

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LA TEORÍA DEL CASO

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

*PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD SERGIO Arboleda (COLOMBIA)**

RESUMEN: El art. 371 incisos 1º y 2º de la Ley 906 de 2004 alude a la “*teoría del caso*”, cuya presentación en el seno del juicio oral es obligatoria para la Fiscalía y facultativa para la defensa, cuando señala: “*Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio*”; el último aparte, sin embargo, ha sido objeto de debates de tipo doctrinario¹ y jurisprudencial². Por supuesto, más allá de las polémicas que el texto pueda generar, lo cierto es que la introducción de ese instituto propio del derecho anglosajón en una legislación regida por los postulados propios del derecho continental europeo, obliga a tratar de precisar sus alcances y, lo que es más importante, a determinar —como lo quieren los organizadores de este

* Profesor y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia; ex becario de las fundaciones alemanas Max Planck y Alexander von Humboldt. Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas dentro del GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS “EMIRO SANDOVAL HUERTAS”, regentado por el autor. Conferencia pronunciada el día cinco de julio de 2012 en la ciudad de Bogotá, en el Seminario Taller “Técnicas de oralidad y aplicación en el proceso penal colombiano” (5 al 19 de julio de 2012), organizado por Asonal Judicial y Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

¹ Cfr. BENAVENTE CHORRES, *La aplicación de la Teoría del caso*, pág. 40.

² El inc. 2º fue declarado constitucional mediante la sent. C-209 de 21 de marzo 2007, al desestimar la pretensión del demandante quien entendía que como la víctima no había sido incluida en la redacción legal, la disposición era contraria a la Carta; el aparte “*si lo desea, podrá hacer*”, fue también declarado exequible por la sent. C-069 de doce de febrero 2009. Sobre el tema: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: sent. del 26 de Octubre de 2011, radicado: 36357.

certamen académico— sus relaciones con la Teoría del Delito, que es la parte neurálgica de la cual se ocupa la Dogmática Jurídico-penal.

Por ello, en primer lugar, la presente exposición trata de precisar el concepto de “teoría del caso”, a partir de algunas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. En segundo lugar, se muestran la estructura, el sentido y el método de la Teoría del delito y se hacen unos apuntes generales sobre esta construcción académica, para indicar cómo ella emana de la Constitución y del Derecho penal sustantivo, con muy importantes desarrollos en el ámbito del derecho procesal penal. Para culminar, en tercer lugar, se extraen algunas conclusiones de cara al debate; y, finalmente, se indica el material bibliográfico consultado.

PALABRAS CLAVE: Teoría del Caso, Teoría del Delito

ABSTRACT: The article 371 subsections 1 and 2 of the Law 906 of 2004 refers to the “theory of the case”, whose presentation within the trial is mandatory for the Prosecution and optional for the defense. It states that “Prior to the presentation and practice of the evidences, the Prosecution must submit the theory of the case. The defense, if that’s its will, may do likewise”; the last section, however, has been discussed by the doctrine and jurisprudence. Of course, beyond the issues that the text may generate, it is true that the introduction of this institute that belongs to the Anglo-Saxon system of law into a legislation governed by the postulates of the Civil Law requires attempt to define its scope, and which is more important, to determine – as the organizations of this academic contest wishes to- its relations with the Theory of Crime, that is the neuralgic part of which the Criminal Legal Dogmatic occupies itself.

For that purpose, in first place, the exposition tries to precise the concept of the “theory of the case”, from some doctrinal and jurisprudential elaborations. Also it will be showing the structure, meaning and method of the Theory of Crime. Some general notes about this academic construction will be done, to show how it arises from the Constitution and from substantive criminal law, with very important

developments in the Criminal Procedure. To finish, some conclusions are drawn from the discussion. Finally, shows the bibliographic material consulted.

KEYWORDS: Theory of the Case, Theory of Crime.

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

I. LA TEORÍA DEL CASO

Hablar de la “*teoría del caso*” es aludir a una construcción académica tejida sobre un suceso de la vida real que, para estos efectos, se confunde con una hipótesis delictiva; de esas dos expresiones la de *teoría* —dice el léxico— tiene varias acepciones: “1. f. Conocimiento especulativo considerado con independencia de toda aplicación. 2. f. Serie de las leyes que sirven para relacionar determinado orden de fenómenos. 3. f. *Hipótesis cuyas consecuencias se aplican a toda una ciencia o a parte muy importante de ella.* 4. f. Entre los antiguos griegos, procesión religiosa”³. Por eso, en el estado actual de la discusión —con la advertencia de que el vocablo es, en todo caso, polisémico⁴— se suele entender por *teoría* un verdadero sistema lógico que se establece a partir de observaciones, axiomas y postulados, que busca precisar en qué condiciones se llevan a cabo ciertos supuestos.

³ Cfr. *Diccionario*, t. II, pág. 2157.

⁴ Cfr. ABBAGNANO, *Diccionario de Filosofía*, págs. 1126 a 1129, menciona cuatro significados: especulación o vida contemplativa; una condición hipotética ideal en la cual tienen pleno cumplimiento normas y reglas que, en la realidad, son solo imperfecta o parcialmente seguidas; la ciencia pura; y, una hipótesis o concepto científico.

Esa es la razón por la cual la Corte Constitucional al emitir una noción del instituto en examen lo hace a partir de la teoría de la ciencia; dice así: “*La llamada teoría del caso no es más que la formulación de la hipótesis que cada parte pretende sea acogida y aceptada por el juez en la sentencia, de acuerdo con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que se han acopiado y habrán de presentarse y valorarse en la etapa del juicio*”⁵; en esta misma línea de análisis, dice la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: “En la medida en que las proposiciones desarrolladas durante el juicio oral sean coherentes, estructuradas y tengan como fin resolver la situación problemática que dio origen a la actuación (que, por regla general, debe girar en torno de la probable comisión de una conducta punible –v. gr., la muerte violenta de un individuo, el desfalco de bienes públicos, la denuncia que una persona hace en contra de otra, etcétera), suelen denominarse *propuestas de solución, hipótesis* o, simplemente, *teoría del caso*, concepto al cual alude el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal”⁶.

A su turno, BAYTELMAN/DUCE, señalan: “La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin “adornos” o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás. Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal pueda “leer” toda la actividad probatoria, de manera tal que si el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado a fallar en nuestro favor”⁷.

En fin, un autor como BENAVENTE CHORRES, se atreve a formular una noción que —de manera exagerada— llama como “sistémica”, cuando expresa: “el carácter sistémico (sic) de la teoría del caso gira en torno la ordenación y

⁵ Cfr. Sent. C-069 de 2009.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: sent. del 26 de Octubre de 2011, radicado: 36357.

⁷ Véase BAYTELMAN/DUCE, *Manual de Litigación*, pág. 22.

uniformidad de los elementos fáctico, jurídico y probatorio, otorgándoles una misma función: el generar al abogado litigante un plan de trabajo que puede ser aplicado en las diferentes etapas del proceso penal, fuese cual fuese la autoridad a recurrir, así como, la audiencia a concurrir...En suma, a la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria se le denomina «teoría del caso», la cual es elaborada a partir de la evidencia y sus inferencias, y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar”⁸.

Así las cosas, de lo dicho se puede colegir que en el derecho nacional la teoría del caso es una construcción académica obligatoria para la Fiscalía y potestativa para la Defensa, en cuya virtud a partir de unos elementos fácticos — esclarecidos con base en el método propio de las ciencias reconstructivas⁹, dentro de las cuales habría que tener en cuenta a la Criminalística, se busca responder a las siete reglas de oro de todo proceso formuladas a manera de preguntas por los antiguos criminalistas: “¿Qué? ¿Quién? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Cómo? ¿Con qué? ¿Por qué?”¹⁰—, jurídicos —a la luz de las elaboraciones propias de las Teorías del delito, las consecuencias jurídicas del delito, la Parte Especial y el Derecho Procesal Penal, a las que se suman las construcciones académicas que le dan vida al Derecho Constitucional— y probatorios —esto es, desde la Teoría científica de la prueba— se formula toda una hipótesis explicativa del caso en examen para ser presentada ante el juez de la causa en el seno del juicio oral, pero que se comienza a diseñar desde que se traza el correspondiente plan metodológico de cara a emprender la investigación de los hechos, o se tiene el primer contacto con los mismos¹¹.

⁸ Cfr. BENAVENTE CHORRES, *La aplicación de la Teoría del caso*, pág. 48.

⁹ Estas disciplinas acuden al llamado *método reconstructivo* que, como dice DELLEPIANE (*Nueva teoría de la prueba*, pág. 24), “a semejanza del método estadístico utiliza y combina varios procedimientos lógicos... el punto de partida es la... observación de los rastros, vestigios, efectos por ellos dejados”.

¹⁰ REIK, *Psicoanálisis del crimen*, pág. 22.

¹¹ Que la Teoría del caso se debe diseñar desde los umbrales del plan metodológico, al inicio de la actuación, se infiere del art. 207 incs. 2º y 3º, cuando señala: “Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se **trazará un programa metodológico de la investigación**, el cual *deberá contener la determinación*

Aquí, por supuesto, interesa mirar las relaciones entre la teoría del caso y la teoría del delito, por lo cual las exploraciones que siguen giran en torno al segundo de esos escalones.

II. LA TEORÍA DEL DELITO Y LA TEORÍA DEL CASO

Conceptuada ya la teoría del caso y precisados sus niveles, con la advertencia de que esta indagación académica toca con el segundo de ellos, deben ahora echarse las bases de la teoría del delito.

A. Estructura, sentido y método de la Teoría del delito. Se trata de precisar tres aspectos distintos, procediendo en el orden enunciado¹².

1. La estructura. En primer lugar, la estructura básica del delito o hecho punible debe responder a un doble juicio de desvalor (juicio negativo de valor) sobre el hecho o acto humano (injusto) y sobre su autor (culpabilidad), de donde se desprenden las categorías de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, citadas en el art. 9º del C. P.. Tales elementos o características del hecho punible no se hallan desconectados entre sí, sino uno a continuación del otro en una relación interna (ordenación tópica) que responde a las leyes lógicas de la supra (anteposición) y la subordinación, regla y excepción (ordenación sistemática¹³). En fin, esas categorías están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior presupone el anterior; la división del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración, estructurados uno sobre y a

de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. /En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas”.

¹² Sobre ello WELZEL, *Derecho penal*, 2ª ed., págs. 50 a 52; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., págs. 209 y ss.

¹³ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 213; VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 4a ed., págs. 478 y ss.

continuación del otro, proporciona un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, la facilita y la asegura contra contradicciones y arbitrariedades¹⁴.

2. El sentido. En segundo lugar, el cometido fundamental de la teoría del delito o hecho punible es el estudio de las características comunes que debe reunir cualquier acción para que pueda ser considerada como susceptible de punición¹⁵; por ello, cuando se habla de los elementos generales de las diversas figuras penales debe prestarse atención a la Parte especial del Código penal (arts. 101 y ss.) y a las leyes penales complementarias, donde se encuentran reguladas las diversas conductas punibles. No obstante, la misión de esta teoría no es estudiar los elementos particulares de cada conducta punible —tarea deferida a la Teoría del derecho penal, Parte especial— sino los componentes constantes en todas ellas, esto es, los caracteres genéricos y específicos ya vistos.

Desde luego, esta teoría —que pretende aprehender el delito o hecho punible en su conjunto— busca hacer una construcción coherente y armónica del derecho penal que reúna las notas de *racionalidad, objetividad e igualdad*, que contribuya a afianzar la seguridad jurídica; por supuesto, no se trata de edificar una teoría del delito alejada de la realidad, anclada en fórmulas abstractas sino, como se insistiera a lo largo de las últimas décadas del siglo pasado, de dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el sistema del derecho penal¹⁶.

3. El método. Finalmente, en tercer lugar, la teoría del delito o hecho punible debe acudir al *método dogmático* con sus diversas fases: interpretación, sistematización y crítica, por lo que debe surgir del derecho positivo

¹⁴ Véase WELZEL, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 73.

¹⁵ La teoría del delito, dice la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el auto de once julio 2007, radicado 26945: “...es una construcción que permite la explicación racional de los elementos que estructuran el concepto delito y desde la Constitución Política fundamenta la potestad estatal de imponer penas restrictivas de derechos a quienes vulneran los bienes jurídicos que han sido considerados como dignos, necesitados de una especial tutela por parte del Estado”.

¹⁶ ROXIN, *Derecho penal*, t. I, págs. 223 y ss.

o ser compatible con él, habida cuenta de que ya se han superado los tiempos de la dogmática abstracta¹⁷. Por ello, el penalista [que como cualquier científico, trabaja con un conjunto de proposiciones que reciben el calificativo de verdaderas o falsas, y acude a su verificación mediante la observación] toma los datos (normas penales), los analiza y establece sus similitudes y diferencias y reduce lo que impera igual en un concepto único, unidades o dogmas (fase de la interpretación). La interpretación, pues —para lo que se acude a la deducción, inducción y abstracción— le permite al dogmático la elaboración de categorías o conceptos generales (Vr. G. la teoría del delito; las categorías de acción, imputación objetiva, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad; las causas de exclusión de la conducta, de atipicidad, justificación e inculpabilidad; la tentativa; la participación; la imputabilidad; la teoría de la pena y de la medida de seguridad, etc.). Con esas unidades o dogmas elabora una construcción lógica (teoría), en la que cada una de ellas encuentra su cabal explicación; luego, plantea hipótesis para determinar si la teoría funciona acorde con el texto legal en su conjunto y no se contradice, o sea, la verificación (fase de la sistematización). Ello posibilita, entonces, desde lo general a lo particular, la aplicación de la ley penal al caso concreto.

Para terminar, como exigencia fundamental si es que esta disciplina aspira a ser llamada como científica¹⁸, incorpora las elaboraciones criminológicas y político criminales a su sistema, y emprende tanto la crítica del derecho penal vigente como la construcción de una ciencia total del derecho penal (fase crítica); sin embargo, esta fase puede dividirse en intrasistemática y extrasistemática. La primera, es la que procede del mismo sistema jurídico y trata de precisar si la técnica legislativa empleada por el codificador ha sido utilizada debidamente, de cara a los fines perseguidos que no pueden ser otros que los plasmados en la

¹⁷ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 211.

¹⁸ Bien afirma BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Curso*, 2ª. ed., pág. 135, que “en nuestra situación histórico-cultural, admitir como postulado que la actitud del científico ante el objeto de análisis sea crítica aparece como exigencia de la propia naturaleza de la investigación científica. La actitud acrítica en el científico le hace perder su condición de tal”.

Constitución. La segunda, en cambio, es la que obliga al estudioso a situarse por fuera del ordenamiento jurídico y busca sustituir los criterios valorativos en los que este se asienta por los propios (aportaciones personales), a cuyo efecto cuestiona los valores del ordenamiento. En síntesis, esta es la fase del perfeccionamiento del sistema penal.

Los anteriores son los pasos lógicos del método dogmático, aunque desde una perspectiva temporal no se suceden en dicho orden, pues —generalmente— la interpretación y la construcción sistemática van acompañadas de observaciones críticas acerca de aquellos aspectos que aparecen como defectuosos en el derecho positivo, por lo que las tres fases terminan confundándose en la práctica¹⁹. Ahora bien, el estudioso del derecho penal precisa tanto de la lógica formal como de la material para poder llevar adelante su tarea metódica, pues no basta para formar el concepto y el sistema con las reglas conforme a las cuales debe producirse la argumentación jurídica sino que, además, requiere de herramientas que le permitan argumentar a partir de los valores protegidos por el ordenamiento²⁰. Así las cosas, el jurista debe utilizar diversos instrumentos de trabajo, que se integran en la técnica dogmática en general: los métodos en materia de interpretación de la ley; el inductivo, cuando toma el dato y avanza hasta la formulación de principios generales; el deductivo, en el momento en que confronta esos datos con el caso concreto; y, por supuesto, las reglas propias de la lógica (formal y material) como ya se dijo e, incluso, el llamado “método comprensivo” propio de las ciencias del espíritu.

B. Hacia una teoría del delito a partir de la Constitución. Con la advertencia de que de *lege ferenda* son posibles diversas construcciones del delito, que van desde las causalistas pasando por las finalistas hasta llegar a las funcionalistas, a continuación se hace una somera exposición sobre la propuesta que —en sentir del expositor— más se compeadece con el derecho positivo. Desde luego, a la hora de emprender una alzada teórica el intérprete debe, en todo caso, respetar las

¹⁹ Sobre ello, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, 6ª ed., pág. 188.

²⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 46.

exigencias del método dogmático y llevar a cabo una obra armónica y coherente, compatible con unas premisas filosóficas, científicas y políticas previamente dadas. Plantear una teoría del delito no es, pues, un juego de azar, ni el recurso para acomodar posturas doctrinarias insulares, adoptar caprichosas decisiones judiciales que van cambiando según las conveniencias, o buscar darle coherencia a posiciones incongruentes y contradictorias apuntaladas en supuestas posturas filosóficas, como a veces se estila.

1. *La teoría del delito y el derecho positivo.* De lege lata, tanto la Constitución como el Código penal son ricos en consagraciones en esta materia. En efecto: de la fórmula del art. 1º de la Carta Fundamental se infiere, necesariamente, que el derecho penal solo puede castigar comportamientos humanos, con lo que se pone la noción de conducta —expresamente utilizada en el art. 90, inc. 2º, que la califica de dolosa o culposa— como piedra angular de toda la construcción del delito, lo que además es producto de que se asume el principio del acto o del hecho, pues un estado “social” —cuyo cometido es la configuración de la vida en colectividad— solo puede concebir comportamientos con relevancia general para asegurar la convivencia; de esta manera, pues, la socialidad se erige en una de las categorías llamadas a integrar el concepto señalado. Al mismo tiempo, como esa forma de organización política es “de derecho”, “democrática, participativa y pluralista”, de ello se desprende que el derecho penal solo puede regular conductas externas del hombre como ser dotado de racionalidad, guiadas por la voluntad hacia una determinada finalidad, acorde con el manejo de su conocimiento causal; por esta vía, entonces, se integran al concepto de conducta las notas de la causalidad y la finalidad, que el finalismo welzeliano entendía como estructuras lógico-objetivas preexistentes a toda legislación penal, independientemente de si se derivan o no de la propia Carta Magna.

Así las cosas, de la Ley de Leyes se desprende un *concepto de conducta* para el que el contenido de la voluntad es su parte interna (la finalidad), mientras que la causalidad alude a la externa; un concepto que, por erigirse en torno a la

idea de socialidad, tiene un innegable contenido material que ha de inspirar todas las categorías restantes de la construcción que apenas sí son verdaderos predicados suyos. Ello se reafirma cuando se expresa que la forma de Estado imperante se asienta en el “respeto a la dignidad humana”, como lo corroboran plurales cánones constitucionales, entre los que deben mencionarse los arts. 5º, 12, 16, etc., idea a partir de la que se debe erigir el fundamento axiológico del Derecho penal y, por ende, de todas y cada una de las categorías del delito.

También, de otras disposiciones de la propia Constitución —que le dan su razón de ser al principio del acto o del hecho— se desprende la idea de conducta como carácter genérico del delito, tal como sucede con el art. 6º cuando —además de sentar las bases para construir el *concepto de culpabilidad o responsabilidad*— claramente indica: “Los particulares solo son responsables ante las autoridades *por infringir la Constitución y las leyes*. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por *omisión o extralimitación* en el ejercicio de sus funciones”. Así mismo, cuando el art. 29 inc. 2º, al referirse al principio de legalidad, expresa: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes *al acto que se le imputa...*”, sienta las bases para la construcción del delito cuando afirma que *acto e imputación* son los dos pilares de esta²¹. A las anteriores disposiciones súmense las correspondientes de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972.

Por supuesto, el concepto de conducta que dimana de la Carta Fundamental no solo se refiere a los comportamientos comisivos, sino también a los omisivos, ambos como subformas de aquella. Así lo prevé con claridad en los arts. 1º, 6º; 49, párr. 5º, y 95, párr. 3º, num. 2, donde se plasma el principio de solidaridad social, que es uno de los fundamentos de toda la construcción; huelga decirlo, el concepto de omisión puede perfectamente erigirse a partir de los desarrollos doctrinarios contemporáneos que, desde A. KAUFMANN, entienden la posición de garante inherente al sujeto activo a partir de la llamada teoría de las

²¹ Así, en planteamiento que el texto comparte, GÁLVEZ ARGOTE, “Acción e imputación”, pág. 95.

funciones²² sin perjuicio de ideas complementarias de la misma o que han intentado desarrollarlas, como sucede con la concepción del ámbito de dominio de B. SCHÜNEMANN²³, para la que el sujeto debe entrar en el ámbito concreto del bien jurídico. Así, pues, no es suficiente con la consagración de una determinada posición de garante en la Constitución o en la ley para erigir cualquier comportamiento omisivo en punible, pues es indispensable una estrecha relación entre el agente y el bien jurídico tutelado, sea porque la persona tenga el deber de proteger los bienes jurídicos frente a riesgos que puedan afectarlos, sea porque le competa el deber de proteger determinadas fuentes de riesgos. Por eso, no es a partir del mero deber de colaborar con la administración de justicia (art. 95, inc. 3º, num. 7) como puede concebirse un comportamiento omisivo como subforma de conducta punible, pues no toda omisión se puede erigir en infracción a la ley penal porque, si así fuera, de nada serviría el catálogo de postulados limitantes al ejercicio del *ius puniendi* del Estado que, necesariamente, obligan a la construcción de una teoría del delito de corte garantista. Es obvio que las conductas comisivas u omisivas pueden ser dolosas o culposas (imprudentes), pues la misma ley de leyes se encarga de diferenciar entre una y otra modalidad en los arts. 90 inc. 2º, 122 inc. 5º (en armonía con el art. 1º del acto leg. 1 de 2004), 179, num. 1, 232, num. 3 y 299 inc. final. En otras palabras: distingue entre conductas (comisivas y omisivas) dolosas o culposas, de donde se desprenden cuatro estructuras distintas del delito. En fin, lo dicho hasta ahora muestra que la Constitución solo tolera un derecho penal de acto, para el que la conducta humana es la piedra angular de la teoría del delito, sin que sea posible —a diferencia de ordenamientos constitucionales como el francés— preconizar que también realizan conductas con relevancia penal entidades distintas a los seres mortales, como las personas jurídicas o las sociedades de hecho.

Las categorías de la *tipicidad* y de la *antijuridicidad* —que con la conducta integran el *injusto penal*— también tienen asidero en la Carta Fundamental. La *tipicidad* emerge del principio de legalidad y, de forma más concreta, de la

²² Cfr. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, págs. 283 y ss.

²³ Cfr. SCHÜNEMANN, “Sobre el estado actual de la dogmática”, págs. 21 y ss.

garantía sustantiva de la prohibición de la indeterminación, pues la ley penal tiene que ser cierta, dado que en un Estado social y democrático de derecho (art. 1º) la persona solo puede ser juzgada “conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” (art. 29, inc. 2º). Esas leyes, además, tienen que ser claras, precisas, para no generar indeterminación alguna que ponga en peligro la seguridad jurídica, sea que se trate de describir las conductas punibles acriminadas o las consecuencias jurídicas imponibles, como también lo exigen los arts. 28 y 34 de la Carta.

De semejantes consagraciones surge, pues, la categoría de *la tipicidad* que —tal como ocurre con la idea de conducta— debe tener un contenido determinado: si los tipos penales (los supuestos de hecho de la norma penal) mandan o prohíben conductas o ambas, se refieren a comportamientos causales, finales y sociales, lo que obliga a distinguir en el tipo penal tanto el aspecto objetivo como el subjetivo (concepción del tipo complejo), trátense de estructuras típicas de comisión dolosa o culposa, o de omisión en cualquiera de esas dos modalidades; allí, por supuesto, tiene plena acogida la construcción de la imputación objetiva, pues la Constitución exige un “acto” que se “le impute” al agente (art. 29), de donde surge que la creación del riesgo es una categoría necesaria al emitir el juicio de tipicidad²⁴. Así las cosas, la categoría mencionada —en todo caso distinta de los conceptos de *tipo* y *juicio de tipicidad*— no solo es la resultante formal de la comprobación encaminada a saber, desde un punto de vista formal, si la conducta encaja en el tipo penal, sino que también posee un innegable contenido material. De ahí, entonces, que las acciones socialmente adecuadas no sean típicas, en un Estado que precisamente se denomina *social*.

En cuanto a la *antijuridicidad*, tampoco cabe duda en el sentido de que la Carta Magna, al pretender que las normas penales regulen conductas humanas, demanda que a ellas solo se les puedan oponer comportamientos distintos de los que se imponen, acorde con el principio de la protección de bienes jurídicos; de allí surge la idea de antijuridicidad en su *aspecto formal*, por oposición al *material*

²⁴ Así, con toda razón, GÁLVEZ ARGOTE, “Acción e imputación”, págs. 101-102.

que supone la amenaza o lesión para los bienes jurídicos. Ahora bien, el concepto de *bien jurídico*, por mandato de la propia Carta —en cuyo Preámbulo y en los títulos I y II, señala los valores fundamentales que inspiran la organización social—, se convierte en el objeto fundamental de la tutela penal, como se infiere del art. 2º, inc. 2º, según el que las “autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, *bienes...*”; es más, de forma expresa lo utiliza el art. 250 parágrafo 2º introducido por el Acto leg. 06 de 2011: “Atendiendo la naturaleza del *bien jurídico...*”, que también habla de “la *menor lesividad* de la conducta punible”.

Así mismo, el art. 16 que —en armonía con las consagraciones referentes al postulado de la dignidad de la persona humana— consagra el *principio del libre desarrollo de la personalidad* —“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”—, se torna en la columna vertebral para la elaboración de la teoría del bien jurídico. Obvio es decirlo, a partir de esta consagración cobra fuerza el *principio de necesidad* de intervención en el ámbito penal, con el consiguiente carácter subsidiario de la herramienta penal. Así, pues, la teoría de la conducta punible que se elabore debe tener como necesario punto de partida el *concepto de bien jurídico*, con lo cual no tienen asidero constitucional las corrientes que ponen la *infracción al deber* como la base de la construcción.

Por supuesto, el concepto de bien jurídico que ha de ser crítico puede ser entendido tanto desde un *punto de vista político criminal* como *dogmático*, con lo que parece indudable que en un Estado de derecho social, democrático y pluralista, dicha noción se debe analizar desde una perspectiva social pero, a su vez, a partir de la escala de valores plasmada en la Carta Fundamental que es la encargada de trazar las pautas basilares, a partir de las cuales se moldea el sistema del derecho penal. Como es natural, del catálogo de bienes jurídicos previstos en la Constitución se infiere que ellos pueden ser de naturaleza individual o universal (colectivos), pues se empieza por enunciar la vida, la libertad, el trabajo, la paz, el orden económico-social, la organización política

(Preámbulo, arts. 1º, 2º, 11 y ss. y 42 y ss.), y todos los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales que sean dignos de protección penal, hasta llegar al ambiente, la salubridad pública, los recursos naturales (arts. 78 y ss.), etc. De esta forma, un derecho penal fundado en el *principio de protección de bienes jurídicos*, como límite supremo al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, debe valorar de forma negativa toda conducta que amenace en concreto o dañe el bien jurídico y que rechace el castigo de los tipos de peligro abstracto; surge, así, la idea de *desvalor de resultado* que, en unión de la de *desvalor de acción* —en la medida que la Constitución impone la tutela de ciertos valores ético sociales—, conforma el concepto de *injusto* penal propio de una organización política como la ya mencionada.

Por último, la categoría de la *culpabilidad* o *responsabilidad subjetiva* —distinta en todo caso del *principio de culpabilidad*, del que emerge— empleada por el constituyente en los arts. 6º y 124 cuando se refiere a la *responsabilidad* de los particulares y a los servidores públicos —voz que no siempre coincide con las acepciones amplia y procesal contenidas en el art. 91—, referida a conductas típicas y antijurídicas, causales-finales-sociales, solo puede ser entendida como un juicio de exigibilidad en cuya virtud se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues —atendidas las condiciones de orden personal y social vigentes en el medio: no se olvide que la organización política es la propia de un Estado *social*— se encuentra en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con las exigencias del orden jurídico, y no lo hace pese a que puede hacerlo; todo ello, se insiste, en el marco de un Estado de derecho cuyo cometido esencial es el respeto de la dignidad de la persona humana (Const. Pol., art. 1), que es también el fundamento axiológico del postulado de culpabilidad del que emerge la categoría que lleva el mismo nombre. Desde el punto de vista formal, entonces, la culpabilidad es un juicio de exigibilidad normativa, mientras que, desde el punto de vista material, encuentra su limitante en los principios aseguradores de la convivencia civilizada en un Estado social y democrático de derecho. En otras palabras: el concepto de culpabilidad que la Constitución delinea —para un Estado social, democrático y pluralista de derecho— debe ser de corte social-normativo,

acorde con la noción de conducta ya bosquejada que, como se dijo, también encuentra en la dignidad de la persona humana su referente axiológico supremo.

Así mismo, obsérvese, el Código penal, al reproducir la norma constitucional arriba citada, vuelve a reiterar que *acto e imputación* son los dos pilares sobre los que se asienta la construcción en examen (art. 6º, inc. 1º) y, de la mano de esta, también dispone que “*para que la conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable*” (art. 9º, inc. 1º); también exige la “*imputación jurídica del resultado*”, al referirse a la causalidad (inc. 2º). De igual forma, al lado de cada uno de los principios inspiradores del derecho penal, indica las diversas categorías específicas del concepto dogmático (arts. 10 a 12), y advierte que la separación entre injusto y culpabilidad dimana del art. 7º; dispone que el delito y la contravención son las especies de conducta punible (art. 19); regula los dispositivos amplificadores del tipo (arts. 27 y 30) y los fenómenos de unidad y pluralidad de acciones típicas (art. 31). Así mismo, prevé modernas fórmulas en materia de error de tipo y error de prohibición (art. 32, nums. 10 a 12); trae importantes previsiones en materia de omisión (art. 25) y de imprudencia (art. 23); define las figuras del dolo (art. 22), la culpa (art. 23) y la preterintención (art. 24). Contempla, además, la centenaria figura del actuar por otro (art. 29, inc. 3º); y sienta importantes fundamentos dogmáticos en materia de concurso de personas en la conducta punible (arts. 28 a 30). En fin, de manera no taxativa, regula los diferentes casos excluyentes de la responsabilidad penal —voz que se emplea en un sentido amplio— en los distintos estratos de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (art. 32), con lo que se le brinda al estudioso todo un arsenal de herramientas de gran riqueza conceptual.

El codificador, pues, ha sido pródigo a la hora de establecer pautas de elaboración de la teoría en examen que, desde luego, no son una “camisa de fuerza” para los cultores de esta disciplina deseosos de emprender su estudio animados de ideas frescas, y de una concepción dinámica del derecho y la sociedad. Así, es posible emprender una construcción teórica clara y sencilla que esté al alcance de jueces y abogados, agentes de la Fiscalía General de la Nación y

estudiosos, que redunde en una rápida administración de justicia; y posibilite, al mismo tiempo, que cada una de sus categorías sea susceptible de ser demostrada con base en los medios probatorios ordinarios previstos en la ley procesal penal (el testimonio, el documento, el indicio —que, así no esté relacionado expresamente dentro de los medios de prueba en la legislación procesal, no ha desaparecido—, la confesión, el peritazgo y la inspección). Por ello, mientras más compleja e ininteligible sea esta construcción, más alejada estará de la práctica y de las necesidades cotidianas, y se tornará en obstáculo para que la concepción del delito concuerde con los fines y cometidos del derecho penal mismo, tal como lo exige una buena utilización del método dogmático.

2. *Una concepción sincrética.* De esta manera, es posible hacer una construcción en la que quepan tanto el sistema —acorde con los desarrollos recientes— como el problema, de cara a unas elaboraciones político-criminales que se compadezcan con la realidad nacional; ello se evidencia cuando se estudian todas y cada una de las categorías del delito. En efecto, de lo dicho se desprende que el concepto de conducta se debe entender como la resultante de reunir las diversas notas que se le han asignado a la acción jurídico penal a lo largo de la historia de la dogmática: la causalidad, la finalidad y la socialidad (el carácter social), lo que permite acuñar un concepto final-social que intenta explicar todas las formas de aparición del delito o hecho punible. Así se pueden erigir cuatro estructuras diferentes: una para los hechos de comisión dolosa, que sirve de base a todas las demás; otra, a los omisivos dolosos; una más a los de comisión imprudente o culposa; y, la última, a los omisivos culposos, cada una de ellas con una configuración distinta en los diversos estratos de la construcción.

En cuanto a la tipicidad, como producto de lo anterior, se parte de una concepción compleja del tipo penal mirando en él tanto aspectos subjetivos como objetivos, con la advertencia de que en estos últimos se ubica la construcción de la imputación objetiva.

La antijuridicidad se divide en formal y material, pero, a diferencia del cuestionable finalismo ortodoxo, se desecha un concepto radical del injusto

personal, dando cabida con ello, tanto al bien jurídico (desvalor de resultado) como al valor ético social (desvalor de acción), acorde con una concepción mixta de la norma penal (norma de determinación-norma de valoración); de esta manera, pues, se pretende restablecer el equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo también en este plano del análisis.

A su turno, la culpabilidad o responsabilidad penal plena se entiende como un juicio de exigibilidad de carácter jurídico y social, pues se es culpable en concreto, en un determinado contexto histórico y social, y no en abstracto. Ello obliga a desechar la idea de reprochabilidad —blanco de cuestionamientos—, y a reordenar los elementos de esta categoría al dejar el examen de la imputabilidad para el último lugar, lo que permite que también los enfermos mentales autores de injustos —potenciales inimputables— se beneficien de las causales de inculpabilidad o de exclusión de la responsabilidad (plena), sin incurrir en formas de responsabilidad objetiva como, por lo demás, lo dispone el art. 9 inc. 3º del Código penal.

Así mismo, con miras a lograr más armonía expositiva, en el estudio de cada uno de los estratos o niveles de análisis se distingue el aspecto positivo del negativo, de tal manera que, después de exponer la génesis histórica de cada una de las categorías y sus desarrollos básicos, se examinan los diversos eventos que las excluyen. De igual manera, debe precisarse, la exposición de las diversas formas de aparición del delito o hecho punible se hace de modo conjunto y no por separado como es usual.

Se busca, pues, plantear una sistemática del delito llamada a agitar la discusión y que —sin caer en mesianismos, tan propios de medios donde los adelantos teóricos son incipientes—, jalone los desarrollos actuales, de tal manera que se posibiliten la crítica abierta y el libre debate de las ideas, ingredientes sin los que no se puede hacer *academia* en el sentido riguroso de la expresión.

C. La teoría del delito en la ley procesal penal. Por supuesto, las bases positivas de la Teoría del delito no sólo dimanar de la Constitución y el Código

Penal sino que, al mostrar las necesarias relaciones entre el Derecho penal sustantivo y el procesal, el Código de Procedimiento Penal es también pródigo en desarrollos legales en esta materia, como lo muestra un examen de sus disposiciones a la luz de las más importantes categorías del delito, con la advertencia de que existen disposiciones como el num. 2 del art. 332 que, al prever las causales de preclusión, aluden a todas ellas en lo atinente a su aspecto negativo: “*Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal*”. El vínculo, pues, entre la ley procesal penal de tendencia acusatoria y la dogmática penal —para el caso a través de la Teoría del delito— es inescindible²⁵.

1. *La teoría de la conducta*. Así mismo, la categoría jurídico penal de la conducta como piedra angular de la construcción del delito —que además es expresión del principio del acto o del hecho— emerge del tenor literal del art. 24 del Código cuando al aludir al “ámbito de la jurisdicción penal” señala: “Las indagaciones, investigaciones, imputaciones, acusaciones y juzgamientos por *las conductas previstas en la ley penal como delito*, serán adelantadas por los órganos y mediante los procedimientos establecidos en este código y demás disposiciones complementarias”; en otras palabras, la jurisdicción penal sólo se ocupa de comportamientos (comisivos u omisivos) previstos como tales en la Ley Penal, las mismas que el art. 102 del C. P. llama “*conducta criminal*” o el art. 107 denomina la “*conducta del condenado*”. Adicional a lo anterior, cuando el art. 50 num. 1º regula la figura de la conexidad obliga al estudioso a partir de toda la construcción teórica atinente a la unidad y pluralidad de conductas típicas cuando; obsérvese cómo se emplean, en sentido técnico, las voces “*acción u omisión*” o “*acciones u omisiones*” —lo que supone toda una construcción sobre la teoría de la conducta—, etc. Es más, el mismo Código se encarga de distinguir los delitos dolosos (cfr. art. 82 inc. 1º y 83 inc. 2º, cuando habla de “*los delitos dolosos*”) de

²⁵ Cfr. FÉLIX CÁRDENAS, “¿El sistema acusatorio-adversarial en México...?”, en *Dogmática jurídico-penal*, págs. 13 y ss.; también, LÓPEZ SAURE, “¿Tiene algún sentido la dogmática...?”, en la misma obra, pág. 80; ROMÁN QUIROZ, “Lo medular del manejo de la Dogmática”, ídem, págs. 103 y ss.

los culposos (cfr. art. 100: “*delitos culposos*” o el art. 324 num. 6 que, al referirse a una de las causales del principio de oportunidad, emplea las locuciones: “a consecuencia de *la conducta culposa*”, igual cabe decir de la causal once del mismo artículo: “Cuando *la imputación subjetiva sea culposa* y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social”, etc.), con lo cual quedan claras cuáles son las formas de imputación subjetiva que prevé la Ley procesal. Incluso, en el inconstitucional art. 310 —que es contrario a un derecho penal de acto, que no tolera consideraciones propias de un derecho penal de autor como las que allí se hacen—, cuando se señalan los criterios para determinar si la libertad de la persona es “*peligrosa para la comunidad*”, se dice en el numeral 4: “La existencia de sentencias condenatorias vigentes por *delito doloso o preterintencional*”, con lo cual entra en escena el distingo entre dolo y preterintención que hacen los arts. 21 y ss. del Código Penal.

También, alude al carácter genérico del hecho punible el art. 336 cuando, al hablar de la presentación de la acusación, señala que ella procede cuando “con probabilidad de verdad,... *la conducta delictiva existió*”; igual el art. 443.

2. La categoría de la tipicidad. Diversas disposiciones hacen referencia a la tipicidad o a diversos institutos que la desarrollan. En un plano general, por ejemplo, el art. 146 num. 4º en materia del registro de la actuación habla de la “*la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía*”; también, algunas de las problemáticas que plantea el art. 324 están referidas a esta categoría dogmática (véase numerales 9, 10, 11, 13 y 14). Así mismo, el art. 332 en su numeral 3 habla de la “*atipicidad del hecho investigado*”, como causal de preclusión; este numeral, por supuesto, sobra porque el num. 2 de la misma disposición ya lo contempla cuando se refiere a todas las causales de exclusión de la responsabilidad “**de acuerdo con el Código Penal**”; además, el art. 442 emplea esa categoría dogmática en tratándose de la “*petición de absolución perentoria*”, cuando “*resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación*”, cosa que también hace el art. 443: “El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, *tipificando de manera*

circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”. De nuevo la voz tipicidad aparece en el art. 350 inc. 4º cuando, en el seno del instituto de la aceptación de cargos, se hace referencia a una de las prebendas que el Fiscal le puede otorgar al imputado: “*Tipifique la conducta*, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”.

El instituto de la **unidad y pluralidad de conductas típicas** —formulado en el art. 31 del Código Penal—, como problemática especial de la tipicidad, aparece referido en el art. 294 inc. 4º, cuando se ocupa de los términos para formular acusación o solicitar preclusión; allí, de forma expresa, se alude al “*concurso de delitos*”; también se menciona este instituto en tratándose de la causal primera de aplicación del principio de oportunidad en el art. 324 donde se advierte que “Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de *concurso de conductas punibles* siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior”; también es una clara manifestación de este instituto dogmático la figura del concurso real posterior que prevé el art. 460.

A su lado, de forma reiterada, la ley procesal se ocupa de la problemática atinente al **concurso de personas en el delito**, así: en efecto, el art. 11 inc. 2º lit. c, cuando se refiere a los derechos de las víctimas empieza por afirmar que ellas tienen derecho “A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del *autor o partícipe del injusto* o de los terceros llamados a responder en los términos de este código” con lo cual, de forma muy técnica, se afirma que la participación criminal en sentido estricto supone la intervención en el injusto de otro que actúa como autor, esto es, en su conducta típica y antijurídica; el concurso de personas en el delito, como se recordará, es una de las problemáticas centrales de la Teoría de la tipicidad como construcción del delito o hecho punible; la voz “injusto” vuelve a ser reiterada en los literales e) y f) del mismo artículo. Así mismo, en el art. 50, en materia de la “unidad procesal”, de nuevo hace referencia en forma técnica al concurso de personas en el delito en sentido amplio cuando expresa: “Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de *autores o partícipes*, salvo las excepciones constitucionales y legales”; sin duda, se refiere a la autoría y a la

participación criminal como formas de aquel instituto que, por cierto, desarrolla el Código sustantivo en sus arts. 28 a 30.

También, cuando el art. 50 num. 1º regula la figura de la conexidad habla de “*coparticipación criminal*” y de los “*autores o partícipes*”. Es más, el art. 53 num. 5, cuando habla de los casos de ruptura de la unidad procesal, alude a “la vinculación de una persona en *calidad de autor o partícipe*” lo que obliga, una vez más, a partir de las construcciones dogmáticas del concurso de personas en el delito para poder enfrentar estos eventos con solvencia académica; igual sucede cuando el art. 71 inc. 3º, a la hora de concretar las condiciones para saber quien es querellante legítimo, utiliza las expresiones “*autor o partícipe del delito*”. Incluso, igual sucede cuando el art. 76 inc. 4º, en materia del desistimiento de la querrela, alude a “...*todos los autores o partícipes del delito investigado*” y cuando en el art. 132 inc. 2º se habla del “...*autor del injusto*...”.

Es más, al aludir al “programa metodológico de la investigación” — verdadera piedra angular de la teoría del caso que debe elaborar la Fiscalía General de la Nación—, de nuevo se vuelve a hacer el distingo técnico entre autores y partícipes en el art. 207 inc. 4º; igual ocurre con el art. 213 inc. 1º cuando se refiere a la inspección del lugar del hecho, o en el art. 220 al hacer alusión a la orden de registro y allanamiento y, por supuesto, en esas mismas materias cuando el art. 223 párrafo se refiere a las “*personas vinculadas como auxiliares, partícipes o coautoras del delito investigado*”, que versa sobre los objetos no susceptibles de registro. Igual cabe decir del art. 239 inc. 4º en materia de vigilancia y seguimiento de personas, que también alude a los “*autores o partícipes*”.

Incluso, que es necesario un adecuado manejo de esas categorías dogmáticas se evidencia cuando el art. 244A inc. 2º, que como se sabe hace referencia a las operaciones encubiertas en tratándose de delitos de corrupción, dispone: “Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la Administración Pública *en coparticipación con la persona investigada*, quedará **exonerado de**

responsabilidad —todo lo cual abre un muy interesante debate dogmático encaminado a precisar si esa conducta es atípica, justifica o inculpa; o si hay hecho punible (repárese: se habla de “cometa delitos”) pero falta la punibilidad— salvo que exista un verdadero *acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta*, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente”; aquí, además, se exige al estudioso un debido examen de las causales de exención de responsabilidad penal pues esta disposición introduce una más a las que ya señala la Ley sustantiva (cfr. art. 32). Incluso, cuando se hace referencia al interrogatorio de indiciado en el art. 282, de nuevo, la Ley Procesal vuelve a hablar de una “*persona (que) es autora o partícipe de la conducta que se investiga*”; a esta propósito, justo es recordarlo, en el art. 283 —que se refiere a la aceptación por parte del indiciado, aunque la ley de forma equívoca lo llama “imputado”— se introducen los dos dispositivos amplificadores del tipo, para el caso la participación criminal y la tentativa en los siguientes términos: “...*haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga*”.

La necesidad de distinguir las categorías dogmáticas de la autoría y de la participación vuelve a tornarse necesaria cuando, en el art. 287 que se intitula como “situaciones que determinan la formulación de la imputación”, de forma perentoria se afirma: “El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, *se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”. Por supuesto, en términos estrictamente dogmáticos y apegados al tenor de las construcciones vertidas en los arts. 28 a 30 del C. P., para poder endilgarle la calidad de partícipe a una persona es necesario demostrar que ella ha intervenido como determinadora (instigadora) o cómplice en el injusto de otro, esto, es en la conducta típica y antijurídica realizada por un autor determinado, lo que es consecuencia ineluctable de que la participación en sentido estricto es accesoria de la autoría; así las cosas, la formulación de la imputación tiene tanto

un contenido fáctico como jurídico²⁶ tras del cual se vislumbra ya una determinada teoría del caso²⁷.

Estas consideraciones tienen igual validez de cara al cabal entendimiento del texto vertido en el art. 297 porque, para librar una orden de captura, es necesario demostrar que la persona “es autor o partícipe del delito que se investiga”, en otras palabras para afirmar que alguien es partícipe se debe demostrar la autoría en relación con un injusto en los términos de los arts. 29 y 30 del C. P.

También, el art. 301 al señalar las condiciones para que se configure el instituto de la flagrancia vuelve a aludir a las dos construcciones dogmáticas en examen: “La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o *cuando fuere señalado (sic) por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración*” (num. 2), con la diferencia de que aquí al lado del autor se menciona sólo al cómplice y se olvida al determinador; o “La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que *acaba de cometer un delito o de haber participado en él*” (num. 3). Incluso, este distingo —y las precisiones son similares— se debe hacer a la hora de valorar los presupuestos que señala el art. 308 para dictar medida de aseguramiento, la cual procede cuando se “*pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga*”; igual sucede cuando, al enunciar el principio de la

²⁶ Cfr. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sent. de ocho de octubre 2008, radicado: 29338.

²⁷ Por ello, no parece ser cierto que el tema se reduzca a lo siguiente: “Ahora bien, en la medida en que la formulación de la imputación es el acto a través del cual la fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías (art. 286 CPP), *el Fiscal sólo podrá hacer la imputación cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, pueda inferir razonablemente quién es el autor o partícipe del delito que se investiga (art. 287 CPP), es decir, pueda individualizar de manera concreta al imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones (art. 288 CPP)*”, como ha dicho la sent. C-126 de dos de marzo de 2011 emanada de la Corte Constitucional.

legalidad procesal, el art. 322 hace mención a “*los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible*” o el art. 325 num 18, al aludir a una de las causales de aplicación del principio de oportunidad, se refiere al “*autor o partícipe*” de un cohecho.

Es más, que esas construcciones tan denostadas por un procedimentalismo ingenuo —que quiere ganarle la carrera a la Ciencia del Derecho Procesal Penal— son necesarias, lo vuelven a poner de presente otras disposiciones: el art. 327 inciso final, al ocuparse del control judicial de la aplicación del principio de oportunidad, dice: “La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir *la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*”; el art. 329, cuando se ocupa de los efectos del susodicho principio expresa: “La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del *autor o partícipe* en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los *demás autores o partícipes en la conducta punible*, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas”. También, el art. 336 al aludir a la presentación de la acusación, señala que ella procede cuando “con probabilidad de verdad,... la conducta delictiva existió y...*el imputado es su autor o partícipe*”; estas últimas dos expresiones también aparecen en el art. 372 en tratándose de los fines asignados a las pruebas.

3. La categoría de la antijuridicidad. Aunque está claro que ella se deduce de múltiples disposiciones de la Ley procesal penal, algunas de ellas la mencionan de manera expresa: Así cuando el art. 324, causal 9, dice que el principio de oportunidad es aplicable “En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, *cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa* y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche

institucional y la sanción disciplinaria correspondientes” —esto sin olvidar las implícitas alusiones que allí se hacen a la idea de culpabilidad—, introduce todo el debate sobre el llamado principio de la insignificancia que también se puede asociar con la problemática de la imputación objetiva que es propia, aunque las opiniones no son coincidentes, de la categoría de la tipicidad. Iguales consideraciones cabe hacer de cara al numeral 10: “*En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio*”; o con los numerales 11: “*Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social*” y 13: “*Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse*”.

Otro instituto que involucra la categoría de la antijuridicidad y con ella la culpabilidad es del exceso en el ejercicio de las causales de justificación que menciona el art. 324 num. 15, como causal de aplicación del principio de oportunidad: “*Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad*”.

4. La idea de culpabilidad y/o de responsabilidad. En efecto, una mirada atenta al texto deja los siguientes resultados: en el Título Preliminar, acápite destinado a los “*principios rectores y garantías procesales*”, el legislador en el art. 7º acuña la expresión “*responsabilidad penal*” que —sin duda— hace referencia al concepto procesal de culpabilidad como resultante de la debida prueba en el proceso de todos los componentes del concepto dogmático del delito, con lo cual se parte de la existencia de la categoría de la “culpabilidad” —y con ella de las demás que integran el citado concepto dogmático— entendida en un sentido propiamente dogmático. Esas locuciones, las de “*responsabilidad penal*”, vuelven

a ser utilizadas en los arts. 22, 82 incs. 1º y 4º, 103 incs. 1º y 4º, 105, 106, 117, 372, 375 y 381, entre otros.

De la misma forma, la inapropiada redacción dogmática del numeral 12 del art. 324 que se refiere a la aplicación del principio de oportunidad “Cuando *el juicio de reproche de culpabilidad* (sic) sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social”, no deja de plantear todo el debate sobre la categoría de la culpabilidad y, por supuesto, sobre la teoría de la punibilidad; iguales reflexiones caben de cara al entendimiento dogmático de la causal 15 del art. 324: “Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, *si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad*”.

La idea de *culpabilidad*, asociada con el concepto procesal, también aparece en el art. 350 inc. 3º cuando, en la aceptación de cargos, se dice que “el imputado *se declarará culpable* del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor”; expresión que también emplean los incs. 2º y 3º del art. 367 y los arts. 368, 369, 446, 448 y 451.

Por supuesto, también forman parte de esta categoría aquellas disposiciones que propician el distingo entre imputables e inimputables. En efecto, el art. 37 num. 3 —que hace referencia a la competencia de los jueces penales municipales— emplea, de manera no muy técnica, la voz “*inimputable*” que parece confundir con la causa de ese fenómeno al tenor de lo señalado en el art. 33 inc. 1º del C. P. cosa que no sucede con el art. 38 num. 6 inc. 1º que, de forma correcta, emplea las expresiones “*los inimputables*” para referirse a la competencia de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, uso que también hace en forma debida el mismo artículo 38 num. 6 en su inc. 2º cuando se refiere a los “*condenados inimputables*”; incluso, al prever las causales de revisión, de nuevo se alude a la “*inimputabilidad*” del condenado (art. 193 num. 3) y, en tratándose, del descubrimiento probatorio, dice el art. 344 inc. 4º: “Así mismo cuando la defensa piense hacer uso *de la inimputabilidad* en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido

practicados al acusado”, lo que a todas luces no es la mejor redacción del asunto. Además, el art. 452, intitulado “Situación de los inimputables” al momento de dictar sentencia, señala: “*Si la razón de la decisión fuera la inimputabilidad, el juez dispondrá provisionalmente la medida de seguridad apropiada mientras se profiere el fallo respectivo*”; también, los arts. 465 y ss. mencionan, en diversas oportunidades, la idea de “inimputabilidad”.

III. CONCLUSIONES

Primera. Sin duda, en contra de quienes todavía pregonan que la Teoría del delito se ha acabado con la puesta en vigor del sistema procesal penal de tendencia acusatoria, la Ley 906 de 2004 prevé innumerables desarrollos que sólo se pueden explicar a la luz de las construcciones dogmáticas de la Parte General del Derecho penal; en otras palabras: es imposible aplicar la normativa procesal a espaldas de las construcciones académicas de la Parte General del Derecho penal.

Segunda. Una de esas aladuras académicas es la teoría del caso que, en el derecho positivo, es obligatoria para la Fiscalía y potestativa para la defensa y que sólo es posible cuando en ella se conjugan los componentes fáctico, jurídico y probatorio. Por eso, cuando la defensa y la Fiscalía pretendan armar su teoría del caso, de forma ineludible se tienen que apoyar en las construcciones propias de la Teoría del delito.

Tercera. Mucho daño le hacen al Derecho Procesal penal y a la Administración de Justicia las elaboraciones procedimentalistas que, como si todavía esa disciplina se encontrase en los estadios de desarrollo propios de hace un siglo, no han podido entender que la Teoría del caso es uno de los pilares del sistema de tendencia acusatoria.

Cuarta. Bien valdría, pues, la pena que la doctrina y la jurisprudencia se sentaran a reflexionar sobre las necesarias relaciones entre el derecho sustantivo y el derecho procesal penal, presididas por el derecho constitucional, de cara a realizar

una mejor intelección de la normativa contenida en la ley 906 de 2004 que, por supuesto, debe interpretarse en armonía con el programa penal de la Constitución y no a la luz del capricho o de la arbitrariedad de turno.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, NICOLA: *Diccionario de Filosofía*, trad. de Alfredo N. Galletti, 13^a reimpresión de la primera edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

BAYTELMAN, ANDRÉS/DUCE, MAURICIO: *Manual de Litigación en Juicios Orales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA-JSCA, Borrador, 2004.

BENAVENTE CHORRES, HESBERT: *La aplicación de la Teoría del caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*, Barcelona, Bosch Editor, 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-209 de 21 de marzo 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-069 de diez de febrero 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-126 de dos de marzo de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Penal, sentencia de ocho de octubre 2008, radicado: 29338.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de Octubre de 2011, radicado: 36357.

DELLEPIANE, ANTONIO: *Nueva Teoría de la Prueba*, Bogotá, Temis, séptima edición, 1972.

Diccionario de la Lengua Española, 2 tomos, Madrid, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001.

FÉLIX CÁRDENAS, RODOLFO: “¿El sistema acusatorio-adversarial en México conlleva la desaparición de la dogmática jurídico-penal?”, en Rodolfo Félix Cárdenas y AA. VV.: *Dogmática jurídico-penal y Ley procesal penal “vínculo inescindible”*, México, Ubijus Editorial, 2010, págs. 13 y ss.

GÁLVEZ ARGOTE, CARLOS AUGUSTO: “Acción e imputación en el nuevo Código Penal colombiano”, en *Estudios sobre los nuevos códigos penales*, Bogotá, Universidad de Salamanca, Corte Suprema de Justicia, 2001, págs. 87 y ss.

JESCHECK, HANS HEINRICH/THOMAS WEIGEND: *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002.

KAUFMANN, ARMIN: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, reimpresión de la 2ª ed., Göttingen, Otto Schwartz & Co, 1988.

LÓPEZ SAURE, ERNESTO: “¿Tiene algún sentido la dogmática jurídico penal ante el nuevo sistema penal?”, en Félix Cárdenas, Rodolfo y AA. VV.: *Dogmática jurídico-penal y ley procesal penal. Vínculo inescindible*, Ubijus Editorial, México, 2010, págs. 53 y ss.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Curso de derecho penal*, Parte general I, Madrid, Universitas S.A., 1996.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/MERCEDES GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, Parte general, 6ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

REIK, THEODOR: *Psicoanálisis del crimen. El asesino desconocido*, trad. de Simón Wencelblat, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1965.

ROMÁN QUIROZ, VERÓNICA: “Lo medular del manejo de la Dogmática jurídico-penal en el sistema acusatorio adversarial”, en Rodolfo Félix Cárdenas y AA. VV.: *Dogmática jurídico-penal y Ley procesal penal “vínculo inescindible”*, México, Ubijus Editorial, 2010, págs. 91 y ss.

ROXIN, CLAUS: *Derecho penal*, Parte general, t. I, trad. española de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

SÁNCHEZ LUGO, CARLOS FELIPE: *La teoría del caso*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2009, en: www.cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task... Fecha de la visita: 20 de junio de 2012.

SCHÜNEMANN, BERND: “sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, trad. de Silvina Bacigalupo, en Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter: *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1994, págs. 11 y ss.

VELÁSQUEZ V., FERNANDO, “Ley procesal penal y dogmática jurídica”, en Félix Cárdenas, Rodolfo y AA. VV.: *Dogmática jurídico-penal y ley procesal penal. Vínculo inescindible*, Ubijus Editorial, México, 2010, págs. 117 y ss.

___: *Derecho penal*, parte general, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009.

___: *Derecho Penal*, parte general, 2 tomos, 1ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL: “una recapitulación en torno a la dogmática penal, teoría del delito y teoría del caso”, en *letras jurídicas* No. 12, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2011, págs. 1 y ss.

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 2ª ed. castellana, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

