

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



DELITOS BAGATELARES

**:
HELEN MAHECHA CRUZ**

Artículo

**Dr. JAVIER FRANCISCO FRANCO MONGUA
Abogado-Sociólogo
Magíster en Derecho Económico
Magíster en Derecho Comparado con Especialidad en Derecho
Económico**

**UNIVERSIDAD MILITAR NEVA GRANADA
DERECHO, CUNDINAMARCA
DIRECCION DE POSGRADOS
BOGOTA
2013**

DELITOS BAGATELARES
HELEN MAHECHA CRUZ

Definir el concepto de conducta punible dentro del marco de la ley Colombiana, determinar si la mínima lesividad de un comportamiento puede adoptarse para reprimir conductas punibles, sugerir la intervención mínima dentro de un Estado Social de Derecho frente a comportamientos irrelevantes.

Resumen: Los comportamientos de las personas en conductas sancionadas por la normatividad penal tienen características típicas, antijurídicas y culpables; aunque el bien jurídicamente tutelado muestra un riesgo en el patrimonio económico de la víctima, tales actuaciones son inocuas, con mínima lesividad e insignificantes que no afectan el fin del derecho penal, que se entiende como la última ratio; por lo cual, se debe considerar las implicaciones que tienen los delitos bagatelares para que la administración de justicia establezca otras formas de arreglo entre las partes, diferentes a la sanción penal que se torna desproporcionada frente a las consecuencias jurídicas existentes. La investigación penal se convirtió en un desgaste en la administración de justicia, teniendo en cuenta, que la información obtenida con el estudio de la antijuridicidad material y formal, para determinados comportamientos permitieron establecer que no existe el incumplimiento de una conducta punible; lo que reforzó la teoría de la mínima lesividad que no viola el bien jurídico tutelado; circunstancia, que no se debe tomar como impunidad de la conducta, pues existen otros mecanismos y jurisdicciones para que la persona responda por su actuación de manera diferente al derecho penal. Se determinó, no sólo el aspecto objetivo de la infracción de la norma, sino el subjetivo que delimitó en forma distinta la víctima y el elemento afectado.

Palabras Clave: Típica, antijurídica, culpable, lesividad, ultima ratio, delitos bagatelares, jurídicas, sanción penal.

Abstract: The behaviors of people in sanctioned behaviors are typical criminal legislation, anti-juridical and guilty; although legally protected shows a risk in the economic wealth of the victim, such actions are safe, with minimal and insignificant injurious not affecting purpose of criminal law, which is understood as the last resort, therefore, should consider the implications bagatelares crimes for the administration of justice develop alternative settlement between the parties, other than the criminal penalty becomes disproportionate to the existing legal consequences. The criminal investigation became a drain on the administration of justice, taking into account the information obtained from the study of material and formal illegality for certain behaviors allowed to establish that there is no breach of a criminal offense, which reinforced theory that does not violate minimum injurious the legally protected; circumstance that should not be taken as impunity of behavior, because there are other mechanisms and jurisdictions for the person to respond for his performance differently criminal law. Was determined not only the objective aspect of the rule violation, but the subjective delimited differently than the victim and the affected item.

Keywords: Typical, ant juridical, guilty, harmfulness, it finalizes ratio, crimes bagatelles, juridical, penal sanction.

INTRODUCCION

Los delitos bagatelares analizados en el presente escrito, permitirán establecer si el comportamiento de las personas frente a la sociedad, aunque se registren como infracciones penales, no configurarán un riesgo efectivo que afecte el patrimonio económico de las personas naturales o jurídicas.

Dadas las características del análisis explicativo es preciso definir conducta punible, a partir de la implicación material y formal en la ley Colombiana, con el propósito de determinar si la mínima agresión de un comportamiento puede adoptarse para reprimir conductas punibles; cuando la relevancia del comportamiento hace alusión al principio de lesividad, al carácter bagatelar del apoderamiento, su insignificancia, inocuidad e imposibilidad de amenazar efectivamente el patrimonio económico de una persona natural o jurídica; y, sugerir la intervención mínima de un Estado Social de Derecho, frente a comportamientos irrelevantes que se apartan de una justicia, verdad y reparación para los sujetos procesales involucrados en los hechos que se investigan.

El trabajo se desarrollará bajo la metodología descriptiva, donde se conocerán pronunciamientos de los Tribunales Nacionales, la Corte Suprema de justicia y diferentes autores, que darán a conocer su posición respecto a la antijuridicidad material en delitos que comprometen el patrimonio económico, los cuales comportan una mínima afectación al bien jurídico tutelado.

La investigación será conveniente porque permitirá entender el derecho penal como última ratio, para su aplicación frente a conductas punitivas e invocará un derecho constitucional considerado de manera excepcional, con resultados relevantes para la sociedad, porque mostrará los alcances de los comportamientos de las personas frente a conductas que carecen de antijuridicidad formal y

material; esto, ayudará a resolver un problema práctico que beneficiará los resultados de la investigación adelantada por el operador judicial; para con ello, prevenir el desgaste del ente investigativo en conductas inocuas, debido a que existen otros mecanismos que no necesariamente significan el reproche de las personas frente a la sociedad.

El trabajo realizado apoya la teoría de la mínima lesividad, que permitirá aplicar una política criminal, para establecer que los delitos bagatelares no siempre afectan el patrimonio económico de las personas. Este estudio determinará que la aplicación del derecho penal en ciertos comportamientos es inadecuada para la infracción cometida por las personas.

PROBLEMA DE INVESTIGACION

El problema de investigación surge con el propósito de establecer si ¿existe responsabilidad penal frente a comportamientos que afectan mínimamente el patrimonio económico de las personas?. Para absolver esta pregunta se empieza por definir el concepto de conducta punible en el marco de la Ley Colombiana, que delimita el actuar de las personas en una sociedad y establece reglas de comportamiento como principio Constitucional para garantizar los derechos y deberes de los ciudadanos; las normas de comportamiento predicen unos parámetros tipificados en el código penal colombiano; que además, de ser típicas, se debe estudiar la antijuridicidad y la culpabilidad para establecer una responsabilidad penal.

ESTRATEGIA METODOLOGICA

Se toma como punto de partida la conducta punible sancionada en el código penal como hurto (Artículo 239); que tiene como ingrediente, el apoderamiento de un bien para obtener un provecho; actuar que poner en peligro el bien jurídicamente tutelado en la norma; esto es, que la persona natural o jurídica afectada por el comportamiento del agresor causa un detrimento en el patrimonio de la víctima; caso contrario, se habla de una mínima lesividad , que no justifica aplicar el rigor del Estado para reprimir un comportamiento de naturaleza penal, ese actuar se ha de absolver por otros mecanismos directos entre la víctima y el victimario; ya sea, con la devolución del elemento y/o el pago del mismo, u otras alternativas diferentes a procesar a una persona, bajo el rigor exigible de la ley penal colombiana, que contraria los fundamentos del sistema penal al confundir que minimizar la impunidad en el País, se sustenta con el número de personas condenas y/o privadas de la libertad sin importar si efectivamente han vulnerado el bien jurídicamente tutelado por la ley.

El Estado ha de salvaguardar los bienes patrimoniales de las personas, que también corresponden al heraldo público del País que se distribuye, entre otras en la rama del poder judicial; por lo que se sugiere la intervención mínima dentro de un Estado Social de Derecho frente a comportamientos irrelevantes.

1. Definir el concepto de conducta punible dentro del marco de la ley Colombiana.

La ley 599 de 2000 define conducta punible así:

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad (Artículo 9 Código Penal, 2011); esta relación se consigue no solo con la confrontación de la norma, sino con el daño causado.

Es conducta punible, la acción u omisión de un acto que genera una responsabilidad penal; este hecho, está conformado por la acción humana y su relación con la norma legal que sea contraria a derecho; y, su comportamiento ha de ser doloso, culposo o preterintencional. Se resalta igualmente; la puesta en peligro o lesión del bien jurídico, esta actividad del hombre se realiza con voluntad; es así como, se establece que *“...nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa...”* (Artículo 29 Constitución Política, 2012); Caso en donde se opta por un derecho de acto y no de autor, no es suficiente la voluntad de la persona; también, se debe demostrar que existe una afectación del bien jurídico tutelado por la norma.

La causalidad material no conlleva a la responsabilidad penal de la persona que se investiga; se debe tener en cuenta, que el comportamiento realizado sea suyo y genere una lesividad que se entiende como la insignificancia de las conductas

frente a la sociedad con relación a la aplicación de la ley penal. El derecho penal debe entenderse como última ratio que se concibe como control social que permita la protección constitucional de los bienes; el legislador es quien va a sopesar la necesidad de la aplicación del derecho penal, para la solución de conflictos, en aras de garantizar la integridad particular, el derecho penal se sustenta bajo el principio de la mínima intervención, donde la ley se debe aplicar, cuando las otras opciones de control han fallado, pero el Estado no puede sancionar conductas que no afectan los intereses de la sociedad. (C- 636/2009 Gonzalez, 2009).

La norma penal indica de forma precisa la estructura del tipo penal, ya sea por acción u omisión del comportamiento; el legislador, establece en forma precisa y sin confusiones los comportamientos de las personas que se consideren como hechos delictivos, pues las descripciones ambiguas generan diversas interpretaciones que conllevan a una arbitrariedad. Se desprende entonces, que los tipos penales deben estar inscritos en la ley, y estas conllevan una pena.

De otra parte, el principio de legalidad en derecho penal, comprende la descripción del delito y su consecuente pena, y su no aplicación retroactiva; la descripción del hecho punible ha de ser taxativa, precisa y vista desde las circunstancias o situaciones específicas que permitan establecer en forma concreta los autores, verbos rectores, objeto material, jurídico y, su consecuente pena, con la garantía de no aplicar analogía jurídica en el campo penal que se impone por parte del juez competente (MORON, 2000). C- 739 de 2000)

El hecho de existir una descripción de una conducta de manera precisa, implica la inexistencia de interpretaciones erradas, aunque no se debe confundir esta premisa con una labor mecánica; pues el operador judicial, adecua el comportamiento de una persona dentro del marco penal; es decir, interpreta los tipos penales en forma estricta, sin desconocer el modelo de Estado Social y

Democrático de Derecho establecidos en la Constitución Política de 1991 basados en la dignidad humana, que dentro de sus finalidades, garantiza la efectividad de derechos y deberes consagrados por la Carta, sin olvidar los principios de la misma, que pretende un trato especial para la persona que es el fin del Estado que legitima a los poderes públicos, y le da facultades a los jueces para la interpretación de las normas. (C-598/98)

El bien jurídico se encamina a proteger los derechos colectivos e individuales, para permitir una convivencia en sociedad de forma armónica con el respeto por los derechos establecidos en la Carta Magna; y es así, como debe existir una ponderación política y social para que el legislador determine realmente aquellos comportamientos que efectivamente pongan o lesionen el bien jurídico protegido.

El Estado garantiza la protección de los derechos de las personas, mediante la solución de los conflictos a través de otros mecanismos; tales como, la indemnización de los daños ocasionados, el estudio del cumplimiento de la antijuridicidad material y formal de la conducta que se investiga; que para el caso que nos ocupa, hace referencia a la afectación del patrimonio económico como bien jurídico tutelado por la norma; situación que amerita absolver dichos conflictos entre personas, para dirimir el problema; y sólo se tiene el derecho penal, como última alternativa cuando el Estado no cuente con otros mecanismos para hacer valer sus derechos, que menos dañosos que la pena, se van a tener como prioridad.

Así mismo, el derecho penal sólo va a intervenir cuando realmente exista una puesta en peligro del bien jurídico; es decir, no toda infracción debe ser sancionada penalmente; únicamente aquellos que revistan gravedad.

La finalidad del delito es lesionar, poner en peligro un interés jurídicamente tutelado que hace parte de las personas que conforman la sociedad; o también, a una persona en particular; la antijuridicidad es la parte fundamental del delito, porque como se ha dicho, no puede haber responsabilidad, si el comportamiento de la persona no se encuentra expresamente consagrado en la ley penal. (Artículo 11 Código Penal, 2011).

Retomando el positivismo jurídico y sociológico, se puede establecer que la antijuridicidad formal es taxativamente el quebrantamiento de una conducta descrita en la norma; y, la material hace referencia a la afectación del bien o interés protegido socialmente dañosa, es el nexo que existe entre la acción que se realiza y el descrito en la norma. (Olano Carlos, pag.48).

Para indicar un ejemplo, en el delito de hurto con el amplificador penal de la tentativa, en un establecimiento de comercio; se debe determinar, si efectivamente puso en peligro el patrimonio económico de esa empresa, si el buen nombre de la misma se ve afectado; si el comportamiento de la persona va a inferir para que no volver a ingresar al lugar, personas que van a comprar en dicho lugar; en síntesis, si son lesionados o puestos en peligro otros intereses del establecimiento de cadena. De lo anterior, se colige que el principio de lesividad, es una verdadera garantía social, objetiva que se puede demostrar en el proceso.

La culpabilidad se entiende como la actitud consiente y voluntaria de controvertir los lineamientos penales que genera un juicio de reproche, la teoría finalista establece la posibilidad de hacer o dejar de hacer algo, quien teniendo la capacidad de actuar de forma diferente sin olvidar las circunstancias de modo, tiempo y lugar lo hace de tal forma que quebranta la ley, con plena capacidad para tal fin.

2. Determinar si la mínima lesividad de un comportamiento puede adoptarse para reprimir conductas punibles.

La teoría de la adecuación social determina que una conducta se torna típica, cuando cumple con los ingredientes del tipo penal y esa acción afecta al hombre en su entorno con consecuencias de su actuar. El nivel de adecuación social prohíbe comportamientos que ofenden a la comunidad, lo socialmente rechazado por la comunidad, lo es jurídicamente; sin embargo, el comportamiento de determinada persona es adecuado cuando carece de gravedad o es insignificante, no obstante, de aparecer definido en la ley como típica. La conducta punible es típica, cuando además de reunir los elementos e ingredientes del tipo penal objetivo, es socialmente relevante, al afectar la relación del hombre con su mundo y las consecuencias de su actuación alcanzan este último y es irrelevante cuando a pesar de estar formalmente definida en la Ley como típica, tiene escasa gravedad. (C.S.J. Cas. Penal Sent. Mayo 20/2003. M.P. Álvaro Pérez Pinzón).

La trascendencia de LESIVIDAD en el Derecho Penal Moderno, como sistema de control lo hace diferente del concepto puramente ÉTICO O MORAL, en el sentido de señalar que además del desvalor de la conducta que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado; se debe entender por tal, el bien jurídicamente tutelado al exponerlo efectivamente en peligro o lesión, que en ello consiste la llamada ANTIJURIDICIDAD MATERIAL, complementada en el artículo 11 del Código Penal Colombiano. C.S.J. Cas. Penal Sent. N° 29183 de Noviembre 18/2008 M.P. José Leonidas Bustos Martínez).

No se debe entender el derecho penal, para sancionar conductas de las personas con la sola confrontación con la norma; sino efectivamente, se va a aplicar cuando ha puesto en peligro el bien jurídicamente tutelado. Para que un comportamiento sea delito, debe poner en riesgo de modo efectivo el bien jurídicamente tutelado.

(Corte Suprema de justicia en Sala Penal con la sentencia del 21 abril de 2004, radicado 19.930).

El bien jurídico, es la única instancia del poder punitivo en el Estado social de derecho, que tiene como finalidad la protección de los intereses; es decir, que al legislar no se le puede indicar como delitos, comportamientos que carecen de afectación real, de la efectiva ofensa que lesione o ponga el peligro el bien jurídico tutelado; la intervención mínima, determina dentro de la política criminal en un estado social de derecho; que sólo tutela deberes, derechos y libertades imprescindibles, de cara a los actos con mayor intolerancia que se realizan en la sociedad; se entiende el derecho penal como ultima alternativa, siendo este respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo que debe intervenir sólo en aspectos que revistan especial gravedad y relevancia ante bienes jurídicos importantes.

Sobre esta base, se denota claridad que frente a la insignificancia de la agresión y ante la levedad del resultado; no se debe utilizar la actividad penal, pues muestra innecesaridad y es inútil; encontrándonos frente a delitos de resultado de bagatela.

3. Sugerir la intervención mínima dentro de un Estado Social de Derecho frente a comportamientos irrelevantes.

Para explicar la intervención mínima dentro de un Estado Social de derecho en comportamientos irrelevantes, en la práctica se advierte en los almacenes de cadena, acceso de personas al sitio, para tomar elementos del almacén y salir del lugar sin cancelar los valores establecidos; situación en la que dichas personas, son observadas mediante las cámaras del recinto, o por los guardas de seguridad, o por el sistema de alarma que se activa de manera inmediata; situación, donde la persona apprehendida

con el producto, es procesada y se lleva a los estrados judiciales para su correspondiente judicialización y consecuente sanción penal.

Claro es, que la conducta desplegada se encuentra descrita y sancionada en la norma penal Colombiana, pero al observar el tema de la antijuridicidad; se debe estudiar varias teorías; como la “significación social” de Bustos Ramírez, que la formula a partir del concepto de la adecuación social, para dar un límite a la prohibición de los tipos penales, teoría que gira en torno a la tipicidad, donde los comportamientos de las personas con insignificancia frente a la sociedad, excluye de la tipicidad; por ejemplo, de lesiones levisimas o hurtos de poca monta en donde se evidencia, que desde el punto de vista social no se hace necesaria la atribución del tipo.

Eugenio Raúl Zaffaroni, refiere la teoría de la “*tipicidad conglobante*”¹, que para que exista tipicidad penal, esta debe estar en la ley, y la conducta debe ser anti normativa; es decir, a partir de la interpretación del ordenamiento jurídico que busca comportamientos que a pesar de estar descritos en la ley son insignificantes, a esto le llama tipicidad congloberante. Como ejemplo de atipicidad congloberante, se va a tener el cumplimiento de un deber jurídico, las intervenciones quirúrgicas, las actividades riesgosas fomentadas, y el daño insignificante.

La antijuridicidad igualmente, se encuentra establecida en diferentes categorías, entre las que se puede indicar la cantidad, ya sea mayor o menor el grado de lesión, por lo que se puede establecer los límites de lo insignificante y significativo.

¹ Tipicidad congloberante: “... la tipicidad objetiva también tiene como función excluir su tipicidad cuando no medie conflictividad...”, “... Mediante la función congloberante del tipo objetivo se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar tanto su lesividad como su pertinencia a un agente...” Revista de derecho universidad del Norte, 19:1-18,2003.

Roxin²; formuló los delitos bagatelares, partiendo del principio de insignificancia, donde los daños de poca importancia no justifican punición, definición que se constituye como la estructura lógico objetiva, que retoma las raíces de ultima ratio y mínima intervención del derecho penal. Esto implica, la afectación por puesta en peligro o lesión al bien jurídico tutelado; pues en ciertos casos, la pena criminal suele ser perjudicial para el que está afectado en ella; por lo que solamente, se deberá aplicar cuando sea el único medio de evitar un daño todavía mayor.

Cuando se habla de garantismo, según Luigi Ferrajoli ³se debe mediar entre las libertades individuales y el ejercicio del poder, este modelo está orientado a garantizar derechos subjetivos que son garantías a las personas, que no es exclusivo del derecho penal, sino también existe un garantismo social, patrimonial, donde se designan unas técnicas para la defensa de los derechos de libertad, frente a intervenciones del Estado; Ferrajoli, establece las garantías penales sustanciales que se encaminan a minimizar los delitos; y las procesales, encaminadas a minimizar el poder judicial con respecto a la discrecionalidad al momento de estudiar el comportamiento de una persona frente a la sociedad.

Ferrajoli plantea tres teorías, estas son:

- La existencia de un nexo entre garantías y fines del derecho penal, con la orientación para minimizar la aplicación punitiva, estas garantías justifican el derecho penal para prevenir los delitos para garantía de los ciudadanos, con la finalidad de proteger al más débil, en la comisión de un delito a la víctima, dentro del proceso al indiciado y en ejecución de la pena al condenado.

² Claus Roxin, nacido el 15 de mayo de 1931 Hamburgo Alemania, abogado y jurista reconocido por su labor en el ámbito del Derecho Penal, Procesal Penal y Teoría del Derecho.

³ Luigi Ferrajoli, nació en Florencia el 6 de agosto de 1940, jurista italiano y principales teóricos del garantismo jurídico de todos los derechos fundamentales.

Así mismo, se debe mirar la posición de los sujetos y objetos comprendidos en ella; pues no es lo mismo el hurto de un paquete de chocolatinas al vendedor ambulante, que la sustracción de estos mismos elementos a un almacén de cadena. Para el primer caso, el daño es evidente; pues ese paquete de insumos puede comprometer el patrimonio económico de esa persona; que no sería lo mismo, frente al almacén de cadena que no sólo cuenta con un potencial económico, sino que en la mayoría de casos estos elementos están asegurados; situación en el que no podemos inferir una afectación del patrimonio económico del almacén.

- La segunda hace relación al nexo entre las garantías y la legitimación interna de la jurisdicción, donde se mira desde dos ámbitos; el primero, la igualdad de las personas, ya sea que infrinjan la ley o la respeten. La segunda, que garantiza la vida y la libertad personal como derechos fundamentales; que no se deben quebrantar por capricho del interés general. La legitimación se entiende como la coherencia de hacer valida las garantías en todo momento entre las partes que será demostrada procesalmente.
- La tercera, aduce a la representación del garantismo en una teoría crítica y filosófica de la política del derecho penal, para beneficios de los actores dentro de un proceso, esta teoría se basa en el deber ser del derecho desde el propio derecho, que integra lagunas legales presentes en el ámbito constitucional pero no, en el legislativo.

Como lo expresó Ferrajoli: ⁴ *“...Por garantismo se entenderá pues un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a éstos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones. En este sentido, el garantismo es sinónimo de “estado constitucional de derecho”, o sea de un sistema que recoge el paradigma clásico de estado liberal, extendiéndolo en dos direcciones: de un lado, a todos los*

⁴ Ob. cit. página 7

poderes, no sólo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no sólo a los poderes públicos sino también a los privados; de otro lado, a todos los derechos, no sólo a los de libertad sino también a los sociales, con el consiguiente surgimiento de obligaciones, además de prohibiciones, para la esfera pública...”

Por lo anterior, se debe indicar una equidad en la sentencia, en donde cosas desiguales deben ser tratadas de manera diferente; la igualdad perturbaría la justicia material; por lo que la antijuridicidad material se podría concluir como:

- Todo tipo penal protege un bien jurídico.
- Si el comportamiento se adecua a un tipo penal y este protege un bien jurídico; debe realmente verse afectado, o porque se colocó en peligro o porque sufrió una lesión.
- Con la existencia de ese peligro o esa lesión, esta debe ser relevante socialmente, pues los delitos bagatelares no son admisibles por principio de insignificancia.

Para el inicial ejemplo, se deduce que la afectación del patrimonio económico del almacén de cadena por el apoderamiento de un paquete de chocolatinas, no afectó el patrimonio económico y por el contrario este comportamiento debió resolverse o por el mecanismo de pago del producto, o devolución del mismo, e incluso pasar a una reclamación civil, sin necesidad de la intervención punitiva, que sólo debe ser aplicada como última razón. La intervención punitiva es la técnica de control social más gravosa de la dignidad de los ciudadanos, la necesidad exige que se acuda a ella sólo como solución extrema.

Si se va a cuestionar ¿cuál es el daño efectivo del delito?, se puede retomar dos posiciones; la primera, desde el punto de vista de Roxin⁵, la finalidad de la pena es preventiva e intimidadora, al indicar que a todos los que infringen la norma se le tiene que aplicar una pena, que se ve reflejada por la magnitud dada y por la medida de la culpabilidad. Por el contrario; Jakobs, permite establecer que el daño en el delito, no sólo está en la destrucción o puesta en peligro de los bienes jurídicos, sino lo que expresa el sujeto al efectuar ese comportamiento contrario a la ley, que es una negación al bien jurídico que protege la norma, lo que hace que sea igual una lesión al bien jurídico o un hecho relevante que afecte la norma.

Para el ejemplo del hurto en almacén de cadena, al hablar sobre la tentativa inidónea o delito imposible, se debe cuestionar si se castiga o no este hecho; para lo cual según pensamiento de Roxin, no hay un soporte para determinar que el delito imposible debe ser sancionado; para el ejemplo de la persona que ingresa al recinto público, donde cuenta con personal de seguridad, cámaras de vigilancia y en sus puertas se encuentran unas antenas que se activan al momento de pasar un producto sin cancelar en la caja; se hace imposible consumir el acto; pues, es suficiente que el guarda de seguridad del almacén le diga a la persona infractora que debe cancelar el producto o en su defecto, devolverlo al almacén; como para esperar a que la persona intenté salir del sitio para aprehender al infractor y proceder al proceso penal.

De otra parte, si una persona intenta arrebatar la vida de otra, y toma un arma de fuego convencido que está cargada y dispara contra esta; pero el arma al no tener balas, no logra su cometido; caso en el que se debe aplicar la tentativa inidónea, pues no es posible castigar este hecho, cuando ni siquiera puede lesionar a la

⁵ Roxin: "...la acción es una manifestación anímico-espiritual del ser, por lo tanto se excluyen correctamente a las personas jurídicas. El profesor dice que es una posición entendible pero vaga...". <http://www.estasentuderecho.com.ar/2009/03/teoria-del-delito-roxin-zaffaroni.html>.

persona, mucho menos va a poner en peligro un bien jurídico por carecer de un medio eficaz para tal fin.

Ahora, la posición de Jakobs, es opuesta, pues el tener la pistola apta para el disparo es suficiente para inferir que la persona quería lograr su cometido, por lo que tomó el arma y disparó; sin embargo, no se llegó a este resultado, por carecer de munición el arma; con este sólo hecho, se puede mostrar un desvalor hacia los bienes protegidos por el Estado, y concluye legítimo castigar la tentativa inidónea.

Para castigar una conducta, se debe demostrar la lesión o peligro del bien jurídicamente, si no se ha puesto en riesgo, no se podrá sancionar; no se pueden castigar actos preparatorios, si esta fase no ha ingresado a la puesta en peligro de ese comportamiento; el concepto de delito en el código penal, permite al legislador un criterio político criminal para lo que debe o no sancionar. En un estado social de derecho, no se pueden calificar como injustas las normas dictadas por los congresistas en representación del pueblo.

CONCLUSIONES

El derecho penal no puede entenderse como la defensa ética dada por el legislador, se deben tutelar los bienes jurídicos cuando realmente lesionen o pongan efectivamente en peligro el bien jurídicamente tutelado; por lo que tiene valor el principio de antijuridicidad material (*nullum crimen sine injuria*), los delitos contra el patrimonio económico son de resultado, lesionando personas naturales o jurídicas de manera específica a quienes se les debe comprobar que tuvieron un daño real.

La antijuridicidad radica en contrariar lo escrito en la norma y la lesión o destrucción del bien jurídicamente tutelado, donde se determinó dos clases de antijuridicidad; la material, cuando hace afectación hacia la sociedad; y la formal, cuando quebranta la norma del Estado. Cuando se habla del aspecto negativo de la antijuridicidad, lo forman las causas que lo justifican, esto anula lo contrario a derecho; cuando existe alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico.

Se destaca, igualmente la ausencia de responsabilidad en los actos de las personas, ya sea por intereses preponderantes; por ejemplo, privar la vida de una persona para salvar la propia, por estado de necesidad cuando la persona toma un producto para saciar la necesidad de alimentarse.

Los fines del sistema penal Colombiano tienden a garantizar la verdad, justicia y reparación de las víctimas; sin embargo, no se puede dejar de lado el real daño sobre el bien jurídico tutelados en una conducta determinada, para continuar un

proceso ante los estrados judiciales cuando la acción del investigado es mínima con respecto a la víctima; razón por la cual, no se debe desgastar el aparato judicial para enviar un mensaje a la sociedad de un sistema peligrisista; pues, como lo muestra la experiencia, estas actuaciones tienen otra solución del conflicto, lejos de la aplicación del derecho penal como última razón para castigar este tipo de comportamientos, cuando bien se pudo solucionar en el mismo lugar afectado; como en los almacenes de cadena, que como se ha indicado, sus productos tienen un seguro, el recinto cuenta con cámaras de seguridad, guardas del sitio y pines de los productos que lo convierten en un delito imposible; y hubiera bastado sólo con el aviso a ese infractor, antes de salir del lugar para que hubiera cancelado el producto, y no esperar a la salida del almacén para advertir un hecho que ya era conocido por los guardas de seguridad, para iniciar una cadena de procesos administrativos, policivos y judiciales donde el representante de la víctima tasa unos daños y perjuicios que muchas veces son superiores al elemento hurtado; pues se conocen casos donde el hurto es de una chocolatina, o un cepillo de dientes, o de un caldo maggi; para reclamar una indemnización de cincuenta mil pesos o más, que son calculados en papelería y honorarios de los abogados;, que finalmente, sobrepasan la esencia del hecho real; terminando un proceso de esta índole en montos grandes para el aparato Estatal, y por ende para la misma sociedad. Razón más, para inferir que este tipo de comportamientos no se deben dirimir como última ratio, sino como un mecanismo de resolución de conflicto entre las partes.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA CESARE. De los delitos y de las penas. Bogotá, Editorial Temis, 1987.

Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

Código Penal Colombiano Ley 599 de 2000

FERRALLOLI, Luigi. Derecho y razón, Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, 1997, p.465.

GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material. Quinta edición, Giro Editores LTDA.

LISZT FRANZ, VON. Tratado de derecho penal, tomo II, 2ª edición, traducción de Luis Jiménez de Asúa. Madrid, Editorial Reus, S.A., 1927

REYES ECHANDIA, Alfonso. La tipicidad. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981

ROXIN Claus. Teoría del tipo penal. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1979.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Derecho penal. Editorial Temis S.A. 1995

ZAFFARONI, Eugenio R. Derecho Penal Parte General. Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2º Ed., 2005, p. 128)

JURISPRUDENCIA

Sentencia 739 de 2000 MP. Fabio Morón Díaz.

C- 636/09. MP Mauricio González Cuervo.

Sentencia del 8 de agosto de 2005. Rad. 18609, citada en la del 26 de abril de 2006. Rad. 24612

Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia Sala Penal- Sentencia No. 25974 – 08/08/07 MP María del Rosario González de Lemus.

Sentencia C.S.J. Cas. Penal Sent. N° 29183 de Noviembre 18/2008 M.P. José Leonidas Bustos Martínez).

Sentencia febrero 18 de 2003. Rad. 016262

Auto del 23 de agosto de 2006 Rad. 25745

OTROS

Diccionario jurídico Colombiano, Luis Fernando Bohórquez Botero, Jorge Iván Bohórquez Botero; Editora Jurídica Nacional.

Revista de derecho universidad del Norte, 19:1-18,2003. Jaime Sandoval Fernández.
