

# La teoría de la conducta punible en el nuevo Código Penal

(A la memoria del Dr. Jesús María Valle Jaramillo)

Fernando Velásquez V.\*

## I. INTRODUCCIÓN

Para rendir un cálido y sentido homenaje a un gran amigo —quien no solo se destacó por ser un notable líder y defensor de los derechos humanos, sino un connotado estudioso y abogado en ejercicio en el ámbito del derecho penal—, cuya preciosa vida fue segada hace ya más de dos años por los actores de esta violencia desenfrenada que sacude todos los escenarios de la vida nacional, se aprovecha esta oportunidad para examinar el articulado del nuevo Código Penal<sup>1</sup> de cara a las recientes elaboraciones en el ámbito de la teoría dogmática de la conducta punible.

Naturalmente, dada la forma como se concibió el Proyecto original —lo cual ha desatado diversas críticas, incluidas las objeciones pre-

\* Profesor titular y emérito de la Universidad Pontificia Bolivariana.

<sup>1</sup> Aprobado el día 14 de diciembre de 1999. El Código tuvo su origen en el *Proyecto de ley 40*, de 4 de agosto de 1998, presentado a la consideración del Senado de la República por el Fiscal General de la Nación (véase *Gaceta* núm. 139, año VII, págs. 1 y ss.; también FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: *Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal*, págs. 7 y ss.), y que luego se convirtió en Proyecto de ley 238 de 1999, al hacer su tránsito por la Cámara de Representantes. No obstante, el presidente de la república, en decisión hecha pública el 20 de enero del año en curso, objetó 85 artículos del Proyecto por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia y ordenó su devolución al Congreso de la República que, tras acoger algunos reparos, lo aprobó el día seis de junio de 2000.

sidenciales aludidas<sup>2</sup>—, no ha sido posible hacer el estudio propuesto teniendo a la vista los materiales de trabajo utilizados por la Comisión que elaboró la propuesta inicial, porque ellos nunca se plasmaron en actas; ha sido necesario, pues, acudir a la exposición de motivos correspondiente, y a los textos pertinentes de las ponencias elaboradas por las diversas células del Congreso de la República que se han ocupado del asunto. Por supuesto, esta carencia no deja de ser contraproducente sobre todo si se aborda el articulado desde una perspectiva histórica, o desde el ángulo de la Política Criminal, tópicos fundamentales a la hora de encarar procesos de reforma en estos ámbitos. Es más, pese a que la producción del texto ha sido fruto de la actividad del órgano legislativo —lo que es de trascendencia, pues desde 1936 el Congreso de la República no se ocupaba de tales materias—, también es cierto que el Código no ha sido tramitado siguiendo el rito propio de la ley estatutaria como, sin duda alguna, lo ordena la Carta Fundamental de 1991 en su artículo 152; ello pone en evidencia, obvio es decirlo, una trasgresión al principio de legalidad o de reserva en estos ámbitos<sup>3</sup>.

Así las cosas, con miras a cumplir con el cometido propuesto, el presente trabajo se ocupa de la problemática planteada de cara a las llamadas “Normas rectoras de la ley penal colombiana”; muestra cómo el dolo, la culpa y la preterintención, aparecen como formas de conducta punible. Igualmente, examina la concepción del injusto y de la culpabilidad bosquejadas por el reciente legislador; mira cómo regula el estatuto la problemática del concurso de personas en la conducta punible, en sus modalidades de

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, a GROSSO GARCÍA, *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad detrás de la imagen-Perspectiva político-criminal*, Santa Fe de Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, págs. 158 y ss.

<sup>3</sup> No obstante —contrariando el criterio absolutamente dominante en España (véase, por ejemplo, a MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, 3ª ed., págs. 111 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, 5ª ed., pág. 80; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, pág. 72; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal*, págs. 236 y ss.), de cuya constitución se tomó la figura—, la Corte Constitucional ha sostenido un criterio opuesto: “si se prohibiera la tesis extrema de que la totalidad de las implicaciones o facetas propias de los derechos constitucionales fundamentales deben ser objeto de regulación por medio de ley estatutaria, se llegaría a la situación absurda de configurar un ordenamiento integrado en su mayor parte por esta clase de leyes que, al expandir en forma inconveniente su ámbito, petrificarían una enorme proporción de la normatividad, y de paso vaciarían a la ley ordinaria de su contenido, dejándole un escaso margen de operatividad, a punto tal que lo excepcional devendría en lo corriente y a la inversa. Se impone, entonces, en cuanto toca con los derechos fundamentales, una interpretación restrictiva de la reserva de ley estatutaria... Las leyes estatutarias a que se refiere el artículo 152-a de la Constitución Política se ocupan de regular, de modo preferentemente positivo y directo, el ejercicio de los derechos fundamentales. Bien distinto es el contenido de aquellas normas mediante las cuales el Estado, al ejercitar el *ius puniendi*, limita alguno de esos derechos, a manera de sanción imputable a una conducta tipificada como delictiva. Tal es el caso de las disposiciones que integran el Código Penal que, por las razones expuestas, no están sujetas al trámite especial de las leyes estatutarias ni participan de la naturaleza jurídica propia de estas. Obsérvese, finalmente, que la ley estatutaria se refiere, en cada caso, a un derecho determinado y su fin es desarrollar su ámbito a partir de su núcleo esencial definido en la Constitución. La ley penal, en cambio, asume *ab initio* un tenor marcadamente prohibicionista que le permite delimitar genéricamente la libertad, definiendo el campo de lo ilícito y reprochable socialmente. Definitivamente, no hace parte del núcleo esencial de ningún derecho fundamental delinquir; luego, señalar legislativamente los tipos penales y establecer las dignas sanciones, en modo alguno equivale a ‘regular los derechos fundamentales’” (véase sent. C-313 de 1994).

autoría y participación criminal; estudia la forma como ha sido regulada la omisión, en especial la comisión por omisión u omisión impropia. Igualmente, aborda la teoría del error que, a no dudarlo, es uno de los avances más significativos; examina la idea de causalidad, ahora prevista de forma escueta; y termina planteando algunas conclusiones para el análisis.

## 2. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL EN EL TÍTULO PRELIMINAR

Siguiendo el ejemplo del Código Penal de 1980, el nuevo estatuto prevé un título introductorio denominado “De las normas rectoras de la ley penal colombiana”, que contiene los principios básicos del derecho penal liberal, erigidos por la doctrina<sup>4</sup> en límites al *ius puniendi* del Estado y que, además, como hasta ahora, está llamado a cumplir un importante papel en la construcción dogmática del derecho positivo<sup>5</sup>, como lo dispone la propia Carta Fundamental<sup>6</sup>.

En efecto, el artículo 1º de manera escueta prevé el apotegma de humanidad afirmando que “el derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”, con lo cual no se le asigna al postulado un contenido concreto. No obstante, nada impide entenderlo como límite material al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, desde dos perspectivas: por un lado, porque implica el reconocimiento del principio de la *autonomía ética* de la persona, a cuyo tenor el Estado no ejerce ninguna tutela sobre ella, lo cual es básico para entender la idea de responsabilidad penal; por el otro, pues significa el reconocimiento de la *indemnidad personal*, lo cual es fundamental para poder entender la determinación de la pena, que —de esta manera— se convierte en un instrumento llamado a asegurar el tratamiento igualitario y digno del ser humano<sup>7</sup>. En fin, concibiéndolo así se logra desarrollar de mejor manera en el ámbito penal el contenido de los artículos 1º, 5º, 12 y 16 de la Carta Fundamental que, como se sabe, incluyen ambos aspectos a la hora de desarrollar el llamado “principio de principios”, en tributo de lo cual se le coloca a la cabeza del título preliminar<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Véase, *verbi gratia*, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 33 y ss.

<sup>5</sup> Sobre ello, véase a FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, 1982, págs. 339 y ss.; VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., págs. 253 y ss., y bibliografía citada por ambos.

<sup>6</sup> Así lo reconoce la Corte Constitucional: “Ha habido una constitucionalización del derecho penal porque tanto en materia sustantiva como procedimental, la Carta incorpora preceptos y enuncia valores y postulados —particularmente en el campo de los derechos fundamentales— que inciden de manera significativa en el derecho penal y, a la vez, orientan y determinan su alcance. Esto significa entonces que 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 puniendi* 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” (véase sent. C-038 de 1995).

<sup>7</sup> Véase a BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al derecho penal*, págs. 28 y 29.

<sup>8</sup> Así, por lo demás, lo ha destacado la sentencia de la Corte Constitucional, núm. C-239 de 1997: “La Constitución establece que el Estado colombiano está fundado en el respeto a la dignidad de la persona

En el artículo 2º se reproduce el principio de la integración que, por razones de tipo metodológico y dado que se trata de redactar la espina dorsal del futuro Código desde una perspectiva filosófica, ha debido ser incluido al final del título preliminar, para reafirmar que este se rige acorde con las directrices propias del llamado “bloque de constitucionalidad”<sup>9</sup>; el texto aprobado es el siguiente: “Las normas que sobre derechos humanos se encuentren consignadas en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código”.

Así mismo, el artículo 3º se dedica a los “Principios de las sanciones penales”, señalando que ellas —penas y medidas de seguridad— se deben imponer atendiendo a los postulados de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad<sup>10</sup>, y se añade que el principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan<sup>11</sup>; por supuesto, si se trata de señalar las normas que rigen la actividad punitiva del Estado, se ha debido denominar el artículo como *Justificación de las sanciones penales*, pues no parece coherente llamar “principios” —en un título dedicado, precisamente, a los postulados orientadores del derecho punitivo— a los criterios erigidos por la doctrina penal para justificar la punición penal, desde el ángulo de las concepciones legitimadoras<sup>12</sup>.

humana; esto significa que, como valor supremo, la dignidad irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos, los cuales encuentran en el libre desarrollo de la personalidad su máxima expresión. El principio de la dignidad humana atiende necesariamente a la superación de la persona, respetando en todo momento su autonomía e identidad”. También, en sent. T-465 de 1996, dijo: “El principio de la dignidad no es solo una declaración ética, sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades; es consecuencia un valor fundante y constitutivo del orden jurídico y de los derechos fundamentales, que se expresa en el respeto a la vida y a la integridad física de los demás; es un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce solo a un ámbito policivo o penal; también compromete el deber de las autoridades y de los particulares de no maltratar ni ofender ni torturar ni infligir tratos crueles o degradantes a las personas por razón de sus opiniones, creencias, ideas políticas o filosóficas, pues cualquier acción contraria desconoce el derecho a la igualdad”.

<sup>9</sup> Este postulado ha sido entendido por la Corte Constitucional, así: “El bloque de constitucionalidad, estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la Constitución, sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias” (véase sent. C-191 de 1998). Otras sentencias que se han pronunciado sobre el asunto, son las siguientes: C-225, C-423 y C-578 de 1995; C-135 de 1996; C-040, C-358, y C-467 de 1997.

<sup>10</sup> Dice el texto: “Art. 3º.—Principios de las sanciones penales. La imposición de la pena o de la medida de seguridad responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad”.

<sup>11</sup> En el trámite propio del segundo debate en el Congreso, se añadió el inc. 2º. “Cfr. *Gaceta*, núm. 63, pág. 13; también *Gaceta*, núm. 126, pág. 2.

<sup>12</sup> Véase, por ejemplo, a ROXIN, *Iniciación al derecho penal de hoy*, págs. 24 y ss.; FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 252 y ss.

De todos modos, parece evidente que de la previsión emerge el llamado *principio de necesidad*, cuya importancia ha sido destacada por la doctrina contemporánea<sup>13</sup>. Así mismo, el artículo contempla otro supremo límite a la actividad punitiva del Estado, el *principio de proporcionalidad*<sup>14</sup>, gracias al cual —desde la época de la Ilustración— se afirma que las sanciones penales tienen que ser moderadas, adecuadas a la infracción a la ley penal, de tal manera que a cada delito se imponga la calidad y la cantidad de la pena adecuada; obvio es decirlo, este apotegma está íntimamente vinculado con los de lesividad y de culpabilidad, que también se infieren del articulado, pues de ambos se desprenden las dos supremas pautas de tasación punitiva: el grado de injusto y el grado de culpabilidad.

Naturalmente, ambos principios se acentúan cuando se insiste en la idea de *racionalidad*, siguiendo las directrices propias del postulado de humanidad y evidenciando que la imposición de la sanción penal debe enmarcarse dentro de los linderos propios de una organización social democrática y participativa (véase Preámbulo y art. 1º de la Const. Pol.).

También, el artículo 4º se ocupa de las “funciones” de la pena, e indica: “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción

<sup>13</sup> Véase a FERRAJOLI, *op. cit.*, págs. 465 y 466: “Justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el principio de necesidad exige que se recurra a ella solo como remedio extremo... Si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su ‘absoluta necesidad’ son, a su vez, las *prohibiciones mínimas necesarias*, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal”.

<sup>14</sup> Véase a GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *op. cit.*, pág. 289: “El principio de proporcionalidad rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplando este en su significado global. Tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo (que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito) y el judicial (las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de este). Complementa, por tanto, las exigencias del principio de culpabilidad que, en sí mismo, no garantiza la necesaria proporción entre el delito y la pena”. Por ello, aludiendo a este apotegma, ha dicho la Corte Constitucional en la sent. C-239 de 1997, lo siguiente: “En un Estado social de derecho las penas tienen que guardar una razonable proporcionalidad con el grado de culpabilidad del acto, y no solo con la gravedad material y objetiva de la lesión al bien jurídico”; también, mediante sent. C-285 de 1997, ha indicado: “En un Estado de derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera”.

social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”, con lo cual se le da prevalencia a las finalidades de corte preventivo por encima de cualquiera otra acorde con el modelo constitucional<sup>15</sup>.

Por supuesto, para evitar la confusión entre dos planos distintos: el de la realidad (del ser) y el axiológico (del deber ser), se ha debido hablar de los *finés de la pena*—no de las *funciones*— para indicar el objeto o motivo que preside la aplicación de la misma, o el “significado del acto de castigar tanto para el propio condenado como para la sociedad que castiga”<sup>16</sup>; el inciso 2º, por su parte, se ha debido destinar a los *finés de las medidas de seguridad*, que aparecen en el artículo 5º de manera independiente<sup>17</sup>.

Tal confusión<sup>18</sup>, se observa ya desde la expedición del Código Penal de 1980 en cuyo artículo 12 se habla tanto de los *finés* como de las *funciones* de la pena y la me-

<sup>15</sup> En tal sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional: “La función de la pena debe examinarse en el momento estático de su descripción legislativa y en el dinámico de su efectiva aplicación. En el primero, la pena cumple una función preventiva (para que los asociados se abstengan de realizar el comportamiento delictivo so pena de incurrir en la imposición de sanciones), mientras en la segunda, la potestad punitiva del Estado se hace presente mediante la imposición de la pena en concreto, con la represión que implica castigar efectivamente, con el rigor requerido, aquellos delitos abominables” (sent. C-565 de 1993).

También, ha expresado: “La pena, en un sistema como el nuestro, tiene como fin asegurar la convivencia pacífica de todos los residentes en Colombia, mediante la protección de los bienes jurídicos de que son titulares las personas. Por ello, se ha consagrado no solo para castigar al sujeto activo del delito, para procurar su readaptación, sino también para prevenir las conductas socialmente reprochables y proteger a la sociedad de su posible ocurrencia. Es así como el Código Penal, en su artículo 12, señala que ‘La pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora’” (sent. C-026 de 1995).

En otra oportunidad dijo: “Durante la ejecución de las penas debe predominar la búsqueda de la resocialización del delincuente, ya que esto es una consecuencia natural de la definición de Colombia como un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social, sino buscar su reinserción en el mismo. Por ello, es lógico que los instrumentos internacionales de derechos humanos establezcan esa función resocializadora del tratamiento penitenciario... en el aspecto sustancial de la dignidad humana, se concentra gran parte del debate moderno sobre la función resocializadora de la pena y del sistema penal en general. La función resocializadora del sistema penal adquiere relevancia constitucional, no solo desde el punto de vista fundamental de la dignidad, sino también como expresión del libre desarrollo de la personalidad humana. La función de reeducación y reinserción social del condenado, debe entenderse como obligación institucional de ofrecerle todos los medios razonables para el desarrollo de su personalidad, y como prohibición de entorpecer este desarrollo. Adquiere así pleno sentido la imbricación existente entre la dignidad, la humanidad en el cumplimiento de la pena y la autonomía de la persona, en relación todas con la función resocializadora como fin del sistema penal” (véase sent. C-261 de 1996).

<sup>16</sup> Véase a GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *op. cit.*, pág. 68, siguiendo a JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 4ª ed., 1993, pág. 56.

<sup>17</sup> El tenor es el siguiente: “Art. 5º.—*Funciones de la medida de seguridad.* En el momento de la ejecución de la medida de seguridad operan las funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación”.

<sup>18</sup> La idea de *función* tiene el significado de operación o de acción dirigida a un fin susceptible de ser realizado (lo que es); mientras que el concepto de *fin* hace referencia al intento o mira, o sea a la finalidad en su aspecto subjetivo, como término de una cierta intención, pero que puede ser también diferente del término al cual esa intención se dirige en realidad (lo que debe ser). Estas acepciones, entre otras, en ABBAGNANO, *Diccionario de filosofía*, págs. 556 y 576. sobre ello, con lucidez, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, *op. cit.*, págs. 322 y 323.

didada de seguridad. Desde luego, las dificultades planteadas por el asunto no desaparecen con la unificación de la terminología consignada en el nuevo Código, que ha preferido hablar solo de las *funciones* (el papel que en una determinada estructura ocupa la sanción penal) en dos artículos distintos—aunque el equívoco también apareció en otros artículos como el 61, inc. 3º—, lo que se puede prestar a dificultades adicionales<sup>19</sup>.

Por otra parte, el artículo 6º se dedica al apotegma de legalidad<sup>20</sup> que está mal ubicado porque, si existe alguna jerarquía entre los principios elevados al rango de normas rectoras, acorde con los postulados propios de un derecho penal garantista<sup>21</sup>, debió preverse al lado del apotegma de humanidad, en el artículo 2º; además, la redacción es incompleta, pues no cobija a cabalidad las diversas garantías penales que emergen del axioma<sup>22</sup>.

Se ha debido, pues, hacer énfasis en las *garantías substantivas*, al afirmar que la ley penal tiene que ser escrita, estricta, cierta y previa, cobijando tanto el supuesto de hecho como las consecuencias jurídicas de la norma penal. Igualmente, en las *garantías procesales*, dado que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal previo, y la norma penal solo puede ser aplicada por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función; lo cual equivale a desarrollar, de manera sucinta, el postulado del debido proceso legal vertido en el artículo 29 de la Carta, haciendo hincapié en uno de los postulados basilares del mismo: el juez natural<sup>23</sup>. Y, finalmente, en las ga-

<sup>19</sup> Hablar de las “funciones de la pena” implica, necesariamente, una concepción teleológico-funcionalista en el campo de la teoría del delito. Sobre ello, BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción...*, *op. cit.*, pág. 66.

<sup>20</sup> En el Senado, no obstante, se le hicieron algunos retoques a la propuesta original: “Art. 6º.—*Legalidad.* Las descripciones típicas y las sanciones penales estarán contenidas en leyes vigentes y previas a la realización de la conducta punible. *La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.* La ley permisiva o favorable posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. *Ello también rige para los condenados.* Igual criterio se aplicará cuando los organismos encargados de unificar la jurisprudencia nacional varíen su jurisprudencia”. La analogía solo se aplicará en materias permisivas”.

Los resaltos corresponden a los textos introducidos por el Senado y aprobados por la comisión primera, al darle el primer debate al Proyecto (véase *Gaceta del Congreso*, núm. 10, pág. 1).

El texto fue sugerido por los ponentes para segundo debate en el Congreso, que lo acogió aunque el tópico atinente a la favorabilidad por cambio de jurisprudencia fue objetado por el presidente de la república, por entenderlo contrario a la Carta Fundamental (véase *Gaceta del Congreso*, núms. 63, págs. 13, y 126, pág. 2), y, finalmente ha desaparecido del texto tras su aprobación final.

<sup>21</sup> Con razón ha dicho la doctrina que este axioma es el supremo límite formal al ejercicio de la potestad punitiva del Estado: “Constituye el primer principio limitador del *ius puniendi* estatal. Pero se trata, fundamentalmente, de un límite ‘formal’ porque afecta no tanto al contenido mismo del poder punitivo del Estado como a sus presupuestos y condiciones de ejercicio. Las diversas garantías que entraña esta *Magna Charta* del ciudadano (*Lex previa, lex certa, lex scripta, lex stricta*) trazan el marco de actuación de aquel, sus contornos y fronteras” (Véase a GARCÍA PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, pág. 231).

<sup>22</sup> Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., *op. cit.*, págs. 264 y ss.

<sup>23</sup> El debido proceso ha sido entendido por la Corte Constitucional, como sigue: “El derecho fundamental al debido proceso en materia penal, constituye una limitación al poder punitivo del Estado, en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegu-

rantías de ejecución penal, al tenor de las cuales no puede imponerse pena ni medida de seguridad sin un adecuado tratamiento penitenciario y asistencial; sin tratamiento humanitario; sin resocialización, tal como debe suceder en una organización social presidida por la idea de dignidad del ser humano, a la hora de imponer las sanciones penales. Así se habría logrado armonizar de mejor manera el artículo 6° con los artículos 1° y 12 de la Carta Fundamental.

En el artículo 7° se regula el axioma de igualdad, en los siguientes términos: “La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política”. No obstante, este artículo ha debido ubicarse en una disposición posterior (en el art. 10), con postelación a la noción de conducta punible, a la que debieron preceder los principios del acto, de taxatividad, de lesividad y de culpabilidad, no consagrados con la propiedad y la claridad deseables.

Así mismo, en el artículo 8° se ha vertido la prohibición de doble incriminación en términos bastante parecidos a los contenidos en el Código de 1980; esta disposición, que fue objeto de cambios de redacción en el tránsito del Proyecto por el Senado<sup>24</sup>, ha debido colocarse como artículo 11 después del apotegma de igualdad.

Igualmente, el artículo 9°<sup>25</sup> prevé la noción dogmática de la conducta punible coincidente, a grandes líneas, con los desarrollos de la moderna ciencia penal alemana, esta vez acompañada de una escueta y genérica referencia a la causalidad. Sin embargo, téngase en cuenta, el texto contiene un inciso 3°<sup>26</sup> —que debió ser el segundo—, de

rar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, u otros derechos que puedan verse afectados. Las aludidas garantías configuran los siguientes principios medulares que integran su núcleo esencial: legalidad, juez natural o legal, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la defensa (derecho a la asistencia de un abogado, a presentar y controvertir pruebas, a oponer la nulidad de las obtenidas con violación del debido proceso, y a impugnar la sentencia condenatoria), debido proceso público sin dilaciones injustificadas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” (véase sent. T-039 de 1996).

<sup>24</sup> En el primer debate se reemplazó la propuesta original por otra similar a la contenida en el art. 9° del C. P. de 1980: “Cosa juzgada. El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por el juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por la misma conducta, aun cuando a este se le dé una denominación distinta” (véase *Gaceta*, núm. 10, pág. 1). No obstante, en el segundo debate se volvió a la propuesta original pero con un agregado, en su parte final, que se subraya: “Art. 8°.—Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado, salvo lo establecido en los tratados internacionales” (véase *Gaceta*, núm. 63, pág. 14; también *Gaceta*, núm. 126, pág. 2).

<sup>25</sup> La redacción inicial es la siguiente: “Art. 9°.—Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica y antijurídica”.

<sup>26</sup> Así se acordó en el Primer Debate dado en el Congreso: “Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la existencia de causales de ausencia de responsabilidad” (véase *Gaceta*, núm. 10, pág. 1).

muy buena factura, al tenor de la cual es indispensable constatar en los injustos realizados por los sujetos que puedan llegar a ser considerados como inimputables, la existencia de causales de ausencia de responsabilidad, con lo cual se busca evitar odiosas formas de responsabilidad objetiva en este ámbito, y se abren las puertas para interesantes desarrollos teóricos ya insinuados por la doctrina y la jurisprudencia nacionales. Naturalmente, esta disposición debería aparecer en el artículo 5° una vez enunciados los fines de las sanciones penales.

Desde luego, después de la noción dogmática de conducta punible se debió consagrar el principio del acto o del hecho, advirtiendo que no hay comportamiento punible sin conducta humana manifestada exteriormente, y que al hombre se le castiga por lo que hace y no por lo que es, a cuyos efectos se debió destinar el artículo 6°<sup>27</sup>.

Así mismo, el artículo 10°<sup>28</sup> al introducir una redacción en la que se confunde la categoría de la tipicidad con el principio de taxatividad o de determinación<sup>29</sup>, que fuera objeto de algunas enmiendas en lo tocante a los delitos de omisión<sup>30</sup>, ha debido dar plena cabida al postulado de taxatividad, comprendiendo tanto el supuesto de hecho como las consecuencias jurídicas de la norma penal completa, en armonía con el principio de legalidad. A esta norma rectora se debió dedicar el original artículo 7°.

Igualmente, el artículo 11 al aseverar que “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal”, que también confunde la categoría dogmática

<sup>27</sup> De esta manera se habría desarrollado de mejor manera el texto constitucional que, de forma amplia, da cabida a este apotegma como lo ha dicho la sent. C-239 de la Corte Constitucional: “El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa’. En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Desde esta concepción, solo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. El derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual solo puede llamarse acto al hecho voluntario... Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad”.

<sup>28</sup> Dice así: “Art. 10.—Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos penales que tengan como fundamento la infracción a un deber, este deberá estar consagrado y claramente delimitado en la Constitución Política o en la ley”.

<sup>29</sup> Sobre ello, PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, pág. 3.

<sup>30</sup> En la Comisión Primera del Senado se aprobó la siguiente modificación al inc. 2°: “En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley” (véase *Gaceta*, núm. 10, pág. 1); y así ha quedado desde el primer debate dado al Proyecto en la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes (véase *Gaceta*, núm. 432, pág. 22).

de la antijuridicidad con el postulado de lesividad<sup>31</sup>, se ha debido emplear para regular el axioma en mención afirmando que la intervención penal solo se llevará a cabo cuando sea imprescindible para la protección de los bienes jurídicamente protegidos, amén de que la pena se tasa atendiendo a la gravedad del injusto cometido, cosa que no se hizo aunque cabe inferirlo del inciso 3° del artículo 61 de nuevo estatuto cuando alude a “la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado”. Por supuesto, esta disposición se debió trasladar al artículo 8°, a continuación del axioma de taxatividad, precisando su alcance de cara a los tipos de peligro abstracto previstos en la parte especial y que, por supuesto, no quedan comprendidos en ella.

También, siguiendo la secuencia de la noción dogmática de la conducta punible, el Código regula en el artículo 12 la última categoría de la misma confundiéndola con el principio que lleva igual nombre<sup>32</sup>, aunque —por todo lo ya dicho— debió incluir este apotegma en el artículo 9° haciendo referencia a sus dos consecuencias más importantes: la erradicación de la responsabilidad objetiva —recuperada para el texto después del tránsito legislativo en la Cámara de Representantes— y la tasación de la pena, atendiendo al grado de culpabilidad, como concibe la doctrina dicho axioma<sup>33</sup>.

Por supuesto, a continuación se debieron consignar los principios de igualdad (art. 10), prohibición de la doble incriminación (art. 11), integración (art. 12), y fuerza normativa de las normas rectoras (art. 13).

De todas maneras, debe destacarse cómo el proyectado Código Penal ha logrado empotrar —siguiendo al Código de 1980— la noción de conducta punible dentro del

<sup>31</sup> Mal denominado como *principio de antijuridicidad* por la propia Corte Constitucional que, no obstante, ha indicado que emana de todo el entramado de la Carta: “Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (C. P., art. 4°) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que este tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o ‘prohibición de exceso’, deducido jurisprudencialmente de los arts. 1° (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales)” (véase sent. C-070 de 1996).

<sup>32</sup> Reza así: “Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”. Como se recordará la propuesta original contenía un agregado del siguiente tenor que fue incluido, finalmente, en el núm. 11 del art. 32: “Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta”.

<sup>33</sup> Véase a JESCHECK, *Tratado...*, op. cit., pág. 19: “Del principio de culpabilidad se infiere, de un lado que la pena presupone en todo caso culpabilidad, por lo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*), y de otro, que la pena tampoco puede superar la medida de la culpabilidad (*medición de la pena respetando el límite máximo de la culpabilidad*)”; también JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts*, pág. 23. Al respecto, ha dicho la sent. C-239 de la Corte constitucional: “El principio de que no hay acción sin culpa, corresponde a la exigencia del elemento subjetivo o psicológico del delito; según dicho principio, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción sino es el fruto de una decisión; por tanto, no puede ser castigado si no es intencional, esto es, realizado con conciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer. De ahí que solo pueda imponerse pena a quien ha realizado culpablemente un injusto”.

título preliminar, lo que le da una jerarquía superior a la de las demás normas contenidas en el estatuto y permite, sin duda, una elaboración teórica acorde con los dictados propios del derecho penal liberal.

### 3. EL DOLO, LA CULPA Y LA PRETERINTENCIÓN COMO FORMAS DE CONDUCTA

Del mismo modo, el nuevo Código Penal en discusión se adscribe a una sistemática de la conducta punible para la cual el contenido de la voluntad del agente, la finalidad, es un problema a examinar en la categoría de la acción, como carácter genérico de la noción de conducta punible. En efecto, así se desprende de las previsiones contenidas en el título III, capítulo único.

En primer lugar, el artículo 19 dice que “*las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones*”, aunque en relación con esta última modalidad de infracción a la ley Penal cabe expresar que el texto está llamado a quedarse en el papel, no solo porque se incorporan las contravenciones penales existentes al texto del Código, sino también porque se derogan las demás, con lo cual la división mentada pierde su razón de ser<sup>34</sup>.

Así mismo, en segundo lugar, el artículo 21 afirma que *la conducta es dolosa, culposa o preterintencional*, incluyendo de nuevo la preterintención como tercera forma de comportamiento punible<sup>35</sup>; esta última figura ha sido heredada de la legislación italiana, que suele concebirla como una forma de culpabilidad anclada en la responsabilidad objetiva<sup>36</sup> y ha debido abolirse<sup>37</sup>, máxime que no aparece con tales alcances en la dogmática de otras naciones como Alemania, Austria, España, etc., donde los problemas planteados por esta construcción, se resuelven en la práctica acudiendo a las teorías del dolo o de la imprudencia, sin que los estudiosos la echen de menos. Además,

<sup>34</sup> El proyecto de Código, pues, al igual que sus predecesores —el C. P. de 1980, los proyectos que le antecedieron, y el C. P. de 1936—, olvida consagrar un libro tercero dedicado a las contravenciones como era el querer de los legisladores de 1936 y 1980, siguiendo el modelo del C. P. ital. de 1930, en su libro tercero intitolado *Delle contravvenzioni in particolare*, arts. 650 y ss. Un sistema similar prevé el C. P. esp. de 1995 en su libro III, denominado *Faltas y sus penas*, arts. 617 y ss.

<sup>35</sup> Esta especie de conducta, había sido eliminada del texto en la ponencia para primer debate en la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes, con el siguiente argumento: “La preterintención, como forma de imputación subjetiva, ha sido duramente cuestionada por la jurisprudencia y por la doctrina, calificándose como un resquicio de responsabilidad objetiva. Por otro lado, las legislaciones modernas, salvo la italiana, prescinden de tal figura en la medida en que el tratamiento de los eventos que la representan pueden ser correctamente solucionados a través del dolo y la culpa. En nuestro medio...resulta una figura superflua en la parte general de un Código Penal” (véase *Gaceta del Congreso*, núm. 432, pág. 6).

<sup>36</sup> Sobre ello, MANTOVANI, *Diritto penale*, pág. 305; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale*, 3ª ed., pág. 584; CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale*, págs. 309 y ss.

<sup>37</sup> Así lo preconizó GALÁN CASTELLANOS, “La teoría del delito en la reforma del Código Penal”, en *La reforma penal en curso*, pág. 35, pretextando las dificultades que ha generado la figura.

de cara al postulado de culpabilidad, no deja de ser problemática esta institución como lo han dicho los estudiosos<sup>38</sup>. En fin, su inutilidad se evidencia todavía más cuando se verifica que ha sido establecida para dos casos particulares (véase art. 105 en concordancia con los arts. 103, 104 y 118).

Acorde con esa clasificación el artículo 22, al definir el dolo en sus diversas modalidades, expresa que “*la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”; así mismo, cuando el artículo 23 se ocupa de la culpa —que ha debido llamarse *imprudencia*, para unificar la terminología y colocar la legislación a la par con la denominación usual en el derecho comparado<sup>39</sup>— establece que “*la conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo*”. Así mismo, el artículo 24 —sin titular— afirma que “*la conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente*”, fórmula igual a la contenida en el artículo 38 del Código Penal de 1980.

De esta manera, el Código prospectado al ubicar el dolo, la culpa —no así la preterintención—, como formas de conducta punible, sean comisivas u omisivas, se adscribe a los recientes cambios legislativos en el derecho comparado<sup>40</sup>, independientemente de si se opta por las de corte neoclásico-finalista, finalista, o funcionalista defendido por recientes concepciones<sup>41</sup>, lo cual también pone en evidencia que se puede partir de cualquiera de los conceptos de acción defendidos por los autores contemporáneos (social, final, personal, etc.)<sup>42</sup>. No parece, entonces, posible afirmar —como ha

<sup>38</sup> El texto ha sido criticado por conducir a la responsabilidad objetiva en este campo: Véase a POVEDA PERDOMO, “Apuntes críticos en torno a los proyectos de reforma del sistema penal colombiano”, en *Alé-Kumá*, núm. 5, pág. 88. Sobre el tema véase la completa y amplia exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. VI, págs. 18 y ss.

<sup>39</sup> Así los arts. 5º, 10, 12, 14, entre otros, del C. P. esp. de 1995; para la doctrina hispana CEREZO MIR, *Curso de derecho penal*, t. II, 6ª ed., 1998, pág. 18; para la doctrina austriaca: BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, págs. 14 y ss. Es la denominación imperante también en el derecho penal alemán (véase a JESCHECK, *Tratado...*, op. cit., págs. 509 y ss.).

<sup>40</sup> Véase C. P. al. de 1969, § 11 (2); C. P. aust. de 1975, §§ 5, 6 y 7; C. P. esp. de 1995, arts. 10 y 12; C. P. port. de 1982 —con la enmienda de 1995—, arts. 13, 14 y 15.

<sup>41</sup> Sobre ello, ROXIN, *Derecho penal*, op. cit., t. I, pág. 201; el mismo, *Strafrecht*, 3ª ed., págs. 152 y ss.; JESCHECK/WEIGEND: *Lehrbuch...*, op. cit., 5ª ed., 1996, págs. 214 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, 2ª ed., 1993, pág. VII.

<sup>42</sup> Véase a ROXIN, *Strafrecht*, op. cit., págs. 185 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENEKNER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 1997, págs. 141 y ss. Desde luego, ello es válido para las naciones que siguen las orientaciones propias de la dogmática alemana, no así para aquellas, que como Francia, han caminado por otros senderos y atraviesan en la actualidad una fase que los expositores califican como “neoclásica” (véase a JEAN PRADEL, *Droit pénal général*, págs. 126 y ss.), denominación que, por supuesto, no coincide con similar fase de la dogmática penal alemana.

sucedido con el Código Penal de 1980— que el dolo, la culpa y la preterintención sean formas o especies de culpabilidad<sup>43</sup>.

Así mismo, cuando los arts. 22 y 23 definen el dolo y la culpa adoptan posturas teóricas a tono con la discusión actual, aunque no exentas de algunos reparos. En efecto, de un lado, parece evidente que la primera parte del artículo 22<sup>44</sup> —similar a la contenida en el artículo 36 del Código Penal de 1980<sup>45</sup>— recoge la noción acuñada por el Finalismo<sup>46</sup> y por la dogmática contemporánea<sup>47</sup>, ya acogida por la doctrina nacional<sup>48</sup>, haciendo alusión al *dolo directo* (de primer o de segundo grado), mientras que la segunda hace referencia al *dolo eventual*. No obstante, cuando —a diferencia del Código de 1980<sup>49</sup>— se asume una noción que pretende definir esta última modalidad a partir

<sup>43</sup> Por ello, se habló de la *teoría de la matrícula*. Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., pág. 331, con referencias. Todavía se afirma que el Código de 1980 es causalista. Cfr. *La reforma al sistema penal*, Procuraduría General de la Nación, 1999, pág. 25.

<sup>44</sup> El texto afirma que “*la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización*”, y añade: “*también será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar*”.

<sup>45</sup> No obstante, según los voceros de la Procuraduría General de la Nación, en el Código de 1980 el conocimiento de la antijuridicidad forma parte del dolo acorde con directrices causalistas, mientras que en el Proyecto original se acoge el finalismo: “El proyecto abandona la llamada *teoría del dolo* propia del causalismo, que entendía el dolo integrado por dos elementos: el conocimiento del tipo (conocimiento de los hechos) y el conocimiento de la antijuridicidad. Acoge la *teoría de la culpabilidad* propia del finalismo, que concibe el dolo como simple conocimiento de los hechos” (véase PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, *La reforma al sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999, pág. 30). Desde luego, no puede admitirse que enfrente a nociones de dolo semejantes quepan dos interpretaciones diametralmente opuestas, dependiendo de si se critica el Proyecto —ahora nuevo Código— o el Código de 1980.

<sup>46</sup> Véase a WELZEL, *Derecho penal alemán*, pág. 95. Se equivocan, pues, los distinguidos estudiosos de la Procuraduría General de la Nación cuando afirman que en el Código de 1980 el conocimiento de la antijuridicidad forma parte del dolo acorde con directrices causalistas, cosa que no sucede en el Proyecto original de nuevo Código: “El proyecto abandona la llamada *teoría del dolo* propia del causalismo, que entendía el dolo integrado por dos elementos: el conocimiento del tipo (conocimiento de los hechos) y el conocimiento de la antijuridicidad. Acoge la *teoría de la culpabilidad* propia del finalismo, que concibe el dolo como simple conocimiento de los hechos” (véase *La reforma...*, pág. 30).

<sup>47</sup> ROXIN, *Strafrecht*, op. cit., 3ª ed., 1997, pág. 365; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, op. cit., 5ª ed., 1996, págs. 293; SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch*, op. cit., págs. 224 y ss., con amplia bibliografía. Distinto, JAKOBS, *Strafrecht*, pág. 261: “dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias”, y bibliografía citada por él. No obstante, la Procuraduría pretende que la única manera de entender el dolo es la de este insular expositor alemán: “La creación del riesgo jurídicamente desaprobado y la realización del riesgo, son elementos del tipo penal. Esto significa que además de la causalidad, la teoría del riesgo integra el tipo objetivo. Por ende, el aspecto cognoscitivo del dolo debe apuntar a todos los elementos que integran el tipo. En consecuencia, el conocimiento ex ante de la peligrosidad de la conducta, la desaprobación del riesgo y la realización del mismo, deben ser abarcados por el conocimiento del autor, para que el hecho pueda serle imputado a título de dolo” (véase *La reforma...*, págs. 37 y 38).

<sup>48</sup> Así, VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., págs. 406 y ss.

<sup>49</sup> Esta fórmula es similar a la contenida en el § 5º (1) del C. P. aust., y equilibra los componentes cognoscitivo y volitivo del dolo. Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, op. cit., 3ª ed., pág. 410; en otro sentido, SOTOMAYOR ACOSTA/GALLEGUE GARCÍA, “El dolo eventual...”, en *NFP*, 60, 1999, págs. 21 y 22, aunque sin hacer ningún aporte significativo a la reforma.

de la idea de peligro no cubierto o asegurado, de tal manera que durante o después de la acción del sujeto deben intervenir la suerte o la casualidad para que el tipo penal no se lleve a cabo<sup>50</sup>, se acoge una postura bastante polémica, que no pocas discusiones ha suscitado en países como Alemania<sup>51</sup>.

Por otra parte, en el artículo 23<sup>52</sup> debe destacarse la introducción de la "infracción al deber objetivo de cuidado"<sup>53</sup> como componente de la noción de culpa, lo cual solo es posible a la luz de los desarrollos propios de las últimas décadas en el ámbito de la teoría de la imprudencia<sup>54</sup>. Sin embargo, el texto presenta el gran inconveniente de hacer girar la susodicha noción en torno al elemento *resultado*, pues el propio articulado del Código —como acontece en la doctrina y en el derecho comparado<sup>55</sup>— prevé tipos imprudentes de mera actividad, como sucede con los artículo 360 en armonía con los artículo 356 (conducta de disparar), 358 (conducta de tener en su poder), 359 (conducta de emplear), entre otros, para darse cuenta de que no exigen resultado alguno<sup>56</sup>; obviamente, la afirmación contenida en el citado artículo 360, en el sentido de que la imputación a título de culpa solo es viable en los casos allí mencionados, cuando "ello sea posible según su configuración estructural", no parece salvar los obstáculos dogmáticos que el asunto plantea.

<sup>50</sup> Se ha sugerido —GÓMEZ PAVAJEAU, "Orientación...", pág. 38— que el Proyecto acoge la teoría del "tomarse en serio" por la que ha propugnado ROXIN (véase *Derecho penal*, págs. 427 y 428). Según esta postura hay dolo eventual "cuando el sujeto cuenta seriamente con la posibilidad de la realización del tipo, pero a pesar de ello sigue actuando para alcanzar el fin perseguido, y se resigna así —sea de buena o de mala gana— a la eventual realización de un delito, se conforma con ella" (ROXIN, *idem*, pág. 427). Lo curioso, desde luego, es que GÓMEZ PAVAJEAU también cite un aparte de una decisión del Tribunal Supremo Federal de 1981, comentada por el autor alemán, acorde con la cual hay dolo eventual cuando el agente "deja al azar el que el peligro por él conocido se realice o no" (*ibidem*, pág. 450); esto es, desde luego, lo que se dice en la fórmula finalmente propuesta que, según el mismo ROXIN (véase pág. 449), es expresión de "los criterios de probabilidad ('peligrosidad extrema') y del dejar que las cosas sigan su curso" (pág. 449).

No obstante, en la Exposición de Motivos del Proyecto se da a entender que se acoge la teoría "del peligro no cubierto o asegurado" de HERZBERG (1988) (véase a ROXIN, *idem*, pág. 443, quien la entiende como una variante de su propuesta) e incluso, también como apoyo doctrinario de la propuesta, se cita a ALBIN ESER y BJÖRN BURKHARDT, *Derecho penal*, págs. 168 y ss. (véase *Proyecto de ley*, pág. 21).

<sup>51</sup> Por ejemplo en Alemania, véase a SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch*, págs. 240 y ss.

<sup>52</sup> Dice así: "La conducta es culpable cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

<sup>53</sup> En esta materia se recoge, sin duda, el aporte de legislaciones penales como la austríaca en su § 6.

<sup>54</sup> Tal como sucede desde la obra de BURGSTALLER, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, págs. 31 y ss.; en contra de incluir este elemento de manera autónoma en los tipos culposos, por entender que es un criterio de imputación objetiva, ROXIN, *Derecho penal*, pág. 999.

<sup>55</sup> Así, por ejemplo, JESCHECK, *Tratado*, pág. 515, mostrando cómo en el derecho alemán vigente hay tipos imprudentes de resultado y de actividad.

<sup>56</sup> El Código ha consagrado las siguientes hipótesis a título de culpa: arts. 109, 110 y 120 en concordancia con los arts. 111 a 119, salvo el art. 118 que alude a una hipótesis de preterintención; art. 121 en concordancia con el art. 110 y con los arts. 111 y ss.; arts. 126 y 136, en concordancia con los arts. 111 a 121, salvo el art. 118 que alude a una hipótesis de preterintención; 333; 339 en concordancia con los arts. 331 y 332; art. 360 en concordancia con los arts. 350 a 359, 400 y 450.

Obvio es decirlo, el entendimiento del dolo, la culpa y la preterintención como formas de conducta punible, permite elaborar la teoría de la tipicidad penal respetando las categorías propias de las construcciones del delito más recientes, como lo muestran los textos del artículo 25 inciso 1°, en armonía con los artículos 21 y 24, el primero de los cuales afirma que "la conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión"<sup>57</sup>. Surgen, así, cuatro estructuras típicas distintas: comisivas dolosas, comisivas culposas o imprudentes, omisivas dolosas, y omisivas culposas o imprudentes, sin olvidar las preterintencionales que serían una quinta estructura típica, teniendo como punto de partida una concepción compleja del tipo penal, como aparece en las exposiciones dogmáticas de hoy<sup>58</sup> y lo ha propuesto un sector de la doctrina desarrollada a partir del Código Penal de 1980<sup>59</sup>.

#### 4. LA CONCEPCIÓN DEL INJUSTO Y DE LA CULPABILIDAD

El Código parte del presupuesto de que el injusto penal está conformado por un doble juicio negativo de valor: sobre el resultado (bien jurídico) y sobre la acción (valores ético sociales), tal como se infiere —entre otras— de las siguientes previsiones.

Por un lado, tiene en cuenta el desvalor de acción al ubicar el dolo, la culpa y la preterintención como formas de conducta (véase arts. 21 a 24) y permite una elaboración compleja del tipo penal; exige el elemento subjetivo en las justificantes, como lo muestra un examen atento de las figuras contenidas en el artículo 32.

Así mismo, consagra el componente subjetivo en la tentativa aunque no prevé expresamente la tentativa desistida —que los redactores infieren del inciso 1° del artículo 27<sup>60</sup>—, salvo la modalidad que se ha dado en llamar como "fracasada"<sup>61</sup> o *malo-*

<sup>57</sup> Esta fórmula tiene precedentes en el C. P. al. § 15; C. P. aust., § 7°; C. P. esp. de 1971, art. 1°, recogido por el C. P. de 1995, art. 1°. Es también el texto del art. 15 de la ley 74 de 1968; y 9° de la ley 16 de 1972.

<sup>58</sup> Por todos, ROXIN, *Strafrecht*, *op. cit.*, pág. 215, con la pretensión de formular un concepto de acción válido para todas las formas de aparición del hecho punible; KÜHL, *Strafrecht*, 2° ed., 1997, págs. 2 y ss.

<sup>59</sup> Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3° ed., págs. 333, 362 y ss.

<sup>60</sup> En efecto, según GÓMEZ PAVAJEAU (*op. cit.*, pág. 35), la figura consagrada en el inc. 2° es el "desistimiento fracasado que se presenta cuando el agente hace todo lo posible por desactivar el peligro pero no lo logra porque otro se le adelantó". La fórmula ha sido duramente criticada por quienes, como los integrantes de la Procuraduría General de la Nación, no han entendido la institución allí plasmada, en la creencia de que se quería prever de manera general el desistimiento (véase *La reforma*, pág. 46).

<sup>61</sup> No obstante, la redacción ha sufrido algunas modificaciones al darle al Proyecto su primer debate como se infiere del art. 27, inc. 2°, en su versión modificada: "cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, cuando voluntariamente haya realizado todos los esfuerzos necesarios para impedir la consumación" (véase *Gaceta del Congreso*, núm. 10, pág. 3); adicionalmente, desapareció el inc. 3° en el cual se disponía: "En todo caso de desistimiento y cuando se trate de delitos progresivos, se impondrá la sanción penal que corresponda a lo ejecutado", con lo cual se daba pie a la punición del delito remanente.

grada<sup>62</sup>; naturalmente, para insistir en este último tema, resulta paradójico que los autores de la fórmula se hayan preocupado más por las modalidades especiales de esta figura y olvidaran la más general, contrariando lo que es usual en el derecho comparado<sup>63</sup>. Ahora bien, la redacción final del aparte que contiene la *tentativa desistida malograda*<sup>64</sup> —después de las modificaciones introducidas en el primer debate dado al Proyecto—, de manera desafortunada, castiga al autor con una atenuante punitiva como lo proponen derroteros doctrinarios hispanos<sup>65</sup> (véase art. 27).

En fin, otra muestra de que se tiene en cuenta el desvalor de acción es la consagración del caso fortuito como causal de exclusión de la acción en el numeral I del artículo 32.

Por otro lado, la nueva legislación penal se afianza en el desvalor de resultado al referirse al principio de lesividad y a la categoría de la antijuridicidad, oportunidad en la cual exige la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado (véase art. 11)<sup>66</sup>. Igual sucede cuando introduce las diversas modalidades de conducta punible; distingue las distintas formas de concurrencia de personas; prevé la tentativa; tiene en cuenta la causalidad que, recuérdese, por sí sola no es suficiente para la imputación del resultado; y regula de manera amplia las diversas justificantes (véase art. 32).

En fin, basta leer atentamente la parte especial para percibir que tanto el desvalor de acto como el desvalor de resultado, son los dos pilares sobre los cuales se asienta el injusto penal en el texto examinado.

Ahora bien, dado que la idea de dolo asumida por el artículo 22 es la propia de la concepción avalorada del mismo, esto es, aquella para la cual el conocimiento de la antijuridicidad es un elemento de la culpabilidad, es indudable que el Código posibilita una postura de corte normativo a la hora de construir la última categoría específica del

<sup>62</sup> Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, págs. 144 y ss.

<sup>63</sup> Así, por ejemplo, el texto contenido en el art. 16.2 del C. esp. de 1995: "Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta". Otros ejemplos los brindan el § 24 del C. P. al. que, incluso, prevé el desistimiento fracasado; el § 16 del C. P. aust., muy similar al anterior; y el art. 24 del C. P. port.

<sup>64</sup> Desde luego, debe precisarse, la propuesta original contemplaba la impunidad para esta modalidad de desistimiento: "Cuando el delito no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe se prescindirá de la sanción penal cuando voluntariamente haya realizado todos los esfuerzos necesarios para impedir la consumación", con lo cual se acogía la misma solución que proponen, por ejemplo, el § 24 del C. P. al. o el § 16 (2) del C. P. aust..

<sup>65</sup> Es esta la postura de MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, op. cit., pág. 152.

<sup>66</sup> Por ello, era y es desacertada la crítica de la Procuraduría General (véase *La reforma...*, pág. 31) cuando pretendió ver una "incongruencia sistemática" en el art. 11 del Proyecto inicial que, en su opinión, debió haberse redactado también desde la perspectiva del juicio negativo de valor sobre la acción, como si no fuera evidente que otras disposiciones de la parte general de dicha propuesta —cosa que se admite— se refieren a él.

concepto de conducta punible en la cual encajan, a más de este componente, la imputabilidad y la exigibilidad de otra conducta. Justamente, del inciso 1° del artículo 33 —en términos bastante similares al artículo 31 del Código Penal de 1980<sup>67</sup>— se desprende no solo la inclusión del *conocimiento de la antijuridicidad* —fórmula comprendida tanto en la expresión "capacidad de comprender la ilicitud" de dicho artículo, como en el inciso 2° del número 11 del artículo 32— sino también de la *exigibilidad de otra conducta* —plasmada en la locución "capacidad... de determinarse de acuerdo con esa comprensión"—, como componentes de la idea de culpabilidad. No puede, pues, afirmarse que el Código asuma una idea "estrecha" en esta materia<sup>68</sup>, sino todo lo contrario, que parte de una visión amplia de la misma que posibilita —a título de ejemplo— asumir un concepto social-normativo<sup>69</sup> o acudir a la postura de ROXIN<sup>70</sup>, amén de que permite jalonar la teoría de la conducta punible de cara a los desarrollos actuales sin posiciones excluyentes.

## 5. LA DELIMITACIÓN ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Otra de las consagraciones que permite calificar de avanzado el Código —por lo menos en el ámbito que es objeto de estudio en esta sede—, es la correspondiente a las previsiones en materia de concurso de personas en el hecho punible, las cuales pueden ser entendidas a cabalidad a partir del criterio del dominio del hecho ampliamente sistematizado por la dogmática alemana<sup>71</sup>

En efecto, en primer lugar, afirma que "concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes" (véase art. 28); así mismo, en segundo lugar, prevé las diversas modalidades de autoría (directa, mediata, y coautoría) en el siguiente texto: "Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento. Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con

<sup>67</sup> Dice el texto: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta antijurídica no tuviera la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental o desadaptación socio-cultural". En el primer debate en el Senado se cambió la expresión "desadaptación sociocultural" por la de "diversidad sociocultural" (véase *Gaceta*, núm. 10, pág. 3); por su parte, los ponentes para el segundo debate en el Senado sugirieron nuevos cambios, quedando la fórmula así: "Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio-cultural o *estados similares*" (véase *Gacetas*, núms. 63, pág. 14 y 126, pág. 4).

<sup>68</sup> Así, la Procuraduría: "*Una concepción estrecha de la culpabilidad...* no resulta aceptable que el contenido de la culpabilidad se llene con uno solo de sus aspectos, pues esto implica una visión unilateral de esta categoría del ilícito" (véase *La reforma*, pág. 37). ¿Desde luego, "concepción estrecha" no es la del Proyecto inicial, sino la de los comentaristas que claman por una noción autoritaria como la de "falta de fidelidad al derecho" o la de "infidelidad al derecho", como lo pretende JAKOBS recordando a sus autores de cabecera: ¡los penalistas del nacionalsocialismo!

<sup>69</sup> Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 549.

<sup>70</sup> Véase a *Strafrecht*, op. cit., 3ª ed., págs. 724 y ss.

<sup>71</sup> Sobre ello, véase a ROXIN: *Autoría y dominio del hecho...*, págs. 79 y ss.

división del trabajo criminal atendiendo la (*sic*) importancia del aporte” (véase art. 29, inc. 1º)<sup>72</sup>.

Es más, en tercer lugar, consagra una interesante fórmula destinada al *actuar por otro*<sup>73</sup> encaminada a dotar a los funcionarios judiciales de mejores herramientas para luchar contra la criminalidad organizada, sobre todo aquella que se escuda tras el manto de las personas jurídicas o entes colectivos sin tal atributo, sin tener que acudir a la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>74</sup>. El texto es el siguiente: “También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado” (véase art. 29, inc. 3º).

Así mismo, en cuarto lugar, incluye como modalidades de participación criminal la determinación —noción no exenta de dificultades y que algunos entienden en un sentido amplio para cobijar, incluso, la instigación<sup>75</sup>— y la complicidad, advirtiendo que ellas solo son posibles en la conducta típica y antijurídica de otra persona que actúa como autora, con lo cual se acoge la tesis de la accesoriadad limitada, como es de usan-

<sup>72</sup> Con esta redacción queda erradicada la posibilidad, en la que insistieron algunos críticos del Proyecto original, de incluir en la fórmula la llamada “coautoría impropia” (véase a HERMAN GALÁN CASTELLANOS, “La teoría del delito en la reforma del Código Penal”, en *La reforma penal en curso: ¿Avance o retroceso?*, Memorias, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional, 1998, pág. 35), esto es, aquel engendro dogmático al tenor del cual habría coautoría sin la presencia del aspecto subjetivo, desconociéndose el alcance de los principios de acto y de culpabilidad. En este sentido, ponencia para el primer debate en la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes, en *Gaceta*, núm. 432, pág. 7. El precedente más remoto de esta figura se remonta a la providencia de la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia de diez de mayo de 1991, publicada en *NFP*, núm. 55, Bogotá, Edit. Temis, 1992, págs. 111 y ss.

<sup>73</sup> La figura ha sido tomada de los códigos penales contemporáneos: alemán (§ 14), español (art. 31), Portugués (art. 12), y el peruano (art. 27). Ya GALÁN CASTELLANOS: “La teoría del delito...”, *op. cit.*, pág. 35, había clamado por su introducción, aunque citando —¡como si estuviese vigente!— el art. 15 bis de la legislación hispana derogada en 1995; para el derecho español, por todos, QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual...*, *op. cit.*, págs. 638 y ss.; para el derecho alemán, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, CRAMER/ESER/STREE, *Strafgesetzbuch*, págs. 208 y ss.

<sup>74</sup> En contra la Procuraduría General, *La reforma...*, págs. 39 y 46. No obstante, ya esta forma de responsabilidad se había plasmado en las leyes 365 de 1997 —que introdujo el art. 61A en el Código de Procedimiento Penal y que, pese a que los comentaristas de la Procuraduría lo olvidan (véase págs. 51 y ss.), se mantiene en el art. 64 del Proyecto de Código de Procedimiento Penal— y 491 de 1999. Sobre ello, VELÁSQUEZ, en *DPC*, núm. 62, págs. 31 y ss.; en el derecho español: BACIGALUPO, *La responsabilidad penal*, págs. 26 y ss. Naturalmente, el derecho penal colombiano está muy lejos —sobre todo por las cortapisas constitucionales— de plasmar un sistema que permita introducir con amplitud la responsabilidad penal de las personas jurídicas al estilo de la que impera en Francia (véase a PRADEL, *Droit pénal général*, págs. 659 y ss.).

<sup>75</sup> Así lo ha entendido la doctrina argentina partiendo del texto del Código Penal de aquella nación (véase a ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. V, págs. 311 y ss.).

za en la dogmática contemporánea<sup>76</sup>; así se desprende del artículo 30 en sus tres primeros incisos<sup>77</sup>. Obviamente, con una normatividad así confeccionada se puede sostener —como lo hace gran parte de la actual teoría del delito— que la participación criminal solo puede concebirse de forma dolosa en un hecho doloso, sin que sea posible la participación culposa en hechos dolosos y la participación culposa en hechos culposos<sup>78</sup>.

Por supuesto, resulta reprochable desde el punto de vista político-criminal equiparar la pena del determinador a la del autor como lo hace el artículo 30 inciso 2º, siguiendo las pautas de la legislación de 1980, pues habría sido aconsejable introducir una atenuante facultativa en estos casos, para preservar los principios del acto y de culpabilidad.

Así mismo, en quinto lugar, es de importancia la consagración contenida en el inciso 4º del artículo 30, en cuanto prevé una pena atenuada para el *extraneus* que intervenga en la realización de conductas típicas que exijan una calidad especial en el sujeto activo, lo cual soluciona un evidente vacío legislativo del Código de 1980 que ha obligado a la jurisprudencia a acudir a la figura de la complicidad para castigar esos comportamientos. El texto es del siguiente tenor: “Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

Ahora bien, en sexto lugar, para referirse a un tema afín al expuesto, debe decirse que después de la confusa fórmula contenida en el artículo 61 del Proyecto inicial destinada a regular la “comunicabilidad de circunstancias” —que era copiada del artículo 60 del Código Penal español de 1944 retomado por el artículo 65 del Código de 1995<sup>79</sup>—, el texto aprobado ha logrado introducir una previsión más clara y menos

<sup>76</sup> Sobre ello, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER/ESER/STREE, *Strafgesetzbuch*, *op. cit.*, pág. 400.

<sup>77</sup> Reza así: “Son partícipes el determinador y el cómplice. Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad”.

<sup>78</sup> Así lo sostuvo, sin embargo, la Procuraduría General partiendo del art. 30 de la propuesta original: “El proyecto no sigue en este aspecto las tesis del finalismo, porque al regular la participación permite el favorecimiento imprudente de conductas dolosas; además, la complicidad y la determinación imprudentes en los delitos culposos” (véase a *La reforma...*, *op. cit.*, pág. 32).

<sup>79</sup> Sobre ello, véase a QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual...*, págs. 719 y ss; VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios al Código Penal*, vol. I, págs. 378 y ss.; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, págs. 27 y ss. El modelo español, según apunta el autor acabado de citar (véase pág. 28, contrariando a JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, *op. cit.*, t. VI, pág. 610, para quien se inspira en los arts. 76 y 77 del C. P. fr. de 1810), parece tener sus orígenes en los arts. 76 y 77 del Código Penal napolitano que, para una mejor ilustración, es bueno transcribir: “Artículo 76. Las circunstancias personales que agraven la pena de un cómplice o de uno de los autores del crimen, o que los eximan de responsabilidad, no aprovecharán ni perjudicarán a los restantes”.

“Artículo 77. Las circunstancias materiales que agravan la pena de un crimen solo perjudicarán a los autores o cómplices que tuvieron conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación real para el crimen”.

problemática al disponer: "Comunicabilidad de circunstancias. Las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter personal que concurren en el autor de la conducta no se comunican a los partícipes, y solo serán tenidas en cuenta para agravar o atenuar la responsabilidad de aquellos que las hayan conocido. Las circunstancias agravantes o atenuantes de índole material que concurren en el autor, se comunicarán a los partícipes que las hubieren conocido en el momento de la planeación o ejecución de la conducta punible".

## 6. LA MODERNA TEORÍA DE LA OMISIÓN

Otro de los logros del Código, llamado a contribuir a la modernización de la teoría de la conducta punible que se edifique a partir del texto, es el avance en materia de la concepción de la omisión, cuyas bases ya ha sentado el Código de 1980 (véase art. 21), siguiendo las directrices de las construcciones alemanas<sup>80</sup> y del derecho comparado<sup>81</sup>, recogidas por la doctrina nacional<sup>82</sup>. En efecto, del artículo 25 se infieren no solo los diversos componentes de la figura típica omisiva, sino que también se indican, a nuestro modo de ver no necesariamente de manera taxativa, los eventos en los cuales concurre la posición de garante<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Véase a KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, págs. 91 y ss. Para una exposición de la teoría de la omisión en la doctrina actual, véase a JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch...*, op. cit., 5ª ed., 1996, págs. 598 y ss., 613 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal*, 5ª ed., págs. 291 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, "La omisión impropia...", en *Estudios de derecho penal*, págs. 257 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, págs. 3 y ss.

<sup>81</sup> Así, entre otros, el C. P. al., § 13 y el C. P. aust., § 2º. La fórmula colombiana va más allá de las acogidas por estos Códigos —sobre todo de la contenida en el art. 11 de la legislación española que, pese a enumerar dos situaciones genéricas, se muestra como bastante anticuada—, pues señala las hipótesis en las cuales se configura la posición de garante.

<sup>82</sup> Véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 3ª ed., págs. 444 y ss.

<sup>83</sup> Al texto original se le introdujeron diversas modificaciones. En primer lugar, en la comisión primera del Senado, se le adicionó un *parágrafo* del siguiente tenor: "En tratándose de los numerales 2, 3, 4 y 5 solo tendrán efecto para la ley penal respecto de los delitos que atenten contra la vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexuales" (véase a *Gaceta del Congreso*, núm. 10, pág. 2). Luego, en segundo lugar, en la ponencia para primer debate en la comisión primera constitucional de la Cámara de Representantes, se cambió la redacción para introducir el texto final: "Art. 25.—*Acción y omisión*. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

"Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

"Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

"1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

"2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.

"3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.

Observado el texto se infiere que el *sujeto activo* debe tener *posición de garante*, para cuya configuración se emiten diversas pautas en los cuatro ordinales que coinciden, en buena parte, con los que la doctrina contemporánea ha elaborado; naturalmente, dichos modelos deben ser objeto de cuidadosa depuración doctrinaria y jurisprudencial.

Así mismo, se consagra como elemento de dichas figuras *la ausencia de realización del mandato*: "Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo...", redacción que al mismo tiempo incluye *el resultado, la causalidad hipotética* —igual se deduce del artículo 9º— y *la posibilidad de realizar la acción ordenada* (que se desprende de la expresión "estando en posibilidad de hacerlo"), como elementos de la figura típica. El elemento *de la ausencia de realización del mandato*, también se infiere del artículo 10, inciso 2º en el cual se dice: "En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley".

Así las cosas, el Código Penal asume una concepción mixta en lo atinente a las pautas para señalar la posición de garante, pues, por un lado, afirma que debe estar consagrado en la Constitución o en la ley (criterio formal); y, por el otro, indica en que casos procede luego de acoger con toda claridad la teoría de las funciones<sup>84</sup> de la siguiente manera: "... se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo". De esta manera, entonces, se intenta desarrollar la Carta Fundamental en sus artículos 1º, 6º, 49, párrafo 5º; y 95, párrafo 3º número 2, donde se desarrolla el principio de solidaridad social<sup>85</sup>.

Además, parece prudente la limitación de las posiciones de garantía mencionadas en la disposición solo a los delitos contra la vida y la integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales, como se dice en el *parágrafo* respectivo.

"4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

"*Parágrafo*. Los numerales 1, 2, 3 y 4 solo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales" (véase *Gaceta*, núm. 432, pág. 25).

<sup>84</sup> Véase a KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, págs. 283 y ss., quien fue el primero en sistematizar el asunto; SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE/LENCKNER/CRAMER/ESER, *Strafgesetzbuch*, págs. 192 y 193; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, pág. 265; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, pág. 621; WESSELS, *Strafrecht...*, pág. 214.

<sup>85</sup> La trascendencia de este postulado ha sido destacada por la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional: "El mismo artículo 1º de la Constitución, en concordancia con el artículo 95, consagra la solidaridad como uno de los postulados básicos del Estado colombiano, principio que envuelve el deber positivo de todo ciudadano de socorrer a quien se encuentra en una situación de necesidad, con medidas humanitarias. Y no es difícil descubrir el móvil altruista y solidario de quien obra movido por el impulso de suprimir el sufrimiento ajeno, venciendo, seguramente, su propia inhibición y repugnancia frente a un acto encaminado a aniquilar una existencia cuya protección es justificativa de todo el ordenamiento, cuando las circunstancias que la dignifican la constituyen en el valor fundante de todas las demás".

## 7. LA TEORÍA DEL ERROR

Sin duda, otro de los logros del Código es el atinente a la forma como se ha previsto la concepción del error en su artículo 32, que contiene una enumeración de las causas de exclusión de la responsabilidad penal, en todos los estratos del hecho punible<sup>86</sup>, en sus números 10 a 12<sup>87</sup>. Desde luego, del texto se desprenden las siguientes modalidades de error, sin que se utilice la contradictoria expresión de *convicción errada* heredada del Código Penal de 1980<sup>88</sup>.

En primer lugar, eventos en los cuales el agente obra con *error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica* (núm. 10, inc. 1°); esto es, el error de tipo invencible.

En segundo lugar, casos en los que el autor actúa con *error invencible de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad* (núm. 10, inc. 1°). Esta consagración, sin duda, alude a una de las modalidades del error de prohibición indirecto, esto es, al llamado error de tipo permisivo invencible que el texto aprobado —siguiendo las directrices propias de la teoría limitada de la culpabilidad<sup>89</sup>— trata para efectos punitivos como el error de tipo.

Así mismo, en tercer lugar, situaciones en las cuales el sujeto activo de la conducta obra con *error invencible de su licitud*. (véase núm. 11, inc. 1°), lo cual sucede cuan-

<sup>86</sup> La inclusión de las causales básicas —la enunciación no es taxativa— de exclusión del hecho punible en sus diversos estratos (acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) en una única disposición, al estilo del modelo español (véase art. 20 del C. P. de 1995, art. 20 y C. P. de 1972, art. 8°), parece saludable y posibilita un buen desarrollo dogmático. Para el derecho español, véase a QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual*, págs. 451 y ss. También, debe recordarse, es el modelo acogido por el art. 20 del C. per. de 1991.

<sup>87</sup> Rezan así: "Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: ... 10.—Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

"Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

"11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

"Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta.

"12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente" (véase Gaceta del Congreso, núm. 432, págs. 23 y 24).

<sup>88</sup> Véase a VELÁSQUEZ en *NFP*, núm. 19, pág. 310, nota 43: "'error'" y 'convicción' son dos conceptos claramente diferenciables no solo desde una perspectiva lingüística o gramática, sino psicológica y filosóficamente...el origen de la locución se remonta a la rectificación que propusiera el comisionado REYES, a la ponencia muy técnica de GAITÁN MAHECHA, en el seno de la comisión redactora del A-74, según la cual debía hablarse de 'creencia errada e invencible', que en proyectos posteriores se convirtió en 'convicción errada e invencible', la misma que hoy se encuentra instalada en el art. 40".

<sup>89</sup> La fuente de la fórmula colombiana, en lo atinente al error de tipo permisivo, parece ser el § 8° del C. P. aust.

do el agente actúa en un error de prohibición invencible, trátese del directo o de las restantes modalidades del indirecto: error sobre los límites o sobre la existencia de una causal de justificación.

En cuarto lugar, hipótesis en las cuales el agente actúe con *error vencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica* (núm. 10, inc. 2°). Se hace referencia, pues, a los errores de tipo vencibles.

Así mismo, en quinto lugar, sucesos en los cuales el sujeto activo de la conducta obra con *error vencible de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad* (núm. 10, inc. 2°); esto es, se consagra el error de prohibición indirecto de tipo permisivo vencible, que, como ya se anotó, se asimila al error de tipo vencible.

En sexto lugar, hechos en los cuales el autor de la conducta obra con *error vencible de su licitud* (véase núm. 11°, inc. 2°), con lo cual se da cabida a todas las modalidades restantes de error de prohibición vencible.

En séptimo lugar, situaciones en las cuales el sujeto activo de la conducta obra en una situación de *error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno*, esto es, el llamado error sobre supuesto de hecho más benigno (véase art. 10, inc. 3°)<sup>90</sup>.

Y, para terminar, en octavo lugar, aquellos casos en los cuales el autor actúa por *error invencible sobre una atenuación de la punibilidad* (véase núm. 12), más conocido como error sobre atenuantes.

Obvio es decirlo, de las ocho hipótesis anteriores, son auténticas causas de exclusión de la "responsabilidad penal"<sup>91</sup> las tres primeras en cuanto consagran los errores invencibles; las cinco últimas hacen referencia a las modalidades vencibles o evitables, o a eventos en los cuales el error solo alcanza parcialmente el tipo o la punibilidad. Ahora bien, las situaciones enumeradas en cuarto y quinto lugar son causales condicionadas de exclusión de la responsabilidad penal, pues la conducta llevada a cabo por el agente es punible solo cuando la misma ley penal la prevé a título de culpa o impruden-

<sup>90</sup> Para el derecho comparado véase el modelo consagrado en el § 16 (2) del C. P. al. Desde hace veinte años el profesor NÓDIER AGUDELO BETANCUR, había propuesto la introducción de esta modalidad de error. Véase "El error sobre circunstancias atenuantes o disminuyentes. Sugerencias para la reforma", en *NFP*, núm. 3, pág. 72.

<sup>91</sup> La expresión "responsabilidad" calificada de *penal* no es utilizada en un sentido técnico por el Proyecto de Código que, esta materia, se ha limitado a copiar casi textualmente al legislador hispano; por ello, son válidas las consideraciones de QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de derecho penal*, pág. 453: "El concepto de *responsabilidad criminal* que hemos utilizado no es de naturaleza «dogmática» o doctrinal. Es simplemente, lo que no es poco, un *concepto tradicionalmente empleado por el derecho positivo español*, y que hoy subsiste en el primer párrafo del artículo 20 C. P., para designar aquella situación en la que nada impide aplicar pena" (véase pág. 453). Así las cosas, cabe afirmar que el empleo de tal voz se hace en un sentido amplio para cobijar cualquier evento en el cual no sea posible imponer pena, sea porque se configure una causal de exclusión de la conducta, de la tipicidad, de justificación o de inculpabilidad; no se concibe en un sentido estricto, para el cual es equivalente a palabra *culpabilidad*. Sobre ello, véase a VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, pág. 547, nota 98.

cia, de lo contrario no. La sexta, a su vez, no excluye la responsabilidad penal pero aminora la pena *en la mitad*, no *hasta en la mitad* como lo señalaba el Proyecto original consagrando una férrea postura que recordaba el más ortodoxo finalismo<sup>92</sup>.

En fin, cabe observar que se han consagrado las diversas modalidades de error utilizando fórmulas adecuadas y llamadas a servir de gran utilidad a la hora de administrar justicia; ello representa, sin duda, un avance notable en relación con la legislación de 1980.

#### 8. LA IDEA DE CAUSALIDAD

Así mismo, a diferencia del Código de 1980 que de manera expresa prevé la exigencia de la causalidad (véase art. 21), el texto del Código —sin comprometerse con ninguna postura en particular— reconoce que esta problemática se debe examinar no solo a partir de pautas ontológicas sino normativas. Así se desprende, en efecto, de lo afirmado por el artículo 9º en su primera parte, inciso 2º: “La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”; disposición que deberá entenderse en armonía con los tipos contenidos en la parte especial que, cuando son de resultado, necesariamente aluden a esta figura. Obviamente, esto no significa que la normatividad se haya afiliado de un todo a la concepción de la imputación objetiva, como se afirma<sup>93</sup>, ni —mucho menos— que haya rechazado la tendencia de JAKOBS para dar cabida a la de ROXIN, sino que consagra una fórmula general dentro de la cual tienen cabida diversas elaboraciones: teoría de la equivalencia de las condiciones, teoría de la causalidad adecuada, teoría de la imputación objetiva en sus diversas variantes, etc.<sup>94</sup>; es más, nada impide entender, como ya lo hiciera alguna tendencia del Finalismo, que la imputación objetiva opere como un correctivo más de la teoría de la equivalencia de las condiciones.

<sup>92</sup> El texto encontraba su antecedente en el § 17 del C. P. al., *op. cit.*, que, en caso de vencibilidad del error de prohibición, consagra una atenuante facultativa.

<sup>93</sup> Véase *La reforma...*, Procuraduría General de la Nación, *op. cit.*, págs. 32, 33 y 36. En efecto: “El proyecto, al hablar de condiciones... para la imputación jurídica del resultado”, adopta una teoría de la imputación que solo apunta al segundo nivel, es decir, a la realización del riesgo, dejando de lado los criterios para determinar cuando se encuentra prohibido un comportamiento. Criterios ofrecidos por la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, a través de cuatro elementos: el riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo y la prohibición de regreso” (pág. 37). Por supuesto, mal se puede criticar la propuesta de la Fiscalía, y con ella el texto aprobado, aduciendo supuestos “errores relevantes en su concepción, con graves consecuencias (!) para la administración de justicia y la libertad ciudadana (pág. 33)”, cuando las “graves consecuencias” alegadas penden, más bien, de una concepción emparentada con el peor derecho penal autoritario, como la de JAKOBS, que es asumida por los críticos. Naturalmente, si de discutir los criterios de imputación objetiva en la propuesta se trataba, no se entiende cómo tan notables estudiosos no han captado que los mencionados criterios, si es que se quiere partir de la concepción mencionada, se podrían elaborar a partir de otras disposiciones como, por ejemplo, de los arts. 11, 23, y 25, y no solo del art. 9º del Proyecto, ahora convertido en nuevo Código Penal.

<sup>94</sup> Con razón, pues, afirma GÓMEZ PAVAJEAU: “No significa lo anterior que en el Proyecto se haya consagrado sin más la teoría de la imputación objetiva, habida cuenta de que se habla de ‘imputación jurídica del resultado’; empero, tampoco le cierra las puertas a su desarrollo” (*op. cit.*, pág. 19).

Así las cosas, de la disposición se infiere la idea de causalidad tanto en los hechos de comisión como en los de omisión, para los cuales la doctrina ha construido la categoría de la causalidad hipotética; al mismo tiempo, si se quiere partir de la imputación objetiva, también el estudioso encuentra un fundamento legal para desarrollar su postura.

#### 9. CONCLUSIONES

*Primera.* Examinado el texto del nuevo Código Penal a la luz de los lineamientos básicos en materia de la teoría de la conducta punible, puede concluirse que, a grandes rasgos, se compadece con los desarrollos de la ciencia del derecho penal actual, y se acomoda a las enseñanzas propias de la política criminal y de la criminología.

*Segunda.* Al contrario de lo que han dicho algunos críticos, el estatuto es rico en matices y posibilita —sin matricularse en ninguna corriente en particular— un amplio debate académico sobre los problemas más sobresalientes de este acápite de la parte general, que puede brindar importantes frutos para la administración de justicia.

*Tercera.* Por desgracia, no solo la premura al elaborar el Proyecto original, sino también el desconocimiento de los documentos preparatorios y de las actas que plasman los trabajos realizados, impiden conocer el pensamiento de los asesores que redactaron el texto. Como es obvio, ello dificulta el mejor entendimiento de la reforma e impide interpretarla acorde con el querer del codificador.

*Cuarta.* Así mismo, no puede pensarse que el texto examinado comporte una elaboración completamente distinta a la contenida en el estatuto penal vigente hasta el 2001; por el contrario, es evidente el ánimo de profundizar en el articulado del estatuto de 1980 introduciéndole nuevas figuras y depurando su estructura.

*Quinta.* Tal vez los ámbitos en los cuales se observan mayores aportes son los atinentes a los delitos imprudentes, la omisión, las causales de exclusión de la responsabilidad penal, el concurso de personas en la conducta punible, y la teoría del error, en los cuales se ven importantes logros fruto de la decisiva influencia de la doctrina y de la jurisprudencia nacionales sobre el asunto. Igual sucede con los textos en materia de unidad y pluralidad de acciones, que han clarificado las figuras del delito continuado y del delito masa.

*Sexta.* No empece lo anterior, no es completamente satisfactoria la manera como se concibió el contenido del capítulo dedicado a las normas rectoras de la ley penal colombiana que, por su trascendencia desde una perspectiva filosófica, debe orientar con toda claridad los derroteros de la nueva legislación.

#### 10. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ABBAGNANO, NICOLA: *Diccionario de filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, reimpresión, 1996.

- AGUDELO BETANCUR, NÓDIER: *Documentos para la reforma penal*, Medellín, Edic. Nuevo Foro, 1999.
- “El error sobre circunstancias atenuantes o disminuentes. Sugerencias para la reforma”, en *NFP*, núm. 3, Medellín, Edit. Acosta, 1979, págs. 62 y ss.
- ALIBRANDI, LUIGI: *Il Codice Penale commentato per articolo con la giurisprudenza*, 2ª ed., Piacenza, Casa Editrice la Tribuna, 1993.
- BACIGALUPO, ENRIQUE: *Principios de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Madrid, Akal Editor, 1998.
- BACIGALUPO, SILVINA: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, Bosch, Casa Editorial, 1998.
- BAUMANN, JÜRGEN/ULRICH WEBER/WOLFGANG/MITSCH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., Bielefeld, 1995.
- BOLDOVA PASAMAR, MIGUEL ÁNGEL: *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid, Edit. Civitas, 1995.
- BURGSTALLER, MANFRED: *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht*, Wien, Manzschel Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1974.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN: *Introducción al derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1994.
- CARACCIOLI, IVO: *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Padova, Cedam, 1998.
- CEREZO MIR, JOSÉ: *Curso de derecho penal español*, t. II, 6ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1998.
- ESER, ALBIN/BJÖRN BURKHARDT: *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, trad. de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Madrid, Edit. Colex, 1995.
- FERNANDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982. Hay segunda edición en dos tomos, publicados en 1986 y 1989 por la misma Editorial.
- FERRAJOLI, LUIGI: *Derecho y razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y colaboradores, Madrid, Edit. Trotta, 1995.
- FIANDACA, GIOVANNI/ENZO MUSCO: *Diritto penale*, Parte generale, 3ª ed., Bologna, Zanichelli, 1995.
- FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN: *Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal*, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional, 1998.
- FOREGGER, EGMONT/HELENE BACHNER-FOREGGER: *Strafgesetzbuch*, Wien, Manzschel Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1998.
- FORERO RAMÍREZ, JUAN CARLOS: “Crítica al tratamiento de la omisión en el proyecto de Código Penal”, en *Ámbito jurídico*, año 2, núm. 36, 5 a 18 de julio de 1999, Santa Fe de Bogotá, Edit. Legis, 1999, pág. 4.

- GACETA DEL CONGRESO*, año VII, núm. 139, 6 agosto 1998, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, págs. 1 y ss.
- año VII, núm. 280, 20 noviembre 1998, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, págs. 1 y ss.
- año VIII, núm. 10, 3 marzo 1999, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1999, págs. 1 y ss.
- año VIII, núm. 63, 23 abril 1999, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1999, págs. 10 y ss.
- año VIII, núm. 126, 27 mayo 1999, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1999, págs. 1 y ss.
- año VIII, núm. 432, 11 noviembre 1999, Santa Fe de Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1999, págs. 1 y ss.
- GALÁN CASTELLANOS, HERMAN: “La teoría del delito en la reforma del código Penal”, en *La reforma penal en curso: ¿Avance o retroceso?*, *Memorias*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional, 1998, págs. 22 y ss.
- GARCÍA PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Universidad Complutense, 1995.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Estudios de derecho penal*, Madrid, 3ª ed., Edit. Tecnos, 1990.
- *Ensayos penales*, Madrid, Edit. Tecnos, 1998.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: “Orientación dogmática del Proyecto de Código Penal presentado por la Fiscalía General de la Nación al Congreso de la República”, inédito, ponencia presentada a las XXI Jornadas de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia, Santa Fe de Bogotá, 1999, 46 págs.
- GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR: *La reforma del sistema penal colombiano. La realidad detrás de la imagen. Perspectiva político-criminal*, Santa Fe de Bogotá, Edic. Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- HAFT, FRITJOF: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1992.
- JAKOBS, GÜNTHER: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1993.
- JESCHECK, HANS HEINRICH: *Tratado de derecho penal*, trad. de José Luis Manzanares Samaniego, 4ª ed., Granada, Comares, 1993.
- JESCHECK, HANS HEINRICH/THOMAS WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1975.
- KAUFMANN, ARMIN: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2ª ed., Verlag Otto Schwartz & Co., 1988.
- KÜHL, KRISTIAN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., München, Verlag Vahlen, 1997.

- LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL y otros: *Código Penal*, 2ª ed., Madrid, Mc Graw Hill, 2ª ed., 1998.
- MAIA GONÇALVES, M.: *Código Penal português. Anotado e comentado e legislação complementar*, 12ª ed., Coimbra, 1998.
- MANTOVANI, FERRANDO: *Diritto penale*, Padova, Cedam, 1979.
- MAURACH, REINHART/HEINZ ZIPP: *Derecho penal*, Parte general, trad. de Jorge Boffill Genzch y Enrique Aimone Gibson, t. 1, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1994.
- MAURACH, REINHART/KARL HEINZ GÖSSEL/HEINZ ZIPP: *Derecho penal*, Parte general, t. 2, trad. de Jorge Boffill Genzch, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., Barcelona, PPU, 1998.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, Casa Edit., 1972.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/MERCEDES GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, Parte general, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1998.
- PALAZZO, FRANCESCO C.: *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, Cedam, 1979.
- PAREDES PÉREZ, JORGE MARTÍN: *Para conocer el Código Penal*, Lima, Editora Jurídica Grijley, 1994.
- POVEDA PERDOMO, ALBERTO: "Apuntes críticos en torno a los proyectos de reforma del sistema penal colombiano", en Revista *Alé-Kumá*, núm. 5, año II, neiva, Universidad Cooperativa de Colombia, 1999, págs. 83 y ss.
- PRADEL, JEAN: *Droit pénal général*, 11ª ed., Paris, Edit. Cujas, 1996.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN: *La reforma al sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO/FERMÍN MORALES PRAT/JOSÉ MIGUEL PRATS CANUT: *Manual de derecho penal*, Parte general, Madrid, Edit. Aranzadi, 1999.
- ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho penal*, Parte general, t. I, trad. y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Edit. Civitas, 1997.
- *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 3ª ed., München, C. H. Beck, 1997.
- *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1998.
- *Iniciación al derecho penal de hoy*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.
- SCHÖNKE, ADOLF/HORST SCHRÖDER/THEODOR LENCKNER/PETER CRAMER/ALBIN ESER/WALTER STREE: *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1997.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, Casa Edit., 1986.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO: *Inimputabilidad y sistema penal*, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1996.

- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO/GLORIA MARIA GALLEGO GARCÍA: "El dolo eventual en el Código Penal colombiano: entre limitaciones dogmáticas y exigencias político-criminales", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 60, Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis-Universidad de Antioquia, 1999, págs. 7 y ss.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN: *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Madrid, Akal Editor, 1981.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal*, 3ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- "La responsabilidad penal de los entes colectivos en el derecho colombiano", en *DPC*, núm. 62, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, págs. 31 y ss.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SANTIAGO/JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC: *Comentarios al Código Penal*, 2 vols., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1986.
- WESSELS, JOHANNES: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 27ª ed., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1997.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de derecho penal*, Parte general, t. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982.