

LOS LÍMITES CUANTITATIVOS EN LOS DELITOS ECONÓMICOS
(Arts. 297, 319, 320 y 321 Código Penal Colombiano)

CATALINA TRUJILLO BETANCUR

Asesor

JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA
PROFESOR DE DERECHO PENAL UNIVERSIDAD EAFIT

TRABAJO DE GRADO

ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD EAFIT
2007

TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	6
III.	RECONOCIMIENTO DE LA CATEGORÍA DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.....	9
IV.	MARCO TEÓRICO DE LA DISCUSIÓN.....	21
	A. Tesis de la condición objetiva de punibilidad.....	21
	B. Tesis del tipo de injusto.....	24
V.	TOMA DE POSTURA.....	29
VI.	LOS LÍMITES CUANTITATIVOS EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.....	32
	A. Supuestos.....	32
	B. Consecuencias.....	37
	1. En materia de error.....	37
	2. En materia de participación.....	39
VIII.	BIBLIOGRAFÍA.....	41

I. INTRODUCCION

Sin duda alguna, el estudio de la criminalidad económica ha traído consigo nuevos retos para la doctrina jurídico penal actual. En torno a ésta se han iniciado importantes discusiones, incluso su caracterización ha resultado conflictiva.

La dificultad del análisis de los delitos económicos radica, primordialmente, en la insuficiencia de las categorías dogmáticas tradicionales para explicar algunos de los fenómenos a los que estos delitos dan lugar.

La identificación de ciertas particularidades, como por ejemplo, la inclusión de límites cuantitativos en el cuerpo de este tipo de delitos, ha merecido un razonamiento especial, toda vez que, como se dijo arriba, constituyen fenómenos que desbordan los contenidos de las conocidas categorías dogmáticas.

Y es precisamente el debate relacionado con los límites cuantitativos el que ha dado origen al presente trabajo.

No se pretende afirmar que la presencia de límites cuantitativos constituye un fenómeno especial de los delitos económicos, en tanto éstos se han incluido también en otras familias delictivas¹; pero, como bien lo sostiene Martínez-Bujan: “el enconado debate dogmático (...) se ha centrado básicamente en los genuinos delitos económicos”².

La discusión doctrinal en cuanto a los límites cuantitativos consiste primordialmente en la determinación de su naturaleza jurídica, cuestión que ha

¹ En este sentido, cfr. MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, *Derecho penal económico*. Parte general, Valencia, Tirant lo blanch, 1.999, pp.143 y ss.

² MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit., pp. 143 y ss.

dividido a la doctrina entre dos tesis que se han denominado, “la tesis del tipo de injusto” y “la tesis de la condición objetiva de punibilidad”.

Así, de lo que se ocupa el debate teórico es de establecer, si los límites cuantitativos son elementos del tipo o constituyen condiciones objetivas de punibilidad.

El propósito de aclaración de dicha cuestión cuenta con una dificultad, que es la de abordar el tema de las condiciones objetivas de punibilidad, la cual constituye una de las categorías más controvertidas en la ciencia penal³. En relación con éstas, se discute tanto su existencia como su caracterización e individualización. Por tanto, será determinante para los propósitos del presente trabajo establecer si debe o no, reconocerse la existencia de tan cuestionada categoría, ya que no tendría sentido indagar por la pertinencia de las tesis enfrentadas si se niega la existencia de una de ellas.

La importancia de la discusión propuesta reside en que, de la adopción de una u otra de las tesis enunciadas se derivarán diferentes consecuencias prácticas, especialmente en la aplicación de figuras de gran relevancia como son, el error y la participación.

La pretensión de este trabajo, entonces, consiste en proponer un análisis, de acuerdo con las consideraciones teóricas que se concluyan, de los límites cuantitativos que han sido incluidos dentro de los delitos de la parte económica del Código penal colombiano, tipificados en los artículos 297, 319, 320 y 321.

Para el logro de dicho objetivo, en la primera parte del trabajo se mostrará los aspectos por los cuales la cuestión resulta problemática y se trazarán los aspectos que permitirán llegar a una conclusión de la manera más lógica posible; aspectos que constituyen, por tanto, el cuerpo del trabajo. En esta medida, a continuación se planteará si debe o no reconocerse la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad, se expondrán tanto la tesis que la

³ MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, Edersa, 1.989, p. 19.

reconocen como aquellas que niegan su existencia, y se asumirá la posición que se considere más conveniente. En un segundo momento, se intentará dar cuenta del estado actual de las tesis enfrentadas en torno a la naturaleza de los límites cuantitativos. Con base en esto se procederá a asumir la postura que resulte más adecuada de acuerdo con los principios propios del derecho penal de los Estados constitucionales modernos y que se compadezca con el derecho positivo existente. Finalmente, se determinará si puede aplicarse las conclusiones teóricas propuestas al caso colombiano y de acuerdo con esto, se fijará el tratamiento que debe dársele a los límites cuantitativos en los delitos señalados, de manera especial, en las materias que han sido más discutidas, como son, el tema del error y de la participación.

De esta forma, se trata de construir una propuesta en relación con una cuestión escasamente discutida en nuestro ordenamiento y que por tanto, impide hacer uso de la depuración argumentativa que se quisiera. No obstante, se cuenta con posturas de importante y útil desarrollo dogmático que son suficientes para realizar las consideraciones necesarias para el caso colombiano y que permiten obtener algunas conclusiones teóricas para el tema que se aborda.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

De un rastreo por las diferentes legislaciones penales, y en especial en materia económica, puede identificarse la inclusión de límites cuantitativos en ciertas normas penales.

El Código Penal Colombiano no ha sido ajeno a esta técnica de tipificación, como puede apreciarse en los siguientes tipos penales:

Artículo 297. Acaparamiento: “El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes acapare o, de cualquier manera, sustraiga del comercio artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad...” (subraya fuera del texto).

Artículo 319. Contrabando: “El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero...” (subraya fuera del texto).

ARTÍCULO 319-1. Contrabando de hidrocarburos y sus derivados. “El que en cantidad superior a veinte (20) galones, importe hidrocarburos o sus derivados al territorio colombiano, o los exporte desde él, por lugares no habilitados, o los oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero...” (subraya fuera de texto)

Artículo 320. Favorecimiento de contrabando: “El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero...” (subraya fuera de texto).

Artículo 321. Defraudación a las rentas de aduana: “El que declare tributos aduaneros por un valor inferior al que por ley le corresponde, en una cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (subraya fuera de texto)

De lo anterior, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Que el legislador colombiano ha recurrido a los límites cuantitativos como técnica de tipificación.
- La forma de inclusión de los límites cuantitativos es igual en los delitos citados. La cuantía, en estos casos, se incluye dentro de la descripción de la conducta típica.

La identificación de esta técnica de tipificación ha ocupado a la doctrina penal actual en el debate acerca de la naturaleza jurídica de tales límites, con el fin de determinar los efectos que le son propias.

El debate entonces, consiste en determinar la función que estos límites cumplen en los delitos en que se han consagrado. La discusión doctrinal se encuentra dividida entre aquellos que sostienen que tales límites constituyen elementos del injusto y quienes creen que se trata de una condición objetiva de punibilidad. El reconocimiento como uno u otro conllevará consecuencias prácticas diferentes, las cuales pueden enunciarse así:

Por un lado, en materia de error; de tratarse de elemento del tipo, el error será por tanto un error de tipo; por el contrario, si de lo que se trata es de una condición objetiva de punibilidad, el error sobre el límite cuantitativo será irrelevante, toda vez que dicho elemento no requerirá ser abarcado por el dolo o imprudencia del autor. No obstante, esta posición no es unánime en la doctrina. Bacigalupo por ejemplo, considera que aunque los límites cuantitativos constituyen condiciones objetivas de punibilidad, el error sobre él no puede ser irrelevante⁴.

Por otro lado, en cuanto a la participación, si se trata de un elemento del tipo, la participación de terceros en el hecho ejecutado por el autor podrá ser castigada; pero si se trata de una condición objetiva de punibilidad y no se sobrepasa el límite cuantitativo, el hecho no es punible para nadie.

⁴ BACIGALUPO, ENRIQUE, *Delito y punibilidad*, Madrid , Civitas, 1.983, pp. 157 y s.

El trabajo doctrinal en la materia cuenta con una particularidad, que es el silencio que existe en la mayoría de las legislaciones en relación con las condiciones objetivas de punibilidad, toda vez que, salvo en la legislación italiana⁵, no se les ha otorgado carta de naturaleza en la Parte General del Código⁶, lo cual ha implicado que la construcción de dicha categoría tenga un desarrollo primordialmente doctrinal.

Con el fin de determinar el papel que tienen los límites cuantitativos en los delitos del Código colombiano, habrá entonces que definir, en primer lugar, si puede reconocerse la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad.

De ser así, habrá que emprender dos discusiones, por un lado, la referente a si estas circunstancias deben ubicarse dentro del injusto o dentro de la categoría que se ha identificado con el nombre de punibilidad, y, en segundo lugar, según sea lo uno o lo otro, se determinará cuál es el tratamiento que debe dársele en materia de error y de participación.

De seguirse lo contrario, esto es, negar la existencia de las denominadas condiciones objetivas de punibilidad, estos límites serán por tanto elementos del tipo y sólo tendrá que establecerse las consecuencias que en materia de error y de participación se siguen para el caso colombiano.

⁵ En este sentido, cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob.cit, pp. 20. El autor cita la norma italiana que las consagra de la siguiente forma: “Cuando para la punibilidad del delito, la ley exige que se verifique una condición, el culpable responde del delito, aunque el resultado del cual depende la verificación de la condición no haya sido querido por él”.

La norma del Código Penal Italiano que define la condición objetiva de punibilidad en su lengua original es la siguiente: “Art. 44 - *Condizione obiettiva di punibilità* - Quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto.”

⁶ MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob.cit, pp. 21.

III. RECONOCIMIENTO DE LA CATEGORÍA DE LAS CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

La categoría de las condiciones objetivas de punibilidad constituye una categoría controvertida en la ciencia penal, porque aunque goza de un reconocimiento mayoritario ha sido negada por algunos.⁷

En relación con las condiciones objetivas de punibilidad se ha discutido no sólo su propia existencia sino también su fundamento, los criterios de individualización, naturaleza jurídica, tratamiento y ubicación sistemática.

Quienes reconocen esta categoría parten de una constatación empírica, que es la presencia en tipos penales actuales de elementos que reúnen ciertas características que no permiten encuadrarlas dentro de alguna de las categorías de la estructura tradicional del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).⁸

A pesar del escaso desarrollo normativo de esta categoría, la doctrina ha propuesto criterios que permiten diferenciarlas de las demás categorías del delito.

Tal como lo propone Martínez-Bujan, de las múltiples definiciones propuestas para esta categoría, existe consenso doctrinal sobre los siguientes elementos caracterizadores⁹:

- No es necesario que la culpabilidad del agente vaya referida a esas condiciones objetivas.
- Tales condiciones constituyen elementos que pertenecen a los presupuestos materiales de la pena.

⁷ MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob.cit., pp. 14.

⁸ MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob.cit., pp. 14 y ss.

⁹ MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob. cit, pp. 22.

Teniendo como base la anterior caracterización, algunos autores han sostenido que pueden encontrarse dos tipos de condiciones objetivas.

Así, por ejemplo, Martínez- Bujan propone distinguir entre dos tipos de condiciones: propias e impropias.

Según este autor, las denominadas condiciones propias son aquellas respecto de las cuales pueden identificarse los elementos anteriormente señalados, es decir, se trata de aquellas condiciones que no contribuyan a configurar el injusto, toda vez que, aún sin la presencia de la condición, el hecho es en sí mismo merecedor de pena, pero su aplicación se condiciona a la ocurrencia de tal circunstancia objetiva.

Para la ilustración de este tipo de condiciones, el autor recurre al Artículo 606 del Código español; en relación con el cual existe, además, cierto acuerdo de que se trata de un caso de inclusión dentro del tipo penal de una condición objetiva de punibilidad¹⁰.

El párrafo segundo del Artículo 606¹¹ del Código Penal español “establece que la imposición de las penas estatuidas para los comportamientos de atentar contra el Jefe de un Estado extranjero o persona internacionalmente protegida

¹⁰ MARTINEZ PÉREZ, CARLOS, ob. cit, p. 21.

¹¹ *“Artículo 605.- 1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años. 2. El que causare lesiones de las previstas en el artículo 149 a las personas mencionadas en el apartado anterior, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.*

Si se tratara de alguna de las lesiones previstas en el artículo 150 se castigará con la pena de prisión de ocho a quince años, y de cuatro a ocho años si fuera cualquier otra lesión.

3. Cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los números precedentes, o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos, en su mitad superior.

Artículo 606.- 1. El que violare la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

2. Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviese el carácter oficial mencionado en el apartado anterior.”(subraya fuera de texto)

por un Tratado que se hallare en España, descritos en el párrafo 1º del propio Artículo 606 o en el artículo anterior, se condiciona al hecho de que exista un tratamiento punitivo recíproco en las leyes del país de las personas ofendidas”¹²

Como puede verse, en el ejemplo planteado la exigencia de un tratamiento recíproco constituye un elemento que no contribuye a fundamentar el injusto, pues la acción de matar representa en sí misma un injusto susceptible de pena; sin embargo, en este caso se condiciona la aplicación de la pena a un hecho objetivo, que es el tratamiento recíproco en las leyes del país de la persona ofendida.

Obsérvese que en este caso es claro para el legislador español que la circunstancia objetiva referente al tratamiento recíproco no contribuye a configurar el injusto, en la medida en que señala de manera expresa que en el evento de no presentarse tal condición se impondrá la pena que se encuentra consagrada para el mismo delito cuando es cometido contra una persona que no tenga carácter oficial.

Por otro lado, la inclusión de la condición objetiva de punibilidad tampoco resulta violatoria del principio de culpabilidad, en tanto, a pesar de ser un elemento ajeno a la culpabilidad consagrado en el tipo penal, tampoco pertenece al injusto. En consecuencia, cumple la función de restringir la punibilidad, por condicionar la aplicación de la pena, en los eventos en que el hecho sea merecedor de pena, a la ocurrencia de una circunstancia objetiva.

De ahí que se afirme, para el caso de este delito consagrado en la legislación española, que la exigencia de reciprocidad, reúne las características propias de las condiciones objetivas de punibilidad y además no constituye restricción alguna al principio de culpabilidad, y por esto se ha sostenido por quienes diferencian entre condiciones propias e impropias que, en este caso se está frente a una de las primeras¹³.

¹² MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob. cit., p.30

¹³ MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob. cit., p.32

Por oposición a éstas, se encuentran las llamadas condiciones impropias. En este caso se trata de circunstancias objetivas consagradas en los tipos penales que no requieren ser abarcadas por la culpabilidad del agente pero que al mismo tiempo contribuyen a fundamentar el injusto. De ahí que se afirme que en estos casos dichas condiciones resultan restrictivas del principio de culpabilidad.

En relación con éstas Martínez- Bujan propone como ejemplo el consagrado en el Artículo 408 del antiguo Código Español en el que se tipificaba el delito de “homicidio en riña tumultuaria”, en éste se castigaría por tal delito al sujeto activo que hubiere causado lesiones graves, siempre y cuando hubiere resultado muerte de un hombre.

Como puede verse, en este último caso el dato objetivo de “hubiere resultado de muerte” contribuye a fundamentar el injusto, en tanto la conducta desplegada por el sujeto activo, *per se*, no constituye una conducta típica de homicidio. En consecuencia, la consagración de dicha circunstancia objetiva no cumpliría la función de restringir la punibilidad, sino por el contrario, fundamentar su agravación.

Según el autor se trata de elementos que formalmente pertenecen al injusto, “con la única salvedad de que, por disposición expresa del legislador, deben ser sustraídas a las exigencias de dolo o culpa”¹⁴. Es por esto que no se ubican, como sí las condiciones propias, dentro de una categoría adicional a la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad.

Entonces, la afirmación sobre la vulneración al principio de culpabilidad de este tipo de condiciones, reside en la no exigencia de conocimiento del agente sobre la circunstancia objetiva.

¹⁴ MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob. cit, p.117.

Esta distinción que propone el profesor Martínez- Bujan no ha sido adoptada de forma unánime por la doctrina, por eso, es pertinente tener en cuenta que, así como existe un grupo de autores que desconocen la distinción, hay otros autores que aunque efectúan una clasificación, lo hacen bajo otra terminología.

Autores como Cobo del Rosal y Vives, reconocen la existencia en la ley penal de “condiciones objetivas de punibilidad”, y las definen como “hechos futuros e inciertos (condiciones), independientes de la voluntad el autor (objetivas), que determinan la punición o la mayor o menor punición de la conducta.”¹⁵

Paralelamente, desarrollan una categoría adicional que denominan “situaciones típicas anómalas” que según ellos, son aquellos supuestos “en los que los tipos penales consignan ciertas circunstancias que no guardan con la actividad del sujeto del agente una relación definida, y respecto de la que no se exige , o no se exige necesariamente, que sean abarcadas por el dolo del autor”¹⁶. Y sostienen que, dentro de la legislación penal española constituye un ejemplo de éstas, la exigencia de que “hubiere resultado muerte” contenida en el Artículo 408 que consagra el homicidio en riña tumultuaria.

Obsérvese que este último ejemplo es citado por Martínez- Bujan para ejemplificar las denominadas condiciones impropias. De ahí, que se afirme por ambos autores que éstas pueden asimilarse a las llamadas “situaciones típicas”; y por tanto solo existiría una diferencia terminológica.

Ambos autores reprochan esta última técnica de tipificación utilizada por el legislador español por encontrarla contraria a los principios amparados por las Constituciones democráticas modernas, como son, el principio de presunción de inocencia y de culpabilidad. Cobo del Rosal y Vives destacan además, que en estos casos se presentan problemas relacionados con la necesidad de causalidad entre la acción y el resultado¹⁷. Por estas razones, es que puede

¹⁵ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed, Valencia, Tirant lo blanch, 1.999, p. 430.

¹⁶ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T., ob.cit., p. 428.

¹⁷ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T., ob.cit., p. 429.

destacarse la conveniencia de la derogatoria del artículo 408 por el nuevo Código Español.

Otros autores, por el contrario, no realizan ningún tipo de distinción, y en consecuencia, utilizan el concepto de “condiciones objetivas de punibilidad” para todos aquellos elementos que reúnen las características inicialmente señaladas, esto es, que se trate de circunstancias que no requieren ser abarcadas por la culpabilidad del agente y que constituyen presupuestos materiales de la pena. Entre este grupo de autores se encuentra el profesor Bustos Ramírez, quien define así las condiciones objetivas de punibilidad: “Son circunstancias objetivas que por razones de estricta utilidad en relación al bien jurídico protegido condicionan la imposición de la pena o su medida”¹⁸.

Como puede verse, el reconocimiento de clases o tipos de condiciones objetivas de punibilidad no constituye una posición pacífica en la doctrina. Esto puede explicarse por la presencia de varios factores; como por ejemplo, el silencio de las legislaciones en relación con la naturaleza de esta categoría, la falta de claridad de la doctrina en torno a sus elementos diferenciadores, la dificultad que genera en algunos ordenamientos diferenciar diversos tipos de condiciones por presentarse en una sola de sus modalidades.

Así, en el derecho penal español, por ejemplo, es una tarea relativamente fácil identificar condiciones objetivas de punibilidad propias e impropias¹⁹; pero puede no serlo en las otras legislaciones.

La utilidad o pertinencia de la distinción radica en evitar las confusiones que puede llevar el análisis de dichas circunstancias a la luz de una condición en particular, en tanto podría acarrear la atribución de efectos de uno de los tipos específicos a las condiciones objetivas de punibilidad como concepto genérico.

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Derecho penal español*. Parte general, Barcelona, Ariel, 1.984, p. 293.

¹⁹ MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob. cit., p.41

Siendo esto así, en adelante se hará referencia a las condiciones objetivas de punibilidad como categoría genérica, sin desconocer que sea pertinente realizar posibles subclasificaciones.

Lo claro hasta el momento es que de una lectura del derecho positivo existente no puede negarse que en la redacción de algunos delitos se pueden identificar elementos que reúnen las características propias de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad. Por tanto, lo que debe preguntarse a continuación es acerca del fundamento para la restricción de la punibilidad en estos casos.

La doctrina mayoritaria²⁰ ha reconocido que en los casos en los que pueda identificarse la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de una conducta, ésta será *merecedora de pena*; pero si la pena no resulta efectivamente impuesta es porque en la ley se le ha otorgado relevancia al requisito de *necesidad de pena* en ese caso concreto.

El concepto de necesidad de pena, se convierte pues, en un elemento distintivo de las condiciones objetivas de punibilidad frente a las categorías del delito, permitiendo así, la construcción de una categoría autónoma denominada “punibilidad”²¹. En dicha categoría se incluyen las circunstancias que determinan la imposición de la pena o la posibilidad legal de pena, atendiendo, no ya, a criterios de merecimiento de pena sino de necesidad de pena. Se encuentran en este grupo, no sólo las condiciones objetivas de punibilidad sino también las excusas legales absolutorias.

La necesidad de pena está sustentada en un hecho que le confiere especial significación a la conducta desplegada por el agente, pero que en ningún caso influye en la configuración del injusto, por lo tanto, no son más que razones político criminales las que llevan a restringir la pena en estos casos. No resulta fácil identificar un criterio unívoco para este proceder del legislador, ya que las razones de política criminal variarán de un caso a otro.

²⁰ Véase: GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, p. 57. MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob.cit., p. 46. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, ob.cit., p. 156.

²¹ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, ob.cit., pp. 156 y ss.

Como se dijo anteriormente, el reconocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad y de la consecuente categoría de la punibilidad, aunque goza de una aceptación mayoritaria, hay autores como Zaffaroni y Bemmann²² que todavía se apartan de esta postura. Éstos llegan a la conclusión de que tales circunstancias son o elementos del tipo o presupuestos procesales.

Zaffaroni²³, por su parte, pone de manifiesto el riesgo que se corre al reconocer las condiciones objetivas de punibilidad, toda vez, que según él, esto permitiría introducir elementos de responsabilidad objetiva. Y esto implicaría admitir un reproche de lo que no está abarcado en la tipicidad subjetiva y castigar lo que el autor no conoció.

Como puede verse, la principal preocupación que despierta el reconocimiento de una categoría como la mencionada, es su posible incompatibilidad con el principio garantista de la culpabilidad; por eso, para matizar la postura extrema de un autor como Zaffaroni, quien desconoce la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad en el derecho penal, se ha intentado la formulación de posturas intermedias.

Bajo esa óptica, puede verse la posición propuesta por Bacigalupo²⁴, quien siendo uno de los principales defensores de la tesis de las condiciones objetivas de punibilidad, se separa de la doctrina mayoritaria, la cual, al reconocer la existencia de dichas condiciones, deriva de allí la irrelevancia del error sobre tales circunstancias por ser ajenas al tipo de injusto.

Bacigalupo fundamenta la relevancia del error sobre las condiciones objetivas de punibilidad con base en los principios de: dignidad humana, el principio de legalidad y los fines de la pena; categorías todas que, según él, al aplicarse hacen necesario exigir el conocimiento del autor sobre las consecuencias de su acción, esto es, sobre la amenaza penal.

²² En este sentido. cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, ob. cit., p.19. El autor cita la siguiente expresión con la que Bemman concluye una de sus monografías: “no existen condiciones objetivas de punibilidad”.

²³ ZAFFARONI, EUGENIO RAUL *Derecho Penal*. Parte General, Buenos Aires, Ediar, p. 837

²⁴ BACIGALUPO, ENRIQUE, ob.cit., pp. 157 y s.

De la lectura del análisis de este autor, puede verse que la necesidad de conocimiento a la que hace referencia es en relación a la amenaza de pena y no a la punibilidad, lo cual, como ya lo ha señalado la doctrina²⁵ lo lleva a confundir el error de prohibición con el error sobre la punibilidad.

La que parecía ser una postura intermedia, o por lo menos una teoría que hiciera compatible el reconocimiento de las condiciones objetivas de punibilidad con el principio de culpabilidad, no logra tal propósito, toda vez que como ya se dijo el objeto de estudio no es el que nos interesa, es decir, no resuelve el problema del tratamiento del error sobre la punibilidad.

Martínez- Bujan al referirse a la tesis sostenida por Bacigalupo afirma “la posición de este autor en referencia concreta al error sobre las condiciones objetivas de punibilidad no puede ser mantenida... El citado autor mezcla dos cuestiones bien diferentes que interesa separar nítidamente. ..una cosa es el error sobre la punibilidad, concebido como concepto genérico que alude al desconocimiento que el sujeto tiene de que la conducta que realiza esté penalmente sancionada (lo que debería llamar “error sobre la prohibición penal”) y otra cosa muy distinta es el error sobre la punibilidad propiamente dicho, que es aquel que versa sobre la categoría residual de la punibilidad.”²⁶

Por último, en cuanto a las posiciones de la doctrina colombiana se destacan las siguientes:

Por un lado, se encuentra la posición de Fernández Carrasquilla quien reconoce la existencia de un requisito adicional a la comisión de un injusto típico para que nazca la punibilidad en el autor, y es comprobar la existencia de una condición objetiva de punibilidad o la ausencia de una excusa absoluta.

²⁵ MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit. , pp. 143 y ss.

²⁶ MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit. , p. 143 y ss.

Define el autor las condiciones objetivas de punibilidad de la siguiente forma: “consisten en factores ajenos a la acción del autor y de los cuales la ley hace depender a veces la concreta punición de un injusto típico”²⁷.

En cuanto al tratamiento que debe dársele a la punibilidad sostiene: “Siendo el delito la forma primordial del “hecho punible” se sigue que no hay en verdad delito cuando al hecho le falta punibilidad por la intervención de una excusa absolutoria o la ausencia de una condición objetiva de punibilidad”. Según Carrasquilla esto pone en duda la idea tradicional de que las condiciones objetivas de punibilidad, por no pertenecer al injusto, no deben ser abarcadas por el dolo del autor y por tanto, es irrelevante el error sobre ellas.

El fundamento de este pensar se encuentra, según él, en que la punibilidad constituye además de una consecuencia una característica esencial del delito. “Puede, por tanto, una acción ser antijurídica; puede también ser culpable; puede aun ser típicamente antijurídica y culpable; pero si no es punible no es delictiva ni contravencional, pues amén de toda consideración dogmática resulta un paralogismo llamar “hecho punible” al impunible”²⁸.

Esta postura resulta muy similar a la postura intermedia propuesta por Bacigalupo, y respecto de la cual puede sostenerse lo mencionado anteriormente. No debe confundirse el error que recae sobre la prohibición penal con el error sobre la punición o la aplicación efectiva de la pena, que es el error que aquí nos interesa.

Se encuentra, por otro lado, la postura de Velásquez Velásquez. Según él, existen dos circunstancias asociadas con el aspecto objetivo del tipo penal que son: en primer lugar, las circunstancias agravantes y atenuantes de carácter genérico y específico; y en segundo lugar, las condiciones objetivas de punibilidad o penalidad.

²⁷ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, “*Derecho penal fundamental. Vol II*”, Temis, Bogotá, 2ªed., 1.998. p. 474.

²⁸ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, ob.cit., p. 475.

Las condiciones objetivas de punibilidad se caracterizan por ser circunstancias que suponen la existencia de elementos unidos a la acción tipificada en el texto legal, pero que no dependen del sujeto activo, sino –generalmente- de una tercera persona.

Según el autor, existen tres cuestiones problemáticas en relación con esta categoría: Primero, reconocer la existencia de condiciones “objetivas” de punibilidad, ya que podría implicar desconocimiento del principio de culpabilidad. Segundo, determinar si dichas condiciones se ubican dentro o fuera de la estructura del delito. Y tercero, la falta de consagración expresa en el derecho positivo.

Lo anterior dificulta la elaboración teórica al respecto y por tanto, el autor sostiene que “es preferible la tendencia que niega –de lege data- la presencia de esta categoría, ubicando tales hipótesis como meros presupuestos objetivos de procedibilidad o procesabilidad propios del derecho procesal, o como circunstancias pertenecientes al tipo penal, según el caso.”²⁹

Siendo esto así, puede afirmarse que de un seguimiento doctrinario sólo quedan las posiciones anteriormente mencionadas, es decir, la mayoritaria, que reconoce la existencia de condiciones objetivas de punibilidad y la minoritaria que niega su existencia por ser violatoria del principio de culpabilidad.

Ante este panorama debe decirse que como ya lo han sostenido quienes reconocen la categoría, tal reconocimiento surge de la identificación en las legislaciones de elementos dentro de la redacción de la ley penal que nada tienen que ver con el injusto de la conducta desplegada e incluso en algunos casos (como en ejemplo del Artículo 606 del Código Penal español, relativo a la exigencia de tratamiento recíproco en el delito de homicidio del Jefe de Estado extranjero) son ajenos a la conducta del sujeto activo.

²⁹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de derecho penal*. Parte general., Bogotá, Temis, 2.002, p. 277.

Es claro que, en ejemplos como el citado de la legislación española, no podría seguirse sosteniendo la tesis de las posturas negadoras, toda vez que de la lectura del tipo puede concluirse que el injusto se encuentra configurado sin la concurrencia de la circunstancia de la reciprocidad, y por tanto, la suerte de su punición atiende a elementos ajenos al delito, cuya existencia no puede desconocerse.

Si una de las implicaciones del principio de culpabilidad es restringir la responsabilidad penal para aquellos supuestos en que el sujeto conozca o quiera la realización de la conducta punible, no representa bajo ninguna lectura violación de tal principio el reconocimiento de condiciones objetivas de punibilidad, siempre y cuando cumplan la función de restringir el ámbito de punibilidad, en tanto, restringir los casos en que puede ser aplicada la pena, representa una limitación al poder punitivo del Estado y por tanto, resulta consecuente con la pretensión garantista del principio de culpabilidad.

Por tal razón, debe reconocerse la existencia de la categoría de las condiciones objetivas de punibilidad, como elementos que no hacen parte del injusto pero que condicionan la aplicación de pena, y que hacen parte de una categoría adicional que ha sido denominada *Punibilidad*.

IV. MARCO TEÓRICO DE LA DISCUSIÓN.

Como se dijo en páginas anteriores, una vez reconocida la existencia de condiciones objetivas de punibilidad se pasará a determinar si los límites cuantitativos reúnen las características propias de esta categoría o si por el contrario constituyen un elemento del tipo de injusto.

El problema de determinar la naturaleza jurídica de los límites cuantitativos, es indudablemente de gran relevancia, pues, acoger una u otra postura permitirá precisar el tratamiento y los efectos que dichos límites cuantitativos generan para la tipificación de la conducta presuntamente delictiva.

Sin embargo, a pesar de su importancia, el tema no ha sido de gran atención para la doctrina penal. No se cuenta, por tanto, con la riqueza argumentativa que se quisiera para enriquecer la discusión y otorgar buenas razones para optar por alguna de las tesis encontradas.

Con el propósito de ilustrar el estado de la discusión que nos ocupa, tomaremos como marco teórico de discusión el propuesto por Martínez-Bujan³⁰, quien desarrolla un análisis concreto de los límites cuantitativos. Según el autor, puede observarse que la doctrina se encuentra dividida por dos tesis, por un lado la “tesis del tipo de injusto” y por otro la “tesis de la condición objetiva de punibilidad”.

A. Tesis de la condición objetiva de punibilidad.

De acuerdo con esta postura los límites cuantitativos deben clasificarse como condiciones objetivas de punibilidad. Por tanto, son elementos respecto de los cuales no se exige necesariamente la existencia de culpabilidad por ser ajenos al injusto.

³⁰ MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit., p. 142.

La pertinencia de esta tesis será evidenciada en cuanto sus críticas no señalen inconvenientes o contradicciones a los cuales no pueda proporcionarse una salida satisfactoria. Siendo esto así, se indagará en primer lugar, por las soluciones que han sido propuestas a las dificultades señaladas.

Uno de los principales obstáculos para la adopción de esta teoría radica en sus consecuencias, las cuales parecen ser muy insatisfactorias.

Ya fueron mencionadas las consecuencias que se seguirían de reconocer que los límites cuantitativos constituyen condiciones objetivas de punibilidad, uno de ellos, y quizás el más importante, es la irrelevancia del error sobre el límite cuantitativo; que es una consecuencia propia de la desvinculación de las condiciones objetivas de punibilidad de la culpabilidad del autor.

Si, como se dijo anteriormente, la función de los límites cuantitativos es delimitar la frontera entre el injusto extrapenal y el penal, esto a su vez, permite al agente guiar su actuar según la gravedad del injusto y la sanción correspondiente, es decir, siendo un elemento de tipo objetivo como es el límite cuantitativo, el actor puede limitar las consecuencias a aquellas que esté dispuesto a asumir.

Por tanto, siendo esta la razón de ser de la consagración de límites cuantitativos, ¿Cuáles serían las razones para no apreciar el error sobre el límite cuantitativo?, ¿Es conveniente que se siga automáticamente este efecto por el simple hecho de constituir una condición objetiva de punibilidad?.

Siendo ésta una dificultad relevante, es pertinente considerar la postura de Bacigalupo, quien acepta que los límites cuantitativos constituyen casos de condiciones objetivas de punibilidad, pero para salvar la dificultad señalada, considera que debe otorgársele relevancia al error de punibilidad.

Según éste autor, al analizar el delito de defraudación tributaria y observar las consecuencias prácticas que se derivarían de su tratamiento como condición

objetiva de punibilidad sostiene, que aunque se califique como tal, la relevancia del error no se puede excluir de plano³¹.

Esta posición, como ya se advirtió, ha sido blanco de importantes críticas, que señalan que el autor en su propuesta confunde dos categorías que deben separarse.

La crítica consiste en que el error que se propone sea relevante es aquel que hace referencia al desconocimiento del autor de que su conducta es constitutiva de delito, por ignorar el límite cuantitativo que permite configurar el ilícito, aunque sabe que su acción apareja una infracción fiscal o administrativa.

Sus críticos, entre ellos Martínez-Bujan³², sostienen que el error al que se refiere Bacigalupo es al error de prohibición, que es aquel que atiende al desconocimiento por parte del sujeto de que la conducta que realiza está penalmente sancionada. Otra cosa bien distinta es el error sobre la punibilidad, que es el que hace referencia al error sobre las condiciones objetivas de punibilidad y las causas de exclusión y de anulación de la pena, todas estas categorías que componen la categoría de la punibilidad.

Por tanto, la solución propuesta por Bacigalupo no atiende al problema que aquí nos interesa, que es la irrelevancia del error sobre la punibilidad.

En efecto, las consecuencias que implica el catalogar los límites cuantitativos como condiciones objetivas de punibilidad siguen preocupando a la doctrina, y esto se convierte, sin duda, en un obstáculo importante para los defensores de esta tesis.

Para el caso colombiano y en relación con el delito de acaparamiento consagrado en el Artículo 297 del actual Código Penal, las negativas consecuencias que se señalaron atrás serían evidentes. De acuerdo con esta postura, será responsable de la pena descrita en dicho artículo quien acapare o

³¹ MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit., p. 143.

³² MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit., p. 144.

sustraiga del comercio un artículo de primera necesidad aún cuando desconoce que la cuantía del artículo que sustrae es de 60 smlmv, creyendo que ésta sólo alcanza los 30 smlmv, es decir, que no supera la cuantía consagrada en el delito, ya que sabe que su conducta podrá ser penalmente sancionada en caso de superar tal límite, pretendiendo sólo asumir las consecuencias extrapenales, que serán en este caso las sanciones por la infracción contravencional en materia de control y vigilancia de precios. Esto es así, toda vez que tal límite cuantitativo, de acuerdo con esta tesis, constituye una condición objetiva de punibilidad, que por ser un elemento ajeno al injusto no requiere ser abarcado por la voluntad del autor y en consecuencia el error sobre ésta es irrelevante.

B. Tesis del tipo de injusto.

De acuerdo con esta tesis, los límites cuantitativos constituyen elementos del tipo de injusto, que se trata en la mayoría de los supuestos del resultado material del delito y en otros casos de una característica del objeto material.³³

Sin duda una de las razones que sugiere optar por una tesis distinta a la de la condición objetiva de punibilidad es lo insatisfactorio que resulta los efectos que ésta tiene en materia de error. Como se mencionó anteriormente, siendo irrelevante el error sobre la punibilidad carecería de fundamento la inclusión de los límites cuantitativos dentro del tipo penal, toda vez que éstos permiten al agente limitarse según las consecuencias que esté dispuesto a asumir, ya que su actuar podría generar dos tipos de sanciones, una administrativa u otra de tipo penal.

Es decir, tal como algunos lo han sostenido, la relevancia penal se encuentra sometida al hecho de que la conducta exceda la cuantía, en los demás casos será un problema en el ámbito administrativo³⁴. Pero debe tenerse en cuenta que, “la delimitación entre el injusto penal y el injusto administrativo no reside

³³ MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit., p. 142.

³⁴ VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL/ MORALES PRATS, FERMÍN, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Navarra, Arazandi, 2.002, p. 1071.

exclusiva ni prioritariamente, en la cantidad defraudada”³⁵, la cuantía es sólo uno de los elementos que deben concurrir para derivar la responsabilidad penal del sujeto activo.

Aún sin exponer los argumentos existentes a favor de esta tesis, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con los criterios de identificación de las condiciones objetivas de punibilidad tampoco es posible sostener la tesis anterior. Las condiciones objetivas de punibilidad son elementos incluidos en el tipo penal ajenos a la culpabilidad, y por tanto, aunque no constituyen una restricción al principio de culpabilidad y de imputación objetiva, si es claro que constituyen eventos excepcionales en los que no es necesario la culpabilidad del actor para atribuir responsabilidad penal.

Siendo esto así, de acuerdo con una aplicación correcta del principio de culpabilidad, la imputación subjetiva debe exigirse respecto de todos los elementos incluidos en el tipo, y por lo tanto la identificación de elementos ajenos a la culpabilidad será excepcional. La pregunta que surge es cuál debe ser la labor hermenéutica que debe realizarse de acuerdo al principio de culpabilidad, es decir, cuales son los criterios que permiten identificar tales elementos.

A este respecto Martínez –Bujan sostiene que “la presunción de imputación subjetiva tiene que prevalecer en aquellos casos en los que el legislador no ofrece claves inequívocas al intérprete en orden a averiguar la naturaleza jurídica de un determinado requisito y en los que, en consecuencia, el sentido de la ley no autoriza a contradecir la presunción.”³⁶

Tal como lo afirma Martínez-Bujan³⁷ citando a Gómez Rivero, este proceder metodológico debería seguirse en relación con los límites cuantitativos, ya que, teniendo en cuenta que estos responden a consideraciones político criminales, no en todos los casos presentan una misma razón de ser y en consecuencia

³⁵ VALLE MUÑIZ, JOSE MANUEL/ MORALES PRATS, FERMIN, ob.cit., p. 1071.

³⁶ MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit, p. 148.

³⁷ MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit, pp. 148 y ss.

resulta conveniente indagar por la intención del legislador, en tanto, la calificación como condición objetiva de punibilidad será una interpretación excepcional, es decir, procederá sólo en aquellos casos que se haya comprobado previamente que el elemento analizado no tiene por qué ser abarcado por el dolo del autor.

En consecuencia, según este pensar habría que concluir que, de acuerdo con el método de interpretación propuesto no sería correcto sostener que, en abstracto, los límites cuantitativos constituyen condiciones objetivas de punibilidad, en tanto a esta conclusión se debe llegar después de probar la no exigencia de culpabilidad de estos elementos en cada tipo particular.

Ahora bien, en cuanto a los argumentos más relevantes de los propuestos por los defensores de la tesis del tipo de injusto, pueden resumirse de la siguiente manera:

Gracia Martín³⁸, quien al analizar el delito de defraudación tributaria contenido en el antiguo Código Español ha observado que la magnitud del injusto es proporcional a la cuantía de la defraudación, y por otro lado, la pena de multa es proporcional a la suma defraudada, concluye que si la pena es proporcional a la gravedad del hecho, entonces la cuantía es un elemento del resultado típico.

Valle Muñiz y Morales Prats al analizar la cuantía incluida en el delito de fraude a la Seguridad Social del Código Penal español, que se consagra en los siguientes términos: “... siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de quince millones de pesetas...”, sostienen que a su juicio la cuantía en este caso constituye un elemento de tipo de injusto y sustentan su posición en los siguientes argumentos³⁹:

El primero, de tipo teleológico, en tanto acude a la discusiones de la norma en la tramitación parlamentaria. Según los autores de estos debates puede

³⁸ MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit, pp. 150 y ss.

³⁹ VALLE MUÑIZ, JOSE MANUEL/ MORALES PRATS, FERMIN, ob. cit., pp. 1072 y ss.

concluirse que la intención del legislador fue consagrar la cuantía como elemento del resultado del delito. Además puede verse que los intentos que se tuvieron en dichas discusiones por consagrarla como una condición objetiva de punibilidad, se inclinaban por redactar el condicionamiento de la punición en un párrafo distinto a en el que se realiza la descripción típica.

Segundo, y tomando como ejemplo las circunstancias agravantes que se han consagrado en los delitos contra la Hacienda Pública en atención al importe de lo defraudado, sostiene que, si en estos casos el aumento de la pena se encuentra determinado por la presencia de una cuantía determinada debe concluirse que ésta genera una mayor gravedad en el injusto o en la culpabilidad. Y en el caso de las circunstancias agravantes en razón de la suma defraudada, parece que se está afectando el desvalor del resultado.

Vistos los argumentos que apoyan la tesis en comentario, deben oírse las críticas que se han lanzado en contra de esta postura.

En cuanto a éstas, sostiene Martínez-Bujan, sólo se ha esgrimido en la doctrina una única consecuencia insatisfactoria⁴⁰. Se sostiene que, aceptar que los límites cuantitativos constituyen elementos del injusto genera una laguna de punibilidad, toda vez que esto implicaría la necesidad del dolo en relación con todos los elementos del injusto, incluyendo por tanto, la cuantía.

Frente a este señalamiento se ha dicho⁴¹ que dicha exigencia no comporta lagunas indeseables de punibilidad, en tanto debe recordarse que es suficiente con que exista siquiera dolo eventual frente a la cifra señalada en la ley. Sólo en el evento en que no concurra siquiera dolo eventual se deja de configurar el delito, caso en el cual, se entrará en la esfera del ilícito administrativo.

⁴⁰ MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit., pp. 145 y ss.

⁴¹ Veáse por todos : MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, ob.cit., p. 146.

También en este sentido Valle Muñiz y Morales Prats sostienen: “El autor tan sólo debe ser consciente de que la gravedad de las maniobras fraudulentas realizadas pudieran ocasionar, con una alta probabilidad, el perjuicio exigido.”⁴²

⁴² VALLE MUÑIZ, JOSE MANUEL/ MORALES PRATS, FERMIN, ob. cit., p. 1072.

V. TOMA DE POSTURA.

A pesar del poco desarrollo doctrinario que ha tenido la discusión acerca de los límites cuantitativos, se cuenta con elementos suficientes para lograr una conclusión coherente y optar por la tesis que mejor responda a los principios del derecho penal de nuestro tiempo.

De esta forma, una vez reconocida la categoría de la condiciones objetivas de punibilidad y teniendo en cuenta que es rasgo característico su desvinculación con el injusto y que tiene como función la restricción de la punibilidad, se procedió a mostrar los argumentos que permiten clasificar los límites cuantitativos como parte del injusto o como una condición objetiva de punibilidad.

Como puede verse, en relación con la tesis de la condición objetiva de punibilidad, no se cuenta con gran riqueza argumentativa. Lo que puede ser una consecuencia del poco acuerdo que existe en relación con esta categoría entre los autores penales.

Como se enunció al principio, aún es bastante discutida su naturaleza, su ubicación sistemática, su fundamento, etc; lo cual genera debilidad en los argumentos que en relación con esta tesis pretenden defenderse.

Sin duda alguna, este hecho hace difícil que la aceptación de esta tesis sea mayoritaria. Pero esta no es la única razón para descartar su pertinencia. Existen razones suficientes para reconocer que la tesis de la condición objetiva de punibilidad resulta inconveniente y contraria a la función que tiene la utilización de límites cuantitativos en los tipos penales.

De acuerdo con el proceder metodológico que, como se dijo anteriormente, ha sido propuesto por algunos autores, para establecer si determinada circunstancia incluida en el tipo penal constituye o no una condición objetiva de punibilidad deberá en primer lugar, verificarse si el legislador en cada caso

particular proporciona claves inequívocas que permitan concluir que no debe presumirse la imputación subjetiva de determinado elemento del tipo.

Aunque es claro que lo correcto es realizar dicho análisis en cada caso particular, puede afirmarse que, en principio, los límites cuantitativos se han venido utilizando como una herramienta que permite limitar la frontera del injusto penal y el administrativo o el civil. Esta función puede verse más claramente cuando el delito tiene un referente de tipo administrativo o civil, en estos casos la prohibición de la conducta se encuentra en la norma extrapenal, y solo será objeto del derecho penal en tanto se incurra en una circunstancia objetiva, que en este caso será una cuantía determinada.

Sin duda alguna, esta técnica facilita la actividad del operador jurídico y del destinatario de la norma, quienes podrán determinar con mayor precisión el ámbito en que su conducta es susceptible de generar consecuencias jurídicas.

Por tanto, salvo los casos en que pueda sostenerse una función distinta, ésta parece ser la función más evidente de esta técnica de tipificación del legislador penal.

Siendo esto así, puede concluirse que lo más acorde con el querer del legislador será exigir la imputación subjetiva en relación con los límites cuantitativos, en tanto la cuantía en la conducta del autor determina la configuración del ilícito penal. Y una vez aceptada la exigencia de culpabilidad, queda descartada la clasificación como condición objetiva de punibilidad, ya que por definición ésta excluye la exigencia de dolo en relación con la circunstancia en cuestión.

La tesis del tipo del injusto debe ser acogida, en tanto ésta es coherente con la función que tienen los límites cuantitativos en los delitos económicos, la cual es, como ya se dijo, delimitar el injusto penal del administrativo. Sólo cuando se sobrepase la cuantía, el legislador considera la conducta relevante penalmente.

Esta función de los límites cuantitativos puede verse aún con más claridad , en los eventos en que la misma conducta sin superar la cuantía no genera ninguna consecuencia penal sino sólo administrativa.

Cosa distinta sucede, en aquellos casos en los que, como en el ejemplo del Artículo 605-1 del Código Penal español, se consagra como condicionante para la pena la circunstancia de la reciprocidad. Aquí el bien jurídico vida se lesiona con o sin el cumplimiento de tal condición. Se trata entonces, de una clara condición objetiva de punibilidad, toda vez que, el injusto penal se configura con o sin tener en cuenta la circunstancia específica; sólo que por razones político-criminales el legislador ha considerado no penalizar la conducta cuando concurra la condición descrita.

Las anteriores consideraciones nos permiten concluir que el tratamiento que debe dársele a los límites cuantitativos dependerá de la función que el legislador les haya atribuido para su consagración dentro del tipo penal.

Así, toda vez que se ha aceptado que la función de dichos límites es deslindar el injusto penal del administrativo, sin perjuicio que, de la lectura de una norma específica pueda deducirse otra función distinta, se trata de elementos que contribuyen a configurar el injusto y por tanto deben tratarse como elementos del tipo.

La cuantía es entonces un elemento del tipo de injusto, que en algunos casos se instituye en atención a uno de los elementos en los que se materializa la lesión sufrida por el bien jurídico protegido y en otros constituye un elemento del objeto del delito. Determinar lo uno o lo otro podrá deducirse, al menos en la mayoría de los casos, de la redacción del tipo penal.

VI. LOS LÍMITES CUANTITATIVOS EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO.

En este apartado nos ocuparemos de determinar si las conclusiones anteriormente sostenidas pueden seguirse de igual forma para los delitos económicos consagrados en el Código Penal Colombiano en los que se ha incluido límites cuantitativos.

A. Supuestos.

En la legislación penal económica vigente en Colombia se han utilizado los límites cuantitativos como técnica de tipificación. Lo cual puede verse en los siguientes delitos:

Artículo 297. Acaparamiento: *“El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes acapare o, de cualquier manera, sustraiga del comercio artículo o producto oficialmente considerado de primera necesidad, incurrirá en prisión de (3) a seis (6) años y multa de veinte (29) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.”* (subraya fuera del texto).

Artículo 319. Contrabando: *“El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, importe mercancías al territorio colombiano, o las exporte desde él, por lugares no habilitados, o las oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y multa de cuatrocientos (400) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre mercancías cuyo valor supere los doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, se impondrá una pena de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de dos mil (2.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos por ciento (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este Código. Las penas previstas en el presente artículo se aumentarán de la mitad a las tres cuartas (3/4) partes cuando se demuestre que el sujeto activo de la conducta es reincidente...”* (subraya fuera del texto).

ARTÍCULO 319-1. Contrabando de hidrocarburos y sus derivados. *“El que en cantidad superior a veinte (20) galones, importe hidrocarburos o sus derivados al territorio colombiano,*

o los exporte desde él, por lugares no habilitados, o los oculte, disimule o sustraiga de la intervención y control aduanero, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a noventa (90) meses y multa de cuatrocientos (400) a dos mil doscientos cincuenta (2.250) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados.

Si la conducta descrita en el inciso anterior recae sobre hidrocarburos o sus derivados cuya cantidad supere los ochenta (80) galones, se impondrá una pena de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de dos mil (2.000) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al doscientos (200%) del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este Código.” (subraya fuera de texto)

Artículo 320. Favorecimiento de contrabando: “El que en cuantía superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales, posea, tenga, transporte, almacene, distribuya o enajene mercancía introducida al territorio colombiano por lugares no habilitados, u ocultada, disimulada o sustraída de la intervención y control aduanero, incurrirá en pena de prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses y multa de doscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (266.66) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que en ningún caso sea inferior al 200% del valor aduanero de los bienes importados o de los bienes exportados. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecida en este código.” (subraya fuera de texto).

Artículo 321. Defraudación a las rentas de aduana: “El que declare tributos aduaneros por un valor inferior al que por ley le corresponde, en una cuantía superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, incurrirá en pena de prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa equivalente a veinte (20) veces lo dejado de declarar por concepto de tributos aduaneros. El monto de la multa no podrá superar el máximo de la pena de multa establecido en este código” (subraya fuera de texto)

Para las consideraciones que en esta materia nos corresponde podrá agruparse los delitos referentes al contrabando que son los consagrados en los artículos 319 a 321, ya que las reflexiones que se harán en relación con el contrabando pueden hacerse en relación con estos delitos. Por tanto, para su tratamiento sólo se distinguirá entre el delito de acaparamiento y el de contrabando.

De la lectura de los artículos referenciados pueden hacerse las siguientes consideraciones:

Primero. Puede verse que la redacción de todos los delitos aquí citados coincide en consagrar el límite cuantitativo dentro de la descripción de la conducta del sujeto activo. De ahí, que pueda concluirse que la cuantía es un elemento del objeto del delito, por ser una cifra que condiciona o califica el objeto material sobre el que recae la acción delictiva.

Segundo. No se encuentran elementos o claves que permitan desvirtuar la presunción de imputación subjetiva que existe respecto de todos los elementos del tipo penal. Por tanto, en relación con la cuantía debe operar esta presunción.

Tercero. Estos delitos tienen como referente actividades reguladas en legislaciones diferentes a la penal. El delito de **acaparamiento**, por ejemplo, es una práctica constitutiva de una infracción contravencional en materia de control y vigilancia de precios, regulada en el **Decreto 2876 de 1984** a partir de los artículos 13 y siguientes. El **Artículo 15** de este decreto define el acaparamiento en los siguientes términos: *“Se entiende por acaparamiento, la adquisición o retención por productores, distribuidores o expendedores de artículos o víveres de primera necesidad, o bienes destinados al comercio, en forma injustificada.”* En relación con los demás delitos (contrabando, contrabando de hidrocarburos y sus derivados, defraudación a las rentas de aduana, favorecimiento de contrabando), estos hacen parte de actividades reguladas por el Estatuto Aduanero, en tanto constituyen infracciones administrativas por incumplimiento de la obligación aduanera que se encuentra descrita en el **Artículo 87 del Decreto 2685 de 1999** de la siguiente forma: *“La obligación aduanera nace por la introducción de la mercancía de procedencia extranjera al territorio aduanero nacional. La obligación aduanera comprende la presentación de la Declaración de Importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de obtener y conservar los documentos que soportan la operación, presentarlos cuando los requieran las autoridades aduaneras, atender las solicitudes de información y pruebas y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes.”*

Cuarto. Las reformas de las que ha sido objeto el delito de contrabando nos sirven de ejemplo para apreciar la utilización que el legislador ha dado a la implementación de los límites cuantitativos.

Se hace referencia al caso del contrabando, pero debe tenerse en cuenta, que en los demás delitos la situación ha sido similar, y es posible llegar a la misma conclusión.

En la primera redacción del delito de **contrabando** se estableció un límite cuantitativo que se introdujo en un inciso aparte a la descripción típica⁴³, lo que llevo a sostener que “la cuantía menor a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes aparece como una causal de exoneración de la punibilidad, lo cual indicaría que el proceso y su culminación se llevarán a cabo, se declarará la responsabilidad de la persona, pero no se impondrá la pena”⁴⁴.

En la segunda redacción, Ley 488 de 1998 Artículo 67, una de las modificaciones fue la inclusión del límite cuantitativo dentro de la descripción típica, y además se modificó la cuantía mínima reduciéndola a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. De esta misma forma ha venido siendo desde entonces⁴⁵. No obstante, la cuantía ha sido modificada una vez más por el artículo Art. 69 Ley 788 de 2002, reduciendo nuevamente la cuantía mínima a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes.

Obsérvese que la cuantía constituye una herramienta de la política criminal susceptible de variar con gran facilidad. Lo cual, le permite al legislador

⁴³ Ley 383 de 1997. Artículo 15: “Quien introduzca o saque bienes del territorio nacional, sin declararlos o presentarlos ante la autoridad aduanera, o por lugar no habilitado o sin los documentos soporte de la operación de comercio exterior, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, y multa equivalente al doscientos por ciento (200%) del valor del CIF de los bienes involucrados, sin perjuicio del concurso de hechos punibles.

La pena descrita en el inciso primero no se aplicará cuando la cuantía de los bienes involucrados sea inferior a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio de las sanciones administrativas.”

⁴⁴ IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J. OSPINA LÓPEZ, GUILLERMO J. NEVITO GÓMEZ, NELSON, *El delito Fiscal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, , 2.004, p.180

⁴⁵ Las reformas posteriores al artículo 67 de la Ley 488 de 1998 son las siguientes: Art. 319 Ley 599 de 2000, Art. 69 Ley 788 de 2002 (las penas de esta última reforma fueron aumentadas por la ley 890 de 2004 de acuerdo a lo establecido en el artículo 14).

acoplarse rápidamente a las necesidades político criminales que surgen en razón del bien jurídico protegido.

En cuanto al papel de tales límites se han oído diferentes opciones. Así por ejemplo, en relación con la segunda redacción del delito de contrabando, en la que se incorporó, por primera vez, la cuantía dentro de la descripción típica se sostuvo: “la cuantía de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya no aparece como una causal de exoneración de la punibilidad, como lo presentaba la ley 383 de 1.997, sino como un límite a la configuración del punible”⁴⁶.

Y, en cuanto a la cuantía consagrada en el acaparamiento, Antonio José Cancino sostiene que, en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado el año 1.978 se manifestó lo siguiente: “según informe de la prensa, cursaron en Bogotá, en el año de 1977, más de 17.000 expedientes sobre especulación y acaparamiento, lo que significa que no habría juzgados suficientes en la capital para evacuar tan numerosas investigaciones. Por lo tanto, se fijó una cuantía mayor de \$50.000 para que pudiera intervenir la jurisdicción penal”⁴⁷.

Lo que interesa resaltar, independiente de cuál haya sido la motivación del legislador para consagrar y modificar la cuantía en cada caso particular, es que este proceder resulta acorde con el carácter fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal, en tanto, siendo las conductas punibles objeto de otros controles extrapenales solo serán objeto de control penal, aquellas que para el legislador revisten una mayor entidad y respecto de las cuales no son suficientes los controles existentes.

De todo esto puede concluirse que los límites cuantitativos que han sido utilizados en los delitos económicos de la legislación penal colombiana

⁴⁶ IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO J. OSPINA LÓPEZ, GUILLERMO J. NEVITO GÓMEZ, NELSON, ob.cit., p.186.

⁴⁷ CANCINO, ANTONIO J., *Los delitos contra el orden económico y social en el nuevo Código Penal*, Bogota, Ediciones Librería del Profesional, 1982. p. 62.

ostentan las características necesarias para clasificarlos como elementos de tipo de injusto.

De acuerdo con el proceder metodológico propuesto en páginas anteriores, debe recordarse que para la identificación de cierta circunstancia como condición objetiva de punibilidad, el primer paso es verificar que de la redacción pueda deducirse de forma inequívoca que respecto de cierto elemento el legislador no exige la vinculación subjetiva del autor. Como ya se dijo, aplicando este razonamiento habrá que concluir que en los casos de los delitos citados no hay ninguna clave que permita excepcionar la presunción de imputación subjetiva.

Así, no tratándose de una condición objetiva de punibilidad debe reconocerse como elementos del tipo de injusto.

Pero es que los límites cuantitativos no sólo son sino que además deben ser elementos del tipo de injusto, porque sólo así su inclusión sería coherente con su propio fin, que como se mostró, en los casos consagrados en el Código Penal Colombiano, no es más que la delimitación del ilícito penal del administrativo, toda vez que la conducta típica supone siempre la infracción de obligaciones extrapenales que genera sus sanciones propias, y que, por su carácter fragmentario y de ultima ratio, también será objeto del derecho penal sólo cuando la conducta sobrepase determinada cuantía.

B. Consecuencias.

Una vez se ha aceptado que los límites cuantitativos consagrados en los delitos económicos del Código Penal Colombiano constituyen elementos del tipo de injusto, se indicará cuáles son las consecuencias que se siguen en el tratamiento del error y la participación.

1. En materia de error.

Si el límite cuantitativo es un elemento del tipo de injusto habrá que admitir que el error que recae sobre el límite cuantitativo constituye un error de tipo.

En este caso el error de tipo se produce porque el autor ignora que con su conducta está realizando el aspecto objetivo del tipo.

Es el caso por ejemplo, de la persona que conoce que el acaparamiento es un delito, que conoce la cuantía a partir de la cual dicha conducta es típica, y que acapara o sustrae del comercio un artículo de primera necesidad pero ignorando que lo hacía por una suma superior a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ya que creía que el monto de los artículos sólo alcanzaba los veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

De esta misma forma puede presentarse el error en los demás delitos citados.

Obsérvese que en este caso se trata de un error de tipo y no de un error de prohibición. El error al que se hace referencia no es aquel de quien desconoce el límite cuantitativo a partir del cual la conducta es típica, que sería un problema de conocimiento de la antijuridicidad; quien incurre en este error conoce que su conducta se encuentra penalmente prohibida a partir de una cuantía determinada.

La legislación penal colombiana consagra en el artículo 32 numeral 10 los efectos del error de tipo así: si el error es invencible el error excluye la tipicidad dolosa y culposa, siendo atípica la conducta (inciso 1º); pero si se trata de un error vencible o evitable la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa (inciso 2º).

La capacidad que tenga el agente de verificar y controlar la suma o la cuantía sobre la que recae su conducta, aplicando la diligencia debida, determina el error como vencible o invencible.

Sea que se trate de un error vencible o invencible, la consecuencia será la misma, es decir, siempre será atípica, toda vez que en los delitos citados no se ha consagrado la modalidad culposa, por tanto, en los eventos en que el error sea vencible la conducta será también atípica por ausencia de tipo culposo o imprudente.

2. En materia de participación.

Por ser un elemento del tipo, la participación de terceros puede ser castigada, toda vez que el juicio de tipicidad sólo se exige de la conducta del autor, para atribuir responsabilidad a terceros basta que reúnan las condiciones para ser partícipe de la conducta típica.

En tanto, la cuantía constituye un elemento del tipo, se sigue que en los casos en que el dolo abarque la cuantía señalada en la norma, podrá atribuirse la tipicidad y antijuricidad de la conducta.

Teniendo en cuenta que de la lectura del artículo 30 C.P. puede sostenerse que el legislador ha optado por la tesis de la accesoriedad limitada en la participación, esto es, la exigencia de que la conducta del autor reúna las características de típica y antijurídica para que pueda existir participación, puede concluirse que la figura del partícipe tiene aplicación en el supuesto planteado, sin perjuicio de que deba verificarse el cumplimiento de los demás requisitos.

En otras palabras, en estos casos para atribuir responsabilidad a los partícipes no se exige ningún vínculo de imputación en relación con la cuantía, sólo se requiere que su actuación reúna los requisitos para ser partícipe y por supuesto que exista un autor del delito que se le imputa (*principio de accesoriedad*), respecto de quien sí debe probarse la existencia de dolo respecto de la cuantía establecida.

El artículo 30 del Código Penal colombiano establece que son partícipes el determinador y el cómplice, y, es la doctrina quien se ha encargado de llenar

de contenido estos conceptos. Sin entrar en discusiones que exceden los propósitos de este trabajo, puede decirse, que el determinador es quien provoca en el autor la resolución delictiva y el cómplice es aquel que presta un ayuda o contribución a un hecho delictivo ajeno.

La complicidad y la inducción o determinación puede presentarse en los delitos aquí señalados siempre y cuando concurren los requisitos exigidos para la atribución de responsabilidad a este título, sin que sea necesario que el conocimiento del sujeto incluya la cuantía en la cual la conducta es típica.

Como puede verse, la calificación de los límites cuantitativos como elementos del tipo no sólo es la solución adecuada sino la que mejor se compadece con el mantenimiento de la función garantista del derecho penal, en razón del principio de culpabilidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.

- BACIGALUPO, ENRIQUE, *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas, 1.983.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., *Derecho penal español*. Parte general, Barcelona, Ariel, 1.984.
- CANCINO, ANTONIO J., *Los delitos contra el orden económico y social en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1.982.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T., *Derecho Penal*. Parte general, 5ª ed, Valencia, Tirant lo blanch, 1.999.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental*. Vol II, 2º ed, Bogotá, Temis, 1.998.
- GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Málaga, Arazandi.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO. OSPINA LÓPEZ, GUILLERMO. NEVITO GÓMEZ, NELSON, *El delito Fiscal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2.004.
- MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, *Derecho penal económico*. Parte general, Valencia, Tirant lo blanch, 1.999.
- MARTÍNEZ – BUJAN, CARLOS, *Derecho penal económico*. Parte especial, Valencia, Tirant lo blanch, 1.999.
- MARTÍNEZ PÉREZ, CARLOS, *Las condiciones objetivas de punibilidad*, Madrid, Edersa, 1.989 .
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho penal*, Parte general, 10ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1.986.
- VALLE MUÑIZ, JOSÉ MANUEL/ MORALES PRATS, FERMÍN, *Comentarios a la parte especial del Derecho Penal*, Navarra , Arazandi, 2.002.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Manual de derecho penal*. Parte general, Bogotá, Temis, 2.002.
- VICENTE ARENAS, ANTONIO, *Comentarios al código penal colombiano*, Bogotá, Temis, 1.999.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Derecho Penal*. Parte General, Buenos Aires, Ediar, 2.000.

Decreto 2876 de 1.984

Decreto 2685 de 1.999 "Estatuto Aduanero".

Ley 383 de 1997.

Ley 488 de 1998

Ley 599 de 2000

Ley 788 de 2002

Ley 890 de 2004.

