

EL NORMATIVISMO EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Francisco Bernate Ochoa

I. INTRODUCCIÓN

La obra de Günther JAKOBS supone el inicio de la moderna teoría normativista del Derecho Penal y representa un cambio de paradigma frente a las concepciones ontológicas que dominaban la teoría del delito hasta su aparición.

A diferencia de sus antecesores, el normativismo establece la necesidad de que el Derecho Penal trabaje con conceptos normativos y abandone definitivamente los criterios ontológicos, lo cual encontrará su aplicación dentro de cada una de las categorías del delito.

En el presente ensayo, mostraremos la influencia que el normativismo ha tenido en la jurisprudencia colombiana. Igualmente, pondremos de presente como en algunos casos ésta ha tomado conceptos completamente diversos a aquellos que por los que aboga la teoría liderada por JAKOBS en asuntos medulares para esta corriente, como lo es la función de la pena.

Es necesario que nuestros tribunales asuman la imperiosa necesidad de tomarse en serio la aplicación de la teoría del delito en sus decisiones, pues no es adecuado un manejo impredecible e incoherente como el que actualmente se le está brindando dentro de nuestra institucionalidad a un asunto tan importante como lo es la dogmática jurídico-penal, diseñada como una garantía del ciudadano frente al poder estatal.¹

II. FUNCIONALISMO Y JURISPRUDENCIA

1. El funcionalismo sociológico en la jurisprudencia constitucional

a. El funcionalismo sociológico

Como se verá más adelante al momento de analizar el texto de la sentencia, la primera aproximación que hace nuestro Tribunal Constitucional al Funcionalismo sistémico, lo hace para encontrar en el mismo la explicación del límite entre lo político y lo jurídico.

¹ Más aún si se tiene en cuenta que la dogmática penal es un instrumento en contra de la arbitrariedad estatal que permite la previsibilidad de las decisiones y la aplicación igualitaria de la Ley.

Dentro de los textos de LUHMANN, la referencia a los derechos humanos se encuentra como un presupuesto para el funcionamiento de los sistemas y es esa la explicación que el mismo da al respecto, en tanto que los derechos fundamentales, más que funcionar como límites entre sistemas, operan como garantías del Individuo, quien a su vez constituye el presupuesto para que puedan formarse y desarrollarse otros sistemas como, por ejemplo, el derecho.

Se critica la teoría Luhmaniana el desconocimiento del ser humano como individualidad. Sin embargo ello no es cierto, en tanto que LUHMANN señala que la identidad del sujeto se constituye en el criterio identificador frente al medio, siendo la acción individual la constante identificadora². La personalidad se explica como una serie de criterios identificadores del propio comportamiento. Siempre el hombre tendrá múltiples posibilidades de actuación, pero escogerá aquellas que no desdigan de su actuar anterior y permitan una presentación coherente, como identidad y no como contingencia.³

La existencia de personalidades como sedes de comportamientos previsibles e imputación de expectativas sociales se encuentra ligada a un interés prioritariamente social, por lo que el propio sistema asume la protección de ese ámbito que le es necesario, surgiendo así la explicación de los derechos humanos.^{4 5}

El límite que el derecho no puede invadir en la órbita del hombre no lo da, como lo expresa la Sentencia bajo análisis, un límite entre los sistemas, sino por el contrario, el mismo lo encontramos en la distinción entre hombre, sujeto y persona.

En efecto, si las relaciones sociales tienen como propósito básico la búsqueda de sentido, el hombre como individuo surge a partir del momento en que se diferencia del mundo que lo rodea siendo esta la primera relación que establece⁶. En ella, el mundo será todo lo que el hombre “no es”, es lo que lo rodea y es su propia creación, siendo un entorno complejo, ante el cual el individuo enfrenta una situación de angustia, pues ese mundo se le impone como una realidad. Para superar esta situación, el individuo se incorpora a ese mundo, en búsqueda de sentido, lo cual supone previamente el reconocimiento por parte del entorno como individuo, su propio reconocimiento como algo distinto del mundo, y la necesaria identificación con los

² En contra, MIR PUIG, Santiago. *Sociedad, norma y persona en Jakobs*. En: Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional. Número 2. Legis Editores. Bogotá, 2003

³ GARCÍA AMADO. *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*. Editorial Universidad Externado de Colombia. P. 159

⁴ *Ibíd.* P. 159

⁵ En opinión de URBANO MARTÍNEZ, dentro de un sistema como el que aquí se defiende se prescinde de los derechos humanos fundamentales, lo cual es, en nuestro criterio, equivocado. Vid. URBANO MARTÍNEZ, *La legitimidad del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. P. 40.

⁶ GROSSO GARCÍA. Manuel Salvador. *El concepto del delito en el nuevo Código Penal*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2003. p. 330.

demás como semejantes, alcanzando así su propia subjetividad. Superado lo anterior, el hombre será reconocido y se produce su ingreso en el mundo, adquiriendo entonces el status de *Sujeto*.

Cuando el sujeto decide involucrarse en la sociedad siguiendo tanto las pautas de comunicación como las reglas para la transmisión de sentido previamente establecidas por el sistema social dentro del cual se produce la relación, logra establecer procesos comunicativos con otros individuos, apareciendo así el concepto de *Persona*.⁷

Así entonces, al Derecho le interesa el hombre como persona que interviene dentro de los procesos de comunicación, como ser social y en nada le interesa -ni debe interesarle- si situación como *Individuo* o como *Sujeto*. Encontramos entonces allí el límite que el derecho no puede nunca traspasar.

Por su parte, el límite entre sistemas dentro de la teoría Luhmaniana está dado por el *sentido*, que es una estrategia de selección de elementos o posibilidades a partir de un medio más complejo cuyos límites son los apoyos de esa selección. Su función es estructurar un campo de posibilidades bajo un esquema binario en términos de sí/no pertenece y, sirve para reducir la complejidad. El sentido es a su vez mutable en cuanto a la sucesión temporal de sus contenidos, y en cuanto a las configuraciones evolutivas de los sistemas. La relación entre los elementos se estructura gracias a que el sentido fija una barrera que le permite al sistema filtrar la complejidad de su medio, en tanto que de las relaciones ilimitadas que se dan en el sentido, solo aquellas que rebasen esa barrera serán relevantes. Ese orden permite la subsistencia del sistema y su reproducción.

b. La Sentencia C-319 del 18 de Julio de 1996

La mencionada Sentencia se ocupa de la compatibilidad con el ordenamiento superior del delito de enriquecimiento ilícito contenido en el artículo 148 del entonces vigente, Código Penal de 1980, subrogado por el artículo 26 de la Ley 190 de 1995.⁸

En criterio del Tribunal, se trata de un delito con origen constitucional, cuyo bien jurídico tutelado no es otro que lo que denomina *moral social*, por lo que lo considera ajustado e

⁷ *Ibíd.* P. 332.

⁸ Disponía el Código Penal. “ART. 148.—*El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.*

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado”

incluso, complemento adecuado de la Carta Política.⁹ Por lo anterior, resolvió declarar ajustadas a la Constitución las disposiciones acusadas.

Sin embargo, dentro del salvamento de voto de los Magistrados Carlos GAVIRIA DÍAZ y Alejandro MARTÍNEZ CABALLERO, encontramos la primera referencia que realiza nuestra Corte Constitucional al funcionalismo sistémico, en concreto, a las teorías de Niklas LUHMANN.

Los magistrados disidentes, si bien están de acuerdo con la declaratoria de exequibilidad de las normas acusadas, le reprochan a la sentencia la confusión en que incurre entre moral y derecho, lo cual —a su juicio— resulta sumamente *riesgoso* pues se resuelve la tensión entre política criminal y derechos fundamentales siempre a favor de la primera, con lo que se desconoce la filosofía de la Constitución de 1991.¹⁰

Pero para los efectos del presente escrito, resulta de interés la discusión que plantean los magistrados que salvan su voto en torno a si la Administración de Justicia debe involucrarse en la lucha contra la corrupción. En el texto mayoritariamente aprobado por la Sala de la sentencia, la Corte responde al interrogante anteriormente planteado de manera afirmativa. En contra, los disidentes consideran que ello es inapropiado y, acuden para sustentar sus argumentos, a la teoría sistémica.

Se refieren al lugar que ocupan dentro de la teoría de LUHMANN los derechos fundamentales, como estructuras intrasistémicas que constituyen límites al sistema del derecho frente a eventuales invasiones del sistema político. Así, el sistema jurídico y específicamente, el subsistema que dentro del mismo es el Derecho Penal, encuentran en los Derechos Fundamentales una barrera que les permite mantenerse a salvo de influencias provenientes del sistema político, con lo cual la justicia estaría a salvo.¹¹

⁹ “El bien jurídico protegido por esta norma es, ante todo, la moral social, bien jurídico objeto de expresa tutela constitucional. Se trata, en efecto, de un delito que lesiona gravemente este valor, que el constituyente de 1991 buscó preservar y defender, no sólo a través del precepto constitucional citado, sino de otros varios que se encuentran igualmente consagrados en la Constitución Política.”

¹⁰ “En la sentencia, el núcleo central de la argumentación —y de la decisión— está construido sobre la base de una confusión entre las esferas de la moral y el derecho; y desde allí, sobre la base de una confusión entre política y derecho. Es altamente riesgoso que en un pronunciamiento del juez constitucional, los contenidos de una norma jurídica y sus condiciones de regulación —en este caso los dos tipos penales que criminalizan el enriquecimiento ilícito—, no sean dados por la dogmática jurídico penal y por la dogmática constitucional, sino que esos contenidos sean definidos más con recursos ad hoc, tomados por fuera del propio derecho.”

¹¹ “La teoría sociológica de los sistemas, concretamente la sociología del derecho, elaboradas por el sociólogo alemán Niklas Luhmann, y sobre todo su visión de los derechos fundamentales como estructuras in-trasistémicas que sirven de límites permanentes del sistema del derecho, frente a la pretensión siempre mayor de invasión del sistema de la política al del derecho, constituye una gran ayuda para entender esta dimensión de confusión de esferas: el sistema del derecho, o un subsistema del mismo, como es el derecho penal, está incapacitado para ofrecer justicia, si en su funcionamiento es invadido por la política; la sobrepolitización es

2. El normativismo en la jurisprudencia constitucional

a. Introducción: El normativismo

La corriente normativista del Derecho Penal se nutre de los postulados Luhmanianos para aplicarlos a la dogmática penal. En efecto, superadas las corrientes ontológicas de la teoría del delito que abogan por la asunción de los conceptos tal y como se encuentran en el mundo del ser, aparece la teoría normativista en la que los conceptos del Derecho Penal se normativizan –de allí su nombre– según los fines y funciones que tenga el mismo dentro de la sociedad.

Así entonces, la legitimación del Derecho Penal debe encontrarse dentro de la sociedad cuya identidad normativa busca proteger. El derecho aparece dentro de la misma como un sistema que, como todos, busca reducir la complejidad.

En la teoría de los sistemas, la finalidad del sistema jurídico la constituye la utilización de perspectivas conflictuales para la reproducción y formación de expectativas de comportamiento congruentemente generalizadas en la temporal, material y social.¹²

Recordemos que para esta teoría el origen de los sistemas sociales se encuentra en la superación de la doble contingencia por medio de la formación de expectativas que permiten a los individuos orientarse y hallar vías de interrelación en medio de la cantidad de posibilidades que se abren en cada relación. Esa seguridad que hace esperable el comportamiento propio y ajeno bajo pautas comunes es el derecho¹³, en tanto que permite la generalización de expectativas dándoles un alcance que rebasa el tiempo, la situación y los partícipes de cada relación particular, permitiendo su vigencia como estructuras sociales.¹⁴

Si las estructuras de los sistemas sociales consisten en expectativas, hay una inseguridad presente pues estas podrán ser defraudadas por lo que es necesario contar con un mecanismo que permita el mantenimiento del sistema aún en tales casos.

contraria a la justicia como actuación consistente, coherente del sistema. Los derechos fundamentales son para el sociólogo, una "institución" que el sistema del derecho en su evolución ha incorporado y sin los cuales no es posible su funcionamiento. Estos impiden toda involución del sistema mismo; involución que es mirada por Luhmann como propiciatoria siempre de toda forma de autoritarismo. Al recurrir el derecho penal a la moral; al servirse de fórmulas como la "moral social" por ejemplo, por fuera de él mismo y como recursos ad hoc, se niega el sistema, se neutraliza su función, pues se bloquea con elementos extraños y que aquél no reconoce y no logra procesar. La moral, el derecho y la política son sistemas autodiferenciados cada uno de ellos respecto de los demás. Ninguno constituye el centro de la sociedad y cada cual debe "reducir complejidad"; es decir, tematizar y resolver los dilemas y problemas que se le plantean. Toda confusión de ámbitos y toda invasión de un sistema a otro, causa trastornos e involuciones que repercuten negativamente sobre el funcionamiento de toda la sociedad en conjunto."

¹² *La filosofía del derecho en Habermas y Luhmann*. Editorial Universidad Externado de Colombia. P. 168

¹³ GARCÍA AMADO. *Funcionalismo, teoría de sistemas y derecho penal*. P.238

El derecho no es un medio de evitar conflictos, sino de preverlos y prepararlos para encausarlos, en tanto que sus normas llevan implícita la previsión del conflicto gracias a la cual, le es posible reforzar las expectativas normativizadas, desencadenando los mecanismos tendientes a la imposición contrafáctica de las expectativas, que ahora aparecerán reforzadas para casos futuros¹⁵.

Así entonces, el derecho usa el conflicto para poder generalizar las expectativas¹⁶ y a su vez el conflicto encuentra en el derecho el elemento dinamizador que permite su evolución y adaptación a los cambios en el medio social¹⁷. Igualmente, el derecho sirve para dar a los conflictos un cauce comunicativo específico que evita su difusión indiscriminada en el medio social y la expectativa de coacción sirve para evitar una mayor violencia en el medio como forma de imponer pretensiones¹⁸.

La función del Derecho Penal como subsistema que es dentro del sistema jurídico, está dada por el mantenimiento de las expectativas normativas de conducta mediante la pena, cuya función será la imposición contra-fáctica de la norma en tanto que reafirma la vigencia de la norma puesta en duda por quien la ha infringido.^{19 20}

¹⁴ GARCÍA AMADO. *La filosofía...* P. 168

¹⁵ *Ibíd.* P. 174

¹⁶ “*Si se quisiera expresar esta idea recurriendo al empleo de términos provenientes de la sociología, se diría que el derecho es un generador de expectativas a nivel social, cuya inobservancia puede ser catalogada como una defraudación*”. REYES ALVARADO, Yesid. *El concepto de imputación objetiva*. En: *Revista Derecho Penal Contemporáneo – Revista Internacional*. Número 1. Legis Editores. Bogotá, DC, 2002.

¹⁷ Sostiene GROSSO GARCÍA: “*...lo que justifica y legitima tanto al derecho penal como a la pena, es la función que ambos cumplen tanto respecto del sistema social en general como del sistema jurídico en particular*”. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. *Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, DC, 2001. P. 50.

¹⁸ GARCÍA AMADO. *La filosofía ...Cit.* P. 174

¹⁹ “*...la pena sirve para el mantenimiento de la vigencia de la norma: el hecho no se entiende como mero suceso fáctico, sino como acontecimiento portador de un sentido, de un significado en la comunicación, y este entendimiento es igualmente aplicable a la pena, siendo ésta una contradicción de la afirmación del autor de que no tiene por qué preocuparse de las normas, de que no tiene que ocuparse de alcanzar fidelidad al ordenamiento jurídico*” JAKOBS, Günther. *El lado subjetivo del hecho*. Disertación en las Conferencias Internacionales de Derecho Penal, el 3 de abril de 2003. Ciudad de Córdoba. República Argentina. Universidad Nacional de Córdoba. Traducción de Manuel Cancio Meliá.

²⁰ Esta posición es descartada por la misma Corte Constitucional cuando sostiene en cuanto a la función de la pena lo siguiente: “*La pena tiene en nuestro sistema jurídico un fin preventivo, que se cumple básicamente en el momento del establecimiento legislativo de la sanción, la cual se presenta como la amenaza de un mal ante la violación de las prohibiciones; un fin retributivo, que se manifiesta en el momento de la imposición judicial de la pena, y un fin resocializador que orienta la ejecución de la misma, de conformidad con los principios humanistas y las normas de derecho internacional adoptadas*”. Sentencia C-239 del 12 de septiembre de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Una posición en tal sentido se corresponde con lo sostenido inicialmente por ROXIN y claramente se aleja de las posturas de JAKOBS.

En efecto, quien comete un delito ha enviado un mensaje a los restantes miembros de la comunidad, en tanto que para él la norma no se encuentra vigente, por lo que la pena viene a reafirmar la vigencia de la misma de manera que los miembros de la sociedad puedan mantener sus expectativas de comportamiento, elemento indispensable para el desarrollo y progreso de la sociedad.²¹

Un entendimiento tal del Derecho Penal y de la pena supone una verdadera ruptura frente a los esquemas del delito que antecedieron las propuestas de JAKOBS.

b. Responsabilidad penal de la persona jurídica

i. Generalidades

En contra de la posibilidad de establecer responsabilidad penal a los entes colectivos se han esgrimido un sinnúmero de argumentos que bien pueden ser sintetizados y agrupados en los siguientes:

1. Incapacidad de acción

En efecto, en las mencionadas teorías ontológicas, la teoría del delito se construye a partir del concepto de acción que cumplirá la denominada función de *piedra angular* para dotar de contenido a las categorías de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La noción de conducta empleada en cualquiera de los casos (escuela causalista, neokantiana, finalista) es tomada sin más de las ciencias naturales, ya sea entendiendo por tal un movimiento muscular que causa una modificación en el mundo exterior perceptible por los sentidos (concepto causal de acción) o un ejercicio de finalidad (concepto finalista).

Es claro que dentro de una noción tal de conducta no tiene cabida la responsabilidad penal de los entes colectivos, pues los mismos no podrán realizar movimientos musculares, ni tampoco realizar un acto entendido en los términos que lo entiende la dogmática finalista.

Pero cuando la acción pierde su lugar protagónico en la teoría del delito dejando que la pena ocupe su lugar, se da un primer paso para superar el famoso paradigma *societas delinquere non potest*.

Dentro de una concepción normativista, la acción se entiende como una defraudación de expectativas normativas relacionadas con el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de un rol, lo cual determinará el contenido del injusto entendido como suceso perturbador valorado

²¹ En contra, la Corte Constitucional entiende que el Derecho Penal protege bienes jurídicos cuando afirmó: “La responsabilidad de los particulares por infracción de la Constitución o de las leyes (C.N. art. 6º), requiere de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no meramente una intención que se juzga lesiva.” Sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En igual sentido, Sentencia C-420, del 28 de mayo de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

negativamente en tanto que la culpabilidad se relaciona con el sujeto responsable del hecho²², pero en términos de prevención.

Así las cosas, resulta viable entender que la persona jurídica puede –al igual que la persona física- ser centro de expectativas normativas,²³ que puede cumplir defectuosamente, o incumplir, con lo que el concepto de acción deja de ser un obstáculo para responsabilizar penalmente a los entes colectivos.

2. Incapacidad de pena

La función de la pena determina el contenido de la estructura del delito. Como mencionábamos anteriormente, la pena ha ocupado el lugar estelar anteriormente reservado al concepto de acción.

Si consideramos que la pena cumple una función preventivo-especial, es claro que la persona jurídica no puede ser sujeta a resocialización. Cuando se trata de retribución en términos modernos, tenemos que tampoco es posible hacer depender la medida de la culpabilidad de la intensidad del dolo en tanto que estaríamos frente a un dato no mesurable, por lo cual necesariamente esta afirmación no se puede justificar.

Situación distinta acontece cuando se entiende que la pena cumple la función de reafirmar la vigencia de la norma, pues claramente es viable imponer una sanción a la persona jurídica sin que exista obstáculo alguno.

Pero hay más, si la pena cumple una función de prevención general integradora, es claro que mediante la criminalización de conductas en que estas incurran, se logra prevenir a quienes intentan esconderse tras la fachada de un ente colectivo en búsqueda de la impunidad, para que existan sanciones efectivas que pongan fin a esta práctica.²⁴

²² MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Introducción a la obra de Günther Jabobs*. En: Revista Justicia Penal Militar, 2003. p. 16

²³ JAKOBS. Günther. *¿Punibilidad de las personas jurídicas?*. En: El funcionalismo en el Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, DC, 2003. P. 342.

²⁴ “La ley penal brinda la máxima protección jurídica a bienes valiosos para la persona humana y la vida social. La traducción de esta defensa en sanciones penales, tiene un propósito tanto comunicativo como disuasorio. Cuando la acción prohibida por la norma penal es susceptible de ser realizada por un ente — y no solamente por una persona natural—, limitar a ésta última la imputabilidad penal reduce el ámbito de protección anotado por la norma. La tipificación positiva de un delito tiene el sentido de comunicar a todos que la realización de una determinada conducta rompe la armonía social y, por ende, quien lo haga será castigado con una específica sanción. Este doble efecto en el que reside la eficacia de la legislación penal podría desvanecerse si la condena se limitase a los gestores del ente que ha extendido ilícitamente su giro social a actividades prohibidas y claramente deletéreas para la comunidad.” Corte Constitucional, Sentencia C-230 de junio 30 de 1998.

En contra de lo anterior, podría argumentarse que la sanción administrativa puede cumplir con el cometido de prevenir la comisión de delitos por parte de entes colectivos, evitando así una reformulación de la dogmática jurídico-penal. A lo anterior respondemos señalando que la sanción administrativa -que puede ser generalmente de multa llegando incluso a la cancelación de personería jurídica- termina convirtiéndose en un riesgo más que tiene en cuenta el empresario a la hora de llevar a cabo una conducta ilícita valiéndose del ente colectivo, con lo que, si el beneficio es superior a la sanción de manera suficientemente atractiva, no se detendrá en su actuar.²⁵

Lo mismo sucede cuando la sanción consiste en la cancelación de personería jurídica, pues frecuentemente acontece que los delincuentes inmediatamente están constituyendo nuevas sociedades para poder proseguir con sus conductas.²⁶

3. Incapacidad de culpabilidad

El principio de culpabilidad representa un postulado fundamental, y en todo caso irrenunciable, de un Derecho Penal que respete la dignidad humana. Adicionalmente, se erige como el principal -y por ahora insalvable²⁷- obstáculo para la responsabilidad criminal de los entes colectivos.

En su formulación más simple, podemos decir que el principio de culpabilidad implica la proscripción absoluta de la responsabilidad objetiva en materia penal y la imperiosa necesidad de valorar el aspecto subjetivo del hecho. El principio de culpabilidad puede a su vez, asimilarse a la categoría dogmática de la culpabilidad, solamente en la escuela causalista del delito, en la cual dolo y culpa eran formas de la misma. Pero a partir de allí se han ido adicionando algunos otros elementos, y con el finalismo se logró el desplazamiento de las dos modalidades de imputación subjetiva al tipo, con lo que en la actualidad establecer una equiparación entre categoría dogmática y principio de culpabilidad resulta imposible.

²⁵ “El pago de una indemnización, como única consecuencia del reato, estimula la perniciosa praxis de franquear el usufructo de posiciones de poder sustentadas sobre la explotación ilícita de una actividad, gracias a la capacidad y probabilidad de asumir su costo.” Corte Constitucional, Sentencia C-230 de junio 30 de 1998.

²⁶ Así lo ha sostenido la Corte Constitucional cuando expresó: “La sanción penal limitada a los gestores, tan sólo representa una parcial reacción punitiva, si el beneficiario real del ilícito cuando coincide con la persona jurídica se rodea de una suerte de inmunidad. La mera indemnización de perjuicios, como compensación patrimonial, o la sanción de orden administrativo, no expresan de manera suficiente la estigmatización de las conductas antisociales que se tipifican como delitos...”. Corte Constitucional, Sentencia C-230 de junio 30 de 1998.

²⁷ FEIJÓO, Sánchez, Bernardo. *¿Culpabilidad y punición de las personas jurídicas?* En: El funcionalismo en el Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, DC, 2003. P. 353.

El principio de culpabilidad constituye, como ya lo mencionamos, una garantía irrenunciable del Derecho Penal, por lo que, si quiere proponerse la aplicabilidad de sanciones criminales a los entes colectivos, necesariamente debe atenderse este postulado.²⁸

Y es allí donde quienes abogan por la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentran con los principales tropiezos. Así, en primer lugar, se plantea la posibilidad de atribuirle a la persona jurídica la culpabilidad de quienes componen sus órganos²⁹. Una postura en tal sentido desconoce el que la culpabilidad en un delito solo es la culpabilidad del propio órgano que ha infringido sus propios deberes³⁰. En la práctica, ello conduciría a una situación en la que el órgano estaría exento de pena, pues quien respondería sería la persona jurídica, pero al no tener esta capacidad de pena, la misma recaería sobre el órgano, situación claramente incoherente y dogmáticamente insostenible.³¹

Pero adicionalmente, si la culpabilidad es de la persona jurídica y esta respondería penalmente, el órgano –en tanto personas distintas del ente colectivo- quedaría exento de responsabilidad criminal, pues se entiende que la culpabilidad con la que obraron es la del ente colectivo, y no la suya propia, situación claramente indeseable.³² Por último, si se adopta una solución de este estilo, la persona jurídica terminaría respondiendo por un acto ajeno, situación igualmente insostenible.³³

Si se opta por sancionar tanto a la persona jurídica como a los miembros del órgano, se está incurriendo en una violación al *non bis in ídem*, dado que dos personas distintas terminarían sancionadas por una misma acción antijurídica y la misma decisión culpable.³⁴

4. Incapacidad para ser procesadas

El proceso penal se encuentra diseñado para la persona humana. En efecto, las etapas en que el mismo se lleva a cabo, sus mecanismos de coerción se encuentran diseñados para la persona física.

²⁸ *Ibíd.* P. 352.

²⁹ FEIJÓO se refiere a estas tesis como la teoría de la representación o modelo de imputación y señala que en estas se le imputa la culpabilidad de la persona física o de sus órganos a la empresa. *Ob. Cit.* P. 353 y ss.

³⁰ JAKOBS, Günther. *¿Punibilidad de las personas jurídicas?*. En: *El funcionalismo en el Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, DC, 2003. P. 335

³¹ *Ibíd.* P. 336.

³² *Ibíd.* P. 339.

³³ FEIJÓO, *Ob. Cit.* P. 354.

³⁴ *Ibíd.* P. 354

Consideramos que el principal problema que se presenta en este evento es el de la detención preventiva como mecanismo que busca garantizar la comparecencia al proceso del sindicado y asegurar la prueba. En efecto, una institución como esta necesariamente está pensada para la persona humana.³⁵

Dentro del esquema procesal penal colombiano, una persona jurídica puede ser escuchada en diligencia de indagatoria, la cual se le realizará al representante legal de la misma, y puede defenderse dentro del proceso, siendo la detención preventiva la única dificultad para poder adelantar el proceso.

Es por ello que se necesita un nuevo diseño del proceso penal en el que se tomen medidas para evitar que las consecuencias del hecho nocivo se sigan produciendo, asegurar la comparecencia de los representantes legales al proceso y garantizar la prueba pero diseñada para aquellos eventos en que la persona humana se oculte tras la fachada de un ente colectivo.

ii. La Jurisprudencia constitucional

1. Antecedentes

Dentro del Congreso de la República, se tramitó un proyecto de Ley tendiente a reforzar las sanciones tanto administrativas como penales en lo relacionado con el Medio Ambiente. Dentro del referido proyecto, se modificaba el Código Penal Colombiano de 1980 introduciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los siguientes términos:

“ART. 26.—Créase el artículo 247 B cuyo tenor es el siguiente:

Personas jurídicas *Para los delitos previstos en los artículos 189, 190, 191 y 197 y en el capítulo anterior, en los eventos en que el hecho punible sea imputable a la actividad de una persona jurídica o una sociedad de hecho, el juez competente, además de las sanciones de multas, cancelación del registro mercantil, suspensión temporal o definitiva de la obra o actividad o cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones, podrá imponer sanciones privativas de la libertad tanto a los representantes legales, directivos o funcionarios involucrados, por acción o por omisión, en la conducta delictiva.*

Si la conducta punible se ha realizado en forma clandestina o sin haber obtenido el correspondiente permiso, autorización o licencia de la autoridad competente, se presumirá la responsabilidad objetiva de la persona jurídica.”

³⁵ En igual sentido, la Corte Constitucional en Sentencia sostuvo : “...no se entiende muy bien cómo puede privarse de su libertad a una persona jurídica, o prohibírsele salir del país...”. Sentencia C-843 del 27 de octubre de 1999.

Al momento de sancionar la Ley, el Presidente de la República formuló objeciones en contra del artículo anteriormente transcrito, lo cual dio origen a la revisión de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

2. La Sentencia C-320 de junio 30 de 1998³⁶

Surtido lo anterior, dentro del análisis que realiza el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia, aparece, en primer lugar, el reproche hacia quienes se valen de los entes colectivos para llevar a cabo empresas criminales, lo cual claramente contraría la función ecológica y social que la Carta asigna a las empresas.³⁷

Igualmente se refiere la Corte Constitucional a la necesidad de proteger a la sociedad frente a comportamientos nocivos para la misma cometidos por entes colectivos dada la magnitud de los daños ocasionados. Así las cosas, si se reserva la sanción estatal a la persona individual se está desconociendo una realidad, y se están dejando fuera del alcance de su control espacios propicios a la impunidad con las graves consecuencias que ello conlleva.³⁸

Es por lo anterior que la Corte Constitucional en la Sentencia C-320 de junio 30 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz avaló la responsabilidad penal de las personas jurídicas acudiendo a las tesis de Günther JAKOBS³⁹, resaltando que en el proceso de imputación se prescinde de datos de carácter ontológico, por lo cual se trata de un proceso jurídico. Deja en claro que *“no cabe fundamentar que en la determinación del sujeto el sistema que ha de formarse deba estar compuesto siempre de los ingredientes de una persona física (mente y cuerpo) y no de los de*

³⁶ Esta providencia fue reiterada en la Sentencia C-648 de 18 de noviembre de 1998.

³⁷ *“Corresponde a los administradores gestionar las empresas evitando que al abrigo de su objeto social se violen las normas penales y se generen daños a la sociedad. Las ganancias de las personas jurídicas no pueden perseguirse creando para la comunidad situaciones de peligro. Cuando ello ocurre sin duda alguna se ha abusado de la personalidad jurídica y, por lo que respecta a los administradores, se ha ocurrido en una grave falta que puede tener connotaciones no sólo patrimoniales sino también penales”.*

(...)

La sanción de naturaleza penal significa que la conducta reprobada merece el más alto reproche social, independientemente de quien la cometa. Si la actividad la realiza la persona jurídica, si ella se beneficia materialmente de la acción censurada, no se ve por qué la persecución penal habrá de limitarse a sus gestores, dejando intocado al ente que se encuentra en el origen del reato y que no pocas veces se nutre financieramente del mismo...” Corte Constitucional, Sentencia C-230 de junio 30 de 1998.

³⁸ *“En el campo de ciertos la extensión de la imputabilidad penal a las personas jurídicas, resulta necesaria para proteger debidamente a la sociedad. Es el caso de los delitos vinculados con el lavado de dinero proveniente del enriquecimiento ilícito, de los delitos financieros que afectan a los pequeños ahorradores, de los delitos de peligro común o que puedan causar grave perjuicio para la comunidad, de los delitos que amenacen el ambiente o causen daños en él, de los delitos cometidos contra los consumidores etc. En una economía dominada por los grandes capitales, las acciones sociales gravemente desviadas no pueden siempre analizarse a partir del agente individual”.* Corte Constitucional, Sentencia C-230 de junio 30 de 1998.

³⁹ Nos referimos a las tesis del Profesor de Bonn contenidas en su tratado, en el cual expresamente manifiesta que tanto la acción como la culpabilidad son iguales en las personas físicas y jurídicas.

*una persona jurídica (estatutos y órganos). Más bien los estatutos y los órganos de una persona jurídica se pueden definir también como sistema, en el cual lo interno —paralelamente a la situación en la persona física— no interesa”.*⁴⁰

A manera de conclusión, el Tribunal Constitucional sostiene que a la luz de las disposiciones superiores, es viable la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas.⁴¹

3. La Sentencia C-843 del 27 de octubre de 1999

El mencionado proyecto de Ley vio la luz y se convirtió en la Ley 491 de 1999, modificándose así el Código Penal de 1980, y contaba para entonces nuestro país con un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas.

Si bien es cierto se había logrado un significativo avance en materia jurídico penal, el legislador patrio omitió establecer un procedimiento que hiciera efectiva la responsabilidad penal de los entes colectivos, lo cual constituyó una de las razones para que el Tribunal Constitucional, al abordar nuevamente el estudio de la normatividad, declarara la inexecutable de las normas que establecían la responsabilidad criminal de los entes colectivos en la Sentencia C-843 del 27 de octubre de 1999.

Aunado al hecho de no establecer un procedimiento específico para la sanción de los comportamientos delictivos llevados a cabo por personas jurídicas, la Corte Constitucional subrayó en este fallo la indeterminación a la hora de tipificar las conductas constitutivas de los ilícitos así como de las sanciones, ante lo cual no tuvo mas alternativa que declarar la inexecutable de tales normas, con lo que se puso fin a la posibilidad de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Colombiano.

c. Posición de garante y fundamentos de la responsabilidad

i. El fundamento de la responsabilidad en el normativismo

Mediante la imputación objetiva, el normativismo es capaz de establecer las fronteras entre la normalidad social y el posible sentido delictivo de un comportamiento, en tanto que la calificación del mismo como injusto, se concreta a través de las expectativas que subyacen en las formas de comunicación social.⁴²

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-230 de junio 30 de 1998.

⁴¹ “La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable.” Corte Constitucional, Sentencia C-230 de junio 30 de 1998.

⁴² PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. *El delito de comisión por omisión en el Nuevo Código Penal Colombiano*. Universidad Externado de Colombia. P. 31

Así entonces, lo relevante para el Derecho es determinar quien es el competente para la realización de un resultado⁴³, en tanto que al ser portadores de roles y de expectativas de comportamiento, todas las Personas de una sociedad determinada se convierten a su vez en garantes, con lo cual pierde toda utilidad la distinción entre acción y omisión, pues lo relevante para el Derecho es el desconocimiento de la identidad normativa de la misma, expresada a través del delito como fenómeno comunicativo⁴⁴, en virtud del cual el autor ha puesto en entredicho la vigencia de la norma como pauta de comportamiento⁴⁵, sin importar si lo ha hecho modificando la causalidad o permitiendo que esta siga su curso⁴⁶.

La responsabilidad, se fundamenta a partir de⁴⁷:

1. Deberes Negativos.⁴⁸ Se trata de los deberes en virtud de competencia por organización, en los cuales la expectativa normativa se dirige hacia la evitación de consecuencias exteriores del propio ámbito de organización del autor que puedan ser lesivas para bienes jurídicos.

Dentro de estos deberes, se encuentran:

- a. Deberes de aseguramiento en el tráfico. El contenido del deber es configurar el propio ámbito de administración de forma adecuada, de manera que no sea usurpada una organización ajena, por lo cual cada persona debe tomar las medidas que sean necesarias para la evitación de daños a otras personas.
- b. Deberes de salvamento. Surgen cuando el curso causante ya ha alcanzado una organización ajena y se tiene el deber de revocar tal usurpación.⁴⁹

⁴³ *Ibíd.* P. 31

⁴⁴ Para JAKOBS, la acción debe entenderse como un acto “*comunicativamente relevante*”. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Introducción a la obra de Gunther Jakobs*. En: Revista Justicia Penal Militar. Bogotá, DC, 2003. P. 16.

⁴⁵ “*Quien comete un delito expresa un especial esbozo del mundo, una especial concepción del mismo, porque para él no rige el ordenamiento jurídico sino su voluntad particular....Con la pena, el Estado manifiesta que esa concreta concepción no vale y que debe imperar la voluntad general*”. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. *Ob. Cit.* P. 17.

⁴⁶ *Ibíd.* Pp. 21 y ss

⁴⁷ *Ibíd.* Pp. 21 y ss.

⁴⁸ Son negativos en tanto que “*su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos*”. *Ibíd.* Pp. 21 y ss.

⁴⁹ JAKOBS, Gunther. *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Bogotá, DC, 2001. P. 18.

- c. Deberes negativos que surgen de la asunción. En estos se está obligado a tomar las medidas propias para la compensación del defecto creado y del cual se es competente.
2. Deberes positivos en virtud de competencia institucional. Las expectativas se dirigen a la prestación de ayuda solidaria en beneficio de un bien jurídico.⁵⁰ Estos deberes positivos se caracterizan porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen.⁵¹

ii. La Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001

El acercamiento más notorio que encontramos en la Jurisprudencia constitucional colombiana al normativismo, aparece en la Sentencia SU-1184 del 13 de noviembre de 2001 con ponencia de Eduardo MONTEALEGRE LYNETT.

Los hechos que dieron origen a esta providencia dictada dentro de una acción de tutela, los relata la Corte de la siguiente manera:

“Durante los días 15 a 20 de julio de 1997, un grupo de personas que vestían prendas privativas de las fuerzas militares irrumpió en el municipio de Mapiripán, Meta. Arribaron al sitio, procedentes de San José de Guaviare, lugar al cual habían llegado por vía aérea días antes. Durante su estancia en dicho municipio “sometieron violentamente a la población de Mapiripán, impidieron el ejercicio de los derechos de locomoción y comunicación, cerraron varias oficinas públicas, interrumpieron el desenvolvimiento de las actividades normales de ese municipio y procedieron a retener, torturar y asesinar un total de 49 personas, cuyos cadáveres descuartizados en su gran mayoría fueron arrojados al Río Guaviare”⁵². Se atribuye a dos miembros de la fuerza pública que tenían competencia material, funcional y territorial sobre la zona (posición de garante), que frente a la agresión armada contra la población civil (situación de peligro generante del deber) no prestaron ningún tipo de ayuda (no realización de la acción esperada) cuando contaban con medios materiales para hacerlo (capacidad individual para realizar la acción). Durante los hechos, fueron informados sobre la forma como se desarrollaban en el municipio las graves violaciones a los derechos humanos (dolo o imprudencia)”.

El problema jurídico que aborda la sentencia, como lo pone de presente el Tribunal Constitucional, gira en torno a la competencia para conocer del proceso, en tanto que la Sala

⁵⁰ Ibíd. P. 31

⁵¹ MONTEALEGRE. Ob. Cit. P. 22.

⁵² Resolución de la situación jurídica del Brigadier General Jaime Humberto Uscátegui Ramírez. Fiscalía General de la Nación, Unidad de derechos humanos. 20 de mayo de 1999.

Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura mediante providencia del 18 de agosto de 1999 dispuso que el competente para adelantar la investigación en contra de los procesados era la Justicia Penal Militar, ante lo cual el apoderado de la parte civil acudió a la acción constitucional de tutela para que se revisara la decisión, sin que tuviera éxito alguno en su pretensión, tanto ante el Tribunal Superior de Bogotá como ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Así, el proceso llega a la Corte Constitucional quien dentro de la decisión se ocupa, entre otros, de lo relativo a “...establecer en qué casos una omisión de la fuerza pública es un acto que no tiene vinculación con el servicio ...”. Ello le da lugar a abordar la omisión dentro de la teoría del delito.

Para los efectos del presente estudio, analizaremos las consideraciones realizadas por el Tribunal Constitucional relacionadas con la posición de garante.

Señala la alta corporación, que el Derecho Penal de orientación normativista elabora el juicio de imputación a partir de la delimitación de ámbitos de competencia, con lo que se responde solamente por las conductas que son de competencia del sujeto, lo cual se determina ya sea a partir de los deberes que surgen del propio ámbito de responsabilidad, o de la posición de garante.⁵³

Para la determinación del ámbito de competencia a fin de establecer la posibilidad de imputación, en criterio del Alto Tribunal debe determinarse:

“ (1) cuál es la posición de garantía que tiene el sujeto (si esta se origina en la creación de riesgos o en roles institucionales) y cuáles son los deberes que surgen de ella.

Establecido este elemento, (2) hay cuatro que sirven para concretar el juicio de imputación : i) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo, ii) el principio de confianza, indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que le permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base de que los demás son personas autorresponsables que cumplirán con la expectativas que surgen de una determinada función, iii) la acciones a propio riesgo, en las cuales se imputa a la víctima las conductas que son producto de la violación de sus deberes de autoprotección y iv) la prohibición de regreso, según la cual, el favorecimiento de conductas dolosas o culposas por un tercero, no le son imputables a quien las hubiere facilitado dentro del riesgo permitido.

⁵³ “Desde esta perspectiva, el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible”

(3) una realización del riesgo. Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado. Criterios como el fin de protección de la norma de diligencia, la elevación del riesgo y el comportamiento doloso o gravemente imprudente de la víctima o un tercero, sirven para saber cuando se trata de la misma relación de riesgo y no de otra con distinto origen, no atribuible a quien ha creado inicialmente el peligro desaprobado”.

Prosigue el análisis de la Corte Constitucional, afirmando que de la interacción social y la libertad de configuración del mundo surgen los denominados deberes negativos cuyo contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos.

El primero de tales deberes negativos se concreta en los deberes de seguridad en el tráfico. Dentro de la interacción social se permite al individuo una libre configuración del mundo, lo que a su vez lo faculta para poner en peligro determinados bienes jurídicos mediante conductas que pueden generar un riesgo para otros sujetos, como es la aviación, el manejo de maquinaria y la conducción de vehículos automotores⁵⁴. Sin embargo, como contrapartida a esa libertad, surgen estos deberes consistentes en *la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido*⁵⁵, y que constituyen el primer fundamento de responsabilidad.

Pero en el evento en que las medidas de seguridad fracasen y el riesgo se exteriorice amenazando con daños a terceros, o si el daño se produce, surgen los deberes de salvamento *“en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo”*.⁵⁶

Frente a los deberes negativos que, como vimos se concretan en los deberes de seguridad en el tráfico y el deber de salvamento, existen igualmente deberes positivos, que proceden de instituciones básicas para la estructura social y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación con ellas, en estos deberes el garante debe proteger ámbitos ajenos frente a determinados riesgos.

Estos deberes se caracterizan por que el garante institucional debe configurar un mundo en común con alguien, prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Se trata

⁵⁴ *“En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc.”* Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

⁵⁶ *Ibíd.*

entonces de prestaciones con un carácter positivo, en tanto que se concretan en la obligación que tiene el garante de proteger los ámbitos de otros contra ciertos riesgos sin importar de donde provengan los mismos.

En la moderna teoría de orientación normativista, lo importante para efectos de la imputación es determinar en el caso concreto si estamos frente a un garante, y establecer si el mismo cumplió con los deberes necesarios, sean estos positivos o negativos, perdiendo toda relevancia la tradicional distinción entre el actuar y el omitir y así lo reconoce la Corte Constitucional en este importante pronunciamiento.⁵⁷

d. El normativismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

i. Generalidades

La moderna teoría de la imputación objetiva surge como una corrección al problema de la causalidad y, en su formulación más simple, supone que para imputar objetivamente un resultado a alguien es necesario que este haya:

1. Creado un riesgo jurídicamente desaprobado
2. Debe existir un resultado
3. El resultado debe ser la consecuencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado⁵⁸.

Así entonces, no es procedente la imputación objetiva del resultado cuando el sujeto ha obrado dentro de los límites del riesgo permitido. Tampoco es posible la imputación de un determinado resultado a quien, si bien ha creado un riesgo no tolerado por el ordenamiento, el mismo no ha sido la causa del resultado⁵⁹.

⁵⁷ “En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de sí una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante.” Sentencia SU-1184.

⁵⁸ La Corte Constitucional se refirió a este requisito de imputación objetiva en la ya citada Sentencia SU-1184 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, cuando sostuvo: “Es decir, que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado.”

⁵⁹ Cfr. RUDOLPHI, Hans Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia. P. 33 y ss. POPE, Ingeborg. *Imputación objetiva*. Ed. Comares. JAKOBS, Günther, *Imputación objetiva*. Universidad Externado de Colombia.

El nuevo Código Penal colombiano expresamente señala que el proceso de imputación, mediante el cual se imputa un resultado a alguien es de naturaleza jurídica y no ontológica, con lo cual admite la aplicación de la imputación objetiva en nuestro país.⁶⁰

ii. El caso y su solución

En Sentencia 12742 del 4 de abril de 2003 con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando PÉREZ PINZÓN, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal produjo un fallo en el cual se aproximaron sus tesis a las esbozadas por el normativismo.

“En el sitio “Tres Esquinas”, en la vía que comunica a Ráquira con Tinjacá, un grupo de agentes de la policía, el 16 de agosto de 1993, instaló un retén.

A eso de las 4:30 de la tarde, un automotor tipo taxi, afiliado a la empresa Furatena, pasó por allí sin respetar la orden de detenerse. En él se desplazaban cinco hombres.

El agente X, en una motocicleta, y, se dice, acompañado del cabo Y, ante el desacato de los ocupantes del vehículo, decidió emprender su persecución.

Cuando les dieron alcance, quien iba a la derecha del conductor se bajó rápidamente del taxi y disparó contra el agente X. Las heridas le causaron la muerte cuando era conducido al Hospital de Ráquira.

En el mismo taxi, cuatro de los hombres huyeron del lugar. El quinto, precisamente el que se había bajado a disparar, se internó en la montaña.

Al día siguiente, en un parqueadero de Chiquinquirá, fue localizado el vehículo. A, su conductor, se presentó voluntariamente ese mismo día ante las autoridades.....”

En primera instancia, los procesados fueron absueltos mediante proveído del 22 de junio de 1995, providencia que fue recurrida por la Fiscalía General de la Nación. En segunda instancia, el Tribunal Nacional revocó el fallo del *ad-quem* y modificó la sentencia, imponiendo en contra de los imputados, la pena principal de 21 años como cómplices del delito de homicidio agravado.

⁶⁰ Así, el artículo 9º del Código Penal Colombiano dispone que “...la causalidad por si sola no basta para la imputación jurídica del resultado”

Dentro de las consideraciones de la Corte Suprema, se discute la imputación objetiva del resultado (muerte del agente) a los procesados entre los que se encuentra el conductor del taxi, con lo que aborda la institución de la prohibición de regreso.⁶¹

Pero lo más importante para los efectos del presente estudio, lo constituye el estudio que la Corporación realiza sobre la imputación objetiva. En efecto, se tiene que ciertamente los ocupantes del vehículo (taxi) realizaron una conducta que superó el riesgo permitido y se produjo un resultado lesivo para un bien jurídico en particular, pero al abordar la relación de causalidad entre uno y otro, debe descartar cualquier posibilidad de imputar el resultado a los sindicados.

Así, señala la Corte que si bien es cierto que los procesados excedieron el riesgo permitido cuando desatendieron la orden de parar en el retén, aumentaron la *posibilidad de riesgo*, pero no del riesgo de muerte de un agente de la policía por obra de uno de los ocupantes del vehículo, sino uno relacionado con su actuar. Es por ello que la Corporación señala que *aun en los casos de incremento de riesgo, la persona queda exenta de imputación jurídica cuando el resultado que se produce ocurre por algo que se sale del canal que ordinariamente crea la conducta jurídicamente desaprobada.*⁶²

III. CONCLUSIONES

I

Si bien es cierto que la Jurisprudencia colombiana en varias oportunidades ha tenido acercamientos a la teoría normativista del Derecho Penal, también lo es que se ha apartado de la misma en puntos de gran importancia, como lo es el concepto de bien jurídicamente tutelado, y la función de la pena.

En la doctrina se discute si es necesaria la adscripción de la normatividad a una escuela dogmática determinada. Como ventajas se mencionan una aplicación segura del ordenamiento a los casos concretos, así como la uniformidad a la hora de llenar los vacíos legales. En contra, se afirma en primer lugar las serias dificultades con que se encuentran todas las teorías hasta

⁶¹ “La teoría de la prohibición de regreso, de larga data —hecha en sus inicios para corregir la teoría de la equivalencia de las condiciones en materia de causalidad material—, afirma que cuando una persona realiza una conducta culposa, irrelevante o inocua para el derecho penal, y con ella facilita, propicia o estimula la comisión de un delito doloso o culposo por parte de otra, no le es imputable el comportamiento criminoso de esta última, excepto si tiene posición de garante, excede los límites del riesgo permitido y conoce la posibilidad de comisión de delito doloso o culposo por parte de la otra.”

⁶² “Dicho de otra manera, el desconocimiento de las normas sí puede generar peligros. Pero peligros inherentes a ese desconocimiento, es decir, que la infracción no se vincula para nada con resultados extraños a lo que suele suceder.”

ahora sostenidas, y así mismo el carácter dinámico del Derecho, lo cual hace aconsejable que sean la jurisprudencia y la doctrina quienes vayan perfilando el ordenamiento.

Sin entrar dentro de la discusión puntual de la necesidad de una coherencia dogmática del ordenamiento penal, es necesario afirmar que, cuando menos, la jurisprudencia si debe otorgar soluciones a casos concretos que sean dogmáticamente uniformes, lo cual es un desarrollo del postulado constitucional de la igualdad.

En efecto, si la Jurisprudencia manifiestamente se ha alejado de la dogmática normativista en puntos neurálgicos de la misma, no es adecuado acudir a ella para resolver un solo caso en concreto, y menos aún cuando con ello se generan consecuencias desfavorables para el particular, por lo cual consideramos que en este punto, hemos tenido falencias que deben ser corregidas.

//

Sin embargo, la aproximación que han realizado nuestros Tribunales al normativismo hacen que aquella crítica en virtud del cual el normativismo resulta contrario a la Carta política, queden sin fundamento alguno, pues es el mismo intérprete constitucional legítimo el que a acudido a ella para hacer frente a cuestiones puntuales.

En efecto, al no establecer la Constitución Colombiana el principio de la resocialización como fin de la pena, el normativismo resulta adecuado a la luz del modelo que plantea nuestro estatuto superior, lo cual puede no resultar válido dentro de otros ordenamientos constitucionales.

Pero hay algo mas, es necesario entender que las raíces del normativismo tocan con lo que FERRAJOLI denomina legitimación externa, -legitimación material en términos de JAKOBS- criterio que responde a la pregunta de la legitimación del Derecho Penal dentro de una sociedad. En efecto, el funcionalismo se nutre de las tesis de LUHMANN para encontrar en las mismas la función del derecho y así mismo la necesidad del Derecho Penal dentro de una sociedad. Cosa distinta es la legitimación formal –en palabras de JAKOBS- o interna –para FERRAJOLI- y que parte de un presupuesto lógico, como es la necesaria subordinación de la ley penal al ordenamiento constitucional, norma superior.

El planteamiento de JAKOBS apunta a encontrar la legitimidad del Derecho Penal dentro de la sociedad, pero la manera como la misma se encuentre configurada no es, ni debe serlo, problema del ordenamiento represor, pero lo que si es claro, es que el mismo no puede alejarse de los postulados que la Carta Política ha trazado.