

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LA TEORÍA DEL DELITO. ORIGEN E IMPLICACIONES DE UNA FORMA DE INTERPRETACIÓN DE LA DOGMÁTICA

*Leonardo Cruz Bolívar**

I. INTRODUCCIÓN

La interpretación del derecho penal orientado a una finalidad específica tiene ya bastante tiempo de aparición. Desde las épocas de VON LISZT¹, seguidor del pensamiento de tendencia positivista del también alemán VON IHERING, es identificable una tendencia a interpretar el derecho de acuerdo con unos fines determinados.

Los planteamientos de VON LISZT en cuanto a la pena no tuvieron mucha acogida en su época, sólo tiempo después la idea de política criminal fue replanteada por el profesor de la universidad de Munich CLAUS ROXIN como concepto fundamentador del derecho penal, esto es, hacia los años sesenta del pasado siglo se retomó el concepto y se ha venido desarrollando en diferentes vertientes.

Cuando descendía el auge positivista, hacia 1940, la dogmática trató de retomar el rumbo hacia una perspectiva de interpretación bajo la influencia neokantiana, y buscó

* Profesor de derecho penal, Universidad Externado de Colombia.

1. Cfr. VON LISZT. *A la idea de fin en el derecho penal*, Chile, Edeval, pp. 63 y ss. En el mismo sentido, CARLOS PÉREZ DEL VALLE. *Las categorías dogmáticas en el funcionalismo penal*.

infructuosamente que el delito se estructurara con base en conceptos valorativos. La razón por la cual esa búsqueda no dio el resultado esperado fue principalmente que el cómo, el por qué y el referente desde donde valorar no tuvo claridad.

El derecho penal y, por ende, la teoría del delito se perdían en el causalismo valorativo de los años cuarenta en un decadente positivismo y unas tímidas intenciones valorativistas que no llegaron a concretarse en un sistema coherente, específico y autónomo, que se separara del causalismo y construyera un concepto más abierto pero a su vez definido del delito.

Apareció entonces en la escena el profesor de la universidad de BONN, HANS WELZEL, con su finalismo, y quien estuvo cerca de acabar con cualquier aspiración valorativista en el derecho penal, pues construyó una idea de derecho penal en la cual el legislador estaba limitado por la *naturaleza de las cosas*, concepto muy criticado y que tenía como elemento visible las llamadas *estructuras lógico-objetivas*, invariables por el legislador, inamovibles por constituir el *ser* de las cosas. Su fundamento filosófico sin ocultarse se encontró en el derecho natural y los conceptos aristotélicos.

Este sistema llevó a que el derecho penal se pensara como una ínsula que tiene algunas conexiones con la sociedad; mas, sin embargo, y acaso en contra de su propio sistema, WELZEL abrió la posibilidad de utilizar la llamada teoría de la adecuación social, correctivo que permitía al intérprete establecer que una determinada conducta podía no entrar en el derecho penal –por atipicidad en algún momento, por antijuridicidad en otro– analizando si esa conducta era aceptada socialmente. A pesar de lo interesante de esta postura, ella no llegó a calar en su mismo promotor, y terminó diluyéndose en la lucha que éste libraba en contra del causalismo y los problemas que su propia teoría del delito tenía en el ámbito del delito imprudente y la omisión².

Precisamente a partir de las críticas y controversias que se suscitaron al interior del finalismo, y ante todo en la cotronversia entre éstos y los causalistas, se llegó a un punto en el que no se encontraba una respuesta convincente de cómo enfrentar al derecho penal de la segunda mitad del siglo, más aún cuando la Constitución alemana de 1949 y el derecho constitucional europeo avanzaban hacia el desarrollo del Estado social y democrático de derecho. Ante la decadencia de la dogmática como simple ordenación lógica o la tendencia de un derecho penal sin contacto social, se retomó la idea de una derecho penal valorativista, basado en buena parte en los mismos conceptos del neokantismo de los años treinta y cuarenta, respetando algunas construcciones del finalismo; pero llegando hasta el punto de no aceptar la dogmática por sí misma, sino orientándola a los fines del derecho penal, los cuales no podían ser diferentes de los fines del Estado³.

2. MANUEL CANCIO MELIÁ. *Los orígenes de la adecuación social*, Bogotá, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, 1995.

3. CLAUS ROXIN. *Política criminal y sistema de derecho penal*, Introducción de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, p. 13.

Sobre esta base es que principalmente CLAUS ROXIN y sus seguidores⁴ construyen un sistema de derecho penal que se orienta a la política criminal, concepto este que si bien, como se dijo al inicio de este escrito, surgió de la mente visionaria de VON LISZT, en la actualidad está delimitado y definido por la Constitución Política y ante todo en un sistema democrático que genera la interpretación de lo que *debe ser el derecho penal* –normativismo– y, por consiguiente, sus respectivos contenidos.

Así, el propósito de ROXIN en este aspecto estaría definido en *introducir en el sistema de derecho penal las decisiones valorativas de naturaleza político-criminal*⁵.

Un planteamiento de estas características tiene como primera consecuencia el auge en la importancia que se le otorgue a la teoría de la pena⁶, pues el sentido y fin que se le dé a ésta están igualmente marcados por la visión constitucional que se tenga de la misma. Es por tal razón que los tratados de derecho penal posteriores a los años setenta, como los de CLAUS ROXIN o GÜNTHER JAKOBS comienzan con la definición, delimitación y búsqueda de sentido de la pena, aunque, es muy importante sostenerlo, en el segundo de los tratadistas la idea que fundamenta el derecho penal y en torno al que éste gira está dada en la sociedad y su composición, más que en la Constitución Política en sí misma, aunque no pretende evadirla.

Esta tendencia así planteada podría entenderse como un funcionalismo constitucional, que parte de una idea de sistema, entendido por ROXIN, recurriendo a KANT como *la unidad de diversos conocimientos bajo una sola idea, una integridad de conocimiento orientada según principios*⁷ y en tal propuesta la política criminal basada en la Constitución es la idea fundamental sobre la que el derecho penal gira, siendo asistemática cualquier institución o categoría dogmática o interpretativa que no sea armónica con la Constitución, como norma superior y máxima aspiración del deber ser del Estado.

El punto de conexión de esta tendencia con el pensamiento penal colombiano se dio por la difusión que han tenido autores de habla hispana como, y sólo a título de ejemplo, SANTIAGO MIR PUIG, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, JUAN BUSTOS RAMÍREZ o HERNÁN HORMAZÁBAL MALARCÉE, seguidores y discípulos del profesor ROXIN. Estos autores, entrando en la coyuntura de la promulgación de la Constitución española de 1978 hicieron

-
4. Es ROXIN el gestor de esta forma de aparición de la interpretación y visión del derecho penal. Cfr. SANTIAGO MIR PUIG. *Tratado de derecho penal*, 1996, p. 108.
 5. AMELUNG KNUT. “Contribución a la crítica del sistema jurídico penal de orientación político criminal de ROXIN”, en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, trabajo orientado por BERND SCHÜNEMANN, p. 95.
 6. Cfr. HANS JOACHIM RUDOLPHI. “El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal” en *El sistema de derecho penal: cuestiones fundamentales*, trabajo orientado por BERND SCHÜNEMANN, p. 83.
 7. CLAUS ROXIN. “Contestación”, en *Política criminal y nuevo derecho penal*, libro homenaje a Claus Roxin, p. 37.

el ejercicio de adentrar las interpretaciones del derecho penal español, ávido de tendencias democráticas ante la terminación de la larga dictadura franquista, al marco constitucional nuevo, práctica que se consolida en buena parte con la expedición del código penal de ese país, hacia 1995. Igualmente difundieron las ideas fundamentales de ROXIN, que apuntan a un derecho penal constitucional, y como consecuencia de esto implicaría centrar la teoría del delito en el concepto de bien jurídico.

En la actualidad es sabido que en nuestro país, en la exposición de motivos que hiciera el Fiscal General de la Nación⁸ al expedir los proyectos de Código Penal se tenía el objetivo de llegar a encauzar la legislación penal en el régimen constitucional propuesto por la Constitución Política, y de otra parte, sectores de la doctrina plantean la dogmática en un sentido político-criminal y constitucional⁹.

Es, pues, preponderante la sistematización del derecho penal en torno a ideas fundamentales, las cuales deben ser, para algunos sectores, ante todo, dependientes de una política criminal, entendida a partir de la Constitución Política, hecho que al tener exponentes del pensamiento penal contemporáneo en Colombia, siguiendo el camino de algunos tratadistas alemanes y españoles ha llevado a que incluso la huella de tal tendencia se vea en la recién aprobada Ley 599 de 2000.

I. LA INFLUENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA TEORÍA DEL DELITO

A. LA TIPICIDAD

1. PRINCIPIO DE TIPICIDAD

Aunque los conceptos básicos de la tripartición del delito –tipicidad antijuridicidad y culpabilidad– siguen inamovibles en el delito desde su formulación a fines del siglo XIX, es claro que sus contenidos sí han variado sustancialmente en la medida que la ciencia penal se ha transformado gracias a la influencia de diferentes tendencias filosóficas y sociológicas.

8. Cfr. *Proyecto por el cual se expide el Código Penal. Exposición de motivos*, Fiscalía General de la Nación de Colombia, 1998.

9. Entre otros, GÓMEZ PAVAJEAU. *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Gustavo Ibáñez. Del mismo autor: *El principio de la antijuridicidad material. Regulación y aplicación*, Jurídica Radar, 1993. Igual sentido sigue con GERARDO BARBOSA CASTILLO. *Bien jurídico y derechos fundamentales*, monografías de derecho penal, Universidad Externado de Colombia. ESIQUIO SÁNCHEZ HERRERA. *Dogmática penal fundada en los principios constitucionales con orientación a las consecuencias*. AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN. *Apuntes de derecho penal*, 2.^ª ed., Jurídica Ibáñez. *El nuevo derecho penal. Control de constitucionalidad. Estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, MARTHA LUCÍA ZAMORA, MIGUEL CÓRDOBA y otros, Forum Pacis, 1993.

Así, el principio de tipicidad pasó de ser simplemente la exigencia de una descripción previa, general y abstracta que el legislador hiciera de una conducta, a tener elementos más complejos y garantizadores, gracias a las exigencias inspiradas en un régimen social y democrático de derecho.

2. EL TRATAMIENTO DEL TIPO PENAL

Los conceptos básicos del derecho penal en el marco de la tipicidad han tenido importantes transformaciones para acomodarse a las exigencias constitucionales; sólo a título de ejemplo se puede observar el caso del deber y la posición de garante en la omisión, las llamadas normas penales en blanco y el desarrollo del concepto de tipicidad inequívoca.

Si la Constitución enmarca el Estado como social, implica de suyo que la ley sea accesible, de manera real y efectiva, a cada uno de los ciudadanos que conforman la comunidad; luego, se trata de un tipo de garantía en el que se busca que la norma tenga una descripción clara, amplia, en una palabra, democrática, de las conductas punibles.

Igual puede decirse de los llamados elementos normativos del tipo, que presuponen la valoración que hace el intérprete. No se trata sólo de abstenerse de realizar interpretaciones *in malam partem*, sino de realizar la integración del tipo respetando el sentido garantista y democrático de éste. Un ejemplo de esta clase de prácticas se da en el ámbito del derecho penal económico, en donde en ocasiones se recurre a resoluciones administrativas, cuando tales no tienen un nivel legislativo. Semejante clase de interpretaciones son extrañas a un tipo penal propio de la Constitución, como la colombiana que pretende acercarse a un Estado social de derecho, lo cual ha sido ya puesto de manifiesto por la Corte Constitucional en decisión C-599 de 1999, y se pretende desarrollar en el nuevo Código Penal¹⁰.

En síntesis, sólo una concepción de tipo como instituto y de tipicidad como principio que responda a una idea proporcionada y con sentido social, que tenga en cuenta la necesidad democrática de manejar la definición de la conducta punible y no sólo el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*, es correspondiente con la Constitución Política.

Una diferencia básica de las interpretaciones que se venían haciendo en relación con la Constitución y la ley en esta forma de interpretación es que no se pretende hacer simples declaraciones de principios, sino de concretar, de hacer la Constitución Política, por esto esta tendencia del conocido como derecho penal constitucional está más cerca de la jurisprudencia y de aplicación concreta de la ley que de las grandes elaboraciones de principios rayanos en la metafísica, que normalmente quedan lejos de lo real. Al aplicar la ley, al juzgar, al imponer una pena estas concepciones adquieren

10. Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, p. 56.

vida, mas allá de su simple formulación en la ley, se trata de un método dinámico que adquiere vida no tanto al momento de su enunciación, como sí en el de su aplicación.

B. LA ANTIJURIDICIDAD

1. PRINCIPIO DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Se entiende como un principio en cuyo contenido se encuentra aquello que para algunas corrientes es el elemento más esencial del delito: le lesión o puesta en peligro a un bien jurídico tutelado por el legislador¹¹. Desde la perspectiva de autores como ROXIN, y sus seguidores, el fundamento del delito lo encontramos precisamente en este ámbito, mientras que para otras tendencias como la iniciada por WELZEL y seguida por autores como KAUFMANN o JAKOBS, el derecho penal no se ocupa de las lesiones a bienes jurídicos, como sí de las lesiones a deberes jurídicamente relevantes.

Así, para quienes plantean o defienden un referente constitucional permanente del derecho penal, la antijuridicidad como principio es acaso la génesis del derecho penal mismo y la función del derecho penal como protector –subsidiario– de bienes jurídicos; está delimitada a partir de la Constitución, de cuya inspiración deberán perfilarse los bienes jurídicos por proteger, las sanciones a la lesión de los mismos, la negación a protección de bienes difusos o basados en la moralidad¹².

B. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO DEL DELITO

Previo al análisis de lo que se conoce como causales de justificación del hecho existe la primera causal de exclusión de antijuridicidad material, cual es la ausencia de resultado, entendido éste como lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la ley. Esta modalidad de antijuridicidad existe en Colombia desde el Código Penal de 1980, sin que en ese momento se siguiera necesariamente un derecho penal perfilado a la interpretación de los fines del Estado. La consagración de este principio se debió más al seguimiento del esquema neoclásico del derecho penal y las influencias dogmáticas que para la época se generaran en Colombia¹³, que a la adscripción a un derecho penal basado en ideas constitucionales, propias de un Estado social y democrático de derecho.

Como segunda hipótesis de exclusión de la antijuridicidad encontramos las causales de justificación, sobre las cuales se ha llegado a pensar, con sentido más formal y

11. BUSTOS RAMÍREZ, HORMAZÁBAL MALARÉE. *Lecciones de derecho penal*, Trotta, 1997, p. 145. En cuanto a la noción de bien jurídico, p. 58.

12. Cfr. SANTIAGO MIR PUIG. *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, p. 159.

13. Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *El principio de antijuridicidad material*, 2.ª ed., Jurídica Radar, 1993, p. 84.

menos material, que tienen como fundamento para eximir el segundo presupuesto estructural del delito, el choque o conflicto de bienes jurídicos, postulado que desde luego no es equivocado, pero que no dice nada acerca de lo que en esencia se busca con dichas causales excluyentes.

El sustento concreto del tratamiento de las causales de justificación, desde una perspectiva más político-criminal, puede entenderse desde la resolución de conflictos¹⁴, buscando los principios establecidos constitucional y legalmente. Ejemplo de esos principios puede ser la proporcionalidad tratada por el Estado de necesidad y la legítima defensa o el concepto de deber jurídico en la causal cumplimiento de un deber, pues este último sólo puede ser definido en la Constitución y la ley para que su ejercicio permita su prevalencia sobre el desvalor de lesionar un bien jurídico determinado¹⁵.

C. LA CULPABILIDAD

1. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La enunciación de culpabilidad como principio la podemos sintetizar como la imputación del injusto, hecho típico y antijurídico, a su autor¹⁶, que se hace imprescindible para la imposición de la pena, ha sido tal vez el elemento estructural del delito que más se ha visto afectado en el derecho penal a raíz de los últimos movimientos dogmáticos¹⁷.

Un concepto de culpabilidad que pretende adscribirse a un régimen de Estado social y democrático lo encontramos desde un comienzo en CLAUS ROXIN, quien plantea la culpabilidad como principio a partir de darle la denominación de responsabilidad, sosteniendo que *quien cumple los requisitos que hacen aparecer como responsable una acción típicamente antijurídica se hace acreedor, desde los parámetros del derecho penal, a una pena...*¹⁸.

Conjuntamente con este concepto sobresale como agregado lo relativo a la necesidad de pena, concepto propuesto por ROXIN desde sus primeros tiempos¹⁹, éste está ligado al fin de la pena que, como se sabe, tiene raigambre político-criminal y fundamenta la totalidad del sistema en ROXIN, de donde se deduce que tiene un fundamento constitucional que puede desarrollarse con plena libertad si se sigue el camino de ROXIN y de sus seguidores de habla hispana.

14. CLAUS ROXIN. *Derecho Penal*. Parte General, Civitas, 1997, p. 574. En el mismo sentido también ROXIN, en *Política criminal y sistema de derecho penal*, Bosch, 1972, p. 55.

15. Cfr. MIR PUIG. Ob. cit., p. 414.

16. *Ibíd.*, p. 541.

17. Cfr. PÉREZ DEL VALLE. Ob. cit., p. 321.

18. ROXIN. *Tratado...* cit., p. 791.

19. Cfr. CLAUS ROXIN. *La determinación de la pena a la luz de la teoría de los fines de la pena*, Reus, 1980, p. 105.

En referencia al principio de culpabilidad es interesante cómo uno de los autores más cuestionados por su supuesta contrariedad a un sistema fundamentado en un Estado de derecho material, GÜNTER JAKOBS²⁰, plantea la existencia del principio de culpabilidad desde el principio de dignidad humana, acogiendo decisiones del Tribunal Constitucional Federal, en palabras del autor: *la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena*²¹. Llama la atención que quien ha llegado a ser calificado como el más separado del garantismo constitucional recurre al Estado de derecho material para estructurar en concreto el principio de culpabilidad en su muy polémica teoría del delito.

2. LA CULPABILIDAD COMO TERCER ELEMENTO DEL DELITO

Independiente de si seguimos a ROXIN o no, en la actualidad la culpabilidad es una entidad que no puede verse desprendida de la Constitución y la forma de Estado que ésta adopte, precisamente por ser el presupuesto de la pena preventiva.

En dos de los autores más representativos de nuestra época, ya mencionados, el binomio culpabilidad-prevención es prácticamente inseparable²².

En CLAUS ROXIN se plantea el principio de culpabilidad de forma dinámica como *actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa*; esta noción parte de los conceptos de prevención unificadora y necesidad de pena, acercándose a los requisitos emanados de la Constitución no sólo como principio, tal como aparece en JAKOBS, sino también como elemento concreto del delito.

En este punto el profesor de la universidad de Munich argumenta que su visión de la culpabilidad como elemento del delito, fundamentada en la función preventiva de la pena, se acerca a los conceptos de funcionalistas como GÜNTER JAKOBS, “pero salvaguarda mejor que éstos la función de protección liberal propia de un Estado social de derecho del principio de culpabilidad. Pues para el mismo la culpabilidad no depende de necesidades preventivo-especiales o preventivo-generales vagas y cambiantes, reales o presuntas, sino de la capacidad de control del sujeto y con ello de un criterio de constatación empírica que pone límite a la potestad punitiva del Estado”²³.

20. MUÑOZ CONDE. *Derecho penal, control social*, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 26 y ss.

21. GÜNTER JAKOBS. “El principio de culpabilidad”, en *Estudios de derecho penal*, Universidad Autónoma de Madrid, Civitas, 1.ª ed., 1997.

22. Como simple ejemplo de ello las publicaciones: CLAUS ROXIN. *Culpabilidad y prevención en derecho penal*, Reus, 1980. GÜNTER JAKOBS. “Culpabilidad y prevención”, originalmente publicado en alemán en 1976, y publicado recientemente en *Estudios de derecho penal*, ya citado, p. 73.

23. ROXIN, *Tratado...*, cit., p. 807. En las nociones de culpabilidad en este autor, según su propia mención, encontramos la influencia de VON LISZT, NOLL, GIMBERNAT, HENKEL; en el caso de HENKEL y NOLL no se encuentra mayor difusión en habla hispana.

En sentido armónico con los anteriores planteamientos acerca de la función específica de la culpabilidad como elemento del delito se encuentra BUSTOS RAMÍREZ quien plantea un concepto que puede entenderse como *dobles exigibilidad*, pues parte del hecho de aceptar el concepto de *exigibilidad de otra conducta* sólo cuando el Estado y sus poderes públicos pueden igualmente garantizar que al ciudadano se le puede exigir una salida conforme a la norma en una situación concreta, sólo cuando el Estado cumpla con sus deberes constitucionales, puede exigírseles concretamente al ciudadano, parecen decir los autores²⁴.

Vista de esta forma la culpabilidad como responsabilidad podemos aceptar tal planteamiento o continuar con la noción que se venía conociendo en el Código Penal de 1980, con sus elementos estructurales. Pero independientemente de una posición u otra, no pueden aplicarse en un caso concreto ninguno de los dos modelos dogmáticos, si se separan de una función preventiva de la pena. Podrían existir ejemplos de tal visión de la culpabilidad en la aplicación de la teoría del error de prohibición, instituto imposible de desarrollar sin atender criterios de prevención basados en la Constitución Política como son la proporcionalidad y principalmente la igualdad, pues ésta debe entenderse desde la perspectiva de la similitud en la oportunidad de conocer la norma de prohibición, v. gr., no es igual la exigencia de conocer, comprender e interpretar la norma penal exigible a un profesional integrado en la sociedad con acceso limitado a toda clase de información, que a un campesino que difícilmente logra comprender textos escritos debido en buena parte a las falencias que el Estado tiene en la educación de las zonas rurales apartadas. Esto puede implicar simple y llanamente que en ciertos casos se admita la configuración del error de prohibición y en otros no, adoptando la interpretación dinámica del principio de igualdad que ha desarrollado la Corte Constitucional recurriendo, entre otros elementos, a los tratados internacionales sobre derechos humanos²⁵.

24. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE. Ob. cit., p. 155.

25. Sentencia T-422 de 1992 del 19 de junio de 1992, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

