

# Algunos problemas básicos de la teoría del delito

*Some basics problems of theory of crime*

Rodrigo Orjuela García\*

## Resumen

Sea lo primero señalar que los problemas básicos de la teoría general del delito a la luz de la Dogmática jurídico penal y el sistema del derecho penal, son múltiples, atendiendo a las diversas posiciones jurídicas intelectuales que se plantean en el mundo académico, legislativo y judicial, y por supuesto frente a la realidad del comportamiento humano. Además de lo anterior siempre he sentido que independientemente de las posiciones jurídicas de los grandes pensadores del derecho penal, siempre deberá primar el ser humano sobre la norma penal, en últimas el creador de la norma penal y de los conceptos jurídico-penales es el hombre para aplicársela al hombre, por lo tanto la ley penal no puede oprimir injustamente a la persona humana, si bien es fundamental como instrumento de control social, creemos que existe un exceso de derecho penal objetivo y de derecho punitivo en especial, que permite a los gobernantes de turno claras aproximaciones al autoritarismo y despotismo legal. No obstante lo anterior, hemos seleccionado algunos de los problemas que mayor inquietud han despertado en nuestro trasegar profesional y docente, dentro del gran universo de problemas que pueden existir. Así: Posición de garante-Omisión Impropia, Derecho penal del enemigo en la punibilidad de los actos preparatorios y Equivocidad entre el Dolo eventual y Culpa con representación.

Palabras claves: Posición de garante, solidaridad social, abstracta configuración, equivocidad, fundamentación principalista.

## Abstract

It should be noted that the basic problems of the general theory of crime in the light of the criminal legal doctrine and the criminal law system are multiple, taking into account the different intellectual legal positions that arise in the academic, legislative and judicial world, And of course against the reality of human behavior. In addition to the above I have always felt that regardless of the legal positions of the great thinkers of criminal law, the human being must always prevail over the penal norm, in the last case the creator of the penal norm and of the legal-criminal concepts is the man To apply it to man, therefore criminal law can not forget the human person, although it is fundamental as an instrument of social control, we believe that there is an excess of objective

\* Abogado de la Universidad Libre; Magíster en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Bogotá; Especialista en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Libre de Bogotá; docente Universidad Libre. Correo electrónico: Rodri22@hotmail.com

criminal law and punitive law in particular, which allows the rulers Of turn clear approaches to authoritarianism and legal despotism. Notwithstanding the foregoing, we have selected some of the problems of greatest concern that have arisen in our profession and teaching, within the great universe of problems that may exist.

**Key words:** Position of guarantor, social solidarity, abstract configuration, equivocality, principalist fundamentalism.

## 1. Introducción

Partiendo de considerar a la dogmática de la teoría general del delito como parte nuclear de todas las exposiciones de la parte general del derecho penal, nos corresponde abordar algunos problemas que consideramos son de gran importancia dentro de la dogmática de la teoría general del delito.

Así seleccionamos la posición de garante con la finalidad de analizar su fundamento constitucional; igualmente el cuestionamiento al derecho penal del enemigo desde el ámbito de los tipos penales en abstracto, y por último la equivocidad en la interpretación del dolo eventual con la culpa con representación que viene desarrollándose por la H. Corte Suprema de Justicia en Sede de Casación Penal.

## 2. Problema de investigación

¿La dogmática jurídico-penal logra estructurar la totalidad de los cono-

cimientos que componen la teoría del delito en un verdadero sistema del derecho penal?

## 3. Estrategia metodológica

El método aplicado al presente ensayo es dogmático, sin dejar de lado el ámbito socio-jurídico y el quehacer interdisciplinario de las corrientes filosóficas progresivas del Derecho Penal.

## 4. Resultados y hallazgos

### 4.1 Posición de garante – Omisión impropia

Nuestro Código Penal en su Artículo 25, reglamenta las posiciones de garante o garantía, las materializa, lo cual implica en la práctica humana nuevas cargas o deberes jurídico-penales que tenemos todos los ciudadanos bajo los caros principios constitucionales y legales, como el de solidaridad social, el de tipicidad, entre otros.

Indiscutiblemente este eje temático nos presenta una problemática especial a la luz de las conductas punibles de omisión que tiene fundamento en el Artículo 10 del C. Penal que consagra la norma rectora de la tipicidad, y por supuesto el deber jurídico que impone el tipo penal de omisión tendrá que estar consagrado y delimitado en la Constitución Nacional o en la ley, de forma clara, expresa e inequívoca.

En efecto ese deber jurídico es creado por el legislador, y el mismo no puede quedar equivoco, ambiguo o impreciso, toda vez que así mismo daría lugar a consecuencias injustas y contradictorias.

Igualmente, desde el enfoque constitucional, debemos efectuar un breve análisis de las posturas que surgen con ocasión al Artículo 95 No. 2, que nos señala dentro de los deberes de la persona y el ciudadano, el “obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”. Al respecto creemos como gran parte de la doctrina, que este fundamento jurídico-constitucional sólo es aplicable en la típica omisión propia, que imperativamente establece los deberes jurídicos elevados a la categoría de tipo penal autónomo, que no sólo apuntan a proteger el bien jurídico tutelado de la vida e

integridad personal, sino también a lograr los fines de la Constitución nacional, tales como la pacífica convivencia social.

Ahora bien, enfocándonos exclusivamente en la Omisión impropia, el sustrato jurídico de este deber no es un simple dejar de hacer algo, sino que se estructura jurídicamente en un “no hacer algo que determina la norma jurídico-penal”, es decir que el grupo social espera una determinada conducta del ciudadano frente a una situación determinada de riesgo para el bien jurídico tutelado de un ser humano, que de no realizarla teniendo la posibilidad real de hacerla lo hace responsable penal. Y desde el ámbito de esta responsabilidad penal, el no cumplir con este deber equivale a cometer el delito que pudiendo y debiendo evitar no lo hizo.

Debemos precisar y recordar que este deber es jurídico, no es moral ni metafísico, ni social y el mismo está dirigido a la protección de un determinado bien jurídico, que ante una situación especial o fuente material de posición de garante el ciudadano está obligado jurídicamente a cumplir.

Teniendo claro que la posición de garantía sólo emerge en la omisión impropia y no en la propia, a partir de que en la propia estamos frente a un deber jurídico que el legislador ha

elevado a la categoría de tipo penal autónomo en la parte especial del Código Penal (ej. Omisión de Socorro), y la omisión impropia se fundamenta en un deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica, es decir impedir en lo posible la comisión de un delito de acción que está pre establecido como tal en la parte especial; es decir la omisión impropia comparte los mismos elementos del tipo penal de acción que debía impedir y tuvo ocurrencia; se debe entonces analizar el problema que presenta esta forma de consagración legal, si bien debemos considerar que el comportamiento omisivo no está expresamente referido en el tipo, tipo penal que describe un comportamiento activo, y que se debe acudir a la cláusula o teoría de la equivalencia desde una óptica valorativa. Así mismo no podemos evadir un marcador jurídico diferenciador en cuanto al sujeto activo en la omisión impropia - posición de garante -, el cual es un sujeto activo cualificado que adquiere el nombre de garante.

---

156

Esta equivalencia entre acción y omisión, no es de recibo por todos los estudiosos del derecho penal, como quiera que se cuestiona la relación causal entre la acción y la omisión, pero a su vez aceptamos que el C. Penal ofrece solución relativa al plantear

taxativamente las fuentes materiales de posición de garante y de limitar al mismo tiempo su espectro de aplicación a los tres (3) más caros bienes jurídicos tutelados que tenemos los seres humanos.

En efecto consideramos que, con ocasión a la misma dificultad valorativa-normativa de la responsabilidad penal por la omisión impropia, el legislador se vio abocado a limitar el alcance de esta equivalencia a sólo tres (3) bienes jurídicos tutelados como lo son la vida e integridad personal, la libertad y formación sexual y la libertad individual.

Debemos señalar que otro problema que nos presenta este tópico, es el de analizar si efectivamente el legislador penal no debería desarrollar legalmente el tema de las posiciones de garante, atendiendo a que las funciones sociales son inherentes al ser humano por el sólo hecho de vivir en sociedad, y las mismas dan lugar a ser exigidas sin recurrir a la norma.

El tratadista LEON DUGUIT, a quién se le atribuye la idea de solidaridad social, expreso que todo individuo tiene una carga funcional frente al grupo social, es decir "la obligación social de cumplir una cierta misión o función social" de la cual depende la cohesión social (Duguit Leon, 1926).

Consideramos igualmente, que esta categoría de la posición de garante y en especial la consagración de las fuentes materiales de posición de garantía, bajo la exclusiva filosofía de las funciones sociales del individuo podría violentar el principio de legalidad, al no estar descritas claramente las hipótesis de estas posiciones o situaciones que dan lugar la posición de garante, y no obstante una interpretación progresiva o evolutiva, en un Estado de Derecho como el nuestro, desafortunadamente quedaríamos los coasociados a la decisión subjetiva del juez penal de turno, máxime cuando observamos una tendencia peligrosa para el grupo social, como es la de la cada vez más fuerte politización de los entes judiciales (Léase: Juzgados, Tribunales y Altas Cortes).

Es importante traer a la discusión científica, las apreciaciones jurídicas de la Corte Constitucional quién señalo, aceptando desde siempre que los deberes constitucionales son exigibles por ley al ciudadano, y dentro de estos el de solidaridad, que “resulta inconstitucional permitir que los deberes tengan una fuente distinta de la Constitución o la ley”. (Corte Constitucional, 2002).

Consideramos que indiscutiblemente las funciones sociales (solidaridad social) requieren para su efectivo

reconocimiento, un soporte normativo, que implique para la posición de garante y sus fuentes materiales, la no vulneración del principio de legalidad y evitar un exceso de discrecionalidad para el intérprete judicial.

Ahora bien, finalmente podemos concluir que, si bien el Estado Social de Derecho Colombiano nos revela claros postulados de solidaridad social en muchos de los campos, sin desconocer el libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, debemos enfatizar que, para el efecto dogmático de la posición de garante, se debe aceptar y apoyar la tesis de que para estructurar la posición de garante o las fuentes materiales de esta, se requiere un desarrollo legal-normativo, taxativo y de rango constitucional.

#### 4.2 Derecho penal del enemigo en la punibilidad de los actos preparatorios

Dentro de las problemáticas de la dogmática jurídica se encuentra el concepto de derecho penal del enemigo al penalizar actos preparatorios y concretamente para fines de este escrito, los delitos en abstracto, los cuales en su estructura han sido polémicos. Ahora bien, es necesario dejar claro que es un problema de la dogmática jurídica, en tanto esta

se compone de cuatro elementos, como los son los hechos, normas, jurisprudencia y doctrina<sup>1</sup>.

Es así que en el problema anteriormente referenciado estamos ante un elemento de la dogmática jurídica, esto es, la doctrina, ya que, existen teorías que permiten inferir que el castigo de conductas en etapa de “iter-criminis” o en conductas en las cuales no son evidentes los medios o actos idóneos pueden ser castigadas por estar basados en la configuración legislativa que tiene asidero en el “ius puniendi” del Estado.

En ese orden de ideas una de las características del derecho penal del enemigo consiste en que “el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades

de sancionar conductas muy alejadas de la lesión del bien jurídico” (Muñoz, 2008, p. 175), según lo anterior se puede decir que las características del Derecho penal del enemigo son:

- a) castigo de delitos en fase preparatoria.
- b) los tipos ya existentes, suelen tener adiciones en el tiempo de los castigos.
- c) las penas son desproporcionadas.
- d) la inobservancia de algunas garantías de tipo procesal.

Dentro de estos tópicos que dan cuenta del derecho penal del enemigo y su exigencia dentro de la problemática establecida, tomaremos el castigo de los actos preparatorios en su especie de delitos de peligro en abstracto.

#### 4.3 Tipos penales de peligro en abstracto

En estos tipos penales no existe un efectivo peligro al bien jurídicamente tutelado como en los tipos de peligro en concreto, sencillamente se hace una presunción de derecho debido a los peligros generales que planteó el Estado en defensa del orden económico, mediante los medios de comunicación masiva, por ejemplo.

Para Zaffaroni se pueden tomar los tipos penales en abstracto en dos sentidos: 1. En cuanto, se crean tipos penales basados en garantizar,

<sup>1</sup> Al respecto el profesor Huber Bedoya anota: Así pues para nosotros la “dogmática” es el resultado quizás espontáneo de reunir o articular no necesariamente de manera simultánea ni en similares proporciones cuatro elementos perfectamente reconocibles como son: “hechos” “normas” “jurisprudencia” y “doctrina”. Por supuesto, no será indispensable detectar en cada manifestación “dogmática” la presencia de los cuatro elementos mencionados, ni será necesario un mínimo de estos para que se dé “un caso” de “dogmática”, sino que esta surgirá, a veces a partir de uno solo de ellos aunque, no pocas veces mediante la participación de todos.

la paz general, el bien público como resultado del aseguramiento a los bienes jurídicos tutelados, o 2. Cuando son creados bienes jurídicos denominados intermedios, ello para establecer que en el momento que se produce la lesión se deben poner en peligro otros bienes jurídicos, o con la elevación a conducta punible el acto preparatorio de otro tipo penal, quedando habilitado para estas conductas el amplificador del tipo (Zaffaroni, 2005, p. 371).

Dentro del sistema de fuentes del ordenamientos jurídico colombiano, y las tesis contrarias a la creación de tipos penales que castigan la comisión de conductas en fase preparatoria en su especie de delitos de peligro en abstracto, ha sido abordado por la Corte Constitucional en la sentencia C-939 de 2002, la cual estableció los derroteros de configuración legislativa penal, a saber:

- Deber de observar la estricta legalidad.
- Deber de respetar los derechos constitucionales.
- Deber de respetar los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Por lo que de manera intrínseca, la Corte Constitucional permite un margen de amplitud relevante al legislador penal, destruyendo la teología fundamental del derecho

penal, en cuanto es una barrera de limitación al ius puniendi, ya que al permitir parámetros tan abstractos de configuración legislativa, se ponen en peligro las diversas estructuras del derecho penal y en consecuencia las garantías que este contiene para los asociados.

Por otra parte los delitos de peligro en abstracto, dan cuenta del desbordamiento del Estado en su función punible, que más allá de proteger los intereses de sus asociados, responde a políticas criminales de tinte internacional y económico, para los cuales los sujetos que comisionan ciertas conductas afectan en mayor medida los intereses económicos del mercado y por tales motivos merece no solo mayor señalamiento sino que deben ser reprimidos con mayor severidad, dentro del principio de prevención general de la pena, mediante la creación de tipos que castigan la fase preparatoria.

#### 4.4 Equivocidad en el sistema penal colombiano, entre el dolo eventual y la culpa con representación

---

159

Dentro de las diferentes problemáticas que se presentan en la teoría jurídica del derecho y en la dogmática penal, se encuentra la equivocidad del sistema normativo o la colisión

de enunciados normativos con textura de regla. Es importante tener en cuenta que el derecho penal por su fundamento filosófico alemán, se enmarca dentro de una pretensión de establecer sistemas universales que abarquen todos los entes existentes, esto se evidencia en ley 599 del 2000, en el artículo 10 (diez), el cual establece los parámetros de la estructura del tipo, dentro de los que se encuentra la inequivocidad de los tipos penales.

En la actualidad existe una polémica relevante alrededor de las modalidades de la conducta punible, en este caso concreto entre el dolo eventual y la culpa con representación. El dolo eventual tiene distintas connotaciones de acuerdo a la teoría que se elija, en un primer momento el dolo eventual se define cuando el sujeto no quiere el resultado típico, pero lo acepta, o lo consiente, o carga con él, no obstante habérselo representado como posible o probable.

Ahora bien, el dolo eventual se ha definido desde en esencia por dos posturas teóricas, la primera es denominada la teoría de la voluntad del dolo eventual, la teoría de la voluntad o del consentimiento y la teoría de la probabilidad o de la representación. La primera hace referencia a que la conducta es dolosa cuando el sujeto es consiente en la posibilidad del

resultado típico, en el sentido de que lo aprueba, y se aplicara la modalidad culposa con representación cuando el autor se aferra a la posibilidad de que el resultado no se producirá; la segunda se explica en el sentido que existe dolo eventual cuando el sujeto de la conducta se representa como probable la realización del tipo objetivo, y a pesar de ello decide actuar, con independencia de si admite o no su producción. Y es culposa cuando no se representa esa probabilidad, o la advierte lejana o remota.

Dentro de la teoría de la probabilidad no importa la actitud interna del autor de aprobación, desaprobación o indiferencia frente al posible resultado, sino el haber querido actuar pese a conocer el peligro inherente a la acción, y teniendo claro que la Corte Suprema de Justicia en sede de Casación Penal, ha utilizado esta teoría “*no dejan duda del peligro potencial objetivo de su accionar, de su temeridad y del absoluto desprecio por la vida de quienes en ese momento transitaban el lugar*” (Corte Suprema de Justicia, 2010, Rad. 32964) y, en otras situaciones acogió la teoría de la voluntad. Deja una situación de inseguridad jurídica por equivocidad, entre otras cosas porque no se evidencia una fundamentación principialista (mandatos de optimización en la constitución) del por qué se opta o no, por alguna de las dos teorías que dan sentido,

tanto al enunciado normativo de las modalidades de la conducta punible (art 21 del C. Penal), que a su vez da sentido a los enunciados normativos de los tipos penales que se encuentran en la parte especial, en su aspecto subjetivo, dejando una serie de dudas al momento de realizar el juicio de tipicidad.

De esta situación se observa que el intérprete se enfrenta a varios problemas por la equivocidad del sentido que se le debe dar al dolo eventual y también a las diferencias que establece cada teoría del dolo eventual respecto a la culpa con representación. Así mismo por ser modalidades de la conducta punible, al demarcar los derroteros del elemento subjetivo de los tipos penales, conduce a la formación de varias interpretaciones de los tipos penales para casos que se encuentran dentro de las mismas polémicas dogmáticas.

Así las cosas, es necesario establecer una justificación desde los principios fundamentales establecidos en la constitución que den cuenta de cuál es la teoría más apropiada para el modelo de Estado y los fines de la Constitución Política Colombiana, a fin de configurar la validez de la teoría a aplicar, ya que no es válido elegir alguna de las dos teorías, sin fundamentar las razones que llevan a ello.

## 5. Conclusiones

Formulado el problema de investigación nos correspondió resolver y en otros casos reforzar varias afirmaciones e inquietudes dogmáticas de conformidad con las principales tendencias y corrientes de la teoría del delito.

- a) Una de las propuestas más complicadas que se encuentra en la dogmática de la Teoría general del Delito es la de creación y evolución de un sistema completo del derecho penal.
- b) Las funciones sociales (solidaridad social) requieren para su efectivo reconocimiento, un soporte normativo, que implique para la posición de garante y sus fuentes materiales, la no vulneración del principio de legalidad y evitar un exceso de discrecionalidad para el intérprete judicial.
- c) Los delitos de peligro en abstracto, dan cuenta del desbordamiento del Estado en su función punible, que más allá de proteger los intereses de sus asociados, responde a políticas criminales copiadas e impuestas por los Estados poderosos, de allí el reproche punitivo en fase preparatoria de algunas conductas.

- d) Dentro de las diferentes problemáticas que se presentan en la teoría jurídica del derecho y en la dogmática penal, se encuentra la equivocidad del sistema normativo o la colisión de enunciados normativos con textura de regla.
- e) Para establecer una justificación –Dolo Eventual y/o Culpa con Representación– desde los principios fundamentales establecidos en la constitución que den cuenta de cuál es la teoría más apropiada para el modelo de Estado y los fines de la Constitución Política Colombiana, a fin de configurar la validez de la teoría a aplicar en un caso concreto.

## Bibliografía

- Bacigalupo, E. (1996). Manual de Derecho penal, Parte general. Santafé de Bogotá, Temis.
- Bedoya H. (2009). Dogmática como derecho. Bogotá. Universidad Externado.
- Colombia, (1991) Constitución Política.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-939 de 2002. Magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia Rad. 32964 de 2010: M.P. Dr. José Leónidas Bustos Martínez, Bogotá, veinticinco (25) de agosto de dos mil diez (2010).
- Duguit León (1926). La transformación del Estado. Madrid-España. Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera.
- Derecho Penal - Parte General. (2011). Universidad de Medellín.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. Ediciones Gustavo Ibáñez.
- Muñoz, F. (2008). De Nuevo Sobre el Derecho Penal del Enemigo. Argentina. Concept Design.
- Roxin Claus. (1997). Derecho Penal Parte General, Civitas.
- Temas fundamentales de Derecho Penal General, (2010). Universidad Libre.
- Velasquez V. Fernando, (2010). Parte General.
- Zaffaroni, R. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General: Temis.