

LA PROTECCIÓN DEL MEDIOAMBIENTE A TRAVÉS DE LOS DELITOS ACUMULATIVOS EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

*Carlos Alberto Jiménez Cabarcas**

Resumen: El artículo se encuentra dirigido al estudio de los delitos acumulativos, siendo esta una figura jurídico penal, que se erige como una alternativa instituida por el Derecho penal moderno, encaminada a la atribución de responsabilidad penal, desafiando los postulados dispuestos por la ciencia penal clásica, con la finalidad de satisfacer las exigencias sociales, de penalización de sujetos que realicen comportamientos que de cualquier modo atenten contra el medioambiente. Para lo cual, se aborda la importancia que la sociedad posmoderna le ha atribuido al medioambiente, de manera que resulta para los Estados un bien jurídico de tal importancia, que no en pocos eventos, se recurre al empleo del poder punitivo para su resguardo jurídico, destacando que la protección del medioambiente por la vía penal es un fenómeno que ha cobrado importancia a nivel global en las últimas décadas. Así mismo, se cubren los esfuerzos que se deben hacer para que dicha aplicación sancionatoria no resulte en un desconocimiento de derechos fundamentales reconocidos y

* Abogado y especialista en Derecho Penal de la Universidad del Norte, Magíster en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas, de la Universidad Externado de Colombia; docente de Derecho penal en la Corporación Universitaria Americana. Barranquilla, Colombia. Correo-e: cajc0586@gmail.com. Fecha de recepción: 19 de abril de 2017. Fecha de modificación: 26 de mayo de 2017. Fecha de aceptación: 31 de agosto de 2017. Para citar el artículo: CARLOS ALBERTO JIMÉNEZ CABARCAS. “La protección del medio ambiente a través de los delitos acumulativos en el Derecho penal colombiano”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 38, n.º 104, enero-junio de 2017, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 203-242. DOI: <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.07>

garantizados por el ordenamiento jurídico colombiano. Para ello, se indaga en los orígenes de esta figura jurídica, en su contexto, contrastándola con las circunstancias jurídicas en las que el poder punitivo se aplica en Colombia, recalcando que en el orden jurídico local existen principios, como el de anti-juridicidad material, el cual tiene como núcleo la efectiva protección de bienes jurídicos, que resultan irrenunciables, valorándose las implicaciones que trae consigo la aplicación de sanciones a través de los delitos acumulativos, a la luz de estos principios fundamentales.

Palabras clave: Bien Jurídico, Antijuridicidad Material, Delito Acumulativo, Medioambiente, Derecho penal moderno, Derecho penal nuclear, Bien jurídico colectivo, Flexibilización de garantías, Bagatela, Estado constitucional.

THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT THROUGH CUMULATIVE CRIMES IN COLOMBIAN CRIMINAL LAW

Abstract: The article is aimed at the study of Cumulative Crimes, which is a criminal legal figure, that stands as an alternative instituted by the modern criminal law, directed at the attribution of criminal responsibility, challenging the postulates provided by classical criminal science, with the purpose of satisfying the social demands, of criminalization of subjects that perform behaviors, that in any way injuring the environment. In order to do so, it addresses the importance posed by the postmodern society to the environment, in such a way that, for the States, it is a juridical asset of such importance that, not in a few events, the use of the punitive power for Its legal safeguard, emphasizing that the protection of the environment by criminal means, is a phenomenon that has gained importance at the global level in the last decades. It also covers the efforts that must be made, to ensure that this sanctioning application does not result in the disregard of fundamental rights recognized and guaranteed by the Colombian legal system. For this reason, it is investigated in the context of this legal figure in its context, contrasting it with the legal circumstances in which the punitive power is applied in Colombia, emphasizing that in the local legal order, there are principles, such as material antijuricity, Which has as its core, the effective protection of legal assets, which are unwavering, valuing the implications of the application of sanctions through cumulative offenses, through the importance of these fundamental principles.

Keywords: Juridical Asset, Material Antijuricity, Cumulative Crimes, Environment, Modern Criminal Law, Nuclear Criminal Law, Collective Juridical Asset, Flexible Guarantees, Trifling Crime, Constitutional State.

INTRODUCCIÓN

Siendo por mucho tiempo los temas ecológicos y del medioambiente ajenos a la disciplina penal, sus especiales características sugieren el empleo de mecanismos alternativos de imputación, como lo son los delitos acumulativos, razón por la cual resulta imperativo conocer los alcances con los que cuentan las autoridades estatales para restringir, mediante el empleo del poder punitivo, las conductas humanas con potencialidad de generar contaminación medioambiental, sobre todo aquellas sobre las cuales no existe capacidad de lesionar o, siquiera, poner en peligro garantías ecológicas.

Para estudiar esta problemática, resulta imperioso conocer los parámetros establecidos en la disciplina del Derecho penal, para poder condenar atentados contra ciertos valores para la humanidad, como lo es el medioambiente. Así las cosas, debe entenderse qué función cumple el Derecho penal cuando censura conductas, ante lo cual, en el ordenamiento jurídico colombiano, y gran parte de la doctrina especializada internacional, lo responde con que es la protección de bienes jurídicos.

Bajo esta óptica, debe existir claridad sobre los siguientes interrogantes: ¿resulta legítima la intervención penal para proteger cualquier bien jurídico?, ¿qué papel juega la Constitución Política de Colombia (1991) en la protección del medioambiente?, ¿cualquier atentado contra el medioambiente faculta la intromisión punitiva estatal?, ¿qué debe verificar el juez penal colombiano al imponer una sanción penal respecto de comportamientos que atenten contra el medioambiente?, ¿son sinónimos las expresiones Derecho penal medioambiental y Derecho penal moderno?, ¿qué debe entenderse por Derecho penal moderno?, ¿en Colombia se aplica el Derecho penal moderno?, ¿qué relación existe entre el Derecho penal moderno y los delitos acumulativos?, ¿cómo se definen los delitos acumulativos?, ¿por qué y bajo qué contexto surgen los delitos acumulativos?, ¿qué relación existe entre las acciones prohibidas por los delitos acumulativos y el bien jurídico?, ¿puede el poder punitivo ser empleado para proteger otra cosa que bienes jurídicos?, ¿resulta ajustado al orden constitucional colombiano el empleo de los delitos acumulativos?

1. MEDIOAMBIENTE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN ESTATAL

La protección del medioambiente ha sido misión solo de los Estados posmodernos, puesto que desde la antigüedad el hombre disponía de los recursos naturales sin ningún tipo de conciencia sobre los efectos que estas actividades causarían a largo plazo para la sociedad, es decir para las generaciones futuras. Casi como si se cumpliera el mandato divino del Capítulo 1, versículo 28 del Génesis de la Biblia cristiana, que reza “(...) les dijo Dios: Fructificad y multiplicaos; y henchid la tierra y sojuzgadla; y tened dominio sobre los peces del mar, y sobre las aves de los cielos y sobre todas las bestias que se mueven sobre la tierra”.

Como concepto, la Unesco ha definido al medioambiente como “todo aquello que rodea al ser humano y que comprende: elementos naturales, tanto físicos como biológicos; elementos artificiales (las tecno estructuras); elementos sociales, y las interacciones de todos estos elementos entre sí”¹. Bajo esta definición, resultaría imperativo que los Estados implementen políticas orientadas a la protección de este valor universal²; sin embargo, la incolumidad del medioambiente resulta solo una visión fantasiosa en la sociedad actual, ya que el estilo de vida del hombre de la posmodernidad occidental requiere de la explotación en demasía, de recursos naturales no renovables, lo que en últimas se traduce en vulneración de estos elementos necesarios para la subsistencia humana.

Más precisamente en Colombia, el medioambiente obtiene reconocimiento como valor digno de protección. Desde la suscripción de sendos tratados en torno a la protección del ecosistema³, como la incorporación en el texto constitucional de disposiciones explícitas a favor de la protección del medioambiente⁴, y en el ámbito de la legislación interna, el artículo cuarto de la Ley 472 de 1998 dispone que el goce a un ambiente sano, el equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales, la conservación de las especies animales y vegetales, así como los demás intereses de la comunidad son derechos e intereses colectivos.

Por lo que, al ser el medioambiente un interés digno de protección estatal, lo convierte en un bien jurídico, así la vía punitiva no sea la empleada para resguardarlo, como bien lo destaca el profesor catalán Santiago Mir: “Existen intereses de los ciudadanos que merecen protección por el Derecho y que, por tanto, merecen considerarse ‘bienes jurídicos’, que, sin embargo, no tienen la relevancia suficiente para merecer la protección más dura del Derecho penal”⁵.

-
- 1 VICENTE SANCHEZ. *Glosario de Términos Sobre Medio Ambiente*, Santiago de Chile, Unesco, 1989, p. 63.
 - 2 En contra de la implementación de políticas estatales dirigidas al conservacionismo ecológico, se destacan quienes consideran que estas posturas desvían la atención al problema más grande que enfrenta la sociedad, como lo es el subdesarrollo económico, siendo este sinónimo de pobreza. Cuestionando el moderno pensamiento eco-céntrico, el cual conlleva a sentir mayor empatía con un animal silvestre o una planta exótica, que con nuestros pares humanos, de manera que nos sentimos más ofendidos con la muerte de un animal que con las enfermedades de un niño por la carencia de agua potable, situación que puede superarse, no con la adecuación de zonas verdes, sino con el desarrollo económico. Cfr. WILFRED BECKERMAN. *Lo pequeño es estúpido*, Madrid, Editorial Debate, 1996, pp. 217-236.
 - 3 Por nombrar algunos, se encuentran la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano de 1972, el Convenio de Ramsar (Irán) de 1971 sobre la protección de los humedales y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992.
 - 4 Artículos 1, 8, 58, 79, 80, 95-8 de la Constitución Política de Colombia de 1991.
 - 5 SANTIAGO MIR PUIG. *Derecho Penal*, Parte General, quinta edición, Barcelona, Tecfoto S.L., 1998, p. 91.

Sin perjuicio de que el medioambiente sea un bien jurídico, y que el Estado propende por su protección, no significa esto que toda acción que contra él atente deba ser desestimada, ya que la Constitución Política dispone en su artículo 333 que la actividad económica y la iniciativa privada son libres; sin embargo, la Corte Constitucional ha dispuesto que:

(...) el derecho al ambiente sano no es absoluto, ni es de aplicación irrestricta, toda vez que la Carta Política no adopta un modelo puramente conservacionista respecto del medioambiente. De lo anterior se deduce que existe una tensión entre la protección del ambiente y el desarrollo económico, ya que se trata de bienes jurídicos igualmente protegidos por la Constitución Política, cuyo contenido no es absoluto⁶.

Precisamente esta tensión existente entre los derechos a la libertad de empresa, junto al derecho al libre desarrollo de la personalidad (como motor de acción del individuo), y el derecho al disfrute del medioambiente, debe llegar a un justo equilibrio, de manera que se pueda disponer razonablemente de los recursos naturales sin eliminar la posibilidad de que las generaciones futuras puedan disfrutar del ambiente natural, siendo este balance el denominado “desarrollo sostenible”.

En búsqueda de un adecuado empleo de los recursos naturales, el Estado se ve en la obligación de disponer de normas penales con el fin de desincentivar conductas que lesionen al medioambiente. Particularmente en Colombia, antes de la Constitución de 1991, se defendía una tesis tan antropocéntrica, que las disposiciones penales que en el Código Penal de 1980 (Decreto 100) referidas a conductas lesivas a los recursos naturales, se encontraban en el Capítulo Segundo (artículos del 242 al 247), del Título VII, referido al bien jurídico del “Orden Económico y Social”, es decir, el medioambiente importaba en la medida en que era útil para la industria, siendo visto el ecosistema únicamente como materia prima. Solo a partir de la Ley 491 de 1999, ya encontrándose en vigencia la Constitución Verde (de 1991), se dispuso remover dichos delitos de ese Título y crearles un Título especial, el III Bis, referido específicamente al bien jurídico de los “Recursos Naturales y el Ambiente”, en el cual, además de contar con nuevas disposiciones generales aplicables únicamente a estos delitos (artículos 247A, 247B, 247C, 247D, 247E, 247F y 247G), incrementó las penas, los verbos rectores y dispuso nuevos delitos (245Bis de la Omisión de Información) y modalidades delictivas (247A creó la modalidad culposa).

6 Corte Constitucional. Sentencia C-035 de 2016, Magistrada Ponente: GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

2. DERECHO PENAL MODERNO

No es fortuito que en Colombia, solo en las últimas décadas, se haya empezado a emplear políticas públicas en propensión al medioambiente. Ya que los movimientos ecológicos han hecho eco a lo largo y ancho del planeta, independientemente de que se trate de estados con tendencia liberal⁷ o tendencia social⁸. Siendo entonces el bien jurídico medioambiente lo que la doctrina especializada denomina “Derechos por especificación del contenido”⁹, como lo son también los bienes jurídicos de la integridad de la información y los datos¹⁰, de las minorías raciales¹¹, los derechos reforzados de la niñez¹² y las mujeres¹³. Es decir que la importancia al medioambiente se encuentra dada por el cambio de mentalidad de la comunidad internacional en general, respecto a la necesidad de preservar las condiciones de vida para las generaciones futuras.

A pesar de que pueda resultar novedoso el hecho de que el poder punitivo sea empleado en la protección del medioambiente, no por esto significa que deban trastocarse las bases propias del Derecho penal nuclear o *Kernstrafrechts*¹⁴, para hacer que funcione. Toda vez que se trata de un bien jurídico colectivo, como lo es también la administración pública (protegido mediante la tipificación de delitos como el peculado) o la administración de justicia (protegido mediante la tipificación de delitos como el prevaricato), propios de las codificaciones penales más antiguas, como lo

7 En el Estado liberal el Derecho penal era empleado para proteger los derechos personales más importantes de los individuos, como lo son la vida, las libertades individuales y bienes, a través de la menor inferencia posible sobre las garantías de los ciudadanos, siendo entonces característicos del Estado liberal los bienes jurídicos individuales.

8 En el Estado Social, el estado es intervencionista, dejando de ser un guardián de fronteras para centrarse en la satisfacción de las necesidades de los asociados. Pasando a ser el individuo, “un sujeto titular de ciertas necesidades básicas, que en todo caso deben ser cubiertas”: CARLOS BERNAL. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, cuarta edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 445. Siendo propios del Estado Social los bienes jurídicos colectivos encaminados a garantizar las condiciones en las cuales el individuo puede realizar sus libertades, destacándose los derechos económicos, sociales y culturales.

9 CARLOS GÓMEZ y GERARDO BARBOSA. *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 33.

10 En Colombia, mediante la Ley 1273 de 2009, se dispuso la creación de un bien jurídico exclusivo denominado “De la protección de la información y de los datos”.

11 En Colombia, mediante la Ley 1482 de 2011, se dispusieron penas en contra los actos de discriminación.

12 En Colombia, mediante la Ley 1098 de 2006, se dispusieron incrementos punitivos y restricción de beneficios, a quienes sean sindicados y/o condenados por delitos cometidos contra menores.

13 En Colombia, mediante la Ley 1257 de 2008 y la Ley 1761 de 2011, se reforzó la tutela penal contra actos cometidos contra mujeres.

14 WINFRIED HASSEMER. “Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45, Mes 1, 1992, Madrid, Ministerio de Justicia Español, p. 243.

es el Código de Hammurabi¹⁵ y las disposiciones legales del Derecho Romano¹⁶. Por lo tanto, el Derecho penal clásico o nuclear puede emplearse sin modificaciones, para proteger el bien jurídico del medioambiente, ya que este podría ser objeto de vulneración, tanto por lesión como por puesta en peligro.

No obstante, los ordenamientos jurídicos penales han optado por engrandecer a los bienes jurídicos colectivos, no solo el medioambiente, de manera que cualquier atentado contra estos resulta tan catastrófico que las garantías propias del Derecho penal nuclear resultan estorbosas para evitar un desenlace fatal, por lo que se ha dispuesto desprender al Derecho penal clásico de sus garantías más fundamentales, para poder saciar la sed de justicia que exige la sociedad. De manera que los bienes jurídicos colectivos resultan más importantes que los bienes jurídicos individuales, toda vez que se sacrifican los derechos del individuo, aplicándosele sanciones penales, ignorando pilares tanto en lo sustancial¹⁷ como en lo procesal¹⁸, para proteger derechos colectivos.

En un esfuerzo por permitir la coexistencia de un Derecho penal clásico y un Derecho penal moderno, Silva Sánchez distingue tres clases de Derecho penal: uno de primera velocidad, uno de segunda velocidad y uno de tercera velocidad¹⁹. El de la primera velocidad es un Derecho penal nuclear (en el que la sanción es la privación

15 En el Código de Hammurabi se disponían sanciones, tanto para el juez que cambie su decisión, como para el particular que presente una denuncia falsa, como una forma de proteger, no solo derechos individuales sino universales, como podríamos en los mencionados casos, referirnos al bien jurídico colectivo de la administración de justicia.

16 Delitos como el cohecho, la malversación y la prevaricación se encontraban contemplados en el Derecho romano, y modernamente en el Código Penal bávaro de Feuerbach, y en el Código Penal español de 1822, cuyas bases se utilizaron para la redacción de los delitos cometidos por los funcionarios en los códigos penales del siglo XIX en toda Latinoamérica. Cfr. CARLOS CASTRO. "Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva", en *Dikaion Revista de Actualidad Jurídica*, 2006, Bogotá, Universidad de La Sabana, p. 203.

17 En sentencias de fecha 18 de diciembre de 2003, rad. 16823, así mismo en decisión de 9 de noviembre de 2006, rad. 23327, y en providencia n.º 40169 del 28 de agosto de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia pregona la penalización de conductas que únicamente son peligrosas en abstracto, o constitutivas a lo mucho, como actos preparatorios, para salvaguardar bienes jurídicos colectivos. Así mismo, en materia penal-medioambiental, en Sentencia 47504 de 2016, esta corporación flexibiliza el principio de taxatividad del tipo penal al completar el tipo penal con normas de inferior jerarquía que la ley (en el caso concreto con lo dispuesto en el Decreto 2811 de 1974).

18 La Corte Constitucional, en Sentencia C-554 de 2001, propende por la relativización del principio *non bis in idem* cuando se encuentre de por medio un bien jurídico colectivo (en el caso concreto el de la salud pública, a través de la penalización del narcotráfico). La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en decisión n.º 32138 del 12 de diciembre de 2012, dispone que el principio de cosa juzgada no es absoluto y debe ceder ante intereses colectivos. En providencia n.º 23327 del 6 de noviembre de 2006, la Honorable Corte Suprema de Justicia avaló diligencias de allanamiento y registro arbitrarias, en detrimento de los derechos a la intimidad e inviolabilidad de domicilio, cuando se procura proteger bienes jurídicos colectivos.

19 Cfr. JESÚS-MARÍA SILVA. *La Expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., Madrid, Civitas, p. 159.

de la libertad, pero con un estricto respeto por las garantías del Derecho penal clásico); un Derecho penal de segunda velocidad, en el que los principios son levemente flexibilizados, así mismo reducidas la intensidad de la pena a imponer (no hay penas de privación de la libertad, por lo que es doble la flexibilización de las garantías del investigado), y un Derecho penal de tercera velocidad (con similitudes al Derecho penal del Enemigo, de Jakobs²⁰), en el que se aplican penas de cárcel (propio del Derecho penal de primera velocidad) y desapego a las garantías fundamentales del Derecho penal decimonónico (como se hace en el Derecho penal de segunda velocidad), pero que no pretende su permanencia en el tiempo, puesto que es destinado a casos excepcionales (guerras, conflictos extraordinarios, etc.).

Queda entonces el Derecho penal moderno en lo que Silva Sánchez denomina “Derecho penal de segunda velocidad”, dado que hay intervención penal, con relativización de garantías, sin que de esta forma se vea afectado el Derecho penal nuclear, clásico o, en palabras de Silva Sánchez, de “primera velocidad”, considerando que sus principios son manejados de manera separada. Sin embargo, en Colombia, esta segunda velocidad sí incluye pena de prisión, por lo que no puede hablarse de que dicho modelo, presentado por Silva Sánchez, es el aplicado en nuestro sistema jurídico.

Respecto a la flexibilización de garantías penales, referidas a la “protección” del bien jurídico ecológico, la Corte Constitucional, en Sentencia C-320 de 1998, en estudio de la constitucionalidad del Proyecto de Ley 235/96 Senado-154/96 Cámara “Por la cual se establece el seguro ecológico, se modifica el Código Penal y se dictan otras disposiciones” (el cual fue finalmente aprobado mediante la expedición de la Ley 491 de 1999), señaló que el problema jurídico tratado recaía, respecto de lo que nos ocupa, en el hecho de que se modificaba el delito de explotación o exploración ilícita minera o petrolera, tipificado en el artículo 244 del Código Penal del 1980 (vigente en esa época), el cual le disponía sanción penal a quien ilícitamente explotó yacimiento minero. La controversia no versaba por habersele agregado cuatro verbos rectores adicionales (en el tipo penal original la conducta era únicamente explotar, mientras que en el proyecto bajo estudio de constitucionalidad se le agregó conductas de explorar, transformar, beneficiarse y transportar), tampoco el hecho de que las ahora múltiples conductas recaían no solo sobre yacimiento minero, sino también sobre el recurso minero. Fue el haber dispuesto como condición expresa, el hecho de que la conducta debía ocasionar grave daño a los ecosistemas.

La Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “y ocasione daño grave en los ecosistemas”, al considerar que esta exigencia novedosa contrariaba los fines

20 Para Jakobs, la sociedad debe reprimir al enemigo, entendido este como aquel sujeto que “no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”: GÜNTHER JAKOBS. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, p. 47.

del Estado de preservar el medioambiente, al osar el legislador a que sea necesario ocasionar un daño para irrumpir con la potente fuerza del poder punitivo, cuando la Corte manifiesta lo siguiente:

La aminoración de la antijuridicidad que la norma objetada comporta, viola la Constitución Política que exige al legislador asegurar la efectiva protección del ambiente, tanto mediante la prevención del daño ambiental –prohibición de la exploración o explotación ilícitas– como también sancionando las conductas que generen daño ecológico²¹.

Interpretación que prescinde del principio de antijuridicidad material, ya que si bien el tipo penal, en su redacción original, no exigía expresamente la ocurrencia de un daño grave a los ecosistemas, el juez de un Estado constitucional, antes de atribuir responsabilidad penal debía verificar que dicho comportamiento típico lesionara o generara un peligro efectivo al bien jurídico penal tutelado²², el cual en el caso del tipo penal de explotación o exploración ilícita minera o petrolera, no era otro que el medioambiente. Sin embargo, con lo consignado en la Sentencia C-320 de 1998, se le concede el permiso al juez de que ignore la verificación de la antijuridicidad material que comporte el actuar típico, no solo para el delito de explotación o explotación ilícita minera o petrolera, sino para cualquier otro delito que atente contra el medioambiente, es decir, que se vuelva un juez del Estado legalista, es decir el juez de Montesquieu, un juez boca de la ley (*bouche de la loi*).

Se evidencia que varios derechos y garantías, que antes se mostraban como rígidos y estables, hoy se encuentran flexibilizados, lo que pone en duda las garantías constitucionales del individuo, las cuales se vislumbra como ceden a favor de las garantías colectivas, por lo cual le asiste la razón a Ferrajoli cuando expresa:

Si tuviera que aportar una definición jurídica de globalización, la definiría como un vacío de Derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política²³.

21 Corte Constitucional, Sentencia C-320 de 1998, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

22 En los Estados constitucionales, la tarea de los jueces es hacer prevalecer los preceptos fundamentales plasmados en la norma de normas, es decir “ni más ni menos que se ha entregado a los tribunales la responsabilidad última de cuidar y defender el orden constitucional de valores”: OTTO BACHOF. *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 42. En este sentido, deberá confirmar que la restricción de libertades (imposición de pena) responda efectivamente a un fin constitucionalmente legítimo (protección de bienes jurídicos).

23 LUIGI FERRAJOLI. “Criminalidad y Globalización”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, Tomo IV, volumen 1, 2015, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), p. 654.

Por estas razones, se puede extraer de lo anteriormente expuesto, que por Derecho penal moderno podemos entender la relativización de las garantías penales, encaminadas a imponer sanciones a comportamientos que de cualquier forma, en abstracto o en concreto, amenacen bienes jurídicos colectivos. Estos bienes jurídicos tan variados, como lo pueden ser la salud pública, la seguridad pública, el medioambiente, el tratamiento informático de datos, castigando, entre otras, el terrorismo y la criminalidad organizada²⁴. Lo que supone la vulneración del Principio General del Derecho, según Kant, visto que se concibe un notorio desequilibrio entre las libertades individuales y las de la comunidad, toda vez que se “protegen” las garantías colectivas, en detrimento de las individuales²⁵.

Esta concepción se basa en que la justificación de la intervención penal viene dada por la importancia que tiene el bien jurídico penal colectivo. Situación que no se desconoce; es más, se comparte, ya que incluso el más acérrimo defensor del Derecho penal nuclear por encima del moderno, Winfried Hassemer, reconoce la importancia de que el Derecho penal acoja en su seno bienes jurídicos universales²⁶. Sin embargo, la legitimidad de la represión penal debe sostenerse, además de, en la importancia del bien jurídico a proteger, en que la vía penal resulta la más efectiva para materializar dicha protección.

Lo anterior en consideración a que “(...) el propósito del Derecho Penal no es la guarda llana y simple de los bienes jurídicos, sino su *protección respecto de comportamientos específicos*, desvalorados en abstracto, de los cuales pueda seguir una lesión efectiva o su puesta en peligro”²⁷ (destacado fuera de texto), donde en la misma función del Derecho penal, se encuentran en armonía los conceptos de bien jurídico con el principio de fragmentariedad, de manera que no es solo sancionar porque se vulneró el bien jurídico, sino porque esa acción mediante la cual se quebrantó la garantía, debe ser desincentivada y el Derecho penal es la mejor forma de hacerlo, reitero, para esa acción en particular.

Nuestra honorable Corte Constitucional ha sido inconsistente respecto a lo que se requiere para la legitimidad de la intervención penal: por un lado, dispone como requisito de la punición, no solo la importancia del bien jurídico, sino también que esta

24 Cfr. WINFRIED HASSEMER. “Perspectivas del Derecho penal futuro”, en *Revista Penal*, enero 1998, Barcelona, Editorial Praxis, p. 37.

25 Cfr. CARLOS BERNAL. Ob. cit., p. 329.

26 “Este Derecho penal básico no está limitado a bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad, la salud, el honor o el patrimonio. Como ya es tradición en el Derecho penal, están incluidos también aquellos bienes jurídicos universales que en última instancia realizan los intereses de los ciudadanos, en tanto que si su protección no pueden vivir con otros en sociedad.”: HASSEMER. *Perspectivas del Derecho penal futuro*. Ob. cit., p. 41.

27 GÓMEZ y BARBOSA. Ob. cit., p. 101.

restricción preserve el disfrute de las garantías²⁸ o, dicho de otra forma, que resulte adecuado para brindar los fines de protección que se persiguen²⁹; sin embargo, son mucho más recurrentes los pronunciamientos de esta misma corporación en los cuales dispone como único requisito de la restricción por la vía penal, la importancia del bien jurídico, cuando dispone que si a juicio del legislador, un hecho grave lesiona o pone en peligro intereses sociales importantes y debe, por lo mismo, automáticamente, sancionarse de forma severa³⁰, cuando respecto a los medios empleados para la protección de bienes jurídicos “importantísimos” (vida del *nasciturus*), necesariamente debe incluir la adopción de normas penales³¹.

Por lo anterior, en Colombia, el bien jurídico medioambiente, sobre el cual las posturas a favor respecto a su protección son prácticamente unánimes, es decir, no son sonoras las voces que despotrican de la idea de que se deben emplear las políticas públicas para salvaguardar el medioambiente, encenrándose en el ordenamiento jurídico colombiano gran número de disposiciones legales que amenazan con pena comportamientos que atenten contra su integridad. Sin embargo, teniendo en cuenta la maximización que se ha hecho de la importancia de los bienes jurídicos ecológicos, se ha recurrido a mecanismos de imputación que desafían las alternativas clásicas propuestas y defendidas por el Derecho penal nuclear, dentro de las cuales se encuentran los delitos acumulativos.

3. DELITO ACUMULATIVO

3.1. Alternativa para la protección de los bienes jurídicos ecológicos

Una de las formas en las cuales se materializa el moderno Derecho penal es dándoles dimensiones astronómicas a los bienes jurídicos colectivos, de manera que se conciben tan colosales que resultan incólumes ante actos individuales, es decir, los procesos de criminalización no solo permiten identificar bienes jurídicos *sui generis*, de naturaleza a menudo supraindividual, sino, ante todo, una progresiva amplitud de los contextos temporales y espaciales del disfrute de los bienes jurídicos clásicos, que cada vez devienen más genéricos³², como bien expone Hassemer: “una política

28 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 1995, Magistrado Sustanciador: Alejandro Martínez Caballero.

29 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 2003, M. P.: Jaime Araújo Rentería.

30 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-549 de 1992, M. P.: Simón Rodríguez Rodríguez.

31 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-133 de 1994, Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell.

32 Cfr. ANTONIO GARCÍA-PABLOS. *Introducción al Derecho Penal*, Vol. 1, quinta edición, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2012, p. 219.

criminal moderna y divagadora también daña el concepto tradicional de bienes jurídicos vagos y demasiado generalizables”³³.

El adjetivo *demasiado generalizable* es preciso y ajustado a la concepción que, autores como Kuhlen³⁴ tienen de los bienes jurídicos del Derecho penal moderno, al afirmar que muchos de los riesgos de las sociedades modernas no están dados por cuenta de acciones individuales³⁵. Bajo esta premisa, el deterioro ambiental no se debe a acciones individuales, ya que el autor afirma que estas resultan insignificantes, no solo a la luz del Derecho penal sino, incluso, del Derecho administrativo sancionador (ámbito legal en general). Así mismo, la importancia que representa el medioambiente para la sociedad obliga al legislador a emplear el poder punitivo como mecanismo de protección de estas garantías ecológicas, para lo cual debe recurrir a figuras jurídicas que permitan sancionar atentados materialmente leves, que no alcanzan a peligrar en abstracto al medioambiente³⁶.

Lo anterior, muy a pesar de que el autor alemán considera que el medioambiente como tal no es un bien jurídico, sino solo un concepto que agrupa los verdaderos bienes jurídicos ecológicos, como lo son el agua, el aire y el suelo³⁷. Referente de esto, el Código Penal Alemán dispone tipos penales específicos destinados a cada una de estas garantías, de manera que se encuentra tipificado el delito de Contaminación de Aguas en el artículo 324, el de Contaminación de Suelos en el artículo 324a, y el de Contaminación del Aire en el artículo 325. Llama la atención como luego de aceptar una fragmentación o sectorización de una garantía colectiva tan compleja, como lo es el medioambiente, dividiéndola en tres subgrupos (agua, aire y suelo), aún considere que dichos bienes jurídicos, independientemente concebidos, resultan tan amplios que no se pueda aceptar su vulneración mediante acciones individuales³⁸.

33 WINFRIED HASSEMER. “Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal”, en *La teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Ediciones jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 96.

34 Jurista alemán, principal defensor del empleo de los delitos acumulativos ante atentados contra bienes jurídicos ecológicos.

35 Cfr. LOTHAR KUHLEN. “Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 105, n.º 4, 1993, Berlin, Walter de Gruyter GmbH, p. 699.

36 Cfr. *Ibidem.*, p. 699.

37 Cfr. *Ibidem.*, p. 702.

38 En contra de las posturas que niegan la posibilidad de lesionar a los bienes jurídicos colectivos mediante acciones individuales, se encuentran quienes defienden la tesis de que los bienes jurídicos colectivos operan como unidades de valor funcional dentro de subsistemas, que trabajan de manera armónica en el sistema social. Y solo luego de este ejercicio de desenmarañar la compleja interacción de estas unidades de valor funcional, a favor de los subsistemas a los que pertenecen (administración pública, administración de justicia, orden económico, etc.), se podrá vislumbrar la afectación del bien jurídico colectivo por accionares particulares. Cfr. SUSANA SOTO. “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 58, Mes 3, 2005, Madrid, Ministerio de Justicia Español, p. 909.

Lo anterior, en consideración a la imposibilidad de delimitar físicamente el bien jurídico colectivo, de manera que, por ejemplo, en las aguas se niega la viabilidad de considerar, bien sea una fuente de agua, un riachuelo, etcétera, como bienes jurídicos, ya que esto nos llevaría a concluir que los titulares de esta garantía son la flora y la fauna que se abastecen y dependen de dicho cuerpo de agua, situación que, considera Kuhlén, rayaría con un “eco-centrismo intolerable”³⁹. Así las cosas, las aguas como bien jurídico encuentran su titularidad en las generaciones futuras⁴⁰, en concordancia con su visión según la cual los actos individuales, aquellos que pueden ser condenados a través del empleo del poder punitivo, no causan efectos empíricamente perceptibles sobre estos valores universales, sino que la única forma en que estas actuaciones (individuales) puedan resultar de importancia para el Derecho penal, es si se acumulan con otras idénticas cometidas por otros sujetos. Por lo cual, la acción sancionada tendrá efectos a futuro, no afectando la salud o vida de ninguna persona en el momento de los hechos, sino a los que se vean imposibilitados de disfrutar de esta garantía en tiempos ulteriores.

En este sentido, debe acudir a mecanismos que puedan servir para desincentivar conductas potencialmente dañinas al medioambiente, sin perjuicio de que con estas se atente contra los principios clásicos de imputación de responsabilidad penal⁴¹, toda vez que el deterioro ambiental se ha presentado de manera tan progresiva y universal, que se vuelve imposible, guiados por las premisas del Derecho penal liberal, adjudicar un resultado a un comportamiento individual⁴². En este orden de ideas, debe el legislador acudir a los cálculos estadísticos para identificar, con base en las probabilidades, cuáles comportamientos realizados individualmente constituyen un riesgo para el bien jurídico ecológico, cuando esta acción sea repetida por otros miembros de la sociedad⁴³.

Materializándose el concepto de los Delitos Acumulativos (*Kumulationsdelikt*), también denominados de efecto *sumativo*⁴⁴, como aquellos que

Permiten sancionar penalmente una conducta individual aun cuando ésta no sea por sí misma lesiva del bien jurídico (ni lo ponga por sí misma en peligro relevante), si se cuenta con la posibilidad cierta de que dicha conducta –*per se* no lesiva– se realice también por otros sujetos y el conjunto de comportamientos sí vaya a acabar lesionando el correspondiente bien jurídico⁴⁵.

39 Cfr. KUHLEN. “Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en ob. cit., p. 715.

40 Cfr. *Ibidem.*, p. 725.

41 Cfr. *Ibidem.*, p. 725.

42 Cfr. *Ibidem.*, p. 719.

43 Cfr. *Ibidem.*, p. 716.

44 Cfr. GARCÍA-PABLOS. Ob. cit., p. 220.

45 SILVA. Ob. cit., p. 131.

Para Kuhlen, este mecanismo de punición se encuentra previsto principalmente para sancionar el delito establecido en el artículo 324 del Código Penal Alemán, referido a la Contaminación de Aguas⁴⁶. Sin embargo, desde la perspectiva que nos trae, no en el Derecho penal, sino la disciplina medioambiental, encontramos que el ecosistema se ve afectado por cuenta de los denominados “impactos ambientales”, los cuales pueden presentarse de diferentes modos, uno de estos, por la interrelación de acciones y/o efectos; de esta manera, pueden identificarse: impactos simples, impactos acumulativos e impactos sinérgicos. Según el primero, es individualizado, sus consecuencias no se interrelacionan con otras del mismo agente, ni de otro. De acuerdo con el segundo, los efectos negativos se van agravando en la medida en que la persona que los ocasiona, lo hace de manera leve y reiterada con el paso del tiempo. Por último, el impacto sinérgico comprende pluralidad de agentes, quienes de manera individual causan un daño, aparentemente leve, el cual, sumado con los efectos de los otros actores, produce consecuencias peores a las realizadas por cada uno de los intervinientes de manera individual⁴⁷.

Traídos estos tipos de impactos ambientales al plano del Derecho penal, encontramos que los impactos simples son propios de las conductas de ejecución instantánea, los impactos acumulativos propios del delito continuado, y finalmente el impacto sinérgico comprende el Delito Acumulativo. No obstante, teniendo en cuenta la enorme dimensión que Kuhlen les otorga a las aguas como bien jurídico medioambiental, solo concibe su afectación por cuenta del impacto sinérgico o delito de acumulación.

3.2. Alternativa de protección de bienes jurídicos colectivos en general

Por fuera del ámbito del delito de Contaminación de Aguas, los delitos acumulativos también han sido defendidos como un mecanismo eficaz, para proteger otros bienes jurídicos medioambientales, como su propio precursor lo establece, ante las críticas recibidas desde posturas compaginables con la escuela de Frankfurt, cuando expresa que el Delito Acumulativo “podría ser una opción seria si se entendiera que los delitos de acumulación son una rara excepción circunscrita al ámbito de los delitos contra el medioambiente”⁴⁸.

Se destaca del aparte citado, que Kuhlen concibe esta categoría delictiva como una “rara excepción” para proteger los bienes jurídicos ecológicos; sin embargo, esta

46 Quien ilícitamente contamine aguas o de otra manera cambie sus características desventajosamente, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (2) La tentativa es punible. (3) Si el autor actúa culposamente, el castigo será de pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa.

47 Cfr. VICENTE CONESA FERNÁNDEZ-VITORA. *Guía Metodológica para la Evaluación del Impacto Ambiental*, 4ª ed., Madrid, Mundi-Prensa S.A., 2010, p. 249.

48 LOTHAR KUHLEN. “Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito”, en *Límites al derecho penal: Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, Barcelona, Atelier, p. 228.

visión se ha ido ampliando de manera progresiva, de manera que ya no es una rara excepción para autores como Hefendehl, quien considera que “(...) es justamente en la esfera de los delitos contra el medioambiente donde resulta apropiada la precisión acerca de un así llamado delito de acumulación”⁴⁹. En similar sentido se pronuncia Frisch, quien reconoce el papel importante que puede desempeñar el Derecho penal en aras de la protección al medioambiente, y defiende la idea de que “(...) es razonable prohibir explícitamente lo no permitido según el Derecho público y cuando tenga cierto peso o por efecto acumulativo pueda suponer un peligro para los medios naturales, castigarlo con pena”⁵⁰.

Proponiendo Frisch un cambio en la tipificación del delito instituido en el artículo 325 del Código Penal Alemán, referido a la Contaminación del Aire, el cual exige que las sustancias emitidas sean: “Apropiadas para perjudicar (...) la salud de otro, de animales, plantas u otras cosas de valor significativo”, ya que considera que estas sanciones “son poco relevantes para el macroclima”, por lo que propone que se penalice el daño acumulativo del aire: “la idea aquí es prohibir penalmente la emisión de sustancias que –a través de variados efectos cumulativos– ponen en peligro la integridad de la atmósfera y en última instancia amenazan con conducir a un drástico cambio climático”⁵¹.

Ampliando en mayor medida el concepto de Delito Acumulativo, Rafael Alcácer, profesor de la Universidad Complutense (España), le resta el valor de ser una figura innovadora, y lo presenta como la forma en que se vienen sancionando, desde siempre, los ataques contra los bienes jurídicos colectivos, cuando afirma:

Los efectos cumulativos no son ni exclusivos del medioambiente ni tan novedosos en Derecho penal, sino que precisamente constituyen el núcleo de lo injusto en todos los delitos conformados en torno a esos bienes jurídicos institucionales, los cuales, por definición, no son susceptibles de lesión por una acción individual⁵².

De manera que el Delito Acumulativo pasó de ser una fórmula empleada para el delito de Contaminación de Aguas del Código Penal Alemán, para dirigirse, de forma excepcional a los delitos ambientales, y de ese punto a ser la forma común en que se debe comprender la imputación de delitos contra bienes jurídicos colectivos. Es

49 ROLAND HEFENDEHL. “Derecho Penal medioambiental ¿por qué o cómo?”, en *Estudios Públicos*, n.º 110, 2008, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos (CEP), p. 172.

50 WOLFGANG FRISCH. “Derecho penal y Protección del Clima”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2015, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra (UPF), p. 10.

51 *Ibidem.*, p. 12.

52 RAFAEL ALCÁCER. “La Protección del futuro y los daños Cumulativos”, en *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo*, n.º 11, Santiago de Chile, Legis, 2005, p. 172.

este el referente escogido por parte de nuestra jurisprudencia local para referirse a los Delitos Acumulativos, cuando la Corte Suprema de Justicia, dispone:

Más allá de los debates que el concepto de acumulación como sustento de la lesividad arrastra actualmente en materia de prohibición de exceso y responsabilidad personal, hay unanimidad en el sentido de que su ámbito de aplicación sería muy restringido (por ejemplo, en los delitos contra el medioambiente –artículos 328 a 339 del Código Penal– y siempre dentro del ámbito de protección de los llamados bienes jurídicos colectivos⁵³.

Del extracto jurisprudencial citado, la Corte es enfática en que la aplicación de los Delitos Acumulativos es restrictiva y delimitada solo a ciertos escenarios, abarcando solamente aquellos que propendan por la protección de bienes jurídicos colectivos, los cuales no son pocos, en consecuencia a que son los que mayor campo están ocupando últimamente, y a los que, de acuerdo con el concepto de Derecho penal moderno, cuentan con la posibilidad de someter las garantías del Derecho penal liberal.

A pesar de lo anterior, debe reconocérsele a la Corte Suprema de Justicia el hecho de que evitó que esta fórmula de imputación cobijara los atentados contra bienes jurídicos individuales, toda vez que no es un secreto que el legislador nacional ha propendido por sancionar la delincuencia sufrida por parte de los empresarios, dueños de las grandes cadenas de almacenes al detal, por cuenta de sujetos que sustraían mercancía de poco valor económico, comúnmente conocido como “robo hormiga”⁵⁴, lo que causa gran detrimento económico cuando esta conducta es considerada, no individualmente (como la trataría el Derecho penal clásico), sino de manera colectiva. Ejemplo de esto es la expedición, el 31 de julio de 2007, de la Ley 1153, o también llamada la “Ley de Pequeñas Causas”, la cual establecía normas procesales y sustanciales tanto generales como especiales, con el fin de penalizar las conductas que no llegaban individualmente a sobrepasar el umbral de la antijuridicidad material exigido por el legislador.

Sin embargo, esta ley fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-879 del 10 de septiembre de 2008, no por el hecho de disponer el ejercicio del poder punitivo a conductas de bagatela⁵⁵, no porque se viera vulnerado el

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia Radicado Número 31.362 del 13 de mayo de 2009, M.P.: Julio Enrique Socha Salamanca.

54 Expresión empleada en los medios de comunicación para referirse a la sustracción indebida bienes de mínimo valor individual que realizan clientes internos y/o externos de empresas, pero que concebidas de manera conjunta representan pérdidas considerables para el establecimiento. Cfr. *Revista Dinero*. 4 de junio de 2014. *Robo hormiga ataca a cualquier empresa*. Recuperado de <http://www.dinero.com/empresas/articulo/robo-empresas/194470>.

55 En reiterada jurisprudencia nacional se orienta la idea de mantener al margen del campo de aplicación del poder punitivo a los comportamientos bagatelares, al ser un atentado contra el principio de

principio de antijuridicidad material⁵⁶, sino porque fuera relegada la Fiscalía General de la Nación, de la labor de investigación de estos delitos, dejando esa función, según el procedimiento de la Ley 1153 de 2007, a la Policía Nacional.

No obstante, años después fue emitido el Acto Legislativo 6 de 2011, el cual modifica el artículo 250 de la Constitución Política, permitiendo al legislador desarrollar la figura del acusador privado, atendiendo a la naturaleza del delito y la menor lesividad de la conducta punible. Situación modificada por el Decreto 379 de 2012, en el que se dispuso convertir estas circunstancias (naturaleza del delito y menor lesividad de la conducta), antes acumulativas, en causales alternativas.

De manera que se le permitió al legislador emitir la Ley 1826 de 2017, en la cual se dispuso, en sus artículos 27 y subsiguientes, los cuales introducen al Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) los artículos 549 y subsiguientes, la posibilidad de que las víctimas, por intermedio de abogado, puedan solicitar a la Fiscalía la facultad de investigar directamente conductas punibles. Manteniendo así el carácter elitista del Derecho penal, dado que estas figuras se encuentran pensadas para los que manejen cierta capacidad económica, para poder costearse de manera directa la investigación de conductas punibles, obteniendo resultados más rápidos que los que obtendría la persona de escasos recursos dinerarios, quien se debe dirigir al letárgico funcionamiento de la Fiscalía General de la Nación.

Vale la pena resaltar que del texto de la Ley 1826 de 2017 se modificaron ciertas expresiones de los artículos 66, 71, 72, 73 y 76, referidos a los delitos querellables, en donde puede convertirse la acción penal de pública a privada, dejándose de emplear el concepto de “sujeto pasivo”, como titular de la acción penal, para referirse al concepto de “víctima”; así mismo, dejó de referirse a “delitos”, para referirse a “conducta punible”.

En este sentido, se amplía el campo de aplicación de las sanciones penales, toda vez que quien puede ejercer la querrela, y con ello tramitar el proceso penal como acusador privado, deja de ser el “sujeto pasivo”, entendido como la persona titular del bien jurídico que la norma tutela⁵⁷, para ser ampliado al concepto de “víctima”, siendo esta: “toda persona que haya sufrido un daño (real, concreto y específico) a

lesividad; así lo destaca la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en decisión 18609 del 8 de agosto de 2005, en providencia 31362 del 13 de mayo de 2009, y en Sentencia 38103 del 30 de abril de 2013, entre otros.

56 La antijuridicidad material se encuentra dispuesta como norma rectora del sistema penal colombiano, en el artículo 11 del Código Penal, con asiento constitucional en el artículo 16 superior (límite al libre desarrollo de la personalidad), así mismo sendos tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado colombiano.

57 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-516 de 2007, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

consecuencia de un delito, cualquiera que sea su naturaleza”⁵⁸. Así mismo, se deja de emplear el término de “delito”, para hacer uso del concepto de “conducta punible”, incluyéndose, de esta manera, también a las contravenciones⁵⁹, entendidas como aquellos atentados de menor gravedad⁶⁰, es decir todo acto que limita de manera menos grave los intereses sociales y que por esa misma razón, son castigadas con sanciones leves⁶¹.

Pese a que el legislador debe respetar los fundamentos constitucionales de la imputación penal y la necesaria correspondencia que debe existir entre la injusticia de las conductas punibles y la intensidad y cantidad de las penas y medidas de seguridad⁶², llevando a que las contravenciones deban recibir una sanción menor, no hubo cambios en esta Ley 1826 de 2017 referida a las penas, de manera que se aplicarán las mismas penas de los delitos a las contravenciones.

A pesar de que la Ley 1826 de 2017 fue ideada, según su exposición de motivos, para descongestionar a los fiscales, dejando recaer sobre los “acusadores privados” la tarea de investigar algunas conductas punibles, en la realidad el impacto sería contraproducente, ya que al hablarse de “contravenciones”, como una clase de conducta punible, deberán investigarse y condenarse hechos que bajo la figura de “delito” deberían ser absueltos, sobre todo en el campo de delitos de bagatela. Es decir, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017, el fiscal podría solicitar la preclusión de la investigación o archivar un expediente luego de encontrar que la conducta investigada no representaba mayor traumatismo al bien jurídico, evitándose tramitar dicho proceso ante un juez de la república. Sin embargo, al ampliarse el espectro de intervención penal, bajo la figura del acusador privado, las contravenciones deberán surtirse ante los mismos jueces de la república procesos sobre conductas que no repercuten en una lesión trascendental al bien jurídico. Así las cosas, se descongestionan un poco los fiscales, para congestionar en gran medida a los ya bastantes congestionados jueces.

Así las cosas, el único límite que le reconoció la Corte Suprema de Justicia a los delitos acumulativos, referido a la exclusividad de su aplicación a los delitos que atenten contra bienes jurídicos colectivos, fue hábilmente esquivado por el legislador, de manera que con la entrada en vigencia de la Ley 1826 de 2017, se impondrán sanciones penales a conductas contravencionales, es decir, aquellas que no superan

58 Corte Constitucional, Sentencia C-260 de 2011, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

59 El artículo 19 de la Ley 599 de 2000 establece que “Las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones”.

60 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-646 de 2001, Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

61 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-542 de 1996, M. P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

62 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-689 de 2002, M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

el límite de antijuridicidad material para ser denominadas como delitos, contra bienes jurídicos individuales.

3.3. El Delito Acumulativo y las categorías de la Antijuridicidad Material

A fin de determinar la correspondencia de los Delitos Acumulativos, propuestos y defendidos por Kuhlen, con los del ordenamiento jurídico colombiano, debemos recurrir a los principios que rigen del sistema penal en nuestro país, siendo el más destacado de estos, el de la Antijuridicidad Material, dado a que dentro de este se encuentra referenciado directamente el concepto de bien jurídico, de manera que la protección de estas garantías fundamentales es con lo que se legitima la intervención punitiva estatal, la Antijuridicidad Material constituye el núcleo de la teoría del delito. Sobre el particular, la doctrina especializada recomienda valorar las categorías del concepto de Antijuridicidad Material, como lo son la relación, la cantidad, la cualidad y la sustancia⁶³.

3.3.1. Delito Acumulativo sobre la categoría de Relación

La categoría de Relación se encuentra referida a la conexión que existe entre el derecho conculcado y su titular, aplicando la máxima del principio de igualdad de “tratar desigual a los desiguales”, de manera que no es lo mismo robar cinco (5) manzanas al vendedor ambulante de frutas, que robar cinco (5) manzanas a una empresa a gran escala de venta de manzanas, pues la afectación adquiere relevancia social por existir una latente afectación en el primer escenario y no en el segundo⁶⁴.

Ahora bien, en el plano de los Delitos Acumulativos, referidos a los bienes jurídicos medioambientales, quedó expuesto que Kuhlen afirma que los titulares de estos bienes jurídicos son las generaciones futuras, ya que la acción censurada encuentra su afectación solo cuando, en un futuro, en suma con otras conductas, desplegadas por otros sujetos, lesionan el bien jurídico protegido, es decir en últimas presenta un tipo de responsabilidad vicaria (o responsabilidad por los hechos de otro)⁶⁵, desafiando los más básicos principios de la teoría del delito, como lo es el de *culpabilidad*, al fundamentarse la sanción *ex iniuriatertii*⁶⁶; de igual manera, contradice el concepto mismo de *conducta* (núcleo esencial de la teoría del delito, al ser este el sustantivo al cual se le agregan los adjetivos típico, antijurídico y culpable, para poder referir-

63 Cfr. CARLOS GÓMEZ. *El Principio de la Antijuridicidad Material*, 5a ed., Bogotá, Giro Editores Ltda., 2006, p. 127.

64 Cfr. *Ibidem.*, pp. 145 y ss.

65 Modo de responsabilidad propia de la disciplina del Derecho civil, cuando se responde por los actos de otro. Sobre esto el artículo 2347 del Código Civil colombiano dispone: “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”.

66 Cfr. SILVA. Ob. cit., p. 132.

nos a un delito), el cual, como elemento negativo, rechaza la posibilidad de que se puedan castigar la vis absoluta, los movimientos reflejos, el hipnotismo y, para el caso que nos ocupa, los comportamientos de terceros. Sobre esto, el autor se defiende argumentando que en la medida en que la prohibición exista no será penalización por acto ajeno, sino por el acto prohibido propio cometido⁶⁷.

La réplica de Kuhlen deja en evidencia que su concepto de Derecho penal se encuentra encaminado a la restricción de libertades (imposiciones de penas) con justificación en la misma norma, cuando afirma que la responsabilidad es individual porque la prohibición está establecida por la ley. Al mejor estilo de *dura lex, sed lex* (dura la ley, pero es la ley), donde la legitimidad de la restricción se encuentra en la misma capacidad de la ley para restringir libertades, panorama incongruente con un Derecho penal encaminado a la protección de bienes jurídicos, como bien lo expone Mir Puig: “Las normas jurídicas no son un bien en sí mismo que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal menor necesitado de justificación”⁶⁸.

Coincide en este punto el razonamiento de Kuhlen con el de Jakobs, ya que este último entiende que

El núcleo de todos los delitos sólo se hallaría en el incumplimiento de un deber. (...) Nunca ha de tratarse de la lesión de un bien jurídico mediante la inobservancia de la relación sólo negativa (¡no lesionar!), sino siempre de la negativa de comportarse conforme al papel asignado en una institución, o sea, como ciudadano, patriota o similar⁶⁹.

Así las cosas, se evidencia que la categoría de Relación se encuentra trastocada por los Delitos Acumulativos, ya que la conducta individual reprochada no lesiona, por sí misma, a las generaciones futuras, titulares de los bienes jurídicos medioambientales. Toda vez que, según la postura de Kuhlen, esta acción individual solo resulta en una afectación a las garantías eco-sistémicas de las generaciones futuras, cuando se sumen a las acciones de otros sujetos, situación que, como vimos, atenta contra los pilares del sistema penal colombiano.

3.3.2. *Delitos Acumulativos sobre las categorías de Cantidad y Calidad*

La categoría de la Cantidad está referida a la significancia del daño, entendido este como la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, es decir, a lo relevante que es el

67 Cfr. KUHLEN. “Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en ob. cit., p. 718.

68 SANTIAGO MIR PUIG. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Madrid, Editorial Jurídica Iustel, 2011, p. 114.

69 GÜNTHER JAKOBS. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 54.

daño, dejando de lado, por consiguiente, los delitos bagatelares, o que su ofensa al bien jurídico sea totalmente minúscula⁷⁰. Por otro lado, la Cualidad hace referencia a la vía empleada para causar el daño, entonces, la cualidad de la antijuridicidad es la lesión o puesta en peligro efectiva comprobable empíricamente en cada caso concreto, no presunta *juris et de jure*⁷¹.

No se requiere un ejercicio mental muy riguroso para comprender que las acciones individuales penalizadas en el Delito Acumulativo no representan un peligro concreto, mucho menos lesión o daño del bien jurídico. Sin embargo, respecto al peligro en abstracto se hace necesario precisar que los Delitos Acumulativos no se corresponden con conductas de peligro abstracto⁷², ya que para su configuración

No es preciso siquiera un peligro abstracto, y actual para los intereses individuales, sino que bastará con que pueda concluirse una prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas y que la suma de ellas alcance poder destructivo del medioambiente, para que la conducta realizada, en sí insignificante, sea objeto de reproche penal⁷³.

Las conductas enjuiciadas por los Delitos Acumulativos no tienen como fin evitar que el comportamiento de un sujeto desemboque en el resultado lesivo, toda vez que el actuar del sujeto encuentra su consumación en el acto que no resulta lesivo al bien jurídico, mientras que en las conductas de peligro abstracto, el comportamiento del sujeto sancionado, por sí mismo, contaba, aunque se alejaba, potencialidad de daño al bien jurídico. Por otro lado, con la penalización de conductas de peligro se busca anticipar la intervención punitiva, en orden de impedir la realización de conductas que, por sí solas, puedan, así sea de forma remota, degenerar en la lesión al bien jurídico, mientras que en los Delitos Acumulativos la razón de la pena es desincentivar unos comportamientos, que de ser imitados por pluralidad de sujetos, en un futuro producirán una lesión al bien jurídico.

Bajo este entendido, se evidencia que la categoría de Cualidad se encuentra en contraste con los Delitos Acumulativos, ya que esta categoría está dirigida si se presenta un atentado, en términos de lesión o peligro, al bien jurídico. Sin embargo, en la propuesta de Kuhlen, el peligro que representa el comportamiento individualmente concebido es inexistente, hasta el momento en que se reúna con otros comportamientos

70 Cfr. GÓMEZ. *El Principio de la Antijuridicidad Material*, ob. cit., pp. 139 y ss.

71 Cfr. *Ibidem.*, pp. 130 y ss.

72 A menos que se entiendan las conductas de peligro abstracto como concepto negativo, es decir como todas aquellas que no representen un peligro concreto; sin embargo, esta concepción “no ofrece ninguna posibilidad de establecer límites y privaría a la tipología de toda función crítica”: KUHLEN. *Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito*, ob. cit., p. 228.

73 ALCÁCER. Ob. cit., 161.

similares provenientes de otros sujetos en un futuro. De manera que, si no existiese ni lesión ni puesta en peligro, es decir Cualidad, menos posibilidad tendremos de referirnos a la Cantidad, como una forma de graduar la mayor o menor significancia del primero, por lo que los postulados con los que se defienden los Delitos Acumulativos entran en riña, tanto con la Cualidad como con la Cantidad.

3.3.3. *Delitos Acumulativos sobre la categoría de la Sustancia*

La categoría de la Sustancia se encuentra orientada al ser lo que es objeto de valoración; en el tema de la antijuridicidad es el bien jurídico, ya que si este no existe no habrá antijuridicidad. Es decir, la sustancia, pues, está constituida por el atentado en el delito, ya a través de la puesta en peligro del bien jurídico tutelado o de su lesión, pero de todas formas necesarias para la estructuración del concepto de delito⁷⁴.

En consideración a que quedó descartada la lesión y el peligro del acto sancionado por los Delitos Acumulativos, puede entonces, solo establecerse que en los Delitos Acumulativos, entre la acción desvalorada y el bien jurídico, habría una ofensa. Ofensa entendida en la definición que nos suministra la Real Academia de la Lengua Española, la cual es “humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o hechos”; así mismo, se define como el “ir en contra de lo que se tiene comúnmente por bueno, correcto o agradable”, ya que lo que se castiga no es el lesionar ni el hacer peligrar, sino el hacer algo de mal gusto, sin que exista un verdadero perjudicado⁷⁵.

Para mayor énfasis en lo preciso que resulta el término “ofender” dentro del estudio de los Delitos Acumulativos, es el hecho de que la Real Academia de la Lengua Española haya dispuesto en “desuso” una definición de la palabra “ofender”, referida a “Hacer daño a alguien físicamente, hiriéndolo o maltratándolo”. Significando el “desuso”, que dicha definición no se aplica desde, por lo menos, el año 1900, es decir, que “ofender” no aplica a una verdadera lesión desde hace más de un siglo. No habiendo entonces problema alguno para entender a los Delitos Acumulativos como aquellos de “ofensa por acumulación”.

Por otro lado, en el razonamiento de Kuhlen en la respuesta que emite a la crítica que se le realizó de su teoría, orientada a que supone una responsabilidad por hechos ajenos, resuelta en el sentido de que la responsabilidad es por el acto individual, porque las prohibiciones están dictadas de forma individual, resulta solo coherente,

74 Cfr. GÓMEZ. *El Principio de la Antijuridicidad Material*, ob. cit., pp. 127 y ss.

75 A modo ejemplarizante, el arrojar basuras en una calle es de mal gusto, denota desaseo y falta de sentido de pertenencia, pudiendo esto ser punible bajo el entendido de que si todos arrojan sus desechos en las calles ocasionaría un problema mayúsculo que podría repercutir en la lesión a un bien jurídico ambiental.

si se prescinde de que la protección de bienes jurídicos es la función del Derecho penal, pasando a una visión en la cual

El Derecho penal protege, como condición de existencia de la sociedad solo la vigencia de las normas, es decir, la firmeza ante la defraudación de las expectativas, y por tanto dañoso socialmente y hecho punible es un hecho no solo por sus efectos externos, sino porque pone en cuestión la validez de la norma⁷⁶.

Situación que no resulta ajustada a los parámetros del ordenamiento jurídico colombiano dictados, tanto a nivel constitucional como legal, en el sentido de que la legitimidad de las restricciones a las libertades personales, a través de la imposición de una pena, viene dada en la protección o salvaguarda de otras garantías igualmente fundamentales.

Por otro lado, al aceptar la inaplicabilidad del principio del bien jurídico, según el cual la protección de una garantía fundamental es la única justificación para la restricción de las libertades individuales, la sanción se justifica simplemente como una fórmula disuasoria para impedir que se realicen ciertos comportamientos. Toda vez que los defensores del moderno Derecho penal en general, y del Delito Acumulativo en particular, se encuentran convencidos de que el verdadero cambio en el comportamiento de las personas se obtiene mediante la amenaza de pena, ya que expresan que los incentivos financieros por proteger el medioambiente o no contaminar, no han dado los resultados esperados⁷⁷.

Sobre la efectividad empírica del Derecho punitivo medioambiental, Frisch destaca que en Alemania, con la entrada en vigencia de la normatividad penal medioambiental, se dispararon los procesos penales en estas áreas; sin embargo, estos procesos eran suspendidos, al tratarse, en la mayoría de los casos, de bagatelas (lavar un carro en inmediaciones de un cuerpo de agua, verter basuras a un río, etc.), donde la noticia del crimen llegaba por cuenta de peleas de vecinos. Siendo los procesos adelantados en el Derecho penal ambiental en Alemania, el que más se interrumpe (resolviéndose por mecanismos alternativos) e impidiendo que se llegara a una decisión condenatoria, y en los pocos casos en los que se aplica una condena, es con pena de multa, siendo bastante difícil encontrar una condena con pena privativa de la libertad por delitos ambientales. Sin embargo, el número de condenas no es un indicativo de la efectividad de la norma penal, ya que resulta una posibilidad (de difícil comprobación empírica), que con la expedición de normas penales en el campo medioambiental, los sujetos hayan orientado su comportamiento a la norma con el fin de evitar una sanción de tipo penal, debido la función preventiva que cumple el Derecho penal⁷⁸.

76 JAKOBS. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, ob. cit., p. 56.

77 Cfr. KUHLEN. "Umweltstrafrecht - auf der Suche nach einer neuen Dogmatik", ob. cit., p. 723.

78 Cfr. FRISCH. Ob. cit., p. 7.

Sin embargo, lejos de constituir esto un avance en la evolución jurídica, y de entender al hombre como un individuo provisto de dignidad y raciocinio, representa un retroceso, asemejando al individuo, al del estado de naturaleza de Hobbes, en el cual el hombre es un ser salvaje con tendencias innatas a lesionar a otros, ante lo cual se ve forzado a fundar el Estado para poder gozar de un mínimo de seguridad, de no ser lastimado por su semejante, como lo expresa Santos Román que la “(...) igualdad natural entre todos los hombres es la fuente de la calamitosa situación de guerra en que éstos se encuentran de forma previa a la constitución de la comunidad política”⁷⁹.

Es decir, se tiene una concepción de hombre, que no obra racionalmente, sino de acuerdo con sus instintos, que ambiciona placer y le rehúye al dolor⁸⁰. Solo bajo esta premisa se justifica la pena como contrapeso frente a sus impulsos de delinquir⁸¹, siendo esta sanción el mal que se causa para disuadir a otros de transgredir a la sociedad. Empleándose como función de la pena, exclusivamente la Prevención General Negativa, la cual trae una contradicción con el principio de proporcionalidad, y por tanto de protección de bien jurídico, toda vez que al tratarse de eliminar los estímulos hacia el delito, el mal tiene que ser de mayor entidad que la ventaja que se obtenga con la conducta censurable; esto es, empero, independiente de los daños sociales que ha causado el hecho⁸².

Cuando el concepto de bien jurídico debe ser selectivo, nítido, generalmente comprensible y adecuarse a la realidad⁸³, con el Delito Acumulativo, se encuentra una relación muy remota, entre la acción sancionada y el bien jurídico protegido (no es lesión ni de peligro, sino de ofensa), y en consideración a que gran número de los delitos contra los bienes jurídicos medioambientales disponen de delitos en blanco, con remisión a normas de menor jerarquía, y que siguiendo los planteamientos del moderno Derecho penal colombiano, se le ha dado un grado tal de supremacía a los derechos colectivos sobre los individuales, que la Corte Constitucional ha defendido en varias jurisprudencias anteriormente citadas, la superfluidad de que el juez verifique que la acción del autor ocasionó un verdadero peligro para el bien jurídico protegido (prescindiendo del principio de lesividad).

79 JESÚS SANTO. “Acerca del concepto de naturaleza de Thomas Hobbes: derecho natural y ley natural en El Leviatán”, en *Revista Espíritu cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana*, n.º 145, 2013, Barcelona, Balmes, p. 114.

80 Cfr. HEIKO LESCH. *La Función de la Pena*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 40.

81 Cfr. *Ibidem.*, p. 43.

82 Cfr. *Ibidem.*, p. 46.

83 Cfr. HASSEMER. *Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal*, ob. cit., p. 104.

Resultando, en últimas, que nos encontramos ante la penalización mediante *cláusulas de autorización*⁸⁴, entendidas como las que emplea el legislador para remitir a un acto administrativo en el que autoriza al ciudadano a realizar una actividad de tal forma que desarrollarla sin esa autorización resultaría punible. De manera que, si se realiza una actividad de explotación de recursos naturales, sin la autorización correspondiente, produciendo cualquier grado de contaminación (así sea insignificante e imperceptible), deberá imponérsele la condena establecida en el tipo penal correspondiente.

Al no haber una referencia entre el accionar individual prohibido y el bien jurídico, la antijuridicidad material queda desprovista de objeto de valoración, pudiendo referirnos a un concepto de antijuridicidad formal, pero no material, ya que fue extirpado por completo el bien jurídico, y con él la Sustancia (como categoría de la antijuridicidad).

Sobre el particular, resultan precisas las palabras de Hassemer cuando expresa que

Una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pueda remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado. Sería nada menos que una intromisión en la libertad humana de actuación respecto a la cual el Estado injerente no puede decir con qué fin la lleva a cabo. Dicho “fin” es el lugar que tradicionalmente ocupa el concepto de bien jurídico. La intervención en la libertad de conducta no tendría algo que la legitimara, algo de lo que pudiera extraerse su sentido⁸⁵.

3.4. ¿Qué protegen verdaderamente los Delitos Acumulativos?

En consideración a la distante relación que existe entre el bien jurídico y la acción sancionada por los Delitos Acumulativos, resultaría necesaria una gimnasia mental bastante habilidosa, estirar demasiado el campo de injerencia de los conceptos penales para considerar que en este tipo de configuración delictiva se propenda por la protección de bienes jurídicos. Por lo cual vale la pena cuestionarnos, ¿qué hace legítima la restricción de libertades individuales que implica la aplicación del poder punitivo, a través de Delitos Acumulativos o de defensa por acumulación?

3.4.1. Moral como límite a los derechos individuales en Alemania

Para abordar este tema, debemos ahondar en la génesis del Delito Acumulativo, la cual fue, como se vio, como una respuesta a la forma de ejecutar el delito de Conta-

84 Cfr. FRANCISCO SINTURA. “Derecho Penal Económico y Constitución”, en *Estudios de Derecho Penal Económico*, 2007, Bogotá, Universidad del Rosario, p. 182.

85 HASSEMER. *Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal*, ob. cit., p. 103.

minación de Aguas, descrito en el artículo 324 del Código Penal Alemán. Por lo cual, se debe abordar el tema desde la perspectiva del ordenamiento jurídico germano.

Desde hace más de cien años, el ordenamiento jurídico alemán ha concebido la moral como ingrediente fundamental en el Derecho, de manera que este concepto servía de control judicial sobre las leyes, por lo que una norma jurídica resultaba inaplicable si su contenido contravenía la moral. Soportando esto, Otto Bachof nos presenta una decisión del Tribunal Supremo Alemán, por intermedio de la *Revista Jurídica Semanal (Juristische Wochenschrift)* de 1924, en la cual se lee: “las leyes no vinculan cuando hieren el sentimiento moral general y, consecuentemente, no las puede considerar como expresión de la idea del Derecho”⁸⁶.

Vale la pena destacar que la anterior decisión fue tomada cuando en Alemania se encontraba vigente la Constitución de Weimar, con rigor hasta 1933, fecha en la que entró en vigencia la Constitución del Estado Nacional Socialista, la cual estuvo dominante hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, en el año 1945. Sin embargo, aún en la Ley Fundamental de Bonn, actual Constitución de la República Federal de Alemania, se encuentran rastros del importante papel que jugó alguna vez la moral en el Derecho germano, prueba de lo cual es que el libre desarrollo de la personalidad, establecido en el artículo segundo⁸⁷, encuentra límite en la ley moral (*Sittengesetz*), en el mismo plano que la violación de los derechos ajenos y el atentar contra el orden constitucional. Es decir que, según la Ley Fundamental de Bonn, la libertad de acción puede limitarse, o bien por la vulneración de los derechos de otro, sumado a un atentado al orden constitucional, acumulativos estos dos componentes para limitar el libre desarrollo de la personalidad, o, por otro lado, que simplemente atente contra la ley moral.

Así mismo, el Código Penal de Alemania dispone en el artículo 184b (*Jugendgefährdende Prostitution*), pena de hasta un año de prisión para quien practique la prostitución en cercanías a lugares donde concurren menores de dieciocho años (colegios, viviendas, etc.), de manera tal que ponga en peligro la moral (*sittlich*) de las personas. Así, en mandatos penales explícitos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad se ve limitado, con el empleo de la enérgica fuerza del poder punitivo, si se realizan actos, no que lesionen, sino que pongan en peligro (*gefährdet*) la moral.

Si bien la norma jurídica positiva tiende al cambio, este viene dado de manera definida y precisa, ya que depende de la voluntad del parlamento expresada a través de la emisión de una ley; por otro lado, la moral, a pesar de ser un concepto que

86 BACHOF. *Jueces y Constitución*, ob. cit., p. 33.

87 El artículo segundo de la Ley Fundamental Alemana, dispone: “[Libertad de acción, libertad de la persona] Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otra ni atente contra el orden constitucional o la ley moral”.

evoluciona, este cambio no es repentino ni tan fácilmente detectable, como con la ley positiva. A modo de ejemplo, Stratenwerth expresa que en la antigüedad la esclavitud era considerada todavía una institución totalmente natural; los derechos solo existían para los ciudadanos griegos libres, la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789 se refería con toda naturalidad únicamente a las personas de sexo masculino, y Kant reconocía derechos políticos únicamente a aquellos que eran económicamente independientes y no trabajaban a cambio de un salario⁸⁸.

Así mismo, se hace evidente que disposiciones de los textos religiosos de cultos vigentes, como el cristianismo, al haber sido concebidos en épocas remotas, disponen contenidos donde se percibe el cambio que se ha presentado en la humanidad respecto a temas tan trascendentales como la posición de la mujer en la sociedad. Esto se vislumbra con la Biblia católica, la cual dispone: la cosificación de la mujer (Éxodo 20:17), la posibilidad de vender a una hija (Éxodo 21:7), los eventos en los que deberán contraer matrimonio sin su consentimiento (Éxodo 22:16), los eventos en los que la mujer será inmunda (Levítico 12:2-5), el sometimiento a aislamiento por cuenta del período menstrual (Levítico 15:19), los eventos en los que deberá morir quemada si tiene sexo (Levítico 21:9), a nivel monetario la mujer vale menos que el hombre (Levítico 27:1-7), los votos de las mujeres a Dios serán válidos si su padre (si es soltera) o su marido (si es casada) así lo confirman (Números 30:4-13), la posibilidad de someterlas física y sexualmente (Deuteronomio 21:11-14), la autorización a que la maten a pedradas cuando se case no siendo virgen (Deuteronomio 22:13-21), caso cuando será el divorcio unilateral a favor del marido (Deuteronomio 24:1-2), en caso de que la mujer enviude pasará a ser esposa de su cuñado (Deuteronomio 25:5-6), etcétera.

A pesar de lo anterior, y de ser el cristianismo la religión más practicada en occidente, este tipo de comportamientos resultan inadmisibles tanto moral como legalmente; sin embargo, son un buen referente de cómo la moral de la antigüedad encontraba normal un trato discriminatorio hacia las mujeres.

De la misma forma como la visión moral de las cosas cambió con los años, Stratenwerth expresa que las circunstancias se encuentran dadas para considerar, indispensable moralmente, proteger a las generaciones futuras, de la misma forma como protegemos los derechos de la sociedad presente, al considerar que el concepto de igualdad evoluciona de cierta forma que equipara los intereses de la sociedad actual, con la sociedad que nos reemplazará con el paso de los años⁸⁹, toda vez que considera que la teoría del bien jurídico resulta insuficiente para abarcar la protección de las generaciones futuras, dado a que el concepto de bien jurídico encuentra sus bases

88 Cfr. GÜNTER STRATENWERTH. "La Criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos", en *La Teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2007, p. 370.

89 Cfr. *Ibidem.*, p. 371.

en la realidad decimonónica, la cual es incompatible con la sociedad actual, razón por la cual propende por el alejamiento con respecto a la teoría del bien jurídico⁹⁰.

Sin embargo, dicha posición resulta particularmente problemática, ya que quien decidirá qué comportamientos se sancionan será el legislador como órgano de representación popular, el cual dictará posiciones populares, cayendo en el juego del deseo de seguridad de las masas, y sin la teoría del bien jurídico, una Corte Constitucional no contaría con elementos de juicio para determinar la legitimidad de estas disposiciones sancionatorias. Quedando la potestad punitiva al “capricho” del legislador⁹¹.

Defendiendo la teoría del bien jurídico en los ámbitos de los riesgos de la sociedad posmoderna, Roxin estableció, en su obra de finales del siglo XX, a modo de predicción:

Es cierto que, como el “futuro” se ve puesto en peligro menos por personas individuales que por colectividades, habrá que desarrollar sobre todo en este campo nuevas estructuras de imputación (...). Pero debe reflexionarse sobre el hecho de que para el mantenimiento de la vida en nuestro planeta los “tipos penales referidos al futuro” sólo podrán realizar una pequeña aportación. (...) tendrá que entrar en juego el instrumental de política social de todo el ordenamiento jurídico (...) aquí se van abriendo paso evoluciones que probablemente cobren gran importancia en el Derecho penal del siglo XXI; pero a lo sumo conducirán a una cierta relativización, y no a un abandono de la idea de bien jurídico⁹².

Es decir, se mostraba un Roxin optimista respecto de la idea, de que por más cambios que traiga la dogmática en el siglo XXI, podría presentarse, a lo mucho, una flexibilización de la teoría del bien jurídico, pero nunca una renuncia a este principio. Sin embargo, en un artículo del año 2013, Roxin, a pesar de mostrarse en desacuerdo con Enrique Gimbernat, quien propende por elevar a la categoría de bien jurídico los sentimientos legítimos de las personas, cuando se sancionan leyes en contra del maltrato animal, ya que Roxin se muestra convencido de que dichas normas no

90 Cfr. *Ibidem.*, p. 372.

91 Situación que significaría un retroceso a la época del Estado Legalista, en donde el parlamento era libre de criminalizar cualquier conducta, siendo el bien jurídico de elaboración legislativa (concepto inmanentista del bien jurídico de Binding). Situación que creó el caldo de cultivo perfecto para que las mayorías, representadas por los congresistas se impusieran violentamente contra las minorías, tal como ocurrió en el régimen nacional socialista alemán, como expresa Bachof: “El abandono consumado del positivismo legalista en el pensamiento político y jurídico alemán, la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador estatal. Esto significa un cambio en la historia del espíritu, cuya última y decisiva causa se produjo por la degeneración nacional socialista de las leyes en puros actos de poder y arbitrio, por la injusticia como sistema”: BACHOF. *Jueces y Constitución*, ob. cit., p. 46.

92 CLAUS ROXIN. *Derecho Penal Parte General*, tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Madrid, Civitas, 1999, p. 62.

buscan proteger a los sentimientos de zozobra de las personas (en el evento que se conozca que un animal fue cruelmente maltratado), sino por el contrario, lo que se pretende salvaguardar en dichas disposiciones legales es a los animales independientemente de las personas⁹³.

No obstante, la postura aquí defendida se encuentra orientada por el antropocentrismo de las disposiciones penales, la cual lleva a que la razón de que se castigue el maltrato animal es por el hecho de que sentimos empatía con estos seres, por tanto nos indignan y repudiamos cuando son brutalmente maltratados, ya que orientarla a la protección animal, además de caer en un eco-centrismo radical, la tipificación deja por lado la labor de desincentivar el maltrato animal, prohibiéndolo en todas las formas, ya que si de verdad se quisieran proteger a los animales en su vida e integridad, no fuera una norma solo para la protección de los vertebrados (casualmente ante los cuales sentimos más empatía), ya que sendos estudios han demostrado que los invertebrados también sienten dolor⁹⁴, y este comportamiento es impune a los ojos de la descripción legal⁹⁵. Por otro lado, también estos tipos penales del maltrato animal buscan prevenir conductas lesivas a personas (posición aún más antropocéntrica), ya que se entiende, según indican los expertos, que las personas que maltratan violentamente a los animales son hasta cinco veces más propensas a cometer crímenes violentos contra otras personas⁹⁶.

Sin perjuicio de su posición adoptada, de que los sentimientos no son bienes jurídicos, y que la sanción penal por el maltrato a los animales no es un atentado ante los sentimientos de las personas, el profesor de la Universidad de Múnich concluye de la siguiente forma:

No podrá decirse que cualquier punición de actos que no lesionan bienes jurídicos vulnera el principio de proporcionalidad, siendo por ello inconstitucional. (...) tampoco una pena criminal moderada llega a ser inconstitucional, pues no cabe vedar al legislador sancionar las infracciones contra las costumbres

93 Cfr. CLAUS ROXIN. "El Concepto de Bien Jurídico Como Instrumento de Crítica Legislativa Sometido a Examen", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15, 2013, Granada, Universidad de Granada, p. 01:19.

94 Según estudio realizado por el profesor Bob Elwood, de la Universidad Queens de Belfast, en Irlanda del Norte, en trabajo publicado por la revista especializada *Journal of Experimental Biology*, en BBC Mundo, artículo titulado "Los crustáceos también sienten dolor", del 17 de enero de 2013.

95 La Ley 1774 de 2016 adicionó el artículo 339A al Código Penal colombiano, disponiendo pena para quien "(...) por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, *silvestre vertebrado o exótico vertebrado*, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física" (destacado fuera de texto).

96 De acuerdo con expertos consultados por el periódico español *El Mundo*, las personas que cometen actos de crueldad contra animales son más propensos a cometer delitos contra personas: Cfr. *El Mundo*. 3 de julio de 2010. *La Crueldad con los animales, un Signo de alarma psiquiátrica*. Recuperado de <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2010/07/02/neurociencia/1278087370.html>.

y la decencia cuando éstas se producen de modo escandaloso y en público. Esta opinión encuentra apoyo en el art. 2 párr. 1 de la Ley Fundamental, conforme al cual el libre desarrollo de la personalidad puede limitarse mediante la “moralidad pública”⁹⁷.

Con lo anterior, puede concluirse que, si bien en un principio Roxin pregonaba que el bien jurídico resultaría, fundamental e irrenunciable, en la dogmática penal para superar los problemas que trajera la sociedad del siglo XXI, prediciendo que a lo mucho, se emplearía una relativización del concepto, se hace notable el cambio del paradigma en este autor, toda vez que termina concluyendo que perfectamente pueden existir modalidades delictivas que prescindan de la teoría del bien jurídico, matizando que se tratara de “pena criminal moderada”, como refiriéndose, tal vez, a un Derecho Penal de Segunda Velocidad (Silva Sánchez). No obstante, resultaría errado de nuestra parte tildar de alguna forma al profesor Roxin de incoherente, ya que su fundamento para esta mutación de su pensamiento tiene soporte en la Constitución alemana, siendo este autor, desde sus inicios, siempre un fuerte defensor de la influencia de los valores constitucionales como límite a la potestad punitiva del Estado⁹⁸.

En este entendido, en consideración a que los Delitos Acumulativos resultan incompatibles con las categorías de Sustancia, Cualidad, Calidad y Relación de la Antijuridicidad Material, siendo por tanto una teoría que prescinde del principio del bien jurídico, sus sanciones resultan compatibles con el ordenamiento jurídico alemán, el cual dispone como alternativa a la restricción del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, a la par de la afectación de bienes jurídicos y del orden constitucional, los atentados contra la moral, puesto que una transgresión a una norma ambiental, así no ocasione un daño al bien jurídico tutelado, puede entenderse como atentados contra la decencia y las buenas costumbres del pueblo alemán, encontrando en esto legitimidad a la sanción a imponer por cuenta de delitos de ofensa acumulativa.

3.4.2 Moral como límite a los derechos individuales en Colombia

Ahora bien, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, el concepto de la moral ha ocupado alto grado de importancia, de manera que la Constitución de 1886 disponía que no se podrían practicar cultos contrarios a la moral cristiana (artículo 40), tampoco se podrán conformar asociaciones, públicas o privadas, contrarias a la moral (artículo 47), así mismo las autoridades contaban con la facultad de inspeccionar las industrias y procesiones en lo relativo a la moralidad (artículo 44). Si bien las

97 ROXIN. *El Concepto de Bien Jurídico Como Instrumento de Crítica Legislativa Sometido a Examen*, ob. cit., pp. 10:24 y 10:25.

98 Cfr. ROXIN. *Derecho Penal Parte General*, ob. cit., pp. 55 y ss.

disposiciones de la Constitución colombiana de 1886 no tenían fuerza vinculante⁹⁹, el Código Civil colombiano establece que los contratos degeneran en nulidad absoluta si tienen causa ilícita (artículo 1742), y esta se presenta si el negocio nace por motivo contrario a las buenas costumbres (inciso segundo del artículo 1524), así mismo tendrá causa ilícita la promesa de dar algo en recompensa de un hecho inmoral (inciso tercero del artículo 1524); en igual sentido, se le otorgan autorizaciones al Ministerio Público para demandar la nulidad de un acto jurídico, sin tener que actuar en representación de ninguna persona afectada por el contrato, cuando sea en representación del interés de la moral (artículo 1742).

No obstante, la actual Constitución Política de Colombia de 1991¹⁰⁰ dispone que el Derecho al libre desarrollo de la personalidad, “cuyo núcleo esencial protege la libertad general de acción”¹⁰¹, se puede limitar, por el respeto de los derechos de los demás y el orden jurídico¹⁰². Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido criterios para poder justificar la restricción de libertades en defensa de la moral pública.

En Sentencia C-350 de 2009, la Corte Constitucional declara inexecutable el numeral 9 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), referido a las prohibiciones de los servidores públicos, en particular a la de ejecutar en el lugar de trabajo actos que atenten contra la moral o las buenas costumbres. Sobre el particular, la Corte Constitucional dispuso que

99 La Constitución Política de la República de Colombia del 5 de agosto de 1886, era un ejemplo del constitucionalismo escrito o formal. Cfr. OTTO BACHOF. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 58. Esta contaba con tan escaso poder vinculante, que era necesario que su contenido fuera avalado por leyes del Congreso de la República. Muestra de esto es cuando se hizo necesario que la Ley 57 de 1887 y el artículo 7º de la Ley 153 de 1887 declararan la incorporación al Código Civil, del Título Tercero de la Constitución, el cual se encontraba referido a, nada menos que a los Derechos Civiles y Garantías Sociales. Cfr. GÓMEZ y BARBOSA. Ob. cit., p. 38, como lo son: la prohibición de la esclavitud, las limitaciones materiales a derechos fundamentales, la flagrancia, el principio de no autoincriminación, el principio de legalidad, el debido proceso, el principio de favorabilidad, los límites al ejercicio de la pena de muerte, el derecho de propiedad, la prohibición de pena cosificadora, la inviolabilidad de correspondencia, la libertad de oficio, el derecho de petición, el derecho de reunión y la asociación, y el monopolio de armas, entre otros.

100 La Constitución Política de Colombia de 1991 es un ejemplo del constitucionalismo material. Cfr. BACHOF. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Ob. cit., p. 59. Propio del Modelo de Estado Constitucional, ya que de acuerdo con la Corte Constitucional, en Sentencia C-479 de 1992, no solo el articulado constitucional, sino incluso también el preámbulo son de aplicación directa; igualmente dispone el texto constitucional en su artículo 85: “Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 23, 24, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 37 y 40.”, refiriéndose al articulado del Capítulo 1º del Título Segundo constitucional, relacionados a los Derechos Fundamentales.

101 Corte Constitucional, Sentencia C-336 de 2008, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

102 La Constitución Política de Colombia en su artículo 16 dicta que “Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

(...) conceptos indeterminados de alto contenido moral, en normas de carácter sancionatorio, son especialmente inconstitucionales en el orden vigente, por cuanto tales disposiciones, en un contexto pluriétnico y multicultural, que garantiza el principio de libertad, como lo es el caso de Colombia, adquieren un especial grado de indeterminación¹⁰³.

Sin embargo, dicha decisión no fue unánime, y el Magistrado Gabriel Mendoza Martelo presentó salvamento de voto, en el cual expresó que, a su juicio, el texto legal demandado se ajusta a la Constitución, y por tanto debió ser declarado exequible, ya que él avala que entre la moral y los valores reconocidos por la Constitución hay numerosos puntos de contacto, en gran medida porque una y otros se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad intrínseca de la persona humana. Soportando su disidencia, entre otras, en la Sentencia de Tutela de la Corte Constitucional T-301 de 2004, en la cual esa corporación estableció que “Es posible afirmar que la moralidad pública (...) es fuente de limitaciones de derechos constitucionales, en tanto permite al Estado imponer restricciones con el objetivo de armonizar proyectos de vida disímiles en el contexto de una democracia”.

No obstante, en dicha sentencia de tutela, la Corte Constitucional se encontraba estudiando la exequibilidad de la negación de una acción de tutela presentada por un ciudadano de Santa Marta (Magdalena), quien había sufrido discriminación y restricciones a su libertad, por medio de detenciones administrativas, por parte de la Policía Nacional, por su condición de ser homosexual. Dentro de las consideraciones realizadas por la Corte Constitucional, efectivamente manifestó que en defensa de la moralidad pública pueden restringirse libertades; sin embargo, igualmente expresó que en “la aplicación de una sanción administrativa o la promulgación de una norma jurídica que persiga exclusivamente la defensa de un principio de moral pública debe ser sometida a un test estricto de proporcionalidad”¹⁰⁴.

Es decir que no debe aceptarse cualquier tipo de restricción de las libertades fundamentales basados en la protección a la moral, ya que en estos eventos debe realizarse un estricto test de proporcionalidad, y que resulta inconstitucional una restricción de la libertad por cuenta de pautas morales que solo puedan alcanzar el rango de “meros idearios perfeccionistas colectivos o individuales”. Con base en esto, la Corte Constitucional concluye que “no se ve cómo se resguarda el fin constitucionalmente protegido –la guarda de la moral social– con la restricción casi absoluta de circulación a un grupo de ciudadanos y con las detenciones administrativas de las cuales son objeto”¹⁰⁵. Resolviendo la Corte a favor del accionante, ya que el test de proporcionalidad evidenció que la salvaguarda de la moral pública no es suficiente

103 Corte Constitucional, Sentencia C-350 de 2009, M. P.: María Victoria Calle Correa.

104 Corte Constitucional, Sentencia T-301 de 2004, M. P.: Eduardo Montealegre Lynett.

105 *Ibidem*.

para legitimar la imposición de medidas administrativas, restrictivas de derechos constitucionales.

Sin embargo, en consideración a que se trata de una decisión de tutela, las decisiones son tomadas con base en los hechos particulares de cada caso, no puede emplearse dicha decisión como marco de referencia para todos los eventos, como para concluir, solo a partir de dicho fallo, que si las limitaciones a la libertad por cuenta de medidas administrativas no superan el test de proporcionalidad, respecto a la protección de la moral, con mayor razón debería resultar desproporcionado el empleo de medidas penales, ya que los efectos de estas providencias son interpartes, o a lo mucho *inter pares* o *inter comunis*¹⁰⁶. Sobre todo cuando la misma decisión expresa que existen diferentes tipos de preceptos morales, refiriéndose particularmente a los considerados como “meros idearios perfeccionistas colectivos o individuales”, pudiendo entonces existir otro tipo de moralidad, que por su particular entidad, su protección pueda legitimar la restricción de las libertades individuales, en el test de proporcionalidad.

En este escenario debe recurrirse a conceptos emitidos con fuerza *erga omnes*, donde se haga referencia de manera directa a la posibilidad o no de que se pueda ejercer el poder punitivo para la protección de la moral. Sobre el particular, la Corte Constitucional, en Sentencia C-404 de 1998, en la cual estudia la exequibilidad del delito de incesto, ya que el demandante considera que ese delito únicamente resguarda a la moral social y no un bien jurídico. En primera medida, la Corte afirma que resulta una “falacia teórica” suponer que no existe relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales de una comunidad y las disposiciones jurídicas, ya que

El reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no solo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, indagar por el substrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial¹⁰⁷.

A pesar de esto, esta corporación acepta que en la exigencia de una moral social se pueden cometer atropellos contra las libertades de las personas, por lo cual se debe recurrir al juicio de proporcionalidad, como herramienta que impide o dificulta la ocurrencia de abusos. Sin embargo la Corte es tajante al establecer que

La moralidad pública que puede ser fuente de restricciones a la libertad, es aquella que racionalmente resulta necesario mantener para armonizar proyectos

106 “Es decir, los efectos de la decisión primeramente se producen siempre entre las partes del proceso, sin perjuicio de que, en eventos especialísimos, (...) puedan extenderse a terceras personas en virtud de las figuras de efectos *inter pares* o *inter comunis*. Nunca, se repite, tales efectos son *erga omnes*”: Corte Constitucional, Sentencia T-583 de 2006, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

107 Corte Constitucional, Sentencia C-404 de 1998, M. P.: Carlos Gaviria Díaz y Eduardo Cifuentes Muñoz.

individuales de vida que, pese a ser absolutamente contradictorios, resultan compatibles con una democracia constitucional y que, adicionalmente, es indispensable para conjugar la libertad individual con la responsabilidad y la solidaridad que hacen posible este modelo constitucional¹⁰⁸.

En esta providencia, la Corte declara exequible el delito de Incesto, no con base en la relación entre la conducta reprochada en el tipo penal y la moral pública, sino porque, según la Corte Constitucional,

La práctica del incesto está asociada a una cadena de daños que se ciernen sobre la sociedad y los individuos, lo que confirma la idea de que la sociedad y el Estado sí están concernidos por esta conducta sexual y que, por consiguiente, sus regulaciones en principio no pueden entenderse como injerencias abusivas en un campo que es propio del sujeto autónomo y de su vida privada¹⁰⁹.

Es decir, la coherencia del tipo penal acusado, con el ordenamiento jurídico deviene de una circunstancia ajena a la lesión de los principios de la moral pública; así mismo, es concluyente al establecer que “una disposición penal que tenga como efecto la restricción de la libertad personal no puede tener como única fundamentación un principio de la moralidad pública”¹¹⁰.

De lo anterior se puede extraer que, para la Corte Constitucional, no hay posibilidad de que una sanción de tipo penal, que implique la restricción a la libertad personal, pueda sustentarse únicamente en el hecho de que la acción censurada vulnera preceptos constitutivos de la moral pública. Puesto en otras palabras, por más grave que sea el atentado que se efectúe contra la moral pública, si este es el único fundamento de la imposición de sanción, y esta sanción consiste en la privación de la libertad, el juicio de proporcionalidad estricto nos llevará siempre a la conclusión de que dicha sanción resulta desproporcionada y por tanto censurable desde el punto de vista Constitucional.

3.4.2.1. *Moral en el Bloque de Constitucionalidad*

Como quedó expuesto, en el Derecho interno colombiano, la privación de libertad no puede ser justificada únicamente para propender por los principios de moralidad pública, situación distinta en Alemania, en donde, incluso uno de los más férreos defensores de la teoría del bien jurídico (Claus Roxin) llegó a dicha conclusión; sin embargo, en Colombia resultan aplicables las disposiciones que sobre derechos humanos se encuentren consignados en tratados y convenios internacionales ratificados

108 *Ibidem*.

109 *Ibidem*

110 *Ibidem*.

por el Congreso de la República de Colombia, así lo disponen el artículo 93 de la Constitución Política de Colombia y el artículo segundo del Código Penal, el cual, como normas rectoras, definidas estas por el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, constituyen la esencia y orientación del sistema penal, entendido por sistema penal la integración de las diferentes disciplinas jurídicas del *ius puniendi*.

En este sentido, en Colombia resultan de obligatoria observancia las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. En igual sentido, los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (Estados Unidos), el 16 de diciembre de 1966, el cual fue ratificado por el Estado colombiano, por la Ley 74 del 26 de diciembre de 1968. Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José (Costa Rica), el 22 de noviembre de 1969, el cual fue ratificado por el Estado colombiano, mediante la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972.

En dichos instrumentos internacionales, la moral constituye una limitante a las libertades individuales. El numeral segundo del artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de *satisfacer las justas exigencias de la moral*, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (destacado fuera de texto).

El numeral tercero del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o *la moral públicas* o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto (destacado fuera de texto).

Por último, el numeral tercero del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dicta:

El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad

o el orden públicos, *la moral* o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás (destacado fuera de texto).

Sin embargo, en consideración a que los derechos consignados en los citados instrumentos internacionales son un estándar mínimo de garantías que deben respetar los Estados suscribientes, nada los imposibilita (a los Estados) para alejarse de dichas disposiciones, cuando el orden jurídico interno propenda por más garantías que las acordadas¹¹¹. Una interpretación diferente propondría por una total contradicción entre los compendios normativos suscritos y el fin que persiguen dichas codificaciones, que no es otro que ofrecer mecanismos reguladores a los Estados para que sus individuos puedan hacer respetar y exigir la materialización de los derechos fundamentales.

Lo anterior en consideración a que, ante el reconocimiento de que de los instrumentos internacionales ha hecho Colombia, debe escogerse el mejor estándar de garantías para cumplir con el mandato de la primera parte del inciso 1º del artículo 93 de la Carta Política, según el cual los tratados internacionales “prevalecen en el orden interno”¹¹². El estándar elevado por las normas internacionales señaladas se encuentra efectivamente mejorado por nuestro constitucionalismo local, ya que la misma Constitución Política colombiana ha establecido en su artículo 16 que todas las personas pueden ejercer su derecho al libre desarrollo de su personalidad, como regla general, impartiendo como único límite la presencia de dos eventos acumulativos, como lo son, por un lado, la afectación de derechos ajenos y, por otro, la contrariedad al orden jurídico. Situación que nos lleva a los dos escenarios acerca de cómo se realiza el principio de antijuridicidad en materia penal, por un lado, la antijuridicidad material (afectación de bienes jurídicos) y la antijuridicidad formal (afectación al orden jurídico¹¹³).

Como se hace notorio, la capacidad de acción de las personas, al amparo de la Constitución Política de 1991, no se encuentra limitada por la moral, sino por una sumatoria de eventos, como lo son, en primera medida, la afectación de los derechos ajenos, y en segunda medida, con la contrariedad a las disposiciones normativas. De manera que, si bien una norma jurídica pueda defender la moral a través del poder punitivo, sin que medie la afectación de bienes jurídicos, esta restricción a la libertad peca de

111 Cfr. GÓMEZ y BARBOSA. Ob. cit., p. 52.

112 Cfr. CARLOS GÓMEZ. “Interpretación y Aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Vol. 34 n.º 96, 2013, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 193.

113 Definido el orden jurídico como: “(...)una expresión genérica que se refiere al conjunto de normas que compone nuestro Estado de Derecho, este concepto es diferente al de orden legal, puesto que aceptar que la ley restrinja un derecho constitucional implica quitarle la superioridad jerárquica a la Constitución y colocarla en el mismo plano de la ley”: GÓMEZ y BARBOSA. Ob. cit., p. 49.

ilegitimidad, al no respetar los parámetros constitucionales en los que se cimenta nuestro sistema democrático¹¹⁴.

En este sentido, en consideración a que la normatividad interna dispone un mejor estándar de garantías que el presentado por parte de los instrumentos internacionales anteriormente descritos, en Colombia la moral no constituye, ni legal ni constitucional ni convencionalmente, una limitación a la libertad personal. Por lo cual no tienen cabida figuras jurídico-penales que prescindan de la teoría del bien jurídico, como lo son los Delitos Acumulativos o de ofensa por acumulación.

Por último, podemos concluir que el ejercicio realizado por parte de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 13 de mayo de 2009, Rad. 31.362. M.P.: Julio Socha Salamanca, en la que se refiere a la aplicación en Colombia de los Delitos Acumulativos, desconoce nuestro orden jurídico interno, ya que el hecho de que una figura jurídica exista y se aplique en Alemania, muy a pesar de ser este país el actual referente en el estudio de la ciencia penal, no significa que será coherente con nuestro sistema jurídico nacional.

De la misma forma como un instrumento internacional, antes de ser empleado en la jurisdicción interna debe pasar por el tamiz del control de convencionalidad, de manera que se asegure el mejor estándar de garantías, como lo destaca Gómez Pavajeau:

Con mayor razón así debe procederse cuando se interpreta nuestro Derecho Penal a la luz de las doctrinas que nos aporta el Derecho Comparado, por muy importante y significativo que resulte, en su país o en el concierto internacional, el autor del cual pretendamos nutrirnos en materia dogmática¹¹⁵.

Bibliografía

ALCÁCER, R. “La Protección del futuro y los daños Cumulativos”, en *Revista Internacional Derecho Penal Contemporáneo* n.º 11, Santiago, Legis, 2005.

BACHOF, O. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima, Palestra Editores, 2010.

114 La Corte Interamericana de Derechos Humanos en: Caso Kimel vs Argentina (2008) párr. 76, 77; Caso Usón Ramírez vs. Venezuela (2009) párr. 69 y 73; Caso Tristán Donoso vs. Panamá (2009) párr. 199; Caso Vélez Loor vs Panamá (2010) párr. 170; ha dispuesto: “En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado”.

115 GÓMEZ. *Interpretación y Aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos*, ob. cit., p. 190.

BACHOF, O. *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.

BECKERMAN, W. *Lo Pequeño es Estúpido*, Madrid, Debate, 1996.

BERNAL, C. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Cuarta Edición, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2014.

CASTRO, C. “Lineamientos sobre la antijuridicidad en los delitos contra la colectividad e imputación objetiva”, en *Dikaion Revista de Actualidad Jurídica*, Bogotá, Universidad de La Sabana, 2006.

CONESA FERNÁNDEZ-VITORA, V. *Guía Metodológica para la Evaluación del Impacto Ambiental*, cuarta edición, Madrid, Mundi-Prensa S.A., 2010.

FERRAJOLI, L. *Criminalidad y Globalización. Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria*, Tomo IV, volumen 1, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 2015.

FRISCH, W. “Derecho penal y Protección del Clima”, en *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Universidad Pompeu Fabra (UPF), 2015.

GARCÍA-PABLOS, A. *Introducción al Derecho Penal*, Vol. 1, quinta Edición. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. 2012.

GÓMEZ, C. “Interpretación y Aplicación de normas internacionales sobre Derechos Humanos”, en *Revista Derecho Penal y Criminología* Vol. 34 n.º 96, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2013.

GÓMEZ, C. *El Principio de la Antijuridicidad Material*, quinta edición, Bogotá D.C., Giro Editores Ltda., 2006.

GÓMEZ, C. y BARBOSA, G. *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 1996.

HASSEMER, W. *Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal. La teoría del Bien Jurídico*, Madrid, Ediciones jurídicas y Sociales S.A., 2007.

HASSEMER, W. “Perspectivas del Derecho penal futuro”, en *Revista Penal*, enero 1998, Barcelona, Editorial Praxis, 1998.

HASSEMER, W. “Rasgos y Crisis del Derecho Penal Moderno”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 45, Mes 1, Madrid, Ministerio de Justicia Español, 1992.

HEFENDEHL, R. “Derecho Penal medioambiental ¿por qué o cómo?”, en *Estudios Públicos*, n.º 110, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos (CEP), 2008.

JAKOBS, G. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid, Civitas, 2003.

JAKOBS, G. *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, segunda edición, Madrid, Marcial Pons, 1997a.

KUHLEN, L. *Bienes jurídicos y nuevos tipos de delito. Límites al Derecho penal: Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Barcelona, Atelier, 2012.

KUHLEN, L. “Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, en *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, Vol. 105, n.º 4, Berlin, Walter de Gruyter GmbH, 1993.

LESCH, H. *La Función de la Pena*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2000.

MIR PUIG, S. *Bases Constitucionales del Derecho Penal*, Madrid, Editorial Jurídica Iustel, 2011.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal*, Parte General, quinta edición, Barcelona, Tecfoto S.L. 1998.

ROXIN, C. “El Concepto de Bien Jurídico Como Instrumento de Crítica Legislativa Sometido a Examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* n.º 15, Granada, Universidad de Granada, 2013.

ROXIN, C. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito, Madrid, Civitas, 1999.

SÁNCHEZ, V. *Glosario de Términos Sobre Medio Ambiente*, Santiago de Chile, Unesco, 1989.

SANTO, J. “Acerca del concepto de naturaleza de Thomas Hobbes: Derecho natural y ley natural en El Leviatán”, en *Revista Espíritu cuadernos del Instituto Filosófico de Balmesiana* n.º 145, Barcelona, Balmes, 2013.

SINTURA, F. *Derecho Penal Económico y Constitución. Estudios de Derecho Penal Económico*, Bogotá D.C., Universidad del Rosario, 2007.

SILVA, J. *La Expansión del Derecho Penal*, segunda edición, Madrid, Civitas, 2001.

SOTO, S. “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Tomo 58 Mes 3, Madrid, Ministerio de Justicia Español, 2005.

STRATENWERTH, G. “La Criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos”, *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 2005.