

CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y DERECHO PENAL DE ACTO DIGNIDAD HUMANA

*Hernando Barreto Ardila**

PRESENTACIÓN

Cuando han transcurrido 10 años de la reorganización política del Estado, que se plasmó en una nueva Carta Fundamental, es preciso averiguar, más allá del dato histórico, por el alcance real de su contenido y la materialidad cierta y efectiva de los valores que le dieron soporte como instrumento regulador de relaciones.

Sin duda, los cambios de fondo se reflejaron en el modelo socio-político del Estado, el fundamento de las relaciones entre gobernantes y gobernados, la protección de derechos fundamentales, y el establecimiento de valores superiores y preeminentes en toda confrontación axiológica.

Lamentablemente, a cerca del tema de este opúsculo, *el derecho penal de acto*, poco o nada se hizo por variar la comprensión de su alcance en materia criminal por parte de los funcionarios judiciales, no así en lo que concierne al legislador.

1. DERECHO PENAL DE ACTO

Como concepto operacional puede decirse que el derecho penal de acto se caracteriza por no sancionar a las personas por lo que son *-peligrosas, inmorales, enfermas,*

* Profesor titular de derecho penal en la Universidad Externado de Colombia. Magistrado auxiliar de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

malas, etc.—, sino por lo que hacen, en cuanto se trate de conductas lesivas de ciertos bienes jurídicos protegidos por el legislador; pero precisamente ello impone indagar por aquello que con un sentido de verdad puede llamarse “lo que las personas hacen”, que es el objeto de esta nota.

2. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1886

El artículo 26 de la Carta de 1886 establecía: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando las formas propias de cada juicio”; pero tanto la jurisprudencia como la doctrina afirmaban, de acuerdo con ERNST VON BELING¹, quien consideraba que la descripción de la conducta era de tipo objetivo, neutra, avalorada y exenta de axiología, comprensiva únicamente del aspecto externo de la acción humana, pues lo subjetivo tenía cabida exclusiva en la culpabilidad, que “la ejecución del hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en la que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad, es lo que se conoce con el nombre genérico de culpabilidad; y porque tal fenómeno se origina en el psiquismo del hombre que realiza la conducta, se habla de él como aspecto subjetivo del delito”².

Por lo anterior, se dijo que la culpabilidad se manifestaba a través de dos formas extremas y una intermedia; las primeras: el dolo y la culpa, y la segunda, la preterintención³; a su vez, así fue establecido por el legislador en el artículo 35 del Código Penal de 1980, cuyo título “Formas” correspondía al capítulo de la culpabilidad.

Sin duda, el derecho penal de acto postulado por la Constitución de 1886 vino a tener alguna valía en el momento que se efectuaba el examen del hecho en sede de culpabilidad, no así cuando se surtía la evaluación de la tipicidad, y tanto menos cuando se verificaban los presupuestos de ésta, es decir, las condiciones necesarias para haya *algo* que pudiera ser llamado “típico”, pues se entendió que las esferas volitivas, intelectivas y decisoras del individuo sólo tenían importancia en materia penal en punto de la culpabilidad, pues la tipicidad tocaba con aspectos meramente objetivos del delito, donde nada tenía que ver la voluntad del ser humano a quien se le imputaba un hecho, y la antijuridicidad correspondía a una categoría que también objetivamente debía ser evaluada con relación al quebranto del bien jurídico.

La anterior postura, propia del causalismo, en el que los hechos humanos resultan típicos penalmente como resultado de una relación física causa-efecto, condujo a que en la práctica judicial el proceso de adecuación típica se limitara a una mera actividad

1. ERNST VON BELING. *La doctrina del delito-tipo*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 258.

2. ALFONSO REYES ECHANDÍA. *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 11.ª ed., 1987, p. 203.

3. *Ibíd.*, 207.

de subsunción entre el hecho y los elementos postulados en el tipo, que obviamente eran entendidos en su carácter descriptivo con total independencia de categorías axiológicas y tanto menos subjetivas de su autor, tal vez con excepción de los denominados ingredientes subjetivos (motivaciones, móviles, etc.) que fueron asumidos como los únicos fragmentos del tipo que podrían tener alguna referencia a la voluntad de quien realizó la acción evaluada, con injerencia en la tipicidad.

En sentido similar, los supuestos de inacción como el caso fortuito y la fuerza mayor, que constituyen circunstancias imprevisibles e irresistibles el primero, y previsibles pero igualmente irresistibles la segunda, fueron dogmáticamente tratadas de manera inconsistente como sucesos típicos, antijurídicos y no culpables, habida cuenta que en el artículo 40 del Código Penal de 1980 se consagraron como causales excluyentes de la culpabilidad, pero, se repite, sin importancia alguna en sede de tipicidad y tanto menos en punto de los presupuestos de ella.

Por consiguiente, la inexistencia de alguna de las *formas de culpabilidad* y, aún más, la inexistencia de conducta eran situaciones resueltas dogmáticamente como típicas, antijurídicas y ausentes de culpabilidad, con total olvido por el trato merecido al individuo, su *dignidad*, en cuanto ser dotado de razón en sede de tipicidad, y con desprecio por lo que el individuo hizo (acto) y por las razones político-criminales que correspondían al principio de legalidad, cuya dinámica hace efectiva la tipicidad penal.

Obviamente, todo esto era coherente con el Estado de derecho como modelo asumido por la Constitución de 1886, en el que la relación gobernante-gobernado se soportaba en el principio de autoridad en cabeza del gobernante, producto de la más recalcitrante noción de legalidad procedente del positivismo racionalista del siglo XVIII, donde el máximo vigor de la autoridad radicaba en cumplir con la ley formalmente, con independencia de sus contenidos, teleología y razones político-sociales y económicas; el gobernado obedecía y se hallaba sujeto a la ley, no atendiendo el valor de la orden, sino el título de validez formal que tuviera quien la profirió, sin cuestionar o criticar su contenido; y la tridivisión del poder suponía una precisa delimitación de funciones de orden meramente formal.

No existía allí un régimen material de libertades y garantías ciudadanas, y los derechos fundamentales tenían presencia meramente formal en el derecho penal, sin que éste tuviera como pretensión hacerlos efectivos, pues se limitaba a imponer el *orden social*.

3. EL DERECHO PENAL DE ACTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

El artículo 29 de la carta de 1991 dispone: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de las formas propias de cada juicio”. Como puede observarse, a simple vista el texto es sustancialmente igual al del artículo 26 de la Constitución de 1886

que se transcribió atrás, circunstancia que puede explicar por qué los funcionarios judiciales no variaron su comprensión con posterioridad a la Constitución de 1991, pues en materia de derecho penal de acto continuaron con la aprehensión exclusivamente objetiva de la tipicidad y dejaron el aspecto subjetivo a la culpabilidad, sin percatarse que a pesar de la identidad entre las normas constitucionales referidas, otros datos, como los valores postulados por la Carta vigente, imponían un replanteamiento –lo que ha sido llamado la “constitucionalización del derecho penal”⁴– desde los principios de *dignidad humana* y legalidad.

En efecto, la Carta de 1991 adoptó un modelo de Estado social democrático de derecho, que revaluó el fundamento político del principio de autoridad y supremacía de la ley, por el principio de imperio de la persona humana, es decir, colocó como valor esencial y superior a la persona humana y sus derechos fundamentales, cuyo respeto le es debido por lo que merece, esto es, por su *dignidad*, de donde resulta obvio que no podía continuar desligándose el acto típico (conducta) de la noción de persona.

Entiendo por persona humana al “ser racional con conciencia de sus necesidades, y por ello, ser exigente de satisfacciones; exigencia que es formulada tanto a los demás miembros de la comunidad, como a quien ejerce el poder, a fin de que se provean las condiciones requeridas para la satisfacción de sus necesidades, sin obstáculos por parte de los demás, ni con ocasión del ejercicio del poder”⁵.

La racionalidad le permite a la persona conocer, captar y aprehender hechos y situaciones, para orientar su acción, esto es, decidir y obrar. La razón y la voluntad, entonces, permiten que se le tenga como sujeto de derechos y obligaciones, exigente y exigido, libre y responsable, más aún cuando es destinataria de los tipos penales.

Entiendo por *dignidad de la persona humana* el “título que fundamenta lo merecido por ésta, ubicándola como causa eficiente de su merecimiento, esto es, a partir de la noción de persona humana ha de establecerse lo que ella merece, en atención a su condición. Cuando el sujeto del cual se predica el merecimiento reclama lo merecido, esta ejerciendo su *dignidad*”⁶.

Con base en lo expuesto, y si el destinatario de la ley penal es ser racional debe indagarse por lo que merece, es decir, por su *dignidad*, que en el ámbito de la tipicidad no es otra cosa que colocar la volición como presupuesto de lo típico, pues si uno de los fines de la tipicidad es concretar el principio de legalidad a fin de dar a conocer lo prohibido, tal prohibición sólo se estructura a partir de la existencia de referentes subjetivos en la decisión de vulnerar la norma, habida cuenta que verificar lo prohibido

4. Cfr. Sentencia C-038 de 9 de febrero de 1995, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

5. HERNANDO BARRETO ARDILA. *Derechos humanos. Aproximación a sus fuentes*, Bogotá, Escuela Superior de Administración Pública, 1995, p. 122.

6. *Ibíd.*, p. 134.

para concluir lo permitido sólo es posible en la medida que se trate de acciones voluntarias o con participación de la voluntad, y no de la producción de daño por simples cursos físicos causales.

Como premisa fundamental debe tenerse que el derecho penal se soporta sobre dos pilares esenciales y necesarios en su construcción: la volición o intención, seguida de la conducta (activa u omisiva). Ello es patente en la forma conductual dolosa, en donde se quiere el resultado y hacia él se dirige la acción; en los delitos culposos se rechaza el resultado que finalmente se produce, pero intencionalmente y con voluntad se realiza la conducta imperita, imprudente, inexperta o violatoria de reglamentos, que a la postre da lugar al daño.

La volición como exigencia subjetiva de la tipicidad impone reconocer al hombre como ser dotado de razón, lo cual se halla conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 1.º establece: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

A partir de lo anterior, entonces, propusimos la forma como debía adelantarse el proceso de adecuación típica en nuestro país⁷, no como una novedad o descubrimiento, en cuanto había estado allí, en el Código Penal, y surgió simplemente de una forma lógica y valorativa de aprehender las expresiones normativas en que se hallaban en la ley penal, especialmente entendidas desde las exigencias de nuestra Constitución Política, así:

Dentro de la escala axiológica contenida en la Constitución Política de 1991 podemos indicar que el valor superior está constituido por la persona humana; ella exige lo merecido a través de un título denominado *dignidad*. A su vez, la *dignidad* viene a hacerse efectiva a través del contenido de los derechos fundamentales. Tratándose de principios, por vía de la legitimación del *ius puniendi*, el principio o fuente de los principios está constituido por la persona humana y su *dignidad*, a partir de lo cual se extraen los valores que suponen su respeto. Este principio supone, primeramente, que se reconozca a la persona como ser racional, consciente y libre, derivando en su diferencia, diversidad y unicidad.

Entonces, lo merecido por la persona humana como ser racional es que al momento de evaluar la tipicidad de una conducta no se acuda simplemente a la verificación del curso causal de orden naturalístico causa-efecto, sino a establecer la existencia de voluntad dirigida al resultado producido, pues “obligación y persona responsable son dos conceptos unidos inseparablemente. En toda obligación el obligado es tomado

7. Cfr. BLANCA NÉLIDA BARRETO ARDILA y HERNANDO BARRETO ARDILA. “Dolo, culpa y preterintención: ¿formas de culpabilidad?”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, n.º 60, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

como persona responsable. Todo mandato, por eso, que pretenda obligar a una persona, en tanto norma jurídica, tiene que reconocer a esta persona como persona. El reconocimiento del hombre como persona responsable es el presupuesto mínimo que tiene que mostrar un orden social si éste no quiere forzar simplemente por su poder, sino obligar en tanto que derecho”⁸.

Para intentar aprehender la noción de conducta puede afirmarse que existen dos clases de hechos: unos naturales (irrelevantes al derecho penal, como la caída de un rayo o la erupción de un volcán) y otros humanos (que son de la atención del derecho en general). Esos hechos humanos pueden ser de dos clases, voluntarios (queridos y realizados por su autor, directa o indirectamente) e involuntarios (un ataque de epilepsia); los hechos humanos voluntarios son los que constituyen conducta, y por tanto integran el primer supuesto lógico y necesario para posteriormente efectuar el predicado de tipicidad; es esto lo que la persona “ha hecho”, su acto.

Según el artículo 5.º del Código Penal de 1980, para que una conducta sea punible debe realizarse con culpabilidad, quedando, en consecuencia, proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. En el artículo 35 del mismo ordenamiento se destacan como formas de la culpabilidad el dolo, la culpa y la preterintención de manera taxativa, exclusiva y excluyente; no obstante, en los artículos 36, 37 y 38 se expresa: “La conducta es dolosa cuando...”, “La conducta es culposa cuando...” y “La conducta es preterintencional cuando...”.

Por lo tanto, aquello de lo cual se predica el adjetivo de dolosa, culposa o preterintencional es la conducta y no la culpabilidad; es decir, la titulación del artículo 35 induce a error al señalar que la culpabilidad tiene unas formas, cuando en verdad esas formas corresponden al cómo se realiza la conducta; la culpabilidad constituye un juicio de reproche o de exigibilidad sin que lógica y valorativamente pueda asignársele una especie de catálogo de *formas*, siendo, por su naturaleza, medible únicamente en términos de intensidad, en cuanto se trata de identificar un mayor o menor reproche, una mayor o menor exigibilidad.

En el artículo 38 del Código Penal se expresa que las conductas preterintencionales o culposas sólo son punibles en los casos expresamente determinados en la ley. Al realizar el proceso de adecuación típica de una conducta que resulta punible únicamente en cuanto culposa o preterintencional, tal exigencia de la forma conductual –no del juicio de culpabilidad– ha de evaluarse estructuralmente al verificar si se adecua o no a un tipo penal específico.

Siendo ello así, fuerza es concluir que las demás normas, esto es, aquellas que no tienen referencia de conducta culposa o preterintencional, necesariamente han de ser evaluadas como dolosas, pues no hay una forma de conducta diferente de las ya mencionadas.

8. HANS WELZEL. *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, p. 252.

Por así decirlo, la generalidad de las disposiciones de la parte especial del ordenamiento mencionado tipifican los delitos así: “El que –con dolo– ocasione incendio”, “El que –con dolo– matare a otro”, “El que –con dolo–...”, forma estructural de la conducta, que expresamente no incluyó el legislador respecto del dolo, pero que necesariamente ha de integrar la descripción legislativa como ocurre con las otras dos formas de conducta (culpa y preterintención), pues no puede existir un tipo penal sin integrar dentro de su definición una especial forma de conducta.

De lo anterior se concluye, necesariamente, que todas las conductas definidas legislativamente como delitos tienen una exigencia normativa en el proceso de adecuación típica referida a una de las tres formas estructurales de conducta, resultando que aquellas que de manera expresa no sean culposas o preterintencionales serán fatalmente dolosas, y a partir de ello se ha de verificar si se adecuan o no al tipo penal específico en aras de garantizar el principio liberal de legalidad, a la vez que permiten saber qué fue lo hecho (acto) por la persona.

En consecuencia, el dolo, la culpa y la preterintención no son formas de culpabilidad, no pueden serlo, son formas de la conducta, necesarias para reconocer la dimensión racional de la persona humana en el Estado social y democrático de derecho, esto es, para hacer efectivo el título de lo que merece, su *dignidad*.

Por lo anterior, sin demostración inicial de la forma de conducta –siquiera sumaria– no puede estructurarse íntegramente la exigencia típica y tanto menos podrá darse cabida a un proceso penal.

Así pues, la ausencia de dolo, culpa o preterintención es resuelta en sede de tipicidad por vía de encontrar la conducta como atípica, y no, como es frecuente en nuestra práctica judicial, asumir tales comportamientos como típicos, antijurídicos y no culpables, por estimar erradamente que hay ausencia de *forma de culpabilidad*. Así mismo, si en el caso fortuito o fuerza mayor no hay voluntad en el causante del hecho, tampoco puede estructurarse un juicio de tipicidad, precisamente por ausencia de forma de conducta (dolo, culpa o preterintención).

No se trata de confundir en la tipicidad elementos de la culpabilidad, sino precisamente de delimitar aquellos elementos que son propios de la definición típica e integrar la culpabilidad con la individualización del juicio de reproche o de exigibilidad que corresponde hacer al funcionario judicial.

Entonces, el *derecho penal de acto* en la Constitución de 1991 se encuentra en el inciso 2.º de su artículo 29, al establecer el juzgamiento por el “acto que se le imputa”; de ello se deriva que son dos las exigencias para efectuar el juzgamiento: la primera, referida a la existencia de un acto humano –no basta que se trate de un hecho humano–, lo cual supone el compromiso de sus esferas volitiva e intelectual, es decir, que se refiera a una conducta y no a la simple causación material y física de un daño, y la segunda alude a

la evaluación precisamente de ese acto humano, de esa conducta, con independencia de lo que la persona es, no siendo objeto de juzgamiento el autor en sí, sino el comportamiento en cuanto predicable de su autor.

4. DERECHO PENAL DE ACTO EN EL CÓDIGO DE 2000

Como ya se advirtió, si bien los funcionarios judiciales no variaron la comprensión del derecho penal de acto con posterioridad a la Carta Política de 1991, sí lo hizo el legislador en el Código Penal de 2000; he aquí los cambios.

En el artículo 1.º se colocó el respeto por la dignidad humana como fundamento del derecho penal; en el artículo 6.º se reiteró que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”; el artículo 9.º se aclaró que la conducta punible requiere ser dolosa, culposa o preterintencional, no así la culpabilidad, y que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

En el artículo 10.º se estableció que la ley penal “definirá”, no “describirá” de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal; tal expresión resulta de suma importancia si se tiene en cuenta que para un sector de la doctrina el tipo penal es sólo una descripción de conducta⁹, en cuanto verificación de un dato objetivo, histórico y fáctico, que tiene ocurrencia aprehensible y constatable de manera empírica por los sentidos; mientras que para otros¹⁰, en criterio que compartimos la tipicidad apunta a la definición¹¹ que hace el legislador, incluyendo allí, además de la descripción como dato objetivo, unos contenidos axiológicos no aprehensibles empíricamente sino valorables desde la subjetividad, que en sede del elemento conductual intencional asistan al agente en la realización del acto, lo cual supone que en la comisión de una conducta típica está en juego la voluntad de la persona, y como tal ha de estar incluida en el tipo.

A su vez, en el artículo 12, que se refiere a la culpabilidad, no se cometió el error de referirse a sus “formas”, sino que se precisó que sólo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad.

El capítulo único del título III se dedicó a la conducta punible, y con acierto se tituló el artículo 21 como “modalidades de la conducta punible”; su texto es: “La conducta es dolosa, culposa o preterintencional. La culpa y la preterintención sólo son punibles

9. Cfr. SERVIO TULLIO RUIZ. *Teoría del hecho punible*, Bogotá, El Profesional, 2.ª ed., 1980, p. 14.

10. Cfr. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN. *Introducción al derecho penal*, Forum Pacis, 2.ª ed., 1992, p. 272.

11. *Definición*. Explicación breve y clara de una cosa por la enunciación de sus principales atributos. *Definir*. Fijar con claridad y exactitud la significación de una palabra o la naturaleza de una cosa. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*.

en los casos expresamente señalados en la ley”. Los artículos 22, 23 y 24 señalan qué es la conducta dolosa, culposa y preterintencional, respectivamente.

Lamentablemente el caso fortuito y la fuerza mayor fueron tratados como situaciones en las que hay ausencia de responsabilidad (art. 32-1), pese a que en el artículo 32-1 del proyecto se exponía que la acción y la omisión se excluyen por el caso fortuito o la fuerza mayor, es decir, que se les tenía como supuestos de inacción, y como presupuestos de la tipicidad.

En diversas disposiciones de la parte general del Código de 2000 se alude a la noción de conducta (hecho humano voluntario), así, por ejemplo, en la prohibición de imputar más de una vez la misma conducta punible (art. 8.^o); la necesidad de lesión o puesta en peligro efectivo para que una conducta típica sea punible en sede de antijuridicidad (art. 11); el lugar de realización de la conducta punible (arts. 14 y 15); la conducta punible puede ser realizada por acción u omisión (art. 25); el tiempo de la conducta punible (art. 26); la tentativa de la conducta punible (art. 27); el concurso de personas en la realización de la conducta punible (art. 28); la autoría y participación en la conducta punible (arts. 29 y 30); el concurso de conductas punibles (art. 31), entre otros.

