

PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ MARÍA, “Ubicación sistemática de la ‘ausencia de lesividad de la conducta’ en la teoría del delito”, *Nuevo Foro Penal* 97, (2021).

Ubicación sistemática de la “ausencia de lesividad de la conducta” en la teoría del delito¹

Systematic location of the ‘absence of harmful conduct’ in the theory of crime

FECHA DE RECEPCIÓN: 26/07/2020. FECHA DE ACEPTACIÓN: 01/10/2021

DOI: 10.17230/nfp17.97.1

José María Peláez Mejía²

Resumen

El presente artículo científico tiene como objetivo mostrar las diversas soluciones propuestas a nivel doctrinal para los problemas jurídicos derivados de la pregunta atinente a la ubicación sistemática de la “ausencia de lesividad de la conducta” en las diversas categorías dogmáticas y estructurales de la teoría del delito, para luego mostrar cuál es la línea jurisprudencial que la Sala de Casación Penal de la Corte

1 El presente trabajo es un artículo científico producto del proyecto de investigación denominado “*Los principios de justicia implícitos en las causales de justificación (como eventos de atipicidad objetiva) y las causales de exculpación*” financiado por la Universidad Libre de Cúcuta. Así mismo, una investigación más amplia sobre las relaciones entre “imputación objetiva” y “lesividad” puede consultarse en la siguiente obra: PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ MARÍA, *Fundamentos de un Esquema Bipartito del Delito*, 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, 2019.

2 Doctor en Derecho *Summa Cum Laude* de la Universidad Libre de Bogotá. Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica. Magister en Derecho Penal y Procesal Penal. Profesor Titular y Docente Investigador de la Universidad Libre de Cúcuta y ex decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de dicho claustro de estudio. E-Mail: josem.pelaezm@unilibre.edu.co

Suprema de Justicia ha manejado al respecto, proponiendo entonces una solución desde el marco de la imputación objetiva que pueda ser plenamente satisfactoria y coherente con los engranajes constitucionales y legales que rigen para el Derecho Penal y Procesal Penal Colombiano. Para cumplir con dicho objetivo, se utilizaron como métodos de investigación la construcción de líneas jurisprudenciales y el método dogmático.

Abstract

This reflection article aims to show the several proposed solutions at doctrinal level to the legal problems arising from the question pertaining to the systematic location of the "absence of harmful conduct" in various of the dogmatic and structural theory of crime categories, and then show which is the jurisprudential line that the Criminal Cassation Chamber of the Supreme Court has handled in this regard, proposing then a solution from the framework of Objective Imputation that can be fully satisfactory and coherent with the gears of the Constitutional Laws that govern the Criminal Law and Penal Procedures of Colombia. To fulfill this objective, the construction of jurisprudential lines and the dogmatic method were used as research methods.

Palabras clave

Lesividad, imputación objetiva, riesgo permitido, antijuridicidad material, preclusión, atipicidad objetiva.

Keywords

Harmfulness, Objective Imputation, Permitted Risk, Material Unlawfulness, preclusion, Objective Atypicality.

Sumario

1. Introducción: delimitación y génesis del problema jurídico. **2.** Las posturas doctrinales acerca de los conceptos de "lesividad" y "antijuridicidad". **2.1.** El examen de lesividad como principio y no como escaño de análisis de las categorías dogmáticas. **2.2.** La "falta de lesividad" como equivalente de "falta de antijuridicidad material". **2.2.1.** La concepción clásica o tradicional. **2.2.2.** La teoría neoclásica o del tipo de injusto. **2.2.3.** La teoría de los elementos negativos del tipo. **2.2.4.** La teoría de la tipicidad conglobante. **2.3.** La "falta de lesividad" como criterio negativo de tipicidad objetiva. **2.3.1.** La falta de lesividad como un elemento negativo de la tipicidad objetiva por falta de lesión o puesta en peligro efectivo del "bien jurídicamente tutelado" como elemento. **2.3.2.** La falta de lesividad como un elemento negativo de la tipicidad objetiva por falta de imputación objetiva del comportamiento al ser presupuesto de la

misma. **2.3.3.** La ausencia de lesividad de la conducta en el esquema de la Teoría de la Imputación. **2.3.4.** Consecuencias procesales. **3.** La línea jurisprudencial y solución otorgada por la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, al problema jurídico planteado. **3.1.** Diagramación de las distintas posturas jurisprudenciales sobre la ubicación de la lesividad en el esquema del delito. **3.2.** La “ausencia de lesividad” como criterio negativo de la imputación jurídica del resultado (Una posición con mejores efectos prácticos a nivel procesal y mayor coherencia dogmática). **4.** Toma de postura. **4.1.** ¿Por qué la posición jurisprudencial de la sentencia 31362 (13-05-09) resulta ser la dogmáticamente correcta? **4.2.** ¿Cómo podría ser sustentada y asumida esta posición por el ente acusador o el funcionario jurisdiccional, teniendo en cuenta que la postura mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia – en doctrina probable, aunque no unánime – es aquella que considera la falta de lesividad como carencia de “antijuridicidad material”? **5.** Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción: delimitación y génesis del problema jurídico.

Uno de los temas actualmente más debatidos es, sin lugar a duda, la ubicación sistemática de la falta de lesividad³. Y ello es así, no sólo en la praxis judicial y la

3 Por todos Cfr. FERNÁNDEZ, GONZALO D, *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires, B de F, 2004; PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ M, *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*, Bogotá, Colombia, Tirant Lo Blanch, 2019, capítulo 3. En dichos textos, se hace pone de presente que la *ausencia de lesividad* es ubicada en *distintos lugares* dentro del esquema del delito así: (i) por algunos, como *criterio negativo de imputación objetiva* (Vgr. ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal, Parte General*. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal - Trad. - Madrid, Civitas, traducción de la segunda edición alemana, 1997, pp. 366 y ss; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, EDIAR, segunda edición, 2002, pp. 401 y ss); (ii) para otros autores constituye un *principio de interpretación de los tipos penales* y NO un criterio negativo de imputación objetiva o de algún otro elemento del tipo penal (Vgr. JESCHECK, H. y WEIGEND, T, *Tratado de derecho penal. Parte General*, Granada, Editorial Comares, 2014, p. 268; Otto, H, *Manual de Derecho Penal. Teoría general del Derecho Penal*, Barcelona, Atelier, 2017. p. 127); y (iii) un sector más tradicional considera que la ausencia de lesividad es un *criterio negativo de antijuridicidad material*, entendida la “antijuridicidad” como elemento *posterior y diferente* de la “tipicidad” (Vgr. BARRUEZO, R, *Delitos de dominio y de infracción de deber*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2016. p. 279; BUSTOS RAMÍREZ, J, y HORMAZÁBAL MARALÉE, H, *Lecciones de derecho penal parte general*, Madrid, Editorial Trotta, 2006. p. 172).

jurisprudencia⁴, sino también en la doctrina⁵. Además, las implicaciones de asumir una u otra postura, a nivel del derecho procesal colombiano, son muy grandes dado que:

Primero: si se opta por la falta de lesividad como un elemento negativo de tipicidad, al convertir la conducta en atípica, hace que la causal aplicable para la solicitud de preclusión sea exclusivamente la cuarta⁶ del artículo 332 del C.P.P. y no otra, mientras que si se considera equiparable con la falta de antijuridicidad material habría un amplio margen de dudas sobre la causal de preclusión aplicable, ya que no existiría una que encajara totalmente ante dicho fenómeno jurídico así considerado, pudiéndose, verbigracia, argumentar que una conducta típica pero no antijurídica conlleva a una imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia (Art. 332.6, C.P.P.) por cuanto ella sólo se desvirtúa cuando se afirma completamente que el comportamiento ejecutado es "punible" (*típico, antijurídico y culpable; art. 9 C.P.*). No obstante, también es posible aseverar, en sentido distinto, que la causal realmente aplicable ante la carencia de antijuridicidad material por falta de lesividad es la primera del art. 332, y no la sexta, ya que en realidad se presentaría una "*imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal*" (Art. 332.1, C.P.P.)

4 Según se mostrará más adelante que la jurisprudencia ha tenido, por lo menos, 4 posiciones jurídicas distintas en torno a la ubicación de la "*ausencia de lesividad*": **(i)** como un criterio negativo de "*imputación objetiva*" (Vgr. Rad. 32872, 24 de febrero de 2010); **(ii)** como principio limitativo e interpretativo de los tipos penales que exige para todos ellos de la lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídico tutelado (Vgr. Rad. 41800, 17 de julio de 2014); **(iii)** como un elemento negativo de la *antijuridicidad en sentido material* (Vgr. Rad. 51816, 29 de agosto de 2018); y **(iv)** como un "criterio itinerante" que a veces afecta la tipicidad objetiva y otras veces la antijuridicidad en sentido material (Vgr. Rad. 47862, 27 de septiembre de 2017).

5 Para ver una reconstrucción de todas las múltiples ubicaciones posibles que ha dado la doctrina a la *ausencia de lesividad* véase el libro: PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ M, y QUINTERO JAIMES, ROSA A, *Esquemas del Delito. Requisitos para la existencia de una conducta punible*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 99. Allí se evidencia que cuando se trata de **(i)** "*conductas socialmente adecuadas*" la doctrina tiene, al menos, 6 posiciones distintas pues consideran que tales eventos son (a) criterios negativos de imputación objetiva, (b) la contracara del resultado típico como elemento general de todo delito, (c) la faz opuesta de la "afectación al bien jurídico" como nuevo elemento del tipo penal propuesto por algunos autores, (d) un principio de interpretación de los tipos penales, (e) la ausencia de un nuevo elemento del delito llamado el "tipo permisivo", o (f) una causal eliminativa de "antijuridicidad" como penúltimo elemento del delito; **(ii)** si se trata de "*conductas insignificantes*" la doctrina ubica este fenómeno en 7 posiciones distintas con especial énfasis en considerar la "insignificancia" un criterio negativo de antijuridicidad material, para algunos autores, y para otros como un principio interpretativo y limitativo de los tipos penales; y **(iii)** finalmente, respecto a las "*conductas inocuas, inidóneas o inadecuadas para lesionar el bien jurídico*" se evidencia que la doctrina ubica tal fenómeno en 5 distintos lugares similares a los anteriores con especial énfasis en dos: la atipicidad objetiva y la falta de antijuridicidad material.

6 Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal colombiano) Artículo 332. Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: (...) 4. Atipicidad del hecho investigado.

teniendo en cuenta que la Fiscalía General de la Nación únicamente está obligada adelantar el ejercicio de la misma por *“hechos que revistan las características de un delito”* (Art. 250, Const. Pol.), y tan solo son delitos las conductas punibles típicas, antijurídicas y culpables (Arts. 9 y 19, C.P.).

Entonces, ¿qué causal de preclusión se debe aplicar si la falta de lesividad se ubica en el marco de la antijuridicidad? ¿la primera o la sexta? Pareciera que hay buenos argumentos para cada una de las opciones, sin embargo, al no existir una exclusiva causal diseñada para alegar la ausencia de lesividad ello conllevaría cierta inseguridad jurídica, mientras que si se opta por la tesis de *“atipicidad”* la discusión queda zanjada por completo en torno a la causal de preclusión aplicable.

Adicionalmente, nos encontramos con que la propia jurisprudencia de la Sala de Casación Penal ya ha definido el sentido o alcance de tales causales de preclusión (esto es, las ubicadas en los numerales 1 y 6 del art. 332 del CPP), no abarcando la *falta de lesividad* como una de sus posibles hipótesis, lo que dejaría en un limbo jurídico todos aquellos eventos en los cuales no exista una lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídicamente tutelado y se siga un esquema clásico, neoclásico, finalista o ecléctico que persista en mantener, tradicionalmente, la ubicación de tales situaciones como eventos típicos pero carentes de *“antijuridicidad material”*. Al respecto, es relevante recordar lo que ha señalado la Corte Suprema de Justicia sobre las mencionadas hipótesis de preclusión y otras⁷, con el objetivo de poner de presente que través de las mismas *no sería posible* solucionar anticipadamente los hechos ausentes de lesividad que lleguen a conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, encontrándonos con que no existiría otra causal de preclusión aplicable y quedando como única opción la posibilidad de invocar la *“atipicidad del hecho investigado”* (art. 332, numeral 4, del CPP), siempre y cuando *se renuncie* (como es lo correcto, según se demostrará más adelante) a seguir ubicando la lesión al bien jurídicamente tutelado o su puesta en peligro efectivo como un problema de *“antijuridicidad”*⁸, y se decida mejor trasladarlo hasta el marco de la *“tipicidad objetiva”*, más exactamente, de la *“imputación jurídica del resultado”*⁹:

7 Ello se refiere a las demás hipótesis de preclusión, numerales 2, 3, 4,5 del artículo 332.

8 El problema se encuentra en que el propio Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) explícitamente establece lo siguiente: “Artículo 11. Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.”

9 Ley 599 de 2000 (Código Penal colombiano). “Artículo 9. Conducta punible. (...) La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.”

¿Qué causal de preclusión podría invocarse ante la ausencia de lesividad?	Delimitación jurisprudencial del alcance de la causal de preclusión
<p>Causal 1: <i>"Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal."</i></p>	<p>No podría invocarse por cuanto la Corte Constitucional, ha delimitado su alcance mediante sentencia C-920 de 2007 circunscribiéndola a eventos extremos, como la consolidación del término de prescripción de la acción, la muerte del acusado, la despenalización de la conducta imputada, la constatación de la existencia de cosa juzgada, el decreto de una amnistía, la rectificación del escrito injurioso o calumnioso, y en general aquellos eventos susceptibles de verificación objetiva, con potencialidad para extinguir la acción penal. Así mismo, puede surgir como consecuencia de la constatación de circunstancias que indican que la acción penal no podía iniciarse, como podría ser la verificación de la inexistencia de querrela respecto de un delito que exige este presupuesto de procedibilidad.</p> <p>Una interpretación idéntica ha realizado la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Penal al afirmar que, Evidentemente, el numeral primero del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, es una norma en blanco que debe ser llenada con las causales previstas para la extinción de la acción penal, reguladas en los artículos 82 de la Ley 599 de 2000 y 77 de la Ley 906 de 2004, dentro de las que se encuentra la "muerte del procesado", que de forma objetiva e inexorable, genera la imposibilidad de continuar adelante con la acción penal, puesto que se carece en forma absoluta del sujeto pasivo de la misma. (CSJ AP1529-2016, rad. 44.679, 16 de marzo de 2016).</p> <p>Por supuesto, esta hipótesis de preclusión cobija toda forma de extinción de la acción penal y no únicamente la muerte, tales como prescripción, aplicación del principio de oportunidad, amnistía, oblación, caducidad de la querrela, desistimiento, y en los demás casos contemplados por la ley.</p> <p>En consecuencia, la "ausencia de lesividad" no podría quedar comprendida como una de sus hipótesis.</p>

<p>Causal 2:</p> <p><i>“Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal.”</i></p>	<p>Tampoco podría invocarse esta causal ante la falta de lesividad porque la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal la ha circunscrito a <i>“la concurrencia de una causal excluyente de la responsabilidad en orden a las previsiones del artículo 32 del Código Penal”</i> (CSJ AP, 27 ago. 2007, rad. 27873), no encontrándose la falta de lesión o puesta en peligro efectivo al bien jurídicamente tutelado como una de las hipótesis previstas en dicho artículo de la Ley 599 de 2000.</p>
<p>Causal 3:</p> <p><i>“Inexistencia del hecho investigado.”</i></p>	<p>Así mismo, la ausencia de lesividad no encajaría en el sentido otorgado por la jurisprudencia a esta causal de preclusión dado que acorde a la Corte Constitucional, en doctrina sentada mediante sentencia C-920 de 2007, se tiene que <i>“En cuanto a la inexistencia del hecho investigado, hace referencia a una situación fáctica, no jurídica, como cuándo aparece intacto el documento cuya destrucción se atribuyó al procesado.”</i></p> <p>De manera similar explica la Corte Suprema de Justicia que: El hecho a que se refiere la disposición debe entenderse con el alcance de una cosa que sucede como fenómeno natural.</p> <p>Esto, para que tengan cabida y sean de aplicación todas las casuales regladas en el artículo 332. Por tanto, no resulta de buen recibo la inteligencia laxa que el señor defensor pretende darle al concepto para concluir que el “hecho” a que se refiere la disposición debe entenderse como “hecho típico” o “hecho delictivo” o “hecho ilícito” o “hecho prevaricador” (en este caso). (...) En otras palabras, la causal de preclusión se encontraría técnicamente alegada cuando, por ejemplo, los bienes no fueron sustraídos, y se atribuye un hurto, o se pregona un secuestro y se demuestra que la persona voluntariamente huyó de su casa o, en fin, todos aquellos casos en los que objetivamente la conducta básica, acción u omisión, no tuvo ocurrencia objetiva. (CSJ SP9245-2014, rad. 44.043, 16 jul. 2014).</p>

<p>Causal 4:</p> <p><i>"Atipicidad del hecho investigado."</i></p>	<p>Esta causal sí podría ser invocada ante la falta de lesividad, pero <i>únicamente</i> si se traslada la problemática de la <i>lesión al bien jurídico o su puesta en peligro</i> de la "antijuridicidad" a la tipicidad objetiva. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia aun pareciera mantener un concepto tradicional al respecto que ubica la problemática de la lesividad <i>después</i> de la tipicidad y no al interior de esta, afirmando que "<i>es válido entender que cuando el artículo 11 en cita exige, para configurar la antijuridicidad de un comportamiento típico, la puesta efectiva en peligro del bien jurídicamente tutelado</i>" (CSJ SP, 28 nov. 2007, rad.27650), decisión en la que a su vez se cita CSJ SP 15 sep. 2004, rad. 21064. Múltiples reiteraciones: Vgr. SP3202-2018, rad. 49673, 08 ago. 2018). Por ende, para la Corte:</p> <p>la antijuridicidad de la conducta es un elemento estructurante del delito. La afectación del bien jurídico debe ser material y no solo formal, es decir, no es suficiente la simple desarmonía de la conducta con el ordenamiento legal. (...) Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó:</p> <p>Como ha enseñado la Sala¹⁰, para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal). (CSJ SP14190-2016, rad. 40089, 02 nov. 2016)</p>
<p>Causal 5:</p> <p><i>"Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado."</i></p>	<p>Igualmente, acorde al sentido literal de esta causal de preclusión y el sentido otorgado por la Corte Suprema de Justicia, queda claro que la ausencia de lesividad no podría configurar la presente hipótesis configurativa de esta forma anticipada de terminación del proceso penal, pues la misma:</p> <p>supone la presencia de evidencia física o elementos probatorios que trasmitan la certidumbre sobre la total ausencia de compromiso del imputado en el hecho materia de investigación, esto es, que a partir de esos medios de cognición se pueda inferir con suficiente certeza que el indiciado no tuvo ninguna participación, ni como autor, coautor, cómplice o interviniente en la conducta punible, vale decir, que es totalmente ajeno a ella. (CSJ AP, 17 jun. 2009, rad. 31537).</p>

10 Sentencia rad. 16262. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. 18 febrero de 2003. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: Fernando Enrique Arboleda Ripoll.

<p>Causal 6:</p> <p><i>“Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia.</i></p>	<p>Finalmente, tampoco aplicaría esta causal de preclusión en aquellos casos en los que no exista lesividad porque, según la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, la misma implica que:</p> <p>el Ente Acusador deberá acreditar que ha realizado una investigación exhaustiva y que a pesar de ello, no fue posible reunir los elementos demostrativos de la materialidad o de la autoría y responsabilidad del investigado, prevaleciendo la garantía fundamental de la presunción de inocencia y su correlato, el <i>in dubio pro reo</i>. (CSJ AP6363-2015, rad. 42949, 28 oct. 2015).</p> <p>Así pues, para obtener la certeza que requiere esta causal se exige acreditar que: (i) los elementos de convicción hallados no permiten sustentar la acusación -situación entre la que se cuenta, por ejemplo, la imposibilidad de superar el estadio de la duda- y (ii) no es posible obtener otros medios de conocimiento que puedan eventualmente cumplir esa función, o que “ya la investigación fue decantada hasta su límite máximo en lo racional”. (CSJ AP6930-2016, rad. 45851, 05 oct. 2016).</p> <p>Por supuesto, podría considerarse prima facie que la ausencia de “los elementos demostrativos de la materialidad o de la autoría y responsabilidad del investigado” a la que alude la Corte líneas atrás sería, algo así, como una vía de ingreso por <i>duda de cualquiera de los elementos del delito</i> para incluir la “ausencia de antijuridicidad material” (por falta de lesividad). Sin embargo, este camino hermenéutico únicamente <i>habilitaría</i> la posibilidad de pedir preclusión <i>cuando no existieran evidencias</i> acerca de la “antijuridicidad material” del comportamiento, mas no cuando contándose con las mismas se tuvieran suficientes elementos materiales probatorios de los cuales se lograra concluir razonadamente la “ausencia de lesividad”. Además, como ha señalado la Corte¹¹ – aunque refiriéndose a la “atipicidad objetiva” – en la causal 6 de preclusión no se confirma la presunción de inocencia sino que se mantiene la ficción jurídico-constitucional; en otras palabras, es una causal que se habilita <i>no porque la persona sea inocente</i> sino porque, aunque siendo eventualmente responsable, la Fiscalía no logró encontrar como demostrarlo con el grado de conocimiento requerido. En cambio, cuando no existe tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, lo que ocurre es algo distinto: la confirmación de la presunción de inocencia porque aun cuando los hechos estuvieran plenamente demostrados – en nuestra hipótesis – tales hechos no serían lesivos.</p>
--	--

11 Sentencia SP3264-2017, radicado 49710, 08 de marzo de 2017, CSJ, SCP, M.P. José Luis Barceló Camacho.

	<p>Por ello, literalmente, asegura la Corte que en estos casos (refiriéndose a la atipicidad general de la conducta, aunque también <i>mutatis mutandi</i> se podría aplicar a cualquier forma de ausencia de responsabilidad), vemos que, a diferencia de la causal sexta en que no se puede desvirtuar la ficción jurídica, en estos casos la demostración plena de los hechos no lesivos .permitirían concluir que "<i>dicha presunción, por el contrario, quedaría confirmada</i>"¹² .</p> <p>Además, en materia de Derechos Fundamentales la invocación de la causal 6 de preclusión para casos en los cuales <i>no existe lesividad</i> carecería de la contundencia necesaria para la protección de los mismos por cuanto el Consejo de Estado ha señalado con acierto lo siguiente:</p> <p>hay que notar que los derechos fundamentales al buen nombre y a la verdad exigen que el juez no declare la existencia de duda razonable (que es a la que realmente se refiere el principio in dubio pro reo), cuando lo que realmente ocurre es que se ha demostrado la inocencia o que la hipótesis sobre la culpabilidad se sustenta en pruebas endebles o simplemente carece de ellas. Así el estigma social causado por la acusación de alguna manera persiste, perpetuando una situación de sospecha continua, lesiva de los derechos fundamentales¹³ .</p> <p>De esta forma, si se considera la <i>ausencia de lesividad</i> como un evento de "atipicidad objetiva" y no de antijuridicidad material, se podría invocar la causal 4 y no la 6 que, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, logra garantizar de manera más fuerte el restablecimiento del buen nombre porque su inocencia, lejos de no poder ser derrotada por temas contingentes, resultó confirmada completamente.</p>
--	--

12 Ídem.

13 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección "B". Sentencia del 29 de agosto de 2013. Rad. 25000-23-26-000-1999-01959-01(27536). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

Segundo: El tomar una u otra postura, en torno a la ubicación de la lesividad, también tendría importantes repercusiones en la terminación anticipada del proceso penal que se conoce como “archivo de las diligencias” (Art. 79, C.P.P.), ya que la misma se presenta cuando “*la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*”, en el entendido que dicha expresión “*corresponde a tipicidad objetiva*” (C-1154-2005), según la interpretación realizada por la Corte Constitucional, evidenciándose, ante esa situación, que la falta de lesividad – si se ubica en el marco de los criterios negativos de tipicidad – bien podría constituirse en una de las causales generadora del archivo de las diligencias.

Tercero: Finalmente, otra consecuencia importante, esta vez a nivel dogmático, en punto de la ubicación de la lesividad en el esquema del delito, se encuentra en lo relativo a la teoría del error puesto que, si la lesión o puesta en peligro efectivo al bien jurídicamente tutelado hace parte del “tipo penal” su desconocimiento generaría un *error de tipo* que en caso de ser vencible y no existir modalidad culposa generaría impunidad, mientras que si se ancla a la “antijuridicidad” como estadio posterior al “tipo penal”, el desconocimiento de tal lesividad tendría que ser analizado como un problema de “culpabilidad” en la medida en que se trataría de un *error de prohibición* que si es vencible, siempre implicaría la punición del comportamiento, aunque atenuado acorde la rebaja legalmente establecida.

Esto nos lleva a asumir que existen al menos tres problemas jurídicos en torno a dicho tema, que pueden ser formulados de la siguiente manera: (i) *¿La falta de “lesividad” es un elemento negativo de la tipicidad objetiva o de la antijuridicidad?*; (ii) *¿Qué incidencia tendría su ubicación en uno u otro lugar para la aplicación de la institución jurídico-procesal de la preclusión y el archivo de las diligencias?*; y (iii) *¿Cómo afectaría la problemática del error si se ubicara la lesividad como un problema de imputación objetiva?*

Así las cosas, y teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, resulta pertinente de manera inicial poner de presente los 4 grupos de “casos” que suelen ser reunidos por regla general como “conductas carentes de lesividad”:

*Casos de “lesión insignificante del bien jurídico” o de bagatela*¹⁴: Se presentan

14 Roxin es quien desarrolla de manera inicial este grupo de casos bajo la denominación de un rasero interpretativo de tipos penales llamado “principio de insignificancia”. Desde su óptica, este grupo de casos es mejor tratarlos a través de ese principio que como parte integrante de la adecuación social. Cfr. ROXIN, CLAUS, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Francisco Muñoz Conde (Trad.). Buenos Aires, Hammurabi, segunda edición, primera reimposición, 2002, pp. 75 y *Derecho Penal, Parte General*. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal

cuando una conducta, a pesar de encajar "formalmente"¹⁵ en alguna de las descripciones típicas de la ley penal, posee un desvalor del acto o del resultado insignificante o mínimo¹⁶, que no llega a producir una afectación relevante¹⁷ para el bien jurídicamente tutelado. Se podrían incluir como ejemplos los siguientes: hurtar en un supermercado un confite¹⁸ o un caldo de gallina Knorr¹⁹ (Arts. 239 y ss. del C.P.), las lesiones personales en virtud de malos tratos levisimos como lo sería un empujón²⁰ o el rasguño en una mejilla producto de un puñetazo²¹ (Arts. 111 y ss. del C.P.), la venta ambulante de un DVD no original²² o de algunos libros fotocopiados²³ (Arts. 270 y ss. del C.P.), estafas en virtud de engaños mínimos dados en el ámbito de la publicidad de productos²⁴ (Arts. 246 y ss. del C.P.), injurias en virtud de expresiones denigrantes al interior de la familia²⁵ (Arts. 220 y ss. del C.P.), la realización de juegos de azar con apuestas muy pequeñas²⁶ (Art. 312 del C.P.), y tráfico o porte ilegal de estupefacientes por llevar cantidades de estupefacientes que superan en muy pequeña medida la dosis personal permitida o donar a un amigo

(Trad.). Madrid, España, Civitas, traducción de la segunda edición alemana, 1997, pp. 296.

- 15 Cfr. FERNÁNDEZ, GONZALO D, *Bien jurídico y sistema del delito*, Buenos Aires, B de F, 2004, pp. 163.
- 16 Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Valencia, Tirant Lo Blanch, segunda edición, 2013, pp. 341.
- 17 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal, Parte General*. Medellín, Comilibros, cuarta edición, 2009, pp. 606.
- 18 Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo III, La Tipicidad*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2005, pág. 664 y también JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.). Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1995, pp. 68.
- 19 Ver. <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/hombre-robo-cubo-de-caldo-podria-pagar-hasta-6-anos-de-articulo-353160>
- 20 Cfr. LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Op. Cit. pp. 342.
- 21 Cfr. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. pp. 606.
- 22 La Sentencia de Audiencia Provincial (SAP) proferida en Barcelona-6ª 28-7-2006. Citada en nota al pie de página por: LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. pp. 342.
- 23 Ver. Sentencia 31362 (13-05-09), CSJ, SCP, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.
- 24 Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte General*, Barcelona, Reppertor, 9ª edición, 2011, pp. 530.
- 25 Cfr. ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General*. Op. Cit. pp. 296.
- 26 Cfr. Ídem, pp. 296.

su dosis²⁷ (Art. 376 del C.P.), entre otros.

Casos “socialmente adecuados”: Se trata de todas aquellas conductas que aun cuando implican riesgos que no son nada despreciables ni mínimos (porque si así fuera quedarían inmersos en el anterior grupo de casos) no resultan lesivas para los bienes jurídicamente tutelados por el legislador penal. De esta manera, quedarían comprendidas dentro de este espectro de casos dos tipologías de comportamientos²⁸: (i) *Conductas riesgosas inherentes al funcionamiento de la vida social*: A este grupo pertenecen todas aquellas conductas que pese a entrañar un riesgo de lesión a bienes jurídicos, el mismo se encuentra anclado inevitablemente a la interacción de los seres humanos. Es decir, que tales peligros mínimos habrán de ser tolerados – y en efecto lo son – si se desean mantener funcionando los contactos sociales y las actividades implícitas a ellos. Como ejemplos claros de este punto tendríamos²⁹: la privación de la libertad – secuestro simple – en la participación en medios de transporte colectivos, así cuando una persona al subirse a un bus equivocado desea bajarse del mismo y el vehículo decide no parar hasta llegar al próximo paradero a pesar de que expresamente el pasajero le solicita la detención del mismo (Art. 168 del C.P.)³⁰ y las lesiones efectuadas en el desarrollo de una actividad deportiva, presentándose adecuación social de aquellas lesiones dolosas o culposas que se producen en el ejercicio por ejemplo de un partido de futbol (Art. 112 del C.P. y ss.)³¹. Habrá de aclararse que todos estos supuestos tiene sentido analizarlos en la adecuación social, siempre y cuando no se hayan ya resuelto por

27 Cfr. En Colombia: Sentencia 18609 del 8 de agosto de 2005. Sentencia 4612 del 16 de abril de 2006. Sentencia 23609 del 1 de febrero de 2007. Sentencia 28195 del 8 de octubre de 2008. Sentencia 31531 del 8 de julio de 2009. Sentencia 35978 del 17 de agosto de 2011, y AP801-2014(43184), Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, entre otras y Sentencia C-491 de 2012, Corte Constitucional, Colombia. En España también lo ha interpretado así la jurisprudencia según. LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Op. Cit. pp. 178.

28 Se sigue libremente la clasificación que al respecto realiza RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 245 y ss. Para mayor profundización sobre el tema de imputación objetiva ver nuestra monografía: BARAJAS CONDE, DIEGO JAVIER, PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ MARÍA Y SILVA REYES, ANDRÉS A. *Significado, Alcance y Criterios de Imputación Objetiva. Estado de la cuestión doctrinal y jurisprudencial*. Cúcuta, del Centro Seccional de Investigaciones de la Universidad Libre de Colombia. 2013, pp. 264 y ss.

29 Los casos que a continuación se enumeran los extraemos (adaptados a los tipos penales colombianos) en RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, *La Teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, ya citado, a partir de la página 252.

30 Cfr. RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, op. Cit., p. 252.

31 Cfr. RUEDA MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, op. Cit., pp. 267 y ss.

medio de las normas pre-jurídico-penales³² o pre-jurídicas³³; y (ii) *Conductas de clara irrelevancia jurídica*: Es decir, aquellos comportamientos que no le interesan al derecho penal careciendo de la entidad suficiente para considerarse que se presenta desvalor de la acción o del resultado. Así, por ejemplo, tendríamos que cabrían en este grupo de casos el enviar de paseo a alguien, pedir un taxi para un amigo que se va, o regalar un tiquete de avión a una persona; todas estas conductas con el objetivo de matar a tales individuos (Art. 103 del C.P.). Pero acá también estarían cobijados los regalos que se realizan a carteros en navidad o a un funcionario de la rama judicial (los cohechos de los arts. 406, inc. 2 y 407 del C.P.), por cuanto el significado social de esas actividades no lesivas hace que ante el derecho penal

32 A este primer criterio de determinación del riesgo pertenecen aquellas actividades sobre las cuales existe una regulación jurídica expresa establecida por el legislador o la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo. Por ende, el quebranto de dichos límites constituye per se un riesgo jurídicamente desaprobado ya que la limitación del mismo implica que lo queda por fuera de su marco es una conducta normativamente prohibida. Por ejemplo, las actividades reguladas por el Código Nacional de Tránsito, etc. Se sigue en este sentido a FRISCH, WOLFFANG, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo (Trad.) Barcelona, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, pp. 106 y ss.

33 En este caso el riesgo se encuentra delimitado ya no por el legislador sino más bien por regulaciones o reglamentos que ciertas organizaciones societarias, laborales o similares han elaborado en torno a la ciencia, técnica o actividad peligrosa. En el mundo de la dogmática penal pertenecen a este grupo la *lex artis*, las "normas de cuidado", las reglamentaciones preventivas de riesgos, etc. Así mismo es importante señalar, como ya lo hiciera Jakobs que lo prohibido por estas normas no es más que un indicio de la naturaleza no permitida del riesgo porque contrario a lo que la ley establece, estas normas pre-jurídicas del riesgo no contienen valoración vinculante alguna. Por ende, el intérprete al evaluar un caso concreto deberá aparte de analizar si ha existido violación de la disposición pre-jurídica efectuar el juicio de proporcionalidad descrito líneas atrás para llegar a la conclusión final de si el actor creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado. Se sigue igualmente en este sentido a FRISCH, WOLFFANG, *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*, Op, Cit. pp. 106 y ss.

resulten irrelevantes³⁴. Otros claros ejemplos serían³⁵: el uso de uniformes, insignias o indumentaria de uso privativo de la fuerza pública en un carnaval (Art. 346 del C.P.) y el servir bebidas alcohólicas, no obstante, los riesgos que de ello se derivan. Sin embargo, tal y como defendimos en otro lugar³⁶, aunque algún sector doctrinal considere que varios o todos los casos anteriormente enumerados encajan en la adecuación social, es necesario excluir de tal figura aquellos que se subsumen en “ausencias de responsabilidad autónomas” (por ejemplo, causales de justificación como el ejercicio de una actividad lícita, prevista en el art. 32.5 del CP en la que encajarían las actividades deportivas del boxeo, el rugby y similares) o que constituyan “riesgos permitidos reglamentados” (como lo es, vgr., la conducción de un vehículo o una aeronave). Además, jurisprudencialmente, la Corte considera, en general, la adecuación social un criterio de imputación muy “discutible” por su “elasticidad”, por la preponderancia de lo sociocultural sobre lo jurídico, por el hecho de que nunca podría haber una costumbre contra legem y por la inocuidad del criterio al poder ser reconducida a otras causales de ausencia de responsabilidad³⁷.

34 Al respecto se dijo en PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ M, *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*, op. Cit., p. 266 y ss que “el Derecho Penal no puede convertir en delito lo que quiera, ni tampoco obviar la historia y el sentir de un pueblo. Ir en contravía de las costumbres, deseos y orientaciones de la mayoría implicaría generar mayores fracturas a la sociedad de las que se pretenden evitar con el proceso de criminalización. Son por estas razones que al legislador le queda vedado y lo mismo al aplicador de la norma, criminalizar comportamientos que la sociedad considera adecuados, buenos y loables, aunque quizás puedan llegar a tener una doble lectura moral. Por ejemplo, los pequeños obsequios de navidad que un abogado litigante regala a los empleados de un juzgado podrían moralmente admitir una lectura reprochable o admirable al tiempo. Para algunos, puede representar un actuar cuya intención sea corrupta y busque únicamente lograr que sus intereses terminen siendo favorecidos. Sin embargo, para otros, puede representar el actuar natural de una persona altruista y generosa que acorde sus convicciones – piénsese religiosas – busca cerrar su año con bendiciones al compartir con los otros algo de lo que recibió durante el mismo. Pero en todo caso, lo cierto es que en la mayoría de países dicha práctica es muy común y se encuentra “socialmente tolerada” por la comunidad, evidenciándose que inclusive en algunas latitudes es “esperada” por el gremio de los funcionarios y alabada por la generalidad de las personas. En consecuencia, si se judicializara y castigara penalmente por cohecho a todos los empleados de un juzgado y al abogado litigante por el suceso irrefutable de que éste último le obsequió a cada uno de ellos para finalizar el año un pan navideño, se terminaría vulnerando el contenido material del principio de lesividad, porque se habría criminalizado una conducta socialmente adecuada que la comunidad no desea ni necesita reprimir, afectándose a su vez los principios de fragmentariedad y prohibición de exceso o proporcionalidad, pues se causarían mayores sacrificios o costos sociales que beneficios, convirtiendo el actuar del Estado en un comportamiento de facto completamente ilegítimo que lo podría desestabilizar.”

35 Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Volumen primero*, Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde (Trad.), Barcelona, España, Bosch, Casa Editorial, S.A., 1981, pp. 343.

36 Ver. PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ M, *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*, op. Cit., p. 279 y ss.

37 Sentencia de radicado 50525, 04 de diciembre de 2019, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Casos en los cuales los medios empleados en la conducta son carentes de idoneidad para lesionar el bien jurídico, "inocuos" o "inidóneos": Se presenta cuando los medios empleados para la comisión del ilícito carecen de la aptitud necesaria para lesionar el bien jurídicamente tutelado. Así pues se tienen como ejemplos los siguientes³⁸: buscar un homicidio a través de una cantidad demasiado escasa de veneno (Art. 103 del C.P.), dispararle a una persona buscando matarla con un arma que otra persona había descargado secretamente (Art. 103 del C.P.), pretender el aborto con medios ineficaces (agua) o sobre una mujer no embarazada (Art. 122 del C.P.), dispararle a un cadáver (Art. 103 del C.P.), intentar hurtar a una persona metiendo la mano en un bolsillo en el que jamás hubo dinero (Arts. 239 y ss del C.P.) y porte ilegal de un arma totalmente inservible³⁹ (Art. 365 del C.P.).

2. Las posturas doctrinales acerca de los conceptos de "lesividad" y "antijuridicidad".

¿Es la lesividad un principio o una categoría dogmática? Y, además, ¿se relaciona de alguna manera con la teoría del bien jurídico o son expresiones sinonímicas que en últimas designan lo mismo? Pues bien, comenzando con la segunda pregunta es importante distinguir el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos de la lesividad*⁴⁰, por cuanto a partir del primero se establece el "contenido" de la protección, esto es, *qué se protege*, mientras que con la segunda se determina la "razón de ser" o el *porqué* de la tutela jurídico-penal de dichos bienes, delimitando a su vez *lo que se debe prohibir* (en el momento legislativo) y *castigar* (en el momento interpretativo y aplicativo del derecho penal; es decir, en la fase jurisdiccional). En consecuencia, aun cuando en la actualidad la lesividad y la expresión "bienes jurídicos" son términos que se asocian con tal frecuencia que parecieran fundirse en un solo, lo cierto es que son distintos y autónomos al punto que en una dogmática donde no imperase la *Teoría del Bien Jurídico* de todas formas subsistiría la *lesividad* bajo el axioma de *nulla lex poenalis sine iniuria*, pues este término de "*iniuria*" que

38 Los ejemplos son tomados de WELZEL, HANS, *Derecho Penal, Parte General*, Carlos Fontán Balestra, editor, Buenos Aires, Roque Depalma, pp. 195 y ss. Sin embargo, se aclara, muchos de ellos también podrían, eventualmente, encajar en riesgo insignificantes para el bien jurídico.

39 Ver Sentencia 21064. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 15 de septiembre de 2004. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez 21064 y Sentencia 32004. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 21 de octubre de 2009. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.

40 Cfr. PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ M, *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*, op. Cit., p. 200 y ss.; MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal, parte general*, Barcelona, Reppertor, p. 140.

los penalistas traducimos como “daño”, no significa necesariamente lesión o puesta en peligro tanto de bienes jurídicos (como mayoritariamente hoy se considera) sino que también podría ser *iniuria* de derechos fundamentales, de derechos humanos, de reglas jurídicas, o como lo fue en su orígenes de derechos naturales, etc.

Respecto a la caracterización de la *lesividad* como principio o categoría dogmática es necesario esgrimir una *tesis dualista* dado que, sin lugar a dudas, el axioma que la define constituye, en primer lugar, un mandato de optimización fundamental a nivel político-criminal y a nivel constitucional pues se encarga de fijar el espectro máximo de criminalización al posibilitar la conversión en delitos, únicamente, de aquellas conductas que tengan la capacidad o potencialidad de lesionar bienes jurídicos o al menos ponerlos en peligro efectivo de lesión. En segundo lugar, se verifica que este principio tiene la propiedad a su vez de convertirse en una categoría dogmática en sede de la aplicación del sistema penal por parte del intérprete de la disposición jurídica adquiriendo la denominación tradicional de *antijuridicidad material*, como solía llamarse en el ayer, o de forma más moderna (aunque marcadamente equívoca por su identidad nominal con el principio) como *lesividad* sin que por ello se justifique una equiparación conceptual. Tan es así, que inclusive el *principio de lesividad* – al igual que ocurre con la mayoría de principios – por su rango constitucional no es ni siquiera privativo del derecho penal y en consecuencia su fuerza jurídica se expande más allá de dichas fronteras irradiando otras ramas del ordenamiento jurídico tales como, por ejemplo, el derecho disciplinario en el cual proyecta su contenido mediante la construcción de una categoría dogmática denominada “ilicitud sustancial”⁴¹. En cambio, la *lesividad o antijuridicidad material* como elemento del delito es una categoría dogmática intrasistémica pues pertenece en exclusiva al derecho penal cumpliendo la función de ser uno de los requisitos necesarios para la afirmación del juicio de responsabilidad penal. Lo anterior de todas formas no significa que la *categoría dogmática de lesividad* anule la posibilidad de que el intérprete utilice directamente el *principio de lesividad* para la interpretación y aplicación del derecho penal, porque mientras que la primera es un requisito del delito que se agota con su verificación, el segundo tiene una función mucho más perdurable al orientar la comprensión y sentido de *todas* las categorías dogmáticas que configuran la conducta punible. De esta manera, el *principio de lesividad* tiene un alcance tan grande que en virtud del mismo y dado su rango constitucional podría inclusive suministrar al intérprete los argumentos necesarios para que de la

41 Véase, por ejemplo, las sentencias de la Corte Constitucional C-948 de 2002, C-097 de 2007, C-452 de 2016, etc.

mano con el artículo 4⁴² de la Constitución Política lograrse inaplicar una disposición jurídica contenida en el código penal por excepción de inconstitucionalidad⁴³ frente a un caso concreto al ser flagrantemente incompatible con el contenido mismo del principio de lesividad.

De esta manera, se tiene que: (i) existe un *principio constitucional* al que la doctrina y la jurisprudencia llaman de forma equívoca y confusa como *lesividad*, "*antijuridicidad material*", *ofensividad* y *dañosidad*⁴⁴. Al tratarse de un principio constitucional (que preferimos denominar *lesividad*) irradia una buena parte de los sistemas jurídicos de responsabilidad⁴⁵ (tributaria, fiscal, disciplinaria, etc.) y no de forma exclusiva el Derecho Penal. Para la Corte Constitucional⁴⁶, siguiendo a Ferrajoli, el *principio de lesividad* (que lo entiende como *nulla lex poenalis sine iniuria*) sería una norma constitucional integrante del *principio de legalidad* o, por lo menos, una de sus manifestaciones, previsto como parte del debido proceso regulado en el artículo 29 de la Constitución Política. (ii) Ahora bien, de forma adicional, acorde los fundamentos constitucionales del derecho penal y esencialmente como consecuencia del *principio de lesividad*, el "tipo objetivo" también deberá contener la descripción de un "resultado jurídico" entendido como la lesión o puesta en peligro efectivo de "*un bien jurídico protegido por la norma penal*" puesto que "*la responsabilidad de los particulares por la infracción a las leyes, especialmente las*

42 Colombia, Constitución Política. Artículo 4, Inc. 1: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales."

43 Sentencia no. SU 132. Corte Constitucional. 13 de marzo de 2013. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: Alexei Julio Estrada. Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU132-13.htm>: "La jurisprudencia constitucional ha definido que "la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales". En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter-partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política".

44 Una descripción de esta situación la encontramos en VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Fundamentos de Derecho Penal*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, pp. 64 y ss. Lamentablemente, incluye dentro de tal principio, como si fueran sinónimos a pesar de su enorme diferencia, el *principio de exclusiva protección de bienes jurídico*.

45 Inclusive la ley tributaria ha incorporado la aplicación de dicho principio constitucional. Véase por ejemplo la Ley 1819 de 2016, artículo 282.

46 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-205 de 2003.

*penales, requiere la verificación de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no la simple valoración de una intención que se juzga lesiva, solo esta última condición justifica la restricción de los derechos y libertades, que gozan igualmente de protección constitucional*⁴⁷. Por supuesto, acorde la teoría del delito que se acoja la *ubicación* de esa “lesividad” la hallaremos en el escenario de la “antijuridicidad” (esquema neoclásico) o en el “tipo objetivo” (esquema funcionalista de Roxin). Sin embargo, desde la perspectiva de un Estado Social y Democrático de Derecho como el colombiano, la lesividad (en su aplicación dogmática y no como principio) sería un problema de tipicidad pues, si el principio de legalidad en sentido material exige que los tipos penales realicen una descripción completa del hecho prohibido y parte de este lo constituiría la *“lesión al bien jurídico o su puesta en peligro”*, sería apenas lógico que los mismos contuvieran en su descripción dicho “resultado jurídico” como parte de su estructura. Precisamente, por ello la Corte Constitucional en sentencia C-233 de 2019 ha establecido lo siguiente:

Bajo este esquema, los tipos penales pueden satisfacer a un mismo tiempo el principio de lesividad, pues los delitos se estructuran únicamente cuando se produce la lesión del bien jurídico, y el principio de culpabilidad, pues el efecto que se sanciona es el resultado de la conducta antijurídica del sujeto pasivo.

En ese orden de ideas una misma palabra o significante atinente a la *lesividad* puede llegar a tener *múltiples significados y aplicaciones*: (a) hacer referencia a un principio constitucional que se encarga de controlar la actividad productora del legislador y la interpretación de las disposiciones penales que realice el juez o (b) una categoría dogmática del delito o uno de sus micro-elementos (pues la *exigencia de lesividad* es uno de los tantos elementos que se necesitan para que exista tipicidad objetiva en el esquema funcionalista de Roxin o *antijuridicidad* en la versión neoclásica del delito según se dijo).

Entonces, precisado lo anterior pasemos a mostrar a continuación las diferentes posturas doctrinales, que en el seno de la dogmática jurídico-penal, han analizado el fenómeno de la falta de lesividad.

2.1. El examen de lesividad como principio y no como escaño de análisis de las categorías dogmáticas.

Una primera tesis considera que la lesividad es en realidad un mandato de optimización, al igual que la culpabilidad y la legalidad, que se encuentra instituido en

47 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-181 de 2016 y C-118 de 1996.

la Constitución Política como pauta o guía para la edificación de las leyes penales y para controlar la exequibilidad de las mismas⁴⁸. En tal sentido, la lesividad, al no hacer parte de las "categorías dogmáticas", sería totalmente diferente de la antijuridicidad material, puesto que la primera se constituiría en un principio rector creado para el legislador y el juez constitucional en su rol de creador de normas y guardián de la Carta Política respectivamente, mientras que la segunda haría parte de las "normas rectoras" (*que son el desarrollo de los principios*) cumpliendo una función diferente en la denominada fase de "adjudicación del derecho" y que llevan a cabo los jueces penales durante los procesos de juzgamiento criminal.

Miremos las distinciones realizadas por algunos tratadistas:

- Diego-Manuel Luzón Peña (España):

El principio de protección exclusivamente de bienes jurídicos (también denominado de ofensividad o de lesividad), según el cual el derecho penal sólo debe intervenir si amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos y el legislador no está facultado en absoluto para castigar sólo por su inmoralidad o su desviación o marginalidad conductas que no afecten a bienes jurídicos, tiene un claro origen político-constitucional, de raíz liberal (...).⁴⁹

Por el contrario, la antijuridicidad material "*significa afectación: lesión o puesta en peligro reprobable (y grave) de un bien jurídico protegido en concreto y del propio derecho*"⁵⁰. La diferencia entre una y otra viene dada en un plano lógico: la antijuridicidad material se deriva del principio de rango constitucional de ofensividad o lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos⁵¹.

- Fernando Velásquez (Colombia):

Conviene precisar que no es dable confundir el principio de lesividad con la categoría de la antijuridicidad como componente de la noción dogmática de la conducta punible, del delito o del hecho punible (...) el postulado de dañosidad social, de transgresión de bienes jurídicos, de la necesaria lesividad o de la ofensividad, del bien jurídico, de la objetividad jurídica del delito, de afectación a bienes jurídicos, a veces mal llamado de la antijuridicidad material que suele sintetizarse en el tradicional aforismo liberal no hay delito sin daño, que traducido al lenguaje actual equivale a la no existencia de conducta punible sin amenaza concreta o real o daño para el "bien jurídico tutelado" (*nulla neceditas sine iniuria*),

48 Por ejemplo, LUZÓN PEÑA Y VELÁSQUEZ según lo mostraremos a continuación.

49 LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Op. Cit., pp. 25.

50 Ídem, pp. 175.

51 Cfr. Ídem, pp. 175.

pues el cometido del derecho penal no es defender ideas morales, estéticas o políticas, ni patrocinar actividades sociales completas.⁵²

Las anteriores posiciones ubican la lesividad como un principio y no como una categoría dogmática, razón por la cual en estos casos dicho mandato de optimización no se encuentra edificado para evaluar las “conductas” en los “casos concretos”, sino las “normas en abstracto” examinando si pasan o no el tamiz de “ofensividad” como parámetro de constitucionalidad de las mismas. Además, se evidencia que equiparan el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con el principio de lesividad*.

De asumirse esta posición, situaciones tales como el sobrepasar ínfimamente la dosis personal de droga habrían de ser tratadas como un tema exclusivo de la antijuridicidad material afirmándose la tipicidad de la conducta y conllevando tal situación dos consecuencias:

Primero la imposibilidad de aplicar la figura del “archivo de las diligencias” en esos casos y,

Segundo una dificultad para encuadrar la causal de preclusión exacta ante dicho fenómeno jurídico, pues bien podría argumentarse a favor de la 1 o de la 6 sin que al final se tuviese un razonamiento del todo satisfactorio por una u otra.

En síntesis, para esta línea teórica la “antijuridicidad material” hace parte de la segunda categoría dogmática del delito (recuérdese⁵³: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) cuya fase de estudio le pertenece al fallador de un caso concreto, mientras que la “lesividad” es un principio que pertenece a la órbita del legislador (en su proceso creador de leyes) y del juez constitucional (en su examen de exequibilidad de las normas).

No obstante, también los autores⁵⁴ mencionados en cuanto a ciertos casos cobijados por el principio de insignificancia y de la adecuación social, afirman que estos pueden ser resueltos en el plano de la tipicidad objetiva, utilizando para ello el juicio de imputación objetiva por ejemplo. Sin embargo, ello nos parece que en principio dividiría la solución de ciertos casos en terrenos dogmáticos diversos (lo cual es inaceptable), puesto que algunos tendrían solución en la tipicidad objetiva (por ejemplo, el leve empujón a una persona) y otros en el terreno de la antijuridicidad material (vgr. la donación de una dosis personal), evidenciándose una violación al

52 VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal, parte general*. Op. Cit. pp. 106.

53 Art. 9° Código Penal.

54 Asumen tal postura en: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho Penal, Parte General*, Op. Cit., pp. 606 y LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Op. Cit., pp. 178 y 341.

*principio lógico de no-contradicción*⁵⁵, ya que, si se considera que ciertos supuestos fácticos no crean riesgos jurídicamente desaprobados, entonces cómo se pretende solucionar los demás acontecimientos causales de idéntico contexto valorativo de manera diferente. Es por esto que resulta imperioso afirmar, que dada la manera como son planteadas las tesis por tales autores, no es posible encontrar allí la solución sistemáticamente coherente que se pretende.

2.2. La "falta de lesividad" como equivalente de "falta de antijuridicidad material".

Según esta perspectiva doctrinal la "lesividad" y la "antijuridicidad material" son dos formas de decir lo mismo: la lesión o efectiva puesta en peligro, sin justa causa, de un bien jurídicamente tutelado por la ley penal. En esta postura ambos significantes denotan al tiempo un principio rector y la categoría dogmática necesaria para la configuración de la conducta punible, por lo cual ningún distingo puede hacerse al respecto.

Sin embargo, en el seno de esta corriente es posible hallar cinco vías en la doctrina nacional y foránea respecto a las relaciones que existen entre "tipicidad" y "antijuridicidad".

2.2.1 La concepción clásica o tradicional.

En esta vía la tipicidad con respecto a la antijuridicidad se constituiría apenas un indicio de la misma, por lo cual es perfectamente posible que una conducta sea típica, pero no antijurídica por encontrarse justificada o "carecer de lesividad". En esta línea tradicional nos encontraríamos con Franz von Liszt o Beling. Miremos al respecto la reseña que lleva a cabo Esteban Righi:

Según este punto de vista, la subsunción de un comportamiento a un tipo no es más que un análisis conceptual valorativamente neutro, que nada expresa sobre el contenido del injusto del comportamiento.

Así la tipicidad y la antijuridicidad fueron apreciadas como elementos totalmente

55 "Este principio establece que ningún enunciado puede ser verdadero y falso a la vez. Utilizando la notación es posible parafrasearlo diciendo que el principio de no contradicción afirma que todo enunciado de la forma $p * \sim p$ tiene que ser falso, que todo enunciado de este tipo es autocontradictorio." En: Copi, IRVING M. Y COHEN, CARL, *Introducción a la lógica*, México D.F, Limusa, Segunda Edición, 2013, pp. 419.

independientes del delito.⁵⁶

Las consecuencias de asumir esta teoría, a nivel del derecho procesal, serían las mismas que las previstas en el acápite 2.1 en el cual se separa la “lesividad” de la “antijuridicidad material”, dado que aun cuando acá se equiparan estos dos conceptos, lo cierto es para la resolución de casos concretos el tema no se soluciona en el seno de la tipicidad, sino de la antijuridicidad.

ESQUEMA CLÁSICO (Categorías separadas)		
TIPICIDAD	ANTI JURIDICIDAD	CULPABILIDAD

2.2.2 La teoría neoclásica o del tipo de injusto.

En esta corriente denominada “causalista-valorativa” autores como Mezger consideraron que la tipicidad era *ratio essendi* de la antijuridicidad; es decir, su razón de ser, por lo cual la afirmación o negación de una, implicaba al mismo tiempo un idéntico juicio de valoración para la otra. No obstante, en esta concepción defendida por Mezger, Sauer y Gallas aun cuando el tipo supone la antijuridicidad y además las causas de justificación anulan o suprimen la antijuridicidad incorporada al tipo, ellas no llegan a excluir la tipicidad⁵⁷. Al respecto el tratadista alemán Jescheck ha dicho lo siguiente:

El tipo, como conjunto de los elementos de injusto característicos de una determinada clase de delito, comprende todo lo típico del sentido de prohibición de la norma, pero también sólo lo típico, no alcanzando a las causas de justificación en sentido negativo.⁵⁸

Ante esa unión tan sólo de la parte positiva de la antijuridicidad con la tipicidad, ninguna diferencia se presentaría para efectos del derecho procesal penal si se optara por la teoría clásica o neoclásica de la tipicidad, ya que de todas maneras la falta de antijuridicidad material no sería considerada como una causal formal de atipicidad.

ESQUEMA NEOCLÁSICO DE MEZGER (Tipo de injusto)
--

56 RIGHI, ESTEBAN, *Derecho Penal, parte general*. 1ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, pp. 155.

57 Cfr. GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de Derecho Penal, Tomo III*, Op. Cit. pp. 67.

58 JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Op. Cit. pp. 334.

INJUSTO		ANTI JURIDICIDAD EN SU ASPECTO NEGATIVO (Causales de justificación)	CULPABILIDAD
Tipicidad	Antijuridicidad en su aspecto positivo		

2.2.3 La teoría de los elementos negativos del tipo⁵⁹.

Esta teoría que tuvo sus inicios en Adolf Merkel y Frank, siendo defendida actualmente por Claus Roxin, consiste básicamente en considerar que:

el tipo abarca no sólo los elementos propios de la descripción de la conducta prohibida, sino todas las circunstancias que se refieren a la antijuridicidad; todo tipo penal es además de necesario, un acto materialmente injusto, y, por lo tanto, los presupuestos de las causas de justificación se entienden como elementos negativos del tipo; de esta forma, faltando la antijuridicidad, el acto no es típico.⁶⁰

En tal sentido, los defensores⁶¹ de esta teoría consideran como un todo la tipicidad y la antijuridicidad (*tanto positiva como negativa, es decir sus causas de justificación*) y la denominan injusto penal. Sus versiones teóricas originarias⁶² establecieron lo siguiente:

(a) VERSIÓN RADICAL (Frank, Merkel, Hegler y Wolf)
Para ellos, el "injusto" era la completa fusión de la tipicidad y la antijuridicidad: declarando que el tipo es ante todo 'antijuridicidad tipificada', en el que las causas de justificación actúan como elementos negativos del tipo: una conducta es típicamente antijurídica, a condición de que no esté justificada, y, en caso de estarlo, desaparece el injusto típico, vale decir, al propio tiempo la antijuridicidad y la tipicidad (Fernández Carrasquilla, Derecho Penal Fundamental 1., 2007, pág. 497).
(b) VERSIÓN MODERADA (Mezger)

59 En Colombia esta postura es defendida por FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal Parte General, Teoría del Delito y de la Pena, Principios y Categorías Dogmáticas*, Op, Cit, pp. 247.

60 GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III. Op. Cit. pp. 70.

61 Frank, Merkel, Hegler, entre otros según FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho Penal Fundamental 1*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2007, pág. 497.

62 De allí se han derivados otras versiones como las de Gimbernat Ordeig, Gallas o Roxin. Véase al respecto PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ M, Y QUINTERO JAIMES, ROSA A, *ESQUEMAS DEL DELITO. REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE UNA CONDUCTA PUNIBLE*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, 2020.

Consideró que el tipo penal era el fundamento del injusto; en otras palabras, que la tipicidad era *la ratio essendi* o razón de ser de la antijuridicidad, pero sin llegar a fusionar tales conceptos, por lo que la eliminación de la última seguía dejando intacta la tipicidad.

Así las cosas, la “falta de lesividad” o de “antijuridicidad material”, en esta concepción, no es que se encuentre ubicada al interior de la tipicidad; no, nada de eso, lo que ocurre es que la figura del injusto penal hace que algo no pueda ser típico si tampoco es al mismo tiempo antijurídico, por ello ante el caso del hurto de una menta en un supermercado de cadena nacional e internacional nos encontraríamos con que la conducta no será típica, no porque falte algún elemento de la tipicidad objetiva o subjetiva, sino porque el injusto no se alcanzó a configurar al carecer la conducta de lesividad o antijuridicidad material.

INJUSTO		
<p><i>(...) Es cierto que tipo y antijuridicidad han de quedar separados sistemáticamente, pero que, no obstante, ambos se pueden reunir componiendo un ‘tipo global’ en el aspecto del injusto. Por tanto, es absolutamente legítimo contraponer a la responsabilidad el ‘injusto’, como unidad superior de tipo y antijuridicidad⁶³</i></p>		
ACCIÓN	<p>TIPICIDAD (Tipo objetivo + tipo subjetivo = tipo sistemático).</p>	<p>ANTI JURIDICIDAD (Incluye la verificación de la inexistencia de causales de justificación).</p>
	<p>Por tanto el concepto de tipo, que debe separarse sistemáticamente de la antijuridicidad, es un tipo de injusto pero no es idéntico al injusto; es, en la precisa formulación de Gallas, <i>‘ratio essendi</i> de la pertenencia del hecho al <i>typus</i> de injusto, pero en cambio sólo <i>ratio cognoscendi</i> de su antijuridicidad en el caso concreto’⁶⁴</p>	

Las consecuencias de asumir esta postura para el proceso penal, frente a la falta de lesividad, serían dos:

63 ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal, Parte General. Tomo I: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Op. Cit. pp. 288.

64 Ídem, p. 288.

Primero, la imposibilidad de aplicar la figura del "archivo de las diligencias", por cuanto como bien lo estableció la Corte Constitucional mediante sentencia C-1154 de 2005, esta sólo puede presentarse si la atipicidad es "objetiva" y acá el fenómeno producido es otro: una falta de tipicidad como consecuencia de un "injusto penal" imperfecto o no completado. Es decir, la "tipicidad objetiva" sigue existiendo desde esta perspectiva, por cuanto lo que desaparece es el *injusto penal* como totalidad que *necesariamente* requiere de tipicidad + antijuridicidad.

Segundo, en torno al tema de la preclusión se viabilizaría la aplicación de la causal 4 del artículo 332 del C.P.P. según la cual tal institución jurídica puede ser solicitada cuando se presenta la "*atipicidad del hecho investigado*", puesto que el legislador no distingue en tal disposición normativa entre atipicidad objetiva, subjetiva o como producto de una falta de configuración del denominado injusto penal (*según la visión de la teoría de los elementos negativos del tipo penal*).

2.2.4 La teoría de la tipicidad conglobante.

Esta tesis es defendida por Zaffaroni⁶⁵ y consiste en considerar que gran constelación de casos tradicionalmente incluidos como causales de justificación en realidad corresponden a circunstancias de atipicidad. El fundamento de una "tipicidad conglobada" es que existen muchas ausencias de responsabilidad que al tiempo son prohibidas y permitidas por el ordenamiento jurídico generando incoherencia en el sistema, ya que en el plano de la tipicidad se prohíben, pero después en el de la antijuridicidad se permiten. De allí que la tipicidad conglobante sea entonces una categoría especial que se encuentra configurada primero por la *lesividad* y luego por su *pertenencia* al agente (tipicidad objetiva).

Con otras palabras, el tratadista Eugenio Raúl Zaffaroni explica que la teoría de la *tipicidad conglobante* amplía el tipo penal a uno que él denomina *tipo conglobante* y en el cual la conflictividad se establece – más allá de la *función sistemática* que únicamente permitiría descartar las conductas inocuas – por medio de dos criterios: "(a) que haya lesividad, o sea, una lesión (a un derecho o bien jurídico ajeno) y (b) que sea objetivamente imputable al agente como obra propia"⁶⁶, llamando a tales

65 Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires, EDIAR, segunda edición, 2002, pp. 483 y ss.

66 ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, ALAGIA, ALEJANDRO Y SLOKAR, ALEJANDRO, Op., cit. pp. 357; Críticamente. Righi, E. *Derecho Penal, Parte General*. Argentina, Abeledo-Perrot, 2013. pp. 157., quien establece que "con la adopción de este punto de vista no se obtienen consecuencias distintas a las de la doctrina dominante."

circunstancias *función conglobante* del tipo penal. Pese a ello, el profesor argentino amplía el contenido de aquellos aspectos que se consideran ausentes de lesividad y diversifica los criterios de imputación objetiva de la siguiente manera⁶⁷:

EL ESQUEMA DE LA TIPICIDAD CONGLOBANTE	
TIPICIDAD	
I.	La <i>función sistemática</i> del tipo penal objetivo se satisface con la verificación de 6 elementos:
I.	Acción.
II.	Resultado.
III.	Nexo causal.
IV.	Sujeto activo.
V.	Sujeto pasivo.
VI.	Otros elementos típicos.
La función conglobante implica verificar:	
I.	La <i>lesividad</i> del comportamiento la cual no se presenta si existe:
1.	Insignificancia.
2.	Cumplimiento de un deber.
3.	Consentimiento.
4.	Acciones fomentadas por el derecho.
II.	La <i>imputación objetiva</i> como "pertenencia a un sujeto" se produce si se cumplen dos requisitos:
1.	Dominabilidad del hecho.
2.	Aporte no banal del partícipe secundario.
ANTI JURIDICIDAD	
CULPABILIDAD	

Las consecuencias entonces de la falta de lesividad para el derecho procesal penal serán las mismas que las expuestas para la denominada *teoría de los elementos negativos del tipo penal*, por cuanto ella no se constituye en criterio de atipicidad objetiva, sino que la misma negaría la "tipicidad conglobante" entendida como una nueva entidad jurídica asertiva de la conducta punible.

67 Se sigue libremente el esquema que aparece Ibid., p. 369.

2.3. La "falta de lesividad" como criterio negativo de tipicidad objetiva.

2.3.1. La falta de lesividad como un elemento negativo de la tipicidad objetiva por falta de lesión o puesta en peligro efectivo del "bien jurídicamente tutelado" como elemento.

Uno de los defensores de esta tesis es el tratadista colombiano Jesús Orlando Gómez López, quien afirma que la falta de lesividad al bien jurídico tutelado conllevaría una causal de atipicidad objetiva, por cuanto uno de los elementos del tipo penal objetivo es precisamente:

la afectación al bien jurídico protegido (lesión o peligro de lesión), lo cual incluye el bien jurídico y su afectación, ya sea entendida como lesión o como peligro de lesión; en todo delito existe un resultado típico que se traduce en lesión o peligro de lesión al bien jurídico, tal como se desprende de los artículos 9°, 22, 23, 24 y 27 del C.P.⁶⁸

En consecuencia,

el acto puede resultar atípico cuando falta el bien, o no se presentan las condiciones jurídicas o modales que hacen que la lesión al bien sea típicamente relevante, de tal suerte que si faltan esas condiciones, la afectación no resulta típica. (...) Así mismo, se presentará atipicidad cuando el daño al bien jurídico no es relevante o resulta insignificante.⁶⁹

En ese orden de ideas, ingresarían allí todos los denominados casos de lesión de bagatela a un bien jurídicamente tutelado dado que la insignificancia en el daño - por la escasa idoneidad del acto en sí mismo para poner en peligro, herir o destruir dicho bien como elemento integrante del primer estadio lógico delictual - convertiría en atípica la conducta.

2.3.2. La falta de lesividad como un elemento negativo de la tipicidad objetiva por falta de imputación objetiva del comportamiento al ser presupuesto de la misma.

En torno a esta perspectiva puede traerse a colación la postura del tratadista español Santiago Mir Puig quien considera que la lesividad - como principio y

68 GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de Derecho Penal, Tomo III, La tipicidad*. Op. Cit. pp.194.

69 Ídem, pp. 663.

categoría dogmática - es uno de los presupuestos lógicos de la imputación objetiva. Así las cosas,

la razón primera por la cual se tipifica un hecho como delictivo es que supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no justificada por la necesidad de salvar otro bien jurídico preferente. Este contenido es la base primera del desvalor objetivo del injusto. El tipo parte de la exigencia de un resultado (separado o no de la conducta) que lesiona o pone en peligro un bien jurídico. Las causas de justificación parten de la concurrencia de situaciones que hacen desaparecer el significado negativo del hecho típico porque lo hacen necesario para la salvaguarda de otros bienes jurídicos y principios superiores. Ni el resultado típico ni los presupuestos de las causas de justificación adquieren su sentido valorativo originario de la posibilidad de imputación (intersubjetiva, subjetiva o personal). Más bien, al contrario, la imputación adquiere su carácter negativo del objeto último a que se refieren todos sus niveles: la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no justificada.⁷⁰

Por lo tanto, la falta de lesividad (principio de insignificancia), "debe operar como causa que impide la presencia misma de un tipo penal"⁷¹ dado que "previo al principio de culpabilidad, que exige la posibilidad de imputación, es el principio de lesividad, que exige la afectación a un bien jurídico".⁷² No incluyéndosela como un elemento de la imputación objetiva, sino como un estadio previo a aquella que la negaría en caso de verificarse en la ejecución de la conducta.

Sin embargo, se aclara que aun cuando Mir Puig lleva a cabo estos razonamientos correctos en torno a la lesividad (y por eso lo ubicamos en el presente acápite) su postura en torno a la relación entre la tipicidad y la antijuridicidad es la neoclásica dado que para él "*la tipicidad no es sólo indicio ni mera ratio cognoscendi de la antijuridicidad penal, sino presupuesto de la existencia (ratio essendi) de la misma.*"⁷³

2.3.3. La ausencia de lesividad de la conducta en el esquema de la Teoría de la Imputación.

Esta tesis es defendida por Gonzalo D. Fernández quien considera que del

70 MIR PUIG, SANTIAGO, "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2003, pp. 12.

71 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, parte General*, Op. Cit. pp. 530.

72 MIR PUIG, SANTIAGO, "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal", cit. pág. 12.

73 MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, parte General*, Op. Cit. pp. 158.

"principio de lesividad" se siguen dos consecuencias importantes: 1° La falta de *afectación* del bien jurídicamente tutelado en los casos de *insignificancia* y *adecuación social* por lo que se genera una atipicidad objetiva de la conducta, dado que "en el estadio de la tipicidad, procurará constatarse por el intérprete si el comportamiento tiene entidad bastante para afectar – si se quiere mayor precisión, para afectarlo potencialmente – el bien jurídico"⁷⁴. Desde esta óptica "la tipicidad penal sólo se concluye luego de un juicio de subsunción, adicionado a un juicio de lesividad potencial (afectación) del bien tutelado por la norma"⁷⁵; y 2° De la lesividad real (lesión y ya no simple afectación) se deriva la antijuridicidad material pero entendida esta vez como ausencia de causales de justificación.

Sobre esta postura es importante recordar que los términos *antijuridicidad material* tienen dos posibles significados según la línea teórica que se adopte⁷⁶: un *primer sentido* según el cual implica el efectivo menoscabo que el comportamiento supone para el bien jurídicamente tutelado por la norma correspondiente y una *segunda perspectiva* (seguida por Maurach, Baumann y Fernández) que entiende la misma como la ausencia de causales de justificación.

2.3.4. Consecuencias procesales.

Con base en estas últimas teorías sería posible solucionar los 4 grupos de casos que se enunciaron al comienzo de este artículo, por falta de afectación al bien jurídico, en el seno de la tipicidad objetiva de la siguiente manera: a) los dos primeros – *insignificancia* y *adecuación social* – por falta de imputación objetiva ya que no conllevarían la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y b) los dos últimos – *medios inidóneos* y *desaparición del bien jurídico* – como casos de inadecuación de la conducta en el juicio de subsunción, ya que en últimas lo que ocurriría con tales actos sería que no cuadran típicamente en lo descrito por la norma y por ende no se presentaría lesividad del comportamiento.

Las consecuencias o efectos de asumir esta postura, a nivel del derecho procesal serían:

Primero, se viabilizaría la aplicación del "archivo de las diligencias" en estos eventos por cuanto la falta de lesividad se enmarcaría dentro del parámetro estricto

74 FERNÁNDEZ, GONZALO D, *Bien jurídico y sistema del delito*, Op. Cit. pp. 161.

75 Ídem, pp. 160.

76 Se sigue en este análisis a JESCHECK, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Op. Cit. pp. 317.

de tipicidad objetiva que exigió la Corte Constitucional en sentencia C-1154 de 2005 para configurar dicha institución jurídica, y

Segundo, se solucionaría el problema de la causal aplicable en torno a la preclusión, dado que de manera indubitable se optaría por la causal 4 del artículo 332, según la cual esta procede en los casos de *“atipicidad del hecho investigado”*.

Esto nos lleva a considerar que la posición *correcta* implica que la *“ausencia de lesividad de la conducta”* tenga como ubicación sistemática la tipicidad objetiva y no la antijuridicidad material, puesto que ella debe ser entendida en realidad como la falta de causales de justificación al constatar que *“el comportamiento no es subsumible bajo un tipo permisivo y, por consiguiente, que no se trata de una afectación al bien jurídico excepcionalmente autorizada por el ordenamiento legal”*⁷⁷. Por ende, la antijuridicidad material en realidad debe ser entendida como *“antinormatividad”*, lo cual se traduce en ausencia de cualquier tipo justificación jurídica.

3. La línea jurisprudencial y solución otorgada por la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal al problema jurídico planteado.

3.1. Diagramación de las distintas posturas jurisprudenciales sobre la ubicación de la lesividad en el esquema del delito.

Teniendo en cuenta que la *ausencia de lesividad*, por mandato del principio constitucional del mismo nombre, **impide** que exista un delito ante la *falta de lesión al bien jurídico tutelado o su puesta en peligro efectivo*, pero nada nos dice respecto a su *ubicación sistemática*, es decir, con relación al elemento del delito (tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad) que se eliminaría – pues ello dependerá de una concepción dogmática particular que se siga –, pasaremos a mostrar el lugar sistemático que le ha otorgado la Corte Suprema de Justicia en sus distintas decisiones:

77 FERNÁNDEZ, GONZALO D, *Bien jurídico y sistema del delito*, Op. Cit. pp.178.

¿La falta de "lesividad" es un elemento negativo de la tipicidad objetiva o de la antijuridicidad?		
<p>Es un elemento negativo de la <i>tipicidad objetiva</i> por falta de <i>imputación objetiva</i> del comportamiento. (imputación jurídica del resultado, art. 9, C.P.).</p>	<p>Es un elemento negativo de la tipicidad objetiva por falta de lesión o puesta en peligro efectivo del "bien jurídicamente tutelado" como elemento constitutivo de la misma.</p>	<p>Es un elemento negativo de la antijuridicidad en sentido material.</p>
<p>31362 (13-05-09). 32872 (24-02-10).</p>	<p>21064(15-09-04).</p>	<p>19930(21-04-04). 18609(08-08-05). 24612(26-04-06). 25745(23-08-06). 16066(09-11-06). 23609(01-02-07). 28195(08-10-08). 29183(18-11-08). 29655(21.10.09). 31531(08-07-09). 32004(21-10-09).78 35978 (17-08-11). 38103(30-04-13). AP801-2014, rad. 43184, 26 feb. 2014. SP15519-2014, rad. 42617, 12 nov. 2014 SP14190-2016, rad. 40089, 05 oct. 2016. SP3202-2018, rad. 49673, 08 ago. 2018</p>
POSTURA ECLÉCTICA		
(Puede ser que elimine tipicidad y otras veces antijuridicidad)		
CSJ SP15490-2017, rad. 47862, 27 sep. 2017		

78 Es curioso que en esta sentencia se cite la sentencia 21064 del 15 de septiembre de 2004, mediante la cual se asume el criterio de atipicidad por falta de lesión al bien jurídico, pero se concluya – sin hacer referencia a ello – que la carencia de lesividad es un problema de falta de antijuridicidad material.

Conforme lo expuesto, la *doctrina probable*⁷⁹ (precedente de obligación relativa⁸⁰) de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sin lugar a dudas, considera la “ausencia de lesividad” de la conducta como un criterio negativo de “antijuridicidad material” y no de tipicidad objetiva. Y esto se afirma teniendo en cuenta que desde la muestra tomada a partir del año 2004 hasta el año 2018 se ha pronunciado en ese sentido durante al menos diecisiete (17) veces.

3.2. La “ausencia de lesividad” como criterio negativo de la imputación jurídica del resultado (Una posición con mejores efectos prácticos a nivel procesal y mayor coherencia dogmática).

Tradicionalmente en el seno de la doctrina y la jurisprudencia el principio de lesividad se ha considerado un criterio asociado a la antijuridicidad material y no a la tipicidad. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en dos decisiones diferentes [31362 (13-05-09) y 32872 (24-02-10)] ha cambiado dicha perspectiva incluyéndola como un criterio más de ausencia de imputación objetiva del resultado. Sobre el mismo ha expresado que:

ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en este caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que les permiten en un ámbito temporoespacial diferente⁸¹.

79 Ley 153 de 1887. “Artículo 10. Artículo subrogado por el artículo 4. de la Ley 169 de 1889, el nuevo texto es el siguiente: Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.

80 Dada la posibilidad que tiene el Juez de apartarse de la misma, puesto que según la sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional determinó que se declaraba exequible “el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, siempre y cuando se entienda que la Corte Suprema de Justicia, como juez de casación, y los demás jueces que conforman la jurisdicción ordinaria, al apartarse de la doctrina probable dictada por aquella, están obligados exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión, en los términos de los numerales 14 a 24 de la presente Sentencia”.

81 Sentencia 21064. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 15 de septiembre de 2004. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez 21064.

Particularmente, en el caso de radicado 31362, 13 de mayo de 2009, se consideró que la venta de dos reproducciones ilegales de dos libros de Editorial Planeta S.A., y Oveja Negra Ltda., no implicaban la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado* por la insignificancia de la conducta de cara al tipo penal de *Violación a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos*, art. 271, numeral 1. Así pues, la esencia de su argumento fue que dicho comportamiento "*no implicó un peligro trascendente para los derechos patrimoniales en cabeza de los escritores y de las casas editoriales*". De esta manera, agregó que

también se consagra como un criterio más de imputación objetiva el principio de insignificancia, también conocido como principio de resultado de bagatela, de acuerdo con el cual "las afectaciones insignificantes de bienes jurídicos no constituyen lesividad relevante a los fines de la tipicidad objetiva".

En tal sentido miremos su configuración concreta en el ámbito de la imputación objetiva:

Regla 1: La ausencia de significativa lesión o puesta en peligro del bien jurídico es un asunto que en un principio sería atinente a la tipicidad.

Regla 2: El empleo del principio de lesividad como un criterio de imputación objetiva no es privativo del ámbito de la tipicidad y por ende puede ser utilizado sin perjuicio de que también pueda contemplarse como un problema atinente a la antijuridicidad de la acción, o como causal de ausencia de responsabilidad en el injusto, o incluso como un principio general de interpretación que impide la configuración de la conducta punible sin tener que profundizar en las categorías dogmáticas del delito.

Regla 3: El principio de lesividad como criterio negativo de imputación objetiva es también aplicable a los llamados delitos de mera actividad.

Regla 4: Todos los tipos penales, indistintamente su clasificación y de acuerdo con el artículo 11 del Código Penal, requieren de un desvalor de resultado.

Regla 5: El hecho de que todos los tipos penales requieran para su configuración de un desvalor del resultado, se entenderá sin perjuicio de que cuando el legislador presuma el riesgo sea válida una apreciación probatoria en sentido contrario, y, en todo caso, dicho resultado, conforme a lo establecido en el artículo 9 del referido ordenamiento, podrá serle imputado objetivamente al autor de la conducta, o incluso constituirse en fundamento para la exclusión del tipo, con base en parámetros normativos como el principio de insignificancia.

Regla 6: Aun cuando la ausencia de lesividad como criterio negativo de imputación es un generador de atipicidad lo procedente no sería solicitar ante el funcionario de conocimiento la preclusión con base en el numeral 4 del artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la atipicidad del hecho investigado, toda vez que el juez natural para conocer de la extinción de la acción penal por comportamientos insignificantes es, de acuerdo con el acto legislativo 03 de 2002 y las causales que para tal efecto consagró el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal, el juez de control de garantías y medidas de seguridad.

Es importante precisar que la última regla (la 6) coincidiría con la perspectiva de Maximiliano Rusconi⁸² al considerar que la vía procesal para solucionar los casos de *acciones insignificantes* es el principio de oportunidad. Sin embargo, como acertadamente lo dejó en claro uno de los salvamentos de voto de la decisión 31362 de 2009 de la Corte Suprema de Justicia, el hecho de que, algunas causales consagradas en el artículo 324 *ibídem*, aludan al poco impacto dañoso del delito, ello no significa, ni se puede confundir, que el principio de oportunidad también opera para los casos en los cuales no se vulnera el principio de lesividad o, en términos generales, conforme la tesis adoptada por el proyecto mayoritario, la conducta es atípica.

No. Se hace necesario que se parta de esos elementos mínimos de tipicidad, pero, a renglón seguido, ellos se balanceen respecto del costo de la intervención penal, la magnitud del daño causado o los efectos padecidos por el mismo procesado, en los delitos culposos, para ofrecer a la fiscalía la oportunidad de terminarlos anticipadamente sin sanción.

Por esta razón, el asunto no puede reducirse, como se hace en el fallo del cual me aparto, a un fenómeno de incompetencia o pérdida de la oportunidad procesal, sino al hecho concreto de que ese principio de oportunidad riñe, por decirlo de alguna manera, con las causales de preclusión o absolución y, en consecuencia, si se afirma que lo investigado es atípico, de ninguna manera puede advertirse la posibilidad de que se haga uso de aquel mecanismo.

Y, por el contrario, si se sostiene que en el caso concreto era medio adecuado de solución el principio de oportunidad, de entrada, es necesario reconocer que la conducta se reputa típica, antijurídica y culpable.⁸³

82 RUSCONI, MAXIMILIANO, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2016, pp. 447.

83 Sentencia 31362. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 13 de mayo del 2009. Bogotá D.C. Colombia. Salvamento de voto del Doctor Sigifredo Espinosa Pérez. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

En consecuencia, la vía correcta y coherente, en Colombia, de asumirse esta postura jurisprudencial que considera los casos de insignificancia como atípicos, sería la *preclusión de la investigación* por la causal 4 del artículo 332 del CPP84. Sin embargo, las reglas enunciadas hasta este momento constituyen apenas un "criterio auxiliar" habida cuenta que tan sólo tenemos la reiteración de las mismas en dos sentencias, sin que aún se haya logrado consolidar como doctrina probable: 31362 (13-05-09) y 32872 (24-02-10). Por el contrario, para el año 2013 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia cambia nuevamente de postura mediante la sentencia 38103(30-04-13), con ponencia del doctor Luis Guillermo Salazar Otero, trayendo a colación para sustentar su tesis una gran diversidad de extractos antitécnicos, muchos de ellos incompatibles entre sí, y en los cuales es posible verificar que se está hablando de una misma palabra, pero con significados totalmente distintos. Miremos brevemente esa situación:

Primero: La tesis literal que esgrime la Corte Suprema de Justicia en dicha sentencia es la siguiente: de la antijuridicidad material se deriva la lesividad.

Segundo: para apoyar su opinión se basa en: a) La sentencia del 8 de agosto de 2005, Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006, Rad. 24612 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; b) La sentencia del 13 de mayo de 2009, Radicado 31.362, de la CSJ, SCP; y c) La Sentencia del 8 de julio de 2009, Radicado 31.531, CSJ, SCP.

Tercero: en la sentencia 18609 la tesis central es totalmente contraria la postura asumida por la actual Corte Suprema de Justicia, ya que allí por ningún lado se afirma que la lesividad se derive de la antijuridicidad material, sino que por el contrario aseveran una equiparación entre tales conceptos.

Cuarto: en relación con la sentencia 31362 ha de decirse que en dicha providencia se defiende la tesis según la cual la "falta de lesividad" es diferenciable de la antijuridicidad material y se constituye en un criterio de "atipicidad objetiva" por cual resultan incomprensibles e inimaginables la razones que llevaron a la Alta Corporación de Justicia a emplearla como sustento de su novedosa tesis.

Quinto: finalmente, la cita realizada de la sentencia 31531 de la Corte Suprema nada aporta a la discusión, pues allí únicamente se hace un paralelo del derecho comparado que asimila la "lesividad" con el *harm principle* anglosajón.

Esta postura en la cual se consideran que los casos ausentes de lesividad son

84 Congreso de la República. Colombia. Código Procesal Penal. Artículo 332 del Código Procesal Penal; Causales. El fiscal solicitará la preclusión en los siguientes casos: 4. Atipicidad del hecho investigado."

típicos, pero no antijurídicos ha sido reiterada en las siguientes providencias: AP801-2014(43184), SP15519-2015 y SP9379-2017.

Empero, en el año 2017 la Sala de Casación Penal buscó enlazar sutilmente ambas posturas (tanto la de atipicidad como la de antijuridicidad material) afirmando lo siguiente:

La Corte igualmente, en esa línea de pensamiento, ha señalado tratándose del juicio de tipicidad que no basta con verificar la subsunción de la conducta en el modelo descriptivo de la figura legal, sino que además ha de comprobarse si ese comportamiento perturba o no el bien jurídico protegido, de modo que esa labor intelectual conlleva una doble valoración: «(i) el juicio de correspondencia comparativa entre la conducta y el tipo, y, (ii) el juicio de verificación sobre la idoneidad de esa conducta para afectar (que no lesión) el bien jurídico tutelado por la norma. De esto se tiene que la tipicidad puede ser afectada por el principio de insignificancia y la adecuación social de la conducta» (CSJ SP, 21 oct. 2009, rad. 29655). Por consiguiente, «la adecuación típica de una conducta dependerá de su idoneidad para producir el resultado normativo consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. En ese orden, el bien jurídico es un criterio delimitador de la tipicidad, pues excluye del ámbito típico aquellos comportamientos que no tengan aptitud para vulnerarlo». ⁸⁵

Lo anterior, sin perjuicio de que la lesividad también pueda estudiarse en sede de antijuridicidad material, ya que, si bien en algunas oportunidades la jurisprudencia ha conjugado tales conceptos, ello no es óbice para efectuar su análisis como principio político criminal y categoría dogmática independiente (cfr. en lo pertinente, CSJ SP 14190-2016).⁸⁶

Evidentemente el intento ecléctico de la Corte Suprema de Justicia no puede compartirse y consideramos que el yerro conceptual proviene de no diferenciar con precisión el *principio de lesividad* de la categoría dogmática de *lesividad* (antigua antijuridicidad material), así como los aspectos negativos de ésta última y consistente en los casos de adecuación social, insignificancia e inocuidad del comportamiento. Y no es que se deba negar el valor interpretativo que tiene la “lesividad” en los tipos penales como límite indiscutible del *ius puniendi*, sino que dicha potencialidad hermenéutica restrictiva pertenece a ella es cuando lo usamos⁸⁷ con la calidad de

85 Sentencia SP 9235. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 16 de julio de 2014. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: Gustavo Enrique Malo Fernández.

86 Sentencia SP15490 rad. 47862. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. 27 de septiembre del 2017. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: José Luis Barceló Camacho.

87 LUDWIG WITGENSTEIN en su segundo período filosófico nos dejó muy en claro que las palabras son

un "principio" y no como categoría dogmática cuyos contenidos y funciones son distintos de los que tendría aquél en la otra modalidad reseñada.

En ese sentido, quizás lo que debiera hacerse para evitar tantos desfases y divergencias a nivel de doctrina y jurisprudencia sería limpiar el lenguaje y evitar así el uso de las mismas palabras con distintos significados⁸⁸ (porque al parecer esto nos ha confundido a todos), principalmente cuando el término "lesividad" al tiempo son dos cosas totalmente diferentes, aunque relacionadas, pues tal unidad lingüística es un principio y a la vez una categoría dogmática que se deriva de aquélla, al igual que ocurre con el significante "culpabilidad" cuya expresión hace referencia, según el contexto, a veces a un principio y en otras ocasiones al último requisito configurativo del delito. Pero por el momento, basta con comprenderse que el aparente juego de palabras no ha sido más que el uso normal del recurso de la polisemia y evidenciamos, sin mayores dificultades, que una cosa es la finalidad y el uso que tienen los "principios" en el Derecho Penal y otra muy distinta el que poseen las "categorías dogmáticas", ya sea que se trate de elementos macro configurativos (vgr. Tradicionalmente tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) o micro configurativos del delito (vgr. Imputación objetiva, dolo, consciencia de la ilicitud, etc.).

herramientas que adquieren el significado una vez que se usan y que por ello admiten distintos usos o significados. Así pues, lo que debe hacerse es prestar mucha atención para descubrir el "uso" que se le da a la herramienta lingüística si desea eliminarse cualquier ambigüedad. No olvidemos, entonces, que el único *sinsentido* es no seguir las reglas del juego, *Investigaciones filosóficas*, Madrid, Trotta, 2017, p. 56-60.

88 Aunque en realidad la estrategia de limpiar el lenguaje no ha servido de mucho puesto que, por ejemplo, algunos autores reemplazan el término *lesividad* cuando es un principio por el de *ofensividad*, pero llegan otros doctrinantes y terminan diciendo que en realidad *ofensividad* y *lesividad* son dos cosas diferentes y al final en vez de utilizar palabras distintas para referirnos a "principios" y "categorías" dogmáticas, lo que hacen es una innecesaria multiplicación de los entes. Podríamos ensayar con las expresiones dañosidad, adecuación social, insignificancia, inocuidad, pero daría lo mismo. Pienso en consecuencia que lo importante es tener claro qué significado adquiere la lesividad cuando se utiliza como principio y qué significado posee como categoría dogmática.

4. Toma de postura.

4.1. ¿Por qué la posición jurisprudencial de la sentencia 31362 (13-05-09) resulta ser la dogmáticamente correcta?

En las épocas más primigenias del derecho penal (es decir, en la antigüedad, la edad media y la edad moderna) se concebía la teoría del delito de una manera muy elemental, limitándose a analizar las conductas punibles desde dos ópticas: una objetiva y una subjetiva, sin que se hicieran más disquisiciones que éstas, por lo que no existían las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad que hoy se encargan de definir ciertos comportamientos humanos como una infracción penal⁸⁹.

Luego aparecieron los Esquemas del Delito y llevaron a cabo la reestructuración completa del anterior concepto, permitiendo la entrada de una visión más evolucionada a partir de la cual se pudiera definir científicamente cada uno de los elementos configurativos de una conducta punible desde la óptica normativa y doctrinal. Así las cosas, se dio surgimiento al esquema clásico, al neoclásico, el finalismo y el funcionalismo (en su visión radical y moderada); cada uno de ellos se encargó de definir los elementos configurativos de la conducta punible y su ubicación de análisis dentro de la misma⁹⁰.

Al interior de las corrientes doctrinales enunciadas se vivieron fuertes luchas frente a temas tan variados como la ubicación del dolo dentro del esquema o la definición de los elementos estructuradores de la "imprudencia o culpa". Sin embargo, sólo a partir de los años 60 fue que surgió un nuevo tema cuya importancia central radicaba en que con la clarificación de éste se hacía posible definir los contornos de lo atribuible o no a nivel jurídico-penal. Desde tal óptica, la causalidad, por sí sola y como criterio naturalístico de imputación, ya no resultó suficiente para responder a la pregunta sobre qué comportamiento puede ser atribuido a su autor, por lo que pasó a requerirse entonces de algo más que el simple nexos causal y ese "algo más" pues terminó siendo la *imputación objetiva del comportamiento* que venía a producirse si el sujeto activo creaba un riesgo

89 Véase al respecto: COSTA, FAUSTO, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1953; SCHÜNEMANN, BERND, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal*, en *El sistema moderno de Derecho Penal. Cuestiones fundamentales*, Buenos Aires, 2012, pp. 20 y ss; JESCHECK, H. y WEIGEND, T., *Tratado de derecho penal. Parte General*, op. Cit., pp. 215 y ss.

90 En especial SCHÜNEMANN, BERND, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal* ya citado.

jurídicamente desaprobado y éste posteriormente se concretaba en el resultado⁹¹.

En consecuencia, frente a las preguntas ¿cómo saber que un resultado le pertenece a una conducta? y ¿cómo determinar si una conducta le pertenece a quien se le predica como su autor? se han elaborado dos tipos de respuestas: una naturalística que responde con las diversas teorías del *nexo causal o causalidad* y una normativa que busca dar una respuesta más elaborada y jurídica cuyo desarrollo lo encontramos en las diversas elaboraciones de la *teoría de la imputación objetiva* (ideada en su forma moderna⁹² por Claus Roxin).

Así pues, la "*imputación jurídica del resultado*" se constituye hoy por hoy, no en el reemplazo de la causalidad sino en su complemento normativo, adquiriendo la calidad de un verdadero "elemento" del tipo penal objetivo cuya finalidad es la de establecer los criterios jurídicos de atribución objetiva que permitan imputar o adscribir un resultado a la conducta y la conducta a su autor.

La *imputación objetiva* se encuentra constituida, básicamente, por dos niveles según la sistematización que para tales efectos ha decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal:

Lo anterior significa que, frente a una posible conducta culposa, el juez, en primer lugar, debe valorar si la persona creó un riesgo jurídicamente desaprobado desde una perspectiva *ex ante*, es decir, teniendo que retrotraerse al momento de realización de la acción y examinando si conforme a las condiciones de un observador inteligente situado en la posición del autor, a lo que habrá de sumársele los conocimientos especiales de este último, el hecho sería o no adecuado para producir el resultado típico⁹³.

En segundo lugar, el funcionario tiene que valorar si ese peligro se realizó en el resultado, teniendo en cuenta todas las circunstancias conocidas *ex post*.⁹⁴

Sin embargo, esta teoría y elemento del tipo objetivo no se restringe a los delitos culposos, sino que es completamente aplicable y *un requisito necesario de los delitos dolosos* dado que, como bien lo explica la Corte Suprema de Justicia:

91 Cfr. FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas sobre la teoría de la imputación del resultado*, Barcelona, 2015, Atelier.

92 Empero existen claros antecedentes en Honig, Larenz y la teoría de la adecuación social de Welzel. Véase al respecto, ROXIN, CLAUDIUS. *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal*. En: *Problemas básicos del derecho penal*, Buenos Aires, 2017, pp. 173 y ss.

93 Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *Antijuricidad penal y sistema de delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 378.

94 Sentencia 27388. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 8 de agosto de 2007. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

Al respecto, debe acotarse que para la teoría de la imputación objetiva, la determinación de la tipicidad en los delitos de resultado se sirve de criterios objetivos, que, valga señalar, no tienen que ver con la finalidad o con el dolo del autor, y se sirve de la siguiente estructura: la relación de causalidad entre una persona y el resultado; el nexo de determinación; la creación de un riesgo o peligro no permitido; la realización en el resultado del riesgo no permitido; y, el alcance del tipo o fin de protección del tipo penal.

La creación del riesgo jurídicamente desaprobado, hacia donde dirige su interés el demandante, *es un elemento general del injusto* que aunque fue desarrollado en principio para el delito imprudente, *se le ha venido asignando una importante función en los delitos dolosos en relación con el ámbito de protección de la norma*, no tanto en la delimitación de la responsabilidad por la causalidad, como sí en el propósito de limitar los excesos de responsabilidad penal. En concreto, se significa que en relación con el tipo penal no es suficiente con el dato ontológico consistente en que la conducta del acusado haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados, pues se requiere, además, de un requisito axiológico, esto es, que el peligro se encuentre desaprobado por el ordenamiento jurídico.” (CSJ SP153-2017, rad. 47100, 18 ene. 2017).

En ese orden de ideas para poder considerar producido el elemento típico de la *imputación objetiva* (es decir, poder atribuir jurídicamente un resultado a su conducta y la conducta a su autor) se requiere verificar dos pasos: (i) La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y (ii) La concreción o realización del riesgo en el resultado⁹⁵.

Ahora bien, en torno al contenido de cada uno de estos niveles de imputación la doctrina no ha sido unánime⁹⁶. Sin embargo, la jurisprudencia con el paso del tiempo ha construido unos subcriterios sólidos que pueden ser sistematizados de la siguiente manera:

Para determinar⁹⁷ si hubo o no *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*

95 ROXIN, inclusive, exige de un tercer nivel de imputación objetiva al que denomina el “alcance del tipo penal”. No obstante, su estructura puede trabajarse con suficiencia en la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y al verificar si el riesgo se ha concretado en el resultado. Al respecto véase: *Derecho Penal, parte general, tomo I*, op. cit., pp. 386 y ss.

96 Sobre las distintas ubicaciones y niveles de imputación objetiva véase PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ M, *La necesidad del análisis causal frente a la teoría de la imputación objetiva en el derecho penal*, Rev. derecho (Valdivia) [online]. 2018, vol.31, n.2, pp.295-320. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000200295>.

97 Frente a la ubicación de tales criterios en este primer nivel de imputación se tiene como doctrina probable que “en aras de establecer cuándo se concreta la creación de un riesgo no permitido y

se analizará la presencia o ausencia de: (i) la adecuación social⁹⁸ del comportamiento o el riesgo permitido⁹⁹ en la ejecución el mismo, (ii) la materialización del principio de confianza¹⁰⁰ en el caso concreto, (iii) la prohibición de regreso¹⁰¹, (iv) la ejecución de "acciones a propio riesgo"¹⁰² o "autopuestas en peligro", (v) superación del riesgo permitido¹⁰³ y (vi) la elevación del riesgo¹⁰⁴.

cuándo no, la teoría de la imputación objetiva ha integrado varios criterios limitantes o correctivos que llenan a esa expresión de contenido y que de ninguna manera han sido ignoradas por la Sala" sentencias de 4 de abril de 2003 rad. 12742; 20 de mayo de 2003, rad.16636; y 20 de abril de 2006, rad. 22941. Y además la sentencia de 8 de noviembre de 2007 rad 27388, y 22 de mayo de 2008, rad. 27357.

- 98 Vgr. Sentencia Rad. 16636. Corte Suprema de Justicia. Sala Penal. 20 de mayo de 2003. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- 99 Vgr. Sentencia Rad. 36554. 9 de agosto de 2011. y otras: Rad. 27388. 8 de agosto de 2007, Rad. 26513 5 de diciembre de 2007, rad. 27357 22 de mayo de 2008, Rad. 36554 de 9 agosto de 2011, Rad. 34317 28 de septiembre de 2011, Rad. 37327 de 8 de noviembre de 2011, Rad. 36082 25 de enero de 2012 y Rad.33920 11 de mayo de 2012.
- 100 Vgr. Sentencia Rad. 16636 20 de mayo de 2003, rad. 21241 de 24 de noviembre de 2004, rad. 22511 11 de mayo de 2005, rad. 22941 de 20 de mayo de 2006, rad. 24031 de 28 de septiembre de 2006, rad. 24557 17 de octubre de 2007, rad. 25104 5 de mayo de 2008, rad. 25536 27 de julio de 2006, rad. 27388 8 de noviembre de 2007 y muchas más; recientemente, rad. 33920 11 de abril de 2012 y rad. 39023 16 de octubre de 2013.
- 101 Vgr. Sentencia Rad. 35899 5 de diciembre de 2011, reiterando la sentencia rad. 22941 20 de abril de 2006 y rad.12742 de 4 de abril de 2003.
- 102 Vgr. Sentencia Rad. 16636 de 20 de mayo de 2003, rad. 22941 10 de abril de 2006, rad. 27388 8 de noviembre de 2007, rad. 28693 10 de junio de 2008, rad. 29891 8 de octubre 2008, rad. 36082 25 de enero de 2012, y rad. 36824 12 de septiembre de 2012. Recientemente: Rad. 36842 27 de noviembre de 2013.
- 103 Vgr. Sentencia rad. 12742 de 4 de abril de 2003, rad. 22941 de 20 abril de 2006, rad. 32582 28 de octubre de 2009, y rad. 32463 de 15 de septiembre de 2010.
- 104 Vgr. La reiteración se ha dado en las mismas sentencias de "superación del riesgo permitido": rad. 27388 8 de noviembre de 2007, rad. 26513 5 de diciembre de 2007, rad. 27357 22 de mayo de 2008, rad.36554 9 de agosto de 2011, rad. 34317 de 28de septiembre de 2011, rad. 37327 8 de noviembre de 2011 y rad. 33920 11 de abril de 2012.

Para determinar si se *realizó o concretó el riesgo en el resultado* se analizarán los siguientes niveles: (i) la falta de realización del riesgo no permitido¹⁰⁵, (ii) cursos causales hipotéticos¹⁰⁶, y (iii) concurrencia de riesgos¹⁰⁷.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que el artículo 9° del Código Penal le da clara entrada a la Teoría de la Imputación Objetiva cuando señala que *“la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado”*, deberá entonces, siendo coherentes con la nueva perspectiva teórica que asume nuestro ordenamiento normativo, hacerse un replanteamiento de la visión que tradicionalmente se tenía en torno a las categorías dogmáticas prístinas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, porque todas y cada una de ellas pasan a tener un nuevo contenido desde el cual es posible viabilizar la coherencia sistémica que posee la *“imputación objetiva”* como modelo y elemento de atribución jurídica de comportamientos.

Lo anterior nos permite afirmar que, aun cuando constituye un verdadero avance la posición del maestro colombiano Jesús Orlando Gómez López y que fuera asumida en la sentencia 21064(15-09-04) mediante la cual la *“ausencia de lesividad”* es un elemento negativo de tipicidad objetiva por *“falta de lesión o puesta en peligro efectivo del bien jurídicamente tutelado”* como elemento constitutivo de la misma, no resulta de todas maneras suficiente a nivel dogmático de acuerdo la comprensión que actualmente se maneja en la estructuración lógica del delito, teniendo en cuenta que con la entrada en vigencia de la teoría de la Imputación Objetiva en Colombia la verificación de la misma se lleva a cabo en un estadio previo a nivel sistemático y por ende lo racionalmente correcto (es decir a nivel de lógica jurídica y teoría general del derecho penal) sería: (i) preguntarnos si una conducta carente de lesividad ha creado o no un riesgo jurídicamente desaprobado, dado que ello constituye el primer nivel de imputación y (ii) ante la respuesta negativa surgida frente a tal cuestionamiento, rechazar de inmediato cualquier análisis posterior, porque si no hay creación de un riesgo antijurídico tampoco habrá imputación objetiva del comportamiento y por ende la conducta *será atípica a nivel objetivo*.

Ahora bien, ¿en qué instituto de la imputación objetiva se ubica la *ausencia de lesividad* – principio de insignificancia –? Algunos autores como Paz M. de la

105 Vgr. Sentencia rad. 23157 30 de mayo de 2007, pero para un mayor desarrollo de este sub-criterio Roxin, Claus, op. cit. págs. 375 y ss.

106 Vgr. Sentencia rad. 28441 de 2 junio de 2008 y rad. 26409 4 de febrero de 2009, rad. 32174 2 de septiembre de 2009, rad. 34350 5 de agosto de 2010, rad. 36825 27 de julio de 2011, y rad. 36854 27 de febrero de 2012.

107 Vgr. Sentencia rad. 28441 de 2 de junio de 2008, rad. 29797 23 de septiembre de 2008 (23-09-08) y rad. 36854 27 de febrero de 2012.

Cuesta¹⁰⁸ establecen que dicha problemática debe estudiarse como parte del "riesgo permitido". No obstante, *no puede compartirse* la mencionada tesis habida cuenta que, tal y como se ha expresado en otro lugar¹⁰⁹, cuando se afirma la presencia de un "riesgo permitido" es porque la conducta *en verdad es peligrosa*, aunque aceptada social o jurídicamente. En cambio, ante lesiones insignificantes al bien jurídico o conductas inidóneas para poner en peligro el objeto de protección penal, lo ocurre es una situación diferente: *la inexistencia misma del riesgo*, lo que implica que ni el comportamiento desplegado, ni el resultado *ex post* acaecido le sea imputable al sujeto activo porque este *no habrá creado un riesgo jurídicamente desaprobado*, como escaño necesario de atribuibilidad objetiva. De esta manera, se ha fundamentado como tesis dogmática la siguiente:

Al igual que en el *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, la *imputación objetiva* podría derivarse y encontrar su fundamento en el *principio de lesividad* puesto que a partir de éste se restringe el tenor literal de los tipos penales que, en una primera lectura, encontrarían un sentido mucho más amplio del que debieran tener, reduciendo teleológicamente su espectro únicamente a conductas y resultados que impliquen la creación de riesgos jurídicamente desaprobados y en consecuencia a lesiones o puestas en peligro efectivas de bienes tutelados por el legislador penal. "*Desde el punto de vista de la política criminal, esa selección corresponde al legislador, pero el último control para su cumplimiento lo representan precisamente los principios que el mismo o las normas superiores brinda a los jueces penales*"¹¹⁰. En consecuencia, el *principio de lesividad* como todo principio, siguiendo en este sentido al profesor Robert Alexy, es formalmente un "*mandato de optimización*"¹¹¹; es decir, una orden del constituyente primario o legislador constitucional para realizar algo en la mejor y mayor medida de lo posible. ¿Pero cuál es el contenido de ese mandato? Limitar el *ius puniendi* y en general la facultad represora del Estado operativizándose de la siguiente manera¹¹²:

108 DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M. *Tipicidad e Imputación Objetiva IV*, Ediciones jurídicas cuyo, Mendoza, 1998.

109 PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ M, *Fundamentos de un esquema bipartito del delito*, Bogotá, Tirant Lo Blanch, 2019, capítulo 3.

110 FERNÁNDEZ, GONZALO D, *Bien jurídico y sistema del delito*, Op. Cit. p.255.

111 ALEXY, ROBERT, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, 1ª Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003. p. 95.

112 Aunque el principio de lesividad como garantía constitucional también limita la facultad creadora de sistemas de responsabilidad disciplinarios, fiscales y similares, en esta investigación sólo mostraremos el impacto que ejerce a nivel del Derecho Penal.

(...) la *lesividad* bajo la modalidad de principio *exige* la ocurrencia de un “*daño*” para la tipificación de una conducta como delito y para la emisión de un juicio positivo de responsabilidad penal. Ese requisito de “*daño*”¹¹³ se satisface con la “*lesión*” de bienes jurídicos o con, al menos, la “*puesta en peligro efectiva*” de los mismos. Así pues, sólo serán punibles los comportamientos que de alguna manera “*dañen*” los mencionados bienes al igual que únicamente responsables las personas que produzcan o ejecuten tales hechos. Pero, ¿qué conductas, entonces, de todas las que suceden en el mundo, podrían encajar en la exigencia de “*daño*”? Solamente las conductas riesgosas, porque el “*riesgo*”¹¹⁴ es la contingencia o proximidad un daño. Si un comportamiento o un evento cualquiera no es riesgoso carece entonces de la potencialidad necesaria para dañar y bajo las directrices del principio en comento no podría ser penalizado. Vemos, en ese orden de ideas, que a partir de la lesividad es posible derivar lógicamente el concepto de *creación de riesgo* que incluye el primero de los elementos de la imputación objetiva.

(...)

Pero, ¿cómo a partir del principio de lesividad podría justificarse la ubicación de la imputación objetiva? De la siguiente manera: el Derecho Penal tiene como función fundamental la protección de bienes jurídicos y los protege precisamente de lesiones o situaciones efectivamente peligrosas que pueda dañarlos. Para hacerlo, preceptúa de forma clara y expresa las conductas que estarán prohibidas penalmente mediante una técnica legislativa consistente en la elaboración de *tipos penales* donde se describe específicamente aquello que estará prohibido. Por ende, como a partir del principio de lesividad solamente las *conductas que*

113 El daño es sin lugar a dudas el desmejoramiento de una realidad o situación cualquiera que un hecho ocasiona a una persona. Ahora bien, trayendo a colación el concepto de daño construido por el profesor Juan Carlos Henao (que, si bien se hizo para el sistema de responsabilidad civil, nada impide su utilización como marco referencia o guía para el derecho penal) tendríamos que: “*daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil -imputación y fundamento del deber de reparar- se encuentran reunidos.*” Curiosamente, líneas más adelante enlaza dicho concepto de daño un el *accionar desaprobado* que, sin lugar a dudas, nos recuerda mucho el esquema de imputación penal que aquí se está explicando pues dice que su definición parte de considerar “*que el daño supone la lesión de un interés lícito o al menos no contrario a derecho*”. HENAO, JUAN CARLOS, *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N°28, 2015, Bogotá, p. 277-366.

114 *Diccionario de la Real Academia Española*, 23ª Edición, Espasa, Madrid, 2014.

generen daño serán las que se prohíban y además únicamente, según se explicó, generan daño las conductas que constituyen una "creación de riesgos", es más que evidente que la ubicación de la imputación objetiva tendrá que darse en el *tipo penal* pues es allí y sólo allí donde el legislador consigna los eventos que estarán prohibidos.

Continuando ahora con otro de los aspectos que debe ser fundamentado (...), ¿qué categorías dogmáticas surgen del *principio de lesividad* como contenido puntual de la *creación de un riesgo jurídicamente desaprobado*? En esencia, es posible enlazar los corolarios denominados subprincipios de peligro, lesividad y adecuación social en una sola categoría dogmática, antiguamente denominada como antijuridicidad material, pero que, para evitar confusiones dado el *desplazamiento* de la misma hasta el tipo penal objetivo, la llamaré simplemente "*lesividad del comportamiento*". Esta categoría dogmática o requisito esencial para la estructuración del primer nivel de imputación objetiva (es decir, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado) se satisface si y sólo si se producen cualquier de los siguientes eventos: (i) la lesión de un bien jurídico; o (ii) la puesta en peligro *efectivo* de dicho bien.

De la misma forma, es posible deducir el *aspecto negativo* o las *causales excluyentes* de la "*lesividad del comportamiento*" mediante la utilización de un recurso básico de la argumentación jurídica y consistente en la inferencia de ellas a partir del denominado *argumento a contrario sensu* según el cual dado un enunciado normativo que predica un supuesto de hecho y asigna una consecuencia jurídica a tal evento, es posible concluir "lo que se opone o es contrario al mismo, que por lógica no se comprende dentro de su significado."¹¹⁵ Así las cosas, no existirá lesividad cuando el comportamiento desplegado por el agente no lesione ni ponga en peligro efectivo el bien jurídicamente tutelado, y a su vez esa *ausencia de lesividad*, como contracara de su aspecto positivo, sea el producto de: (i) una actuación inocua o inidónea para lesionar el bien jurídicamente tutelado; (ii) un comportamiento peligroso pero cuyo riesgo sea insignificante; o (iii) se trate de una conducta socialmente adecuada.¹¹⁶

Finalmente, deben también señalarse los *efectos prácticos* que para el Sistema Acusatorio colombiano traería el asumir esta postura y también a nivel dogmático:

Primero: tanto para el juzgador como para el ente acusador sería supremamente sencillo decidir la causal de preclusión aplicable ante un caso concreto en el que

115 HALLIVIS PELAYO, MANUEL, *Teoría general de la interpretación*, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 387.

116 PELÁEZ MEJÍA, JOSÉ MARÍA, *Fundamentos de un Esquema Bipartito del Delito*, 1ª Edición, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 261 y ss.

faltara la lesividad puesto que sería la prevista en el numeral 4 del artículo 331 del C.P.P. y consistente en la atipicidad de la conducta investigada por carencia de imputación objetiva al **no crearse un riesgo** como nivel necesario de atribución de los comportamientos y los resultados a cualquier ser humano que vaya a ser juzgado a nivel penal.

Segundo: teniendo en cuenta que el “archivo de las diligencias” procede cuando “*la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito*”, en el entendido que dicha expresión “*corresponde a tipicidad objetiva*” (C-1154-2005), el ente acusador podría archivar las diligencias cuando se presentara una conducta carente de lesividad dado que tal circunstancia negaría la atribución objetiva del comportamiento como elemento de la tipicidad objetiva. Por supuesto¹⁷, esta postura va en contravía de la perspectiva que ha esgrimido la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la cual, por ser dogmáticamente errada y contrariar el precedente de la Corte Constitucional sentado en sentencia C-1154 de 2005, no puede compartirse.

Tercera: se podría excluir definitivamente la aplicación del *principio de oportunidad* para casos socialmente adecuados, insignificantes o inofensivos por cuanto dicha figura aplicaría según los artículos 322 y 323 del CPP únicamente (y a diferencia de la preclusión) para aquellos autores y partícipes de “*hechos que revistan las características de una conducta punible*”, siendo una conducta punible acorde el artículo 9 del CP toda acción u omisión *típica*, antijurídica y culpable, faltando justamente la tipicidad cuando el comportamiento investigado carece de lesividad. En consecuencia, mientras que la *preclusión* aplicaría para casos en los que *no existe un delito* o es imposible su demostración, el *principio de oportunidad* sería aplicable para toda hipótesis fáctica en la cual *sí haya existido una verdadera conducta punible*. Por lo tanto, de cierta forma, la preclusión sería un derecho del procesado y una obligación de la Fiscalía General de la Nación si tomamos en consideración el artículo 250 de la Constitución Política, mientras que el principio de oportunidad, por el contrario, constituiría en esencia un regalo, un obsequio y en general nada más que una potestad del ente acusador aplicable según las directrices de política criminal que estén operando en un momento determinado.

Cuarta: a partir de lo expuesto, toda teoría del caso defensiva que pretendiera

117 Auto de radicado 2007-0019 de julio 5 de 2007. Ref.: Exp. 11-001-02-30-015-2007-0019. M.P. Yesid Ramírez Bastidas. Literalmente, en dicha providencia, afirma la Corte que *no se puede archivar* “6.4.4. *Cuando se discute si existió o no lesión al bien jurídico*”. Consultado en: https://xperta-legis-co.sibulgem.unilibre.edu.co/visor/jurcol/jurcol_bf16ac0e438005644f98dae808c0d797633nf9

sustentar su tesis en cualquiera de las hipótesis de falta de lesividad tendría que invocar como razón jurídica para la solicitud de inocencia la *atipicidad del comportamiento* lo que le relevaría la carga de argumentar las restantes categorías del delito.

Quinta: no procedería la captura en flagrancia ni la imposición de medida de aseguramiento y mucho menos los preacuerdos y los allanamientos a cargos por casos de bagatela, inofensivos y socialmente adecuados dado que ambas instituciones jurídico procesales son aplicables tan solo cuando existen delitos y queda claro, conforme nuestra tesis, que todas esas hipótesis son *atípicas* por ausencia de lesividad y falta de imputación objetiva del comportamiento.

Sexta: finalmente, las tesis que aquí hemos asumido como correcta tendría un efecto importante en la teoría del error según pasa a explicarse: Cualquier desconocimiento sobre los hechos adecuables a la *lesividad del comportamiento* generará una ausencia de responsabilidad por error de tipo respecto al delito investigado en caso de que fuera invencible o aun siendo vencible no existiera modalidad culposa para el mismo. De esta manera, y a modo de ejemplo, si una persona hurtara un confite en un supermercado pensando que en efecto lo era porque tan solo quería comérselo, pero que resultó ser una preciada joya con forma de dulce de leche cuyo valor era tan grande que, si se hubiera perdido efectivamente, habría llevado a la desestabilización económica de la sucursal, no podría ser calificando simplemente como una *acción insignificante*. Sin embargo, dado que el sujeto activo pensó que en verdad se trataba de un simple chocolate podría predicarse un error de tipo, cuyo desconocimiento habría recaído sobre uno de los hechos adecuables al juicio de imputación objetiva y consistente en la *lesividad del comportamiento*, razón por la cual su actuar habría sido *atípico subjetivamente* por falta de dolo. Nótese que, si la lesividad se ubicara en un estadio posterior a la tipicidad objetiva, por ejemplo, en la antijuridicidad, no podría solucionarse satisfactoriamente este caso bajo la teoría del error de tipo, dado que tal eximente de responsabilidad sería examinada al estudiarse el dolo, y el dolo (como tipo subjetivo) estaría esquemáticamente ubicada antes del juicio de antijuridicidad, lo que permite afirmar que una tesis como la aquí demostrada, respecto a las otras, sería superior en lo atinente a la coherencia y la ausencia de contradicción que ella representa con relación a todo el sistema penal analizado en su conjunto.

4.2. ¿Cómo podría ser sustentada y asumida esta posición por el ente acusador o el funcionario jurisdiccional, teniendo en cuenta que la postura mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia – en doctrina probable, aunque no unánime – es aquella que considera la falta de lesividad como carencia de “antijuridicidad material”?

Para hacerlo tendría que elaborar como esquema argumentativo los pasos establecidos en la sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional y según la cual es posible para el Juzgador y demás funcionarios judiciales apartarse de la *doctrina probable* de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

Primero: si se cumple con la denominada *carga argumentativa de transparencia* desde donde se deriva la obligación inicial de reconocer la existencia de una postura mayoritaria por parte de la Alta Corporación Justicia en un determinado punto de derecho (y que en nuestro caso sería el de considerar la “ausencia de lesividad” como criterio negativo de “antijuridicidad material”), señalando luego de ello de manera expresa que se apartará de tal postura mayoritaria reemplazándola por una nueva tesis (que para nuestro problema jurídico en específico sería la de tomar la “ausencia de lesividad” como un criterio negativo de “tipicidad objetiva” por “falta de imputación jurídica del resultado” y no como una carencia de “antijuridicidad material”).

Segundo: si se cumple con la *carga de argumentación* (llamada en lógica jurídica como “principio de razón suficiente”¹¹⁸ y asociado íntimamente con el “deber de motivación”¹¹⁹ consagrado en la Constitución Política) a partir de la cual el funcionario tendrá que exponer las razones jurídicas que lo llevan a considerar su criterio hermenéutico como superior al precedente judicial desechado, “*ya que se prohíbe el cambio jurisprudencial discrecional*”¹²⁰, arbitrario o caprichoso dada la gran cantidad de principios constitucionales que están en juego. Esta última carga argumentativa se cumple cuando se presentan alguna de las siguientes hipótesis en torno al precedente del cual se apartará el funcionario jurisdiccional¹²¹: (i)

118 LEIBNIZ, GOTTFRIED W, *Monadología*, Buenos Aires, Ediciones Orbis, S.A. 1983, pp. 31. Sobre dicho principio expresó el filósofo alemán lo siguiente: “32. Y el de razón suficiente, en virtud del cual consideramos que no podría hallarse, ningún hecho verdadero o existente, ni ninguna Enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que así sea y no de otro modo.”

119 Como exigencia del Debido Proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política.

120 LÓPEZ MEDINA, DIEGO, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, segunda edición, 2008, pp. 85.

121 Sentencia C-836. Corte Constitucional. 9 de agosto de 2001. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>

eventuales equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial; (ii) una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares; (iii) cambios históricos frente a los que resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional

En torno al segundo punto de la *carga argumentativa*, habrá de decirse que el Juez o el Fiscal podrá tomar como fundamento para apartarse de la *doctrina probable* sentada por la Alta Corporación el hecho de que la tesis esgrimida en su mayoría por ella - y según la cual la "ausencia de lesividad" es un criterio negativo de "antijuridicidad material" - fue "*una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares*"¹²², dado que:

Primero: dicha postura se hace incompatible dogmáticamente con el ingreso de la teoría de la imputación objetiva a nuestro ordenamiento jurídico penal, cuyos cánones ya han sido sentados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Segundo: la misma Sala de Casación Penal ha aceptado en dos oportunidades [31362 (13-05-09) y 32872 (24-02-10)] tratar la "ausencia de lesividad" como un criterio negativo de "tipicidad objetiva" por falta de "imputación jurídica del resultado", razón por la cual se podría tomar también la argumentación de estos fallos como soporte para sustentar y justificar el apartarse de la postura mayoritaria de la Alta Corporación de Justicia y,

Tercero: el nuevo Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004, incluye como causal de terminación anormal del proceso bajo las modalidades de preclusión y archivo de las diligencias la "atipicidad objetiva" de la conducta y no la carencia de "antijuridicidad material", por lo cual el considerar la "ausencia de lesividad" como un asunto de tipicidad objetiva traería importantes efectos prácticos que viabilizaría la posibilidad jurídica de acudir con facilidad a tales instituciones normativas del procedimiento penal colombiano.

De esta manera, podría entonces el Juzgador o la Fiscalía optar por las posiciones sentadas en las sentencias 31362 (13-05-09) y 32872 (24-02-10), apartándose de la postura mayoritaria de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sentencia SU-047. Corte Constitucional. 29 de enero de 1999. Bogotá D.C. Colombia. M.P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU047-99.htm>.

5. Conclusiones.

5.1. La doctrina jurisprudencial anterior a los radicados 31362 (13-05-09) y 32872 (24-02-10) y posterior a ella ha sido unánime en equiparar la “ausencia de lesividad” con la “antijuridicidad material”, por lo que tal postura se constituye en *doctrina probable*.

5.2. Los cambios introducidos por la teoría de la imputación objetiva en la configuración de la teoría del delito y por el sistema penal acusatorio, exigen repensar la ubicación sistemática de la “ausencia de lesividad” de las conductas.

5.3. La postura de la Corte Suprema de Justicia en torno a considerar la “falta de lesividad” como un criterio negativo de imputación objetiva y por ende de tipicidad objetiva se encuentra acorde con los últimos desarrollos doctrinales del tema y brinda pautas coherentes de aplicación del derecho procesal penal. Así mismo, esta tesis dado que hasta ahora tiene pocas reiteraciones constituye un mero criterio auxiliar, pero que puede ser utilizado como fundamento para apartarse de la doctrina mayoritaria de la Corte, máxime, cuando en sentencia SP15490, rad. 47862, del 27 de septiembre del 2017, la Sala de Casación Penal, explícitamente afirma que la *lesividad* y su ausencia pueden estudiarse en la tipicidad o en la antijuridicidad, lo que plantea un marco de movilidad interpretativa para el Juzgador.

5.4. La tesis mayoritaria de la Sala de Casación Penal según la cual la “ausencia de lesividad” es un criterio negativo de “antijuridicidad material” *impide* aplicar la *preclusión* antes esos eventos y también el *archivo de las diligencias* puesto que no existe causal aplicable para aquellas conductas carentes de antijuridicidad material, pero sí para las que son “atípicas” a nivel objetivo. Por lo tanto, dicha postura dogmática sería sistemáticamente incorrecta e inconsecuente – desde el punto de vista de la imputación objetiva – y poca práctica a nivel de la praxis judicial y procesal.

Bibliografía.

- ALEXY, R. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BARAJAS CONDE, D. J., PELÁEZ MEJÍA, J. M. Y SILVIA REYES, A. *Significado, alcance, criterios de imputación objetiva*. Cúcuta, Universidad Libre Seccional Cúcuta, 2013.
- COPI, I., Y COHEN, C. *Introducción a la lógica*. México D.F, Limusa, 2013.
- DE LA CUESTA, P. *Tipicidad e imputación objetiva*. Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.
- Diccionario de la Real Academia Española. Madrid, Espasa, 2014.
- El Espectador. *Hombre que robó cubo de caldo podría pagar hasta 6 años de cárcel*. 14 de junio de 2012, obtenido de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/hombre-robo-cubo-de-caldo-podria-pagar-hasta-6-anos-de-articulo-353160>
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. *Derecho penal parte general, Teoría del delito y de la Pena*. Bogotá D.C, Ibáñez, 2011.
- FERNÁNDEZ., G. *Bien Jurídico y Sistema del delito*. Buenos Aires, B de F, 2004.
- FRISCH, W. *Comportamiento Típico e Imputación del Resultado*. (J. C. Contreras, & J. L. Murillo, Trads.) Barcelona, Marcial Pons, 2004.
- GÓMEZ LÓPEZ, J. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Bogotá D.C., Ediciones Doctrina, 2005.
- HALLIVIS PELAYO, M. *Teoría general de la interpretación*. México, Editorial Porrúa, 2012.
- HENAO, J. C. "Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado". *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 2015, pp. 277-366.
- JAKOBS, G. *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (J. y. Cuello Contreras, Trad.) Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho pena, Parte general*. Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1981.
- LEIBNIZ, G. *Monadología*. Buenos Aires, Ediciones Orbis, 1983
- LÓPEZ MEDINA, D. *El derecho de los jueces* (Segunda edición ed.). Bogotá: Legis, 2008.
- LUZÓN PEÑA, D. *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, Reppertor, 2011.

- MIR PUIG, S. *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, pp. 2-19, 2003. Obtenido de <http://criminet.ugr.es/recpc/05/recpc05-05.pdf>
- MOLINA FERNÁNDEZ, F. *Antijuridicidad penal y sistema de delito*. Barcelona, J.M. Bosch, 2001.
- PELÁEZ MEJÍA, J. M. *Fundamentos de un esquema bipartito del delito* (Primera ed.). Tirant Lo Blanch, 2019.
- REYES ECHANDÍA, A. *Derecho penal, Parte general*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1972.
- RIGHI, E. *Derecho penal, Parte general*. Argentina, Abeledo-Perrot, 2013.
- ROXIN, C. *Derecho penal, Parte General*. (D. M. Luzón Peña, M. D. Conlledo, & J. d. Remesal, Trads.) Madrid, Civitas, 1997.
- ROXÍN, C. *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. (F. Muñoz Conde, Trad.) Buenos Aires, Hammurabi, 2002.
- RUEDA MARTIN, M. *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*. Barcelona, Bosch, 2002.
- RUSCONI, M. *Derecho penal, Parte general*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2016.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F. *Derecho penal, Parte General*. Medellín, Comlibros, 2009.
- WELZEL, H. *Derecho penal, Parte general*. Buenos Aires, Roque Depalma, 1956.
- WITTGENSTEIN, L. *Investigaciones filosóficas*. Madrid, Trotta, 2017.
- ZAFFARONI, E., ALAGIA, A., Y SLOKAR, A. *Derecho penal, Parte General*. Buenos Aires, Ediar, 2002.

Legislación.

- Constitución Política, Asamblea Nacional Constituyente, *Por la cual se crea la Constitución Política de Colombia*. Bogotá D.C, Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991.
- Ley 169 de 1896. Diario Oficial No 10.235, del 14 de enero de 1897.
- Ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44.097, del 24 de julio del 2000.
- Ley 906 de 2004. Diario Oficial No. 45.658, del 1 de septiembre de 2004.

Jurisprudencia.

- Corte Constitucional. Sentencia C-1154/2005 del 15 de noviembre de 2005, Referencia:

- expedientes D-5705 y D-5712, M.P.: Manuel José Cepeda Espinoza.
- Corte Constitucional. Sentencia C-836/2001, del 9 de agosto de 2001, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional. Sentencia C-920/2007, del 7 de noviembre de 2007, referencia: expediente D-6722, M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C.,
- Corte Constitucional. Sentencia SU-047/1999, del 29 de enero de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Suprema de Justicia. Auto AP1529-2016, del 16 de marzo de 2016, rad. 44679, M.P.: Eyder Patiño Cabrera.
- Corte Suprema de Justicia. Auto AP27873-2007, del 27 de agosto de 2007, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. Auto AP6363-2015, del 28 de octubre de 2015, rad. 42949, M.P.: Eyder Patiño Cabrera.
- Corte Suprema de Justicia. Auto AP6930-2016, del 5 de octubre de 2016, rad. 45851, M.P.: Patricia Salazar Cuellar.
- Corte Suprema de Justicia. Auto del 17 de junio de 2009, rad. 31537, M.P.: Augusto José Ibáñez Guzmán.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 18 de febrero de 2003, rad. 16262, M.P.: Fernando Enrique Arboleda Ripoll.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 15 de septiembre de 2004, rad. 21064, M.P.: Sigifredo Espinosa Pérez.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 21 de octubre de 2009, rad. 29655, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de noviembre de 2007, rad. 27650, M.P.: Sigifredo Espinoza Pérez.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de agosto de 2007, rad. 27388, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de julio de 2009, rad. 31531, M.P.: Yesid Ramírez Bastidas.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 13 de mayo de 2009, rad. 31362, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP14190-2016, del 2 de noviembre de 2016, rad. 40089, M.P.: José Francisco Acuña Vizcaya.
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP153-2017, del 18 de enero de 2017, rad.

47100, M.P.: Patricia Salazar Cuellar.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP9235-2014, del 16 de julio de 2014, rad.

41800, M.P.: Gustavo Enrique Malo.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia SP9245-2014, del 16 de julio de 2014, rad.

44.043, M.P.: José Luis Barceló Camacho.