

UNIDAD I - SEMANA I Y II
MODULO
DERECHO PENAL PARTE GENERAL.

1. HISTORIA DEL DERECHO PENAL EN COLOMBIA.

En la época previa a la conquista española las diferentes comunidades precolombinas tienen legislaciones que se ocupan de los asuntos penales; se destaca la legislación de Nompanim que prohíbe conductas como la de matar, hurtar, mentir, realizar incestos, entre otras; las sanciones principales son los azotes, la infamia y la infamia hereditaria.

El Zipa Nemequeme llevó a cabo una recopilación de las conductas que incluía la sodomía y castigos similares al del talión; en general, todas las comunidades indígenas tuvieron sistemas penales que castigaban severamente al infractor, como las de infidelidad que se sanciona con la pena de muerte o entrega del culpable al marido ofendido para que él dispusiera el castigo.

En el período colonial, la legislación española opera en diversas normatividades, pues, tiene aplicación el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá, Las Siete Partidas, la Nueva Recopilación, y la Novísima Recopilación, entre otras, en especial la Recopilación de los Reinos de las Indias; dichas legislaciones se caracterizan por ser Casuistas, no tiene límites muy claros entre la jurisdicción civil y la eclesiástica, el principio de igualdad ante la ley es desconocido, en la medida en que la pena varía según el implicado.

En el período de la república, desde 1810 hasta 1837, la legislación española continuó regulando los asuntos del derecho penal con excepciones del congreso de Angostura de 1819 que facultan al presidente para conmutar y perdonar conforme al concepto previo de la rama judicial, incluso la Constitución de 1821 da validez a las leyes de Indias.

En 1823 el general Francisco de Paula Santander, vicepresidente, aunque en ejercicio de la presidencia encarga a Jerónimo Torres y Tomás Tenorio, la elaboración de un proyecto de código penal, que nunca se convirtió en ley de la República; el congreso de 1826 aprobó un código penal que fue objetado por la presidencia; en 1833, de nuevo de la mano del General Santander, se publica un proyecto realizado por José Ignacio de Márquez y Vicente Azuero, quienes para entonces eran miembros del Consejo de Estado.

En 1837, José Ignacio de Márquez, presidente de la República, sanciona el código penal, que deroga tácitamente la compleja legislación española, hasta entonces vigente; obra inspirada en el liberalismo europeo y francés de la época; sin embargo, la sociedad republicana mantiene la esclavitud y discriminación contra los indígenas, contrario a la ideología en que se inspiró.

En 1890 se aprueba un nuevo código penal, sus antecedentes, el proyecto elaborado por Demetrio Porras, quien se guió por el código penal de Zanardelli y Manzini en Italia y Silvela en España, que seguían los postulados de la escuela clásica que funda la responsabilidad penal en el libre albedrío y comprendía el injusto como una infracción legal; texto que no es acogido por el Consejo de Estado que entrega a Juan Pablo Restrepo la elaboración de un nuevo ordenamiento penal que se hace sobre la base del código de 1837; el código de 1890 es sometido a duras críticas por ser una recopilación legislativa sin estructura conceptual.

José Vicente Concha, presenta un proyecto del Código Penal al Congreso en 1912 con fundamento en la escuela clásica que es aprobado en 1922, y que nunca entró en vigencia, porque la Ley 81 de 1923 suspende su vigencia, para ser revisado por una comisión que considera que debía abrirse campo a un derecho penal con base en los postulados de la escuela positiva, y se elabora un nuevo proyecto que se presenta en el Congreso en 1925, mas el legislador opta por contratar una comisión italiana para elaborar un nuevo proyecto que es presentado en 1927, sin acogida alguna.

CÓDIGO PENAL DE 1936

En 1933 se crea la Comisión Nacional de Asuntos Penales y Penitenciarios, la cual sería la encargada de la elaboración de los códigos a que hubiese lugar; Comisión que fuera integrada por los juristas: Carlos Lozano y Lozano, Carlos V. Roy y Rafael Escullón, responsables del proyecto que luego se convertiría en la famosa Ley 95 de 1936, la cual entra en vigencia en 1938.

Para los críticos, esta obra sigue muy de cerca principios plasmados en la conocida escuela "positiva", aceptándose la teoría de lo que sería la defensa social; cuya actividad y por ende responsabilidad se fundaría en la complejidad "psicofísica" del sujeto activo, la que hoy debe ser rescatada en cuanto a dicha complejidad, sobre todo en cuanto tiene que ver con los despliegues conductuales de todo orden, lo que aún falta por esclarecer muchos de estos aspectos.

La falencia de tal teoría para la época estaría en ver únicamente al delincuente como un antisocial, sin más o porque sí, limitándose a dividir las sanciones en penas y medidas de seguridad, como si eso fuera todo lo que demanda la razón de ser del derecho penal; y algo aun que hoy se añora, es que entre otras, con el nuevo código penal se dejaron de lado algunas figuras tan importantes

como la que para la época se plasmara en su artículo 23, (Código Penal de 1936)¹ referente al anonadamiento u oscurantismo psíquico, generador de un injusto, y con mayor razón las conductas seguidas de la hipnosis, la cual era sancionada con su respectiva pena.

CÓDIGO PENAL DE 1980

El D.L.100 de 1980, (Anterior Código Penal) incorporó varias figuras que con antelación se traían por vía jurisprudencial, como fue el caso de las indemnizaciones que se plasmaran en los artículos 106 y 107 del ordenamiento como se verá (Chiesa 1995),² dejando otras figuras que se hallaban contempladas en el código penal de 1936, como se vio.

El Decreto-Ley 100 de 1980, normas que no expidiera el Congreso por obvias razones, siendo su función; por ello, el ejecutivo recoge los anteproyectos que se habían generado hasta el momento, esto es el anteproyecto de 1974, los de 1978, así como los aspectos esenciales de 1974, el cual contenía: introducción de un título sobre principios rectores:

- ✓ legalidad,
- ✓ irretroactividad,
- ✓ favorabilidad,
- ✓ tipicidad,
- ✓ antijuridicidad,
- ✓ culpabilidad,
- ✓ exclusión de analogía,
- ✓ igualdad,
- ✓ proporcionalidad y conocimiento de la ley.

En cuanto a la figura de la tentativa, plasmaba, la acabada e inacabada, eliminando así la figura que se traía de la desistida e imposible.

La coparticipación era resuelta desde los aportes legislativos y doctrinarios a través de la denominada autoría material e instigación, al igual que la complicidad y el encubrimiento. Sobre el concurso de hechos punibles se tiene el concurso heterogéneo, homogéneo, simultáneo y sucesivo.

Se plasma un ordenamiento expreso referente a las causales de justificación e inculpabilidad; ocluyéndose un capítulo especial imputabilidad; por lo mismo se reconocen los injustos de culpa y preterintención en cuanto a la culpabilidad. Mírese que el proyecto de 1976 toma la concepción dogmática de la estructura de injusto, lo que define como un hecho típico, antijurídico y culpable.

En cuanto al principio de legalidad lo contextualiza con las medidas de seguridad, además del abordaje que hace de los injustos y las penas; por lo que se prohíbe la extensión penal militar a los civiles, en cuanto a jurisdicción;

por lo mismo se desvincula de la relación de causalidad para los injustos (t); en cuanto al fenómeno de la alcoholemia, se enmienda admitiendo que cuando se origina enfermedad mental y su causa está en el caso fortuito o fuerza mayor, se excluye la imputabilidad, por lo que no hay lugar a la medida de seguridad; ora, si la borrachera no es producto de tales anomalías, no se elimina la imputabilidad, y si la misma ha sido pre ordenada, genera un incremento en la pena en el momento e aplicarla.

Obsérvese igualmente que el proyecto de 1978, presentado por el Ejecutivo al Legislativo, es lo mismo que con antelación se había hecho; por lo que ante tantas idas y venidas sin llegar a generar el nuevo código penal, el Congreso de la República, en 1979 faculta por un año al gobierno, para que expidiera el nuevo código penal; para lo que se conforma una comisión integrada por: Federico Estrada Vélez, Ciro López Mendoza, Jairo Ortega, Eduardo Rosas, Jorge Enrique Gutiérrez Anzola y Luis Carlos Giraldo, con el propósito que se dicta dicho código dado que el congreso había sido incapaz.

Los proyectos que fueran allegados, se les efectúan algunas ajustes o modificaciones, promulgándose así el código penal de 1980 que subsumiría el viejo código penal de 1936, Cuya estructura, sin duda siguió la influencia de la escuela causalista, desde donde se domina el concepto de acción, colocando como cortapisa o soporte el concepto de antijuridicidad como desvalor de resultado; y, el dolo y la culpa como formas de culpabilidad, el error de tipo era considerado como causal de inculpabilidad y no de atipicidad, ello para significar los grandes cambios estructurales que siguiera el nuevo código penal del 2000, como se verá, el que aun demanda de profundos vacios conceptuales y proyectistas.

LA CARTA POLÍTICA DEL 1991, FRENTE A LEY 599 DEL 2000

En primer lugar permítaseme manifestar que, todo pueblo pasa su respectiva carta de navegación, la cual debe caracterizarse por su solides, trascendencia, y evolución dialéctica, dado que demanda la razón de ser de cada pueblo, por ende, de sus dirigentes; por ello, una carta de tal naturaleza debe caracterizarse por ser solida, incólume, de visión global, a fin de que no sea cambiada por el capricho de algunos, dado su parecer y acomodamiento.

Sabido es que, entre más cambios o emendadas se plasmen en una Carta de este tipo, así mimo se denota la inestabilidad y falta de visión globalizante que caracteriza a sus hacedores, por ende gobernantes, desde donde, al parecer, cualquiera puede cambiar a su antojo, interés o capricho, cuando ello jamás de debería ser así; mírense cuantas enmiendas tienes las demás Cartas de los pueblos del mundo, lo cual difiere significativamente en el caso colombiano, lo cual nos caracteriza y marca históricamente.

La nueva Carta del 91, incorpora grandes cambios, tomados de unas y otras constituciones del mundo; entre las más sobresalientes se tienen, sin duda, el dar cumplimiento al nacimiento de la Fiscalía General de la Nación, encargada de adelantar las investigaciones delictuales, por ende de las respectivas acusaciones de infractores ante jueces y tribunales; sin que hasta el momento se haya logrado

puntualizar realmente de quien depende, quién y cómo elige su dignatario, lo que falta evolucionar y precisar.

Se busca optimizar un sistema de control social acorde al derecho penal, aunque éste sigue siendo importado, por ende alejado de los injustos cometidos en los casos concretos, dada la idiosincrasia que le asiste al pueblo, lo cual difiere de los demás; por lo mismo sobresale lo plasmado en relación con el aumento de la participación ciudadana, sin que lo mismo se haya hecho realidad; desde la misma orbita, se plasma un juicio oral, seguido de la concentración probatoria, una estructura del proceso en tres fases, propias de un sistema acusatorio en el que se garanticen aspectos como: un derecho de defensa, presunción de inocencia, celeridad, publicidad, libertad en cuanto principio.

Sabido es la mixtura que le asiste a la ley 906 del 2004, desde su dirección e influencia Puerto Riqueña y por ende Americana, por lo que en el referido código existen varias vertientes ideológicas, filosóficas y esquemáticas en cuanto a escuelas conceptuales que iluminaran dicha disposición, lo que a nuestro entender hace que sigan existiendo impunidades en muchos casos,(Carta Política 1991)³. Así como concepciones encontradas en su desarrollo, tanto investigativo como procedimental, lo que exige y clama que dicha disposición sea adecuada a un sistema real colombiano, de ahí su anhelada reforma.

CÓDIGO PENAL DEL 2000

Bajo tales escenarios surge la Ley 599 de 2000, la cual plasma desde el ámbito rectoral el antropocentrismo jurídico; esto es, la declaración de la dignidad humana como tal, por lo que el humano frente a tales episodios no será tratado como simple medio, sino como finalidad; todo ello inspirado en la carta política desde su preámbulo, que ilumina y proyecta un Estado Social de Derecho; aunque el mismo aun no se cumple desde su razón de ser; incorporándose igualmente en el ordenamiento penal, los diversos tratados internacionales sobre la materia, los que sin duda armonizan con los respectivos bloques constitucionales para cada caso, desde los derechos humanos.

Falta que lo plasmado, realmente logre visualizar lo moldeado en la Carta, que proyecte la razón de ser del nuevo estado social de derecho; con sus nuevos principios y valores, lo que sin duda exige y reclama un cambio estructural de sus gobernantes y participantes en tales quehaceres, que respondan a los nuevos retos y compromisos políticos, sociales y jurídicos, armónicos con cualquier sociedad realmente democrática, que actualmente se aplican en las sociedades democráticas más avanzadas, impone el examen y la consecuente adecuación del sistema normativo que se venía aplicando.

La Carta de 1991 determina los principios desde los cuales el legislador regulará las orbitas del derecho, teniendo en cuenta los llamados “Bloques de constitucionalidad”.⁴

La esfera del derecho penal, debe adecuarse para armonizar y garantizar la tipificación de los injustos y las penas que le correspondan, acorde el nuevo Estado Social de Derecho. (...)

No basta con la antijuridicidad formal, esto es, con la sola contradicción entre el comportamiento y el bien normado, por lo que debe existir la vulneración, ya sea por lesión o peligro referente a la aceptación u omisión; por lo que se trae a colación preceptos del código penal de 1980, artículo 4, el cual adquiere rango de constitucionalidad por disposición de los artículos 2, 86 y 228 de la Carta.

Como afirman los teorizantes del sistema penal, y que retomado diversos doctrinantes, *“desde la expedición del código penal de 1837, Se han efectuado múltiples reformas, unas afortunadas, otras fallidas, atendiendo a los lineamientos que para cada época o período ha liderado la teoría del injusto; con todo, no se ha logrado que se ajuste a la velocidad social y cultural que día a día gana el país”*.⁵

De lo anterior se predica que, *“el sistema legislativo colombiano ha tenido como elemento preponderante de su estructura, la carencia del análisis científico; se legisla para el momento, para solucionar de forma temporal una crisis presentada en la sociedad, en fin, para calmar las expectativas de la presencia del poder punitivo del Estado, lo que ha llevado a una desproporción de penas entre los diversos bienes jurídicos, cuando aquellos de mayor valor deben implicar, por su trasgresión, una sanción superior”*.⁶

Igualmente se desprende que en efecto, el legislador a dejado de lado las relaciones de causalidad entre los fenómenos económico – sociales, los cuales se hallan divorciados de toda realidad legislativa; no existe una concatenación entre ley penal y ser humano, y menos frente a lo que el sistema actual ha pretendido abordar como es el antropocentrismo jurídico, aunque el mismo poco o nada tiene de nuevo, sino en cuanto este ha sido retomado y poco puntualizado, como se anoto con antelación con relación al origen y mescla que contiene la famosa ley 906 de 2004, supuestas innovaciones al margen de un contexto social real, cuando una cosa es lo que demanda el sistema penal acusatorio y potra bien distinta, lo que finalmente consagró la referido ley procedimental penal.

Mírese la inconsistencia y falta de armonía frente a los diferentes escenarios legales, y lo que aun es mas diciente frente a la estructura de las propias normas, y lo que aun es más insólito, es que el viejo estado de sitio es adoptado como norma permanente, bajo el acápite de estados de excepción, cuando los mismos poco o nada tiene que ver con que sea o hayan sido incorporados a la Carta, como norma de tal rango, por lo que como dijera

Giorgio Agamben, (1998) en “Etat Déception”, retomado por Javier Alvarez Montañez (2008:59-86),⁷ en “Una aproximación desde Giorgio Agamben a los Estados de Excepción”; los estados de excepción constituyen el vacío que hay o existe entre la cara política de un pueblo y el poder o voluntad soberana de su gobernante, por lo que tales preceptos no pueden estar incorporados en ningún legado normativo y menos elevados a rango constitucional como tal, lo cual denota la inmadurez de un pueblo.

Aun se confunde la política criminal con la dogmática penal y la política penal de Estado, espanto que debe salvarse desde la academia, tales desajustes e incongruencias allí plasmadas.

No se hablaba de hecho punible, sino de *conducta punible*, dado que es un derecho penal de acto, por lo que la responsabilidad penal no se basa en consideraciones relativas a la manera de ser de las personas, quedando prescrito el derecho penal de autor; por lo que el derecho penal es un instrumento de control social que se ejerce a través de la protección de bienes jurídicos, con fundamento constitucional, como lo enmarca la Carta del 91, desde donde se adiciona el título “injustos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, se modifica el título de los injustos sexuales⁸ y se protege la libertad y formación sexual atendiendo el nuevo cambio jurisprudencial emanado de la honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, por lo que igualmente, los injustos contra la administración de justicia, pasan a ser injustos contra la eficaz y recta impartición de justicia.

En paréntesis, a lo mencionado, digamos que, la conducta punible que se observa en un marco clásico en el marco de las tres modalidades acostumbradas: dolo, culpa y preterintención; se aprecia que sus contenidos son modificados, por tanto, el dolo eventual es la voluntad dirigida a la creación de un peligro jurídicamente desaprobado y no controlado; la culpa es producto de la violación al deber objeto de cuidado.

Se indica que las diferentes formas de intervención en la conducta punible, quedan cobijadas bajo la denominación de coparticipación; se regula la coautoría material impropia, la determinación y la complicidad se establecen como firma de participación delictual.

Las causales de ausencia de responsabilidad quedan reguladas en el artículo 32 del código penal, en el que se agrupan las causales de justificación e inculpabilidad que el actual estatuto penal trata en lugares diferentes; por lo que el tratamiento es diferente para no matricular el código en ninguna escuela.

Hoy la *teoría del injusto* remite permanentemente a la parte especial del Código Penal colombiano que eleva a tipo penal, conductas como, la omisión de socorro, la manipulación genética, la “clonación” de seres humanos, la fecundación y tráfico de óvulos y embriones humanos; además la consagración de los injustos contra

las personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, producto del desarrollo de los cuatro convenios de ginebra de 1949 y los dos adicionales de 1972; incluye conductas como el desplazamiento forzado de población civil, la autorización de medios y métodos de guerra ilícitos, la perfidia, toma de rehenes, destrucciones de bienes e instalaciones de carácter sanitario, reclutamiento ilícito; estos como otros en materia de derechos humanos, valga señalar, la tipificación de la desaparición forzada de personas y el genocidio contribuyen a fortalecer los mecanismos con que cuenta el estado para cumplir su función tutelar en este terreno en el marco del bloque de constitucionalidad.

2. NORMAS RECTORAS.

Dignidad humana

El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana. Debemos entender que en el mundo moderno los Derechos a Humanos ocupan el primer lugar de obligatoriedad para la convivencia social y por ende la dignidad humana hace necesario que las autoridades propendan en todo su actuar por el respeto a la misma sin discriminación alguna como lo consagra el ordenamiento jurídico. Es el principio por medio del cual las personas se tratan por el solo hecho de ser personas.

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 de este código. El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

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.

Como quiera que en el Estado Social de Derecho los individuos deben responder individualmente por sus conductas, estos deben conservar todas las garantías necesarias para su juzgamiento, y los juzgadores respetar los postulados primando la libertad, como el segundo Derecho Humano más sagrado.

Función 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.

Función de las medidas de seguridad

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

Se debe entender que el tratamiento dado al inimputable, es diferente de la persona considerada imputable, es decir, quien realiza la conducta punible en pleno uso de sus sentidos y facultades, llámese imputable y debe ser objeto de una pena, quien no cuente con todos sus sentidos y facultades o con algunos de éstos en el momento de comisión de la conducta punible, deberá ser objeto de una medida de seguridad.

Legalidad

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.

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. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

Igualdad

La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo de la Constitución Política.

Prohibición de doble incriminación

A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los instrumentos internacionales.

3. TEORIA DEL INJUSTO

QUÉ ES EL INJUSTO

Sabido es que el humano goza de una voluntad y de un libre albedrío, lo cual es propio de sus facultades naturales, libertad que es limitada socialmente, de donde surgen las normas pertinentes para su regulación o encasillamiento, se regula la actividad y se toma el punto medio en su quehacer cotidiano.

Así nace el derecho, como un conjunto de normas que deben ser observadas obligatoriamente, dado que han sido establecidas por el Estado; luego, para una correcta y legal convivencia se crea la ley penal, desde donde se determinan los parámetros admitidos y por ende, lo que se denomina injusto; las infracciones o la

no observancia de la ley o norma penal, es lo que se constituye como injusto, en perjuicio de la sociedad y de los asociados.

SUJETOS DEL INJUSTO

El sujeto activo y el sujeto pasivo del injusto.

¿Sujeto activo del injusto?

Es la persona física que comete el injusto; se llama también, delincuente, agente o criminal; esta última noción se maneja desde el punto de vista de la criminología.

El sujeto activo es siempre la persona física, cualquiera que sea, sin importar su raza, religión ni edad; no se incluyen los menores *inimputables*, su nacionalidad y otras características; cada tipo señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo.

¿Sujeto pasivo del injusto?

La persona física o moral sobre la cual recae el daño o peligro causado por la conducta del sujeto activo o delincuente; por lo general se le denomina *víctima u ofendido*, por lo que una persona jurídica es, o puede ser *sujeto pasivo* de un injusto, como los delitos patrimoniales o contra la Nación. (...)

¿Diferencia entre sujeto pasivo de la conducta y sujeto pasivo del injusto?

1. *El sujeto de la conducta*, es la persona que de manera directa resiente o sufre la acción por parte del sujeto activo.
2. *El sujeto pasivo del injusto*, es el titular del bien jurídico tutelado que resulta de la conducta desplegada, el afectado.

OBJETOS DEL INJUSTO

¿Objeto material del injusto?

Es la persona o cosa, sobre la cual recae directamente el daño causado por el injusto cometido.

Cuando se trata de una *persona*, esta se identifica con el *sujeto pasivo*, de modo que en una misma figura coincide el sujeto pasivo y el objeto material que es, o será la cosa afectada como, los bienes muebles e inmuebles.

¿Objeto jurídico del injusto?

Es el interés jurídicamente tutelado por la ley penal; al derecho le interesa tutelar o salvaguardar la libertad de las personas, por lo que en razón de este criterio, el código penal clasifica los injustos en orden al objeto jurídico.

CÓMO SE MANIFESTA EL INJUSTO

Mediante el concurso y es de dos formas, ideal o formal y real material:

1. *Ideal o formal*; se da cuando, con una sola conducta se producen varios resultados típicos (o injustos), por lo que se dice que existe unidad de acción y pluralidad de resultados.

El artículo 31 de C.P. Refiere, “Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja diversas disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que corresponda a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas”.

Inciso 2, (modificado Ley 890 de 2004) “en ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de 60 años”

2. *Real o material*; se presenta cuando varias conductas producen diversos resultados; aquí existe pluralidad de conducta y pluralidad de resultados; hay que ver reglas para sancionar el concurso real o material. (Artículo 27 Ley 599 del 2000),⁹

¿Desarrollo del injusto? (intercríminis)

Por lo general, cuando se produce el injusto, esto es, cuando ha pasado por diversas fases o etapas, su importancia radica en la penalidad, la que puede variar o no existir.

¿Fases del intercríminis?

Comprende dos etapas, la interna y la externa:

1. La Fase interna comprende tres aspectos que son:

La ideación, es el origen de la idea criminal, o sea, la concepción intelectual de cometer el injusto por primera vez.

La deliberación, la idea que surge se rechaza o se acepta; el sujeto piensa en ella, de modo que concibe las situaciones favorables y desfavorables; en el interior del sujeto surge una pugna entre distintos valores.

La resolución, el sujeto decide cometer el injusto, esto es, afirma su propósito de delinquir.

2. La Fase externa comprende cuatro aspectos:

Manifestación, la idea aparece en el exterior, la idea criminal emerge del interior del individuo; esta fase no tiene aun trascendencia jurídica, ya que sólo

se manifiesta la voluntad de delinquir; luego, mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.

Preparación, se forma por el acto (s) que realiza el sujeto, con el propósito directo de cometer el injusto, es decir, son actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos; en consecuencia, no revelan la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan injustos.

Ejecución, consiste en la realización de los actos que dan origen propiamente al injusto; se pueden presentar situaciones como la tentativa o la consumación, a manera de ejemplo.

Tentativa, se constituye por los actos materiales tendientes a ejecutar el injusto, de modo que este no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente; la tentativa es un grado de ejecución que queda incompleta por causas no propias del agente, por lo que una vez se indica la intención delictuosa, se castiga. Nótese que no todos los injustos demandan de tentativa. Artículo 27. 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 participe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo, ni mayor de las dos terceras partes del máximo señalado para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirarla”.

¿Clases de tentativa? Son dos: acabada e inacabada:

Tentativa acabada, llamado injusto *frustrado*, consiste en que el sujeto activo realiza (todos) los actos encaminados a producir el resultado, sin que éste surja por causas ajenas a su voluntad; siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se indica que ella es posible “cuando dispara en múltiples ocasiones contra su víctima y consigue hierirla, mas una oportuna y adecuada intervención medida logra salvarla” (Artículo 9 Ley 599 del 2000).¹⁰

Tentativa inacabada, conocida como injusto intentado, consiste en que el sujeto deja de realizar algún acto que era necesario para producir el resultado, por lo que éste no ocurre, se dice que hay una ejecución incompleta; siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tenemos que, “ocurre cuando el autor ha dado comienzo idóneo e inequívoco a la ejecución del injusto, mas no ha realizado todos los actos que de acuerdo con su plantación son necesarios para que el resultado se produzca, momento en el cual el intercríminis se ve interrumpido por una causa ajena a su voluntad que le permite continuar” (...). Cuando A dispara para quitarle la vida a B quien se encuentran la cara del frente, mas pasa un camión en el instante del impacto y éste sólo es rosado por el

proyectil, en el entendido que el rodante cambio el objeto direccionado o paneado como era el homicidio.

Desistimiento, cuando el *sujeto activo* suspende espontáneamente los actos tendientes a cometer el injusto o *impide su consumación*, no se le castiga.

Injusto imposible, el agente realiza *actos encaminados a producir el injusto*, mas éste no surge por no existir el bien jurídico tutelado, *por no ocurrir el presupuesto básico indispensable* o, por falta de idoneidad de los medios empleados.

Injusto putativo, es el injusto imaginario, consiste en actos tendientes a cometer lo que el sujeto activo cree que es un injusto, aunque en realidad no lo es.

Consumación, es la producción del resultado típico *que ocurre en el momento preciso de dañar o afectar el bien jurídico tutelado*.

¿NOCIÓN DE INJUSTO?

La respuesta debe ser abordada desde el ámbito jurídico, esto es, desde lo jurídico formal y jurídico sustancial.

En lo jurídico formal, la noción se refiere a las entidades típicas que traen aparejadas una sanción; no es la descripción del injusto concreto, *sino la enunciación que un ilícito penal merece una pena*.

Lo jurídico sustancial, consiste en hacer referencia a los elementos de que consta el injusto:

1. *Unitaria o totalizadora*, los partidarios de esta tendencia afirman que, el injusto es una unidad que no admite divisiones.
2. *Atomizadora o analítica*; para los seguidores de esta tendencia, el injusto es el resultado de varios elementos que en su totalidad integran y dan vida al injusto.

ELEMENTOS DEL INJUSTO Y ASPECTOS NEGATIVOS

Los elementos del injusto son las partes que lo integran y son siete, esto es la:¹¹

1. Conducta.
2. Tipicidad.
3. Antijuridicidad.
4. Culpabilidad.
5. Imputabilidad.
6. Punibilidad.
7. Condicionalidad objetiva.¹²

R: 1. Conducta. Es el despliegue conductual (acción) mediante la cual procede el humano en sus diferentes fases de vida. (Art. 9 y 24 ley 599 del 200). 2. *Tipicidad*. Si la conducta se adecua al tipo penal. (Art. 10). 3. *Antijuridicidad*. (Art. 11). Si la conducta típica es conforme a derecho. 4. Culpabilidad. (Art. 12). Si la conducta típica y anti jurídica se atribuye al autor. 5. Imputabilidad. (...). 6. Punibilidad. (...). 7. Condicionalidad objetiva. Son despliegues conductuales extremos desvinculados de la acción típica; aunque necesaria para que se aplique la pena. La condicionalidad objetiva puede comprobarse por vía negativa, esto es, la falta de realización de condiciones de punibilidad, lo que es igual a la ausencia de condicionalidad objetiva o conducta de riesgo.

ASPECTOS NEGATIVOS DEL INJUSTO

Los elementos del injusto son los *aspectos positivos*, de suerte que a cada uno de los elementos positivos, le corresponde uno negativo, lo que significa que anula o deja sin existencia a la manifestación conductual positiva, por ende al injusto:

1. Ausencia de conducta normativa. (...)
2. Atipicidad. (...)
3. Causas de justificación o ausencia de responsabilidad. (...)
4. Inculpabilidad. (...)
5. Inimputabilidad. (...)
6. Excusas absolutorias. (Artículo 71 Ley 906 del 2004)¹³
7. Ausencia de condicionalidad objetiva. (Artículo 67 Ley 906 del 2004)¹⁴

4. CONDUCTA PUNIBLE

¿QUÉ ES LA CONDUCTA Y CUÁL SU ASPECTO NEGATIVO?

La conducta es un comportamiento humano voluntario, es decir, una conducta humana involuntaria la cual puede tener ante el derecho penal, una responsabilidad imprudencial o preterintencional, que constituye el elemento activo; una acción o hacer positiva, o, negativa, que demanda la inactividad o no hacer del sujeto, lo cual produce un resultado.

¿Qué es la acción?

En actuar o hacer; es un hecho positivo, el cual implica que el agente lleva a cabo uno o varios movimientos corporales y comete la infracción a la ley penal por sí

mismo, o por medio de instrumentos, animales, mecanismos o mediante personas.

¿Elementos de la conducta? son tres:

1. Voluntad, es el querer cometer un injusto por parte del sujeto activo, es la intención.
2. Actividad, consiste en el hacer o actuar; es el hecho positivo o movimiento humano encaminado a producir el ilícito.
3. Nexo de causalidad, es el ligamen o nexo que une a la conducta con el resultado, el cual debe ser material; dicho nexo es lo que une a la causa con el efecto, sin el cual el efecto no puede atribuírsele a la causa.

¿Teorías que explican el nexo causal?

1. Teoría de la equivalencia de las condiciones, la cual señala que (todas) las condiciones, esto es, las conductas productoras del resultado, las cuales son equivalentes y por tanto, causa de éste.
2. Teoría de la última condición; también se le llama de la causa próxima o inmediata, la cual considera que las causas, esto es, la más cercana al resultado, es la que lo origina.
3. Teoría de la condición más eficaz, según esta teoría, la causa del resultado será la que tenga eficacia correspondiente.
4. Teoría de la adecuación, también llamada de la causalidad adecuada, la cual consiste en afirmar que la causa del resultado será la más ajustada e idónea para producirlo.

¿Qué es la omisión?

En realizar la *conducta típica* con la abstención de actuar, esto es, no hacer o dejar de hacer.

La *omisión simple*, consiste en no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntaria o imprudencial, con lo cual se produce un injusto, aunque no haya un resultado, de modo que se infringe la norma preceptiva, regulada o formal.

Comisión por omisión, es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce un resultado material, por lo que se infringe una norma preceptiva y otra prohibitiva.

¿Elementos de la omisión?

En la *voluntad*, se *tiene* la actividad, el resultado y el nexo causal; en la comisión por omisión se produce un resultado a causa de la inactividad.

¿El lugar de la conducta?

En principio, que el lugar donde se comete un injusto coincide tanto en su conducta como en el resultado que produce, aunque a veces por la naturaleza del

injusto, la conducta se realiza en un lugar y el resultado en otro; el problema radica en determinar la jurisdicción para castigar al responsable.

La solución aparentemente correcta, toda vez que los juristas discrepan en este punto, es aplicar la ley más favorable al sujeto activo, independientemente de la ley del lugar donde se produjo la conducta o el resultado.

¿Determinación del tiempo de la conducta?

El injusto produce el daño o peligro en el momento de llevarse a cabo la conducta; sin embargo, a veces varía el tiempo de uno y otro, lo cual puede dar lugar a que la ley penal haya sufrido reformas en ese lapso temporal; por ello, se estima que la norma aplicable será la correspondiente al momento de producirse el resultado y no antes, porque podría estarse en un caso de grado de tentativa, cuando se trata de menores; en tal caso, se cuestiona cuál sería la ley penal aplicable, si un menor realiza una *conducta* y el resultado se produce cuando ya es mayor de edad.

Se debe estimar la inimputabilidad, esto es, la falta de capacidad de entender y querer del menor en el momento de realizar la conducta, y no al ocurrir el resultado.

ASPECTO NEGATIVO DE LA CONDUCTA O AUSENCIA DE LA CONDUCTA

En circunstancias que generan el aspecto negativo de la conducta, esto es, la ausencia de conducta; ello quiere decir que la conducta no existe y, por tanto, da lugar a la inexistencia del injusto.

¿La vis absoluta?

Consiste en que una fuerza humana exterior e irresistible se ejerce contra la voluntad de alguien, esto es, quien en apariencia comete la conducta delictiva; pues, matar por vis absoluta, coloca al supuesto sujeto activo en posición de mero instrumento, del cual se vale el auténtico sujeto activo.

Cuando se aborda el injusto de omisión, generado por el elemento volitivo, u olvido, o abulia, por cuya inactividad se genera el injusto; esto es, cuando hay ausencia de voluntad como tal o presencia de la abulia, dado que no existe un comportamiento voluntario, y si ello es así, no se puede predicar que exista una voluntad, que es justamente lo que demanda la vis absoluta, por cuanto constituye una fuerza exterior irresistible, imposibilitando al humano la generación del injusto, dado que no es posible evitar la conducta antijurídica; mírese que el humano respecto del despliegue conductual generador de injusto carece de voluntad.

¿La vis mayor?

Es la fuerza mayor que, a diferencia de la vis absoluta, proviene de la naturaleza; es decir, cuando un sujeto comete un injusto a causa de una fuerza mayor, caso en que existe el aspecto negativo de la conducta, o sea que hay ausencia de

conducta, dado que no existe voluntad por parte del supuesto *agente*, ni conducta, propiamente dicha, de ahí que la ley penal no lo considere responsable.¹⁵

Menestras que la *vis mayor* se genera respecto de los casos fortuitos en cuanto acontecimiento en que puede anteverir el humano, aunque es irresistible al injusto. Téngase en cuenta que la ausencia de la conducta surge ante la falta de despliegue condutal, como es el caso de actual sin razón de ser, dejando al elemento volitivo por fura de su obrar.

Por ello, si se genera la ausencia conductual, no puede existir el humano en cuanto sujeto activo del injusto, a pesar que el humano, en cuanto tal sea imputable; la *vis mayor*, entonces se concreta y refiere a la ausencia conductual por una fuerza no humana, por lo que el humano no puede evitar la generación del injusto o conducta antijurídica; por ello no puede haber sanción sin acción, esto es, "*Nullum crimen sine actione*", en suma, el injusto se genera bajo anonadamiento volitivo, esto es, sin ningún tipo de ánimo, sea que se origine por fuerza mayor - *vis mayor*, ya por caso fortuito – *vis absoluta*.

¿Los actos reflejos?

Son aquellos que obedecen a excitaciones no percibidas por la conciencia, por transmisión nerviosa a un centro, y de este al nervio periférico; ya que el sujeto está impedido para controlarlos, por lo que se considera que no existe la conducta responsable y voluntaria.

¿El sueño y el sonambulismo?

Dado el estado de inconsciencia temporal en que se encuentra la persona durante el sueño y el sonambulismo, algunos penalistas consideran que existe ausencia de conducta cuando se realiza una conducta típica; para otros, se trata de un aspecto negativo de la imputabilidad.

¿La hipnosis?

Al respecto existen diversas corrientes; algunos especialistas afirman que la persona en estado hipnótico no puede realizar la conducta, a pesar de la influencia del hipnotizador, si en su estado consciente no es capaz de llevarla a cabo.

El código penal de 1936, en su artículo 23 manifiesta que "no hay lugar a la responsabilidad cuando el hecho se comete:

Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo, lo propio hacen algunos códigos latinos, que consideran circunstancia excluyente de

responsabilidad penal como el *inducir o incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria*, por lo que aquí se contempla de manera más amplia la ausencia de conducta.

LA TIPICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

¿Qué es el tipo?

Es la descripción legal de un injusto, o la abstracción plasmada en la ley penal de la figura delictiva; de no existir el tipo, aun cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se puede decir que aquel cometió un injusto, porque no lo es, y sobre todo, no se le puede castigar, por lo que se está en presencia de conductas asociales o antisociales, mas no de injustos.

¿Qué es la tipicidad?

La tipicidad es la adecuación al tipo, esto es, el encuadramiento de un comportamiento real a la hipótesis legal.

¿Principios generales de la tipicidad?

1. *Nullum crimen sine lege*, no hay injusto sin ley.
2. *Nullum crime sine tipo*, no hay injusto sin tipo.
3. *Nulla poena sine tipo*, no hay pena sin tipo.
4. *Nulla poena sine crime*, no hay pena sin injusto.
5. *Nulla poena sine lege*, no hay pena sin ley.

¿Clasifican de los tipos?

Los tipos penales se clasifican en 10 apartes, esto es, por:

1. La conducta
2. El daño,
3. El resultado,
4. La intencionalidad,
5. La estructura,
6. La duración,
7. La perseguibilidad o procedibilidad,
8. Por la materia,
9. Por la ordenación metódica,
10. Por la descripción de sus elementos.

Por la **conducta**, los tipos penales se clasifican en 2 aspectos: acción y omisión:

1. *De acción*, cuando el agente incurre en una actividad o hacer, es decir, cuando la conducta típica consiste en un comportamiento positivo.
2. *De omisión*; cuando la conducta consiste en un *no hacer* una inactividad, o sea, un comportamiento negativo, de donde surge:

- ✓ La omisión simple.
- ✓ La comisión por omisión.

Por el **daño**, los tipos penales son de daño o lesión y de peligro:

1. *De daño o lesión*, cuando se afecta efectivamente el bien jurídico tutelado.
2. *De peligro*, cuando se daña el bien jurídico, sólo se pone en peligro el bien jurídico, de donde surgen dos aspectos:
 - ✓ *Efectivo*, cuando el riesgo es mayor o existe más probabilidad de causar afectación.
 - ✓ *Presunto*, cuando el riesgo de afectar el bien es menor.

Por el **resultado**, el tipo penal tiene dos aspectos, el formal y de resultado:

1. *Formal*, es de acción o de mera conducta, ya que para la integración injusta no se requiere que se produzca un resultado, pues, basta con realizar la acción u omisión para que el injusto nazca y tenga vida jurídica. Como cuando se habla del porte ilegal de armas, dado que el simple hecho de portarla sin salvo conducto se está en curso del injusto.
2. *Material o de resultado*, este surge cuando es necesario un resultado, por lo que la acción u omisión del agente debe ocasionar una alteración en el mundo circundante, esto es, el caso del homicidio, el que para predicarse del mismo, es necesario causar la muerte, en otras palabras, evidenciarlo a través del cadáver, pues si no hay cadáver no hay muerte, luego no hay homicidio.

Por la **intencionalidad**, el tipo penal demanda tres aspectos:

1. *Doloso intencional*, se da cuando el sujeto comete el injusto con la intención de realizarlo, esto es, cuando se tiene la voluntad y el querer (dolo) de infringir la ley penal. Acorde al artículo 22 del C.P. Colombiano, se indica que “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 provista como probable y su no producción se deja librada al azar.”
2. *Culposo*, es el imprudencial no intencional; esto es cuando el injusto se realiza sin la intención de cometerlo y ocurre debido a la negligencia, a la falta de cuidado, imprevisión e imprudencia, entre otros. Tal es el caso descrito en el artículo 23 del C.P Colombiano, el cual predica respecto a la culpa, 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.” Como es el caso de las infracciones de tránsito, el cual vulnera un bien jurídico tutelado por el Código Penal Colombiano.
3. *Preterintencional o ultra intencional*, este se da, cuando el agente desea un resultado típico, aunque de menor intensidad o gravedad que el producido,

de manera que el injusto ocurre por los fenómenos de la culpa; es decir que, siguiendo los lineamientos del código penal colombiano, su artículo 24 expresa “la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que, “en síntesis, para la configuración de la conducta punible preterintencional, es preciso que se reúnan los siguientes requisitos:

1. una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico;
2. verificación de un resultado típico más grave, al que no apuntaba la intención del agente, pero que era previsible por él;
3. Nexo de causalidad entre el primero y el segundo evento, y de homogeneidad entre uno y otro resultado o, lo que es igual, identidad del bien jurídico tutelado.”

Por su **estructura**, el injusto penal demanda dos aspectos: simples y complejos:

1. *Simple*, cuando el injusto producido sólo consta de una lesión.
2. *Complejo*, cuando el injusto consta de más de una afectación y da lugar al surgimiento de un injusto distinto y de mayor gravedad; como es el caso de hurto y lesiones personales o el de hurto y homicidio.

Por su **duración**, el injusto penal consagra cuatro aspectos:

1. *Instantáneo*, cuando el injusto se consume en el momento en que se realizaron (todos) sus elementos, esto es, en el mismo instante en que se agota la conducta y se produce el injusto; como es el caso de la calumnia e injuria.
2. *Continuado*, cuando el injusto se produce mediante varias conductas y un solo resultado, pues, los diversos comportamientos son de la misma naturaleza ya que van encaminados al mismo fin; como es el caso del hurto continuado.

“... el principal rasgo de este fenómeno (el del injusto continuado), aquello que le da trascendencia, es la unidad de idea delictiva, o la realización de un número plural de actos cometidos en virtud de un previo designio o plan criminoso”, (Soto 2005)16 Y agrega, “Siendo así, es claro que esa infracción, caracterizada también por ser “un proceso continuado de injustos discontinuos” (Reyes 1989:231)17 se rige y se consume en el momento en que se satisface esa finalidad o plan reprochable. Los varios actos, entonces, no son más que expresiones de ese propósito criminoso. (Set.24582-2008)18

3. *Instantáneo con efectos permanentes*, se da cuando se afecta súbitamente el bien jurídico, aunque sus consecuencias permanecen durante algún tiempo, como es el caso las lesiones personales con secuelas.
4. *Permanente*, este se da, desde el instante en que el sujeto realiza la conducta, la que se prolonga en el tiempo a voluntad del sujeto activo; como es el caso del secuestro.

Por su **perseguibilidad o procedibilidad**, el injusto penal contiene dos aspectos:

1. *De oficio*, se da cuando se requiere la denuncia del hecho por parte de cualquiera que tenga conocimiento del injusto; la autoridad deberá proceder contra el presunto responsable, en cuanto se entere de la comisión del injusto, de manera que no solo el ofendido pueda denunciar la comisión del injusto.
2. *De querrela necesaria*, pues, a diferencia de los anteriores, este sólo puede perseguirse a petición de parte, es decir, por medio de querrela del sujeto pasivo o de sus legítimos representantes.

Por la **materia**, el injusto penal contiene cinco aspectos:

1. *Común*, es el emanado de las legislaturas locales, cuando el Estado es Federado; para el caso colombiano, donde el país es unitario, su legislatura es única para todo el territorio nacional, dadas las leyes expedidas por el Congreso de la República.
2. *Federal*, es el emanado del congreso de la unión en el que se ve afectada la Federación como tal, lo cual solo opera para aquellos Estados que disponen de dicha connotación.
3. *Militar*, es el contemplado en la legislación militar, esto es, que afecta sólo a los miembros de las fuerzas militares; valga decir los injustos que se regulan por el Código Penal Militar Colombiano.
4. *Político*, es el que afecta al Estado, tanto por lo que le causa a su organización, como en lo referente a sus representantes; frente al cual la Constitución Política colombiana consagra un tratamiento privilegiado al injusto político en consideración a los fines especiales que subyacen a este tipo de injusto. Tal tratamiento privilegiado consiste en la concesión de amnistías e indultos a los autores o partícipes de tales injustos y en la exclusión, entre las inhabilidades para ocupar altas dignidades estatales, de la existencia de condenas por injustos políticos (C.P; artículos 35, 150-17, 179-1, 201-2, 232 y 299).

Sin embargo, la Constitución no define ni enumera los injustos políticos; tampoco la ley penal tiene una definición precisa de éstos. Tradicionalmente, la legislación nacional ha considerado como injustos políticos los de rebelión y sedición. En conexión con éstos pueden cometerse otros injustos que considerados aisladamente son de naturaleza común, pero que por su relación obtienen la

condición de injustos conexos y, respetando ciertas condiciones, pueden recibir el trato favorable reservado a los injustos políticos. (C-695-1992) ¹⁹

Contra el derecho internacional, cuando afecta bienes jurídicos de derecho internacional, como la piratería, la violación de inmunidad y la violación de neutralidad, entre otros.

Por su **ordenación metódica**, el injusto penal contiene tres aspectos:

1. *Básico fundamental*, es el tipo que sirve de eje o base del cual se derivan otros con el mismo bien jurídico tutelado; el tipo básico contiene el mínimo de elementos por lo que constituye la columna vertebral de cada grupo de injustos; como es el abuso de confianza, el de estafa o el aduanero cometido por funcionario.
2. *Especial*, cuando se deriva del básico e incluye otros elementos que le dan autonomía o vida propia, como es el caso del peculado, bien por destinación diferente, uso o apropiación. Nótese que el básico es el peculado, aunque demanda conductas diversas para caso especial.
3. *Complementado*, es un tipo básico, adicionado de otros aspectos o circunstancias que modifican su penalidad, (teniendo en cuenta las circunstancias de modo, tiempo y lugar) de manera que lo agravan o atenúan; por ello, no tienen vida autónoma como los injustos especiales; esto es, el hurto agravado.

Por la **descripción de sus elementos**, el tipo penal tiene tres aspectos:

1. *Descriptivo*, describe con detalle los elementos que debe contener el injusto.
2. *Normativo*, hace referencia a lo antijurídico, generalmente va vinculado a la conducta y a los medios de ejecución.
3. *Subjetivo*, se refiere a la intención del sujeto activo (a un aspecto) o, al conocimiento de una circunstancia determinada o, a algo de índole subjetiva, esto es, a un aspecto interno del sujeto; como es el caso de la defraudación mediante los sistemas electrónicos realizado por un ingeniero de sistemas u similar.

ASPECTO NEGATIVO DE LA ATIPICIDAD

¿Qué es la atipicidad?

Es la no adecuación de la conducta al tipo penal, por lo que no hay acomodamiento conductual frente al presunto hecho o injusto.

¿En qué consiste la ausencia de tipo?

Que no hay presencia del tipo en el ordenamiento legal, ello significa que en la categorización legal no existe la descripción típica de una *conducta* determinada.

LA ANTIJURICIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

La antijuridicidad, es lo contrario a derecho, es decir, que la razón de ser del derecho penal radica en contrariar lo establecido en la ley penal.

¿Clases de antijuridicidad? Son dos:

1. *Material*, se da cuando el despliegue conductual es contrario a derecho, es decir, la afectación genérica hacia una colectividad.
2. *Formal*, esto es, el encuadramiento volitivo al normativo penal, es decir, a lo plasmado por el ente legislativo. Siguiendo a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha manifestado “en torno a este tema se tiene establecido que la antijuridicidad como elemento estructurante del injusto, debe ser entendida en sentido material y no sólo desde su perspectiva formal, es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal” (Casación 29183-200).²⁰ Como cuando, el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado como lo ha señalado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. (Casación 30423-2010)²¹

ASPECTO NEGATIVO O CAUSAS DE JUSTIFICACION

El aspecto negativo de la antijuridicidad lo constituyen las causas de justificación, las cuales establecen las razones o circunstancias que el legislador consideró para invalidar la antijuridicidad de la conducta típica realizada, por la conducta es considerada lícita, jurídica y justificada.

La antijuridicidad es lo contrario a derecho, esto es, las causas de justificación, pues, las cuales anulan lo antijurídico, de suerte que cuando hay una causa de justificación, desaparece lo antijurídico; en consecuencia desaparece el injusto, por considerar que la conducta es lícita o justificada por la propia norma penal; como es el caso del aborto bajo ciertas circunstancias, o el caso de unas lesiones personales con arma de fuego para defender el derecho a la propiedad, generando un homicidio cuyo cadáver queda inmerso en habitación o dentro del bien ajeno.

Por lo general, el código penal las denomina circunstancias excluyentes de responsabilidad, entre ellas la justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue; también son llamadas eximentes de responsabilidad, ya sea por causas de incriminación o por causas de licitud.

¿Fundamentación de las causas de justificación?

- ✓ *El Consentimiento*, del lesionado no excluye el injusto en (todos) los hechos punibles, luego, el consentimiento debe ser serio y voluntario, por lo que corresponde a la verdadera voluntad del consciente. (Mezger)
- ✓ *El interés preponderante*, surge cuando existen dos bienes jurídicos y no se pueden salvar ambos, por lo que se debe sacrificar uno para salvar el otro; ello justifica privar de la vida a otro para salvar la propia.

¿Causas de justificación en particular?

Son doce,²² entre otros: (Artículo 32 Ley 599 del 2000)

1. Legítima defensa.
2. Caso fortuito y fuerza mayor.
3. Se actué con el consentimiento válidamente emitido.
4. En cumplimiento de un deber legal.
5. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente.
6. Ejercicio de un derecho, actividad lícita o un cargo público.
7. Estado de necesidad de defender un derecho propio o ajeno.
8. Obediencia jerárquica o autoridad competente.²³

¿Diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor?

La diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor radica en que: la “*Fuerza mayor*” es el acontecimiento que no puede proveerse o que previsto no pudo resistirse, impidiendo hacer lo que se debió que era posible lícito; es un concepto particular del *caso fortuito* para el que se reservan los accidentes naturales; constituyen *fuerza mayor*: el incendio, la explosión, la guerra, tumultos y sediciones entre otros”. (Álvarez. 2000: 144)

“*Caso Fortuito*: Es e suceso inopinado que no se puede prevenir, ni resistir, por ser proveniente de la naturaleza, el rayo que genera incendio o derrumbe. El caso fortuito se genera con independencia de la voluntad del hombre e influye sobre la prestación de la cosa, mientras que la fuerza mayor apunta a la violencia, enfermedad o detención”. (Álvarez. 2000: 144)

Y agrega, “ el *caso fortuito* es lo imposible, mientras que la *fuerza mayor* es lo previsible (claro que ello no opera en materia de seguros), el caso fortuito requiere que sea independiente a la voluntad humana o hecho que haya dado lugar al acontecimiento inesperado o imprevisto; que sea imposible de prever el suceso que motivo el caso fortuito, o no había medio o forma de evitarlo; que a consecuencia del mismo, se encuentre en imposibilidad de satisfacer la obligación; no tener participación en los hechos, ni en la grabación del daño o perjuicio resultante para el acreedor”. (Álvarez. 2000: 144)²⁴

¿La legítima defensa?

En repeler una agresión real, actual o inminente sin que medie ningún motivo para su realización, ya sea en defensa de sus bienes jurídicos o de terceros; dicha necesidad debe ser racional la cual existe cuando la defensa empleada para resistir el ataque o defenderse es proporcionada a la necesidad y racional de la defensa empleada, esto es, siempre que no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de aquella persona a quien se defiende. (Art.32-6, Ley 599 del 2000)²⁵

En otras palabras, siguiendo la jurisprudencia de la sala de casación penal colombiana, se indica que "... la legítima defensa pura y simple, objetiva, tradicionalmente se ha entendido como una causal excluyente de la antijuridicidad, por que la conducta de quien actúa en defensa de un derecho, contra una agresión que es injusta, actual o inminente, no puede ser susceptible de juicio de reproche alguno, es decir que, en condiciones tales, se afirma el hecho como justificado".

Y agrega "la legítima defensa de un tercero obedece estrictamente al mismo supuesto normativo y produce las mismas consecuencias sobre la estructura del injusto, solo que al disponer la ley que la conducta pueda comprender la defensa de un "derecho propio o ajeno", extiende la posibilidad de que el acto defensivo sea realizado por alguien sobre quien no ha recaído la agresión, encontrándose en todo caso también justificado así su proceder."

En cuanto a los bienes de amparo, la legítima defensa ampara cualquier bien jurídico, sin embargo, la ley penal no precisa ni excluye ningún bien; ello siguiendo resulta del principio universal según el cual "*donde la ley no distingue no es dable distinguir*", por ello, se entiende que los bienes jurídicos (cualquier bien) son susceptibles de protección ejerciendo la denominada legítima defensa. (Art.32-6, Ley 599 del 2000)²⁶

¿Elementos de la legítima defensa? Son nueve:

1. *Repeler*, entiéndase como rechazar, evitar algo, eludir, no permitir que algo ocurra o se acerque; ello implica una agresión ejercida, sin haberla provocado, por lo que debe ser rechazada; así, la repulsa la realiza el presunto responsable del despliegue conductual la cual es lesiva; luego, se puede decir, queda protegido por la ausencia de responsabilidad, denominada legítima defensa.
 2. *Agresión*, se predica de ella, como el ataque consistente en agredir mediante el despliegue conductual, con el propósito de dañarla o afectarla, lo que se manifiesta con relación a cualquier bien jurídico tutelado; pretende dañar a alguien.
 3. *Agresión real*, esto es, que sea comprobable o probada y no imaginaria; vale decir, que su fundamento no debe ser una simple suposición, sino una verdadera afectación comprobable mediante las probanzas jurídicas.
-

4. *Agresión actual*, es la que ocurre en forma concomitante al despliegue agresivo del actor, frente a la cual en el acto o instante se entra a defender o repeler el ataque injusto generado; esto es, que la agresión y repulsa deben darse en el mismo espacio temporal y que sea inminente.
5. *Agresión inminente*, es lo apremiante, en otras palabras, cuando la agresión es irremplazable, dado que la misma ocurre o está ocurriendo.
6. *Sin derecho*, que el despliegue conductual o agresión no tenga respaldo normativo penal para ejercer su conducta injusta dada la agresión actual o inminente; frente a lo cual las probanzas lo llevan a demostrar que sí le asiste el derecho a defenderse de la agresión injusta, dado que la existencia normativa anula la antijuridicidad.
7. *En defensa de bienes jurídicos propios o ajenos*, esto es, que la repulsa o respuesta a la agresión demande de una actuación o defensa a cualquier bien jurídico ya sea propio o ajeno, que caiga en riesgo, como en efecto se ha indicado.

8. *Necesidad racional de la defensa empleada*, esto es, que la acción realizada para defender los bienes jurídicos sea necesaria y proporcional al posible daño que se pretenda causar al bien jurídico tutelado con la agresión injusta.
9. *Que no medie provocación*, esto es, que el agredido no haya provocado la agresión, en otras palabras, que quien soporta el injusto no haya dado lugar a las causas que generaron la agresión.

¿Presunciones de legítima defensa?

La legítima defensa se presume cuando se dan las circunstancias en quien rechaza a un extraño que, indebidamente, intenta penetrar o ha penetrado a su habitación, o dependencias inmediatas;²⁷ luego, ello se espera de la persona que tiene el deber de defender el sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, o que se encuentre en algún lugar de los indicados, en circunstancias que prevean la posibilidad de una agresión.

También se da, en el caso en que el daño se causa a un intruso cuando es sorprendido en habitación ajena u hogar de la familia, o en local comercial donde se encuentren bienes propios o que tengan la referida obligación, o cuando la presencia del extraño ocurre de noche o en circunstancias que revelen la misma posibilidad de agresión.

¿El exceso en legítima defensa?

En la reprobación a la agresión injusta la cual se traduce en una acción que debe ser necesaria y proporcional a la agresión o al posible daño; el exceso ocurre cuando el agredido extralimita las barreras de lo proporcional y justo, y rebasa la medida necesaria para defenderse o para defender a otro.

¿Problemas que plantea la legítima defensa?

Plantea cuatro aspectos.

1. *Legítima defensa contra el exceso en la misma*, ello plantea si es posible que se presente en la figura de la legítima defensa, y que el agresor obre primero, es decir, a su vez, en ejercicio de la legítima defensa, vale decir, cuando el atacado se excede en la repulsa de su agresión.
2. *Legítima defensa y riña*, la riña es una contienda en que dos humanos (sujetos) se hallan en igualdad de circunstancias; pues, a diferencia de la legítima defensa en la cual hay un agresor y un agredido, aparentemente uno de ellos, tiene su primacía de agresión; en la riña, sea tacita o expresa, los irritados o quejosos manifiestan su conformidad con las consecuencias, mientras que en la legítima defensa no, dado que en la legítima defensa existe un excluyente de responsabilidad en aquel que su agresión resulte subordinada a la agresión del otro; mientras que en la riña sólo concurre un atenuante, dado que los sujetos actúan al margen de la ley penal y en la otra solo uno de los sujetos.
3. *Legítima defensa reciproca*, para algunos resultaría como consecuencia de una defensa del sujeto activo frente al supuesto pasivo, cuando el hombre de bien resulta más fuerte que el agresor originario (o delincuente), quien enfila su despliegue conductual a defenderse del agredido; hecho que no es admisible para el sistema penal colombiano, mientras no se logre demostrar plenamente que solo uno fue el agresor originario y que el otro o víctima solo se defendió de la agresión inminente.
4. *Legítima defensa en el inimputable*, si un inimputable (...) comete una acción delictuosa en ejercicio de la legítima defensa al ser agredido, obra en el marco de lo señalado en el cordial sexto del artículo 32 del código penal (legítima defensa), pues, aunque se trata de un inimputable, su actuar se regula por las disposiciones contempladas en la ley penal, vgr, aquellas contempladas en el código de la infancia y del menor, para los menores infractores.

¿El estado de necesidad?

En actuar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico tutelado, propio o ajeno, frente a un peligro real, actual o inminente, no ocasionado por el agente, sin tener el deber de afrontarlo y, siempre que no exista otro medio menos perjudicial a su alcance, con lo cual cause algún daño o afectación a los bienes jurídicos ajenos.

¿Características constitutivas del estado de necesidad? Son seis:

1. *El peligro*, debe existir la amenaza inminente de una situación que puede causar daño a bienes jurídicos de los cuales es titular el humano objeto de del peligro o amenaza.
2. *El peligro no debe ser ocasionado por el agente que repele éste*, pues, la ley penal precisa el hecho de excluir las formas intencionales y de grave imprudencia, generadas por el agente invocante del estado de necesidad.

3. *El peligro debe existir sobre los bienes jurídicos propios o ajenos*, pues, al igual que en la legítima defensa, los bienes tanto propios como ajenos, son amparados por el estado de necesidad.
4. *Que cause un daño a un bien jurídicamente titulado*, esto es, que el agente que obra ante un peligro, resulte ser el afectado frente al injusto, de forma que se le cause afectación o daño al bien jurídico tutelado, o ya sea para salvar el de otro al cual está obligado, situación que carece de antijuridicidad.
5. *Que el agente no tenga el deber de afrontar el peligro que repele*, aquí se precisa la ausencia de obligación por parte del agente de afrontar el peligro en cumplimiento de un deber legal que se lo impone.
6. *Que no exista otro medio practicable, ni menos perjudicial*, pues, ante el peligro generado el sujeto activo deberá actuar para salvar el bien jurídico amenazado, y será causa justificada en cuanto no exista otro medio realizable al utilizado, o que no exista otro menos perjudicial a su alcance, de lo contrario se anula la justificación.

¿Ejercicio de un derecho para invocar la legítima defensa?

El ejercer un derecho es el que permite causar algún daño en forma legítima, siempre y cuando exista necesidad racional de la defensa del mismo y por ende del medio empleado; en esta eximente, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica frente a tal situación.

¿Cumplimiento de un deber?

En que el actuar legítimo construye una obligación inexcusable de cumplir con una obligación jurídica a pesar de que se cause daño, ello, siempre que exista necesidad racional del medio empleado, ya que el cumplimiento de un deber se deriva de ciertas actividades o profesiones.

LA IMPUTABILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

La imputabilidad, es la capacidad de concebir y querer algo, generada en el ámbito del derecho penal, lo cual involucra la salud mental, la aptitud psíquica del pretender operar en el ámbito penal, cuando se despliega la conducta señalada en el mismo, para generar un injusto.

¿Las acciones liberae in causa?

Son las acciones desplegadas y no limitadas por la causa; es decir que el sujeto activo antes de cometer el injusto, sus actos realizados se tienen como voluntarios o culposos, ya que la ley penal predica para tal caso no serle imputable; ora, si comete un acto criminal, la ley penal lo considera culpable.

¿Qué es la inimputabilidad?

Es el aspecto negativo de la imputabilidad, consiste en la ausencia de capacidad para querer y entender algo en el ámbito normativo penal.

¿Causas de la inimputabilidad?

- ✓ *Trastorno mental*, incluye cualquier alteración o mal funcionamiento de las facultades psíquicas, siempre y cuando impidan al agente comprender el carácter ilícito del hecho o no puede conducirse acorde con tal comprensión.
- ✓ *Desarrollo intelectual retardado*, es un proceso tardío de la inteligencia, el cual provoca incapacidad para entender y querer.
- ✓ *Miedo grave*, es un proceso psicológico mediante el cual el sujeto cree estar en un mal inminente y grave; es algo de naturaleza interna, a diferencia del temor que tiene su origen en algo externo; por lo tanto, el temor fundado es causa de inculpabilidad.

Miedo, del latín, “metus”, estado afectivo del que ve ante sí un peligro, o causa posible de padecimiento o molestia para aquel. Diccionario del uso del español, María Moliner, (1998:343); el miedo es una emoción natural que nos protege de un peligro real, como es el caso, cuando un extraño irrumpo en la vivienda armada, situación que embarga a la persona de miedo.

Temor, del latín “timor, óris” es un “miedo” moderado, como el temor que se profesa a Dios o al Castigo Divino; cuando le tiene angustiado el temor de que haya ocurrido una desgracia” (p.1201), El temor es una emoción artificial que nos hace evitar o huir de situaciones de peligro imaginario. Un claro ejemplo es el temor que muchas personas tienen a animales totalmente inofensivos; ppor tanto, debemos hacer conscientes nuestros temores y enfrentarlos, dado que limitan en alto grado la calidad y cantidad de vivencias. (Casación 23157-2007)²⁸

Minoría de edad, se considera que los menores de edad carecen de madurez y por tanto, de capacidad para entender y querer; el menor no comete injustos sino infracciones a la ley penal, el problema es determinar su edad.

¿La culpabilidad y su aspecto negativo?

La *culpabilidad* es, la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada; la culpabilidad es el elemento subjetivo del injusto y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta.

¿Los grados tipo de la culpabilidad?

El dolo y la culpa:

El dolo, consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho.

¿Elementos del dolo? El ético y el volitivo:

Ético, consiste en saber que se infringe una norma.

Volitivo, es la voluntad de realizar la conducta antijurídica.

¿Clases de dolo?

1. Directo,
2. Indirecto o eventual,
3. Genérico,
4. Específico, e
5. Indeterminado.

Directo, el sujeto activo tiene la intención de causar un daño determinado y lo hace, de manera que existe identidad entre la intención y el resultado típico.

Indirecto o eventual, el sujeto desea un resultado típico a sabiendas de que hay posibilidades de que surjan otros diferentes.

Genérico, es la intención de causar un daño o afectación, es decir, cuando la voluntad es consciente y se halla encaminada a producir el injusto.

Específico, es la intención de causar daño con una especial voluntad que la propia norma exige en cada caso, de modo que debe ser objeto de prueba.

Indeterminado, consiste en la intención de delinquir de manera imprecisa, sin que el agente desee causar un injusto determinado.

¿Qué es la culpa?

Es el segundo grado de culpabilidad y ocurre cuando se causa un resultado típico, sin intención de producirlo, y se ocasiona por imprudencia, negligencia, impericia e inobservancia, es decir, por falta de cuidado o de precaución en el obrar humano. En otras palabras siguiendo el código penal colombiano, indica en su artículo 23 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”.

Ateniendo a la jurisprudencia, una de las características que define y establece la diferenciación entre el tipo penal culposo y el tipo penal doloso es la exigencia del resultado en los injustos imprudentes, por tanto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “es de la esencia del juicio de imputación de una conducta imprudente que se produzca el resultado de elección del bien jurídico, pues de no darse no hay conducta imprudente o culposa. Contrario sensu: la simple puesta en

peligro del bien jurídico nos puede situar ante un injusto doloso o ante inexistencia de injusto”. (Ley 599 del 2000)²⁹

¿Elementos de la culpa?

1. La Conducta.
2. Carencia de cuidado.
3. Resultado previsible y evitable.
4. Tipificación del resultado.
5. Nexo o relación de causalidad.

¿Clases de culpa?

Consciente e inconsciente.

Consciente, cuando se comete con previsión o con representación, cuando el sujeto activo prevé como posible el resultado típico, aunque no lo quiere, posee la esperanza de que no se produzca.

Inconsciente, conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevé el resultado típico, por lo que realiza la conducta sin pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin prever lo es previsible y evitable.

¿Cómo puede ser la culpa?

Lata, leve y levísima. Ya conoce la defunción de cada una de ellas,...

¿En qué consiste la preterintención?

En producir un resultado de mayor gravedad que el deseado; esto es, que existe la intención de causar un daño menor, aunque se produce otro de mayor intensidad, dado que se actúa con imprudencia. A la luz del artículo 24 del código penal colombiano, “la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.”

Al decir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en sala de casación penal, proceso No. 29.000 de junio 18 del 2008, “por contraste de lo que sucede en la conducta dolosa, en la preterintencional no hay coincidencia entre el propósito inicial del agente y el resultado, ya que lo ocasionado es un efecto dañoso superior o más grave, esto es, excesivo en relación con la intención del agente, un resultado ultra intencional”.

En suma, para este Juez colectivo penal “para la configuración de la conducta punible preterintencional, es preciso que se reúnan los siguientes requisitos:

1. Una acción dolosamente orientada a la producción de un resultado típico;
 2. Verificación de un resultado típico más grave, al que no apuntaba la intención del agente, pero que era previsible por él;
-

3. Nexos de causalidad entre el primero y el segundo evento, y de homogeneidad entre uno y otro resultado, o, lo que es igual, identidad del bien jurídico tutelado”.

¿Elementos de la preterintención?

- ✓ Es la intención de causar un resultado típico, de manera que al sujeto sólo desea lesionar.
- ✓ Es la imprudencia en la conducta, cuando no se prevé, ni se tiene cuidado en el despliegue como tal, por lo que la acción para lesionar ocasiona un resultado distinto.
- ✓ Es cuando el resultado es mayor de lo querido, es decir, que tiene un efecto contrario u opuesto a la tentativa, o cuando la consecuencia de la intención e imprudencia va más allá de lo querido dolosamente por el actor, esto es, cuando se desea lesionar y se profiere la muerte, de modo que se produce un homicidio preterintencional.

Conforme a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 29.000 de junio 18 del 2008, expresa que, consiste en que el resultado siendo previsible excede la intención del gente, por tanto, “en esta forma de culpabilidad, habiendo dirigido el sujeto su voluntad conscientemente a la creación de un resultado típico y antijurídico, produce a la postre otro de la misma naturaleza, aunque diverso y más grave del que directa e inmediatamente quería”.

¿Cómo se determina la punibilidad en los injustos preterintencionales?

En caso de preterintencionalidad, el juez puede reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el injusto fuera intencional. (Legislación Internacional; Ley 599 del 2000 y 906 del 2004),³⁰

ASPECTO NEGATIVO DE LA INCULPABILIDAD

La inculpabilidad, es la falta de reprochabilidad o irreprochabilidad ante el derecho penal, por falta de voluntad o conocimiento del hecho, o porque hay justificación del actuar desde la perspectiva del derecho penal; a la luz de la Ley 599 del 2000, se ha denominado ausencia de responsabilidad desde el artículo 32.

¿Causas de inculpabilidad? Son doce:

1. Caso fortuito y fuerza mayor,
2. Actuar con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, siempre que se pueda disponer del mismo,
3. Obrar en estricto cumplimiento de un deber legal,
4. Obrar en cumplimiento de orden legítimo de autoridad competente, emitida con las formalidades legales, (ordinales 5 y 7)³¹

5. Obrar en legítimo ejercicio de un derecho, actividad lícita o cargo público,
6. Obrar por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, si la defensa es proporcionada a la agresión, se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intenta penetrar o ha penetrado a su habitación o dependencia inmediata,
7. Obrar por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno, de peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no lo cause intencionalmente, o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontarlo,³²
8. Obrar bajo insuperable coacción ajena,
9. Obrar por miedo insuperable,
10. Obrar con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de una descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluye la responsabilidad; si el error es vencible la conducta es punible cuando la ley la haya previsto como culposa; si el agente obra en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responde por la realización del supuesto de hecho privilegiado,
11. Obrar con error invencible de la licitud de su conducta; si el error es vencible la pena se rebaja en la mitad,³³
12. Error invencible sobre una circunstancia, que dé lugar a la atenuación de la punibilidad da lugar a la aplicación de la diminuyente,

¿El error esencial del hecho invencible?

Error, en un primer momento se puede decir que es la falsa concepción de la realidad; luego, no es la ausencia de conocimiento, sino un conocimiento deformado o incorrecto; hay varias acepciones que pretenden dar respuesta a lo que debe entenderse por error, es así que, muchos lo ven como una discrepancia entre lo que es y lo que debería ser; para otros, error se detecta en la acción; lo que permite predicar de unos y otros, el que no hace no se equivoca aunque tampoco aprende.³⁴

Ignorancia, se ha entendido como la ausencia de conocimiento, vg, lo hecho, lo que puede ser de tipo o de que se predica de quien no es formado en el área del derecho, es dado a cometer errores de carácter jurídico, o el simple desconocimiento de la ley, por lo que el actuar recae en las condiciones de la prohibición; siguiendo el curso de la jurisprudencia, el error de prohibición difiere del error de tipo, esto es, que el agente conoce la ilicitud de su comportamiento y erradamente asume que dicho su despliegue conductual, con el convencimiento que le está permitido y en efecto piensa que lo excluye de la responsabilidad penal; vale decir, que supone unas condiciones mínimas aunque serias que en alguna medida hacen razonable la inferencia subjetiva que equivocadamente es valorada.³⁵

Error esencial vencible e invencible, estos surgen cuando con el despliegue conductual subsiste la culpa, a pesar del error que genera; visto de otra forma, el error esencial, decisivo e invencible echar abajo la culpabilidad totalmente; en cambio, volviendo al error esencial decisivo y vencible, permite subsistir un ingrediente de culpa.

¿Los eximentes putativos?

Son aquellos casos en que el agente cree indudablemente que está amparado por una circunstancia justificada, cuando se trata de un comportamiento ilícito; de otra manera, es posible explicar tal concepto si lo miramos desde la perspectiva del injusto putativo o imaginario el cual tiene lugar cuando alguien despliega su conducta con la convicción de que es una conducta prohibida por la ley, no siéndolo, por tanto, los eximentes putativos radican en el convencimiento de encontrarse en una causal de ausencia de responsabilidad sin que ello sea así, por decir que esta ante un hecho de caso fortuito o fuerza mayor, sin que ello excluya ciertamente de la culpabilidad, como sería el caso de la bigamia que en un momento dado fue penalizada en la ley penal colombiana y hoy no lo es; como también sería el aborto por violación bajo circunstancias medicas diagnosticadas.

En suma, el acto contrario a injusto putativo, se da cuando una persona incurre en un injusto desconociendo su ilegalidad, por tanto si bien el principio general conlleva a no excluir el desconocimiento de la ley penal para su cumplimiento, en ultimas es admitido en ciertos casos extremos de error insalvable que es una causa de exención de la responsabilidad penal.

Legítima defensa putativa, cuando el sujeto cree obrar en legítima defensa por un error invencible de hecho. (Código Penal Militar)³⁶

Legítima defensa putativa reciproca, se da cuando dos personas obran por error esencial invencible de hecho; ante la creencia de una agresión injusta; por lo que cada uno procede a actuar ante el injusto de la referida agresión, lo que implica de una legítima defensa por error.

Ello se configura cuando una persona ha precedido en amenazas a otra y en un momento dado esta realiza acciones que muestran una eminente agresión aunque no cuenta con el instrumento idóneo para causar el daño por decir el presunto enemigo que hace el amague de desenfundar su arma de fuego para la defensa.

Legítima defensa real contra la legítima defensa putativa, ello es posible, cuando se encamina la acción al rechazar al extraño que indebidamente intenta ingresar a una habitación ajena, aunque resulta ser un conocido del morador, y por tanto,

dada la confianza no se anuncia antes de su ingreso a la dependencia inmediata; lo que demanda de una conducta típica resultante del actuar de una persona en legítima defensa real, en contra de otra, que igualmente actúa en legítima defensa putativa, de donde surgen dos resultados típicos y dos excluyentes de responsabilidad, esto es, que mientras al primero le beneficiara una causa de justificación (legítima defensa real) y al segundo, una causa de inculpabilidad (legítima defensa putativa).

Estado de necesidad putativo, se da cuando la comisión de un injusto surge si una persona por error esencial de hecho invencible, cree encontrarse en un estado de necesidad; tal es el caso en procura de salvar la vida de un menor, arrasa con una puerta creyendo que estaba asegurada, no siendo así.

Cumplimiento de un deber putativo, se da cuando el sujeto cree que actúa en cumplimiento de un deber, a causa de un error esencial de hecho invencible; tal es el caso del agente policial que estando de franquicia ingresa a un inmueble ajeno sin la debida autorización, en consideración a su investidura.

Ejercicio de un derecho putativo, ello es factible si se produce un injusto bajo un error invencible causando daño en persona o bien ajeno, bajo la consideración de encontrarse amparado en una circunstancia que le permite disponer del mismo; valga decir, cuando el sujeto cree actuar en ejercicio de un derecho de propiedad sobre un bien inmueble en atención que ejerce la posesión cuando en el registro inmobiliario su titular es otro.

¿El cumplimiento de orden y autoría mediata?

Digamos que la obediencia jerárquica es causa de justificación cuando el inferior (plano militar) produce un resultado típico en cumplimiento de una obligación legal, y es causa de inculpabilidad cuando sabe que la conducta es ilícita, y por temor obedece a la disciplina coaccionando su voluntad; como es el caso de los militares bajo tales circunstancias.

En la concepción del derecho comparado, el cumplimiento de órdenes y la autopsia mediata, se mira bajo la idea de que el cumplimiento de una orden ilícita no puede representar una eximente de responsabilidad, por lo que se ha convertido en un auténtico lugar común; la falta de claridad acerca de lo que aquí está en juego se ha hecho igualmente común: de una parte, porque la referencia a la ilicitud de la orden es equívoca; dado que lo ilícito no es, al menos no directamente, la orden misma, sino aquello que se ordena hacer (o no hacer); y de otro lado, porque desde el punto de vista de las reglas del derecho penal no es la orden en cuestión, menos cuando su objeto es perfectamente lícito, lo que constituye la base para la licitud de su cumplimiento, es decir, la causa de justificación de la ejecución del comportamiento ordenado; entonces, la construcción de una causa de justificación se encuentra mediada por reglas jurídicas, por lo que en atención a los casos que interesan, doblemente mediada.

Para ello, basta con recordar los eximentes de responsabilidad, la circunstancia de haberse actuado en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo; a diferencia de la eximente fuerza irresistible o

miedo insuperable; aquí se trata de una regla que no concierne las condiciones individuales de responsabilidad personal de las cuales depende la imputación de un comportamiento antinormativo como infracción de deber culpable, sino el estatus deóntico del comportamiento mismo, que bajo tales condiciones se vuelve jurídicamente permitido.

Dicha eximente, constituye no una causa de exclusión de la culpabilidad, sino ya una causa de justificación, al igual que la legítima defensa y el estado de necesidad; ora bien, la permisibilidad de la conducta bajo la regla, a la exigencia de que el sujeto haya actuado en cumplimiento de un deber; en el ámbito de las acciones militares, el deber en cuestión no se deriva de la orden misma, sino de una regla legal que impone un deber de obediencia respecto de las órdenes impartidas bajo la cadena de mando respectiva, cuya infracción, por lo demás, es punible. (Carreño- Tesis 2004)³⁷

Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le sea impartida por un superior; el derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio. (Código Penal Militar)³⁸

Así, la sujeción al deber de obediencia, cuya infracción resulta punible a título de injusto de insubordinación en los términos de la ley 1407 del 2010, (Código Penal Militar).³⁹

Si el inferior que recibe la orden sabe que el superior que la dicta no ha valorado adecuadamente las circunstancias, o si los acaecimientos se han anticipado a la orden, o que dicha orden emerge por engaño, o se teme con razón, que la ejecución resultante genera grave malestar que el superior no previó, o la orden tiende evidentemente a la realización de un injusto, el inferior puede proceder a suspender el cumplimiento de la orden, y en casos urgentes modificarla, dando cuenta inmediata al superior o titular de aquella.

Relacionándose con una orden que tienda notoriamente a la perpetración de un injusto, el sometido posee la facultad de suspender o modificar el cumplimiento de la orden, dando cuenta al instante al respetivo superior; ora, en caso que dicho superior insista en la orden, el subordinado está obligado a cumplirla; Ello presupone, que la orden ha sido impartida, en uso de las atribuciones legítimas, por el superior; al contrario, tratándose de órdenes que el superior no ha podido impartir sino excediendo sus atribuciones legítimas, la regla ya no fundamenta el deber de obediencia para quien deba cumplirla.

Téngase en cuenta que las atribuciones legítimas se han de entender en un sentido ajustadamente, para que sea posible que la orden impartida en ejercicio de atribuciones legítimas del superior pueda diseccionarse hacia un injusto, debe abstenerse; en caso contrario como lo manda en artículo 335 esta

carecería de razón de ser o de objeto; dado que la atribución en que se basa no sería legítima.⁴⁰

Por lo anterior, y dado que el artículo 214 del Código penal Militar, con relación a la imposición del deber de obediencia, establece criterios de responsabilidad que deben tenerse en cuenta en cada caso:

Cuando se haya cometido un injusto por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiese impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo en que serán responsables (todos) los concertados. El inferior se hubiese excedido en su ejecución o que tendiendo la orden y observado la perpetración de un injusto, no hubiese cumplido con la formalidad del CPM, sería sancionado con una pena inferior en un grado a la asignada por la respectiva norma para el caso concreto.

¿Circunstancias en que se produce la no exigibilidad de otra conducta?

Cuando se produce una consecuencia típica, por las circunstancias, condiciones, características, relaciones y parentesco, entre otras, de la persona, por lo que no puede esperarse y menos exigirse otro comportamiento.

¿En qué consiste el temor fundado?

En causar un daño por creer el sujeto que se halla amenazado de un mal grave y actúa por ese temor, de modo que se origina una causa de inculpabilidad, ya que se coacciona la voluntad.

¿En qué consiste el caso fortuito?

Es causar un daño por puro accidente, esto es, sin ninguna intención ni imprudencia, ya que al realizar un hecho lícito se actúa con (todas) las precauciones debidas.

La mayoría de los tratadistas manifiestan que, el puro accidente puede provenir de la fuerzas de la naturaleza o de las fuerzas circunstanciales del humano.

LA PUNIBILIDAD Y SU ASPECTO NEGATIVO

Punibilidad, la punibilidad responde a los criterios y reglas consagradas en las disposiciones penales para imponer una pena, es decir, que constituye la amenaza de aflicción a quien vulnera la ley penal; como cuando el artículo 54 de la Ley 599 del 2000, habla de mayor y menor punibilidad para predicar que además de los atenuantes y agravantes consagrados en otras disposiciones penales a las referidas, rigen:

Carencia de antecedentes penales, obrar por motivos nobles o altruistas, obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso, la influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible, así se mencionan otras en el artículo 55 de la misma ley, cuando refiere a circunstancias de menor punibilidad. Desde otra óptica, se tiene entre otras

circunstancias de mayor punibilidad las señaladas en artículo 58 de la misma obra, como: la ejecución de la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a las actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad. Otro caso sería, la ejecución de la conducta punible por un motivo abyecto, (...) fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.

La punibilidad, “es pena que contempla la ley para aplicarse cuando se viole una norma. La punibilidad no es un elemento esencial del injusto, sino una consecuencia de la conducta típica, antijurídica y culpable”.⁴¹

Punición, la punición responde a la prevención especial o condena impuesta por el administrador de justicia penal. En otras palabras, es el determinar la pena exacta imponible al sujeto que resulte responsable por la comisión de un injusto concreto frente a su despliegue conductual. La punición “consiste en determinar la pena exacta al sujeto que ha resultado responsable por un delito concreto”.⁴²

Pena es, la advertencia que hace el legislador a la sociedad de las consecuencias reales que soporta quien incurra en una conducta punible, esto es, que la pena debe entenderse como una amenaza a los individuos que pretende vulnerar el orden jurídico social; lo que implica la restricción o privación de derechos que se le asisten al actor de un injusto, lo que demanda como se advirtió, del castigo plasmado por el legislador en la norma social como protección de ella. “La pena es la restricción o privación de derechos que se le impone al autor de un injusto; ello implica un castigo para el delincuente y una protección para la sociedad”⁴³

Sanción, bajo una concepción general, es considerada como precepto, ordenanza, entre otros; *la sanción penal* es sinónimo de pena, dado que corresponde a otras áreas del derecho sancionar; en el entendido de ser retribución, castigo o carga a que se hace merecedor quien quebranta una disposición penal impuesta por una autoridad administrativa de orden jurisdiccional; aunque algunos autores la entienden, ser un auténtico elemento del injusto, mientras que para otros, es sólo la consecuencia del injusto; vale decir, que la sanción penal responde a las penas que se pueden imponer con arreglo al código penal, las cuales se hallan clasificadas en el artículo 34 del ordenamiento penal colombiano en “principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos cuando no obren como principales”, “el término sanción se usa como sinónimo de pena propiamente, aunque aquel corresponde a otra rama del derecho y llega a ser un castigo o carga a que se hace merecedor quien quebranta tal disposición no penal”⁴⁴

¿Cómo y por qué surge la variación de la pena?

La variación de la pena se tiene como el *ámbito judicial* o margen señalado por la ley penal en cada descripción punible, la cual se expresa en un mínimo y u.

máximo a imponer; siempre deben tenerse presente los atenuantes y agravantes consagrados y descritos en las disposiciones penales vigentes; téngase en cuenta que los parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables se encuentran en el artículo 60 de la ley 599 del 2000, la cual predica que para efectuar el proceso de individualización de la pena, el sentenciador debe fijar en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover; para ello y cuando hubiese circunstancias modificadores de dichos límites, aplica:

1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, esta se aplica al mínimo y al máximo de la infracción básica.
2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, esta se aplica al máximo de la infracción básica.
3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, esta se aplicara al mínimo de la infracción básica.
4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplica al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica. y
5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplica al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica.

Circunstancias atenuantes o privilegiadas, son las consideraciones que hace el legislador para que en determinados casos, la pena correspondiente a un injusto se pueda disminuir como se indico en su momento.

Circunstancias agravantes, son aquellas consideraciones que el legislador ha incorporado en la ley penal para que, dados los eventos de aplique conductual, frente a un injusto concreto, la pena sea aumentada o agravada, como igualmente se indicó en su momento para los casos pertinentes a tal circunstancia.

ASPECTOS NEGATIVOS DE LAS EXCUSAS ABSOLUTORIAS

Ello, constituyen la razón o fundamento que el legislador considera para que un injusto, a pesar de haberse integrado en su totalidad, carezca de punibilidad al tenerse dentro de los parámetros del artículo 32 de la ley 599 del 2000, definido como ausencia de responsabilidad para indicar cuando no hay lugar a gravamen penal, como en congruencia preliminar se indico.

Excusas por estado de necesidad, como se vio, la ausencia de punibilidad se presenta en función de que el sujeto activo se encuentra ante un estado de necesidad que vulnera un derecho para privilegiar otro, que se expresa su despliegue conductual.

Excusa por temibilidad mínima, ella surge en función de la poca peligrosidad que reviste el sujeto activo, como ocurre con el hurto famélico.

Excusa por imprudencia, esta se da ante un presupuesto legal penal, como ocurre en el aborto en mujer embarazada por descuido de sí misma, o por fuerza mayor o caso fortuito.

Excusa por la no exigibilidad de otra conducta, según la doctrina, la figura que se predica del derecho penal no es viable acoger un concepto, por lo tanto se

expresa mediante la realización de conductas, entre ellas la más usual, como ocurre con el encubrimiento de determinados parientes, acorde al ordenamiento cardinal, ello responde en una forma a priori a las situación indicada en la ley penal que nadie está obligado a denunciar a sus parientes atendiendo a determinados grados de consanguinidad y afinidad.

Excusa por innecesidad de la pena, bien es sabido que, en muchas oportunidades la realización de una conducta punible trae consecuencias de orden físico y moral al victimario que resulta tener mayor capacidad de aflicción que la perseguida por la penal punible, por lo que al igual que la anterior figura se hace ardua su definición lo que ha conllevado a la doctrina, ejemplificar en los siguientes términos “ello se da cuando el sujeto activo sufre consecuencias graves en su persona, las cuales hacen notoriamente innecesaria e irracional la aplicación de una pena”.⁴⁵

¿Constitución de la condicionalidad objetiva?

Por los requisitos que la ley penal señala eventualmente para que se pueda perseguir el injusto; luego son presupuestos procesales a los que a menudo se subordina la persecución de algunas figuras del injusto. (Pérez 2009)⁴⁶ Para un mejor entender, basta referir a la ausencia de condicionalidad objetiva que viene a constituir el aspecto negativo de las condiciones de puntualidad, esto es, la carencia de aquellas, lo que hace que el injusto no sea castigado.

QUIÉN ES EL DELINCUENTE

Es la persona física que lleva a cabo un despliegue conductual delictivo; se enfatiza que es una persona física con el propósito de erradicar el error de creer que las personas jurídicas o morales pueden serlo. Sólo es delincuente el declarado culpable, en otras palabras se predica tal situación de una persona cuando el juzgador le impone una pena, es así que, podemos predicar de antecedentes penales cuando se da tal circunstancia; bien podríamos concluir que el delincuente es aquel que mediante un juicio se desvirtúa su calidad de inocente.

¿Qué denominaciones recibe el delincuente?

En terminología jurídico penal, se conoce al delincuente como sujeto activo o agente; en criminología se llama criminal o antisocial e incluso desviado; en el derecho procesal penal se conoce como indiciado, presunto responsable, inculpado, procesado, sentenciado y reo; la distinción entre cada uno de estos términos atiende a cada fase del proceso penal, incluida la pos penal, es decir, aquella en la que el sujeto está cumpliendo la pena.

¿La teoría del delincuente nato?

Siguiendo a *Cesar Lombroso*, en una primera aproximación se tiene que, el delincuente nato es un eslabón perdido, haciendo un paralelo con la evolución de la especie humana donde se determina que el simio en su proceso morfológico llega a la de homo palies faber recen, esto es, que alcanza las características de humano, salvo su desarrollo psíquico el cual aun es pobre y torpe; lo que para Cesar Lombroso, permanece un espacio que según él corresponde al humano delincuente, es decir, un ser que no llegó a evolucionar lo suficientemente para alcanzar tal connotación, habiéndose quedado en una etapa intermedia entre el simio y el humano como tal, llegando a perder su identidad verdadera, por lo que no es ni lo uno ni lo otro. (¿)

Varias de las facciones manejadas actualmente en ciencias penales y afines, parten de los estudios de *Cesar Lombroso*, como lo es la peligrosidad, los factores criminosos, la predisposición criminal, el concepto del delincuente como ser biopsicosocial, la clasificación del delincuente y los tratamientos de este, entre otros.

Por tanto concluye la doctrina del delincuente nato” tal tipo de persona corresponde a quien, dado ciertos rasgos físicos y psíquicos, se hallan más predispuestos que los demás hombres a la criminalidad. Dentro de estos trazos físicos se señalan, por ejemplo capacidad craneana reducida, huesos de la cara pequeños, frente oprimida, mandíbulas muy desarrolladas, pómulos exagerados, circunstancias atípicas, mirada feroz, calvicie tardía, zurdera, cabello rizado y lanoso y orejas grandes; y dentro de las características psíquicas se mencionan, entre otras, agilidad, caló o lenguaje especial, tatuaje, infra insensibilidad, crueldad, indolencia y superstición.” (Pérez, 2009)⁴⁷

FRECUENCIA DEL COMPORTAMIENTO DELICTIVO

¿Quién es el primo delincuente?

Es el humano que por primera vez comete un injusto, y se le conoce como delincuente primario, esto es, por lo que el juzgador de instancia debe tener en cuenta tal circunstancia en el momento de aplicar la graduación punitiva, como es el caso de quien se inicia en la perpetración de actos criminales, vg, hurto, lesiones personales, entre otros.

¿En qué consiste la reincidencia?

Se predica de aquel sujeto delincuente, que delinque por segunda vez, siempre que haya sido sentenciado por el primer injusto, por lo que puede ser de dos tipos, genérico o específico: (Pérez 2009:19)⁴⁸

La reincidencia genérica, se causa cuando el agente delinque por segunda vez, esto es, cuando comete un injusto de la misma naturaleza o diferente al del primer ilícito.

La reincidencia específica, se presenta cuando el primero y el segundo injusto, son de la misma naturaleza; esto es, se inicia con injustos contra el patrimonio como el hurto simple y al ser reiterativo se predica del hurto continuado.

¿Cuándo se da la habitualidad?

Se predica la habitualidad, cuando el delincuente reincidente en cometer dos o más veces un injusto de la misma naturaleza, es decir, se tiene dentro de dicha clasificación para diferenciar de reincidente a aquellas personas que actúan inconscientemente frente al hecho punible, aunque son proclives al mismo sin mayor resistencia, esto es, por la doctrina se tiene como la predisposición criminal en el entendido de que frente a estímulos avióntales el humano sede con más facilidad respecto a aquellos que interactúan en el mismo mundo circundante; (Valdés 2008)⁴⁹ caso del cleptómano.

¿Qué es la ocasionalidad?

La ocasionalidad demanda el vinculo de infracciones perpetradas por aquellos que se consideran personas normales, y que responden a un estímulo externo; esto es, aquellas personas que en forma esporádica ceden ante los estímulos generando injustos casuales, lo que sin duda origina el despliegue de conductas culposas; puede hablarse de un delincuente primario o reincidente.

¿En qué consiste la delincuencia profesional?

Cuando se encausa y desarrolla el comportamiento como medio de vida, haciendo del mismo una profesión; por lo que cometen injustos ya sea por necesidad o con fines rentísticos; son aquellas personas que le tienen aversión al trabajo al punto que se especializan en tales despliegues conductuales, lo que requiere de una especialización que demanda de una especificidad, continuidad y uniformidad; de allí surgen las llamadas tendencias criminales, si se quiere con el llamado búsqueda de oportunidades situacionales que concluyen en el injusto; lo que suele ser frecuente en los injustos patrimoniales; los injustos que se desarrollan en materia internacional, los injustos conocidos como de cuellos blancos; para el ejercicio de estos injustos se requiere una capacidad y destreza internacional superior a la común, además de haber constituido una verdadera organización criminal; vg, cuando los delincuentes en X injusto que le resulta más rentable que una actividad lícita, despliegan su actividad cotidiana a la realización de injustos tales como: Falsedad, fraude procesal y secuestro, entre otros.

EN QUÉ CONSISTE EL CONCURSO DE PERSONAS

Atendiendo a lo prescrito en el artículo 28 de la ley 599 del 2000, se tiene que, “concurso de personas en la conducta punible. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes” entre tanto el artículo 31 de la misma obra, refiere al concurso de conductas punibles, lo cual se expresa, “el que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedara sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada

hasta en otro tanto, sin que fuera superior a la suma aritmética de las que corresponden a las respectivas conductas punibles, debidamente dosificadas cada una de ellas". (Casación - 17089-2002)⁵⁰

¿Qué es un injusto plurisubjetivo?

Es aquel en el que la norma penal exige la concurrencia o participación de dos o más sujetos.

Noción de participación, es la intervención de dos o más sujetos en la ejecución de un injusto, sin que ello lo exija la norma penal.

¿Cuál es la naturaleza de la participación?

La naturaleza de la participación se encuentra en el artículo 30 de la ley 599 del 2000, en que se señala en un primer momento que, son partícipes el determinador y el cómplice, indicando a su vez que quien determina a otro a realizar la conducta antijurídica se hace acreedor a la pena prevista para la infracción del caso, además informa que quien contribuye a su realización de la conducta antijurídica o presta una ayuda posterior, ya sea por concierto previo o concomitante a la misma, se le impone la pena prevista para la correspondiente infracción con reducción de una sexta parte a la mitad.

Finalmente, indica la citada norma, que el interviniente que no teniendo las calidades especiales caracterizadas en la norma penal, concurre en su ejecución se le disminuirá la pena en una cuarta parte.

Atendiendo a la Corte Constitucional, (sentencia C-1122 de noviembre 12 del 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil) se predica " *la diferencia de trato en la gradación punitiva que se desprende del inciso final del artículo 30 de la ley 599 del 2000, se justifica por la diferente situación en la que encuentran quienes se encuentran a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección y quienes no los tienen*": Al respecto se tienen tres teorías: de la causalidad, accesoriedad y autonomía.

La teoría de la causalidad, trata de resolver la naturaleza de la participación, de acuerdo con la causalidad.

La teoría de la accesoriedad, manifiesta que es autor quien realiza el acto delictivo o conducta típica, así se tiene una conducta principal y otras accesorias que corresponden a los participantes.

La teoría de la autonomía, afirma que cada sujeto realiza una conducta autónoma, con la cual se producen varios injustos.

¿Cuáles son los grados de participación delictiva? Son doce:

1. Autoría,
2. Autor material,
3. Coautora,
4. Complicidad,
5. Autoría mediata,
6. Instigación,
7. Provocación o determinación,
8. Mandato,
9. Orden,
10. Coacción,
11. Consejo,
12. Asociación.

¿En qué consiste el encubrimiento?

El encubrimiento es el auxilio posterior que se da al delincuente; pues no hay participación en el injusto, sino ayuda posterior al injusto, ello para evitar la acción de la justicia.

Dadas así las cosas, se señala las cosas por el legislador en el capítulo VI del código penal colombiano, del encubrimiento, punteando en el artículo 446 de la ley 599 del 2000, “favorecimiento, el que tenga conocimiento de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción penal de la autoridad o a entorpecer la Investigación correspondiente, incurrirá en prisión de 1 a 4 años.

Si la conducta se realiza respecto de los injustos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena es de 4 a 12 años de prisión. Si se trata de contravención se aplica multa.

Ora, el artículo 447 dentro del título de encubrimiento consagra “receptación. El 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 injusto, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, incurrirá en prisión de 4 a 12 años y multa...”

¿En qué consiste el encubrimiento de otro injusto?

En la ayuda posterior a la ejecución del injusto que se da al delincuente, previa promesa de hacerlo.

¿En qué consiste el encubrimiento como injusto autónomo?

El encubrimiento se predica dada la situación en que un sujeto sin participar en el acto criminoso, por lo que se entera de un hecho de tal orden, el cual no es denunciado a la autoridad y guarda silencio al respecto, valga decir, las circunstancias dadas en el favorecimiento y la reaceptación; no obstante el ajusto puede abarca varias hipótesis y considera varios casos de excusas absolutorias, como cuando el padre conoce del actual injusto de su hijo y guarda silencio sobre el hecho, en razón de que no está obligado a denunciarlo.

¿Cuándo se genera la comisión de un injusto distinto del convenido?

Dado el acuerdo en la comisión de un injusto, vg, el hurto, si alguno de los participantes de la conducta punible infringe otro tipo penal no convenido previamente, por decir el homicidio, para alcanzar el botín, todos son responsables del segundo injusto, excepto cuando:

1. El nuevo injusto no sirve de medio adecuado para cometer el principal.
2. El injusto generado no es una consecuencia necesaria o natural del injusto como tal, o de los medios concretados.
3. Cuando no se les ha informado con antelación que en razón de lograr el resultado, es posible la comisión de otro injusto.
4. Cuando los sujetos no han estado presentes en la ejecución del nuevo injusto, o estando allí, despliegan conductas para impedir el segundo ilícito, como es el caso de amordazar y no permitir matar.

¿Qué es la asociación delictuosa?

Es aquella que se integra por un grupo o banda de personas que se organizan para delinquir, generalmente para alcanzar poder económico o político, y se castiga por el simple hecho de ser miembro de la asociación. En otras palabras se equipara a concierto para delinquir, el cual se define en el artículo 340 de la ley 599 del 2000, al señalar que “cuando varias personas se concierten con el fin de cometer injustos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de 3 a 6 años.”

¿Qué es una pandilla?

Es la reunión habitual, ocasional o transitoria de personas que, sin estar organizados con el propósito de cometer ilícitos, por circunstancias que los identifican ejecutan un injusto en común; como las barras bravas, donde se castiga por el injusto cometido, como cuando se da un homicidio, y además por el hecho de cometerlo en pandilla.

¿Qué es una muchedumbre delincencial?

Es la reunión de individuos en forma desorganizada y transitoria que, en ciertas condiciones comete un injusto; como es el caso que se viviera en 9 de abril de 1948.

¿Qué es una secta criminal?

Es un grupo de personas que pretenden recluir individuos que se identifican o comulgan con su credo o ideología, u otro tipo de afinidad, aunque, fractura el sistema general impuesto en una comunidad, pretendiendo con relación a quienes se identifican con sus prácticas colmar un vacío espiritual o ideológico, o hallar un grupo masculino o femenino con ideas afines a las del promotor, atendiendo a la dificultad para relacionarse a su entorno habitual.

5. LOS DELITOS⁷⁹

DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL.

Del Genocidio se tiene que es un delito de resultado, en donde la principal característica es el Sujeto Pasivo, de este debe probarse que la idea inicial del sujeto activo es la de destruir un grupo calificado por su identidad nacional, étnica, racial, religiosa o política. Lo que sería distinto al hablar de una conducta en la que se acaba con la vida de una persona que pertenece a este tipo de grupos, pero no con la idea de acabar con el grupo mismo, esto se tipificaría como un Homicidio Agravado, por la calificación especial del sujeto pasivo.

Los delitos en contra de la vida son de los pocos que admiten modalidades culposa y preterintencional, y por ser delito de resultado admite la tentativa; excepto los delitos de mera conducta como: apología al genocidio, inducción o ayuda al suicidio.

Las conductas que atentan contra la integridad personal, se denominarán lesiones, entendidas estas como la afección a la salud física y psicológica del un individuo. Se contemplan las situaciones que se dan luego de la lesión y que tienen nexo directo e inmediato con la misma, estas son las secuelas. Son secuelas de las lesiones la incapacidad para trabajar o enfermedad, la deformidad, la perturbación funcional y psíquica, la pérdida anatómica o funcional y el parto o aborto preterintencional; este último cuando se agrede intencionalmente a la gestante sin querer afectar al feto, pero como consecuencia de la lesión el resultado es este parto o aborto.

Se contempla también al que está por nacer, a los menores y a las personas desvalidas.

Para una mayor garantía de protección a la vida y la integridad personal, se contemplan conductas punibles como la manipulación genética (clonación) prohibiéndola expresamente. En el año 2011 se adicionan los actos de discriminación con la Ley 1482, protegiendo a las minorías raciales, nacionales, sexuales o por su orientación sexual, de los tratos denigrantes, de rechazo, y de hostigamiento.

DELITOS CONTRA PERSONAS Y BIENES PROTEGIDOS POR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

Para la adecuación típica de una conducta a las contempladas en este título se debe tener en cuenta un factor como el del tiempo en el que se desarrolla la acción, este tiempo debe ser durante el desarrollo de conflicto armado interno, suscitado dentro de un Estado en el que se enfrentan entre sí las fuerzas armadas, o estas con grupos armados y organizados al margen de la ley; o internacional, cuando el enfrentamiento armado es entre dos o más Estados, sujetos del derecho internacional.

Y que sea sobre sujetos pasivos protegidos por el D.I.H. estos son: Personas civiles y población civil. Combatientes o personas que participan directamente en las hostilidades y que estén fuera de combate y en condición de indefensión por enfermedad, naufragio, herida, rendición o detención. Prisioneros de guerra y personas privadas de la libertad por razón del conflicto. Personas con estatuto especial de protección: Personal sanitario y religioso, personal de organizaciones humanitarias.

En este sentido, queda prohibido para todas las partes en conflicto: hacer uso de amenazas de violencia con el fin de causar terror, atacar a la población civil, desplazar forzosamente a la población civil, ocasionar hambruna dentro de la población civil, atentar contra la vida y la integridad corporal: homicidio, mutilaciones, tratos crueles, tortura y otros suplicios; tomar rehenes, atentar contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, condenar y ejecutar sin observancia al debido proceso⁷⁸

Serán bienes protegidos: los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las fuentes de abastecimiento de agua potable, diques, represas, centrales nucleares de energía eléctrica, los monumentos históricos, las obras de arte, los lugares de culto.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y OTRAS GARANTIAS.

En este título se protege el bien jurídico de la libertad, el que solo se restringe en virtud de una sentencia emitida por un juez de la república y luego de un proceso con garantías y oportunidades procesales.

Importante distinguir en algunos delitos lo siguiente:

- Diferenciar que en el secuestro se oculta el paradero de la persona con el objeto de lograr un fin, en la mayoría de las ocasiones de tipo económico, en la desaparición se sustrae al individuo generando una situación de indefinición en cuanto a su existencia.
- Entre el secuestro y el ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, en este último debe valerse y acreditarse que se es padre aún con la patria potestad para ser sujeto activo, y que el sujeto pasivo es su hijo menor de edad, de lo contrario estaría en una conducta de secuestra, ya que los verbos rectores son exactamente los mismos.
- En los delitos de detención arbitraria, resaltar que esta conducta solo es atribuible al servidor público, que en por sus funciones le es permitido “privar de la libertad”, pero con un motivo legal, en ausencia del motivo está incurso en este tipo de conductas.
- Son conductas tachadas como injustos la tortura, el constreñimiento con fines delictivos o no, en todo caso se vicia la libertad del individuo en cuanto a su voluntad; así mismo la inseminación artificial o la transferencia de ovulo fecundado, sin que la mujer consienta en el procedimiento.
- Frente a los delitos de violación de habitación, intimidad, reserva e interceptación de comunicaciones, estas conductas serán tenidas como

no punibles cuando un Juez de control y garantías, con ocasión de un proceso penal, las autorice.

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES.

Las comunidades internacionales señalaron la necesidad de proteger como un derecho fundamental la formación sexual de los individuos, distinto a educarlos sexualmente; se debe proteger el momento y la forma para llegar a la sexualidad, situación que es discriminada por cada persona de formas distintas como numero de individuos somos.

En Colombia se protege especialmente a la población menor de 14 años, entendidos estos como niños y niñas, frente a los cuales cualquier forma de acercamiento de tipo sexual será tomado por el juez como “abusivo”, aunque durante la investigación se pruebe el consentimiento del menos de 14 años, pues entendió el legislador que antes de esa edad no es plenamente consciente y responsable de sus propios actos y los adolescentes y adultos son responsables de la adecuada formación de los niños y niñas.

DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL.

Como cada persona asuma su moral frente a otros individuos, es como se podría hablar de las expresiones que se tomarían como “imputaciones deshonorosas”, y que estas no lleguen a confundirse con la atribución de un delito; de las primeras decimos que es injuria y de la segundas calumnia.

Si tales expresiones se hacen con el fin de deshonrar estaríamos en este bien tutelado, pero si el fin o intención del sujeto activo es hostigar y/o apartar volvemos a los delitos de discriminación propios del bien jurídico tutelado de la libertad.

DELITOS CONTRA LA FAMILIA O VIOLENCIA INTRAFAMILIAR.

La violencia intrafamiliar debe entenderse como el maltrato físico o psicológica que se realiza al interior de un núcleo familiar, sea cual sea su conformación, y mantenerse dentro de este título si el resultado de la conducta no tiene un delito diferente con una pena mayor; en otras palabras, si con ocasión de un daño dentro de la familia sobreviene un resultado grave tipificado en otro delito con una pena mayor, debe preferirse el de mas pena.

Es novedoso para estos delitos lo que ordena la ley 1542 de 2012, en el sentido de ya no dejarlos como delitos querellables, protegiendo a las victimas indirectas como son: niños, niñas, adolescentes, personas con incapacidad permanente o desvalidos y a los adultos mayores; de tal suerte que del proceso penal deberán desprenderse procesos administrativos, en protección de la familia misma y sobre todo del personal afectado indirectamente.

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO ECONÓMICO.

Son parte del patrimonio económico todos los bienes que pertenecen a una persona y que son susceptibles de estimarse económicamente, es decir tienen una representación en dinero o son el dinero mismo.

Para tener en cuenta:

- El hurto es el apoderamiento, este se califica por la forma como realizo el apoderamiento (violencia, indefensión de la víctima, penetrar a lugar que no le es permitido) y se agrava porque para el apoderamiento se vale de otras conductas que por si solas serían también delitos (calamidad, engaño, utilizar a inimputable, etc)
- Se da la extorsión desde el momento mismo del constreñimiento, por la presión a la realización involuntaria de algo, o su tolerancia u omisión; con fines económicos.
- Para la estafa si se requiere mantener el engaño como elemento de vicio en el consentimiento.
- Se diferencia el abuso de confianza del hurto agravado aprovechando la confianza depositada por el dueño, en que en el primero se entrega el bien en calidad de depósito sin el ánimo de enajenarla, y en la segunda no hay entrega.
- Son formas de defraudación entre particulares: abusar de condiciones de inferioridad, aprovechar el error ajeno (un deposito en cuenta sin tener derecho a el) o caso fortuito, alzar (enajenar) u ocultar los propios bienes para perjudicar a los acreedores.
- Los bienes muebles como parte del patrimonio tienen conductas que los protegen como son la usurpación e invasión de tierras y el daño en bien ajeno.
- Los servicios públicos domiciliarios se protegen pues hacer parte del activo de una empresa que, suministra el servicio a cambio de un precio, esta conducta es tipificada como defraudación de fluidos.

Se adiciona a este título del patrimonio económico las conductas contempladas en la Ley 1273 de 2009, que protege la información y los datos como un elemento susceptible de ser cuantificado en dinero y que afecta el patrimonio del individuo que produce esa información, o los datos que protegen una forma de económica.

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE AUTOR.

Serán objeto de protección toda obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual, fonográfico, programas de ordenador o soporte logístico; y frente a la cual se quiera publicar sin autorización del autor, o se le dañe, mutila, modifique o altere, por cualquier medio.

HASTA ESTE TITULO LOS DELITOS QUE PROTEGEN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN PARTICULAR, LOS TITULOS SIGUIENTES PROTEGEN DERECHOS DE ESTADO, ENTENDIENDO AL ESTADO COMO EL GARANTE DE LOS SERVICIOS PUBLICOS.

DELITOS CONTRA LA FE PÚBLICA.

La Fe Pública supone una verdad absoluta que avala el Estado ya porque es un funcionario que emite esa verdad en acta administrativo, o por que los actos de particulares son reglados para su emisión por el Estado.

Será pues responsabilidad el Estado asegurar que la moneda que circule dentro del mercado goce de total verdad desde su emisión hasta su comercialización. Que aquello que se llame sello o marca sea efectivamente lo que represente a una persona o entidad. Que toda expresión de una persona natural o jurídica por medios mecánicos o técnicamente impresos sean el resultado fiel de su creador.

DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO SOCIAL

La forma de economía es regulada por el Estado, desde la producción de los bienes y servicios (explotación comercial de las tierras, las materias primas, los productos agrícolas o industriales) hasta la forma en que se ponen en el mercado (usura, acaparamiento, alteraciones o modificaciones, engaño en los productos y servicios).

Se vela por que la economía tenga causa y objetos lícitos, de lo contrario afecta el orden económico social. Ejercer una actividad que tiene reglas para su desempeño, el evadir los impuestos, captar dineros o efectuar operaciones sin previa autorización, las transacciones fraudulentas, urbanizar sin los permisos previos, importar bienes sin el cumplimiento de las formalidades aduaneras (contrabando).

Tienen causa ilícita el lavado de activos, luego este tipo penal concursa con los delitos que originaron el incremento patrimonial injustificado. Será también injusto el que frente a los hidrocarburos, sus derivados, biocombustibles o mezclas; realice actividades de apoderamiento y/o comercio no autorizadas por el Estado.

DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES Y EL MEDIO AMBIENTE.

Se tachará la apropiación, introducción, explotación, transporte, tráfico, comercio, explotación, exploración; sobre especies o productos que sean o provengan de recursos faunísticos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticos de la biodiversidad. Ya que con estas conductas se causa impacto negativo en la economía sostenible del Estado.

Los delitos contra el medio ambiente admiten modalidad culposa cuando se faltó a un deber de cuidado y con ello se impactó negativamente el ambiente.

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD PÚBLICA.

Toda conducta que genere zozobra, terror o alteración en el orden público será tomada como punible. Asociarse con el fin de desarrollar una o más actividades criminales, amenazar, instigar para el delito, entrenar para delinquir.

Afecta la seguridad de todos el provocar incendios, inundaciones, derrumbes, daños en bienes sociales, afecte el transporte público, disparar arma de fuego (aunque tenga el permiso para portarla debe hacerlo con un motivo justificado), así como el tener y manipular sustancias prohibidas (estas conductas admiten culpa cuando por la profesión se manipules estas sustancias y se falte al deber de cuidado).

DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

Es salud pública toda medida que el Estado tome a favor del bienestar físico y psíquico de la población, con el fin de impedir o propagar epidemias o enfermedades, virus, formas de contaminación, alteración de medicamentos o alimentos, elaboración y comercialización de sustancias nocivas para la salud (alucinógenos).

Dentro de este título no solo se tipifica las conductas que directamente afecten la salud, también serán delito otras que favorezcan, permitan y/o auspicien estas conductas dañinas. Un ejemplo es el tráfico de estupefacientes, el suministrar o comercializar estas sustancias, construir pistas de aterrizaje para facilitar tales conductas.

DELITOS CONTRA MECANISMOS DE PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA.

Cualquier maniobra engañosa, de presi o fuerza, que altere, perturbe o afecte un forma de participación ciudadana será considerado delito, pues la democracia participativa es el derecho social por excelencia, ya que con ello se define quienes son los encargados del diseño de las políticas públicas.

Importante tener en cuenta que cuando el sufragante acepta el pago o dadiva para efectivamente darle un sentido a su voto, esta también como sujeto activo de una conducta punible.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

La administración pública es la forma como se dispone del Estado, esta disposición se le da a las personas a quienes se les denomina servidores públicos. Se afecta la administración pública así:

- Cuando le quito, uso, destino, pierdo o altero un bien del Estado, afectando la economía pública; esto se llamara peculado, y admite una modalidad culposa.
- Se afecta la administración en cuanto a la disposición de voluntad del servidor público por dos formas, cuando la idea de corrupción sale del servidor público la llamaremos concusión, pero si la idea corrupta es del particular se llamara cohecho.

- Todas las etapas precontractuales, del contrato y pos contractuales, tienen una ritualidad legal que garantiza que se escoge al mejor de entre los particulares que se presentaron, para desarrollar mejor el servicio que se contrata. La alteración de una etapa afecta la administración.
- Los actos administrativos como manifestación de la voluntad del Estado, son producto de los servidores públicos, estos actos deben ser fieles a las funciones de sus creadores, cuando no se realiza algo propio de las funciones asignadas por el Estado o se realizan en contra de la constitución y la ley, se tipificará una conducta de Prevaricato.
- Usurpar, simular, abusar: funciones públicas afectan también a la administración.

DELITOS CONTRA LA EFICAZ Y RECTA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.

La distintas jurisdicciones en Colombia han establecido procesos que son únicos dentro de todo el territorio nacionales, el que falte a uno de los pasos procesales, o lo vicie por fraude, falsedad, omisión, será sujeto activo de una conducta.

El favorecer a una persona que cometió delito o el que adquiriera algo que proviene también de un delito, favorece la delincuencia, y por ello se le procesará.

DELITOS CONTRA LE EXISTENCIA Y SEGURIDAD DEL ESTADO.

Lo que menoscabe la Nación, el propiciar la hostilidad militar y /o la guerra, traicione o realice actos contra la seguridad del Estado, atenta contra este.

DELITOS CONTRA EL REGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL.

La constitución de 1991 estableció mecanismos para manifestarle al Estado el desacuerdo que se tiene con lo constitucional y legalmente establecido. Todo dentro del ámbito de la legalidad y lo pacífico. Luego toda forma de exigencia violenta será delito, y más cuando la pretensión es el derrocamiento del Estado.

1. Cfr65-48
2. . Martha Sepúlveda Scarpa, Ingeniero y analista delictual, miembro de la Asociación Internacional de Analistas Delictuales (IACA). Directora área de Prevención del Injusto de la Fundación Paz Ciudadana – Chile. (msepulveda.pazciudadana.cl) Goldstein explica: En el manejo de incidentes, las policías suelen hacer frente a las manifestaciones superficiales de un problema que puede ser más profundo. Se puede parar una pelea o agresión, pero no involucrarse en la exploración de los factores que contribuyeron a ella... Ellos pueden investigar un homicidio, pero no llegan a indagar los factores que pueden haber contribuido a su comisión, salvo que éstos sean pertinentes para la identificación de los delincuentes. El primer paso para una solución POP, es el reconocimiento de que los incidentes son a menudo síntomas de problemas (Goldstein, 1990:33). Goldstein, H. (1990). Problemoriented policing. New York, McGraw-Hill.
3. Cfr.<http://es.answers.yahoo.com/question/index?qid=20061008015003AAjO1E2>
4. Cfr.<http://es.answers.yahoo.com/question/index?qid=20091031121257AAa1Qfl>.No hay referentes.
5. Cfr.<http://www.buenastareas.com/temas/composicion-de-la-comunidad-internacional-y-en-que-consiste/>
6. Cfr.<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/Leovigildo07.htm>
7. Rodríguez Anchía, Leovigildo, Asesor Ministerio de Seguridad Pública, documento sobre “Algunas nociones en torno a la instrucción penal preparatoria”.
8. Córdoba Poveda, Jorge (1984), “Clases”, Acorde a mi maestro de historia de Derecho Penal, y apoyado en los escritos ciados, ello tuvo lugar con la catástrofe ocurrida en el en el Valle de Santa Ana, en 1938.
9. El Pentateuco es denominado en el griego "Las Cinco Cajas", de pente, "cinco" y téukhos, "caja", por los estuches cilíndricos donde se guardan, enrollados, los textos hebreos, luego es el conjunto formado por los cinco primeros libros de la Biblia, que la tradición atribuye al patriarca Moisés. En la tradición hebrea forman la Torá o La Ley que es el núcleo de la religión judía.
10. Alvarez Montañez, Javier Alcides (2000), “Derecho Comercial Integrado” Parte General T.1. págs. 138 a 142. Editorial Cogrophif S.A, Bogotá Colombia.
11. Eimeric, De Eimeric, Nicolás (1376), “Directorium Inquisitorum” Cfr. Directorium inquisitorum. Documento escrito por el dominico inquisidor de Cataluña, Aragón, Valencia y Mallorca.
12. Finalmente, se le descuartiza, según refiere la Gazzetted´ Amsterdam. Cfr. <http://charcuteroyyo.es/2008/03/12/el-suplicio-de-damiens>.
13. Consultar en el tiempo independiente. ¿Cómo y por qué se transformaron las prácticas del castigo? ¿Cómo fueron las condiciones que posibilitaron el paso de las penas corporales a la prisión? ¿Cómo fue que se paso del panóptico? (para reflexión)
14. Ugarte Pérez, Javier, (2006) "Biopolítica. Un análisis de la cuestión" en *Claves de Razón Práctica*. Editorial Progreso, Madrid España, pág. 76-82.
15. Visítese el museo Nacional de Colombia con el propósito de confrontar lo plasmado y léase a Jeremías Bentham y Michel Foucault.

16. Nevilla Uré, Percy, (1993), "Justiniano y su Época", Editorial Madrid España, Revista de Derecho Privado, Pág. 19.
17. http://es.wikipedia.org/wiki/UniversidadAlfonso_X_el_Sabio
18. Al tenor del artículo 3 de la ley 599 del 2000, "la imposición de a pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad". Entre tanto, el artículo 4 de la misma obra, precisa "la pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado". "La reinserción especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión".
19. C-591 de junio 28 del 2005. Justicia y política criminal.
20. Londoño Ayala, Cesar Augusto, (2009) "Principio de Oportunidad en el Derecho Penal", Editorial Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá Colombia.
21. Claus, Roxín (2007), "Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal" Editorial Marcial Pons, Madrid España. El estudiante debe saber que Roxín estudia Leyes en la Universidad de Hamburgo, 1950 y 1954, trabaja como asistente de cátedra, se gradúa con tesis en 1957; gracias a su habilidad destreza y talento en el análisis de los principios del Derecho Penal, llama la atención del medio académico por lo que en 1963 es designado docente en la Universidad de Göttingen.

En 1966 participa en la elaboración de un "proyecto alternativo" para la Parte general (sobre la regulación de los injustos en forma genérica) del Código Penal Alemán. Los proyectos de reforma de dicho Código definen en gran parte el Derecho Penal en Alemania mediante elementos innovadores para su época; es coautor del "proyecto alternativo" para la Parte Especial del Código Penal Alemán, editados entre 1969 y 1971 en cuatro volúmenes.

Luego, se asocia a diversos juristas de Alemania y Suiza en la preparación de proyectos alternativos de normas legales penales, en 1971 empieza como catedrático en la Universidad de Múnich en Derecho penal, Derecho procesal penal y otros cursos de leyes. En 1980 con su grupo de trabajo publica un proyecto alternativo sobre el Código alemán de procedimientos penales, por lo que es llamado a participar en el proyecto de reforma de dichas normas, desarrollando marcos y conceptos sobre injustos contra la libertad y injustos de carácter económico y financiero; rechaza la asociación entre "delito" e "inmoralidad" para incidir sobre la relación entre "delitos" y "bienes jurídicos protegidos"; a partir de allí su influencia como especialista en Derecho penal se extiende a las fronteras alemanas; en el 2000 fue condecorado por el gobierno de Alemania por sus méritos académicos; en el 2009 obtuvo su décimo octavo Doctorado Honoris Causa de la Universidad de Huelva, en España; en septiembre del 2009 recibió Doctorado Honoris Causa en la Universidad Andrés Bello, en Chile y en octubre del 2010 Doctorado Honoris Causa en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en Perú.

Sus obras traducidas son:

1. Derecho Penal, Parte General (T. I)
 2. Fundamentos: La estructura de la *Teoría del Delito*, Civitas ediciones, S.L., 1997.
 3. Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos. La estructura de la *Teoría del Delito*, Civitas ediciones, S.L., 2006
 4. La Evolución de la Política Criminal, El Derecho Penal y el Proceso Penal, Tirant Lo Blanch, 2000
 5. Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal, 7ª Edición, Marcial Pons Librero Editor, 2007
 6. Problemas Básicos del Derecho Penal, Editorial Reus SA, 1976
 7. La imputación objetiva en el Derecho penal IDEMSA, 1997
 8. Derecho penal del enemigo.
22. Jakobs, Günther (2006), "Moderna Dogmatica Penal", Editorial Porrúa, México. Jakobs, nace el 26 de Julio de 1937 en la ciudad alemana de Mönchengladbach; estudia Derecho en las universidades de Colonia, Kiel y Bonn, en 1967 se gradúa en Bonn con tesis sobre derecho penal y doctrina de la competencia; en 1971 obtiene su título de abogado en Bonn, trabajo presentado sobre la negligencia en el delito de resultado, al año siguiente ocupó su primera cátedra en la Universidad de Kiel.

Posteriormente realiza una prestigiosa carrera académica en la Universidad de Bonn en las áreas de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho, como continuador y posterior superación de la obra y escuela finalista de Wenzel, de quien fue discípulo; actualmente se encuentra jubilado en la Universidad de Bonn, por edad de retiro obligatorio de dicha Universidad.

En cuanto a su obra denominada, "La Imputación Objetiva" su primera etapa se ve fuertemente influenciada por el funcionalismo sistémico del sociólogo Niklas Luhmann, cuyas teorías le sirven para separarse de la escuela finalista del derecho penal y funda su propia escuela funcionalista; según la cual, en las sociedades modernas se encuentra una compleja diferenciación de roles en las personas, la cual no es por nadie ordenada aunque requerida para el adecuado funcionamiento y reproducción de los sistemas sociales; estos descubrimientos de tipo sociológico deben ser incorporados a las normas de imputación del derecho penal, es decir, a la pregunta sobre qué actos podemos imputar a una persona como propios; para ello idea un nuevo plano en la imputación de normas penales que ya no dice relación con los elementos subjetivos del destinatario sino que hay imputar al individuo, desde un punto de vista objetivo, los roles que le corresponden y sobre los cuales la sociedad tiene legítimas expectativas; a este nuevo plano es a lo que Jakobs llama "imputación objetiva", constituido por "posiciones de garante" que el individuo adoptaría en sus relaciones sociales en función de los roles que la sociedad espera legítimamente que cumpla.

En cuanto a la obra titulada, "El Derecho Penal del Enemigo", Jakobs realiza un análisis de las respuestas que han dado las distintas ramas de la teoría política a la pregunta por la calidad que detentaría el delincuente, esto es, aquel que ha violado una norma penal, ante la comunidad,

Jakobs lleva a cabo un estudio de las distintas ramas del contractualismo; en ellas identifica que por un lado existen autores como Rousseau que le niegan la calidad de ciudadano puesto que este habría actuado contra la propia voluntad general y por ende se constituye en enemigo de la comunidad, un individuo ante el cual la sociedad debe defenderse como ante un enemigo extranjero; sin embargo, existiría una visión distinta, según la cual el ciudadano que quiebra una norma es coaccionado por el Estado aunque el delincuente tiene la posibilidad de redimirse y volver a incluirse en la comunidad, para ello existe la pena, que trae la conciliación que el quiebre de la norma habría roto en la unidad de la comunidad producto del pacto social; en esta segunda visión estarían los contractualistas como Kant, Jakobs integra ambas visiones y afirma que ellas coexisten en o sistemas jurídicos modernos; por un lado se habla de un "derecho penal del ciudadano", este se orienta a regular las conductas de los ciudadanos de la comunidad y en caso de quiebre ofrecer una pena como criterio de reintegración; aunque la primera visión también constituiría un cuerpo normativo propio, un conjunto de normas tanto sustanciales como adjetivas orientadas a proteger al Estado de las conductas de individuos que no reconoce como ciudadanos, sino que en virtud de sus prácticas se han constituido en enemigos, este es el denominado "derecho penal del enemigo"; este particular conjunto de normas penales se caracteriza por no interesarle la conciliación entre el delincuente y la comunidad sino más bien la defensa de esta última a toda costa por el aparato del Estado; así, el Derecho Penal del Enemigo se caracteriza por anticipar la punición del hecho, v.g. asociación ilícita; restringir las garantías procesales, v.g. principio de inocencia/prisión preventiva, entre otros; en otro términos, en otras palabras, no reconoce al imputado como ciudadano sujeto de derechos sino como enemigo que debe ser inocuizado a toda costa; este tipo de normas se encuentra con frecuencia en las políticas antiterroristas, contra el narcotráfico y en general la delincuencia organizada; de todas formas Jakobs siempre ha afirmado que dicha distinción no tiene pretensiones valorativas, es decir, él no avala la existencia de un Derecho Penal del Enemigo, aunque es innegable su existencia actual en los sistemas jurídicos de todo el mundo.

En cuanto a la obra titulada, "El Prevencionismo General Positivo", en una etapa posterior Jakobs recibe gran influencia de Hegel, basado en sus ideas elabora su tesis original sobre la fundamentación de la pena; de acuerdo a ello, la función de la pena no es ser la justa retribución que el delincuente merece recibir, tampoco un amedrentamiento a la sociedad para disuadir a las personas de que cometan delitos; la función de la pena será estabilizar las expectativas que el conjunto de personas que conforman una sociedad tienen sobre el comportamiento que sus pares tendrán; así, al quebrantar una norma se defrauda al derecho y las expectativas que las demás personas tenían en el seguimiento de esta; el quebrantamiento normativo genera incertidumbre sobre la vigencia de ellas y por ende, desestabiliza el complejo entramado de relaciones sociales; el derecho responde a esta defraudación con la pena, el contenido expresivo de la pena es reafirmar el derecho, decirle a la sociedad que el derecho aun está vigente y el quebrantamiento de la norma que ha sido objeto y que

es anulada por la pena; de esta manera Jakobs se aleja de la visión según la cual la pena funciona sólo como amenaza, dándole un contenido positivo, reafirma el modo de vida e interacción que diariamente realizamos; aunque también se aleja del retribucionismo que sólo considera relevante para la pena el sujeto que ha adecuado su conducta a la descripción normativa, o derecho, por ello, Jakobs mira la función que la pena cumple en la sociedad general y no sólo respecto de quien debe soportarla.

23. Luhmann, Niklas (1984) "Theorie der Gesellschaft, Laufzeit: 30 Jahre, Kosten: keine", Luhmann, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie Suhrkamp.

Cfr. <http://www.lecturalia.com/autor/7930/niklas-luhmann>. Luhmann, es sociólogo, nació en la ciudad de Lüneburg, Baja Sajonia en 1927; fallece el 6 de noviembre de 1998 en Oerlinghausen, Alemania, a la Segunda Guerra Mundial contaba con 18 años, forma parte de la Luftwaffe, es detenido por los aliados, recobra su libertad, estudia derecho en Friburgo de Brisgovia, lo termina en 1949; ejerce como funcionario desde 1954; viaja Estados Unidos en 1961, empieza estudios de sociología en Talcott Parsons en Boston, en la Universidad Harvard; Parsons, quien ejerce gran influencia en su forma de pensar, era en ese momento la más influyente figura del pensamiento sociológico en Occidente; luego de su estadía en Harvard, Luhmann publica en 1964 la primera obra dedicada a analizar problemas sociológicos a partir del uso de la teoría de sistemas: "Funktionen und Folgen formaler Organisation" (Duncker & Humblot, Berlín, 1964).

En 1965 ingresa a la Universidad de Münster donde terminó sociología política en 1967; en 1968 se establece en Bielefeld, allí ejerce como catedrático en la universidad durante el resto de su carrera hasta 1993 en el que es nombrado emérito; en 1997 recibe el Premio europeo Amalfi de sociología y ciencias sociales por Die Gesellschaft der Gesellschaft.

Con ocasión del XVI Congreso Alemán de Sociología, en 1968 inicia un intenso debate teórico con Jürgen Habermas, del cual la primera parte es recopilado en: "Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie"; Was leistet die Systemforschung, Suhrkamp (Fráncfort, 2 volúmenes, 1971-1973); el intercambio entre estos dos gigantes continua hasta la muerte de Luhmann en 1998, es posible encontrar múltiples referencias y críticas en las obras de estos dos pensadores; en 1986 publica "Ökologische Kommunikation; Kann die moderne Gesellschaft sich auf ökologische Gefährdungen einstellen?" (Westdeutscher Verlag, Opladen); forma parte de la revista Zeitschrift für Soziologie (Stuttgart), como editor obtiene el premio Hegel en 1988.

Luhmann escribe prolíficamente más de tres docenas de libros publicados sobre una variedad de temas, incluyendo leyes, economía, política, arte, religión, ecología, medios de comunicación y el amor. Luhmann es conocido en América del Norte por la disputa con Jürgen Habermas sobre el potencial de la teoría de sistemas sociales; como su antiguo mentor Talcott Parsons, Luhmann aboga por "la gran teoría", apuntado a dirigir cualquier aspecto de vida social dentro de un marco universal teórico del cual la diversidad de temas que escribe es una indicación; la teoría de Luhmann es

considerada por demás abstracta; este hecho, junto con el supuesto conservacionismo político que radica en su teoría hace de Luhmann un polémico en la sociología.

Los últimos treinta años de su vida los dedica al desarrollo de una teoría de la sociedad; en el prólogo de la edición alemana de "Sistemas Sociales" escribe que al aceptar la cátedra de Sociología de la recién inaugurada Universidad de Bielefeld en 1969, debe informar al rector sobre los proyectos de investigación en los que estaba trabajando y lo hizo como sigue: "Teoría de la sociedad. Duración 30 años. Costo ninguno". Así inicia su teoría de sistemas: "Theorie der Gesellschaft, Laufzeit: 30 Jahre, Kosten: keine" (Luhmann, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie Suhrkamp, 1984).

Teoría de sistemas. La teoría de sistemas es una teoría con pretensiones universalistas, aplicada de la sociedad afirma poder describir y explicar la sociedad y su funcionamiento como un complejo sistema de comunicaciones. De esta forma propone un punto de partida radicalmente diferente al de las teorías tradicionales de la sociedad, las cuales entienden al hombre como "unidad básica" de la construcción social; pues esta es una visión étero - europea que debe ser dejada de lado a la hora de analizar la estructura de la sociedad moderna, "no los individuos sino las comunicaciones son las unidades constituyentes y reproductoras de los sistemas sociales".

"Ein soziales System kommt zustande, wenn immer ein autopoietischer Kommunikations zusammenhang entsteht und sich durch Einschränkung der geeigneten Kommunikation gegen eine Umwelt abgrenzt. Soziale Systeme bestehen demnach nicht aus Menschen, auch nicht aus Handlungen, sondern aus Kommunikationen." (Luhmann, Ökologische Kommunikation. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1. Auflage 1986).

En cuanto al contexto de la Comunicación, la teoría de Luhmann gira en torno al concepto de comunicación; solo que por comunicación no entiende una acción humana en el sentido de Habermas, ni un fenómeno tecnológico, ni un intercambio de información; los hombres no pueden comunicar, "solo la comunicación comunica"; según Luhmann los sistemas sociales emergen, "siempre que se establezca una relación comunicativa auto poética, que limite su comunicación y se diferencie así de un medio ambiente; por lo tanto, los sistemas sociales no están confirmados por hombres ni por acciones, sino por comunicaciones". (Pago/No-Pago, Legal/Illegal, Poder/Oposición. Entrevista en inglés y comentarios en alemán a H. Maturana (2008) sobre las teorías de Luhmann)

Así, la comunicación se produce mediante medios de comunicación simbólicos generalizados, diferentes en cada sistema social aunque comparables entre sí, por su carácter estructural; por ejemplo, el sistema económico opera con el medio dinero, el sistema judicial con justicia y la política con poder, ente otros; estos medios determinan la codificación de los sistemas que reducen su complejidad inherente a un código binario.

Frente a los sistemas sociales, Luhmann recoge el concepto de autopoiesis desarrollado originalmente por los biólogos Humberto Maturana y Francisco Varela y lo aplica a los sistemas sociales (cabe señalar aquí que Maturana se ha manifestado en desacuerdo con esta aplicación); describir los sistemas sociales como autopoieticos implica que el carácter autorreferencial de los sistemas no se restringe al plano de sus estructuras sino que incluye sus elementos y sus componentes, es decir, que el sistema mismo construye los elementos de los que consiste; en este sentido, un sistema autopoieticamente cerrado (denominado también "operativamente cerrado") es aquel que produce comunicación a partir de su comunicación y sólo permite el ingreso de irritaciones comunicativas del medio ambiente por canales de acoplamiento estructural ya que la comunicación de un sistema sólo puede darse a través de su propio medio simbólico y respondiendo a su propio código binario.

En cuanto a la *terminología*, y frente a la *operación / observación*, Luhmann adopta la idea fundamental del constructivismo, según la cual el proceso de obtención de conocimiento no guarda relación directa con una realidad ontológica, sino que dicho proceso construye la realidad observada; luego, la diferencia entre operación y observación es la base de la concepción constructivista y uno de los pilares terminológicos de la teoría; en este contexto y según Elena Esposito, se entiende por operación, "...la reproducción de un elemento de un sistema autopoietico con ayuda de los elementos del mismo sistema, es decir, la condición de existencia del propio sistema. "Unter einer Operation versteht man die Reproduktion eines Elements eines autopoietischen Systems mit Hilfe der Elemente desselben Systems, also die Voraussetzung für die Existenz des Systems selbst." (Elena Esposito y otros, "Operation/ Beobachtung", en "GLU - Glosar zu Niklas Luhmann Theorie sozialer Systeme", Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, pág. 123)

Así, un sistema surge y se reproduce en la medida que sus operaciones den lugar a otras operaciones, ejemplo, si procesos orgánicos se empalman con otros procesos orgánicos surge un sistema orgánico; si los pensamientos dan lugar a otros pensamientos surge un sistema psíquico y cuando las comunicaciones se empalman con otras comunicaciones surgen los sistemas sociales; en este marco, la posibilidad de empalme de las operaciones está limitada únicamente a las operaciones del mismo tipo y determina a su vez, la autopoiesis y la condición de clausura operativa del sistema, por ende la condición de existencia; un proceso digestivo no puede empalmar con un pensamiento, pues, solo un pensamiento puede empalmar con otro pensamiento; esta es la condición de posibilidad de los sistemas orgánico y psíquico.

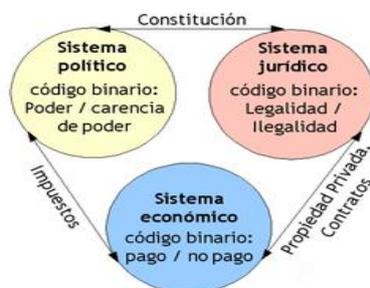
En canto a las *operaciones* solo pueden ser registradas por un observador; la observación es la operación específica de los sistemas constituyentes de sentido, esto es, los sistemas sociales; este tipo específico de operación consiste en marcar diferencias y hacer denominaciones; toda observación comienza con una diferencia y se convierte en una red de diferencias, en donde todas dependen de la diferencia original. Al decir de Elena Esposito,

"La observación es una operación específica que utiliza una diferencia para marcar una parte u otra de la diferencia; la observación se produce cuando un sistema opera con base a distinciones para obtener y manipular información", "Die Beobachtung ist eine spezifische Operationsweise, die eine Unterscheidung benutzt, um die eine oder die andere Seite der Unterscheidung zu bezeichnen. Es kommt immer dann zu Beobachtungen, wenn ein System aufgrund von Unterscheidungen operiert und Informationen gewinnen und verarbeiten kann." (Elena Esposito, Op.Cit, pág. 123 s.)

En cuanto a la *diferencia*, el concepto de diferencia es básico para la descripción de la observación, pues cualquier observación opera con diferencias, postulando una diferencia específica, marcando una de sus caras e ignorando otra; aplicada a la propia teoría de sistemas, una de las diferencias centrales es la que existe entre sistema y medio ambiente. Asimismo, el concepto de diferencia posee dentro de la teoría un alto grado de abstracción y representa la condición de posibilidad de acceso u observación. (La diferencia resulta, además, de una distinción entre identidad y diferencia).

Los conceptos de "diferencia" ("Differenz") y "distinción" ("Unterscheidung") son prácticamente sinónimos; sin embargo, éste acentúa el carácter operativo del marcado de una diferencia, mientras que aquél acentúa el carácter sustantivo, la línea demarcadora en sí misma.

Obsérvese el acoplamiento estructural de Niklas Luhmann:



Este es el acoplamiento estructural entre tres sistemas, por lo que la articulación ordenada es una relación no causal entre un sistema y su entorno (es el único tipo de relación posible entre ambos).

Con el acoplamiento estructural la teoría soluciona el dilema que propone el postulado de la autopoiesis, pues, si bien los sistemas se encuentran en un estado de clausura operativa, reproducen sus elementos a partir de sus propios elementos, solo conocen sus estados internos y no pueden comunicarse directamente con su medio ambiente, también deben poder observar a su medio ambiente y adecuarse a él para poder existir:

“El acoplamiento estructural y la autodeterminación mantienen una relación ortogonal: si bien cada uno es la premisa del otro, no pueden

condicionarse mutuamente. El medio ambiente solo puede influir sobre el sistema produciendo irritaciones [...] que son procesadas internamente; también las irritaciones son construcciones internas que resultan de la confrontación de los sucesos con las estructuras propias del sistema. Entonces, no existen las irritaciones "en el medio ambiente"; la irritación siempre es auto irritación, que a lo sumo surge de sucesos del medio ambiente..." "Strukturelle Kopplung und Selbstdetermination des Systems stehen in einer "orthogonalen Beziehung" zueinander: auch wenn sie sich voraussetzen, können sie sich gegenseitig nicht bestimmen. Die Umwelt kann auf das System nur dadurch einwirken, daß sie Irritationen [...] produziert, die intern verarbeitet werden; auch die Irritationen sind jedoch interne Konstruktionen, die aus einer Konfrontation der Ereignisse mit den eigenen Strukturen des Systems resultieren. Es gibt also keine Irritationen in der Umwelt; die Irritation ist in der Tat immer Selbstirritation - ggf. Ausgehend von Umweltereignissen." (Elena Esposito, Op.Cit, pág. 186 s.)

Para establecer una relación de acoplamiento estructural, el sistema construye estructuras con expectativas que lo sensibilizan a determinadas irritaciones; así, el sistema político no puede observar las comunicaciones que se producen en el sistema económico, porque aquel opera con el código "Poder/Oposición", mientras que éste lo hace con "Pago/No Pago", aunque puede crear estructuras de irritación, como cuando se utiliza el PBI o el déficit fiscal e interpretar sus valores como relevantes para la comunicación política, obtención / manutención del poder; de esta forma se produce un "desfasaje estructural", es decir, una determinada serie de sucesos en diferentes sistemas que simula una intervención que en realidad nunca ocurrió.

En cuanto al medio / forma, Luhmann incorporó a su teoría la figura del psicólogo austríaco de Fritz Heider; la diferencia entre "Medio" y "Forma", (Heider habla de "Medio/Cosa"); las formas están conformadas por "acoplamientos rígidos" entre elementos dentro de un medio, que a su vez es un sistema de "acoplamientos flexibles; así, una huella en la arena es una forma que posee una cierta durabilidad y cuya figura es fija, mientras que la arena es el medio en donde éstas pueden surgir, sin tener forma propia y "acomodándose" a las formas de sus formas.

Para Luhmann, en contraposición a la idea éter europea de una diferencia entre "Substancia" y "Forma", las cosas no poseen una entidad "ontológica" que las determine como forma u medio: su carácter está dado siempre por la relación, establecida por un observador, con otro elemento; para utilizar el ejemplo anterior, la arena es un medio en relación a la forma de las huellas, pero es una forma en relación a las moléculas que la conforman, por ejemplo, las letras son el medio de las palabras, que son el medio de las oraciones, que son el medio de las ideas. Los medios son

siempre las formas de otros medios; esta diferencia es un momento importante de la teoría, pues, según Giancarlo Corsi.

"Los medios relevantes para la teoría de sistemas sociales son los medios de comunicación que transforman algo improbable en algo probable. Los medios de comunicación conectan comunicaciones que de otra forma no hubieran podido encontrar conexión. Estos medios de comunicación son el idioma, los medios de difusión y los medios de comunicación simbólicos generalizados."

"Die für die Theorie sozialer Systeme relevanten Medien sind die Kommunikationsmedien, die etwas wahrscheinlich machen können, was ohne sie unwahrscheinlich wäre. Die Kommunikationsmedien verbinden die Kommunikationen, die sonst keine Anschlüsse finden würden. Diese Kommunikationsmedien sind die Sprache, die Verbreitungsmedien und die symbolisch generalisierten Kommunikationsmedien." (Giancarlo Corsi, Op.Cit, pág. 59)

En cuanto a la **Resonancia**, la resonancia indica la posibilidad de transmisión de procesos entre sistemas o partes de un sistema con partes de otro, debido a una similitud o paralelismo estructural; como cuando las temporadas laborales de cierto sector del comercio y la industria tienden a guiarse por el ciclo lectivo existente en la región en cuestión, en tal sentido, la resonancia está ligada al concepto de acoplamiento estructural.

En cuanto a la **Contingencia**, contingencia es el estado de aquellos hechos que desde un punto de vista lógico no son ni verdaderos ni falsos; la contingencia es lo opuesto a necesidad, esto es, un acto o hecho contingente es lo que podría no haber ocurrido o tenido lugar; así, un acto o hecho es necesario, en cambio, si, no podría no haber ocurrido.

En cuanto a la **Clausura Operativa**, el concepto de "clausura operativa" describe la forma que tienen los sistemas de generarse, reproducirse y comunicarse; según Luhmann, los sistemas se definen por las operaciones mediante las cuales los sistemas se producen y se reproducen; todo lo que no suceda dentro del marco de éstas operaciones pasará automáticamente a formar parte del entorno del sistema y, en este sentido, todos los sistemas están cerrados operativamente a él, porque únicamente reaccionan ante las operaciones internas; operaciones que dan lugar a otras operaciones que dan lugar a otras operaciones (y así sucesivamente), pero siempre dentro de los límites del propio sistema.

Así que, en suma, Luhmann, "Los sistemas se definen por aquellos modos de operación mediante los cuales el sistema se produce y se reproduce a sí mismo; un tipo determinado de sistemas — como es, los

sistemas vivos, psíquicos, sociales, entre otros, se realiza por medio de un tipo determinado de operación; la unidad del sistema corresponde a la unidad de la operación que lo constituye; de ese modo queda excluida la posibilidad de caracterizar un sistema por una pluralidad de operaciones [...]; por consiguiente, partimos de una relación circular entre los conceptos de sistema y de operación; sólo puede operar un sistema y sólo las operaciones pueden producir sistemas.

Las operaciones que pueden conectarse entre sí conforman el sistema; aquello que queda excluido pasa a ser el entorno del sistema dicho de otro modo, las operaciones condensan una diferencia entre el sistema y el entorno; producen una forma que tiene dos lados un lado interior que es el sistema y un lado exterior que es el entorno; si no se llega a esa separación entre sistema y entorno, la forma que es el sistema no puede surgir."

"Die für die Theorie sozialer Systeme relevanten Medien Sind die Kommunikationsmedien, die etwas wahrscheinlich machen können, and was ohne sie unwahrscheinlich wäre. Die Kommunikationsmedien verbinden die Kommunikationen, die sonst keine Anschlüsse finden würden. Diese Kommunikationsmedien sind die Sprache, die Verbreitungsmedien und die Symbolisch generalisierten Kommunikationsmedien." (Giancarlo Corsi, Op. Cit, pág. 59)

Obras

1. Die Gesellschaft der Gesellschaft (1997)
2. Die Wirtschaft der Gesellschaft (1988)
3. Die Wissenschaft der Gesellschaft (1990)
4. Das Recht der Gesellschaft (1993),
5. Die Realität der Massenmedien (1996)
6. Die Kunst der Gesellschaft (1997)
7. Die Gesellschaft der Gesellschaft (1997)
8. Die Politik der Gesellschaft (2000)
9. Die Religion der Gesellschaft (2000)
10. Das Erziehungssystem der Gesellschaft (2002)
11. Die Moral der Gesellschaft (2008),
12. Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie (1984)
13. Funktionen und Folgen formaler Organisationen (1964)
14. Zweckbegriff und Systemrationalität (1968)
15. Organisation und Entscheidung (2000),
16. Gesellschaftsstruktur und Semantik, 4 Bde.
17. Liebe als Passion (1982)
18. Beobachtungen der Moderne (1992),
19. Ideenevolution (Herausgegeben von André Kieserling, 2008)
20. Soziologische Aufklärung, 6 Bde.
21. Vertrauen - ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität (1968)
22. Zweckbegriff und Systemrationalität (1968)

23. Legitimation durch Verfahren (1969),
24. Politische Planung (1972)
25. Ökologische Kommunikation (1986),
26. Reden und Schweigen (zusammen mit Peter Fuchs, 1989)
27. Soziologie des Risikos (1991),
28. Schriften zu Kunst und Literatur (Herausgegeben von Niels Werber, 2008),

Traducciones al Español

1. Ilustración sociológica y otros ensayos (1973)
2. Fin y Racionalidad en los sistemas: sobre la función de los fines en los sistemas sociales (1983)
3. Sistema jurídico y dogmática jurídica (1983)
4. El amor como pasión: la codificación de la intimidad (1985)
5. Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general (1992)
Sociología del riesgo (1991)
6. El sistema educativo (1993)
7. Teoría de la Sociedad (1993)
8. Teoría política en el Estado de Bienestar (1993)
9. Poder (1995) ISBN 978-84-7658-770-6
10. Confianza (1996)
11. La ciencia de la sociedad (1996)
12. Introducción a la teoría de sistemas (1996)
13. Teoría de la sociedad y pedagogía (1996)
14. Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo (1997)
15. Observaciones de la modernidad (1997)
16. La realidad de los medios de masas (2000)
17. El derecho de la Sociedad (2005)
18. El arte de la sociedad (2005)
19. La sociedad de la sociedad (2007)
20. La religión de la sociedad (2007)

Referencias

"Theorie der Gesellschaft, Laufzeit: 30 Jahre, Kosten: keine" (Luhmann, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie Suhrkamp, 1984.

"Ein soziales System kommt zustande, wenn immer ein autopoietischer Kommunikationszusammenhang entsteht und sich durch Einschränkung der geeigneten Kommunikation gegen eine Umwelt abgrenzt. Soziale Systeme bestehen demnach nicht aus Menschen, auch nicht aus Handlungen, sondern aus Kommunikationen." (Luhmann, Ökologische Kommunikation. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1. Auflage 1986.

Entrevista (en inglés, comentarios en alemán) a H. Maturana (2008) sobre las teorías de Luhmann . "Unter einer Operation versteht man die Reproduktion eines Elements eines autopoietischen Systems mit Hilfe der

Elemente desselben Systems, also die Voraussetzung für die Existenz des Systems selbst." (Elena Esposito y otros, "Operation /Beobachtung", en "GLU - Glosar zu Niklas Luhmann Theorie sozialer Systeme", Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997, pág. 123)

"Die Beobachtung ist eine spezifische Operationsweise, die eine Unterscheidung benutzt, um die eine oder die andere Seite der Unterscheidung zu bezeichnen. Es kommt immer dann zu Beobachtungen, wenn ein System aufgrund von Unterscheidungen operiert und Informationen gewinnen und verarbeiten kann." (Elena Esposito, Op.Cit, pág. 123 s.)

"Strukturelle Kopplung und Selbstdetermination des Systems stehen in einer "orthogonalen Beziehung" zueinander: auch wenn sie sich voraussetzen, können sie sich gegenseitig nicht bestimmen. Die Umwelt kann auf das System nur dadurch einwirken, daß sie Irritationen [...] produziert, die intern verarbeitet werden; auch die Irritationen sind jedoch interne Konstruktionen, die aus einer Konfrontation der Ereignisse mit den eigenen Strukturen des Systems resultieren. Es gibt also keine Irritationen in der Umwelt; die Irritation ist in der Tat immer Selbstirritation - ggf. ausgehend von Umwelte-reignissen." (Elena Esposito, Op.Cit, pág. 186 s.)

En alemán: "Strukturelles Driften". "Die für die Theorie sozialer Systeme relevanten Medien sind die Kommunikationsmedien, die etwas wahrscheinlich machen können, and was ohne sie unwahrscheinlich wäre. Die Kommunikationsmedien verbinden die Kommunikationen, die sonst keine Anschlüsse finden würden. Diese Kommunikationsmedien sind die Sprache, die Verbreitungsmedien und die Symbolisch generalisierten Kommunikationsmedien." (Giancarlo Corsi, Op.Cit, pág. 59). Luhmann, N. "La clausura operacional de los sistemas psíquicos y sociales" (en: Fischer, H.R. y otros, "El final de los grandes proyectos", pág. 116s., Gedisa, Barcelona, 1997)

24. Looke, John (1976), "Ensayo Sobre Gobierno Civil", Editorial Aguilar, Madrid España. Cfr. http://www.politicas.unam.mx/sae/portales_tudiantil/politica-administracion/teoria-filosofia/pdf/EnsayoLocke.pdf
25. Artículo 23 (1936) "no hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se cometiere: 1. Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo."

Téngase en cuenta que éste precepto no existía en el código penal de 1936, por lo que cuanto había lugar a reclamación por indemnización de perjuicios morales, se recurría a la jurisprudencia sobre el particular, la cual tuvo origen en el holocausto del valle de santa Ana, como debe saberlo todo penalista por vía de historia, donde fueron pulverizados 78 estudiantes, con centenares de heridos, en que se cita al señor ex presidente Misael Pastrana Borrero, quien para la época cursaba curso

año de secundaria y quien en el episodio restaura seriamente herido. Ello ocurrió en una demostración aérea presentada el 24 de julio de 1938, con un avión fuera de control que se precipitó sobre la multitud.

Por lo demás, tales episodios serán recreados académicamente por su docente de la materia, como evolución de tales figuras del derecho penal y sobre todo, del origen de la indemnización de perjuicios morales. (Gutiérrez Cely, Eugenio y Orrego Ardila Miguel Ángel, (1995) "1.001 casos sobre la historia de Colombia que todos demos saber". Editorial Lerner Ltda. P. 249). Entre otros autores sobre la materia.

26. Chiesa Aponte, Ernesto L, (1995), "Derecho Penal de Puerto Rico y Estados Unidos" (volúmenes tres). Editorial Tercer Mundo, Bogotá Colombia.
27. Bloque de Constitucionalidad, artículos 4 y 93 de la Carta Política de Colombia de 1991.
28. Cfr. Revista IUSTA, Universidad Santo Tomas, versión electrónica, http://www.usta.edu.co/otras_pag/revistas/iusta/iusta_22/contenido.pdf
29. Cfr. Revista IUSTA, Universidad Santo Tomas, versión electrónica, http://www.usta.edu.co/otras_pag/revistas/iusta/iusta_22/contenido.pdf
30. Cfr. Agamben, Giorgio, "État Déxception", Homo Sacer II, I, Editorial Seuil, 27, rue Jacob, Paris VI, p155.
31. Alvarez Montañez, Javier Alcides, (2008) "Una Aproximación desde Giorgio Agamben a los Estados de Excepción en América Latina", Editorial, Imprenta Nacional de Colombia, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. Págs. 59-86.
32. El estudiante ya está en condiciones de definir que es un injusto continuado.
33. Artículo 27 Ley 599 del 2000.
34. Artículo 9 Ley 599 de 2000, si se parte de este precepto enunciando, se encuentra que los elementos a tratar son cuatro, esto es, la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, y que desde el cuarto elementos se desprenden los tres últimos, lo que para el hemisferio latino demanda de siete elementos.
35. En algunas legaciones se equipara a la exigibilidad de otra conducta, como se estudiara en el ultimo capitulo de eta obra, pág. 89.
36. Cuando existen escenarios como los dados en el contexto de la legislación penal mexicano, donde existen casos específicos en los que una conducta típica, antijurídica, imputable y culpable, por disposición expresa no es punible.

Hostigando el derecho comparado y la jurisprudencia nacional e internacional, se indica que las excusas absolutorias se enmarcan dentro del siguiente análisis: "Existen casos en que, pese a la existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable, el derecho penal niega la aplicación de la pena, como ocurre cuando no se dan las condiciones objetivas de punibilidad requerida por el tipo o cuando media una excusa absolutoria en que se considera que, consagrando la impunidad, se pueden preservar intereses que son prevalecientes con respecto a los que representa el **ius puniendi** o cuando el delito se plantea como

imperseguido por defecto o falta de acción procesal. Respecto a las excusas absolutorias, se hallan:

Las que atienden a la calidad del autor o a circunstancias relacionadas con su persona: impunidad del encubrimiento de parientes y amigos íntimos (artículo... del Código Penal) o impunidad de parientes en determinadas circunstancias de delitos de hurtos o daños (artículo...).

También hay excusas absolutorias que consideran la actividad del autor posterior al comienzo o aun a la consumación de la conducta delictiva: impunidad de la tentativa (artículo...); impunidad de los delitos de violación, estupro o rapto cuando el agente contrajere matrimonio con la víctima (artículo... del Código Penal) o impunidad de las injurias y calumnias retractadas (artículo...).

Hay excusas absolutorias que depende de la actividad de terceros: posibilidad de declarar exentos de penas a los autores (o a uno de ellos) de injurias recíprocas (artículo del Código Penal).

Finalmente encontramos excusas absolutorias que dependen de las circunstancias en que el autor comete el delito: injurias vertidas en juicio y no dadas a publicidad que sólo pueden ser sancionadas disciplinariamente, pero no con pena (artículo del Código Penal).

La condicionalidad objetiva, vista desde una perspectiva del derecho comparado, es la expresada por la ley sustancial penal en que para que pueda perseguirse el delito, esto es, de oficio o querrela, como se señala en diversos códigos de procedimiento penal, donde se establece en qué casos se podrán perseguir delitos de oficio y cuales serán por querrela., tema al cual no es extraña el ordenamiento penal colombiano.,

37. Artículo 71 Ley 906 del 2004, (C.P.P. Colombiano), en que se indica “la querrela únicamente puede ser presentada por el sujeto pasivo del delito. Si este fuere incapaz o persona jurídica, debe ser formulada por su representante legal. Si el querrelante legítimo ha fallecido, podrán presentarla sus herederos.
38. Artículo 67 Ley 906 del 2004, (C.P.P. Colombiano), De oficio, refiere al deber de denunciar en las siguientes palabras “toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio. (...), El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio inicia sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”.
39. Cfr. http://www.tsjtlaxcala.gob.mx/seminario_archivos/Casostlaxcala.htm. Seminario de actualización de derecho penal, por el profesor Enrique Díaz- Aranda, sobre Ausencia de Conducta, Vis mayor y vis absoluta.
40. Romero Soto, Meluk, L.E., y otros, (2005), Cfr. <http://criminologiausco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html>

41. Reyes Echandía, Alfonso (1989), Tipicidad. Editorial Temis, 6ª edición, Bogotá Colombia. Pág. 231
42. Corte Suprema de Justicia, de Colombia, Sala de Casación Penal, Sentencia 24582 de octubre 29 del 2008, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
43. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-695 de 1992.
Cfr. http://www.Derechoshumanosypaz.org/material_ddhh/analisis_coyuntural/alternatividad_penal/observatorios_2005/delitopoliticoabril10.doc
44. Corte Suprema de Justicia, de Colombia, Sala de Casación Penal, proceso 29183 de noviembre 18 del 2008.
45. Sentencia Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Casación 30423 del 2010. M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.
46. Artículo 32 de la Ley 599 del 2000.
47. Para la mayoría de los doctrinantes, se entiende por legítima defensa o defensa propia, la acción por la cual una o más personas repelen la agresión de otra u otras de tal suerte que causan un daño; en principio, castigo por las normas penales, que el legislador considera como eximente de la falta o delito; igualmente, puede definirse como acción justificada, la que ejerce un sujeto con el propósito de protegerse ante la amenaza de una agresión inminente, lo que demanda de una defensa personal frente al caso concreto.
¿Qué se requiere para que se dé la legítima defensa?

1. Que la respuesta a la agresión sea proporcionada.
2. Que se haga para defender la propia integridad o la de personas en peligro, especialmente si son familiares o al cuidado del que la alega.
3. Que se haga en el momento de cometerse la primera agresión y no después como venganza.

La legítima defensa puede ser propia o ajena y sus requisitos son:

1. la agresión ilegítima: 1.1 todo acontecimiento injusto que pone en peligro intereses jurídicamente protegidos; no son sólo acometimientos físicos, también atentados contra derechos; cabe legítima defensa tanto de personas jurídicas como de personas físicas. 1.2 tiene que haber un riesgo real y actual; no basta con que el que se defiende crea que existe un peligro, es preciso que la agresión ilegítima sea provocada, no solo figurada; además el peligro ha de ser actual, la defensa ha de producirse en el momento donde se produce el peligro, si la defensa no es actual no será defensa sino venganza.
2. Necesidad Racional del medio empleado. Se exige una defensa bastante y suficiente para repeler la agresión, una defensa adecuada y racional a la experiencia humana, para lo que se parte del hombre medio.
Hay Jurisprudencia según la cual, si hay medios menos lesivos para repeler el injusto no puede aplicarse legítima defensa; en tal situaciones habría que valorar elementos subjetivos de porqué se excede de esa racionalidad; el sujeto se puede encontrar en un estado anímico especial o un estado de miedo que impide reflexionar con claridad; hay otra parte que entiende que la fuga es el medio racional, aunque esto implica que el injusto agresor continuará otro día con la agresión.
3. Falta de provocación suficiente
Cuando no hay provocación suficiente no puede haber agresión legítima por parte del provocado y será éste el injusto agresor; si hay provocación

suficiente, el provocador no puede ampararse en la legítima defensa si el provocado comete una agresión ilegítima; la riña mutuamente aceptada excluye la legítima defensa, en el duelo ambos son agresores ilegítimos y provocadores suficientes.

Para la doctrina y la jurisprudencia, la *fuerza mayor* y *el caso fortuito como causal excluyente de responsabilidad*, han dicho que “la fuerza mayor o el caso fortuito, como fenómeno jurídico que constituye la exclusión de responsabilidad en materia disciplinaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28, numeral 1°, cuenta con el mismo tratamiento por el Código Penal en su artículo 32 coincidiendo en que para su configuración debe presentarse por lo menos una de las siguientes exigencias: que se trate de un hecho imprevisible, el cual se convierte en irresistible y por ende no querido o que se trate de un hecho previsto o al menos previsible, el cual se califica de inevitable por su carácter de irresistible.

Tanto la fuerza mayor como el caso fortuito implican en principio la inexistencia de conducta, entendida como la primera de las categorías dogmáticas de la falta disciplinaria, pues en su desarrollo no influye la voluntad del agente, toda vez que se trata de situaciones no imputables al actuar doloso o culposo del agente. En efecto, en la fuerza mayor en el curso causal que da lugar a la producción del resultado no interviene la voluntad del hombre pues generalmente se da por fenómenos de la naturaleza, mientras que en el caso fortuito el hombre interviene en el curso causal que da lugar a la producción del resultado, pero no le es imputable ni siquiera culposamente.

Es claro que quien actúa materialmente violentado por una fuerza mayor no es dueño de su acto material, por lo tanto no existe una acción, sino una inacción, por tanto deberá declararse la ausencia de responsabilidad por falta de conducta disciplinariamente relevante. En el caso fortuito de igual manera existe ausencia de conducta disciplinariamente relevante pues la voluntad del agente está dirigida a algo diferente de lo que termina ocurriendo, en este evento el resultado se produce por la situación imprevista e irresistible. Una diferencia fundamental entre el caso fortuito y la fuerza mayor está en que en el primero el agente está más cercano a la imprudencia que en la segunda, en esta la persona interviene en el hecho o se abstiene de hacerlo, por la fuerza extraña de las circunstancias. (Esiquio Manuel Sánchez Herrera y A. Nataly Bermúdez Sánchez. OP.Cit. Págs. Págs 86 y 87)

Por su parte, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, ha fijado su criterio en relación con el contenido y alcance de la fuerza mayor como supuesto eximente de responsabilidad disciplinaria, el cual fue transcrito en un pronunciamiento de la Procuraduría Delegada para la Vigilancia y Policía Judicial, a saber:

“(…) La legislación colombiana ha equiparado la fuerza mayor y el caso fortuito, caracterizándolos como el imprevisto que no es posible resistir, artículo 1° de la Ley 95 de 1890.

Así, pues, la fuerza mayor como causal excluyente de responsabilidad, debe tener como notas características la imprevisibilidad y la irresistibilidad; es decir, no es que el hecho sea desconocido sino que por ser ocasional, no se sabe o no puede preverse cuándo ni en qué circunstancias puede presentarse, pero una vez presentado es absolutamente irresistible.

Como ningún acontecimiento en sí mismo considerado constituye fuerza mayor, cuando se trata de este fenómeno jurídico como liberatorio de responsabilidad, no solo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino también hay que indagar si reúne, respecto a la omisión del deber a que se estaba obligado, las características de haber sido imprevisible e irresistible(...)."

Lejos de reivindicar cualquier suceso extraordinario como causal de fuerza mayor, este eximente de responsabilidad impone para su consumación tanto que el hecho fortuito sea ajeno al control del agente que se enfrenta a semejante cadena causal, como que tal suceso responda a las características de imprevisibilidad e irresistibilidad respecto de las consecuencias desencadenadas. Concepto ante el Consejo Superior de la Judicatura del 12 de noviembre de 2003. Referencia No.11001 11 02 000 2002 02315 01.

48. Álvarez Montáñez, Javier Alcides (2000). Colección, Derecho Comercial Integrado, Tomo I, Parte General. Editorial cografisph, S.A. Bogotá – Colombia.
49. Artículo 28 y 32 de la Ley 599 del 2000.
50. Cfr. Ordinales 6 el artículo 32 de la ley 599 del 2000.
51. Cfr. Confrontar artículo 32 numeral 6 de la ley 599 del 2000.
52. Moliner, María, (1998) Diccionario del Uso del Español, Editorial Gredos.
53. Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso no. 23157 del 30 de mayo del 2007.
54. El estudiante debe ubicar el artículo correspondiente de la Ley 599 del 2000.
55. No se puede reconocer la obediencia debida si se trata de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. Ley 599 del 2000 y Ley 906 del 2004.
56. Téngase en cuenta que quien excede los límites de las causales 3 a 7, incurre en pena no menor de la sexta parte del mínimo, ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.
57. 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.
58. Es el error de falsas creencias, frente a lo cual se sugiere el feedback como indicador, por tanto se tiene que no hacer el seguimiento del error, o confiar que las buenas ideas actúen por sí mismas, además de no tener buen trato con la gente que es lubricante social, no comparar expectativas ni resultados, no detectar las causas o no saber lo que se quiere en un momento dado.
59. El error de prohibición, las falla en el conocimiento del agente, no reside en los elementos estructurales del modelo de conducta prohibida por la ley penal, las cuales conoce, sino en la asunción que tiene acerca de su permisibilidad.
60. La legítima defensa putativa, como instituto, es definido por la necesidad de conservar el orden jurídico y garantizar el ejercicio del derecho, dado que se basa en el principio de que nadie es obligado a soportar lo injusto, esto es, ante una situación conflictiva en que le es dado actual legítimamente al sujeto, dado que el derecho no posee es otra forma para garantizarle sus derechos, Conf. Zaffaroni Eugenio Raúl, "Manual de derecho penal, parte general", Pág. 489, Ed. Ediar, 1999.

La legítima defensa putativa es la defensa que se utiliza para repeler una agresión imaginada, no real y objetivamente inexistente.

Resulta en el caso que el sujeto que se defiende lo hace en función de creer que está actuando en legítima defensa. En esta circunstancia se genera un error en la creencia de la situación. Para salir sin culpa de evento debe probarse que el error en que se incurrió es esencial y no negligente; este error debe ser invencible, esto es, el sujeto tuvo que poner toda la diligencia y prudencia que tuvo a su alcance para poder evitar la situación de error en ese momento.

Se ha dicho que “hay defensa putativa cuando un sujeto obra contra otro que cree su agresor, el que, en verdad, no le ataca ilícita, grave o inminentemente, siendo en consecuencia, el agredido imaginario el verdadero agresor”. Conf. “Dolo, Error y Eximentes Putativas”, Carlos A. Tozzini; ps. 49 y ss.; Ed. Depalma; 1964.

Se trata aquí de un caso de error, originado en una equivocada estructuración de los datos sensibles, y que el error para ser tal, ha de ser siempre inconsciente.

Al respecto, Zaffaroni se refiere al delito putativo expresando que: “Se llama a todos los casos de error al revés, en que el sujeto cree que existe lo delictivo objetivo y en realidad falta”. Conf. Zaffaroni Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal, parte general”, Pág. 548, Ed. Ediar, 1999. También lo llama delito imaginario o ilusorio. “(...) Hay un delito imaginario cuando alguien supone que hay elementos del tipo objetivo que no existen (...) como cuando alguien ignora que tiene permiso para defenderse legítimamente”. Conf. Zaffaroni Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal, parte general”, Pág. 548, Ed. Ediar, 1999.

La verdadera legítima defensa es objetiva o real, es decir, se ejercita para repeler una violencia grave e injusta que materialmente existe. Al lado de la legítima defensa ha elaborado la doctrina la institución de la legítima defensa putativa o subjetiva, acogida por la jurisprudencia.

La palabra putativa deriva del latín “Putate”, que significa pensar, creer, suponer o juzgar acerca de algo. La defensa putativa se presenta cuando por un error sustancial de hecho, por una equivocada interpretación de una circunstancia, el sujeto cree hallarse en la necesidad de defenderse, sin que exista realmente ningún peligro. Se obra de buena fe, en la errónea opinión de que un mal amenaza y que se está ejerciendo una reacción proporcionada a él y en las condiciones de justificación.

La defensa putativa, explica Jiménez de Asúa “es la creencia en que nos hallamos atacados y que, subjetivamente nos hace pensar que es necesario la defensa”. Conf. Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal.

Es decir que cuando alguien imagina (racionalmente) que le amenaza un peligro grave e inminente, y reacciona con medios adecuados para evitar el perjuicio que le seguirá de esta amenaza; pero tal peligro no existió en la realidad, existiendo puntualmente legítima defensa putativa.

Desde luego que para que exista este tipo permisivo, es necesario que el error del agente encuentre un justificativo racional, que puede ser determinado por las circunstancias de hecho que configuran el caso, y aún por las especiales circunstancias subjetivas del deudo atacado.

Analicemos ahora sumariamente un tema de suma importancia, cual es el error en la legítima defensa. El error en la legítima defensa putativa.

Una aproximación sobre la palabra "error" nos indica que es el falso conocimiento que se tiene acerca de un objeto. Como afirma Zaffaroni: "resultará que todo falso conocimiento que recaiga sobre los elementos del tipo o bien sobre la comprensión de la antijuridicidad nos enfrentará con el problema del error en general". Conf. Código Penal"; Baigún, Zaffaroni, Terragni y ots.; ps. 531, tomo 1; Ed. Hammurabi, año 1997.

En este contexto es importante distinguir el error de tipo del error de prohibición; ya que el error de tipo versa sobre los elementos constitutivos del tipo penal, mientras que el de prohibición recae sobre la antijuridicidad de la conducta.

En el error de tipo el autor no sabe lo que hace, en el de prohibición sabe lo que hace pero no lo considera contrario a derecho. Un ejemplo común entre los autores es el del cazador que dispara a un hombre creyendo que apunta su arma a un oso, como no sabe que se trata de un hombre y, por lo tanto, no tiene la finalidad de matarlo, esto es el error de tipo; pero en cambio si la víctima de una agresión que dispara su arma contra la persona que considera la autora del ataque, sabe que se trata de un hombre y quiere dirigir su conducta contra este hombre, pero considera que lo hace legítimamente o de forma no contraria a derecho porque no se da cuenta de que en realidad no es su agresor; esto es el error de prohibición.

Frías Caballero enseña que: "el error es una representación falsa del objeto, un conocimiento equivocado. Es un estado positivo". Para Ricardo Núñez "es la falsa noción del autor respecto de un hecho cometido". El error es un estado cognoscitivo. Es un conocimiento positivo distinto (equivocado) en relación a algo, o supone ausencia de conocimiento de ese algo. El análisis de la cuestión del error en la legítima defensa, impone una breve remisión sobre dos teorías.

61. Código Penal Militar Colombiano.

62. Cfr. http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6_definitiva/tesis_48.pdf. Tesis para grado de Abogada, presenta por Jenny del Carmen Cermeño Petro. Titulada El Fuero Penal Militar en Colombia. Pontificia Universidad Javeriana e Colombia.

63. Cfr. Código Penal Militar.

64. Código Penal Militar Colombiano. Al decir de los doctrinantes, la tendencia inequívoca que cabe reconocer en el desarrollo de reglas generales de la punibilidad en el contexto del derecho penal internacional, que propugna una restricción de la eficiencia y eficacia eximente del cumplimiento de órdenes por parte de un subordinado, no es razón suficiente para relativizar que en el contexto del derecho debe reconocerse el carácter justificado del cumplimiento de tales órdenes en tanto se satisfagan las condiciones enunciadas en el ordenamiento penal militar, por lo que a manera de ilustración, debe examinarse lo regulado en el artículo 33 del Estatuto de Roma, que plasma justamente lo relacionado con "órdenes superiores y disposiciones legales", esto es:

- ✓ Quien hubiese cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que: a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate; b) No supiera que la orden era ilícita; y c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.
 - ✓ A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas”.
65. Nota de los autores, los fragmentos entre comillas, fueron bajados de la página de Internet identificada con el siguiente link, sin que se diera noticia de su autor, “C:\DocumentsandSettings\estandares\Escritorio”
66. Nota de los autores, los fragmentos entre comillas, fueron bajados de la página de Internet identificada con el siguiente link sin que se diera noticia de su autor, “C:\Documents and Settings\ estándares\ Escritorio”
67. Nota de los autores, los fragmentos entre comillas, fueron bajados de la página de Internet identificada con el siguiente link sin que se diera noticia de su autor,
“C:\DocumentsandSettings\estandare\Escritorio\LaPunibilidad 12.mht”
68. Nota del los autores, los fragmentos entre comillas, fueron bajados de la página de Internet identificada con el siguiente link sin que se diera noticia de su autor, “C:\DocumentsandSettings\estandares\Escritorio\ La Punibilidad 12.mht”
69. El estudiante debe ubicar la cita en la legislación penal colombiana.
70. La condicionalidad objetiva está constituida por requisitos que la ley señala eventualmente para que se pueda perseguirse el delito. Algunos autores dicen que son algunos requisitos de procedibilidad o perseguibilidad, mientras que para otros son simples circunstancias o hechos adicionales, exigibles, y para otros más constituyen un auténtico elemento del delito. Jiménez de Asúa, los denomina condiciones objetiva de punibilidad, para quien son: son presupuestos procesales a los que a menudo se subordinan la persecución de ciertas figuras de delito.... Según la doctrina, las condiciones objetivas son, elementos del tipo; a veces tienen que ver con la intencionalidad del sujeto, otras con aspectos referentes a la perseguibilidad, entre otras.; como las circunstancias atenuantes en el derecho comparado opera en beneficio del cónyuge ofendido por infidelidad conyugal, caso en que se requiere que él no coopere en la corrupción de su cónyuge.
71. Pérez Panzón, Álvaro Orlando, y otros, (2009) “Curso de Criminología”, Ediciones Temis, Bogotá Colombia.
72. Pérez Pinzón, Álvaro Orlando y Pérez Castro Brenda Johanna, (2009) en su “Curso de Criminología”, Editorial Temis, dice “reincidencia o recaída en el delito. Es el acto por el cual una persona que ya ha delinquido o se ha portado antisocialmente repite su conducta contraria a la ley o al querer social mayoritario. Es la reiteración de acciones u omisiones reprobadas”.

73. Cfr. Con Pérez Pinzón y otro, (2009) Curso de Criminología. Pág. 19
74. Cfr. Valdès Carlos (2008), "Manejo de la Escena de la Conducta Criminal", Modulo 10 para la Fiscalía General de la Nación, Capítulo 1.
75. Alvarez Montáñez, Javier Alcides (2010), "Importancia de la Semiótica en las Practicas Penales" Editorial Jam, Bogotá Colombia.
76. Valdez, Carlos, (2012) Concepto. Director del Instituto Colombiano de Medicina Lega y Ciencias Forenses de Bogota Colombia. Los demás son indiciarios.
77. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Casación 17089 – 2002 "de la disposición del artículo 31 del código penal, se entiende que el legislador del 2000, institucionaliza las siguientes figuras: a) concurso material o real "considerando como la modalidad natural de los concursos, pues varias acciones dan lugar a varios delitos. Es el que se presenta cuando una misma persona comete varios delitos susceptibles de encajar en un mismo precepto penal o en varios, los cuales deben guardar una completa autonomía o independencia, tanto en el plano subjetivo como en el objetivo. En esta caso no hay unidad de acción sino acciones omisiones independientes y se aplican los tipos respectivos puesto que no son excluyentes".
- Concurso ideal o formal, "se presenta cuando con una sola acción se produce la comisión de dos o más delitos. Se da cuando una misma persona con una sola acción u omisión comete varios delitos y para efectos de la valoración jurídica del hecho el funcionario judicial encuentra que existen dos o más disposiciones que no se excluyen entre sí, que toman en consideración algunos aspectos distinto de él, los que solo en su conjunto agotan el contenido antijurídico".
- c) el delito continuado, se tiene como una figura autónoma, independiente y por tanto no forma parte del concurso de delitos, así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, auto del 25 de junio del 2002, Radicación 17089.
- En cuanto al delito masa, se considera como una especie de delito continuado, aunque con la limitante a las acciones dirigidas a la afectación del patrimonio económico de un colectivo humano; es decir, que hay lugar a ello, cuando el sujeto activo realiza una pluralidad de actos que implica un multiplicidad de infracciones a un tipo penal, lo cual se ejecuta de conformidad con un plan que tiene por objetivo afectar el patrimonio.
78. http://www.cruzrojacolombiana.org/publicaciones/pdf/Manual_servidores_publicos_1472010_095913.pdf.
79. Código Penal Esquemático, Pedro Alfonso Pabón Parra, ED Doctrina y Ley, 2012.

