

Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín.

LAS CONDUCTAS INOCUAS FRENTE AL CONCEPTO DOGMÁTICO DE DELITO

Para poder afirmar la antijuricidad de una conducta, es indispensable que se configure un daño material. Este postulado adquiere especial trascendencia en tipos penales abiertos, como el consagrado en el art. 370 del C. P., en los cuales esa amplia facultad de complementación que se da al juez, no lo puede llevar a violentar el principio de legalidad, predicando la antijuricidad sin la presencia de un daño material al bien jurídico.

Dr. ANDRÉS FERNANDO NANCLARES A.
Junio 4 de 1986.

El caso fue narrado así por el *ad quem*: "F.C. vive en la calle 50, N°. 76-141, de esta ciudad. L.E.S., a su vez, reside en la carrera 77 A, N°. 49 B-5. El primero de los nombrados, según L.E.S., acostumbra a dejar estacionado en frente de su casa, hasta quince días continuos, su automóvil. Como el comandante de la Cuarta Brigada no permite el parqueo de vehículos en esa zona, continuamente van los soldados a la casa de L.E.S. a solicitarle que retire ese carro de allí.

"Pero como L.E.S. no es el dueño, les ha dado a los soldados las explicaciones del caso. Les ha dicho que ese automotor no es suyo sino de su vecino F.C.

"En vista de los continuos requerimientos de que ha sido objeto L.E.S por parte de los soldados, él se ha sentido molesto con F.C. Por eso, en razón de que F.C. se negó a retirar

el vehículo de allí, pese a las explicaciones dadas, L.E.S. optó en compañía de F.M., por desinflarle las cuatro llantas. F.C., por esta razón, los denunció a ambos por el delito de daño en cosa ajena".

Algunas de las *consideraciones jurídicas* que tuvo en cuenta el despacho fueron las siguientes:

C. La antijuricidad:

Este es el tema que define el meollo del problema jurídico planteado. Para que emerge la plenitud de lo que el despacho quiere sostener, es necesario analizar este punto en consonancia con el ya tratado sobre el tipo objetivo de la conducta.

El art. 370 del Código Penal es uno de los denominados *tipos abiertos*. ¿Por qué motivo? Porque es un tipo que no describe sufi-

cientemente la conducta prohibida. ¿Por qué no es suficiente esa descripción? Porque no establece si la inutilización del bien ajeno, como se vio en el aparte sobre el tipo objetivo, debe ser definitiva o solo momentánea. A este tipo le *falta algo* para dar la real descripción de una acción prohibida. Y por eso, porque el legislador no ha definido *íntegramente* los elementos propios del tipo, es que se denomina un tipo abierto. Es el juez quien debe completar el tipo penal en este caso. Es el juez quien debe definir si la inutilización momentánea de las llantas de un carro se adecua o no a la norma.

(. . .)

Este es un caso típico que demuestra que el efecto indiciario de la tipicidad tiene sus límites. Por principio se dice que el tipo penal tiene un efecto indiciario de la antijuricidad cuando no hay una causa de justificación. O dicho en otros términos: si no hay una causa de justificación, la adecuación de la conducta al tipo penal implica antijuricidad. Esto es lo que se ha llamado el efecto indiciario de la tipicidad. Pero este efecto, como se anotó, tiene sus límites. Uno de ellos es el de la adecuación social de la conducta y otro el de los tipos abiertos.

El juzgado de primera instancia consideró que la acción atribuida a los procesados no tenía relevancia jurídica por su insignificancia. Estimó, pues, que el hecho de desinflar las llantas de un vehículo ajeno no era alcanzado por la descripción del tipo penal contenido en el art. 370 del Código. Dada su insignificancia, para el señor juez de primera instancia este acto era "adecuado socialmente". En consecuencia, consideró justificada la conducta de los procesados. Pero no tuvo en cuenta que la "adecuación social" no constituye justificación.

El problema, cree este juzgado, debe enfocarse, no desde el punto de la "adecuación social", sino desde la perspectiva de los tipos abiertos como uno de los límites del efecto indiciario de la tipicidad. El art. 370 del Cód-

igo Penal no describe suficientemente la conducta prohibida, como ya se dijo. "Inutilizar" un bien ajeno es un elemento que tiene realidad solamente en la conciencia del autor. Pertenece al tipo subjetivo. Para unos puede ser simplemente un daño momentáneo y para otros un daño liso y llano.

(. . .)

Hubo, como ya se vio, un daño formal en la cosa mueble ajena. Y ese daño, como fue momentáneo, no alcanzó la categoría de antijurídico. Lo que equivale a decir que no hubo un resultado antijurídico. Faltando la antijuricidad, no cabe hablar de delito. Se desdibuja su esquema.

En aras de sintetizar su posición, el juzgado expondrá lo siguiente:

Que no resulta ajustado al derecho y a la justicia absolver a los procesados con fundamento en que la insignificancia carece de relevancia social. Lo adecuado a la dogmática jurídica es que el juez, por tratarse de que el art. 370 del Código Penal es un tipo penal incompleto o abierto, puede complementarlo aduciendo que los daños formales y momentáneos no originan la antijuricidad de la acción. La base de esta consideración es la teoría de los tipos abiertos, que ha sido tratada, entre otros, por el profesor JESCHECK en los siguientes términos:

"La teoría de los tipos «abiertos» sostiene que en derecho penal existen tipos de los que no cabe deducir de forma completa, sino solo parcial, los elementos de injusto de la correspondiente clase de delito. El resto debería completarse mediante elementos positivos de antijuricidad situados fuera del tipo. Reciben el nombre de tipos abiertos aquellos preceptos penales «en los que falta una guía objetiva para completar el tipo», de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación del comportamiento prohibido y del permitido con la sola ayuda del texto legal". (*Tratado de derecho penal*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1981, pág. 325.

* Publicamos aquí algunos apartes de la providencia por medio de la cual se puso fin al proceso penal desatado, luego de surtida la segunda instancia.

Esto es lo que se da exactamente en el caso presente. En la práctica es imposible definir si desinflar las llantas de un carro ajeno es un comportamiento que encaja en el art. 370 del Código Penal. El daño causado por la acción no aparece con toda nitidez. Se torna brumosa la existencia de ese elemento esencialísimo del tipo penal. En opinión de este despacho esa lesión fue solo formal. La acción no afectó las llantas en su condición intrínseca. No hubo daño en sentido material sino una simple modificación de la forma del bien ajeno. Pero como de todas formas esa modificación causó un sobresalto en el derecho de propiedad del ofendido, surge el equívoco de su tipicidad. Como el art. 370 del Código Penal no ofrece con claridad los elementos del injusto, en este caso particular debe el juez *completar* el tipo.

(. . .)

El principio de legalidad impide hacer la deducción contraria en el sentido de que ese daño, aunque sea formal e insignificante, de-

be considerarse antijurídico. Si así se procediera, se estaría penando a los procesados por un delito no previsto en la ley penal. El art. 370 del Código Penal, entre su hipótesis de comportamiento, no prevé la modificación o daño formal de la cosa mueble ajena. Y si no lo prevé, lo sensato es presumir que el legislador, al referirse al daño en bien ajeno, tuvo en mente una lesión de índole material y no una modificación de su forma.

Por lo expuesto, entonces, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia por medio de la cual el Juzgado 25 Penal Municipal, el 10 de abril de 1986, *absolvió* a Fredy Robert Mesa y Luis Esteban Saldarriaga por el delito de daño en bien ajeno que se les había atribuido inicialmente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

El juez,

ANDRÉS FERNANDO NANCLARES ARANGO.

El Secretario,

Diego Orozco Grisales.

* * *

COMENTARIO

Mientras que la señora Juez 25 Penal Municipal —en el fallo anterior— fundamenta la absolución en la falta de “incidencia social” de la conducta, por considerarla jurídicamente irrelevante dada su insignificancia, el señor Juez 1° Penal del Circuito la fundamenta en el *daño formal*, en contraposición al *daño material*, que para él en este caso no se produjo. La utilización instantánea de los neumáticos al ser desinflados produjo apenas —dice— un daño en la *forma* del bien jurídico y no en su materia.

Pero la distinción entre daño formal y material es algo extraño en la dogmática, puesto que el daño solo lo divide esta en *real* y *potencial*, entendido el primero como daño efectivo al derecho y el segundo como peligro de daño al mismo. Esto indica que la realización del daño es, sin más, *antijuridicidad material*, algo incompatible con el mal llamado *daño formal*.

En la temática carrariana el delito estaba constituido por la contrariedad de la conducta del sujeto con el ordenamiento jurídico del Estado¹. Con base en ello algunos han dicho que eso es la *antijuridicidad formal*, con poca precisión, porque luego CARRARA explica el daño del delito con diversas y amplias connotaciones².

¹ Programa, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1971, págs. 43 y 45.

² Ídem, caps. IV, V y VI, págs. 109 y ss.

Vendría después la doctrina alemana con su planteamiento de que no basta la antijuridicidad formal sino que es además menester la antijuridicidad material para la incursión en un injusto penal, lo que sin duda hizo retroceder el concepto de la mera violación a la norma positiva —sin daño real o potencial— como fundamento del comportamiento delictivo³.

Tal vez el señor juez hizo la trasposición de términos y entendió que la antijuridicidad formal podía denominarse daño formal, en tanto que la antijuridicidad material se llamaría daño material. Pero mientras que lo último no subvierte flagrantemente el lenguaje de la dogmática, lo primero sí se torna completamente heterodoxo.

La inutilización transitoria de las llantas del vehículo fue en verdad algo real, aunque de reducido grado frente a la escala de lo injusto, de tal suerte que amerite un reproche y una pena. Pero no significa que esa conducta sea conforme al derecho u ontológicamente justa. Es todo lo contrario: es esencialmente injusta porque nadie sin justa causa puede inutilizarle de ese modo el vehículo a otro. A tal punto que puede perfectamente comportar una grave e injusta provocación como fundamento de la atenuante del estado de ira (art. 60 C. P. colombiano), que debe apoyarse sin duda en un injusto material. Otro problema es el de las ofensas recíprocas y el daño que uno de los protagonistas le ocasiona a otro, cuyo manejo no fue objeto de examen en las instancias.

De manera que injusto material sí hay. Empero, al observar el grado de daño se aprecia que su poca significación no alcanza a fundamentar el reproche jurídico-penal necesario para que se pueda imponer una pena. Ello corresponde a los llamados “delitos bagatela” que surgen de pequeños daños que no se compadecen con la pena como última razón del Estado (*ultima ratio*) para contrarrestar la violación más grave del derecho, que se llama delito. El “principio bagatela”, ideado por TIEDEMANN⁴, corresponde al “principio de insignificancia” de ROXIN⁵, o a los denominados “delitos inocuos” que citan otros autores.

Y aunque la señora juez de primera instancia se refiere impropiaemente a la “adecuación social” de la conducta como fundamento de la absolución, puesto que por tal debe entenderse la actividad que, con todo y peligrosa para los bienes jurídicos, se estima apropiada en bien del desarrollo de los pueblos (tráfico automovilístico, aéreo o ferroviario, energía nuclear, procesos febriles, etc.), conforme a los apuntes de WELZEL⁶ y JESCHECK⁷, acierta sin embargo cuando se refiere a la insignificancia.

En efecto, como expresa el señor juez de segunda instancia, el problema no debe enfocarse por la vía de la conducta socialmente adecuada, pues esta no encierra justificación del hecho ni constituye por sí misma una acción formalmente típica.

Es menester, en nuestra opinión, el estudio del injusto típico para mensurar su gravedad o su insignificancia, puesto que el derecho penal no debe ocuparse de fruslerías o bagatelas, que como injustos leves no constituyen delito por su inocuidad.

El mérito de estas providencias radica en la búsqueda de una solución por conducto de la dogmática, herramienta de coherente aplicación del derecho penal, que garantiza la justa seguridad jurídica.

MARIO SALAZAR MARÍN

Magistrado del Tribunal Superior de Medellín
Sala Penal

³ VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, 18ª ed., vol. II, Madrid, Ed. Reus, pág. 336.

⁴ ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, t. III, Buenos Aires, Ediar, 1981, pág. 554.

⁵ *Política criminal y sistema del derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, 1972, pág. 53.

⁶ *Derecho penal alemán*, 11ª ed., Santiago, Ed. Jurídica de Chole, 1970, pág. 83.

⁷ *Tratado de derecho penal*, vol. I, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, pág. 341.