

# Aproximación al concepto de bien jurídico en un «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano

Diana Restrepo Rodríguez\*

## Resumen

Se exponen algunas de las particularidades del concepto de bien jurídico que tiene origen en el «Derecho europeo continental» o civil law, en un ejemplo de «Derecho penal colonizado»: el caso colombiano. Se trata de una aproximación al estudio de la llegada de este concepto al país sudamericano en mención, de las relativas dependencias conceptuales y de los primeros pasos hacia la construcción de una noción mestiza.

---

\* Doctora en Derecho penal de la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, actualmente profesora de la Universidad EAFIT. E-mail: [diana.restrepo.rodriguez@gmail.com](mailto:diana.restrepo.rodriguez@gmail.com). Este artículo es la traducción de la versión originalmente escrita en italiano, y publicada en la revista *L'Indice Penale*, año XVI, N°. 1, Padova, Cedam, 2011, pp. 383-444. Aunque debería agradecer a muchas personas que de diferentes formas me han ayudado y me ayudan siempre en mi trabajo, sobre todo con su afecto, en esta ocasión lo hago especialmente al Profesor Massimo Donini, por sus constantes revisiones y comprensivas sugerencias a lo largo de la realización de este texto. Agradezco además al Profesor Juan Oberto Sotomayor Acosta, además de por introducirme en el estudio de los temas penales, por su estímulo y ayuda para la publicación en español. Igualmente quiero manifestar mi gratitud hacia Diana Patricia Arias Holguín por haber generado en mí, junto a Gustavo López Rozo (a quien agradezco además por haber sido mi profesor ad honorem de italiano antes de mi viaje a ese país), la curiosidad por los temas post-coloniales y por estar siempre dispuesta a discutir conmigo, como de la misma manera y dándome seguridad para asumir perspectivas desconocidas, lo ha hecho Paz Francés Lekunberri.

## Abstract

This paper presents some details on the concept of juridical protected interest originated in the tradition of civil law, in an example of colonized criminal law: the Colombian case. This paper deals with an approach to the study of the arrival of this concept in the South American country, the conceptual dependences and the beginnings of the construction of a creole notion.

## Palabras Clave

Bien jurídico, Derecho penal colombiano, Derecho penal colonizado.

## Key words

Protected interest, Colombian criminal law, colonized criminal law.

## Sumario

1. Introducción. 2. Una mirada al desarrollo europeo del concepto de bien jurídico. 3. El contexto latinoamericano. 3.1 La llegada del «Derecho europeo continental» a otro continente. 3.2 Mención sobre los diferentes momentos de la influencia europea en el Derecho penal latinoamericano. 3.3 Desigualdad en las relaciones entre las “ciencias jurídicas”. 4. El caso colombiano. 4.1 Rasgos de una parte del Derecho penal en Colombia. 4.2 La introducción del concepto de bien jurídico. 4.3 Apuntes sobre la utilización del concepto de bien jurídico en la jurisprudencia de las altas cortes colombianas. 4.3.1 Asunción del bien jurídico constitucionalmente condicionado. 4.3.1 Posibles aperturas a ciertas influencias del Derecho penal alemán. 4.3.3 Reafirmación de la acogida de la tesis del bien jurídico de orientación constitucional. 4.4 Configuración del concepto de bien jurídico en la ciencia penal colombiana actual: brotes de una noción mestiza de bien jurídico. 5. Consideraciones finales.

*“Fue en la guerra cuando sentí que no era la reforma de la razón [. . .]  
lo que habría de salvarnos, sino algo que, que fuera razón,  
pero más ancho; algo que se deslizara también por los interiores,  
como una gota de aceite que apacigua y suaviza; una gota de felicidad..”*

(María Zambrano)

## 1. Introducción

Los temas que serán afrontados en este artículo -como se evidencia desde el mismo título- presentan muchas dificultades, tanto desde una perspectiva teórica como desde aquella relacionada con la praxis. No obstante, al tratarse de una mera aproximación al asunto, todas las cuestiones problemáticas que le son propias serán, en el mejor de los casos, apenas mencionadas. Con este escrito se pretende solamente evidenciar, a través del ejemplo del Derecho penal colombiano, la existencia de un «concepto colonizado» de bien jurídico (proyectando también su posible superación mediante un concepto mestizo) que surge como consecuencia de reconocer además que existe un «Derecho penal colonizado». Todo ello con el objetivo de aclarar las particularidades que sobre esta noción común se presentan en algunos de los distintos países que se inscriben en la tradición del *civil law*; singularidades que necesariamente influirán en el método de estudio del Derecho comparado y en las relaciones entre penalistas pertenecientes a realidades muy distintas pero bajo un universo normativo y dogmático bastante similar, acentuado además por la globalización que caracteriza nuestro presente. De este modo, este artículo termina siendo una pequeña reflexión general sobre el pensamiento jurídico a través de ejemplos específicos, a los cuales –sin que lo haya conseguido- pretendía inicialmente limitarse.

Habrán dos expresiones sobre las que no se discutirá en este texto pero que servirán para el desarrollo del tema: «Derecho penal europeo continental» y «Derecho penal colonizado». Con el primero se hace referencia a la ciencia penal (en sentido lato) desarrollada en la tradición del Derecho europeo continental o *civil law*, aunque el alcance del análisis que se pretende realizar no incluya todo lo que serían los aportes de este pensamiento, ni los debates en cuanto al uso del término «europeo» para hacer referencia, efectivamente, sólo a un pequeño porcentaje de los países europeos (en concreto Francia, Alemania, Italia y España<sup>1</sup>), en alusión a un sistema jurídico de referencia que actualmente rige no sólo en casi toda Europa, sino también en gran parte de América (toda Centroamérica y Sudamérica), Asia y África<sup>2</sup>.

1 Teniendo que delimitar el tema de estudio, se tendrán en cuenta estos cuatro países por considerar que son aquellos dominantes, o, al menos, los que tienen una mayor población en la UE: de los 27 países que conforman la Unión Europea, los únicos que tienen una población superior a los 40 millones son Alemania, España, Francia, Inglaterra e Italia (v. <http://europa.eu>, con cifras oficiales del 2006). Sin embargo, Inglaterra será excluido del análisis, dada su adscripción al sistema del *common law*.

2 Pier Giuseppe Monateri, *Il modello di Civil Law*, Torino, Giappichelli, 1997. Se remite desde ahora, para una

Por otro lado, hablar de un «Derecho penal colonizado» supone el intento de aprovechar las perspectivas que abren los estudios post-coloniales también respecto al Derecho penal, como visión metodológica y filosófica y no sólo como referencia a una situación de “colonización” en la acepción restringida que tal palabra tiene en la vida cotidiana (referida a la sumisión mediante la fundación de colonias)<sup>3</sup>. Entonces, se pide al lector el esfuerzo de abrirse a estas tesis y de consultar otras fuentes al respecto que le permitan entender y criticar mejor este trabajo. De todos modos, para evidenciar las ideas que se quieren introducir al discurso penal, es oportuno recordar que “...el postcolonialismo asume como primer dato fáctico la situación de subalternidad y la posición de subordinación y de disparidad económica que caracterizan las relaciones de las naciones de los continentes no occidentales (África, Asia, Latinoamérica) con Europa y Norteamérica”<sup>4</sup>. En este sentido, se hablará de un concepto colonizado de «bien jurídico», en la acepción de sometido o dependiente y a propósito de las relaciones desiguales que se presentan también en el ámbito académico, con las particularidades que a ello imprime un contexto post-colonial<sup>5</sup>.

Con la finalidad de realizar una comparación jurídica<sup>6</sup>, entre el conocimiento del así llamado «Tercer Mundo»<sup>7</sup> y aquel occidental al que el primero está de algún modo

---

visión de los distintos sistemas jurídicos, a Mario Giuseppe Losano, *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000, *passim*, y especialmente pp. 175-255 en cuanto a la situación latinoamericana.

- 3 Sobre la filosofía política del postcolonialismo, cuyo origen está representado por la Conferencia de Bandung de 1955, véanse, entre otros: Robert J. C. Young, *Introduzione al postcolonialismo*, Roma, Meltemi, 2005; Gayatri Chakravorty Spivak, *Critica della ragione postcoloniale. Verso una storia del presente in dissolvenza*, Roma, Meltemi, 2004; Ania Loomba, *Colonialismo/Postcolonialismo*, Roma, Meltemi, 2001; Miguel Mellino (coord.), *Post-orientalismo. Said e gli studi postcoloniali*, Roma, Meltemi, 2009; Bill Ashcroft, Gareth Griffiths y Tiffin Helen, *Post-Colonial Studies. The key concepts*, London, Routledge, 2000.
- 4 Robert J. C. Young, *Introduzione al postcolonialismo*, cit., p. 11.
- 5 En este sentido, aunque se haga referencia directa a las realidades en las que se dio una colonización, no es tanto este aspecto el que aquí interesa sino más bien las ideas que ese contexto permite evidenciar (como consecuencia de las condiciones más dramáticas que allí se presentan), y que son aplicables también a otras situaciones de dependencia o sumisión que con diferentes matices se verifican incluso dentro de los distintos sistemas jurídicos de la UE (aunque no siempre el sometimiento sea de tanta magnitud como para poder hablar de concepto colonizado), si bien las reflexiones que se harán se orientan, para limitar el objeto de estudio, a la situación colombiana sobre el bien jurídico, al menos a modo de ejemplo de muchas otras posibilidades.
- 6 Sobre la importancia y configuración de la comparación como método de la dogmática v. Massimo Donini, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, Cedam, 2003, especialmente pp. 27-32; Id., “Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico. Conoscenza e controllo critico delle scelte di criminalizzazione”, en *Dei delitti e delle pene*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1998, pp. 71-72.
- 7 Refiriéndose a esta expresión, afirma Robert J. C. Young, *Introduzione al postcolonialismo*, cit., p. 25: “Este tercer mundo es el mundo postcolonial. Inicialmente, la expresión “tercer mundo” fue acuñada sobre el modelo del tercer estado de la Revolución francesa. El mundo estaba dividido entonces según los dos principales sistemas políticos, el capitalismo y el socialismo, y estos eran respectivamente

vinculado, se utilizará como ejemplo el Derecho penal colombiano, aun reconociendo que éste (como por lo demás ocurre entre los diversos países de la UE) presenta sus propias particularidades, aunque al mismo tiempo tenga muchos puntos en común con todos los países que han sufrido una colonización, como son los demás países de Sudamérica, Centroamérica, África, etc.

## 2. Una mirada al desarrollo europeo del concepto de bien jurídico

Debido a las limitaciones de espacio propias de un artículo de revista, no se podrá abordar, ni siquiera en modo somero, el concepto de bien jurídico dentro del «Derecho europeo continental». Sólo será posible hacer referencia superficialmente a algunos datos y remitir a otras obras<sup>8</sup>, en relación a los precedentes de tal noción en la Francia iluminista del s. XVIII<sup>9</sup>, a su creación normalmente atribuida a Johann Michael Franz Birnbaum en 1834 dentro de la ciencia jurídico-penal alemana<sup>10</sup>, a las distintas

---

el “primer” y el “segundo” mundo. El tercer mundo estaba formado por lo que quedaba: las naciones “no alineadas”, las nuevas naciones independientes, las ex colonias de los poderes imperiales”. Con la utilización de este término en este escrito, se pretende diferenciar también la situación de los países donde la colonización fue vivida como una forma de dominación del territorio y la población, de aquella en la que en cambio se presentó un fenómeno de ocupación del territorio con la aniquilación de las poblaciones originarias y el establecimiento de los colonos no tanto en el sentido de explotación del nuevo territorio, sino de apropiación, de la construcción allí de una vida. Considero que son éstos los países que algunos llaman las «Nuevas Europas» (cfr. Andrea Giardina, Giovanni Sabbatucci y Vittorio Vidotto, *Storia dal 1650 al 1900*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 81), o las «colonias “blancas”» (cfr. Geoffrey Barraclough, *Guida alla storia contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 1992, pp. 77 y ss.), entre las cuales es paradigmático el caso de los Estados Unidos de América.

- 8 Se espera además, en un futuro próximo, escribir un texto que recoja con mayor amplitud estos aspectos.
- 9 Al respecto remitimos a Pierre Lascoumes y Pierrette Poncela, “Intérêts à protéger et classification des infractions. Autour du premier code pénal français de 1791”, en AA.VV., *Droit e intérêt : Droit positif, droit comparé e histoire du droit*, Bruxelles, Publications des Fac. St. Louis, 1990, pp. 59 y ss; Harald Renout, *Droit pénal général*, Orléans, Paradigme, 2004, pp. 7-11; Jean Pradel, *Droit pénal général*, 14 ed., Paris, Cujas, , 2002, pp. 83-84; Alberto Cadoppi y Paolo Veneziani, *Elementi di diritto penale: parte generale*, 3 ed., Padova, Cedam, 2007, pp. 20-23; Luis Prieto Sanchís, “Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico”, en *Nuevo Foro Penal*, N.º 65, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, pp. 49-61, especialmente p. 53. Cfr. igualmente, Giorgio Gregori, *Saggio sull’oggetto giuridico del reato*, Padova, Cedam, 1978, p. 21, y también directamente los arts. 5 y 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789.
- 10 Sobre la atribución a Birnbaum de la fundación del concepto de bien jurídico a partir de su obra *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*, v. entre otros: Francesco Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, Giuffrè, p. 79; Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, 5 ed., Padova, Cedam, 2007, p. 192; Claus Roxin, *Derecho Penal, parte general*, Madrid, Civitas, 1997, p. 55; Klaus Günther, “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un «cambio de paradigma» en el Derecho penal?”, en *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada, Comares, 2000, p. 498; Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires – Montevideo, B de F, 2004, pp. 15-17; Fabián I. Balcarce, “Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal”, en *Derecho penal* (<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal>), también en [www.ciidpe.com.ar](http://www.ciidpe.com.ar), p. 4. En cambio, sobre la discusión relacionada con la naturaleza del bien jurídico como concepción limitadora o expansiva del Derecho penal, v. en general Claus Roxin, *Derecho Penal*, cit., p. 55, considerando que en todo caso, en la actualidad el

características que presenta en esta última: desde la concepción iuspositivista de Binding<sup>11</sup> (con la que la idea del bien jurídico se impuso en la doctrina y con la que, a su vez, sufrió una pérdida de su capacidad limitadora<sup>12</sup>) y aquella paralela de v. Liszt (con la obra *La idea de fin en el Derecho penal*, que hace surgir el “concepto material de bien jurídico” que funda la denominada antijuridicidad material en la ofensa a un bien jurídico<sup>13</sup>; tesis de especial importancia en la recepción del concepto en estudio en España y por lo tanto también en Colombia) de finales del s. XIX, hasta las modernas elaboraciones teóricas de Hassemer<sup>14</sup> o Roxin, y al abandono del bien jurídico por parte de Jakobs (cuando no asigna como misión del Derecho penal la protección de éste,

---

concepto de bien jurídico ha asumido funciones liberales y limitadoras. Entre los autores que sostienen el origen expansivo del concepto de bien jurídico encontramos a Franco Bricola, “Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela”, en Maurizio De Acutis y Giovanni Palombarini (coords.), *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, Cedam, 1984, p. 7; Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 469; Francesco Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 22-23, nota 2; Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 192 y ss; Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Diritto penale: parte generale*, 6 ed., Bologna, Zanichelli, 2009, pp. 7 y ss; Günther Stratenwerth, *Derecho penal, parte general I: el hecho punible*, Cizur Menor, Thomson-Civitas – Aranzadi, 2005, p. 55; Massimo Donini, “Prospettive europee del principio di offensività”, en AA.VV., *Verso un codice penale modello per l’Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, Cedam, 2002, p. 132; Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. XX; Fabián I. Balcarce, “Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal”, cit., p. 4. En cambio, considerando que desde su origen el bien jurídico era ya liberal y se encontraba vinculado a las tesis de la protección de derechos subjetivos, con una sugestiva exposición en la cual se resalta que de todos modos, en la práctica, la postura de Birnbaum aunque tuviese intenciones liberales pudo haber sido utilizada como instrumento de la Restauración, Hernán Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*, Barcelona, PPU, 1991, *passim*, especialmente pp. 8, 13, 30-33.

- 11 Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 193; Vittorio Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 26, nota 36. Cfr. Knut Amelung, “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 233; Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 19; Hernán Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 44 y ss, con una interesante explicación y crítica de las tesis de Binding.
- 12 Günther Stratenwerth, *Derecho penal*, cit., p. 55; Hernán Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 47; Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 19. V. también Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 470-471.
- 13 Para una exposición de esta tesis y de las consideraciones de la doctrina italiana al respecto, v. por todos Guido Neppi Modona, *Il reato impossibile*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 127-140; Giorgio Gregori, *Saggio sull’oggetto giuridico del reato*, cit., pp. 21 y ss., 64-65. V. también Hernán Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 49, quien señala la influencia en v. Liszt de la Escuela positivista italiana.
- 14 Con su teoría personalista donde todos los bienes, incluso aquellos colectivos, se deben poner en función de la persona: Winfried Hassemer, “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina penal*, Buenos Aires, Depalma, 1989, pp. 275-285; Id., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico?”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 95-104. Respecto a la postura de este autor Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Diritto penale*, cit., p. 27; Vittorio Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit. p. 21; Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 61.

sino la tutela de la vigencia de las normas)<sup>15</sup>, pasando por las concepciones del s. XX, entre las cuales sobresale la de Welzel<sup>16</sup>.

Será fundamental, de igual modo, que el lector tenga presente la expansión que de este concepto tuvo lugar a Italia<sup>17</sup> y España<sup>18</sup> en el s. XX. Desde entonces, en

15 Al respecto estoy de acuerdo con lo que expone Petra Wittig, “Teoría del bien jurídico, *harm principle* y delimitación de ámbitos de responsabilidad”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 341-342, en el sentido de que el funcionalismo de Jakobs representa un modelo distinto al tradicional Derecho penal; es decir, que representa un proyecto social opuesto, cuyas nociones son más lejanas del concepto de bien jurídico que presenta la doctrina (alemana, de acuerdo a la autora, y yo agregaría: a aquella de la tradición del *civil law*) que aquellas del *harm principle* angloamericano, que como se dijera en la introducción no serán tomadas en consideración en este escrito. De manera similar Hans Heinrich Jescheck - Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general*, Granada, Comares, 2003, pp. 350 y ss. Sobre las concepciones de Jakobs pueden verse sus numerosas obras en alemán y también muchas traducciones al español, entre las cuales: Günther Jakobs, *Derecho penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2 ed., Madrid, Marcial Pons, 1995, *passim*, especialmente p. 45; Id., “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en Eduardo Montealegre Lynett (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-56. V. igualmente, al respecto, Gerhard Seher, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 72.

16 Por ejemplo v. Hans Welzel, “Lo injusto de los delitos dolosos”, en *Facetas penales*, N.º 52, Bogotá, Leyer, 2006, pp. 7-41, especialmente p. 8. Cfr. Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 39-41; Fabián I. Balcarce, “Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico”, cit., p. 8; Knut Amelung, “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 240-241. Según Welzel, la protección por parte del Derecho penal de bienes jurídicos es un objetivo indirecto que no se presenta en todos los tipos penales, porque la tutela penal iría dirigida a los valores fundamentales de carácter ético social. Esta concepción no puede separarse del sistema finalista que el autor establece, y que asume como finalidad del Derecho la tutela de un mínimo ético y de los fundamentos de las instituciones sociales, contra las construcciones teóricas dominantes durante el régimen nazi. La protección mediata de los bienes jurídicos hace que su tutela no se presente frente a cualquier posible lesión, sino sólo frente a determinados modos de acuerdo al orden social. Para Welzel, la lesión de los bienes jurídicos indica sólo el desvalor del resultado, mientras que el desvalor de acción está dado por la lesión de la norma; y es en todo caso este último aspecto el que él privilegia. Es precisamente por esto que ha sido identificada en el pensamiento de Welzel, la postura a favor de un Derecho penal orientado a la actitud interior (*Gesinnungstrafrecht*), donde el rol asignado al bien jurídico es el de mera *quantité négligeable*. En este sentido, v. por todos Franco Bricola, voz “Teoría generale del reato”, en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, XIX, 1973, pp. 62-64.

17 En el Derecho italiano es Arturo Rocco quien introduce el concepto de bien jurídico, con la denominación de «objeto del delito», que llegará a ser mayoritario, cuando en 1913 publica la siguiente obra: Arturo Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1913, donde se usaba este término para hacer referencia al concepto en estudio, aunque se hablase allí también del bien jurídico, por ejemplo en las pp. 564-566. Sobre la postura de Rocco v., entre otros, Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Diritto penale: parte generale*, cit., pp. 9 y ss.; Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 190-191; Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia y Giulio De Simone, *Manuale di diritto penale: parte generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 205; Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 469.

18 Es probable que en España las primeras nociones sobre el bien jurídico hayan llegado de Italia, con la obra de Rocco, visto que hasta entonces la influencia de la doctrina penal italiana prevalecía en la península ibérica (si bien el Derecho italiano no tenga hoy el dominio que le fue característico durante el s. XIX, sigue teniendo aún hoy, al menos en España, mucha importancia —con un índice de impacto superior al de Alemania— como lo revela un estudio estadístico de Jean Pierre Matus Acuña, “Por qué citamos a

estos países, esta noción pertenece al lenguaje de la ciencia penal, a diferencia de cuanto sucede en Francia, en donde la referencia a semejante categoría es bastante escasa<sup>19</sup>. De hecho, la dogmática penal francesa parece ser bastante independiente de los desarrollos de la desde hace tiempo dominante doctrina alemana, y ofrece el ejemplo de una forma de “funcionamiento” diferente dentro de la tradición del *civil law*, que se orienta menos hacia las abstracciones y más a la solución de casos concretos.

Por otro lado, no debe olvidarse que ya desde el período de entreguerras se puede comprobar la existencia de un concepto común de bien jurídico, aunque con obvias diferencias, en los países que aquí usamos como ejemplo del Derecho europeo continental. Tampoco deben descuidarse los desarrollos que tal noción tuvo durante las experiencias totalitarias de la Italia fascista (1922-1943<sup>20</sup>), la Alemania nazi (1933-

---

los alemanes y otros apuntes metodológicos”, en *Política Criminal*, N.º. 5 [www.politicacriminal.cl/n\_05/a\_5\_5.pdf], 2008, p. 32). Sin embargo, será sólo en el segundo cuarto del s. XX cuando se introduzcan en España los aportes alemanes sobre el bien jurídico, siendo la concepción de v. Liszt, con el estudio del bien jurídico en la categoría de la antijuridicidad (material), la postura que con más fuerza es recibida en aquél momento. Esto sucede con la acogida de la dogmática alemana que en tal período se presenta en España (y que en cuanto al bien jurídico se impondrá hasta la fecha), sobre todo a partir de los aportes de los alumnos españoles de von Liszt: José Antón Oneca, Quintiliano Saldaña, Eugenio Cuello Calón y Luis Jiménez de Asúa. Al respecto José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General I. Introducción*, 6 ed., Madrid, Tecnos, 2004, pp. 112-123 (Tomo I, pp. 99-105 de la ed. de 2001); obra a la que se remite para la historia del Derecho penal español desde el s. XIX, junto a la monumental y ya clásica obra de Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, en sus diversos volúmenes y ediciones. Cfr. Jean Pierre Matus Acuña, “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, cit., pp. 1-35.

19 En Francia, más allá de la clasificación de las infracciones de acuerdo a los intereses protegidos (que se remonta al Código Penal de 1810 y es retomada por el actual Código Penal de 1992 –en vigor desde 1994- salvo en lo relativo a una nueva jerarquización de los intereses) y del uso de alguna idea que tenga relación con el bien jurídico cuando se analizan situaciones como las del concurso de delitos o el estado de necesidad, no se hacen muchas referencias a este concepto. En estos casos, normalmente se recurre a la denominación de *intérêt protégé* (interés protegido), otras veces se alude al *valeur sociale*, o al *bien juridique* cuando se hacen traducciones en francés de otras lenguas. Sobre este tema v. Pierrette Poncela y Pierre Lascoumes, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte?*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, pp. 13, 82 y ss.; Harald Renout, *Droit pénal général*, cit., pp. 13-16; Roger Merle y André Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*, 7 ed., Paris, Cujas, 1997, pp. 158 y ss.; y Jean Pradel, *Droit pénal général*, cit., pp. 105-118.

20 Al respecto Giorgio Gregori, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, cit., pp. 67 y ss.; Ernesto De Cristofaro, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 277-283, 308 y ss., al cual se remite también para las referencias bibliográficas sobre la materia. Es necesario decir, además, que no todo era “Derecho fascista”, aunque necesariamente éste era el que se imponía. Así, en el aún vigente Código Rocco, sancionado bajo el régimen fascista en 1930, se pueden observar también los fundamentos legales sobre los que se edificará la teorización de la necesaria lesividad del delito (enriquecida luego con los fundamentos constitucionales; al respecto v. por todos Franco Bricola, voz *Teoria generale del reato*, cit., pp. 75-80, 81-85; Carlo Fiore, *Il reato impossibile*, Napoli, Jovene, 1959, pp. 15, 23, 162; Guido Neppi Modona, *Il reato impossibile*, cit., *passim*, especialmente pp. 1-19, 72 y ss.; Guido Neppi Modona e Marco Pelissero, “La politica criminale durante il fascismo”, en *La criminalità, Storia d'Italia. Annali*, Vol. 12, Torino, Einaudi, 1997, pp. 759 y ss. Adicionalmente, sobre la transición de estas experiencias totalitarias a las democracias actuales, v. entre otros, en Italia Massimo Donini, “La



1945<sup>21</sup>) y la España franquista (1939-1975<sup>22</sup>), y sobre todo la evolución posterior a tales periodos, en donde se presenta el que considero sea uno de los aportes italianos más importantes a la materia, aunque se trate de una tesis que no es identificable con el concepto de bien jurídico si bien se encuentre con éste en íntima relación: la construcción teórica del principio de lesividad<sup>23</sup>, como corolario del principio del *neminem laedere*<sup>24</sup>.

Toda la evolución del concepto de bien jurídico en el ámbito europeo debe estar clara para poder comprender las diversas perspectivas que actualmente se presentan al respecto, tanto dentro del debate europeo como dentro de aquél que se da en el contexto latinoamericano en el que se inscribe la discusión colombiana. Al respecto se destacan, como de imprescindible conocimiento, los siguientes aportes provenientes

- 
- gestione penale del passaggio dal fascismo alla democrazia in Italia: appunti sulla memoria storica e l'elaborazione del passato mediante il diritto penale", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. 39, N.º 1, 2009, pp.183-216, y en España José Antonio Ramos Vázquez, "Mi hermano y mi enemigo: la gestión de la memoria histórica en la legislación penal franquista y la ley de memoria histórica de 2007", en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, N.º. 13, 2009, pp. 605-626.
- 21 Donde se presenta una verdadera batalla jurídica contra el concepto de bien jurídico. Sobre este tema v. Giorgio Gregori, *Saggio sull'oggetto giuridico del reato*, cit., pp. 34-35; Guido Neppi Modona, *Il reato impossibile*, cit., p. 77, *passim*. Diferenciando al respecto el Derecho penal nazi de aquel fascista Ernesto De Cristofaro, *Codice della persecuzione*, cit., p. 308. En cuanto al Derecho positivo, el Código Penal alemán durante el período nazi no presenta reformas significativas, salvo aquellas relacionadas con el principio *nulla poena sine lege ex § 2 StGB*, modificado para admitir la analogía en Derecho penal, como lo indica Manfred Maiwald, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 14. Además, la dogmática alemana sufrió en general una transformación hacia un Derecho penal de autor, que hace perder relevancia cualquier referencia a la lesión del bien o interés tutelado. Sobre este aspecto v. Franco Bricola, voz *Teoria generale del reato*, cit., pp. 26-36. En cuanto al Derecho penal nazi en general, entre otros, Ernesto De Cristofaro, *Codice della persecuzione*, cit., pp. 284-326 y *passim*; Francisco Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*, 4 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2003. Para un breve panorama del Derecho penal durante el régimen nazi desde la perspectiva de un profesor latinoamericano, puede verse también la entrevista a Javier Llobet Rodríguez, en: [http://www.terragnijurista.com.ar/infogral/entrevista\\_rodriguez.htm](http://www.terragnijurista.com.ar/infogral/entrevista_rodriguez.htm).
- 22 Sobre la normativa y la doctrina penal de España bajo el régimen de Franco, que seguía los lineamientos del Derecho penal autoritario que entonces estaba en boga en Europa, aunque no cayese en un Derecho penal de autor como el de la Alemania nazi, v. José Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español, parte general*, I, 5 ed., Madrid, Tecnos, 2000, pp. 123-126, 128, 131-133; Juan Carlos Ferré Olivé, *Universidad y guerra civil. Lección inaugural curso académico 2009-2010*, Huelva, Universidad de Huelva, 2009, pp. 31-38.
- 23 Sobre este principio en particular, por todos, Vittorio Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit.; Massimo Donini, "Prospettive europee del principio di offensività", cit., pp. 109-149. En mi opinión, fuera de Italia no es suficientemente apreciada la tradición de teorización de los principios que caracteriza la doctrina penal italiana, sobre la que se refiere Donini, *Ibid*, pp. 111, 123. Cfr. Guido Neppi Modona, "Il lungo cammino del principio di offensività", en *Studi in onore di Marcello Gallo*, Torino, Giappichelli, 2004; Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., pp. 466-482.
- 24 Cfr. Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 179-222; Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia y Giulio De Simone, *Manuale di diritto penale: parte generale*, cit., pp. 204, 206.

de Alemania, Italia y España, que son los tres países, como se verá mejor más adelante, en donde se han originado las concepciones acerca del bien jurídico que se imponen a la ciencia penal colombiana:

a) Del ámbito alemán se menciona la tesis de Jakobs y sus seguidores sobre la pretendida protección por parte del Derecho penal de la vigencia de las normas. Esta tesis ha sido particularmente acogida por un sector de la doctrina colombiana, al que se aludirá oportunamente. Sin embargo, lo que interesa en general es evidenciar el hecho de que en Alemania es mayoritaria la consideración del Derecho penal como protector de bienes jurídicos<sup>25</sup>. Al respecto se pueden identificar las tesis que asignan al bien jurídico una “función inmanente del sistema” o de interpretación y clasificación<sup>26</sup>, la cual es generalmente aceptada, y aquellas que reconocen una “función crítica del sistema”<sup>27</sup>, que es la postura que presenta más discusiones y la única que permite criticar las decisiones del legislador cuando establece tipos penales que no tutelan ningún bien jurídico<sup>28</sup>. Todo ello sin negar que la discusión continúa y que muchas veces, como por ejemplo lo indica Seher<sup>29</sup>, detrás del debate sobre el bien jurídico se esconde el del alcance legítimo del Derecho penal. Lo que no tendría nada de extraño si es verdad que el bien jurídico, como lo afirma Roxin<sup>30</sup>, es precisamente la figura que permite unir la dogmática y la política criminal.

b) Interesa particularmente, en virtud de la influencia que ejercerá en las tesis colombianas, la dirección que asume la doctrina italiana de los años 70 del s.XX, cuando se “culmina” el desarrollo –cuyo proceso había iniciado en la segunda postguerra con la aprobación de la Constitución el 22 de diciembre de 1947- de la concepción del bien jurídico que podríamos llamar actual, en oposición a gran parte de los postulados de la orientación técnico jurídica, más que a su metodología y

---

25 Como por ejemplo se observa en Tatjana Hörnle, “La protección de sentimientos en el StGB”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 383, con prolíficas citas de la doctrina alemana contemporánea.

26 V. al respecto Francesco Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 45-46, 49.

27 V. Ibid., pp. 47, 59-69.

28 Sobre esto v. Knut Amelung, *El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos* cit., *passim*, quien afirma que en crisis se encuentra sólo la concepción crítica. Están de acuerdo con ello Andrew von Hirsch e Wolfgang Wohlers, “Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 285 y ss.

29 Gerhard Seher, *La legitimación de normas penales basada en principios*, cit., p. 72.

30 Quien sostiene la función de protección de bienes jurídicos del Derecho penal y de este concepto no sólo como criterio interpretativo sino como guía político criminal vinculada a la Constitución: Claus Roxin, *Derecho Penal*, cit., pp. 57-58, 63; *Id.*, “Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico*, cit., pp. 443 - 444, 447.

vínculo con el Derecho positivo<sup>31</sup>, y que debe mucho a Franco Bricola. Se trata del «bien jurídico constitucionalmente orientado o condicionado»<sup>32</sup>, como parte del «rostro constitucional del ilícito penal»<sup>33</sup>. Bricola logra dar un rostro garantista al bien jurídico, retomando su función de límite mediante su vinculación con la Constitución<sup>34</sup>. En su opinión, la Constitución tiene un valor fundante y entonces no representa solamente una fuerza de límite para el Derecho penal, aceptando también la referencia implícita en la Constitución de los bienes relevantes, pero “...en sentido muy riguroso y restringido”<sup>35</sup>, por lo que establece que el bien jurídico, para ser tal, debe poseer “aferrabilidad”<sup>36</sup>. La anterior es la versión positiva de la teoría constitucionalmente

31 Sin caer nunca en el iusnaturalismo como lo expone Franco Bricola, voz *Teoria generale del reato*, cit., p. 9, especialmente nota 11, cuando informa acerca de la orientación de la doctrina italiana, siempre, hacia el Derecho positivo. Este autor expone, pp. 12-16, las tres corrientes principales dentro del tecnicismo jurídico: una concepción realista como la de Antolisei, una concepción teleológica como la de Bettiol, y una concepción finalista. Respecto al rol de la orientación técnico jurídica y su continuidad o no en la materia, v. también Francesco Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit., pp. 140 y ss.; Vittorio Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., p. 62. Cfr. Luigi Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 31-32.

32 Franco Bricola, voz *Teoria generale del reato*, cit., pp. 7-93. Hernán Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 126, afirma que es en Italia en donde con mayor intensidad y riqueza se presenta la discusión sobre el bien jurídico desde una perspectiva constitucional, agregando: “Quizá el porqué de la preocupación por vincular al derecho penal con la Constitución se encuentre en el hecho de que aun esté vigente el Código Rocco en el marco de una Constitución republicana avanzada”. Del mismo modo Luis Prieto Sanchís, *Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico*, cit., p. 67, nota 55, mencionando la influencia que esto ha tenido en España, sobre todo a partir de la obra de Bricola.

33 En cuanto a las condiciones que han hecho posible esta tesis italiana, v. Massimo Donini, “Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana”, en *Alla ricerca di un disegno*, cit., pp. 37-66, especialmente pp. 40-41. V. también Id., *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004, especialmente el tercer capítulo: *Il modello costituzionale d’illecito penale*, pp. 61-73; y Id., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, texto correspondiente a la intervención realizada en Lima, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, durante las “Jornadas Internacionales de Derecho penal”, los días 1-3 de abril de 2009, de próxima publicación en *Ius/17*, y en español, con el título “Principios constitucionales y sistema penal. Modelo y programa”, en Massimo Donini, *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad. Estudios de derecho penal*, Lima, Ara Editores, 2010, donde el autor describe los *modelos fuerte y débil* que se presentan en Italia dentro de la orientación constitucionalista.

34 Explicando y negando hábilmente la tesis de las obligaciones constitucionales de tutela penal, v. por todos Franco Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., pp. 9-19, 25 y ss. En la p. 14, afirma: “Además de todo, la oferta de tutela penal tiene una mayor capacidad de sugestión respecto a las distintas y con frecuencia más eficaces prestaciones dirigidas a hacer efectivos los derechos fundamentales: pero, como se sabe, el Estado social, sobre todo en periodos de crisis, tiene la necesidad de hacerse publicidad... a precio económico”.

35 Ibid., p. 28.

36 Ibid., p. 30: “El derecho penal, por lo demás, siempre ha mostrado, desde el momento en el cual su

orientada, la cual permite buscar criterios para la selección punitiva al interior de la Carta constitucional (un *numerus clausus* de los posibles intereses tutelables mediante el Derecho penal), que considero es la construcción italiana más original y completa desde un punto de vista teórico<sup>37</sup>. No obstante, la versión de mayor difusión en Italia, desde la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional en 1956, es la concepción negativa, que ve en la Constitución un mero límite de acuerdo al cual sólo no puede ser bien jurídico lo que sea contrario a la Constitución, pero podrá serlo cualquier otro interés aunque no esté en ningún modo reconocido por ésta<sup>38</sup>. Después de los años 70 sigue siendo predominante en Italia la orientación constitucional del bien jurídico, con la única exigencia de que haya en esta norma superior al menos una referencia implícita a ese bien, la cual es interpretada de diversas formas<sup>39</sup>. En este punto, conviene recordar, como lo indica Donini, que las alternativas al bien jurídico no presentan una “dogmática” comparable con la que este concepto ha adquirido hasta ahora<sup>40</sup>, y por lo tanto sigue siendo un instrumento importante para la racionalización y

---

centro de gravedad se desplazó de la tutela del derecho subjetivo a la garantía del bien jurídico, una tendencial inclinación hacia los valores «inaferrables», sobre todo en cuanto ideologizados”. En contra del uso de la expresión “aferrabilidad”, v. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., p. 474, quien explica que ésta es tomada por Bricola de la doctrina alemana, y quien prefiere hablar de concreción de la ofensa.

- 37 Para una indicación, con una amplia referencia bibliográfica, de los autores que en Italia desarrollan en la actualidad una teoría que aunque no pertenezca a un “modelo fuerte” como aquél originario de Bricola, retoma sus ideas, v. Massimo Donini, *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., p. 5, donde el mismo autor se incluye (sobre la postura de Donini al respecto v. *infra* en nota al pie).
- 38 Sobre esto Massimo Donini, *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., p. 57; Vittorio Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 42 y ss., 72; Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, cit., pp. 184-188, quien explica que la tesis actualmente mayoritaria en Italia es la que concibe a los bienes jurídicos desde una orientación constitucional, pero no en el sentido original de Bricola, Angioni, Mazzacava o Fiandaca, según el cual los bienes jurídicos estaban contemplados por la Constitución, sino en el sentido de partir de la premisa de que sólo pueden ser bienes jurídicos penalmente tutelados, aquellos que no sean incompatibles con la Constitución.
- 39 De acuerdo a Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, *Diritto penale: parte generale*, cit., pp. 12-13, el bien jurídico constitucionalmente orientado encuentra fundamento en los siguientes artículos de la Constitución: 2, 3, 13, 25 inciso 2, 27 incisos 1 y 3. En referencia a los arts. 2 y 3, afirman que la pena incide también en los valores de tal modo protegidos, y por ello se requiere “...un criterio de legitimación del instrumento penal que sea deducible, a su vez, del mismo ordenamiento constitucional: en este sentido, el *recorso a la pena encuentra justificación solamente si se dirige a tutelar bienes socialmente considerables dotados de relevancia constitucional*” (p. 13). V. también Francesco Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit.; Massimo Donini, *Teoria del reato*, cit., p. 120; Ferrando Mantovani, “Il principio di offensività del reato nella Costituzione”, en *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 445-473.
- 40 Massimo Donini, ““Danno” e “offesa” nella c.d. tutela penale dei sentimenti”, en: RIDPP, 4/08, pp. 1549-1550: “Sin embargo, aunque se hable desde hace tiempo de la crisis del bien jurídico o de su capacidad selectiva y vinculante para una política criminal racional, no ha sido hallado aún un paradigma alternativo realmente capaz de sustituirlo y de valorizar sus múltiples e importantes funciones. /El *bien jurídico* es el interés personal y social (bien individual, colectivo o institucional) que la conducta

el control de lo penal<sup>41</sup>, aunque en la doctrina penal italiana actual sea común encontrar la postura que si bien conserva la idea de la tutela de bienes jurídicos (con fundamento además en los arts. 43 y 49 del Código Penal Italiano), no sostiene su exclusividad, aunque sea sólo por reconocer que de hecho existen tipos penales que no se pueden circunscribir a tal modelo. Por otro lado, respecto a las categorías o al menos a la terminología usada por la dogmática italiana, aunque la referencia a muchos de los términos empleados por la doctrina alemana sea común, las acepciones (más en cuanto a los usos lingüísticos que en cuanto a las tesis verdaderamente sostenidas por la doctrina) del bien jurídico que con mayor frecuencia se observan, son: a) la función crítica del bien jurídico, que se identifica con una orientación político criminal, y ofrece una visión del bien jurídico como dato pre-positivo o externo al ordenamiento (con las variaciones que se presentan en la perspectiva constitucionalista que se ubica siempre al interior del orden jurídico positivo) que permite criticar la norma, pero que no encuentra muchas repercusiones en la práctica; y b) la función dogmática<sup>42</sup>, en la que pueden ser identificadas: i) una función interpretativa (que ve en el tipo penal el *bien jurídico objeto de la tutela*); ii) una función clasificatoria o metodológica (donde se habla del *bien jurídico categoría*, como aquél que determina la organización de los delitos dentro del Código Penal) que desempeña una función interna al ordenamiento jurídico, de sistematización, categorización o clasificación, por lo que es considerada una tesis formal. Si es asumida sólo la última de estas posturas, se termina por identificar el bien jurídico con la finalidad de la norma, que a su vez con facilidad pasa a ser la mera violación de deberes<sup>43</sup>. Además, es siempre una constante en el debate italiano el reconocimiento de la necesidad de precisar los objetos de tutela y de definir

---

típica lesiona o pone en peligro como efecto consiguiente de la misma conducta, diferente por ello del desvalor de la inobservancia en sí misma considerada. Éste presenta un *primer valor negativo*: sirve para excluir algunas clases de ofensas de la tutela penal legítima (§ 2); a ello se agrega, además, un *valor positivo* que no le viene del concepto de bien, sino de una serie de parámetros y límites, de relevancia también constitucional, que dan al derecho penal del bien jurídico un rostro en parte positivo (*infra*, § 9)". Con posterioridad, el autor aclara su postura, afirmando, p. 1550, que considera "...jurídicamente *prevaliente*, aunque *no exclusivo*, el paradigma de la tutela de bienes, puesto que hay formas de tutela alternativas a ésta cuya existencia es reconocida *de hecho*, aunque no merezcan una valoración que favorezca su generalización".

41 V. por todos *Ibid.*, pp. 1552-1553. Antes también *Id.*, *Teoria del reato*, cit., p. 118, así como en *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., pp. 70-73, 115 y ss, y *passim*.

42 Concepciones de origen alemán que se encuentran en la base de la obra de Winfried Hassemer, *Theorie und Sociologie der Verbrechen: Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Köln, Europäische Verlagsanstalt, 1980. Respecto a estos conceptos en la doctrina italiana, además de los distintos manuales, v. por todos Francesco Angioni, *Contenuto e funzioni*, cit. Cfr. Vittorio Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 19 y ss. Críticamente, sobre la recepción de los conceptos alemanes en el Derecho italiano, v. Luigi Ferrajoli, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., *passim*, especialmente pp. 20, 71, 86; además de las diversas obras de Donini citadas anteriormente.

43 Vittorio Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., pp. 25 y ss.

mejor la «nocividad social» en un sentido operativo<sup>44</sup>.

c) De la moderna doctrina española sobre el tema se recordará, por el momento, sólo que es mayoritariamente aceptado que el Derecho penal proteja bienes jurídicos<sup>45</sup> y que todo el debate se encuentra marcado especialmente por los lineamientos de la doctrina alemana<sup>46</sup>. Tiene especial acogida la distinción entre las tesis de carácter inmanente y las de carácter trascendente al sistema, así como la idea de referir el bien jurídico a la denominada antijuridicidad material (v. *supra* e *infra*), la cual sería comprobada al verificar que con la realización del tipo penal se haya lesionado o puesto

---

44 Al respecto Massimo Donini, *Teoria del reato*, cit., p. 119, nota 3. La postura de este autor representa un interesante ejemplo de las propuestas surgidas en Italia en la actualidad. De este modo, se tiene que Donini, recordando que las normas pueden tener formas liberales y al mismo tiempo presentar contenidos antiliberales, afirma que se debe buscar una concepción del bien jurídico que esté en grado de ofrecer una dimensión más acabada (de modo positivo) en cuanto al problema del objeto y de la técnica de la tutela penal. Afirma que ya desde 1973, con la publicación de la *Teoria generale del reato* de Bricola, éste propendía por un *numerus clausus* de bienes jurídicos; por un criterio lógico formal jurídico, y no político, de selección a través de la Constitución. Pero ni la Constitución ni la mayoría de la doctrina acogieron este modelo, que hoy permanece, en palabras del autor, como "...expresión completa e «ideal-típica» de un modelo 'fuerte' de la tutela penal, una encrucijada para cualquier debate sucesivo" (Ibid., p. 133). Según Donini este 'modelo fuerte' ha sido acogido sobre todo en clave de tendencia político-criminal (Ibid., pp. 135-136). En la actualidad, este autor retoma estas argumentaciones, sosteniendo que la orientación constitucionalista presupone un juez que valore muchísimo, pero indicando también que la magistratura italiana se ha caracterizado por una fuerte auto-restricción que puede pecar de demasiada timidez. Advierte además que la Corte, por el principio de la división de poderes, ha limitado demasiado, en materia de ofensividad, sus posibilidades de control sobre las decisiones de criminalización, aunque se hayan realizado importantes progresos desde los años cincuenta y sesenta. De este modo, resalta la necesidad de una potenciación del control de la Corte Constitucional sobre el legislador y sobre la rama judicial penal, no sin antes aclarar la importancia de que se tomen precauciones para evitar que la Corte llegue a decisiones que sean políticamente demasiado acentuadas, "de parte" (Id., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., pp. 45, 65-68). En concreto, reconoce el problema de democracia penal que un control ilimitado presupone (Id., "L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione 'legale' prima che 'giurisprudenziale', dei principi di offensività e di sussidiarietà", en *Critica del diritto*, 1998, pp. 70, 79 y ss.), y sostiene que "...el exceso de confianza en los controles jurisdiccionales (de cualquier tipo) no es sólo pesimismo de la razón, sino que es además un síntoma de debilidad de la democracia, porque nace de un sentimiento negativo hacia la política" (Id., *Dogmatica penale e politica criminale a orientamento costituzionalistico*, cit., p. 73). Entonces propone que no se delegue en blanco a los jueces, sino que se les dote de reglas para que el principio de ofensividad pueda encontrar aplicación (Id., *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale*, cit., *passim*, especialmente pp. 94-99, 110). Al respecto v. también id., "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti, cit., pp. 1592-1593, donde sostiene que el campo de los ilícitos menores puede ofrecer ideas importantes para pensar en una revitalización de la teoría del bien jurídico.

45 Así lo afirman, entre otros, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal, parte general*, 7 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 59.

46 Sólo para citar un ejemplo de quien reconoce esta situación: Borja Jiménez Emiliano, "Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España", en *Cuadernos de política criminal*, Madrid, Edersa, 1997, pp. 595-652. En la p. 24 de la versión electrónica en [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_33.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_33.pdf), sostiene que a diferencia de cuanto ha sucedido con la dogmática italiana, en España la doctrina ha reproducido de modo paralelo –sin que se trate de una copia– las tendencias y los modelos alemanes.

en peligro el bien jurídico protegido<sup>47</sup>. También es necesario señalar que son igualmente comunes las referencias a la vinculación del bien jurídico con la Constitución, exigiéndose al menos un reconocimiento implícito de los bienes protegidos por ésta<sup>48</sup>. Así mismo, es importante la recepción del principio de ofensividad italiano, comúnmente conocido como “principio de exclusiva protección de bienes jurídicos” o “principio de ofensividad o lesividad”, el cual ha sido vinculado por el Tribunal Constitucional español al principio de legalidad<sup>49</sup>. Ahora se quiere únicamente evidenciar el hecho de que la doctrina española desempeña en el campo de la concepción del bien jurídico en Colombia, en nuestra opinión, una función más de mediación, al recibir y “traducir” (en sentido amplio) las tesis alemanas y en menor medida aquellas italianas, que de elaboración de “tesis originales”, aunque éstas no falten en cierta medida. Como se comprenderá mejor más adelante, esta afirmación no es en absoluto despreciativa, puesto que doy mucho valor a esta particular labor de primer “mestizaje”. Creo que el enorme interés que en España se otorga a este tema –como se refleja en las numerosas monografías y artículos, así como en la obligatoria mención de la materia en los manuales- junto a la rigurosidad que caracteriza la actividad dogmática española, ha permitido que se hagan notables y novedosos aportes, sobre todo cuando son el resultado de una fusión entre el rigor dogmático alemán y el garantismo de los principios y vinculaciones constitucionales del Derecho italiano<sup>50</sup>. Consecuentemente, aunque muchas de las

47 Cfr. Hernán Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 174; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal, parte general*, cit., pp. 60-61; Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 37.

48 Se refieren a ello Javier Guardiola García, *La realización arbitraria del propio derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 192 y ss.; Antonio García-Pablos de Molina, *Introducción al derecho penal*, 4 ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 548 y ss., quien afirma que siguen la orientación constitucional del bien jurídico de Bricola en España: Carbonel Mateu, Berdugo Gómez de la Torre, Arroyo Zapatero, García Rivas, Álvarez García. Pero también puede observarse, por ejemplo, en Juan María Terradillos Basoco, “Función simbólica y objeto de protección del derecho penal”, en *Pena y Estado*, Barcelona, PPU, 1992, pp. 9-22; María Acale Sánchez, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada, Comares, 2000, *passim*, especialmente pp. 179 y ss.; Francisco Muñoz Conde, “Protección de bienes jurídicos como límite constitucional del Derecho penal”, en AA. VV., *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2001. Sobre este tema se pronuncia también Gonzalo D. Fernández, cit., pp. 53 y ss., donde afirma que desafortunadamente algunos autores sostienen incluso la tesis que considera que la Constitución contiene obligaciones de penalización, como sería Gómez Benítez, quien ve a la teoría del bien jurídico como una teoría sobre el proceso de criminalización.

49 Fermín Morales Prats, “L’offensività nel diritto penale spagnolo”, en AA.VV., *Verso un codice penale modello per l’Europa. Offensività e colpevolezza*, Padova, Cedam, 2002, declarando también su utilización contradictoria por parte de la Corte Constitucional, tanto por restringir como por ampliar la intervención penal. Sobre la recepción en España del principio de ofensividad v. igualmente Antonio García-Pablos de Molina, *Introducción al derecho penal*, cit., pp. 538 y ss.

50 Se remite a algunas obras de particular importancia en la doctrina española sobre el bien jurídico, aunque se trate de autores sudamericanos: Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones*

posturas españolas puedan obedecer a la imposición de un país “dogmáticamente más fuerte” (sin entender que siempre la fuerza sea algo positivo) como Italia o Alemania, tal recepción empieza a mostrar cómo a veces tener que afrontar la confluencia de distintos sistemas pueda dar lugar a soluciones originales y a interesantes críticas a los conceptos y sus problemas que dentro del sistema “importador” no se lograban determinar, como considero que sucede también, de manera mucho más evidente, en el ámbito del Tercer Mundo.

Es así como a continuación se abordará este tema presentando una visión de la llegada y el desarrollo del concepto «europeo continental» de bien jurídico en el Derecho penal colombiano, destacando los contrastes (especialmente a través de la comparación entre la actual dogmática colombiana al respecto y la orientación constitucionalista elaborada por la ciencia penal italiana dentro de la cual se adscribe la primera), no sin antes hacer referencia a ciertos aspectos del Derecho penal latinoamericano que son necesarios para la comprensión del contexto que determina el acercamiento que aquí se pretende realizar.

### 3. El contexto latinoamericano

#### 3.1 La llegada del «Derecho europeo continental» a otro continente

Para la adecuada comprensión del concepto colonizado de bien jurídico que se quiere exponer es necesario, aunque sea de modo somero, presentar algunas indicaciones sobre las condiciones en las cuales en América central y del sur, como contexto en general, y en Colombia en particular, se ha experimentado la inserción en la tradición del «Derecho penal europeo continental» de la que se ha hablado.

---

*de derecho penal, parte general*, Trotta, Madrid, 2006; Id., “Los bienes jurídicos colectivos”, en *Control social y sistema penal*, Barcelona, PPU, 1987, pp. 159-160; Hernán Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit. Otros, en cambio, han hecho grandes aportes al debate actual sobre los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, entre los que pueden recordarse algunos, como el trabajo de Susana Soto Navarro, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, 2003; o el de Mirenxu Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Miguel Ángel Moreno Alcázar, *El concepto penal de incendio desde la teoría del caos (Una perspectiva sistémica de los bienes jurídicos colectivos, del peligro y de su causalidad)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 209 y ss.; Dulce María Santana Vega, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2000. En cuanto a los diferentes aspectos de los bienes jurídicos, pueden encontrarse muy diversos y numerosos estudios españoles, como el que trata de la ofensa a los bienes jurídicos en los delitos de mera actividad, afrontado por María Acale Sánchez, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, cit., pp. 184 y ss.; o la orientación de José Luis Díez Ripollés, “El bien jurídico protegido en un derecho penal garantista”, en *Nuevo Foro Penal*, N.º 60, Bogotá, Temis, 1999, pp. 115-133, especialmente p. 129; y sobre todo: Id., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, que propone una teoría de la legislación donde se incluye el criterio del bien jurídico, indicando que es justamente la fase de creación del Derecho la que ofrece mayores posibilidades para realizar el principio de protección de bienes jurídicos.



De este modo, se mostrarán brevemente las influencias europeas en el Derecho latinoamericano desde su imposición en la llamada conquista, descuidando la actividad portuguesa ejercida en Sudamérica, y centrándose únicamente en la realizada por los españoles desde 1492, para luego presentar el respectivo panorama en el Derecho penal colombiano, y la consiguiente introducción en éste de la noción en estudio.

Conviene advertir que solamente se pretende ofrecer algunos elementos de comprensión, lo que es ya una tarea difícil si se tiene en cuenta que, como se muestra en la presentación del proyecto "Historia General de América Latina" de la UNESCO (<http://www.unesco.org/culture/latinamerica>), "las sociedades latinoamericanas actuales están vinculadas orgánicamente con un proceso de poblamiento del actual territorio americano que data de unos 25.000 años. Este vínculo se expresa directamente en las sociedades aborígenes e, indirectamente, en todas las sociedades latinoamericanas. Al mismo tiempo, la vertiente europea de la conformación de las sociedades latinoamericanas las vincula directamente con las originarias raíces del mundo mediterráneo y, en especial, con su vertiente arábiga, a lo cual se sumó en forma creciente el aporte subsahariano".

Dicho esto, puede abordarse la llegada del Derecho europeo continental a América Latina, que fuera iniciada por España cuando con su actividad de colonización de gran parte del continente americano impuso a las poblaciones originarias su cultura: su idioma, su religión, su sistema político-económico y sus leyes<sup>51</sup>, así como su fuerza -legitimada ésta también por sus normas- que se mostró particularmente cruel con las personas traídas desde África como esclavas para el Nuevo Mundo. Debe señalarse, en todo caso, que en este proceso no se desconoció de manera absoluta el "Derecho consuetudinario" ya existente en América<sup>52</sup>, pero su reconocimiento e incluso su documentación, no son de gran relevancia.

La manera mediante la cual funcionaban estas leyes impuestas era la de un sistema eurocéntrico difuso, con la aplicación de las normas de España, especialmente del código de *Las Siete Partidas*, la *Ley de Toro*, el *Ordenamiento de Alcalá de Henares*, los *Fueros Municipales y Reales*, y las *Ordenanzas Reales* en los siglos XVI y XVII, así como de los acuerdos contractuales entre los participantes o los jefes de las expediciones (*las capitulaciones*) y las normas que establecían las directrices de la

---

51 José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal peruano*, Lima, Edili, 1987, p. 53.

52 Informa Hurtado Pozo, *Ibid.*, p. 53: "En un principio, se reconoció la vigencia de todas aquellas reglas que no contradecían los principios básicos del orden español. A medida que avanzó y se consolidó el sistema colonial decreció su importancia". Antes indicaba, p. 51, citando a Karen Spalding, que el resultado fue la organización del área andina como un sistema colonial fundado en la sumisión de la población indígena a los miembros de la sociedad europea, los cuales, a su vez, estaban sometidos a la autoridad de la metrópoli situada en el continente europeo. V. además José Hurtado Pozo, *La ley importada*, Lima, Cedys, 1979 (también en: [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj\\_20080609\\_02.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_02.pdf)), p. 9; Luis Enrique Romero Soto, *Derecho penal, parte general*, vol. I, Bogotá, Temis, 1969, pp.167-174.

administración civil y militar y los poderes de los “descubridores” y gobernantes (las denominadas *instrucciones*), y posteriormente en general las *Leyes de Indias* creadas para las colonias, cuya compilación (que contiene 6.377 leyes) data de 1680<sup>53</sup>, así como las disposiciones emanadas de las *Audiencias*, de los virreyes y de los gobernadores, y las normas de policía de los *cabildos*<sup>54</sup>. Respecto a este sistema jurídico afirma Wolkmer que para el éxito de los intereses coloniales europeos, en América Latina se debió organizar un sistema jurídico eficaz, por el cual “Consecuentemente, el escenario histórico de la cultura jurídica como producto de la actividad humana y espacio legitimado para reflexionar sobre la justicia, las normas de conducta y los valores jurídicos esenciales acabó prestándose a legitimar formas conceptuales abstractas, manifestaciones institucionales disociadas de la praxis social y exaltación erudita de codificaciones importadas de las metrópolis”<sup>55</sup>.

Junto a las leyes fueron impuestas las ideas filosóficas y jurídicas que les eran propias. Como informa Hurtado Pozo, para aquella época se seguían en España sobre todo las enseñanzas de la filosofía tomista de la Universidad de Salamanca y de Alcalá, así como una concepción retributiva expansionista en el área penal<sup>56</sup>. De todos modos, en las tierras americanas se impusieron las posturas, más que de los juristas españoles, de algunos teólogos-juristas como Francisco de Vitória, Francisco Suarez y Domingo de Soto, quienes fueron los promotores de las *Leyes de Indias*<sup>57</sup>, y con posterioridad, también por los esfuerzos de Bartolomé de Las Casas, de las leyes de inspiración humanista que buscaban detener la devastación de los conquistadores: las *Leyes de Burgos* (1512) y las *Leyes Nuevas* (1542)<sup>58</sup>. Pero éstas no fueron ni

---

53 V. José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal peruano*, cit., p. 53; y Antonio Carlos Wolkmer, Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina, texto correspondiente a la conferencia llevada cabo por el Prof. Wolkmer de la Universidad Federal Santa Catarina de Florianópolis-Brasil, realizado en la Universidad de Antioquia, Medellín-Colombia, el 16 de abril de 2009, pp. 2-4.

54 V. Luis Carlos Pérez, *Derecho penal, partes general y especial*, Tomo I, 2 ed., Bogotá, Temis, 1987, p. 173.

55 Antonio Carlos Wolkmer, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 2.

56 José Hurtado Pozo, *Manual de derecho penal peruano*, cit., p. 54.

57 Antonio Carlos Wolkmer, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 3. Cfr. Luis Carlos Pérez, *Derecho penal, partes general y especial*, cit., p. 169.

58 José Hurtado Pozo, “El indígena ante el derecho penal: caso peruano”, en *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, México, Ius Poenale, 2001, pp. 29-45 (también en [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_05.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_05.pdf) – citas correspondientes a esta página web), p. 1: “El reconocimiento del status de humanos de los aborígenes no fue inmediato y general. Se les consideró, en principio, como animales o seres sin alma; es decir como objetos de Derecho y no sujetos de Derecho. La naturaleza humana y racional del indio fue sancionada solemnemente por Paulo III, en la bula Sublimis Deus. A pesar de esta declaración, sólo se les reconoció en la legislación una personalidad jurídica restringida. Se les consideró, sobre todo, como sujetos de obligaciones y sus derechos fueron desconocidos o fuertemente limitados. Se les percibió como personas con capacidades disminuidas y, en consecuencia, necesitando de la tutela de parte de un tercero plenamente capaz”.

eficaces ni suficientes para detener la violencia contra los indígenas y al final “Bajo los reflejos culturales de un tiempo marcado por la expansión marítima y la conquista sanguinolenta, los Estados ibéricos acabaron absorbiendo e implementando la filosofía de la Contrarreforma, como también la defensa de la concepción del Derecho natural teológico, propagado por la catequesis católica y la enseñanza del humanismo idealista y abstracto”<sup>59</sup>.

Este Derecho impuesto a América Latina durante la colonia, a diferencia de lo que se podría esperar, no cambia sustancialmente después de la independencia<sup>60</sup>. Ello en el sentido, sobre todo, de que el Derecho que rige las vidas de los habitantes de estas zonas sigue siendo un Derecho ajeno a las tradiciones y a las concepciones de los pueblos originarios, y ajeno a la realidad y a las necesidades de las nuevas configuraciones sociales. Tal situación, como en parte se verá, perdura hasta nuestros días, obviamente con importantes cambios y algunos progresos.

Es necesario recordar que el proceso de independencia de Latinoamérica se presenta en el siglo XIX, comenzando de manera un tanto aislada pero contundente en Haití en 1804, y expandiéndose luego las luchas de independencia que empiezan en el Perú en 1809, y concluyen en 1898 con la independencia de las colonias de Filipinas y Cuba<sup>61</sup>, luego de que Estados Unidos comprara a Puerto Rico, y Alemania adquiriera las islas *Las Marianas* y *Las Carolinas* (1889). Los contrastes de la vida en el Primer y en el Tercer Mundo (al igual que entre los diversos sectores al interior del segundo<sup>62</sup>) que

59 Antonio Carlos Wolkmer, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 5.

60 Enrique García Vitor, “Culturas diversas y sistema penal”, en Sergio García Ramírez (coord.), *Derecho penal. Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados. I Derecho penal*, México DF, Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2005, también en: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1723>, p. 133, afirma radicalmente: “Las perspectivas de estudio desde este plano se acentúan en el proceso de recepción de legislación, más aún en la segunda mitad del siglo pasado -para algunos países en la primera, luego del desprendimiento político de la corona española -simple cambio de dueño, de lo que por mucho tiempo ha seguido siendo colonia”.

61 Para una visión del Derecho penal cubano en la primera mitad del siglo XX y sus particularidades respecto a los demás países latinoamericanos v. Ramón De la Cruz Ochoa, “Las ideas penales en Cuba en la primera mitad del siglo XX (Texto para el congreso “El siglo XX cubano en sus proyectos culturales 1902-1958”, realizado en el 2003)”, en *CALIBAN (Revista Cubana de pensamiento e historia)*: [www.revistacaliban.cu](http://www.revistacaliban.cu), N°. 4, La Habana, 2009.

62 Ya que, como lo afirma Antonio Carlos Wolkmer, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 10: “En verdad, en la práctica, las instituciones jurídicas son marcadas por un control centralizado y burocrático del poder oficial, por formas de democracia excluyente, por un sistema representativo clientelista, por experiencias de participación elitista y por ausencias históricas de las grandes masas populares. En suma, los documentos y los textos legales elaborados en América Latina, en gran parte, han sido la expresión de la voluntad e interés de sectores colonizados de las elites dominantes, formadas e influenciadas por los parámetros de la cultura moderna europea o anglo-norteamericana. Pocas veces, en la historia de la región, las constituciones y los códigos positivos reprodujeron, rigurosamente, las necesidades de sus segmentos sociales mayoritarios, como las naciones indígenas, las poblaciones afro-americanas, los múltiples movimientos urbanos y los campesinos agrarios”.

se verifican en el siglo mencionado, son representativos de las diferencias que desde entonces caracterizan las relaciones entre ambos “mundos”<sup>63</sup>.

La colonización dejó una estratificación social que coincidía con la división racial<sup>64</sup>: en la cima estaban los criollos (4 millones y medio), en la parte más baja los indígenas (más de 8 millones, luego del exterminio de la primera fase de la colonización<sup>65</sup>), en medio los negros arrancados de sus tierras originarias (4 millones) y los mestizos (6 millones)<sup>66</sup>. Esta situación explica, en parte, que no se diera una unión como la que tuvo lugar en Norteamérica. Adicionalmente, del periodo colonial queda la tradición jurídica de la que se ha hablado, y sobre la cual ahora se realizará una extensa citación de Wolkmer, justificada por su claridad:

Al par de las preocupaciones en defensa del “oscuro trópico americanista” de Alberdi, las ideas jurídicas que dominaron gran parte del siglo XIX, en América Latina, se rebelaron muy poco creativas, desvinculadas de la práctica histórico-social de sus pueblos nativos y de sus sociedades locales. Tal reproducción de la cultura erudita y moderna del eurocentrismo era constante entre sus abogados, profesores de Derecho y letrados juristas. No se deja de admirar, en este escenario, donde el discurso oficial pasaba por cierta “emancipación social”, la convivencia del eclecticismo idealista y conservador, con trazos que mediaban entre variantes del Derecho naturalista y del positivismo (francés, inglés), del romanticismo, del cientificismo, del “iluminismo liberal” y del “tradicionalismo-historicista”. / Esa moderna colonización y dependencia de la cultura jurídica latinoamericana de esa época al modelo hegemónico del eurocentrismo de matriz romano-germánico no se realizó solamente en el ámbito general de las “ideas jurídicas”, pero igualmente, en el nivel

---

63 Sólo por poner un ejemplo, recuérdese la imagen que brinda Robert J. C.Young, *Introduzione al postcolonialismo*, cit., pp. 66-71, cuando señala como en 1840, mientras en París se disfrutaba de una hermosa representación de *La ilusión cómica* de Pierre Corneille, a 900 millas, en el sur rural de Argelia, el general francés Bugeaud encerraba dentro de una caverna a un grupo de nativos, para luego sofocarlos con humo.

64 Sobre la inexistencia entre los seres humanos de las razas como criterio biológico y su uso como instrumento de dominación, v. Anibal Quijano, “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Edgardo Lander (coord.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Clacso, 2000, *passim*, especialmente pp. 2 y ss.

65 Mario Giuseppe Losano, *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 197, ofrece el siguiente ejemplo: “...las condiciones de trabajo de los indios eran tales que estas formas de explotación económica equivalían a su eliminación física: en el Potosí, ellos eran alrededor de ochenta mil a finales del siglo [...], pero en 1683 se reducían a un poco más de diez mil. En México se pasó de veinticinco millones de indios en 1519 a poco menos de mil en 1605”.

66 Andrea Giardina, Giovanni Sabbatucci y Vittorio Vidotto, *Storia dal 1650 al 1900*, cit., p. 348. Al respecto Enrique García Vitor, *Culturas diversas y sistema penal*, cit., pp. 147-148, sostiene: “La legislación se constituyó en el medio para reafirmar el proceso de colonización e implicó la destrucción de la cultura. Ello no se modificó con el movimiento independentista, en tanto éste solo significó el cambio de titularidad del dominio sobre la población indígena que paso de manos españolas a manos criollas, igualmente racistas”.

de las construcciones formales de control social, sean públicas o privadas. Eso se comprueba en el proceso de constitucionalización de los Estados latinoamericanos que fueron doctrinariamente marcados por las Declaraciones de Derechos anglo-francesas, por las Constituciones liberal-burguesas de los Estados Unidos (1787) y de Francia (1791 y 1793), y por la innovadora Constitución Española de Cádiz (1812). Ya la concretización moderna de la codificación del Derecho privado iberoamericano fue modelada integralmente por el ideario individualista, romántico y patrimonial de la legislación civil napoleónica (1804) y del código privado germánico (1900). / No estaría de más recordar que, en América Latina, tanto la cultura jurídica impuesta por las metrópolis a lo largo del período colonial, como las instituciones legales formadas después del proceso de independencia (tribunales, codificaciones y operadores del Derecho) derivan de la tradición legal europea, representada por las fuentes clásicas del Derecho Romano, Germánico y Canónico. Por lo tanto, en la formación de la Cultura Jurídica latinoamericana posindependencia, se debe tener en cuenta la herencia colonial luso-hispánica y los procesos normativos-disciplinarios provenientes de la modernidad del eurocentrismo capitalista, liberal-individualista y burgués<sup>67</sup>.

### 3.2 Mención sobre los diferentes momentos de la influencia europea en el Derecho penal latinoamericano

En la medida en que los distintos países latinoamericanos alcanzaban la independencia, y durante todo el siglo XIX, la concepción que en el Derecho penal tuvo mayor influencia fue la de la Escuela clásica italiana<sup>68</sup>, tanto en la doctrina –sobre todo con las obras de Carmignani y Carrara (especialmente a partir de la traducción al español de la parte general del *Programma del corso di diritto criminale* en Costa Rica en 1859<sup>69</sup>)- como en la codificación penal<sup>70</sup>.

En cambio, con el nuevo siglo, la primacía la empiezan a detentar las tesis de la Escuela positiva<sup>71</sup>, siempre dentro de la tradición italiana con la mediación

---

67 Antonio Carlos Wolkmer, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., pp. 8-9.

68 V., entre otros, Juan Bustos Ramírez y Manuel Valenzuela Bejas, *Le système penal des pays de l’Amérique Latine*, Paris, Pédone, 1983, p. 9.

69 Javier Llobet Rodríguez, *Francesco Carrara y el Programa de Derecho Criminal*, en CEJA: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (<http://www.cejamericas.org>), agosto de 2005.

70 En cuanto a la inspiración de los distintos códigos penales latinoamericanos del siglo XIX, especialmente –aunque no sólo- el del Uruguay, así como para las referencias bibliográficas, puede consultarse el texto de María Barbieri Cristina, “La “modernità” della scuola classica nella codificazione penale dell’America latina: il codice dell’Uruguay”, en Paolo Pitaro (coord.), *Scuola classica e codici penali latino-americani. Frammenti di una ricerca*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2008, pp. 13 y ss.

71 Al respecto Elías Neuman, “El estudio de la criminología en Latinoamérica y la necesidad de soluciones prácticas”, en *EGUZKILORE (Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología)*, N°. 3 extraordinario, San Sebastián, 1990, pp. 269-286, especialmente pp. 272-273, así como las pp. 274 y ss., para una visión

española<sup>72</sup>, hasta la mitad del siglo XX, cuando el positivismo en América Latina entra en decadencia<sup>73</sup>.

La dogmática alemana adquiere entonces, en la segunda mitad del siglo XX<sup>74</sup>, el dominio que aún hoy conserva, especialmente a partir de la labor de difusión emprendida por Jiménez de Asúa y de la traducción del alemán al español de los tratados de Liszt, Merkel, Beling, Mezger y Maurach en los años sesenta y setenta. Como se ha visto,

---

de lo que queda del positivismo en los institutos en particular dentro del Derecho penal latinoamericano actual.

- 72 Juan Bustos Ramírez y Manuel Valenzuela Bejas, *Le système penal des pays de l'Amérique Latine*, cit., p. 9, afirman: "No existe, pues, una escuela o teoría que tenga origen en América Latina. Sin embargo, se debe señalar el hecho de que en los años treinta y cuarenta apareció en casi todos los países una misma orientación de política criminal, que humaniza mucho el derecho penal y lo aproxima a la realidad social. No basta ya con recibir lo que viene de Europa; se trata de realizar una elección entre las construcciones teóricas, de reducir sus absolutismos, y se trata sobre todo de adaptar los postulados a la realidad latinoamericana. El código penal uruguayo de Irureta y Goyena es un célebre ejemplo de esto". V. también Jean Pierre Matus Acuña, "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos", cit., pp. 1-35. En la p. 2 sostiene que la doctrina italiana era muy fuerte hasta el siglo XX, y que en los primeros años de la segunda post-guerra mundial era mucho más influyente en España [y en consecuencia en Latinoamérica] que la alemana. Cfr. la réplica a este artículo: Alex van Weezel, "¿Por qué no citamos más (por ejemplo, a los alemanes)? Réplica a J. P. Matus", en *Política Criminal*, N.º 6, [[http://www.politicacriminal.cl/n\\_06/d\\_2\\_6.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_06/d_2_6.pdf)] 2008, pp. 1-5; y la respuesta de Jean Pierre Matus Acuña, "¿Por qué deberíamos conocer más y no menos? Respuesta a A. v. Weezel", en *Política Criminal*, N.º 7, [[http://www.politicacriminal.cl/n\\_07/d\\_1\\_7.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_07/d_1_7.pdf)], pp. 1-5.
- 73 Jean Pierre Matus Acuña, "El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente", en *Revista de derecho*, Vol. XX, N.º 1, Valdivia, 2007, pp. 189-190, quien estima que una de las causas de la decadencia del positivismo en este continente fue la ausencia de investigaciones autónomas, las cuales considera necesarias para cualquier ciencia. Remitimos, además, a este texto de Matus en las pp. 175-203, para un estudio de la llegada del positivismo a Chile y su influencia en algunas instituciones del Derecho penal chileno de hoy. Igualmente, para una alusión al positivismo en la doctrina argentina de la primera mitad del siglo XX y en las leyes aún vigentes, con especial énfasis en las bases epistemológicas del positivismo (lombrosiano) que ya no son aceptadas en la actualidad, v. Verónica Da Re y Sandra Maceri, "La antropología criminal de Lombroso como puente entre el reduccionismo biológico y el derecho penal (Segunda parte)", en *Límite*, Vol. III, N.º 18, Tarapacá, 2008, pp. 91-108, especialmente pp. 101-104. Sobre el positivismo criminológico en Cuba, a donde éste llega desde mediados del siglo XIX y se impone en el XX, resaltando las virtudes de humanización que tuvo en su momento, v. por todos Ramón De la Cruz Ochoa, "Las ideas penales en Cuba en la primera mitad del siglo XX", cit., pp. 16 y ss.
- 74 Afirma Elías Neuman, "El estudio de la criminología en Latinoamérica... ", cit., p. 281: "Los alumnos de derecho penal en los países Latinoamericanos son (y hemos sido) colonizados mentalmente por la dogmática penal alemana. La transmisión de ese saber y poder los transforma en "germanópatas" capaces de aprender el idioma de Goethe para leer a los maestros desde el original, porque siempre hay palabras de muy difícil traducción. Este tipo de conocimientos extravían la realidad social de nuestros países periféricos porque no son aplicables a ella. Y si bien se plasman en la ley penal algunas de esas concepciones injertadas o importadas, nunca las acusaciones y sentencias del fuero penal recogen un ápice o siquiera párrafos de tanta dogmática. Por lo demás los problemas jurídicos y las realidades que los informan son enteramente peculiares en nuestros países y las respuestas y soluciones a tales problemas deben ser nuestras. / Cuando, más tarde, el ya joven abogado debe acudir a una comisaría o a una cárcel, recién advierte que no ha aprendido nada sobre la realidad concreta en ese adiestramiento acrítico a que ha sido sometido en tantos años. De ahí su mortificación".

esta influencia fue particularmente importante para España, aunque no únicamente, y en consecuencia para Latinoamérica, donde "...en la actualidad más del 35% de las referencias de los autores iberoamericanos corresponden a autores alemanes"<sup>75</sup>. El proceso de posicionamiento dominante de la doctrina alemana se reflejó en la elaboración del *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, el cual se inició en noviembre de 1963, y sobre el que son bastante clarificadoras las siguientes palabras de Bustos: "Ya hacía tiempo que la obra de Luis Jiménez de Asúa y su peregrinar académico por Latinoamérica había logrado cerrar el paso a la influencia del positivismo naturalista imponiendo, cada vez con más fuerza, y sobre todo en las nuevas generaciones, la corriente dogmática de origen alemán. El Código Penal Tipo para Latinoamérica vino a culminar esta etapa y a sellar definitivamente en las reuniones de la Comisión Redactora el predominio total de dicha orientación"<sup>76</sup>. Este autor afirma sucesivamente que "La reacción frente al positivismo naturalista llevó a una posición dogmática radical que no dejó lugar a la política criminal, razón por la cual quedaron en el vacío aquellas intenciones primeras de la Comisión Redactora de establecer las realidades sociales y culturales de los diferentes países latinoamericanos y conforme a ello llevar a cabo una revisión de la legislación vigente"<sup>77</sup>.

Por lo demás, es necesario insistir en el hecho de que la influencia de las leyes y la doctrina española nunca ha cesado<sup>78</sup>, y que en el ámbito latinoamericano coinciden en gran medida, aunque no completamente, los momentos de mayor influencia de la doctrina italiana y de la alemana con los periodos en que éstas presentan un predominio también en la ciencia jurídica de España.

### 3.3 Desigualdad en las relaciones entre las "ciencias jurídicas"

Ahora bien, aunque sea muy importante que esté claro de dónde provienen las tesis con que trabaja la ciencia jurídica latinoamericana, para poder abordar el tema del concepto de bien jurídico que se presenta en Colombia también es necesario considerar las relaciones que se establecen al respecto entre los países del centro y los de la periferia<sup>79</sup>, en alguna medida también en términos académicos, y que

75 Jean Pierre Matus Acuña, "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos", cit., p. 2.

76 Juan Bustos Ramírez, "Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica", en *Nuevo Foro Penal*, N° 56, Temis, Medellín, p. 157.

77 Ibid., p. 158.

78 Juan Bustos Ramírez y Manuel Valenzuela Bejas, *Le système penal des pays de l'Amérique Latine*, cit., p. 14.

79 Se alude a la dualidad "centro-periferia" sin que por ello se pretenda seguir o no las teorías que le subyacen, sino en el sentido que normalmente le es asignado, sobre todo a partir de su utilización por la CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe de las Naciones Unidas), con los estudios de Celso Furtado, *Teoría dello sviluppo economico*, Roma-Bari, Laterza, 1972 y Raúl Prebisch, *Capitalismo*

no responden a “razones intelectuales” independientes de las “razones del poder” económico, político, etc. Relaciones que se revelan inequitativas, sobre todo a partir de la revolución industrial, cuando las diferencias entre las partes desarrolladas y las subdesarrolladas se incrementan<sup>80</sup>.

Sin embargo, en la primera mitad del siglo XX a estas relaciones se les abre un “nuevo horizonte”, que en todo caso es problemático, y que está determinado principalmente por los cambios demográficos que entonces se presentan<sup>81</sup>, y por iniciativas como la de la Conferencia de Bandung de 1955, a la que ya se hiciera mención. Se inicia así un nuevo tiempo de grandes retos para todos aquellos que se encuentran involucrados en el post-colonialismo actual, en virtud además y especialmente, de dos factores que Barraclough identifica a partir del caso africano de la siguiente forma: “el primero de los cuales, la asimilación de ideas, de técnicas, de instituciones occidentales, como para poder usarlas en contra de las potencias ocupantes, sucede de una manera tal que superó casi todas las previsiones europeas. El segundo factor fue la vitalidad y la capacidad de renovación demostrada por ciertas sociedades demasiado rápidamente liquidadas por los europeos con el apelativo de estancadas, decrepitas y moribundas”<sup>82</sup>.

La desigualdad en las relaciones a la que se ha hecho referencia a nivel socioeconómico, repercute también en el plano “científico” (como lo hacen además los nuevos retos) y puede ayudar a explicar por qué cuando se da la recepción, con un menor o mayor grado de libertad, de las normas y la doctrina extranjera, se hace generalmente sin un análisis y sin una adaptación a las diversas realidades<sup>83</sup>, y en

---

*periférico: crisis y transformación*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1981, por mencionar sólo algunas publicaciones. Al respecto puede ser incluida también la obra de Samir Amin, *Lo sviluppo ineguale. Saggio sulle formazioni sociali del capitalismo periferico*, Torino, Einaudi, 1973. Se trata de conceptos que han tenido un gran desarrollo a escala global, incluso dentro del modelo del “sistema-mundo” de Immanuel Wallerstein, (por ejemplo en:) *The Modern World-System: Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, New York, Academic Press, 1976; y en las teorías de Giovanni Arrighi, (por ejemplo en:) *La geometria dell'imperialismo*, Milano, Feltrinelli, 1978.

80 Geoffrey Barraclough, *Guida alla storia contemporanea*, cit., p. 57: “...la revolución industrial había creado enormes diferencias entre las partes desarrolladas y aquellas no desarrolladas (o, como decimos hoy, subdesarrolladas) del mundo y la mejora en las comunicaciones, las innovaciones técnicas y las nuevas formas de organización comercial habían aumentado desmesuradamente las posibilidades de explotar los territorios subdesarrollados”.

81 Ibid., p. 88, donde se observa cómo en la América central y meridional estos cambios se caracterizaban por un enorme aumento de la población, que ya en 1960 sobrepasaba a la norteamericana en siete millones.

82 Ibid., p. 164.

83 Al respecto, por ejemplo, Jean Pierre Matus Acuña, “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, cit., *passim*; Juan Oberto Sotomayor Acosta, “I disastri della lotta contro la “criminalità



ausencia de una verdadera reciprocidad, que no se presenta ni al interior del área de la tradición europea continental originaria, ni mucho menos cuando esta “importación” se realiza en los países que se encuentran en una situación post-colonial.

Si bien al interior de la Unión Europea los casos pueden ser pocos y sería necesario llevar a cabo una investigación más profunda para determinar cuándo y en qué medida la importación de un concepto es sólo eso, y cuando se trata en cambio de un auténtico concepto colonizado, en el sentido ya indicado de ser impuesto sin consideración de las particularidades y de las necesidades del contexto al cual se le trasfiere, puede verse que hay una carencia de reciprocidad en el diálogo científico entre los juristas de los distintos países. Es posible usar como un ejemplo de esto, el hecho de que Seher en un artículo sobre el bien jurídico que fuera citado en este texto, luego de haber hablado de la inexistencia en la discusión angloamericana de un concepto sinónimo al del bien jurídico, sostiene incluso que: “Ello puede afirmarse —en lo que alcanzo— de todos los países no germanoparlantes. La noción de bien jurídico es una idea propiamente alemana”<sup>84</sup>. Y también Jareborg parece manifestarse en términos similares al afirmar que “El concepto alemán de bien jurídico es un puro fenómeno alemán que no es «exportable»”<sup>85</sup>; y quizá pudiera llegar a tener razón si tal afirmación es emitida en el sentido del deber ser; no será aquí donde se haga un pronunciamiento al respecto, pero con toda seguridad no es una afirmación que corresponda a los hechos, porque en realidad este concepto se ha extendido dentro y fuera de Europa, y en esta última con toda certeza, al menos, en España e Italia, sin que pueda haber lugar a dudas<sup>86</sup>.

Por otro lado, como ejemplo de cuanto sucede en los Países del Tercer Mundo, se puede acudir nuevamente al revelador estudio estadístico del profesor chileno Jean Pierre Matus, quien para descubrir cuál es la influencia recíproca entre las doctrinas

---

organizzata” nel sistema penale: il caso colombiano”, en *Critica del diritto*, 2009, *passim*; con referencia a la situación global de la internacionalización y amplias referencias bibliográficas v. Diana Patricia Arias Holguín, “A propósito de la discusión sobre el derecho penal moderno y la sociedad del riesgo”, en *Cuadernos de investigación*, N.º. 42, Medellín, Fondo Editorial Universidad EAFIT, 2006 (disponible en: <http://www.eafit.edu.co/EafitCn/Investigacion/Cuadernos/Cuadernos>), pp. 16, 23-27; para un análisis de esta situación centrada en el estudio del blanqueo de capitales o lavado de activos, Id., “Lavado de activos y “modernización” del derecho penal: el caso colombiano”, en *Nuevo Foro Penal*, N.º. 70, Medellín, EAFIT, 2006, pp. 168-218.

84 Gerhard Seher, “La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”, cit., p. 78, nota 34.

85 Así lo afirma Karsten Brandt et al., “Tercera sesión. Criminalización más allá del dogma del bien jurídico”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 434, puesto que la intervención de Jareborg no está recogida en esta obra.

86 Massimo Donini, “Prospettive europee del principio di offensività”, cit., p. 128, comenta esta situación de ignorancia de los aportes italianos por parte de la doctrina alemana, también respecto a temas, como estos, de gran desarrollo en Italia, y partiendo de ello, el autor afirma (p. 129), en mi opinión con razón, que la dogmática, salvo en cuanto al aporte a un mínimo común lingüístico, nos divide.

latinoamericanas y las alemanas, mediante el análisis de los textos traducidos y de la cantidad de citas, concluye que "...en la segunda mitad del siglo XX y principios del actual, la doctrina iberoamericana no ha tenido ningún impacto en la alemana, la cual, si acaso se preocupa de la extranjera, preferentemente lo hace de la escrita en inglés, e insignificativamente de la de algunos otros países europeos. El índice de autoreferencia, medido como la cantidad de citas a autores alemanes dentro del total, es en esta muestra bastante decidor del interés de la doctrina germana en lo que sucede en el extranjero: 0,89 (=239/266). Esto es, prácticamente el 90% de toda la literatura que utilizaron los autores alemanes en este período es sólo literatura alemana, en tanto que, de la extranjera, casi todo el 10% restante corresponde a la escrita en inglés"<sup>87</sup>.

Este autor, en otro escrito sobre el tema, afirma además: "...mientras nosotros citamos "disciplinadamente" a los alemanes; ellos, con la misma "disciplina", nos ignoran. [...] ... el fenómeno detectado en la doctrina hispanoparlante de recurrir al derecho comparado para fundamentar sus propuestas normativas, no es en ningún caso nuevo: antes de 1970 se recurría con la misma "disciplina" a los aportes de los estudiosos italianos del derecho penal. Esto parece confirmar la hipótesis del carácter "cosmopolita" que a la doctrina hispana le atribuye Fletcher, en contraste con el "provinciano" de las culturas alemanas y norteamericanas, el cual, respecto a Alemania, es reconocido por el propio Roxin ..."<sup>88</sup>.

El análisis de un informe del año 2004 del *InterAcademy Council* (IAC)<sup>89</sup>, permite a Matus realizar la afirmación de que "el intercambio académico" entre el mundo desarrollado y el subdesarrollado implica relaciones de tanta desigualdad, que incluso los mejores cerebros de los países más pobres terminan trabajando a las órdenes y en beneficio de los países con más poder.

Ahora bien, más allá (aunque sin querer descuidarlos) de los problemas políticos y sociales que esto implica, existen también serias dificultades para la ciencia jurídico penal en general. Esta cuestión es evidente si se es consciente de la situación que se

---

87 Jean Pierre Matus Acuña, "Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos", cit., p. 31.

88 Jean Pierre Matus Acuña, "¿Por qué deberíamos conocer más y no menos? Respuesta a A. v. Weezel", cit. pp. 1-2. Sobre la ausencia de reciprocidad de la literatura alemana, y en relación a la tradición de Derecho comparado en Italia v. Massimo Donini, "Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e política", en *Alla ricerca di un disegno*, cit., p. 28.

89 Inter Academy Council REPORT: *The urgency to promote worldwide science and technology capacity*, 2004, p. 23, disponible en: <http://www.interacademycouncil.net/Object.File/Master/6/731/Chapter%201.pdf>, citado por Jean Pierre Matus Acuña, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, cit., p. 26, nota 81, quien expone la situación en los términos aquí expresados. En la p. 22 de este informe del IAC, se expone que "cerca del 80 por ciento de la población de la humanidad está privada de la oportunidad de contribuir al conocimiento...". La IAC ([www.interacademycouncil.net](http://www.interacademycouncil.net)) es una organización multinacional creada en el 2000, con sede en Ámsterdam.

acaba de exponer, y se aceptan las argumentaciones de Donini<sup>90</sup>, según las cuales una ciencia no puede ser sólo nacional. Y ello vale obviamente para la ciencia penal, en donde actualmente se impone a todos una apertura internacional y de comparación, que es una cosa muy distinta a la asimilación, y que empieza por asumir a la comparación misma como un “método de contraste y de diálogo discursivo”, y como “requisito de la cientificidad de la misma ciencia dogmático penal”, donde el trabajo en grupo es indispensable.

De este modo, todo lo que hasta aquí se ha visto, debe servir para afrontar a continuación una aproximación a lo que es el concepto de bien jurídico en Colombia.

#### 4. El caso colombiano

En Colombia, en cuyo territorio a la llegada de los españoles a la *Abya-Yala*<sup>91</sup> vivían entre 3 y 4 millones de personas que no serán sino aproximadamente 130.000 al final del siglo XVIII (excluyendo los habitantes de la Orinoquía y el Amazonas sobre los que no se tienen datos)<sup>92</sup>, la independencia no sólo de la minoría constituida por las poblaciones originarias sino de la sociedad conformada por éstas, los afrodescendientes, los mestizos y en general todos aquellos que para entonces tenían en ese territorio sus hogares<sup>93</sup>, tiene lugar -como declaración- el 20 de julio de 1810, sin que en la región cesen las guerras de independencia, sino hasta –al menos representativamente- la Batalla de Boyacá del 7 de agosto de 1819, después de la que se da la declaración del Congreso de Angostura que crea la Gran Colombia. Esta nación incluía inicialmente los países que hoy son Colombia, Panamá (perteneciente a Colombia hasta 1904), y Venezuela, y también a Ecuador luego de su incorporación en 1826. Ya en 1821, en Cúcuta, se sanciona la que será la primera Constitución de estos países<sup>94</sup>, cuya unión

90 Se hace referencia a las tesis expuestas por el autor en Massimo Donini, “Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica”, cit., pp. 27-32, a las que se remite.

91 Con este término (que significa “tierra en flor”, o “tierra en plena madurez”, o “tierra viva”) era con el que los indígenas de las etnias Kunas llamaban a todo el continente hoy conocido como América. Actualmente, es usado por muchos como parte de las reivindicaciones de los movimientos indígenas, a partir de la sugerencia que hiciera el líder aymará Takir Mamani, en el sentido de que todos los indígenas utilizaran este término en sus documentos y declaraciones.

92 Jaime Jaramillo Uribe, “Etapas y sentido de la historia de Colombia”, en AA. VV., *Colombia hoy*, Bogotá, Banco de la República, 2001 (disponible en: <http://www.lablaa.org/blaavirtual/historia/colhoy/indice.htm> - citaciones de la versión digital), p. 16.

93 Ibid., p. 20, indica que, jurídicamente, la clasificación y denominación de los habitantes, y sus proporciones, al final del siglo XVIII, en orden de la mayor a la menor valoración que de ellas se hacía, era: Blancos (españoles y criollos: 32.70%), Libres (mestizos: 45.71 %), Indígenas (16.19%) y Esclavos (5.28%).

94 Aunque antes existiesen algunas constituciones de carácter regional. Pueden verse ejemplos de esto en Luis Carlos Pérez, cit., pp. 187 y ss.

empieza a disolverse hacia 1830, en un proceso que consolida la disolución de la Gran Colombia en 1833.

En cuanto a los distintos caminos que el Derecho penal colombiano ha recorrido luego de la independencia (del “país”, más que de las ideas<sup>95</sup>) y su configuración actual, éste no ha sido ajeno a las corrientes que fueron indicadas para América Latina ni, salvo por las particularidades de su conflicto armado interno<sup>96</sup>, a las condiciones sociales que, como lo expresa Wolkmer, hacen que “Describir el escenario contemporáneo de la cultura jurídica en América Latina significa tener conciencia del montaje de una cultura política-legal constituida a partir de la lógica de la colonización, explotación y exclusión de los múltiples segmentos sociales. Se trata de la historicidad marcada por la imposición de privilegios, por la ausencia de justicia, por la marginalidad y la negación de los derechos de sociabilidades, como los movimientos indígenas, negros, campesinos y populares”<sup>97</sup>. Se destacarán entonces solamente algunas de

---

95 Antonio Carlos Wolkmer, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 11, afirma que aún hoy se continúan reproduciendo los modelos de conocimiento e interpretación de la modernidad del eurocentrismo: “Tales tradiciones teóricas son incorporadas y adaptadas a las necesidades de fundamentación de la justicia y del control social en las sociedades locales del continente, perpetuando nuevas formas de colonialismo en la producción del saber”. Es un poco como la *mental slavery* de la que habla Bob Marley en su *redemption song*. Por otro lado, la palabra “país” se pone entre comillas en virtud de cuanto sostiene Wolkmer, *Ibid.*, p. 6: “Naturalmente, la independencia de las colonias en América Latina no representó, a principios del siglo XIX, un cambio total y definitivo con España y Portugal, sino solamente una reestructuración, sin una ruptura significativa en el orden social, económico y político”.

96 En cuanto al contexto latinoamericano, pero aplicable en la actualidad particularmente a la situación colombiana, manifestaba Juan Bustos Ramírez, “Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica”, cit., p. 165: “...en Latinoamérica hay que luchar contra la práctica de sanciones paraestatales que dan lugar a una doble ética. Por una parte, constituciones políticas en las cuales se recogen todas las declaraciones de derechos humanos, y por otra una organización de facto, dirigida o apoyada por el Estado, que viola todos estos derechos. Como lo denuncian todos los organismos internacionales, la tortura, el desaparecimiento forzado de personas, las ejecuciones sumarias -por citar aquellas trasgresiones más graves-, son frecuentes en muchos de nuestros países. Es este uno de los primeros y apremiantes problemas que debe afrontar una política criminal democrática, con el objeto de garantizar que ello no suceda o no vuelva a suceder. / Pero no solo en el ámbito paraestatal hay graves transgresiones al principio de indemnidad personal, sino también en las sanciones propiamente estatales”. Este hecho es tan evidente en Colombia, que la misma Corte Constitucional ha declarado, en la sentencia T-153 del 28 de abril de 1998 (Sala Tercera de Revisión, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz) *el estado de cosas inconstitucional* de las cárceles colombianas; es decir, la estructural y permanente lesión de los derechos fundamentales que allí se presenta, como consecuencia de las condiciones en que se encuentran.

97 Antonio Carlos Wolkmer, *Una visión crítica de la cultura jurídica en América Latina*, cit., p. 10. Sea concedido, además, señalar algunos datos actuales que evidencian parte de las particularidades de la realidad latinoamericana y colombiana: de acuerdo al *Programa Mundial de Alimentos* de las Naciones Unidas ([www.wfp.org](http://www.wfp.org) - 2009), en América Latina la desnutrición alcanza a aproximadamente 52 millones de personas entre los 550 millones de habitantes. En Colombia (datos del 2005 tomados de: [www.colombianutrinet.org](http://www.colombianutrinet.org) – página consultada en abril del 2010), el 40.8% de las familias vive en una situación de inseguridad alimentaria: se trata de una inseguridad leve en el 26.1% de los casos, moderada en el 11.2%, y severa en el 3.6% restante. Según el último informe “*Panorama social de*

las particularidades del Derecho penal colombiano, para luego concentrarse en la “recepción” del concepto de bien jurídico.

#### 4.1 Rasgos de una parte del Derecho penal en Colombia

Las primeras leyes penales de Colombia fueron hasta 1837 aquellas españolas, aunque se hubiesen presentado antes algunas reformas, como la abolición del Tribunal de Inquisición en 1821<sup>98</sup>, y la emisión de decretos en materia penal durante la dictadura de Bolívar (1828-1829)<sup>99</sup>. En el mencionado 1837 —en coincidencia con la introducción del peso como moneda colombiana— se promulga el primer Código Penal (con ley del 27 de junio), que se inspiraba en el Código Penal francés de 1810 y en el proyecto español de 1821. Posteriormente se presentaría una continua modificación de las leyes y la adopción de nuevos códigos. Se señalarán sólo estos últimos: en primer lugar se encuentra el Código Penal de 1873 (Código Penal de los Estados Unidos de Colombia - Ley 112 del 26 de junio), que respondía a la nueva Constitución de 1863 (que daba un carácter federal al Estado) y regía sólo en los territorios vinculados directamente al gobierno federal, pero no en los llamados “Estados”<sup>100</sup>. Con el retorno a un sistema unitario este Código será remplazado, luego de la adopción provisoria del Estatuto

---

*América Latina 2002-2003*” (CEPAL – www.eclac.org), el porcentaje de personas que en el 2002 vivían en situación de pobreza se encuentra en aproximadamente el 43%. Es decir que se está hablando de 224 millones de personas. El número de personas en estado de indigencia ha llegado a la cifra de 95 millones. En este mismo informe se afirma: “Un rasgo sobresaliente de América Latina es la elevada heterogeneidad de la pobreza entre países. Los menores niveles de pobreza se registran en la Argentina (datos solo del área urbana), Chile, el Uruguay y Costa Rica, con tasas de pobreza inferiores al 22% y tasas de indigencia de entre un 3% y un 7%. Por su parte, el grupo de pobreza media-baja está constituido por el Brasil, Panamá y la República Bolivariana de Venezuela, en los que la tasa de pobreza se mantiene por debajo del 30%. Por su parte, el grupo de países con niveles de pobreza media-alta incluye a Colombia, el Ecuador (datos del área urbana), México, El Salvador, el Perú y la República Dominicana, con tasas de pobreza de entre un 35% y un 48%. Los países con las tasas más altas de pobreza e indigencia, que superan el 50% y el 30% respectivamente, son Bolivia, Guatemala, Honduras, Nicaragua y el Paraguay” (p. 7). Respecto a la desigualdad, se indica: “el 10% más rico de los hogares concentra en promedio el 34% de los ingresos totales. La participación de este grupo muestra la mayor heterogeneidad entre los países de la región, ya que los valores más altos bordean o superan el 40%, como en el Brasil y Colombia, y los valores más bajos no exceden del 27%, en la República Bolivariana de Venezuela y el Uruguay” (p. 13). Igualmente, después de haber señalado muchos datos, se realiza la siguiente afirmación: “Debe tenerse presente que los resultados favorables del último sexenio no alteran el hecho de que la desigualdad en América Latina continúa siendo una de las más altas del mundo” (p. 15).

98 Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal, parte general*, 2 ed., Bogotá, Temis, 2004, p. 196; Alfonso Reyes, *Derecho penal colombiano, parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964, pp. 44 y ss.

99 Luis Carlos Pérez, *Derecho penal, partes general y especial*, cit., pp. 193-194.

100 Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, cit., p. 198; Luis Carlos Pérez, *Derecho penal*, cit., 1987, pp. 202 y ss.; Luis Enrique Romero Soto, *Derecho penal*, cit., p. 169.

de Cundinamarca desde 1886<sup>101</sup>, por el Código Penal de 1890 (Ley número 19 del mismo año), el cual se inspiraba en el anterior de 1837<sup>102</sup>. En 1912 hubo un proyecto (el proyecto Concha) que seguía el Código italiano Zanardelli, y que fue acogido diez años después por la ley 109 de 1922, pero que nunca llegó a entrar en vigor<sup>103</sup>. En 1936 (con la Ley número 95) se promulga el Código Penal que por mayor tiempo ha regido la historia de Colombia; se trata de un texto que, aunque con posturas eclécticas, es de clara orientación positivista, especialmente en cuanto a la parte general que reproducía casi totalmente a la correspondiente del Proyecto Ferri presentado en Italia en 1921<sup>104</sup>. Este Código será cambiado luego por el de 1980 (Decreto número 100), creado con referencia al *Código Penal Tipo para Latinoamérica*<sup>105</sup>, con una enorme influencia de la doctrina alemana de los años cincuenta<sup>106</sup>, y que será abolido por el actual Código Penal establecido por la Ley 599 de 2000, a partir de un proyecto elaborado por el coordinador –y sus asesores- de la que debía ser la comisión encargada de realizarlo.

En vista de esta situación de constantes y poco reflexivas reformas, se puede afirmar que no hay una base normativa estable que favorezca la construcción de una teoría jurídico-penal con sólidos fundamentos en las normas positivas. Todo el panorama descrito *supra*, además, permite entender por qué la doctrina colombiana –al menos en parte- esté desde siempre acostumbrada a trabajar no sólo con las leyes y sus correspondientes teorizaciones extranjeras<sup>107</sup>, sino además en cierta forma por “fuera de la ley”. Fuera de la ley no en el sentido de contraria a ésta, o ignorándola, sino en el sentido –en sí ya anti-dogmático- de no basarse en el fondo tanto en las

---

101 Luis Enrique Romero Soto, *Derecho penal*, cit., p. 170.

102 Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, cit., p. 199, explica que este Código, criticado por ser sólo una compilación legislativa, surge luego de la prematura muerte de Demetrio Porras, quien elaboraba pero no pudo terminar el proyecto de nuevo código penal que se inspiraba en los proyectos italianos Mancini y Zanardelli, y en el español de Silvela. Cfr. Luis Enrique Romero Soto, *Derecho penal*, cit., pp. 170-171. Para un análisis de este Código v. Francisco Bernate Ochoa, “El código penal colombiano de 1890”, en *Estudios Socio-jurídicos*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2004, pp. 537-558.

103 Luis Enrique Romero Soto, *Derecho penal*, cit., p. 171.

104 Juan Bustos Ramírez y Manuel Valenzuela Bejas, *Le système penal des pays de l’Amérique Latine*, cit., p. 17; José Germán Marroquín Grillo y Jaime Camacho Florez, *Apuntes para la historia de la criminología en Colombia. Informe de la VIII Reunión de Profesores de Criminología de Colombia - Universidad Santiago de Cali*, 1985, en <http://criminologiasusco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html>, p. 3.

105 Juan Bustos Ramírez y Manuel Valenzuela Bejas, *Le système penal des pays de l’Amérique Latine*, cit., p. 21. Cfr. Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, cit., p. 201.

106 Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, cit., p. 202.

107 Recuérdense las palabras de Luis Carlos Pérez, *Derecho penal*, cit., p. 157, cuando afirmaba al hablar de las fuentes extranjeras del Derecho penal colombiano, que “...las “leyes nacionales” no logran serlo del todo”.

disposiciones del Derecho positivo en particular para sus argumentaciones, como en las argumentaciones para “re-diseñar” las leyes vigentes, casi siempre sin salirse de los amplios márgenes que da una buena interpretación<sup>108</sup>. Diré inmediatamente, sólo por claridad, que esto me parece una ventaja que debe aprovecharse, pero que también requiere ser analizada cuidadosamente.

Por lo demás, la doctrina colombiana no ha sido ajena, en términos mayoritarios, a las orientaciones indicadas antes al hablar de América Latina en general. De este modo, se puede comprobar que se ha dado, junto a la “normal” influencia española, un predominio de la corriente inspirada en la escuela clásica italiana hasta los años treinta del siglo XX<sup>109</sup>. A este periodo siguió otro que se orientaba al positivismo italiano, el cual termina hacia 1963 para dar paso al aún vigente predominio de la dogmática alemana<sup>110</sup>.

## 4.2 La introducción del concepto de bien jurídico

De acuerdo a lo dicho con anterioridad, inicialmente llegan a Colombia las ideas de la escuela clásica italiana sobre la protección de los derechos subjetivos por parte del Derecho penal, para luego, en la medida en que se imponía la idea del bien jurídico en Italia y de allí en España, pasar también ésta a hacer parte de las concepciones adoptadas por la doctrina de este país latinoamericano<sup>111</sup>. Los penalistas y operadores

108 Si bien no necesariamente de modo totalmente coincidente, sí bastante cercano al “uso alternativo del Derecho” y también al “Derecho alternativo” sudamericano y especialmente a aquel brasilero que se expone en el interesante artículo, al cual se remite sin dudas, de Mario Giuseppe Losano, “La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamérica”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N.º. 5, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 275-324.

109 V. Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, cit., p. 206, quien menciona también a los autores colombianos pertenecientes a esta orientación, así como a aquellos del positivismo.

110 El año de 1963 es señalado por Bersarion Gómez Hernández y Helena Patricia Hernández Barrera, “Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano: perspectiva histórica del derecho penal en Colombia”, en *Diálogos de saberes*, N.º. 24, Bogotá, Universidad Libre, 2006, p. 100, quienes relacionan tal fecha al año de publicación de la obra de Bernardo Gaitán Mahecha: *Curso de derecho penal general*, considerándolo el precursor de la introducción de las orientaciones del Derecho penal alemán en Colombia. Coincide en la identificación de tal año Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, cit., p. 206, quien se refiere a esta orientación de predominio alemán con el nombre de “fase de la dogmática jurídico-penal”, considerando entre los autores que hacen parte de ésta a: Gaitán Mahecha, A. Reyes Echandía, L.C. Pérez, L. E. Romero Soto, S. T. Ruiz, F. Estrada Vélez, E. Páez Polo, J. Rozo Rozo, J. Fernández Carrasquilla, N. Agudelo Betancur, Y. Reyes Alvarado. Así mismo, en la p. 207, afirma Velásquez: “Desde luego, debe destacarse cómo durante el último decenio del siglo XX y comienzos del siglo XXI, casas de estudios bogotanas, como la Universidad Externado de Colombia, han jalonado la discusión y le han dado paso –aunque de manera acrítica– a la difusión de las nuevas corrientes funcionalistas, lo que, sin duda, oxigena mucho el debate”.

111 Para entonces, es decir, a fines de la primera mitad del siglo XX, la doctrina penal colombiana no estaba conformada por un grupo de penalistas muy numeroso, como puede deducirse del hecho de

del Derecho penal se servían tanto de la doctrina española como de la italiana, y también —entonces en una menor medida— de la alemana, especialmente de aquella traducida<sup>112</sup>.

Sin embargo, es sabido que ni el Código Penal de 1837, ni aquél de 1873 o de 1890 se referían al concepto de bien jurídico, aunque este último empieza a hacer alusión a la nocividad del comportamiento<sup>113</sup>. Luego, en cuanto al Código Penal de 1936, si bien éste no contiene en su texto la expresión bien jurídico, esta concepción era ya usada en Colombia como se observa del hecho, indicado por Luis Carlos Pérez<sup>114</sup>, de que la comisión redactora mencionaba la noción de bien jurídico cuando se pronunciaba sobre la supresión de la punición de la tentativa imposible, y también la usaba como criterio de clasificación de los delitos en la parte especial del Código.

Más adelante, en el Código Penal de 1980 se hace referencia al *interés jurídico* en el art. 4, que reza: "*Antijuridicidad*. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley". La doctrina ha entendido que con tal indicación se reconocía legalmente la idea del bien jurídico, cuya lesión o puesta en peligro se configura entonces como requisito para la verificación de la antijuridicidad<sup>115</sup>, también de acuerdo a la opinión de la Corte Constitucional<sup>116</sup>. La redacción de este texto legal refuerza la especial acogida que

---

que la alfabetización era sólo del 40% (Julio César Gaitán Bohórquez, "De documento, de historia, de derecho y de civilización. Notas para una lectura menos tranquila del documento y de la ley", en *Revista de Estudios Socio-jurídicos*, vol 4, N° 001, Bogotá, Universidad del Rosario, p. 223), dentro de la que el porcentaje de quien tenía acceso a los estudios superiores era ínfima, además de obedecer en gran parte a una tradición de clara exclusión y estratificación social. En cuanto a los criterios excluyentes de la universidad durante la colonia, y también, al menos en los primeros veinte años después de la independencia, v. Renan Silva Olarte, "Estructuración y disolución de un sistema de reclutamiento de elites: el caso de Santafé de Bogotá, en Nueva Granada", en *Boletín Cultural y Bibliográfico*, N° 32, Bogotá, Banco de la República, 1993 (disponible en [www.lablaa.org](http://www.lablaa.org)).

112 En aquella época, la traducción de una obra hacía que ésta adquiriese una notoriedad que de otro modo era impensable. No obstante, aún hoy —a pesar del incremento del estudio de las lenguas extranjeras que de todos modos sigue siendo bajo en comparación con otras realidades y especialmente desde la perspectiva de la posibilidad de acceso a este tipo de conocimiento— tienen gran importancia en la difusión de las ideas previamente seleccionadas por los traductores y editores.

113 Francisco Bernate Ochoa, "El código penal colombiano de 1890...", cit., pp. 542-544.

114 Luis Carlos Pérez, *Derecho penal*, cit., pp. 215, 220.

115 Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Temis, 1989, p. 48; Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *El principio de la antijuridicidad material. Regulación y aplicación*, 2 ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Radar, 1993, pp. 81 y ss.; Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 102.

116 Así lo afirman Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 102, nota 228, citando la sentencia C-070 del 22 de febrero de 1996, en donde de acuerdo a los autores se da una asimilación entre el concepto de bien jurídico y el principio de lesividad.



en Colombia ha tenido la ubicación del estudio del bien jurídico en la categoría de la antijuridicidad (sobre esto se volverá *infra*), en relación a la denominada antijuridicidad material que exige la comprobación de que la conducta efectivamente lesione o ponga en peligro el bien jurídico tutelado<sup>117</sup>.

La inclusión del concepto de bien jurídico en el Código Penal será aún más evidente en la actual regulación del 2000<sup>118</sup>. En ésta se encuentra la expresión “bien jurídico”, aunque sin una explicación de qué sea esto, en los siguientes artículos:

- Art. 11: *Antijuridicidad*. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.
- Art. 25: *Acción y omisión*. [...] Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones: [...] 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.
- Art. 32: *Ausencia de responsabilidad*. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: [...] 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.

En los estudios penales colombianos se encuentran también frecuentes referencias al art. 16 de la Constitución como norma que incluye a nivel constitucional el concepto de bien jurídico<sup>119</sup>. Este artículo es del siguiente tenor: “Todas las personas

---

117 Luis Enrique Romero Soto, *Derecho penal*, cit., pp. 338-339; Alfonso Reyes, *Derecho penal colombiano*, cit., p. 133; Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, pp. 77 y *passim*, con numerosas remisiones a la jurisprudencia de la Corte Constitucional. También Id., *El principio de la antijuridicidad material*, cit., pp. 9-10, 27 y ss., 32 y ss., 70 y ss., 100 y ss., 123 y ss. En contra de esta denominación v. Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal, parte general*, 4 ed. – reelaboración, Medellín, Comlibros, 2009, p. 106, nota 215. En oposición al estudio del bien jurídico en la categoría de la antijuridicidad, de la cual, entendida como “elemento” del delito, presenta una revisión crítica en este texto, Massimo Donini, *Antijuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica, o solo una critica, per il diritto penale moderno?*, de próxima publicación (2010) en un libro de escritos en honor de Hassemer, p. 3, nota 3 de la versión mecanografiada, cuando afirma: “Por los nexos inescindibles entre el resultado y el bien jurídico, me parece incongruente tratar a este último dentro del aspecto de la antijuridicidad, de manera “separada” al hecho, o incluso previamente a éste. Sin embargo, es verdad que el bien jurídico expresa el significado lesivo del hecho y no está contenido, normalmente, en la descripción legal de éste. Tanto es así que el error sobre el bien jurídico o sobre la ofensividad es una forma de error sobre el precepto penal o sobre el carácter sustancialmente “ilícito” del hecho, por lo demás relevante como causa de exclusión del dolo en varios casos en los que deben encontrar aplicación formas de *Vorsatztheorie*”.

118 Al respecto, aludiendo sobre todo al art. 11 del Código Penal colombiano, entre otros: Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 102; Fernando Velásquez Velásquez, *Manual de derecho penal*, cit., p. 278; Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Consideraciones críticas sobre la recepción en Colombia de la «teoría de los delitos de infracción del deber»”, en *Derecho Penal Contemporáneo - Revista Internacional*, N°. 15, Bogotá, Legis, 2006, pp. 176-177.

119 Por ejemplo Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 57, quien además afirma que “Un fundamento constitucional del mismo se debe ver igualmente en el art. 28 de la Carta, ya

tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”. Por el momento, téngase simplemente presente esto, ya que sobre el tema se profundizará más adelante.

Ahora bien, para dar una visión general de la doctrina colombiana que sobre el bien jurídico se presenta desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días, es necesario recordar que la mayor parte de los estudios se basan en textos extranjeros, sin que se den particulares elaboraciones conceptuales del bien jurídico por parte de los penalistas colombianos<sup>120</sup>, aunque sea clara la prevalencia de su adopción como “lo que protege el Derecho penal”, en referencia tanto a intereses individuales como colectivos o sociales. En consecuencia, se apela a lo expuesto cuando se trató este argumento en relación al Derecho penal europeo continental (no queriendo repetir las tesis que se limitan a reproducir aquellas de las que ya se hablara o se citara), para presentar ahora sólo algunos ejemplos de las concepciones que existen en Colombia del bien jurídico, excluyendo las que se dirigen al abandono de tal concepto y en parte aquellas que se centran en los derechos fundamentales, de las que se tratará luego en otros apartados.

Dígase solamente, antes de hacer referencia a algunas posturas en particular, que si bien es frecuente en Colombia el análisis del bien jurídico en la antijuridicidad, éste se hace también en sede de tipicidad<sup>121</sup>, conllevando siempre la exclusión de la responsabilidad cuando no se haya verificado la ofensa (lesión o peligro) a un bien jurídico<sup>122</sup>. De todos modos, aunque sea más común el examen del bien jurídico en

---

que la ley no puede “determinar” el hecho punible (la materia de la prohibición penal) sin el faro de los bienes jurídicos”. Otros autores, como por ejemplo Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal*, cit., p. 124, vinculan el bien jurídico al artículo 2, inciso 2 de la Constitución, y a la parte que trata de los principios en el título I, así como a todo el título II. Este autor, en la p. 122, al referirse específicamente a los países periféricos, afirma: “Se debe entonces, con la idea de sumarse a la discusión teórica de los países centrales, partir de una *concepción político criminal del bien jurídico orientada por la perspectiva constitucional*, con algo adicional: debe ser un concepto crítico”.

120 Siguiendo la tendencia latinoamericana sobre la cual Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 72-73, afirma: “Buena parte de los penalistas latinoamericanos se han recostado a las formulaciones tradicionales o clásicas del bien jurídico, sin profundizar demasiado en el análisis de este instrumento; acaso por el descrédito en el que ha caído respecto de su potencial limitador del *ius puniendi*”, sosteniendo luego, en la p. 73, que la mayoría sigue las tesis que consideran que el bien jurídico se refiere a bienes, intereses o valores de relevancia social, mencionando entre éstos a los colombianos Fernández Carrasquilla, Reyes Echandía, Estrada Vélez y Velásquez Velásquez. Por su parte Bersarion Gómez Hernández y Helena Patricia Hernández Barrera, *Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano*, cit., p. 85, se muestran bastante críticos respecto a la legislación y la doctrina colombiana, debido a su actividad de “importación” y, según los autores, nula producción propia.

121 Como por ejemplo lo hacen Jesús Orlando Gómez López, *Teoría del delito*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, p. 222; Jaime Sandoval Fernández, “Causales de ausencia de responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho*, N°. 19, Universidad del Norte, Barranquilla, 2003, p. 6; Cfr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *El principio de la antijuridicidad material*, cit., p. 15.

122 Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 106.

la antijuridicidad, las consecuencias de su ausencia se estudian en buena medida al analizar categorías observadas en la tipicidad como la tentativa imposible<sup>123</sup>. Además, no es extraño encontrar que se haga referencia al bien jurídico como un concepto que sirve de instrumento para la interpretación de la ley, su organización y su crítica, así como para hacer de garantía frente al poder punitivo, desempeñando el rol de límite al ámbito de aplicación del mismo<sup>124</sup>. Un ejemplo del uso del bien jurídico con referencia a la práctica colombiana, lo ofrece Gómez Pavajeau a partir de una división del estudio de la “antijuridicidad material” de acuerdo a cuatro categorías: sustancia, cualidad, cantidad y relación<sup>125</sup>; concluyendo que cuando falta el bien jurídico, la norma debe ser declarada inconstitucional y, mientras ello ocurre, cada juez en particular debe inaplicarla, por lo que en tales casos se establece una atipicidad absoluta<sup>126</sup>.

Respecto a las concepciones individuales de los autores sobre el bien jurídico<sup>127</sup>, es representativo de un importante sector Fernández Carrasquilla, quien considera al bien jurídico como un desvalor de resultado de una ofensa. Según este autor, los bienes jurídicos nacen de la vida social y no del Derecho, el cual sólo les otorga protección, reconociendo que la selección que para ello se debe realizar es muy problemática<sup>128</sup> y no representa para el legislador un “límite ontológico”<sup>129</sup>, y que en la realidad jurídica no son éstos los bienes que protege el Derecho penal. Así, brinda la siguiente concepción que puede desempeñar una función crítica: “Puede decirse, entonces, que los bienes jurídicos son *valores, intereses y expectativas fundamentales de la vida social (del individuo, la comunidad o el Estado), sin los cuales esta es imposible, precaria o indigna, y que por esto reflejan la necesidad estricta de la tutela jurídicopenal, que se apoya también en su reconocimiento por la Constitución Nacional y los tratados públicos sobre Estado de derecho y derechos humanos fundamentales*”<sup>130</sup>.

A su vez, Gómez López considera que el bien jurídico es el elemento que sin ser creado por el Derecho penal, sirve como eje del tipo: “...es una relación jurídico-

123 Ibid., pp. 116 y ss.

124 En esto es evidente la influencia de los distintos trabajos de Bustos Ramírez, algunos de ellos citados aquí. Al respecto v. también Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, cit., pp. 52-57.

125 V. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *El principio de la antijuridicidad material*, cit., pp. 104 y ss.

126 Ibid., p. 125.

127 Cfr. una visión diferente sobre la doctrina colombiana respecto a la antijuridicidad material, e indirectamente sobre el bien jurídico, en Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *El principio de la antijuridicidad material*, cit., pp. 74 y ss.

128 Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 48-51.

129 Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002, p. 352.

130 Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 52; Id., *Derecho penal liberal de hoy*, cit., pp. 349 y ss.

*socialmente valiosa en cuanto útil a la satisfacción de necesidades humanas y de la vida en comunidad, la cual se pretende proteger por medio de la prohibición penal [...] / Por bien jurídico se entiende la relación de libre disponibilidad que tiene un sujeto con relación a un objeto o ámbito de actuación valioso en el mundo individual o social*<sup>131</sup>.

Cadavid Quintero sostiene, configurando cada vez más la orientación que se retomará como aquella que actualmente se está consolidando, que: "Bienes jurídicos son las condiciones que propician y aseguran a los ciudadanos su normal participación en el sistema social. Y esas condiciones de participación han de mirar a la persona como individuo y como miembro de todo el colectivo social. Esta caracterización se acerca bastante, e incluso resulta tomar como referente, a la que en España ha propuesto Mir Puig<sup>132</sup>. Frente a ella, sin embargo, toma alguna distancia en cuanto pretende una remisión inmediata a los derechos y condiciones de participación de los ciudadanos en el sistema social, remisión que es la resultante de la caracterización y vigencia del bien jurídico en un Estado social y democrático de derecho. [...] / No obstante, tiene que existir un mecanismo de control, para que la relativa inconcreción que de esta manera se genera, no desemboque en construcciones que con la mera referencia a las garantías individuales justifiquen cualquier intervención del derecho penal: el reconocimiento de la dignidad humana y como derivación de ella, del libre desarrollo de la personalidad, han de conducir a que las pluralizadas condiciones de participación social, sean condiciones de vida digna. Y ello comporta necesariamente la remisión a un criterio extrajurídico"<sup>133</sup>.

También Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau, dirigiéndose hacia la misma dirección, explican que: "...el bien jurídico puede ser definido como el *ente que encarna*

---

131 Jesús Orlando Gómez López, *Teoría del delito*, cit., p. 223, y también las pp. 33-34, 49 y ss., sobre el rol de la dignidad humana en el Derecho penal colombiano.

132 Mir Puig fundamenta los bienes jurídicos en las posibilidades de participación y los orienta directa o indirectamente al individuo, a quien sirve el Estado en un modelo democrático. Sobre esto, v. Santiago Mir Puig, "Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi", en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 205 y ss.; texto incluido también en Santiago Mir Puig, *Estado, pena y delito*, Montevideo – Buenos Aires, B de F, 2006, pp. 85-94; v. también pp. 334 y ss. Acepta esta orientación -con sus propias particularidades (consideración de los bienes jurídicos como resultado del debate democrático)-, e incluye en tal postura también a Muñoz Conde, Hernán Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., pp. 131-133, 151 y ss. En la doctrina española, además, y estableciendo un vínculo con la democracia, puede encontrarse a Juan María Terradillos Basoco, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N.º. 63, Madrid, 1981, pp. 123-150; Id., *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*, cit., quien vincula el bien jurídico, en una sociedad democrática, a la satisfacción de las necesidades humanas, extrayendo de ello peculiares consecuencias, como la de que el Derecho penal no puede castigar conductas que pretendan satisfacer estas necesidades, antes que proteger los bienes que incidan en esta satisfacción. Cfr. Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., 1996, pp. 78-80.

133 Alfonso Cadavid Quintero, *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Diké, 1998, pp. 134-135.

*los estados funcionales que posibilitan el ejercicio de los derechos fundamentales de disposición en lo relacionado con su contenido esencial y con los instrumentos para su protección, mantenimiento y protección.* / [...] Por estado funcional debe entenderse todo aquello que, sin ser necesariamente de carácter material, tiene existencia vital y resulta comprobable empíricamente, y posibilita que el ser humano pueda disponer de sus facultades intrínsecas, esto es, autonomía y decisión conforme a sentido dentro de la vida social<sup>134</sup>.

En vista de todo lo anterior, puede concluirse que no hay mayores conflictos en cuanto al concepto de bien jurídico, al menos en las enunciaciones más generales y abstractas. Sin embargo, considero que este “acuerdo” se puede deber parcialmente a que no existen muchos autores que traten de aportar nuevas tesis al tema, más que porque se haya alcanzado un verdadero consenso al respecto. De todos modos, no creo que pueda explicarse esta aparente coincidencia sólo con tal argumento; debe existir además una orientación que reúna a los autores que se acercan a esta cuestión, y que es cuanto permitirá hablar, aunque sea de manera provisional en este texto, de la progresiva consolidación de una concepción particular del bien jurídico en Colombia.

Adicionalmente, y aunque se haya acabado de afirmar que existen pocos trabajos sobre el bien jurídico<sup>135</sup>, tiene que precisarse que esto se expresa por la ausencia de monografías sobre este concepto como tal -hasta donde se sabe puede encontrarse sólo la obra de Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau de 1996<sup>136</sup>, cuya brevedad desafortunadamente no le permite profundizar en varios aspectos importantes-, aunque no falten los artículos o la mención del tema en los manuales (si bien es verdad que a veces esto se hace de manera demasiado somera y confusa), y sea frecuente la referencia al bien jurídico cuando se analizan los tipos penales en particular<sup>137</sup>. En cualquier caso, la carencia de grandes o al menos numerosos desarrollos teóricos del concepto de bien jurídico en Colombia se refleja en, o quizá es el reflejo de, la caótica

---

134 Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., pp. 84. V. también pp. 108, 113, 115, 123 y ss.

135 En este mismo sentido Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *El principio de la antijuridicidad material*, cit., pp. XII, 74.

136 Gerardo Barbosa Castillo y Carlos, Arturo Gómez Pavajeau *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit. Aunque este tema empiece a tratarlo indirectamente desde 1991 Gómez Pavajeau, con la primera edición de su obra *El principio de la antijuridicidad material*, cit. Cfr. en cuanto a las consecuencias en el Derecho penal del art. 16 Const. Id., *Estudios de dogmática en el nuevo código penal, primera parte*, 2 ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 255-273.

137 Entre otros, dos ejemplos donde el bien jurídico juega un rol muy importante en la interpretación de los tipos penales: Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Consideraciones político criminales y dogmáticas sobre el delito de interés indebido en la celebración de contratos”, en *Nuevo Foro Penal*, N°. 65, Medellín, EAFIT, 2003, pp. 120-148; Diana Patricia Arias Holguín, *Aspectos político criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales*, Madrid, Lustel, 2011.

utilización práctica de tal noción, donde de todos modos se pueden apreciar también importantes aportes. Sería por ello muy interesante y útil (en parte para medir qué tanto caos casual o calculado haya o no en la práctica, y qué tanta “responsabilidad” recaiga en la rama legislativa, en la judicial, y en la misma academia) realizar un estudio exhaustivo de la jurisprudencia, analizando sistemáticamente las decisiones de las altas cortes y también de los tribunales ordinarios. Sin embargo, en esta oportunidad no se está en condiciones de iniciar una investigación de este tipo, por lo que habrá que limitarse a realizar sólo una pequeña referencia jurisprudencial.

### **4.3 Apuntes sobre la utilización del concepto de bien jurídico en la jurisprudencia de las altas cortes colombianas**

Como se dijera, se realizará sólo una somera aproximación al tema, limitándose a señalar en orden cronológico algunas de las decisiones de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, que permitirán evidenciar cuáles son a grandes rasgos las tendencias que las altas cortes han asumido en el marco constitucional actual (desde la Constitución de 1991<sup>138</sup>).

Se empezará por indicar, a modo de paréntesis, que en Colombia el control de legitimidad constitucional (*ex art. 239-245 de la Constitución, Leyes 270 de 1996, 134 de 1994 y 270 de 1996*) lo ejerce principalmente la Corte Constitucional, mediante el control concentrado previo y posterior: el primero sobre algunas normas que indica la misma Constitución, y el segundo a través de: a) la resolución de las demandas o acciones públicas de inconstitucionalidad o inexecutableidad contra las leyes y decretos con fuerza de ley que puede presentar cualquier ciudadano, o contra los proyectos de ley que el gobierno objete; b) la decisión por parte del Consejo de Estado (Tribunal Supremo de lo contencioso administrativo, *ex art. 237 de la Constitución y Ley 446 de 1998*) sobre las acciones públicas de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los decretos del gobierno que no se den en función administrativa y no sean controlables por la Corte Constitucional, que igualmente pueden ser promovidas por cualquier ciudadano. Se realiza también por parte de la Corte Constitucional un control mediante la revisión de las decisiones de tutela que toman los jueces ordinarios (teniendo como instancia superior a la Corte Suprema de Justicia) como resultado de la acción de tutela que puede ejercer cualquier persona cuando considere actualmente vulnerado un derecho constitucional suyo o como agente oficioso de un tercero, y no tenga otra forma de protección o ésta no sea idónea para detener la violación mencionada (*ex*

---

138 Aunque con anterioridad a la actual Constitución, la Corte Suprema de Justicia ya se refería al bien jurídico como se verá *infra*, y como lo afirman Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 103, cuando indican que en la sentencia del 22 de septiembre de 1982, la Corte utilizaba el bien jurídico para pronunciarse contra los delitos de peligro presunto porque en éstos no se presenta ninguna ofensa a los bienes jurídicos.

art. 86 de la Constitución y Decreto 2591 de 1991). Además, existe el control difuso que exige a cualquier juez la directa inaplicación de la ley cuando sea contraria a la Constitución (*excepción de inconstitucionalidad, ex art. 4 de la Constitución*<sup>139</sup>).

#### 4.3.1 Asunción del bien jurídico constitucionalmente condicionado

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional se puede observar la asunción de la orientación constitucional desarrollada en Italia de la que se ha tratado antes, cuando se hallan en algunas de sus sentencias de constitucionalidad (Sentencias C), por ejemplo, afirmaciones que indican la constitucionalización del Derecho penal, como la siguiente:

“...el Legislador no tiene una discrecionalidad absoluta para definir los tipos delictivos y los procedimientos penales, ya que debe respetar los derechos constitucionales de las personas, que aparecen así como el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas. / Pero lo anterior no implica que la Constitución haya definido de una vez por todas el derecho penal, puesto que el Legislador, obviamente dentro de los marcos fijados por la propia Carta, tiene ante sí un espacio relativamente autónomo, caracterizado, a su turno, por unos valores, presupuestos y finalidades propios, pese a su acentuado grado de constitucionalización. Así, a través del procedimiento democrático de adopción de las leyes, el Estado tipifica las conductas prohibidas y fija las condignas sanciones (principio de legalidad de la pena) y en este quehacer histórico acoge y abandona distintas y sucesivas filosofías punitivas, que pueden ser más o menos drásticas, según el propio Legislador lo considere políticamente necesario y conveniente. / [...] Todo lo anterior muestra que el Legislador puede criminalizar o despenalizar conductas, siempre que al hacerlo respete los principios, derechos y valores establecidos por la Constitución. En efecto, como bien lo señala uno de los ciudadanos intervinientes, el Legislador puede y debe describir conductas en tipos penales sin que ellas estén prohibidas en forma expresa por la Constitución, cuando considere que es indispensable acudir al derecho penal, como *última ratio*, para defender el interés jurídico de eventual menoscabo y garantizar así el goce natural y en función social de los derechos de las personas. El control constitucional, en este caso, es más un control de límites de la competencia del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”<sup>140</sup>.

139 En referencia a esto, y específicamente sobre el deber de valorar en concreto la potencialidad lesiva del comportamiento, en relación al bien jurídico tutelado, Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau, *Ibid.*, p. 106.

140 Sentencia C-038 del 9 de febrero de 1995 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Cfr. Barbosa Castillo Gerardo y Gómez Pavajeau Carlos, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 92.

La aceptación de un concepto de bien jurídico vinculado a la Constitución, se reafirma también en la sentencia C-459 del 12 de octubre de 1995<sup>141</sup>. En algunas ocasiones, la Corte desafortunadamente ha llegado incluso a ver en la Constitución obligaciones de tutela penal, como sucede de manera paradigmática en la sentencia C-319 del 18 de julio de 1996 sobre la criminalización del enriquecimiento ilícito<sup>142</sup>, aunque la misma Corte trate estos casos como excepcionales. No obstante, argumentos similares pueden observarse como antecedentes en las sentencias C-587 de 1992 (sobre la tortura, también aquella efectuada por ciudadanos particulares) y C-133 de 1994 (sobre la penalización del aborto).

Merece especial atención una sentencia sólo dos meses posterior a la antes comentada de 1996, donde tiene lugar una verdadera aplicación práctica del concepto de bien jurídico, a nivel del control de constitucionalidad de las leyes, cuando se declara como ilegítimo un tipo penal, y por lo tanto se le hace desaparecer del ordenamiento. Se trata de la sentencia C-430 del 12 de septiembre de 1996, la cual elimina el artículo 7 de la Ley 228 de 1995 que establecía como contravención el porte injustificado de ganzúas y llaves maestras (mientras en la misma sentencia se considera legítima la norma que establece como contravención el porte injustificado de escopolamina, ex art. 8 de la citada ley), argumentando que tal conducta no representa un peligro para el bien jurídico presuntamente protegido (la propiedad), porque esta posibilidad peligrosa se trata sólo de una hipotética opción entre las muchas que puede involucrar la conducta, y en consideración de que “En los tipos de peligro debe considerarse la mayor o menor cercanía de la conducta peligrosa al bien jurídico protegido. Cuando el peligro es remoto, el bien no se halla amenazado en forma concreta, y lo que en realidad se castiga es la mera desobediencia o violación formal de la ley con la realización de una acción inocua en sí misma” (p. 22).

En lo que respecta a la Corte Suprema de Justicia, puede ser mencionada la sentencia del 3 de junio de 1998<sup>143</sup>, donde se usa el concepto de bien jurídico para

---

141 V. Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 73.

142 La Corte afirma en esta sentencia: “En primer término debe señalar la Corte que el enriquecimiento ilícito es una conducta delictiva a la cual se refiere expresamente la Constitución Política y que, por tanto, demanda como exigencia imperativa ineludible su adecuada tipificación legal. En efecto, este tipo delictivo se encuentra plasmado en el segundo inciso del artículo 34, así: / “Artículo 34. No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social”. (Subrayas de la Corte). / El bien jurídico protegido por esta norma es, ante todo, la moral social, bien jurídico objeto de expresa tutela constitucional”. Mencionan esto críticamente Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., pp. 74-75.

143 Sentencia citada por Jesús Orlando Gómez López, *Teoría del delito*, cit., p. 223. También, aunque anterior a la Constitución de 1991, la sentencia del 16 de junio de 1981, en donde la Corte exige la verificación de la lesión o puesta en peligro del interés tutelado.



clasificar los tipos penales en delitos de peligro o de lesión. De este modo se han visto, hasta el momento, las líneas generales de la jurisprudencia desarrollada en los primeros diez años de vigencia de la Constitución de 1991. Más adelante, en el nuevo siglo, se presentan algunos cambios en la orientación trazada.

#### 4.3.2 Posibles aperturas a ciertas influencias del Derecho penal alemán

Diferenciándose de la dirección asumida con anterioridad por la jurisprudencia, se presentan en los primeros años del siglo XXI algunas sentencias que se alejan de la idea del bien jurídico, al acercarse a la “teoría de los delitos de infracción de deber” de Jakobs y los demás autores que desarrollan esta tesis<sup>144</sup>. Tal concepción está desde algún tiempo de moda en cierto sector de la doctrina penal colombiana –siguiendo la ya mencionada tendencia latinoamericana actual de la mano de un sector de la doctrina española dentro del contexto general del predominio del derecho alemán en la tradición europea continental-, siendo especialmente fomentada por la Universidad Externado de Colombia con sus traducciones y publicaciones de las obras de estos autores alemanes, así como con la organización de congresos y la orientación de sus propias investigaciones hacia esta línea de pensamiento que con no poca frecuencia conlleva estancias de estudio en Alemania<sup>145</sup>. Esta sería una labor encomiable si no

144 Al respecto William F. Torres Tópaga, “Autoría en los delitos de infracción de deber”, en *Derecho Penal y Criminología*, N.º 77, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 79. Sobre la introducción en Colombia de la teoría de los delitos de infracción de deberes desde una perspectiva crítica, v. por todos Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Consideraciones críticas...”, cit., pp. 133-190. En contra de la introducción de la infracción del deber en remplazo del bien jurídico, advirtiendo de su peligro en la realidad colombiana, v. Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 49. En este sentido, además, Juan Oberto Sotomayor Acosta, “I disastri della lotta contro la “criminalità organizzata” nel sistema penale: il caso colombiano”, cit., *passim*, también para una ejemplificación de los desastres que un uso inadecuado de las teorías extranjeras puede comportar. Adicionalmente, Alfonso Cadavid Quintero, *Introducción a la teoría del delito*, cit., p. 142, afirma que las tesis de Jakobs han sido difundidas en Colombia sobre todo a partir de la traducción de su obra de parte general, realizada por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. A su vez, señalando la importancia que tienen las tesis de Jakobs entre los jóvenes penalistas hispanófonos, incluso más que en la misma Alemania, Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 65. Igualmente, en referencia no a la realidad colombiana sino a otras en Latinoamérica, Vittorio Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, p. 31, nota 52, sostiene: “...no parece casual que la difusión del funcionalismo sistémico, y de algunas de sus versiones penales, haya tenido un particular suceso en los países en los que el poder ha creado un nivel mínimo de bienestar, y la encarcelación ha golpeado, por lo general, a las minorías étnicas”. Recuérdese además la advertencia de Francesco Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., p. 56, sobre el hecho de que “...siempre hay el riesgo de que una tesis ambigua transmigra a ambientes menos inmunes a las tendencias intolerantes”.

145 Cfr. *Supra*, además de la opinión de Bersarion Gómez Hernández y Helena Patricia Hernández Barrera, *Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano*, cit., pp. 103-104, quienes expresan su reconocimiento a la Universidad Externado de Colombia en la difusión del funcionalismo, pero también su preocupación en cuanto a recepción que se presenta de estas tesis sin los debidos elementos críticos.

fuese porque parece estar demasiado encerrada en tal configuración teórica –se critica entonces el hecho de que no se abra a otras alternativas-, y sobre todo si ésta no partiese de la pretensión de ser una concepción científica neutral. Claro que no niego la posibilidad -aunque pienso que en todo caso no sería adecuada- de que fuese de otra opinión si, a diferencia de lo que ya se habrá podido comprender, compartiese esta postura.

De cualquier manera, la “introducción” de la mencionada teoría, con el consiguiente abandono por parte de la jurisprudencia del criterio del bien jurídico y la adopción, en su lugar, del criterio de la infracción del deber, no tiene mucha consistencia, o al menos no tanta como parte de la doctrina sostiene. Se afirma esto porque -en contra de lo que aquí se sostendrá a continuación<sup>146</sup>- se ha indicado<sup>147</sup>, en apoyo de la implantación de la teoría de los delitos de infracción de deber en Colombia, que tal tesis es seguida en la Sentencia de unificación (SU) 1184 del 13 de noviembre de 2001 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Eduardo Montealegre Lynett. En esta decisión, más conocida con el nombre de sentencia Mapiripán<sup>148</sup>, la Corte al revisar una sentencia de tutela, decide revocar dos sentencias (una de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y la otra de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia) y para ello analiza la configuración de la posición de garante, con frecuentes referencias a las elaboraciones dogmáticas de Jakobs, especialmente a su tesis sobre la imputación objetiva y el rol que en ella tienen las posiciones de garantía y los dos fundamentos de la responsabilidad que existen para este autor: la competencia

---

146 Pueden encontrarse argumentos adicionales en contra de que sea adecuado recurrir a esta sentencia para sostener que en Colombia se asuma la teoría de los delitos de infracción de deber, en Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Consideraciones críticas...”, cit., p. 168.

147 Por ejemplo por parte de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Delitos contra la administración pública en el Código penal colombiano”, en Eduardo Montealegre Lynett (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal, libro homenaje al profesor Günther Jakobs*, Tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 471-472.

148 Los hechos de los que trata esta sentencia se refieren a una investigación en contra de un Brigadier General y de un Teniente Coronel del Ejército Nacional de Colombia, por no haber prestado ningún tipo de ayuda a la población del municipio de Mapiripán, en el Departamento del Meta, en julio de 1997, contando con los medios para hacerlo y habiendo sido informados de cuanto sucedía en este pueblo, donde fueron torturadas y asesinadas 49 personas por parte de un grupo paramilitar. Para un análisis de esta sentencia, entre otros, Jaime Sandoval Fernández y Jorge Abello Gual, “Estudio político criminal y dogmático de los principios y garantías del Estatuto de Roma”, en *Revista de Derecho*, N.º 26, Universidad del Norte, Barranquilla, 2006, pp. 198 y ss., quienes a pesar de centrarse en el principio de culpabilidad, presentan un análisis en donde se recuerda la importancia de considerar la realidad al momento de aplicar el derecho. Sobre el caso Mapiripán, véase además la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Masacre de Mapiripán*, Sentencia del 15 de septiembre de 2005, San José, 2005.

por organización y la competencia institucional. No dudo que estos temas estén muy relacionados con la formulación de los delitos de infracción del deber, ya que hacen parte de la teoría del delito desarrollada por este penalista alemán, pero estimo que sea excesivo decir que esta sentencia de la Corte Constitucional acoja tal concepción, cuando es verdad que en ella hay algunos elementos reconducibles a esta noción y que se observan cuando allí se analizan los delitos de omisión impropia o cuando se identifica la acción a la omisión, pero nunca se habla directamente de esta concepción ni de sus múltiples consecuencias.

Otro impulso importante a la tesis que funda la punición en la infracción de los deberes antes que en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se presenta particularmente a partir de la sentencia número 12.191 del 25 de abril de 2002 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, magistrado ponente Carlos Eduardo Mejía Escobar. Allí se realiza una interpretación del último inciso del art. 30 del Código Penal del 2000, relativo a la participación del *extraneus* en los delitos especiales<sup>149</sup>. En la motivación de esta sentencia, la Corte sostiene la punición como autor de cualquier persona que intervenga en el delito como *intraneus* en virtud de sus deberes especiales, de acuerdo a la tesis de Jakobs, pero en contradicción con un criterio diferenciador de la determinación de la autoría y la participación como es el establecido por la ley colombiana. Sin embargo, la Corte se pronuncia también en aceptación de la protección de los bienes jurídicos, a diferencia de lo que sugiere el mencionado profesor alemán, por lo que parece que la postura de este tribunal es más cercana a la inicial configuración que de tal teoría hiciese Roxin en 1963<sup>150</sup>, en donde no se abandona al bien jurídico como criterio fundante de la punición.

Ahora bien, si aquí se alude a ese acercarse a la teoría que fundamenta la punición en la infracción de deberes, esto se hace porque, como se indicara, con ésta se abandona el concepto de bien jurídico, la idea de que el Derecho penal esté limitado a su protección. Sin embargo, en Colombia, incluso en los casos en que se afirma seguir esta tesis, no siempre en la práctica o en las mismas argumentaciones es efectivamente así. De este modo, muchos en verdad siguen una concepción cercana a la de Roxin, que como se señalara no abandona el criterio del bien jurídico. Puede servir

---

149 Algunos pronunciamientos sobre esta sentencia se pueden ver en Miguel Córdoba Angulo, "La figura del interviniente en el Derecho penal colombiano", en *Derecho Penal y Criminología*, N.º. 75, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, *passim*, especialmente p. 87; Miguel Díaz y García Conlledo, "La problemática de la codelinuencia en el Código penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el "interviniente" del artículo 30, párrafo final", en *Derecho Penal y Criminología*, N.º. 77, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 45-77; William F. Torres Tópaga, "Autoría en los delitos...", cit., p. 81; Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, "Consideraciones críticas...", cit., p. 168.

150 Desde la primera edición de su libro *Täterschaft und Tatherrschaft* (ed. en español: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*), así como en las ediciones posteriores, en las que deja muy claro su alejamiento de la tesis desarrollada por Jakobs.

como ejemplo Gómez Pavajeau<sup>151</sup>, o en parte autores como Hernández Esquivel<sup>152</sup> y Torres Tópaga<sup>153</sup>. En cambio, Sánchez-Vera Gómez-Trelles (que aun siendo de origen y residencia española es citado al interior de la doctrina colombiana en virtud de sus escritos sobre la doctrina y el Código Penal colombiano<sup>154</sup>) y Perdomo Torres<sup>155</sup>, asumen de modo no sólo nominal las tesis de Jakobs. Queda en todo caso una gran confusión en torno a la inclusión, equiparación o total escisión de la teoría de los delitos de infracción del deber con otras tesis que presuponen la orientación del Derecho penal hacia la protección de bienes jurídicos. Es decir, queda clara la asunción mayoritaria, casi unánime, del criterio del bien jurídico, pero no queda claro el rechazo a una tesis contraria como aquella de la cual se ha estado discutiendo, o el modo en que ésta pueda ser incluida en el discurso y cuáles sean sus consecuencias en concreto<sup>156</sup>.

### 4.3.3 Reafirmación de la acogida de la tesis del bien jurídico de orientación constitucional

No obstante el coqueteo que la doctrina sostiene con las tesis antes mencionadas a partir de las ya examinadas sentencias del 2001 y del 2002, en los años sucesivos se da una reafirmación en la jurisprudencia de las altas cortes de la asunción de un concepto de bien jurídico condicionado por la Constitución. Al respecto es de destacar la sentencia C-205 de 2003 de la Corte Constitucional, magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, donde se declara ilegítimo el art. 447A del Código Penal, el cual establecía: “Quien comercie con autopartes usadas de vehículos automotores y no demuestre su procedencia lícita, incurrirá en la misma pena del artículo anterior [la de la receptación que actualmente es de la reclusión entre 6 y 13 años más una multa]”, afirmando, entre los muchos argumentos expuestos, que:

---

151 Carlos Arturo Gómez Pavajeau, “Intervención y omisión”, en *Derecho Penal y Criminología*, N.º 76, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 79-173, especialmente pp. 124-125.

152 Jorge Alberto Hernández Esquivel, “Autoría y participación”, en *Lecciones de Derecho penal, parte general, lección 16*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 263-287.

153 William F. Torres Tópaga, “Autoría en los delitos...”, cit., p. 80. Cfr. Diana Patricia Arias Holguín y Juan Oberto Sotomayor Acosta, “Consideraciones críticas...”, cit., p. 167.

154 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, “Delitos contra la administración pública en el Código penal colombiano”, cit., pp. 464-491; e ID., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2002, pp. 271-288.

155 Jorge Fernando Perdomo Torres, “El concepto de deber jurídico”, en Eduardo Montealegre Lynett (coord.), *El funcionalismo en Derecho penal*, cit., pp. 230-250.

156 Confusión que no es ajena a la Corte Suprema de Justicia, como además lo indica Miguel Díaz y García Conlledo, “La problemática de la codelinuencia en el código penal colombiano. Complicidad y acuerdo previo; el “interviniente” del artículo 30, párrafo final”, cit., pp. 57-58, cuando analiza las sentencias de la Corte Suprema de Justicia del 25 de abril de 2002 y del 8 de julio de 2003.

En materia de tipificación de delitos y fijación de penas, la Corte ha entendido además, que la ley penal constituye una severa restricción al ejercicio de los derechos fundamentales y a su vez un mecanismo de protección de los mismos así como de otros bienes constitucionales, como por ejemplo, el medio ambiente, el orden económico, la moralidad pública, etcétera. Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional. / De tal suerte que el legislador debe abstenerse de realizar una punición arbitraria, imprecisa, retroactiva o carente de todo bien jurídico a proteger. [...] / Por lo tanto, debido a que como está formulado el ilícito el legislador criminaliza una conducta que puede cobijar la de quienes comercian con autopartes de procedencia lícita pero, por cualquier motivo, por ejemplo, extraviaron la factura, *la Corte considera que se desconoció asimismo en este caso el principio de lesividad, en la medida que la norma quedó estructurada de manera tal que carece de un bien jurídico cuya tutela se justifique. En efecto, un concepto de bien jurídico vinculante, desde un punto de vista de política criminal, sólo puede derivar de la Constitución.* / [...] En tal sentido, el bien jurídico está llamado a cumplir una función social; y desde una perspectiva dogmática, constituye una importante guía para la interpretación de la norma penal y se erige en un criterio de medición de la pena a imponer, dado que la mayor o menor gravedad de la lesión al bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. De allí que no se consideren como bienes jurídicos, objeto de tutela penal, las conminaciones arbitrarias, las finalidades puramente ideológicas, las meras inmoralidades, y por supuesto, el ejercicio de una actividad constitucionalmente válida. / En otros términos, la absoluta necesidad de las leyes penales resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, a la luz del principio *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*. Así pues, en el presente caso, al criminalizarse un comercio cuando no se conservan las facturas pero que puede ser lícito, tal formulación no está protegiendo bien jurídico alguno<sup>157</sup>.

Si bien en esta sentencia se hace referencia a la doctrina alemana, especialmente al concepto de bien jurídico presentado por Roxin<sup>158</sup>, no quedan dudas de que se retoma y sobre todo se aplican las tesis correspondientes a la "orientación fuerte" que formulara Bricola sobre el bien jurídico de orientación constitucional. Además, en esta decisión, la Corte incluye la exigencia de la exclusiva protección de bienes jurídicos en el principio de legalidad, el cual afirma que se encuentra protegido por el art. 29 de la Constitución, y conecta este concepto también al principio de proporcionalidad: "La Corte ha entendido además, que el principio de proporcionalidad implica un juicio

---

157 Sentencia C-205 de 2003 de la Corte Constitucional (cursivas nuestras).

158 La cita que allí se realiza corresponde a Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 56.

sobre la idoneidad del tipo penal, en el sentido de que este último realmente apunte a la protección de un bien jurídico constitucionalmente garantizado”<sup>159</sup>.

Se está frente a una muy importante sentencia, cuya argumentación –donde en todo caso se examina también la violación de otros principios como la presunción de inocencia– sería extensible a muchos otros delitos establecidos por el ordenamiento penal colombiano, que podría dar lugar a la evidenciación de momentos antinómicos de la legislación penal respecto a la Constitución; es decir, al análisis de la correspondencia entre la conformidad con el tipo penal y la ofensa del bien o valor de relevancia constitucional sobre la que Bricola enfatizaba<sup>160</sup>. Se trata de una labor que debería adelantar la doctrina, pero que debe ser realizada también, preferible y precisamente con la ayuda de ésta, por parte de cada juez, en virtud del control de constitucionalidad directa que les corresponde, mediante la inaplicación de los tipos penales que de este modo se revelen como inconstitucionales.

En lo que respecta a la Corte Suprema de Justicia, ésta resalta e introduce el concepto de bien jurídico dentro de la denominada antijuridicidad material, por ejemplo en sentencia del 8 de agosto de 2005<sup>161</sup>. Argumento que es reafirmado en la sentencia de casación 21.923 de la Sala Penal del 25 de mayo de 2006, magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, que presenta en las consideraciones sobre la solicitud de casación una relación de las decisiones de la Corte que evidencian la exigencia de la verificación de la antijuridicidad material como afectación al bien jurídico tutelado, de la cual se traen los siguientes fragmentos que por su importancia justifican lo extenso de la citación:

“...en fallo del 19 de enero del 2006 (radicación número 23.483), [...] que retrocede a legislaciones y jurisprudencia anteriores sobre el punto para concluir que el concepto de antijuridicidad de hoy es igual al de ayer, expresó: / 2. La cuestión que debe resolver la Sala es si, como sostiene el demandante, la Ley 599 del 2000 introdujo una sustancial variación al concepto de antijuridicidad que consagraba el Decreto 100 de 1980, al punto que la noción de poner *efectivamente* en peligro el bien jurídicamente tutelado implicaría que en este caso no es posible predicar la tipicidad del comportamiento imputado a cada uno de los procesados. / El artículo 4º del anterior Código Penal establecía: [...] / Sobre el entendimiento de este precepto, dijo la Sala el 16 de junio de 1981: / No basta la sola contrariedad formal de la conducta con la norma penal para predicar la antijuridicidad de la misma, sino que es necesario establecer la lesión o peligro potencial injustificado del interés que

---

159 V. Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal: bases para un modelo de control de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

160 Franco Bricola, voz “Teoria generale del reato”, cit., p. 73 y *passim*.

161 A la que alude Fernando Velásquez Velásquez, *Derecho penal*, cit., p. 108, notas 223 y 224.

tutela la ley (M. P. Alfonso Reyes Echandía). / Luego, en sentencia del 4 de octubre de 1993, radicado 5.005, expuso: / La antijuridicidad toma parte y se particulariza en el desvalor del acto o por mejor decir, en la afectación real o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado. Importa, pues, en esta concepción, la *efectiva verificación de un daño o peligro* a los intereses vitales de la colectividad o del individuo protegidos por las normas jurídicas (destaca la Sala, ahora). / [...] / En la sentencia del 1º de febrero del 2001, radicado 16.362, se señaló: / Por otra parte, la antijuridicidad formal es una simple contrariedad de la conducta con lo dispuesto normativamente y el artículo 4º del Código Penal hace referencia a la antijuridicidad material, consistente en la *afectación del bien jurídico* protegido, al *lesionarlo o ponerlo en peligro*, por medio de un comportamiento consagrado como punible (se resalta). / La Corte, según estas muestras, seguía el rumbo que había tomado frente a la antijuridicidad inclusive desde antes del Código Penal de 1980. Así, por ejemplo, en fallo del 19 de agosto de 1976, expuso: / Se ha dicho con fundamento que la ley no puede erigir en delito, un hecho que no cause *perjuicio efectivo* o que sea, por lo menos, *apto para producirlo*, pues fuera de las infracciones de daño y peligro no hay otras en derecho penal (M. P. Mario Alario Di Filippo, G. J. T. CLII -2ª parte-, No. 2393, p. 505) (resalta la Sala, hoy). / El artículo 11 de la Ley 599 del 2000, preceptúa: [...] / La norma, según lo señaló la Corte en la sentencia del 18 de febrero del 2003, radicado 16.262, recogió como uno de los elementos esenciales del delito “el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal”. / Al examinar esta disposición, dijo la Sala en sentencia del 15 de septiembre del 2004, radicado 21.064: / [f]rente a delitos de peligro como el del porte ilegal de armas de fuego de defensa personal, el juez ha de tener claro cuál es el ámbito de protección de la norma: prevenir actos que signifiquen potencial o inminente peligro a las condiciones de mantenimiento de la paz, de la convivencia social, de la seguridad ciudadana y, a través de estos valores, de bienes personales como la vida, el patrimonio económico, etc., luego de lo cual, en cada caso concreto, también debe establecer si el comportamiento sometido a su consideración, significó una efectiva puesta en peligro al bien jurídico así conformado. / Lo anterior no envuelve una graciosa o desenvuelta concesión, pues al exigir el precepto mencionado –artículo 11 del Código Penal- que se requiere que la conducta típica lesione o ponga *efectivamente* en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal, armoniza la necesidad abstracta de protección satisfecha con la creación del tipo penal y la garantía de protección al justiciable, bajo el entendido que su conducta sólo será punible en cuanto con ella cree situaciones de riesgo inadmisibles, efectivas, al señalado interés. [...] / 3. Si se ha hecho un breve recuento de la jurisprudencia de la Sala en torno a la regulación positiva de la antijuridicidad en los códigos penales de 1980 y del 2000, es para destacar que en realidad *no ha habido una variación sustancial del concepto* pues, tanto como ahora, también en la norma anterior la afectación por puesta en peligro debía ser real y no meramente formal. / Tan cierto es ello, que no obstante referirse el adverbio *efectivamente* a la expresión *ponga en peligro*, del hecho de

que igual vocablo no preceda a la expresión *lesione* contenida en el mismo artículo 11 no podría derivarse que mientras la *puesta en peligro* debe ser verdadera, real, efectiva, el *daño* pueda ser formal o aparente. / Esta conclusión también tendría soporte en los antecedentes inmediatos de los dos estatutos que, se reitera, son iguales porque precisan como norma rectora de la ley penal colombiana el principio de “antijuridicidad”, entendido, desde luego, como antijuridicidad material, es decir, como aquel comportamiento que, en verdad, causa un daño o un riesgo para el bien jurídico. [...] / Como el ejemplo citado es suficiente, fácilmente se concluye que antes y después de la Constitución Política de 1991, antes y después del Código Penal de 1980, antes y después del Código Penal del 2000, y antes y después de la presentación de la demanda de casación que ha sido analizada, la Corte se ha ocupado del tema *antijuridicidad material* para concluir que tanto en el pasado como en la actualidad ese principio es el mismo.

Finalmente, la utilización del concepto de bien jurídico por parte de la Corte Suprema de Justicia, es recientemente reafirmada en la sentencia de la Sala de Casación Penal número 29655 del 21 de octubre de 2009, magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas, en la cual no sólo se sostiene que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos (p. 10), sino que se afirma además que éste protege sólo los bienes indispensables para la conservación de las condiciones mínimas de convivencia de acuerdo al principio de subsidiariedad, y que el bien jurídico debe ser redimensionado a partir de los derechos humanos (p. 12). Igualmente, se considera que la idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico se debe comprobar al analizar la tipicidad, para luego verificar, según el mandato de la ley, la efectiva lesión o puesta en peligro de éste en sede de antijuridicidad, y tener también en cuenta este concepto cuando se examina la culpabilidad, al entender que “la menor posibilidad de participación de las clases sociales más desfavorecidas en el sistema social y en algunos bienes jurídicos, debería traducirse en una menor exigencia de culpabilidad por la infracción de las normas que protegen esos bienes jurídicos” (p. 13).

#### **4.4 Configuración del concepto de bien jurídico en la ciencia penal colombiana actual: brotes de una noción mestiza del bien jurídico**

En mi opinión, en las últimas décadas se ha configurado una construcción del concepto de bien jurídico en el ámbito latinoamericano que gira en torno a la idea de la vinculación de esta noción a la Constitución y su anclaje, más allá incluso de los reconocimientos constitucionales, en los derechos fundamentales de las personas. Esta visión se estructura cada vez más en Colombia, centrada en el artículo 16 de la



Constitución de 1991 y el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad que éste reconoce<sup>162</sup>.

Es necesario aclarar que se destaca esta postura por considerar que es la que teóricamente se estructura mejor entre los penalistas colombianos que se ocupan del tema sin abandonar cierta intención garantista, aunque desafortunadamente esta perspectiva no responda siempre a la efectiva aplicación del poder punitivo, el cual, en cambio, se trata de limitar a través de ésta, y de adecuar a las disposiciones constitucionales. La alusión a una noción mestiza se hace partiendo de la consideración de que en la ciencia penal colombiana actual no es posible construir ningún concepto que no tenga el carácter de mestizo (como por otro lado considero que no se puede hacer nunca<sup>163</sup>, pero aquí se limitará el discurso al ejemplo seleccionado y estudiado). No es posible ni deseable. Es más, es fundamental reconocer esta característica, revalorarla y desarrollarla, hibridar o “criollizar”<sup>164</sup> también el concepto de bien jurídico, atendiendo a la herencia de los conocimientos de la tradición europeo continental que, independientemente de su origen, posee la ciencia penal colombiana, y a las posibilidades que le otorga su otra herencia, aquella compuesta por los saberes y las experiencias de los pueblos originarios, de las comunidades ligadas a la cultura africana y de la realidad difícil pero llena de elementos y de opciones libres del encierro en asfixiantes formalidades que presenta: “La hibridación trabaja en distintos modos al mismo tiempo, con base en las exigencias culturales, políticas y económicas de cada situación específica. Implica procesos de interacción que crean nuevos espacios

162 Acerca de la reflexión de la doctrina colombiana sobre el rol de los derechos humanos en el Derecho penal, v. Juan Fernández Carrasquilla, “Los derechos humanos como barrera de contención y criterio autoregulatorio del poder punitivo”, en *Nuevo Foro Penal*, N.º. 39, Bogotá, Temis, 1988, pp. 58-88; Id., *Concepto y límites del derecho penal*, Temis, Bogotá, 1992, pp. 129 y ss.; Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Estudios de dogmática en el nuevo Código penal, segunda parte*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 86 y ss. y *passim*.

163 Recuérdense las palabras de Ernesto Sábato, *La cultura en la encrucijada nacional*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1976, p. 20: “...aparte de ser casi inevitable, el hibridaje es siempre fertilizante: bastaría pensar en el gótico, que al fin de cuentas resultó de la invasión de un antiguo imperio refinado por bárbaras tribus que tomaban cerveza en el cráneo de sus enemigos; o en esa portentosa música que nació en las plantaciones esclavistas de los Estados Unidos, por el entrecruzamiento de ritmos negros con corales luteranos y canciones populares de Escocia e Irlanda. ¡Bellísimos resultados a partir de turbios orígenes! [...] Quedémonos tranquilos, pues: nada hay en la historia que sea estrictamente original ni completamente autóctono”.

164 Bill Ashcroft, Gareth Griffiths y Helen Tiffin, *Post-Colonial Studies*, cit., pp. 57-59, exponen la historia del uso de la palabra “criollo” (en inglés “*creole*”) en los distintos países y tiempos, y explican también el término “criollización” (en inglés “*creolization*”), pp. 58-59, así: “este término ha sido comúnmente aplicado a las sociedades del ‘nuevo mundo’ (en particular al Caribe y a Sudamérica)... [...] Brathwaite enfatiza que la criollización no es un producto sino un proceso que incorpora aspectos tanto de la aculturación como de la interculturalidad; la ‘referencia previa... al proceso de absorción de una cultura por otra; una posterior actividad más recíproca, un proceso de inter-mescolanza y enriquecimiento de los unos a los otros [*each to each*]”.

sociales a los que se asignan nuevos significados. Estas relaciones permiten la articulación de aquella experiencia de mutación típica de sociedades desarticuladas por el desenvolvimiento de la modernización y facilitan entonces el avance de las demandas de transformación social”<sup>165</sup>.

El uso en este texto del término criollización o mestizaje no es arbitrario<sup>166</sup>. En cambio, obedece a la denominación dada a esta situación por las orientaciones post-coloniales, que no sólo han utilizado en sus teorizaciones esta característica sino que además han re-asignado a esta acepción -desde hace tanto asumida de manera despreciativa (como signo de indignidad)- un revolucionario valor positivo que no ve en lo impuro un síntoma de contaminación sino de riqueza, que en lugar de marginal pretende resaltar las posibilidades que ofrece la diferencia y servir como instrumento para volcar las relaciones de explotación. En esta medida, las realidades post-coloniales, en donde el mestizaje es mucho más evidente que en otros contextos -dado el más reciente y violento proceso de hibridación que se ha presentado como consecuencia de la colonización-, en donde se percibe con facilidad en casi todos los ámbitos (incluso en el referido a los fenotipos de las personas), han servido para la elaboración de la perspectiva filosófica postcolonial aunque sus resultados tengan una validez general, y por ende sean aplicables también a los contextos no post-coloniales en un doble sentido: respecto al mestizaje que existe en el interior de toda realidad humana, y respecto a las relaciones que se establecen entre quienes se encuentran en condiciones de imponerse y quienes se encuentran en condiciones de sufrir tal imposición (la relación colonizadores-colonizados en el presente, y también las consecuencias que en las relaciones actuales deja una previa relación de este tipo), bien sea en un sentido económico o político, como también y sobre todo en un sentido académico y conceptual.

Ya que estos brotes (pues como se dijera se trata de una construcción aún en sus primeras fases de desarrollo) de un concepto mestizo de bien jurídico (esto es,

---

165 Robert J. C. Young, *Introduzione al postcolonialismo*, cit., p. 97; luego, en la p. 135, se explica cómo esto se integra a las ideas del postcolonialismo, el cual “Mientras promueve una autenticidad humana hecha de altruismo y sinceridad, pone en discusión el regreso a una ‘autenticidad’ cultural o nacional, el cual juzga sea una construcción en gran parte dirigida a fines políticos algo sospechosos. El postcolonialismo considera como las formas de pensamiento más productivas aquellas que interactúan libremente a través de las culturas y las disciplinas, con diálogos constructivos que desmontan las jerarquías del poder”.

166 Sobre su significado, además de las citas ya realizadas -nota 164- y de la amplia bibliografía que fuera del área jurídica se puede encontrar al respecto, v. Helio Gallardo, *550 años: Fenomenología del mestizo (violencia y resistencia)*, San José de Costa Rica, DEI, 1993, p. 5: “El concepto-valor del mestizaje, como dato ineludible de la experiencia humana particularizada y plural, diferenciada, y como resultado/fundamento de su universalismo concreto, y esto quiere decir de toda ética histórica, es el criterio que sostiene a estas discusiones contra la dominación. / Desde luego, “mestizaje” carece de toda con-notación racial y designa solamente la inevitable, aunque no asumida contemporáneamente, interacción e interpenetración de lo humano y de los humanos. Pensada en su límite, la noción de “mestizaje” expresa la tendencia a la superación de toda fractura social”.

de un concepto que se precisa usando las elaboraciones científicas provenientes del extranjero pero adaptándolas a la propia realidad y a los propios conocimientos) se inscriben, como se afirmaba, en el ámbito latinoamericano, se retomará brevemente el discurso a partir de la explicación que de esta orientación hace Fernández:

“...dado el multiculturalismo y la marginalidad que caracterizan a la sociedad contemporánea –ambos extremos muy acentuados en América Latina-, la pretensión de “*universalidad*” de los valores se desvanece por completo; de modo que sólo puede otorgarse protección penal a aquel *mínimum* de valores o intereses, coincidentes con los derechos humanos básicos. En el Estado constitucional de derecho, uno de cuyos ejes axiales es el principio de igualdad, el bien jurídico-penal, tanto el de carácter individual cuanto el de índole colectiva, debe necesariamente coincidir con los derechos fundamentales del hombre, que le marcan al legislador el último límite perimetral de intervención en la vida social. Hasta allí, y no más, cabe dar por supuesto el consenso, porque los derechos humanos son emanación de la idea de dignidad de la persona y, por consiguiente, es admisible tomarlos por valores generalizadamente compartidos por el grupo social”<sup>167</sup>. Y luego: “Si la ciencia jurídica europea, al cabo de la segunda guerra mundial, se inclinó hacia una vertiente *iusnaturalista*, el saber penal latinoamericano –sobre todo después de las dictaduras militares que asolaron el continente en la década de los años setenta- “*redescubre*” de pronto los derechos humanos y se plantea, legítimamente, que es ése el único marco posible de comprensión para el derecho punitivo”<sup>168</sup>.

167 Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 121-122. Este autor uruguayo ofrece la siguiente definición, p. 144: “los bienes jurídicos son *valores de relación social, indispensables para el desarrollo de la sociedad y para la autorrealización del sujeto en ella, que nacen y coinciden con los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional*”. Por otro lado, Juan Bustos Ramírez, *Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*, cit., pp. 161-162, vincula el bien jurídico al principio de legalidad en sentido material, afirmando que éste pierde sentido si es limitado al aspecto formal, como sucede cuando se sostiene que toda norma posee un bien jurídico, olvidando el carácter político criminal de la lesividad.

168 Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., pp. 130-131. Sobre las particulares situaciones que se deben analizar en los países latinoamericanos respecto al bien jurídico y el principio de lesividad, v. por todos Juan Bustos Ramírez, *Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*, cit., pp. 162-163. También Hernán Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, cit., p. 141, quien partiendo de la posición antinómica y desigual del ciudadano frente al poder del Estado, afirma: “También resulta insuficiente una teoría social que funde sus explicaciones sobre la base de la observancia o inobservancia de un conjunto de reglas o normas que configuran una “*cultura común*”. La mera observación de la realidad concreta demuestra que en una misma realidad social conviven diferentes grupos sociales con sus propias reglas de comportamiento, que en un Estado social y democrático de derecho resulta intolerable marginar”. Esto se evidencia en las particulares condiciones que presenta América Latina, con la configuración que asumen sus diferentes países después del proceso de independencia, pero también es aplicable a otras realidades, como por ejemplo la italiana, que en la actualidad afronta, aunque no por primera vez, sí con otros ojos, los desafíos del multiculturalismo proveniente de los actuales fenómenos migratorios. Acerca de los desafíos que al respecto vive Europa, Enrique García Vitor, *Culturas diversas y sistema penal*, cit., p. 120, afirma: “Por otra parte lo que antes se advertía como una cuestión que concernía sólo a las colonias, por la

Con consideraciones en este mismo sentido, se puede encontrar en Colombia a Fernández Carrasquilla<sup>169</sup>, quien sostiene que los bienes jurídicos responden a intereses de la vida social que no crea el legislador, y sobre los que no puede ni siquiera decidir tutelarlos, todos, mediante el Derecho penal, sino que está autorizado únicamente a dar protección penal a los que tengan la condición de “*bienes sociales fundamentales*, entendiendo por tales aquellos sin los cuales la vida social se torna imposible, desaparece el orden social que el Derecho desea proteger y el sistema social deja de funcionar, bien para convertirse en otra cosa, ya para dar paso al desenfreno de lo imprevisible”<sup>170</sup>.

De este modo, distintos autores afrontan el tema, como lo exponen Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau, conectando la limitación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos con el reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad que se da en el art. 16 de la Constitución de 1991. Este derecho fundamental contiene, explican, la garantía general de la libertad de actuar, que puede ser limitada sólo en función de otro derecho fundamental<sup>171</sup>. En consecuencia, una vez asumido que el Derecho penal protege bienes jurídicos, éstos necesariamente deberán encontrar referencia en los derechos fundamentales de las personas para que sea tolerable la limitación de la libertad reconocida en el art. 16 mencionado, que se presenta siempre frente a cualquier intervención penal.

Así, el bien jurídico se vincula a la Constitución<sup>172</sup>, pero en un modo en que tal conexión se dirige a su vez a un derecho fundamental que esta normativa superior no crea sino que reconoce, y que lleva a centrar la naturaleza pre-positiva del bien jurídico en los derechos fundamentales, especialmente en la estipulación constitucional del libre desarrollo de la personalidad y en las argumentaciones, directamente también, sobre la dignidad humana que le sirve de base<sup>173</sup>. En este

---

imposición a sus nativos de pautas culturales que no le eran propias, hoy se presenta como nuclear en las sociedades centrales, en las que, como señala **Eco**, la consecuencia de la *migración* es que Europa será, en el milenio que se ha iniciado, “...un continente multirracial, o, si lo prefieren, “coloreado””.

169 Como es también resaltado por el mismo Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, cit., p. 131.

170 Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 50.

171 Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., pp. 44 y ss. En todo caso, deben recordarse también las advertencias en el sentido de no identificar, aunque puedan coincidir, los bienes jurídicos protegidos penalmente con los derechos fundamentales. Al respecto, por ejemplo, Alfonso Cadavid Quintero, *Introducción a la teoría del delito*, cit., pp. 115, 133.

172 Así lo hacen Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, cit., p. 51; Jesús Orlando Gómez López, *Teoría del delito*, cit., p. 224; Gerardo Barbosa Castillo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., p. 12, si bien estos últimos afirman que la Constitución no contempla directamente una referencia al bien jurídico o al principio de lesividad, sino que éstos pueden ser deducidos de la consideración de sus normas en conjunto, dando especial importancia, p. 82, al art. 250 numeral 1 de la Constitución.

173 V. *Ibid.*, pp. 64-65. En esta última página sostienen: “En el ámbito del bien jurídico, lo anterior se

sentido se pronuncia igualmente Gallego García<sup>174</sup>, al sostener que una concepción constitucional del bien jurídico presupone un concepto material como realidad con un valor en sí, independientemente de la creación legal o constitucional, refiriéndose a las contribuciones de un iusnaturalismo crítico; esto es, de los derechos humanos que el Derecho positivo delimita de acuerdo a las necesidades históricas, y que encuentran su eje en la idea de la dignidad de la persona<sup>175</sup>.

Siguiendo las líneas de esta tendencia, puede entonces concluirse que el único mínimo elemento aceptable como universal y pre-positivo, es la dignidad humana. A ésta deben reconducirse los bienes jurídicos que, con las limitaciones que puedan ofrecer principios como el de subsidiariedad o proporcionalidad (este último con mayores posibilidades de concretización y con la capacidad de incluir a los demás<sup>176</sup>), serían los únicos frente a los cuales se podría aceptar la intervención penal para su protección. Se trata entonces de una orientación que busca criterios extrajurídicos de limitación al poder punitivo, aunque para tal labor use como uno de sus principales instrumentos los principios declarados en la Carta Constitucional. Esta concepción general sobre el concepto de bien jurídico es empleada –o al menos propuesta– en

---

traduce en su explicación a partir de las nociones trascendentes de “dignidad humana” y “derechos fundamentales” y no de las nociones immanentes de derecho positivo o estructuras sociales vigentes”. Destacando el rol y la importancia de recurrir a los derechos humanos en el Derecho penal colombiano y la realidad que lo circunda, con una postura crítica frente a la utilización de la Constitución de 1991, v. por todos Gloria María Gallego García y Gloria Patricia Lopera Mesa, “Sobre el derecho en Colombia: entre el escepticismo y el deber de no renunciar”, en *Jueces para la democracia*, N.º 19, Madrid, 1993, pp. 81-86. Con una visión totalmente diversa, y en mi opinión inadecuada, de cuanto hasta ahora se ha indicado sobre el rol de la dignidad humana, Pedro J. Montano Gómez, “La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal”, en *Revista de Derecho*, N.º 3, Montevideo, Universidad de Montevideo, 2003, pp. 45-53.

174 Gloria María Gallego García, “Bien jurídico y Constitución. Los derechos fundamentales como fundamento y límite del ius puniendi estatal”, en AA.VV., *Nueva interpretación constitucional*, Medellín, Universidad de Antioquia – Diké, 1997, *passim*, especialmente pp. 142-143.

175 *Ibid.*, p. 148.

176 En cuanto al principio de proporcionalidad (en el que se incluye su relación con el concepto de bien jurídico) y el control que en la práctica éste permite, así como en general sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales, v. por todos Gloria Patricia Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit. *passim*. Recuérdese además la perspectiva ofrecida por Luis Prieto Sanchís, *Una perspectiva normativa sobre el bien jurídico*, cit., p. 75: “...el problema del bien jurídico se disuelve en el juicio de proporcionalidad. La pregunta es, pues, si la respuesta penal y cuánta respuesta penal está justificada para sancionar una conducta que se juzga en alguna medida lesiva para un determinado bien jurídico. Ahora la cuestión se relativiza: el bien jurídico deja de tener un valor absoluto porque su peso definitivo depende del peso relativo de otras circunstancias. Depende, como hemos dicho, de la ofensividad o grado de lesión producido por la conducta, de la idoneidad o eficacia de la pena, es decir, del tipo y grado de pena en orden a conjurar la amenaza sobre el bien jurídico, de la existencia de otros medios alternativos y menos gravosos y, en suma, de la proporcionalidad entre la reacción penal y el daño producido”. Este autor sostiene, entonces, que una teoría liberal del bien jurídico lleva al juicio de proporcionalidad. En Italia, al respecto, v. Francesco Angioni, “Beni costituzionali e criteri orientativi sull’area dell’illecito penale”, en AA.VV. *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985, pp. 59-130, especialmente pp. 63 y ss.

sus conocidas funciones de interpretación, sistematización y crítica para el control, en las actividades de creación, aplicación y estudio del Derecho penal.

Ciertamente sigue presentándose, entre otros, el problema que como se ha visto es prácticamente la única constante del debate en torno al bien jurídico tanto en el contexto europeo como en el latinoamericano; esto es, la cuestión de la determinación en concreto de qué pueda ser abarcado por este concepto. Dificultad que en el caso de la propuesta latinoamericana es extensible a la noción misma de la dignidad humana<sup>177</sup>, a cómo ésta pueda brindar en concreto elementos para negar o dar razón a la tutela penal de los distintos bienes o intereses. Y aunque en cuanto a lo que se deba entender por dignidad humana se encuentran grandes aportes de la filosofía, la sociología, la teoría constitucional, el Derecho internacional, etc., está aún por hacerse un trabajo que desde esta noción general, como base extrajurídica última en la que se fundaría el concepto de bien jurídico, extraiga consecuencias concretas acerca de la determinación de las condiciones que deberá tener un bien para ser elevado a la categoría de bien jurídico-penal, en una perspectiva que se proyecta como restrictiva de los espacios aceptables de la intervención penal. Todo ello, claro está, como labor adicional al actual estado del debate, en el cual se ha avanzado al menos en la delimitación y precisión –así como en el acuerdo- en torno a lo que no pueda ser un bien jurídico y por ende frente a lo que deba rechazarse la intervención penal, y tratando de colmar en parte el importante margen de indeterminación que siempre queda, pero sobre todo de hacerlo en referencia a los ordenamientos jurídicos y a las realidades en particular.

Ahora bien, parece indudable que un cierto espacio de incerteza al respecto es irreducible, pero se piensa que con los instrumentos que se poseen actualmente la labor más útil se encuentra en el ámbito de la aplicación práctica de lo que ya se ha consolidado teóricamente, y en particular para la doctrina, en el análisis de tal situación a través del estudio y crítica de la creación legislativa, de la aplicación jurisprudencial y de los argumentos usados por las partes en los procesos, así como de la coherencia o no de los postulados generales (los denominados estudios de parte general) con aquellos que se refieren a los tipos penales en particular (los denominados estudios de parte especial).

---

177 Sobre la que estimo se debe insistir para enriquecer el debate en el ámbito penal, y especialmente en aquél del bien jurídico aquí indicado, así como aclarar sus consecuencias, aunque se puedan comprender expresiones como la de Elías Neuman, "El estudio de la criminología en Latinoamérica...", cit., p. 284, quien afirma: "...el sentido inmanente de la democracia reside en el respeto de la dignidad humana. Y para el caso latinoamericano debería decirse con Malraux: 'No sé muy bien lo que es la dignidad; pero sí conozco muy bien, lo que es la humillación'".

## 5. Consideraciones finales

Las anotaciones que se harán ahora podrían ser —y ojalá lo sean en el futuro— el punto de partida de un posterior estudio en el cual se desarrolle y se precise el concepto de bien jurídico propio de la perspectiva de la que ha tratado este artículo: un concepto mestizo de bien jurídico que sería el más adecuado para la particular situación colombiana, pero que al mismo tiempo sería importable, después de otro proceso de mestizaje, a otras realidades, sean éstas del tercer mundo o del primero, como no podría ser de otra forma tratándose de una noción propia del esfuerzo de la ciencia jurídica. En otras palabras, la ciencia penal —de cualquier parte del mundo— presenta conceptos que tienen valor general, pero el mestizaje que los estudios post-coloniales han revelado como imprescindible debe realizarse siempre que estos conceptos pretendan servir en el campo del Derecho a una realidad concreta. Porque si bien el Derecho es una ciencia, la comprensión de éste parte de la arqueología del saber antes que de una visión estrictamente epistemológica, y en ese sentido, a diferencia de las ciencias naturales, sus conceptos generales deberán ser siempre concretados y contextualizados mediante el proceso que, precisamente, las teorías post-coloniales han llamado mestizaje o criollización.

Además, es importante decir que una transformación semejante es predicable, y en mi opinión necesaria, para todos los conceptos penales en general, aunque en esta oportunidad se haya elegido el ejemplo del bien jurídico al considerar que es una idea basilar del Derecho penal que permea cualquier elaboración dogmática y que, como lo estima Roxin<sup>178</sup>, es el puente de ésta con la política criminal. Así, la conclusión del discurso presentado en estas páginas, es precisamente la identificación de la necesidad de recorrer un camino como el descrito. Entonces, en cuanto al concepto de bien jurídico, puede concluirse —se insiste, como consideraciones finales del trabajo llevado a cabo y como base para labores futuras— que dentro del amplio margen de una tendencia general común a nuestros dos ejemplos (Derecho penal europeo continental —especialmente el de la orientación constitucionalista del bien jurídico— y Derecho penal colombiano), se encuentra una diferencia que genera dos vías distintas para el posterior desarrollo de esta noción.

La tendencia general consiste en la aceptación —por parte de la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia— del bien jurídico como concepto que, con distintos significados, sirve para identificar aquello a lo que se dirige la protección que pretende dar el Derecho penal. Pero también se suele aceptar, al menos en sectores de consideración, que existan excepciones a esto; es decir, delitos con los que no se protege ningún bien jurídico. Frente a este último caso tienen que hacerse algunas precisiones. Hay quienes admiten que no siempre el Derecho penal interviene para

---

178 V. *supra*.

tutelar bienes jurídicos, sino que lo hace también para tutelar funciones. En cambio, hay quienes en estos casos consideran que de todos modos se están protegiendo bienes jurídicos en una diversa modalidad. Se tratará de señalar brevemente los márgenes de este discurso, en cuyas particularidades no se puede entrar en razón de los límites de la presente investigación.

La inclinación hacia reconducir los bienes jurídicos a funciones ha sido indicada por Hassemer<sup>179</sup>. Ésta se presenta, según este autor, con las nuevas criminalizaciones que introducen nuevos y difusos bienes jurídicos que son demasiado vagos para corresponder a un concepto adecuado de bien jurídico: "Aún cuando puedan ser legítimos, no son bienes jurídicos en un sentido tradicional, sino objetivos de organizaciones políticas, sociales, económicas. [...] [vinculados a] ...la técnica de tutela de la *criminalización del peligro*; es decir, a la «*criminalización anticipada*»"<sup>180</sup>. También Padovani, refiriéndose a los pronunciamientos de Hassemer, admite que "no se trata propiamente de «bienes jurídicos», sino de metáforas conceptuales que designan el ámbito particular en donde se percibe y se identifica un conflicto de intereses y las modalidades normativas establecidas para resolverlo o moderarlo"<sup>181</sup>. Sin embargo este autor afirma igualmente que "...la tutela de funciones es de todos modos, desde el punto de vista del contenido, una tutela de bienes jurídicos distinta"<sup>182</sup>. De bienes jurídicos referidos a efectos acumulativos, de naturaleza supraindividual, que presentan técnicas de tutela anticipada, etc.

Y es precisamente en esta divergencia entre considerar o no que estos métodos de tutela impliquen la protección en todo caso de bienes jurídicos, o en cambio representen la protección de funciones que no serían bienes jurídicos, donde se manifiesta dramáticamente en la actualidad la constante dificultad de la determinación de los bienes, y los espacios sin resolver en el debate en torno al condicionamiento que ejerce el bien jurídico frente al legislador y en cuanto a su alcance en la interpretación y aplicación de la ley. Cuestiones que se encuentran marcadas por un igualmente constante temor a los vacíos de criminalización que en cambio —en mi opinión—, muchas veces deberían entenderse como signos de la buena salud de las limitaciones al poder punitivo en garantía de las personas.

---

179 V. Winfried Hassemer, "Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale", en *Dei delitti e delle pene*, anno II, Napoli, 1984, pp. 104-113, especialmente p. 112.

180 *Ibid.*, p. 110.

181 Tullio Padovani, "La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni", en *Dei delitti e delle pene*, año II, Napoli, 1984, pp. 116-117.

182 Tullio Padovani, "Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo", en *Cassazione penale*, año XXVII, Giuffrè, 1987, p. 677. Para este autor, por norma general, los delitos tutelan bienes, mientras que los ilícitos administrativos y las faltas o contravenciones se dirigen con mayor frecuencia a la protección de funciones.



Por otro lado, y siempre dentro de la tendencia general pero sobre todo desde la orientación constitucionalista del bien jurídico (donde puede ganarse en claridad asumiendo como ejemplo europeo al Derecho penal italiano en el cual se configura —y se sigue aún hoy— esta dirección que es la acogida mayoritariamente en Colombia y por ende permite visualizar las raíces comunes y la posterior división), se pueden identificar dos grandes corrientes. Una parte de la doctrina, que aquí se denominará *postura inconformista o radical*, considera la existencia de estos delitos sin bien jurídico como un hecho de la realidad que no puede ser aceptado pues se trata de un dato *de facto* al interior del Derecho pero contrario al Derecho (en sentido estrictamente positivo o no). En cambio, otro sector doctrinal, al que se le denominará *postura conformista o moderada*, simplemente trata estos casos o como excepciones que no van más allá de la confirmación de la regla y que a veces se presentan incluso como deseables bajo el velo de la necesidad, o como intervenciones del Derecho penal igualmente legítimas que se suman a las que se dirigen a tutelar bienes jurídicos, y que tienden a proteger funciones que en todo caso no sean contrarias a la Constitución<sup>183</sup>.

Ahora bien, el punto de diferenciación que fuera anunciado antes; es decir aquél en el que los caminos recorridos en ambos contextos se escinden, tiene lugar dentro de la *postura inconformista*. Ésta, además de ser la que comparto, presenta al menos dos variantes (en líneas generales, pues en lo específico puede haber tantas como autores), como se puede deducir de la previa afirmación acerca del hecho de que se apoye o no en el Derecho positivo, para la labor crítica que ejerce. En este punto se quiere señalar también una diferencia entre las modernas ciencias penales italiana y colombiana (siempre como ejemplos del Derecho europeo continental originario y del que resulta de la pos-colonización, respectivamente, y sin que al hablar de diferencias se pretenda que haya uno mejor que el otro, o incluso alguno deseable). Se trata de la distinción de dos corrientes dentro de esta postura: una que basa su crítica última en la Constitución, y otra que además de la Constitución considera que existen criterios extrajurídicos (como el ya mencionado de la dignidad humana).

Claro que no es posible en este momento adentrarse en el complejo debate filosófico sobre el iusnaturalismo y el iuspositivismo que con sus diversas tonalidades subyace a la anterior distinción. Entiendo también que no estoy diciendo nada definitivo y quizá ni siquiera en parte original, pero nunca ha sido ésta mi intención. Tal vez habría sido conveniente aclararlo desde el principio, pero pienso que sea deducible del texto.

183 Al respecto Cesare Pedrazzi, "Interessi economici e tutela penale", en Alfonso M. Stile (coord.), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, Jovene, 1985, pp. 293-309. Críticamente Sergio Moccia, "Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni post- moderne e riflussi illiberali", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 343-374.

De todos modos, en el caso en que no lo fuese, indico ahora que nos encontramos frente a un verdadero objeto de investigación, en un estudio que debería continuar en modo colectivo<sup>184</sup>, donde por el momento no hay muchas respuestas, sino sólo preguntas, dudas, confusiones. La única pretensión de este artículo, pues, es aportar a una aproximación que ofrezca claridad sobre la situación problemática, cosa que considero en todo caso de gran importancia<sup>185</sup>.

Terminado este paréntesis, se continuará afirmando que es precisamente la escisión entre quienes hacen llegar el concepto de bien jurídico hasta la Constitución, y quienes lo llevan más allá, donde se encuentran las diferencias más interesantes en los casos analizados pues, como se dijera, en Italia prevalece la primera de las posturas<sup>186</sup>, mientras que en Colombia se abre paso la segunda, representada en lo que he denominado los brotes de un concepto mestizo del bien jurídico<sup>187</sup>, el cual, como construcción que responde a las particularidades del contexto o al menos a un trabajo que busca tenerlas en cuenta, lleva a la ciencia penal del ejemplo aquí planteado de «Derecho penal colonizado», en la medida en que empieza a crear sus propios conceptos mestizos, a convertirse en post-colonizada.

La circunstancia de que se asuman vías diferentes puede explicarse por los distintos contextos en que ambas tesis se inscriben, y sobre los cuales se ha insistido en el texto<sup>188</sup>. La realidad y el ejercicio efectivo del poder punitivo (por parte del Estado,

---

184 Colectivo en el sentido de un estudio hecho por muchos: muchas personas y muchos sectores, en grupo o individualmente pero con comunicación e intereses comunes, sin egoísmos ni luchas inútiles por la propiedad de las ideas, pero con respeto por la individualidad y la diferencia.

185 Importancia que justifico con palabras de María Zambrano, *La agonía de Europa*, Madrid, Trotta, 2000, p. 73: "...cuando la revelación es parcial, o se retrasa, o no es aceptada, la vida [y también el derecho, al que aquí se hace referencia] se convierte en una pesadilla, según nos dice Baudelaire con poética exactitud. La padecemos sin entenderla, siendo su objeto más que su sujeto, y así el hombre viene a perder su dignidad última: ser sujeto de su vida. Dignidad que no es añadida a su realidad, pues si en la crisis sentimos que perdemos peso, entidad, que nos desrealizamos, es por falta de saber y claridad acerca de nuestra propia vida, que al perder claridad pierde realidad".

186 Es necesario recordar que una parte importante de la doctrina italiana de esta orientación considera que ya la referencia a la Constitución satisface la exigencia garantista de un criterio del bien jurídico con "preexistencia ontológica a la norma", como lo afirma Ferrando Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 194. Ténganse presentes, igualmente, las palabras de Franco Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, cit., p. 26: "...un dato se muestra como indiscutible: por fuera de la referencia constitucional, no existe otra posibilidad ni para condicionar al legislador ni para establecer una jerarquía o ponderación de intereses, esencial para la aplicación de algunos institutos. Si la jerarquía al interior de la Constitución es difícilmente reconstruible, ninguna jerarquía es posible por fuera de tal texto".

187 Repito que se trata, en mi opinión, de una noción en fase de construcción; es decir, de un concepto que debe ser desarrollado mejor por la doctrina, con resultados aún inciertos.

188 Hay muchas referencias a esto, algunas de ellas ya presentadas (sobre todo por parte de la doctrina latinoamericana), e incluso dentro de la cultura jurídica de lengua alemana, como lo ejemplifica con las

para el tema que aquí interesa), impulsa a los penalistas colombianos a buscar límites que aunque partan de la Constitución como norma superior, tengan una base ulterior en criterios que no puedan cambiarse con facilidad, como fácilmente se cambia nuestra Constitución. Y es precisamente éste uno de los ejemplos dentro del sistema jurídico de lo que acaba de afirmarse: la Carta constitucional colombiana, aunque para ello prevea (ex arts. 374-379) un procedimiento que implica la aprobación en dos periodos con una mayoría -en el segundo- en las dos cámaras que conforman el parlamento, ha sido modificada 27 veces desde su entrada en vigor en 1991<sup>189</sup>. La Constitución italiana, en cambio, ha sido “modificada” 15 veces mediante las “leyes de revisión constitucional”<sup>190</sup> desde su entrada en vigor en 1948 (un porcentaje mucho más bajo pero de cualquier modo suficiente como para generar algunas preocupaciones). También se han emanado desde entonces 19 leyes de las llamadas “constitucionales”, para un total de 34 leyes constitucionales o de revisión constitucional de las que prevé el art. 138 de la Constitución italiana, el cual establece un procedimiento que requiere una amplia mayoría en el parlamento y permite, salvo que se dé una mayoría de dos tercios en las dos Cámaras, el sometimiento de las reformas a un referéndum popular, así como la negación de cualquier posibilidad de modificar la forma republicana (ex art. 139) dentro de la cual la doctrina sostiene que se encuentran los principios fundamentales de los arts. 1-12<sup>191</sup>.

---

siguientes afirmaciones Günter Stratenwerth, “La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, en Roland Hefendehl (coord.), *La teoría del bien jurídico*, cit., p. 368: “...el sistema de normas y de valores representativos de nuestro consenso básico, que tenemos por no traicionable, está conectado a nuestra tradición cultural y de ningún modo puede reivindicar validez universal”.

189 Para reformar los procedimientos de participación popular, el Congreso o los derechos estipulados en el capítulo I, título II –y sus garantías- se debe someter la decisión a referéndum popular, si así es solicitado –dentro de seis meses- por un 5% de los electores.

190 De acuerdo a la diferenciación que parte de la doctrina realiza, siguiendo las palabras del texto constitucional, estas son las verdaderas leyes de modificación constitucional. Para una referencia más amplia a las leyes de revisión constitucional desde 1948 a 1993, v. Rolando Tarchi, “Leggi costituzionali e di revisione costituzionale (1948-1993)”, en AA. VV, *Commentario della costituzione*, I-XVIII, Bologna, Zanichelli, 1995, p. 285, quien afirma que entre todas las leyes que afectan a la Constitución hasta 1993, solo 7 de ellas son verdaderas leyes de revisión de la Constitución. Con posterioridad a 1993 han sido emanadas otras 8 leyes de revisión.

191 También se discute la posibilidad o no de reformar otras partes de la Constitución, especialmente el título II. Al respecto, pueden estudiarse los diversos textos de Derecho constitucional existentes, entre los cuales se menciona aquí sólo: Luca Mezzetti, *Manuale breve di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2009, especialmente pp. 38 y ss.; V. Angiolini, voz “Revisione costituzionale”, en *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, 1997, pp. 307-318; Gambino, *La revisione costituzionale e i suoi limiti*, Milano, 2007; Marcelo Piazza, *I limiti alla revisione costituzionale nell’ordinamento italiano*, Padova, Cedam, 2002.

La necesidad de soluciones diferentes, de construcciones jurídicas particulares –que no importen irreflexivamente los modelos y los conceptos– como respuesta a las igualmente dispares situaciones, marcadas especialmente en Colombia por el actual (si es que puede separársele de los anteriores) conflicto armado interno que sufre desde hace más de sesenta años<sup>192</sup>, es resaltada por muchos penalistas latino-americanos<sup>193</sup>.

Ciertamente no se trata, con la reafirmación de estas diferencias y de la situación de colonización reflejada especialmente en las imposiciones de los conceptos, de fomentar una disputa entre las doctrinas adscritas a los respectivos países. Al contrario, la resolución de esta problemática debe traer beneficios para todos, e inscribirse

---

192 Al respecto, Juan Oberto Sotomayor Acosta, "I disastri della lotta contro la "criminalità organizzata" nel sistema penale: il caso colombiano", cit., pp. 9-10, afirma: "...Colombia vive un conflicto armado de muchísimos años, que si bien no ha impedido la existencia y cierto grado de funcionamiento de las instituciones democráticas y del Estado de Derecho, sí ha creado un contexto de extrema complejidad para el derecho y muy particularmente para el derecho penal, por cuanto no siempre resulta fácil diferenciarlo de la guerra. Unas veces se le utiliza como instrumento de guerra, pero también en otras se le reivindica como herramienta de paz, la cual, en estas circunstancias, deviene más un objetivo a alcanzar por el Derecho que un presupuesto de su funcionamiento. Producto de ello es la permanente sensación de "crisis" del sistema penal, que parece moverse más a los vaivenes propios del conflicto que de los objetivos constitucionales".

193 Se hace referencia, por ejemplo, a Fabián I. Balcarce, "Breve relato sobre la ineficacia de la función político-criminal del bien jurídico penal, cit., pp. 12-13; Enrique García Vitor, *Culturas diversas y sistema penal*, cit., p. 140; Juan Bustos Ramírez, *Perspectivas y desafíos de la política criminal en Latinoamérica*, cit.; y ciertamente, por todos, Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, 2 ed., Bogotá, Temis, 1990. En Colombia, v. por ejemplo Diana Patricia Arias Holguín, "A propósito de la discusión sobre el derecho penal moderno y la sociedad del riesgo", cit., pp. 6, 48; José Germán Marroquín Grillo y Jaime Camacho Florez, *Apuntes para la historia de la criminología en Colombia. Relación de la VIII Reunión de Profesores de Criminología de Colombia*, Universidad Santiago de Cali, 1985, *passim*, disponible en: <http://criminologiausco.blogspot.com/2005/08/historia-de-la-criminologia-en.html>; Juan Oberto Sotomayor Acosta, "I disastri della lotta contro la "criminalità organizzata" nel sistema penale: il caso colombiano", cit., pp. 3, 9-13, 26-27; Id., "Garantismo y derecho penal en Colombia", en AA. VV., *Garantismo y derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 104-121, pp. 92 y 93; Diego Eduardo López Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica en América Latina*, Bogotá, Legis - Universidad Nacional - Universidad de los Andes, 2004, pp. 1-69 y *passim*. Igualmente, haciendo explícita referencia a la imposición de los "bienes jurídicos", Jaime Sandoval Fernández y Jorge Abello Gual, *Estudio político criminal y dogmático...*, cit., p. 150: "...se plantea entonces un problema estructural desde el punto de vista político que influye en el aspecto legal y que lleva consigo inconvenientes, como son que la determinación de los bienes jurídicos como valores fundamentales de la sociedad tutelados a través del derecho penal, y por lo tanto la permisón o represión, estén determinados por presiones externas de otros estados que influyen directa e indirectamente en el desarrollo social de los estados dependientes, y logrando que se sobrepongan los intereses extranjeros sobre los nacionales, lo cual crea una forma de violencia estructural y una deslegitimación del poder que debilita la cohesión social cuando los ciudadanos observan cómo se sacrifican los intereses nacionales por los intereses de otros estados". En cambio, sobre los problemas que presentan los discursos construidos sobre las bases de la paz y del Estado de Derecho en situaciones de guerra, v. Iván Orozco Abad, "Soberanía interior y garantismo: sobre la guerra y el derecho en Colombia", en *Garantismo y derecho penal*, cit., pp. 37-56.

en la proyección de una ciencia penal más científica y más útil (para las personas). Adicionalmente, la misma doctrina europea reconoce y en la medida en que trata (raramente) el tema, acepta con frecuencia estas posturas: “Precisamente partiendo de la ‘descripción’ de lo que el Derecho penal es, la ciencia jurídica debe asumir el rol de contrapoder crítico, en cuanto *la delimitación de la irracionalidad inmanente, y del enorme poder del Estado sobre los particulares, además de su autoritarismo*, es una *condicio sine qua non*: a) para conservar en éste una función efectiva de justicia frente a los particulares; b) para la existencia misma de una reflexión ‘científica’ sobre el Derecho penal, que en ausencia de límites de garantía construidos sobre un sistema de valores supraordenados sería el ejercicio de una violencia de Estado, aunque fuese construido en torno a la ‘racionalidad’ de los conceptos dogmáticos...”<sup>194</sup>.

La intención al enfatizar en todo esto, no es entonces propender porque en Colombia no se estudien más los conceptos extranjeros del bien jurídico<sup>195</sup>, o en general el Derecho de otros países (el europeo y el del *common law*, por ejemplo), y ni siquiera que sin abandonar tal visión se pretenda la creación de un “Derecho penal nacional”, de una “ciencia propia”, de un concepto “nuestro” de bien jurídico, toda vez que estimo que esto no tiene ningún sentido. Todo lo contrario, debe aprovecharse el camino que la ciencia jurídica colombiana ha ya recorrido, incluso a pesar de su voluntad. Nos hemos acostumbrado a estudiar algunos otros (españoles, alemanes, italianos y norteamericanos especialmente), y esto como tal es un hecho positivo. Ahora bien, es fundamental que seamos conscientes de ello, y que extendamos tal método a todos los demás, en especial a aquellos con los cuales tenemos tanto en común; esto es, a nuestros “vecinos” de América Latina y de ese Tercer Mundo que está presente dentro de muchas realidades, incluyendo aquellas del Primer Mundo.

194 Massimo Donini, *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., pp. 3-4. Y también cuando afirma: Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., p. 124: “Me parece por lo tanto *abstracto* cualquier discurso realizado por los penalistas académicos cuando, al encontrarse proviniendo de los cuatro puntos cardinales del globo, plantean como hipótesis, sólo porque se miden con elaboraciones de algún ordenamiento-modelo o de algún país “fuerte” (que a veces, en el plano penal, es muy “débil”), el poder adoptar las mismas soluciones respecto a cuestiones tan dependientes de las contingencias históricas y políticas”.

195 Se retoman las palabras de Massimo Donini, “Prospettive europee del principio di offensività”, cit., p. 128, cuando afirma que si la ciencia penal italiana tiene “...*algo nuevo y original para presentar al exterior*, una experiencia peculiar y que no se encuentra en otras partes, esto consiste en: 1) el debate sobre los bienes jurídicos de relevancia constitucional y sobre todo el debate sobre el garantismo y la individualización de los límites jurídico-constitucionales a las decisiones de criminalización; 2) la consiguiente sensibilidad crítica de una hermenéutica orientada a los principios, y por ende a los valores político-criminales de matriz constitucionalista, antes que solamente a las categorías, y 3) la amplia utilización del método de derecho comparado que es signo de voluntad y garantía de capacidad dialógica, cuales requisitos esenciales para la construcción de disciplinas europeas armonizables dentro de la cultura de los Estados en particular”.

Al mismo tiempo, es importante insistir y reforzar la criollización digna de nuestro Derecho (y con esto también del concepto de bien jurídico)<sup>196</sup>. En definitiva, tratar de hacer más abierta (y por ende más científica) “nuestra ciencia”<sup>197</sup>, para también, aunque se trate de algo paradójico desde un punto de vista semántico, poder hacerla más propia<sup>198</sup>.

---

196 Como se ha insistido, en este escrito se pretenden seguir (reconociendo la falta de mucho trabajo personal al respecto para llegar a una buena estructuración) los aportes de los estudios post-coloniales, que por ejemplo en la construcción de tal modo de un concepto de bien jurídico, con palabras de Robert J. C.Young, *Introduzione al postcolonialismo*, cit., pp. 169-170, orientan así: “...la transformación y la recreación de una cultura dominante en nuevas identidades que incorporan elementos materiales de la cultura de los nativos. [...] Este tipo de criollización caribeña expresa muy bien una de las ideas fundacionales del postcolonialismo: el proceso unidireccional mediante el cual se concibe normalmente la traducción, puede ser repensado en términos de interlocución cultural y en consecuencia como un espacio de contrapoder”.

197 Generando más colaboración y menos dependencia, además porque no se deben solamente tomar los aportes de los demás sino también ofrecer los nuestros. Por ejemplo, podemos ser útiles para los países europeos de los que como hemos visto asumimos sus conceptos, ya que la aplicación en nuestra realidad permite poner a prueba en “situaciones extremas” los principios que allí se han creado para limitar el poder punitivo, y los resultados no son muy alentadores. De este modo, algunas debilidades en las construcciones de los conceptos frente a la aplicación en la práctica pueden revelarse con mayor claridad, y quizá esto ayude a su mejoramiento. Un ejemplo lo ofrecen las normas que buscan hacer frente a la criminalidad organizada, de “naturaleza internacional”, como es señalado por Juan Oberto Sotomayor Acosta, “I disastri della lotta contro la “criminalità organizzata” nel sistema penale: il caso colombiano”, cit., p. 13: “...no es de extrañar que en el sistema penal colombiano se hagan realidad muchos de los que en otros contextos se denuncian como meros riesgos del modelo de la excepción en la lucha contra la criminalidad organizada”.

198 Y como en Colombia nos encontramos precisamente frente a una constante violación de los derechos (ante un Derecho penal contrario a los derechos fundamentales, como aquel que reconoce Massimo Donini, *Principi costituzionali e sistema penale*, cit., p. 3, nota 5, permite legitimar incluso una posición no constructiva por parte de los juristas), en esta labor seguramente habrá también mucho por destruir (al respecto v. además Sotomayor Juan Oberto Acosta, “Garantismo y derecho penal en Colombia”, cit., pp. 104, 107, 111, 113-117 ; Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, cit., *passim*), y en tal sentido me parece interesante la orientación propuesta por Wolfgang Naucke, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, conferencia presentada en Módena el 21 de marzo de 2009 en el *Convegno dell'Associazione Franco Bricola: Sicurezza e Diritto penale*, traducción al italiano de Massimo Donini. El autor alemán, de acuerdo a nuestra libre interpretación, expuso en este congreso un preciso y claro resumen de la historia del Derecho penal de la seguridad (*Sicherheitsstrafrecht*). Y si bien en su intervención aparezcan sólo un par de líneas que hagan referencia al bien jurídico, es ilustrativo que este concepto sea usado por el autor como el más claro ejemplo de cómo “Los conceptos dogmáticos de la parte general no son un obstáculo para el derecho penal de la seguridad, al contrario”, y respecto a que “La extensa punibilidad de la omisión se introduce para reforzar la seguridad de un bien jurídico”. Entonces Naucke propone, ante tal situación, *ejercer una crítica sin compromisos con ningún Derecho penal de la seguridad*: “Esta posibilidad es posible sólo a una ciencia penal políticamente independiente. La crítica del Derecho penal y la independencia política son inseparables. Independencia no significa comodidad, al contrario. El derecho penal de la seguridad es cómodo, no requiere ningún esfuerzo intelectual. En cambio, la crítica científica al derecho penal de la seguridad es conceptualmente exigente y quizá riesgosa para la propia carrera. Pero una ciencia del derecho penal que no utilice su independencia para la crítica del derecho penal de la seguridad, a duras

---

penas merece aquel nombre” (p. 9). Todo ello, según el autor, para poder elaborar un *Derecho penal de negación*: “Los criterios para la crítica al derecho penal de la seguridad no son nuevos; éstos descienden de la oposición científica contra el vital derecho de la seguridad, desde el siglo XVIII. Esta oposición es en primer lugar una defensa contra, negación del derecho penal de la seguridad. Al aspecto positivo se lo busca en vano. La oposición está reunida en torno a la certeza de que la pena puede solamente reaccionar a un comportamiento injusto, imputable, del pasado. Seguridad, prevención, construcción del futuro, impedimento del riesgo, dirección de la sociedad, no son alcanzables mediante la pena. Esta actitud penalista tiene en cuenta la existencia de una inevitable peligrosidad de la vida moderna. / Sólo partiendo de esta certeza se alcanzan los corolarios de: independencia de la magistratura, precisa formalidad del proceso, sanciones humanas, determinación de las leyes penales, prohibición de analogía, prohibición de retroactividad, derecho penal nuclear. Para muchos estudiosos del derecho penal estos criterios ya tienen el aspecto de piezas de museo. Pero éstos son todo menos maduros como para entrar en un museo. Estos criterios deben ser investigados de nuevo, y nuevamente fundados. En las universidades, al menos una parte de la ciencia penal debe mostrar con convicción personal que estos criterios pueden constituir límites al derecho penal de la seguridad. Estos límites son el objeto de una ciencia penal moderna. Para someter la pena de la seguridad se debe construir un derecho penal negativo, un derecho penal de negación” (pp. 10-11). Y finalmente, pienso que en los países en los que tenemos un «Derecho penal colonizado», en gran parte simplemente impuesto, nos sea más fácil iniciar semejante trabajo de negación. ¡Es un poco como el triste poder de quien no tiene nada que perder!