. 31 a 33.

{1157} Así también Choclán et al. Ob. cit., p. 609. En un estudio en un hospital universitario metropolitano de Colombia se demostró que los casos de embarazos ectópicos presentados entre enero de 1993 y diciembre de 1998 pesaron estadísticamente un 1.2% de los embarazos y, de aquellos, el abdominal representó un 1.2%, con producto viable: Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, vol. 50, n.° 4, octubre-diciembre de 1999, Sociedad Colombiana de Obstetricia y Ginecología, pp. 244 a 246. En otra investigación llevada a cabo en el Hospital de Caldas, Manizales, entre 1970 y 1993 se obtuvo una tasa media del 14.1% de embarazos ectópicos por 1.000 nacimientos; el 2.1% de embarazos abdominales por 100.000 nacimientos, y el 1.5% de embarazos abdominales por 1.000 ectópicos. Se comprobó que 94 embarazos ectópicos, de 1.325, resultaron con nacidos vivos: Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología, vol. 46, n.° i, enero-marzo de 1995, Sociedad Colombiana de Obstetricia y Ginecología, pp. 67 a 69.

{1158} En contra, considerando atípica la conducta, vives antón et al. Ob. cit., p. 771.

{1159} Peris riera. Ob. cit., p. 160..

{1160} Así díez riPollés et al. Ob. cit., pp. 35 y 36, y gracia martín et al. Ob. cit., p. 45.

{1161} Así cHoclÁn et al. Ob. cit., p. 622.

{1162} diana PaPalia e. Desarrollo humano, McGraw Hill, México, 2001, p. 322.

{1163} E. P. Solomón. Human Anatomy and Physiology, Philadelphia, Saunders College, 1983, pp. 382 a 387

{1164} P. M. Wassermaan. “Fertilization in Mammals”, en Scientific American, vol. 253, n.° 4, octubre de 1985, pp. 25 a 27.

{1165} Linda Davidoff. Introduction to Psychology, McGraw Hill, 1987, pp. 372 a 378.

{1166} PaPalia e. Ob. cit., pp. 345, 346 y 357.

{1167} Marie Claire Busnel. Labelfrance, París, Laboratorio de Psicobiología del Desarrollo, 1999, pp. 22 a 23.

{1168} Papalia E. Ob. cit., pp. 344 y 345.

{1169} Salomón. Ob. cit., p. 388.

{1170} Busniel. Ob. cit., pp. 24 a 27.

{1171} Davidoff. Ob. cit., pp. 379 a 381

{1172} Papalia. Ob. cit., p. 364.

{1173} Muchas son las instituciones nacionales e internacionales que han tratado de identificar los derechos de la madre gestante y del embrión en formación; no obstante, en la revisión bibliográfica efectuada se encontró que la realizada en Barcelona, España, resume algunos de los aspectos más relevantes; entre estos, se tiene: i. La maternidad debe ser de libre elección. Toda mujer tiene el derecho de decidir libremente sobre el momento más adecuado para tener sus hijos, el espacio intergenésico (espacio entre un hijo y otro) y cuántos hijos quiere tener. El uso de métodos anticonceptivos eficaces debe ser accesible a todas las mujeres. 2. La mujer embarazada tiene derecho a que el embarazo no suponga un alto riesgo para su salud. Los servicios de atención al embarazo deben ser de calidad y tener los recursos necesarios para una correcta atención. Se deben establecer normas bien definidas acerca de la tecnología apropiada para un parto seguro para la madre y el recién nacido. 3. Las mujeres tienen derecho a recibir una adecuada educación e información sobre salud reproductiva, embarazo, parto, lactancia materna y cuidados neonatales; los servicios de salud deberán promover la asistencia de la mujer embarazada y si es posible de su pareja. 4. El conocimiento y el acceso a los avances tecnológicos, tanto diagnóstico como terapéuticos, es un derecho de todas las mujeres. La atención obstétrica debe ser adecuada teniendo en cuenta el respeto a la diversidad cultural y a las creencias. 5. La educación en salud debe ofrecerse a la embarazada de modo que pueda actuar con el mejor interés para el recién nacido y evitar riesgos que pudieran poner en peligro un desarrollo sano del feto. 6. Toda mujer tiene derecho a no ser marginada durante o a causa de un embarazo. El acceso y la continuidad al mundo laboral debe garantizarse a toda mujer sin que suponga una discriminación a causa de un embarazo. El derecho a la maternidad debe ser protegido por las leyes laborales de los gobiernos, de manera que no es admisible menoscabar ni anular la igualdad de oportunidades por razón de ésta. 7. Toda mujer tiene derecho a un sistema de salud adecuado y a medidas de

protección durante su embarazo. El conocimiento y el acceso a los avances tecnológicos, tanto diagnósticos como terapéuticos, es un derecho de todas las mujeres. 8. Toda mujer tiene derecho a una nutrición adecuada durante el embarazo. La alimentación de la mujer debe permitir recibir todos los nutrientes necesarios tanto para un correcto crecimiento del niño como para su propia salud. 9. El derecho a la maternidad no puede s er limitado en base a la estructura social. Tanto las familias monoparentales como las biparentales tienen los mismos derechos frente a la maternidad. 10. Toda mujer asalariada tiene derecho no sólo a un adecuado cuidado sanitario, sino a obtener permisos laborales por maternidad sin menoscabo de su salario, ni riesgo de perder su empleo. La madre lactante tiene derecho a amamantar a su hijo durante la jornada laboral. ii. Toda madre tiene derecho a compartir la responsabilidad tanto de las decisiones como del trabajo reproductivo con el padre. El padre tiene el derecho y el deber de ejercer su responsabilidad y a no ser marginado en el proceso de reproducción. Toda mujer tiene derecho a no ser violentada ni cohercionada por su pareja en función de su maternidad. Las decisiones reproductivas, en el seno de una pareja, son un derecho que debe ser ejercido con equidad y corresponsabilidad entre hombre y mujer. 12. Las mujeres embarazadas con droga-dicciones, sida u otros problemas médicos o sociales que auspicien marginación tienen derecho a ayuda y a programas específicos. 13 Los profesionales de la salud no deben aceptar la falta de recursos como una excusa para no avanzar en el cumplimiento de los derechos de salud reproductiva de las mujeres y en general de las sociedades. “Declaración de Barcelona de los Derechos de la Madre y el Niño”, v Congreso Mundial de Medicina Perinatal, septiembre 23 a 27 de 2001.

{1174} J. A. Horne. “A Review of the Biological Effects Patogen Elements in the Feto”, en Biological Psychology, 2001, pp. 24 y 25.

{1175} r. wilde. “Tratamientos en el feto”, en Ciencia y técnica, Madrid, 2002, pp. 25 y 28.

{1176} El Tribunal Supremo español consideró en múltiples pronunciamientos que no se precisaba de la tipificación expresa del delito de lesiones al feto para imputar esa conducta pues estimó que para ello era suficiente con la tipificación del delito de lesiones personales. En ese sentido pueden consultarse, por ejemplo, los fallos del 29 de mayo de 1965, 29 de marzo de 1988, 5 de mayo de 1988, 4 de octubre de 1990, I.° de abril de 1992, 5 de abril de 1995 y 22 de enero de 1999. Con todo, es claro que en el caso del feto el bien jurídico objeto de protección no es la vida humana independiente sino dependiente: de allí que si las lesiones se causan al feto antes de la iniciación del nacimiento, ante la ausencia de vida humana independiente, la imputación no puede basarse en el régimen general de las lesiones, so pena de quebrantarse el principio de legalidad. De allí la necesidad de tipificar las lesiones al feto, pues recogen el contenido de injusticia de la conducta cometida contra el feto como titular del bien jurídico vida humana dependiente.

{1177} Así Gracia Martín et al. Ob. cit., p. 609.

{1178} Así Latorre Latorre , citado en ibíd., p. 613.

{1179} Así en ibíd., p. 614, y Vives Antón et al. Ob. cit., p. 813. En contra Choclán et al. Ob. cit., p. 621, y Quintero Olivares . Ob. cit., pp. 119 y 120.

{1180} Romeo Casabona. Los delitos, cit., p. 948. También es de tal opinión Gracia Martín et al. Ob. cit., p. 616, y Peris Riera . Ob. cit., p. 163.

{1181} Romeo Casabona . “Los delitos contra la integridad corporal y la salud”, en El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos, cit., pp. 945 y 946; Muñoz Conde . Ob. cit., p. 121; Quintero Oli VARES et al. Ob. cit., pp. 118 y 119, y Rodríguez Mourullo et al. Ob. cit., p. 449. También es de tal opinión Gracia Martín et al. Ob. cit., pp. 619 y 620, quienes afirman incluso la protección del preembrión.

{1182} PacHeco osorio. Ob. cit., p. 485.

Universidad Externado de Colombia

Lecciones de derecho penal. Parte especial está formado por una pluralidad de estudios elaborados por profesores del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia que con total autonomía conceptual acometen el análisis sintético de los tópicos fundamentales de dicha área del conocimiento.

La presente obra fue promovida por el Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y pretende, primordialmente, brindar a nuestros lectores, en especial a los estudiantes de la Facultad de Derecho de esta Alma Mater, un manual de consulta básica, que abarca el examen de la mayoría de tipos penales consagrados en la parte especial de la ley penal colombiana, no sólo desde el punto de vista de su estructura y contenido, sino también –y en particular– con énfasis en los aspectos más polémicos de cada uno de ellos, con sustento en los desarrollos doctrinales, jurisprudenciales y legales que se han dado en esta materia.

En consecuencia, esta obra constituye un elemento de suma utilidad para el desempeño de estudiantes, funcionarios judiciales, abogados litigantes y, en general, los estudiosos del tema.

SEGUNDA EDICIÓN

LECCIONES DE DERECHO PENAL

Parte General

José Joaquín Urbano Martínez
Carmen Elosa Ruiz López
Hernando Barreto Ardila
Celio Manfio Rojas
Angela María Buitrago Ruiz
Jorge Cadas Vera
Guillermo Forero Torres

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

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

Universidad Externado de Colombia
125 Años

Table of Contents

Cover Page

Portada

Portadilla

Créditos

Lección 1: Concepto y función del derecho penal

Lección 2: Teoría de los fines de la pena

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

Lección 4: Relaciones del derecho penal con la criminología

Lección 5: Relaciones del derecho penal con otras disciplinas

Lección 6: Fuentes del derecho penal

Lección 7: Interpretación de la ley penal

Lección 8: Ámbitos de validez de la ley penal

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

Lección 10: Teoría de la norma

Lección 11: Evolución del método dogmático

Lección 12: Transformación del método dogmático

Lección 13: Teoría del delito. tipo objetivo

Lección 14: Tipo subjetivo

Lección 15: Aspecto negativo de la tipicidad

Lección 16: Autoría y participación

Lección 17: Tentativa

Lección 18: Concurso de tipos penales

Lección 19: La antijuridicidad

Lección 20: Causales de exclusión de la antijuridicidad

Lección 21: Culpabilidad

Lección 22: Elementos de la culpabilidad

Lección 23: Error de prohibición

Lección 24: Causales de inculpabilidad

Lección 25: La punibilidad

Lección 26: Consecuencias civiles del delito

Lección 27: Imputación objetiva y delito imprudente

Lección 28: El delito de omisión

LOS AUTORES

SEGUNDA EDICIÓN

LECCIONES DE DERECHO PENAL

Parte General

José Joaquín Urbano Martínez
Carmen Elosa Ruiz López
Hernando Barreto Ardila
Celio Manrique Rojas
Angela María Buitrago Ruiz
Jorge Cadas Vera
Guillermo Forero Torres

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

Miguel Córdoba Angulo
Camilo Samperdro Arrubla
William Monroy Victoria
Iván González Amado
Vicente E. Gaviria Londoño
Ezequiel 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

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.

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

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 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

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

Lección I: Concepto y función del derecho penal

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 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 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 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 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.

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 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 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 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 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

a 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 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 . INTERIORIZACION 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 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 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 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.

CARMEN ELOÍSA RUIZ

Lección 2: Teoría de los fines de la pena

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.

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 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 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 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 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 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}.

III . TEORIAS 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 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 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. PREVENCION GENERAL POSITIVA LIMITADORA

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 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 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 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 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:

... 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).

HERNANDO BARRETO ARDILA

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

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 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 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.

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 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 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 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 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 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 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 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 fenomenológicamente 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 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.

J. TIPICIDAD

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 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.

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 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.

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 tanto que para los inimputables señala medidas de seguridad.

CIELO MARIÑO ROJAS

Lección 4: Relaciones del derecho penal con la criminología

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

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

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 Álessandro 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.

III . EL FUNCIONALISMO EN LAS DOS

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 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 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.

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}.

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 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, i9⁸4.

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, 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.

ÁNGELA MARÍA BUITRAGO RUIZ

Lección 5: Relaciones del derecho penal con otras disciplinas

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 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 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{90}, 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 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. , 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 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

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} 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.

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 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 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 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.

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.

JORGE CALDAS VERA

Lección 6: Fuentes del derecho penal

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, 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 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

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 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.º 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 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.º 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 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 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.

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 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 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 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 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.

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.

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 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 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

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

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 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 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 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.

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.

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.

GUILLERMO FERRO TORRES

Lección 7: Interpretación de la ley penal

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 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 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 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 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 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 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

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 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 “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 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 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 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. 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. DISTINCION POR LOS RESULTADOS

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 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, 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 “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. LEGISLACION 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, 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.

HERNANDO BARRETO ARDILA

Lección 8: Ámbitos de validez de la ley penal

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 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 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 (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 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 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

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.

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 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”)

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 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.

DARÍO BAZZANI MONTOA

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

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 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

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 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 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 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 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 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 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”.

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, 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 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. 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

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 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 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 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.

CARLOS A. GÓMEZ PAVAJEAU

Lección 10: Teoría de la norma

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 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 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 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 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.

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 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 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 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 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 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 TEORIA 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 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 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 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 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 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.

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}.

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,

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 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 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 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 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 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”.

NODIER AGUDELO BETANCUR

Lección 11: Evolución del método dogmático

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.

— 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 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

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 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 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 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}.

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 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 SANCION 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 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.

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 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 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 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 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 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.

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 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; finalmente, se preguntaría el estudioso si ese derecho tiene razón de ser o si debe establecerse otro, acorde con las necesidades.

LEONARDO CRUZ BOLÍVAR

Lección 12: Transformación del método dogmático

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 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 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 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

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,

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 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 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 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 culpabilidad fundamentada en la necesidad de pena.

..

2 . EL FUNCIONALISMO RADICAL DE GUNTHER 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.

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.

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

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 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 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.

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Lección 13: Teoría del delito. Tipo objetivo

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 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 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 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 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 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 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 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 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.

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. 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 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 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.

SANDRA JEANNETTE CASTRO OSPINA

Lección 14: Tipo subjetivo

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 im- putatio 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 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 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 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 sólo 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 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 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

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, 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 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, 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 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 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}.

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, 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 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}

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 . CODIGO 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 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.

— 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

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 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}.

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, 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

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.

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.

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:

— 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.

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).

ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ

Lección 15: Aspecto negativo de la tipicidad

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.

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

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 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. 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 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 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 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.º 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.

- 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 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 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

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 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 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.

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.

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.º 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.

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 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, 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 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 “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 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.

ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL

Lección 16: Autoría y participación

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 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 “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 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 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.

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}.

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 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 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 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, 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 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 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 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 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 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}.

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 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, 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 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 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 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 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 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 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 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 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 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 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 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 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 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.

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 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, 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 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 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.

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.

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.

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 pronunciamientos 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.º 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, 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 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 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 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 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.

MIGUEL CÓRDOBA ANGULO

Lección 17: Tentativa

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 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 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.

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 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.

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

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 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

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 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)

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.

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 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.

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Lección 18: Concurso de tipos penales

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 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 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 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.

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.

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 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.

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}.

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 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

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:

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 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.

CAMILO SAMPEDRO ARRUBLA

Lección 19: La antijuridicidad

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.

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.

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 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.

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 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 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 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 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 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 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 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.

WILLIAM MONRO VICTORI

Lección 20: Causales de exclusión de la antijuridicidad

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, 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 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}.

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 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 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 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 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 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 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}

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.

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:

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 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.

BIBLIOGRAFIA

Bacigalupo, Enrique Lineamientos de la teoría del delito, 2³ 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, FernandoAntijuridicidad penal y sistema del delito, Barcelona, Bosch, 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.

MIGUEL CÓRDOBA ANGULO

Lección 21: Culpabilidad

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 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 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.

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

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 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.

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}.

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.

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 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.

NODIER AGUDELO BETANCUR

Lección 22: Elementos de la culpabilidad

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 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 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, replanteamos metodológicamente la inquietud que habían presentado algunos autores de superar esa calamitosa situación (Jesús Bernal Pinzón , Alfonso Reyes

Echandía y Frederico 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 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”; 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 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 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.

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 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.

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 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 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: 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 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, 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 JURIDICAS

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 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 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 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 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 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 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 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 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 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.

GERARDO BARBOSA CASTILLO

Lección 23: Error de prohibición

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 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.

- 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 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 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 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.

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.

NODIER AGUDELO BETANCUR

Lección 24: Causales de inculpabilidad

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 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 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 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 JURIDICO

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 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 AMBITO 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 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

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.

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.

IVÁN GONZÁLEZ AMADO

Lección 25: La punibilidad

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 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, 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}, 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 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 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 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}.

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.

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 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 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 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 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 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 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 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.

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 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 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 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 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) 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 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.

- 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 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 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 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.

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 ($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 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 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 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 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.

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}.

VICENTE EMILIO GAVIRIA LONDOÑO

Lección 26: Consecuencias civiles del delito

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 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 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 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 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 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

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.

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 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 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.

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 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 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 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 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, 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 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

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 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, 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

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) 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, GilbertoLa 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.

ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA

*Lección 27: Imputación objetiva y delito imprudente**

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 “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 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 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 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.

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 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.º 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, 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 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

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 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.

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 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.

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.

JASON ALEXANDER ANDRADE CASTRO

Lección 28: El delito de omisión

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 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 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 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 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 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, 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 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, 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 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 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 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 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}.

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 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 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 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 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

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 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.

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.

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 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: Álvaro 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 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.

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.

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.

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 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 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

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.

{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 penal, 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 penal, 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.

{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 . Biografía 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.

{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).

{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.

{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 general, 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 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.

{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, 7a 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 XXI, 1980, p. 195 y ss.

{82} Cfr. Dennis Chapman. Lo stereotipo del criminale: Componenti ideologiche e di classe nella definizione del criminale, 3a 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, 2a 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 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.

{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, i989, p. i5.

{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

{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 teoria 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. 3²⁸.

{115} Julio Cueto Rúa. Las fuentes del derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 18, 24 y 25.

{116} Eduardo García Maynez. Introducción 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.

{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”.

{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.

{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 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.

{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. 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.

{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 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 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.

{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 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 general, 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. Manual, 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.

{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, cit., 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.

{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 lateoría 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.

{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.

{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.

{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.

{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, 4a 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, 3a 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.

{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 7a 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’, 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.

{355} Cfr. Claus Roxin. Derecho penal. Parte general, t. i, trad. de la 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 Ragúes i Valles . El dolo y su prueba en el proceso penal, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 54 a 59.

{362} Ibid., pp. 57 a 60 .

{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 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.

{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.

{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.

{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 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 penal, 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 FouchE : "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 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. Delitos 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.

{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, ¹994, p-[8]l.

{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 .

{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.

{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.

{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 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”, Revísta 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.

{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. 11, 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.

{501} Sobre las distintas posiciones para distinguir tentativa acabada de inacabada cfr. Córdoba Ángulo . 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.

{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 general, 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.

{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 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.

{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, 3a 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.

{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 Jurisprudencia 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.

{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, ª 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.

{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.

{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 .

{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. 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 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 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 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, 4⁶I 4⁶² y 4⁶5.

{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 .

{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 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.

{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 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 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.

{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 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.

{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.

{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.

{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.

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.