

DELITOS BAGATELARES

RESPONSABILIDAD PENAL EN COLOMBIA FRENTE A LOS DELITOS QUE AFECTAN MINIMAMENTE EL BIEN JURIDICO DE LAS PERSONAS

Alexander Arbeláez Soto Código 7201412746

Juan Pablo Sepúlveda Villa Código 7201412760

Julie Andrea Betancourt Quiñones Código 600010218

Universidad la Gran Colombia

Facultad de posgrados y formación continuada

Especialización en Derecho Penal y Criminología

Bogotá D.C.

2015

DELITOS BAGATELARES

**RESPONSABILIDAD PENAL EN COLOMBIA FRENTE A LOS DELITOS QUE
AFECTAN MINIMAMENTE EL BIEN JURIDICO DE LAS PERSONAS**

Alexander Arbeláez Soto Código 7201412746

Juan Pablo Sepúlveda Villa Código 7201412760

Julie Andrea Betancourt Quiñones Código 600010218

Docente

Dr. Leonel Mauricio Peña Solano

Asesor

Universidad la Gran Colombia

Facultad de posgrados y formación continuada

Especialización en Derecho Penal y Criminología

Bogotá D.C.

2015

INDICE

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN DEL PROYECTO

CAPITULO II

Concepto de Delito Bagatela

CAPITULO III

ANÁLISIS NORMATIVO

Constitución Política de Colombia

Código Penal Colombiano

Ley 228 de 1995

Ley 1153 de 2007

Normatividad Internacional en Delitos de Bagatela.

Proyecto de Ley Radicado por Ministerio de Justicia – 2015

CAPITULO IV

DEBATE JURISPRUDENCIAL

Sentencias corte constitucional en delitos de bagatela

Sentencias corte suprema de justicia en delitos de bagatela

CAPITULO V

DEBATE DOCTRINARIO

Elementos conceptuales

Bien Jurídico

Antijuridicidad.

CAPITULO VI

Política Criminal

Sobre el concepto de criminalidad y Política Criminal

Función social del derecho penal.

CAPITULO VII

CONCLUSIONES

REFERENCIAS

CAPITULO I

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la normatividad vigente, en lo relacionado con el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000 y más precisamente con los delitos de bagatela, que es lo que nos motiva para el presente trabajo de investigación, se pretende realizar un análisis normativo de las antiguas y actuales leyes que contemplan o regularon este tipo de delitos denominado de Bagatela en el Estado Colombiano, cabe resaltar, que el actual Código Penal no tiene definido este delito denominado “de Bagatela”, como existen en otros países del Continente, para no ir tan lejos en Perú, los cuales se encuentra tipificado e inmerso en la normas internas penales, pero en cambio en nuestro País, las leyes internas a partir del Código Penal, el legislador realizó un acercamiento desde el artículo 9, con la definición de conducta punible con los tres componentes, típica, antijurídica y culpable, es decir, desde estos conceptos se derivan y describen las conductas que se encuentran inmersos en sanción penal en el territorio nacional, igualmente con el artículo 19, título III capítulo único define la conducta punible, en dos aspectos que son fundamentales como son las contravenciones y delitos, abriendo la discusión sobre los llamados delitos de bagatela frente a estos dos parámetros jurídicos en el aspecto penal previamente enunciados.

No obstante, la Jurisprudencia Colombiana, es un soporte esencial, porque a través de estas dos Corporaciones tan importantes como son la Corte Suprema de Justicia, que es la instancia judicial más alta de la jurisdicción ordinaria y la Corte Constitucional encargada de velar por la supremacía de la constitución, en concomitante con los fallos de las sentencias judiciales, se ha desarrollado jurisprudencia en lo relacionado con el Delito de Bagatela, siendo revisadas y analizadas para efectos del presente trabajo investigativo, tratando de identificar la tendencias de estas Corporaciones frente a este tipo de delitos y más aún en los

escenarios y situaciones reales que afectan cotidianamente a los residentes del Estado Colombiano, como en las avenidas, calles, supermercados, parques, entre otros, lo cual, los operadores judiciales de manera en particular y concreto lo analizaran de acuerdo a la normatividad vigente, como lo demanda y exige el derecho penal.

Por tal motivo, para el desarrollo de este trabajo de investigación, se realizó una búsqueda bibliográfica desde la Doctrina, la Dogmática Penal, la Política Criminal, el nuevo proyecto de ley que cursa en el Congreso, para contextualizar el concepto de Bagatela, el origen, la clasificación de la infracción del delito de bagatela, el concepto de las contravenciones penales, de delito, la búsqueda de información pertinente que faciliten un desarrollo óptimo al objetivo de la investigación, relacionados con temas como la antijuridicidad material que es lo que nos atañe para este estudio, igualmente el concepto de bien jurídico tutelado y principio de lesividad.

En concordancia, la presente investigación, tiene como objetivo, realizar un análisis jurídico riguroso, que permita a los futuros especialistas de Derecho Penal y Criminología, realizar un estudio actual de la responsabilidad penal en Colombia frente a los delitos que afectan mínimamente el bien jurídico de las personas, denominado Delito de Bagatela, a la luz de los diferentes preceptos legales, desde las normas que están derogadas como la Ley 228 de 1995, Ley 1153 de 2007, las sentencias hitos de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, que han marcado la diferencia, los grandes Doctrinantes en el tema, la Política Criminal, el futuro proyecto de ley que está cursando en el Congreso Colombiano, para que permita generar insumos relevantes y tener una postura frente a la intensión de la presente investigación, como es la de identificar la responsabilidad penal en los delitos que afectan mínimamente el bien jurídico, desde las tendencias de las

Cortes, garantizando siempre el respeto a los derechos fundamentales, y una parte que es esencial, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad por parte del fiscal, el juez o el titular judicial de turno, llegando a determinar esta responsabilidad penal y el impacto en los delitos que afectan mínimamente el bien jurídico tutelado en Colombia y así de esta forma proponer en los temas de interés nacional, como combatir la impunidad, la seguridad ciudadana, la sana convivencia, entre otros aspectos.

CAPITULO II

Concepto de Bagatela:

El origen del concepto de Bagatela o también llamado insignificante, señala Cresta (s/f) que el Catedrático Claus Roxin enunció este principio en el año 1964, definiéndolo como aquellas conductas que afectan en forma mínima el bien jurídico protegido por el tipo penal, formulado por este mismo autor en el ensayo de 1970, con el principio de insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un comienzo daños de poca importancia, Grisetti (2013). Así mismo Gomes Luis, citado por Guzmán, José, Serano, Alfonso. Bueno, Francisco. Kury, Helmut. Rodriguez, Luis y Zaffaroni Eugenio. (2006), enuncia que en los últimos decenios destaca el trabajo de Roxin en 1964 que postulaba el reconocimiento de la insignificancia como causa de exclusión de la tipicidad penal, cuyo objetivo es la exclusión de la responsabilidad penal de los hechos ofensivos de poca importancia o de ínfima lesividad, son hechos materialmente atípicos, queda excluida la tipicidad material; por la lesión o por la conducta insignificante, el hecho es formalmente típico, pero no lo es materialmente.

De acuerdo al artículo de Gomes Luis, citado por Guzmán, José et al. (2006) publicado en el libro Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal, define el concepto de delito de bagatela como un hecho insignificante, nimio, es decir se refiere a un ataque al bien jurídico tan irrelevante que no requiere intervención penal; sumado a lo anterior, en un estudio realizado por Morales (2007) define el delitos de bagatela, como efectos que no trasciende en la sociedad, como por ejemplo el hurto simple, apropiación ilícita, lesiones leves culposas.

En efecto, este concepto tiene una clasificación expresada por Guzmán, José et al. (2006) la cual consiste en la infracción de bagatela propia y la

infracción de bagatela impropia, la primera definición es el nacimiento de la infracción ya sin relevancia penal, porque no hay desvalor de la acción, no existe peligrosidad de la conducta, además no hay desvalor de resultado, esto se refiere que no se trata de un ataque grave o importante al bien jurídico; como por ejemplo el hurto de una cosa absolutamente nimia, pero es de aclarar, que el autor no debe de quedar impune, el hecho insignificante no constituye un ilícito penal, no obstante es un ilícito, por lo cual debe haber sanción proporcional a la falta, por ejemplo en lo civil para indemnización, en materia laboral despido del empleado si es trabajador, en el aspecto social si es amonestación, entre otros aspectos, pero no está justificada la aplicación del derecho penal.

Por otra parte, la infracción de bagatela impropia, es la que nace con relevancia para el derecho penal, porque hay desvalor de la conducta, así como desvalor de resultado; para ese caso concreto, resulta innecesario la aplicación de una pena (principio de la pena innecesario conjugado con el principio de irrelevancia penal del hecho. (Guzmán, José et al. 2006)

Cabe resaltar, que el principio de insignificancia, aplica en todo los casos para la infracción de bagatela propia, que tiene como efecto excluir la tipicidad penal o tipicidad material, es decir no es necesario investigar el animus del agente, sus antecedentes, su vida anterior, etc., aquí el hecho es atípico y no interviene el derecho penal; está vinculado a la teoría del delito, es causa de exclusión de la tipicidad material del hecho, bien porque la conducta no es jurídicamente desaprobada o bien porque se da el desvalor de resultado, pero por otro lado para la infracción de bagatela impropia corresponde el principio de irrelevancia penal del hecho y está ligado al principio de la pena innecesaria; está ligado a la teoría de la pena, es una causa excluyente del concreto castigo del hecho, es decir causa exclusión de la pena, en razón de la innecesaridad en ese caso concreto. Este principio, denominado, irrelevancia penal del hecho y perdón judicial, cuando el juez reconoce este principio, no concede un perdón judicial extralegal, por el contrario de acuerdo a la normatividad brasileña, lo contempla en el artículo 59 de

código penal, el juez reconoce la dispensa de la pena, estableciendo que el juez solo aplica una pena cuando sea necesaria para reprobación y prevención del delito, viéndose esto desde la legislación Brasileira. (Guzmán, José et al. 2006)

El desvalor de resultado, desvalor de la acción y desvalor de la culpabilidad, de acuerdo a la jurisprudencia Brasileira, Guzmán, José et al. (2006) Es el principio de insignificancia que cuenta únicamente con el desvalor de resultado o el desvalor de la acción, es decir, es suficiente para la atipicidad del hecho, que el grado de la lesión al bien jurídico, o del peligro sea ínfimo, o bien que la conducta del agente no haya tenido relevancia “penal” (seria) para la producción del resultado.

Por otra parte cuando se trata de un acto intolerable o de una conducta significativa o relevante, el hecho es típico, por lo tanto es teoría punible, existe, sin embargo otra corriente jurisprudencial, más recurrente, la cual consiste en el reconocimiento de una infracción de bagatela, que no solo es el desvalor de resultado o de la acción, sino que se tiene en cuenta otras condiciones, a saber, el hecho será penalmente irrelevante cuando sean insignificantes acumulativamente, no solo el desvalor de resultado, sino también el desvalor de la acción y el desvalor de la culpabilidad del agente, es decir cuando toda las circunstancias judiciales, culpabilidad, antecedentes, conducta social, personalidad, motivo del delito, consecuencias, etc., sean favorables a tal calificación, (Guzmán, José et al. 2006)

Otro tema que es de interés para el presente trabajo investigativo, es la de identificar el concepto entre contravención penal y delito, según Torres, (2008) el código penal de 1936 dispuso la clasificación de las infracciones penales en “delitos y contravenciones”, el código penal de 1980 clasificó los “hechos punibles” en delitos y contravenciones, actualmente el código penal, Ley 599 de año 2000 habla de “conducta punible”; por otra parte está el Decreto 1355 de 1970 que

habla sobre “contravenciones de policía”, contemplado en el Código Nacional de Policía; que para efectos del presente estudio no es relevante.

Para retomar nuevamente el tema de las Contravenciones Penales, cabe resaltar que ninguno de la normatividad previamente citada lo mencionan, simplemente hablan de la contravención como una especie de “infracción penal”, “hecho punible” o “conducta punible”; es decir que la diferencia entre delito y contravención penal, son ambos fenómenos especies del genero conducta punible, esto implica que los principios rectores de la dogmática penal son aplicables, para ambas especies, en igualdad de condiciones, siendo conocido por autoridades judiciales, con pena privativa de la libertad, aunque en cuantía diferente. (Torres, 2008)

Con relación al contenido del delito y la contravención penal, son iguales, es decir el de tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad, la tipicidad objetiva tiene conducta, verbo, sujeto, objeto, resultado e ingredientes del tipo, y subjetiva, dolo, culpa y preterintencional, la antijuridicidad formal, que es el choque de la conducta con la norma y la parte material que es la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente tutelado y por último la culpabilidad como juicio de reproche, fundada en la imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta; Estas características del delito y la contravención penal han dado origen a un principio medular del derecho penal, denominado principio de culpabilidad, en donde queda proscrita la responsabilidad objetiva, artículo 12 del código penal, “solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad, queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”. (Torres, 2008).

Si bien, en el artículo de Torres (2008) enuncia que la contravención penal no presenta rasgos comunes con el delito, se castigaba porque daban paso rápidamente al delito, así de esta forma era la antesala para el delito, llamándose miniatura de delito o delito menor, por tener los mismos elementos estructurales

de la conducta punible, por lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos penalmente tutelados, y por aplicarse la misma dogmática penal a dirimir un conflicto con base en una contravención penal. Para no ir tan lejos en Colombia con la Ley de pequeñas causas, Ley 1153 de 2007 tipificó como contravención penales, contravenciones contra la integridad personal, lesiones personales dolosas, lesiones personales culposas, omisión de socorro, contravenciones contra el patrimonio económico, cuando no supere la cuantía de 10 SMLMV, hurto, hurto calificado, hurto agravado, hurto atenuado, etc., son contravenciones las conductas señaladas en el capítulo noveno del título III del código penal vigente.

En concordancia, este concepto de delito, y más precisamente del denominado de bagatela, será abordado a continuación desde la normatividad colombiana, la jurisprudencia, la doctrina y la dogmática penal e igualmente se citaran algunos países que lo contemplan en la normatividad interna de cada país, para los efectos del presente trabajo, España y Perú.

CAPITULO III

ANÁLISIS NORMATIVO

Para efectos del presente trabajo, es importante mencionar al Doctor Juan Fernández Carrasquilla de nacionalidad Colombiano, uno de los más influyentes en la rama penal en el País, destacándose en el desempeño de altas dignidades profesionales entre ellos, Juez de Menores, Fiscal del Concejo de Estado, Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, prestigioso académico, para este autor, Carrasquilla (2014), manifiesta que no existe clasificación alemana de los delitos en “graves” y “menos graves”, sino por el contrario, para el autor es de lo que disponga el derecho positivo de cada país, y hay hechos que históricamente varían de una legislación a otra en el orden interno, es decir en este aspecto es una decisión político criminal del legislador que no es sin embargo arbitraria, si no que esta situación tiene componentes en apreciaciones cuantitativas esencialmente culturales, por ejemplo para el tema que atañe, de acuerdo a los reporte de la Policía Nacional de Colombia en la Revista de Criminalidad “Volumen 55 Numero 3 de fecha septiembre – diciembre 2013 reporta una cifra de 21.530 casos, incremento del 40 % más en comparación del año anterior con 15.365 casos reportados, denominado hurto a entidades comerciales” (Cardenas, 2013), se puede evidenciar de acuerdo a la estadística que existe una tendencia creciente hacia tipos de conductas delictivas asociadas con delitos de bagatela, siendo cometidos en su mayor proporción por sujetos y no a través de organizaciones delictivas estructuradas para tal fin, cabe resaltar que, Morales & Villegas (2007) en su trabajo de grado denominado El Principio de Oportunidad y su aplicación a los delitos de bagatela, definen estos delitos que no trascienden e impactan a una sociedad, o comunidad, como el hurto simple, apropiación ilícita, lesiones leves o culposas, etc., a pesar de todo, Colombia ha intentado diseñar normas para combatir los delitos menores, como la Ley 228 de 1995, Ley 1153 de 2007, siendo actualmente derogadas.

A continuación, se enunciarán las normas relevantes para este tema, no sin ello dejar claro que el artículo 4 de la Carta Magna, expresa que la Constitución es norma de normas, es decir la supremacía normativa de la Constitución.

Constitución Política de Colombia

En Colombia, a partir de la Constitución Política del años 1991, se definió como un Estado Social de Derecho, fundada en el respeto de la Dignidad Humana, artículo 1, además, de acuerdo a lo que expresa Carrasquilla (2014) este derecho positivo tiene un fin, en el actuar diario del hombre tiene actividad racional, determinado en el artículo 2 inciso 2, que es la de tutelar o proteger los bienes jurídico de las personas y hacer que estas y el Estado cumplan sus deberes sociales; esta protección de los bienes jurídicos de las personas es un factor esencial y principalísimo del ejercicio de los poderes del Estado, como se enuncia en la Sentencia T – 439 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, acción de tutela contra las minorías políticas. Igualmente, este articulado Constitucional adquiere un mayor énfasis en el derecho penal por tratarse de la protección contra los instrumentos coactivos más extremos y severos.

Esta Constitución Política, señala “*Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes y respetar y obedecer a las autoridades*”, artículo 4, inciso 2, Sentencia C – 590 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño, que declaró inexecutable la expresión “*ni acción*” que hace parte del artículo 185 de la ley 906 de 2004, por lo cual en concordancia de lo anterior, se debe dar estricto cumplimiento a lo fallado por esta Corporación.

Sumado a lo anterior, en el artículo 29 establece un principio fundamental del sistema de derecho penal que “*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa*” Sentencia C – 1260 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas, Renuncia del imputado a la etapa del juicio no violación al

debido proceso/renuncia del imputado a la etapa del juicio-control de legalidad; En consecuencia de lo anterior, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la ONU en 1948, dispone “*Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional*” además el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ONU 1966, suscrito por Colombia en 1966 y aprobado por ley 74 de 1968 expresa en el artículo 15 “*Nadie será condenado por actos u omisión que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional*”; Carrasquilla (2014), es de acotar que en el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, artículo 6, Legalidad, está contemplado.

Por tal motivo, es importante manifestar la integración de las disposiciones internacionales en el ordenamiento interno Colombiano con carácter prevalente como bloque de constitucionalidad de acuerdo al Artículo 93, en conjunto con el Artículo 214 (inciso 2) de la Carta, con relación a las disposiciones de derecho internacional que tratan sobre derechos fundamentales, sentencia C – 931 de 2005 Control de Constitucionalidad de tratado internacional y Ley aprobatoria, M. P. Dr. Manuel José Cepeda.

Finalmente, la Constitución de 1991 dedica los artículos 234 a 251 correspondientes al título VII a la reglamentación de la Rama Judicial. En el apartado se abordaron tres grandes temas que son los principios generales , jurisdicción y organización del consejo superior de judicatura, define la justicia como una función pública cuyas decisiones son independientes; y que sus actuaciones son de ánimo público y permanente, con los correspondientes términos procesables que establezca la ley; y que en ellas debe prevalecer el derecho sustancial; garantizando para que cualquier persona tenga acceso a la administración imparcial de justicia, cuyo desempeño debe ser desconcentrado y autónomo, sentencia C – 561 de 1996, M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, Distribución legal de competencias, libertad de configuración, principio de

especialidad funcional, juzgamiento de funcionarios, Corte Suprema de Justicia Sala Penal, juzgamiento de funcionarios.

Código Penal Colombiano

Es importante retomar el Código Penal, según el Doctor Carrasquilla (2014) en su libro Concepto y Limites del Derecho Penal, hace mención de la clasificación alemana de los delitos “graves” y “menos graves”, actualmente el Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000 no realiza esta distinción, en el Título III Capítulo único de la Conducta Punible, artículo 19 Delitos y Contravenciones, hace la división entre estos dos tipos de conductas penales, por tal motivo, donde se podría manifestar que es un delito menor o menos grave como lo señala el Doctor Carrasquilla no es posible en nuestra legislación, y que además según los datos estadísticos de la Policía Nacional en la Revista está en aumento el tipo de delitos penales como el Hurto Simple, definido en el artículo 239:

“Hurto, el que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses. La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Además, en el mismo Código, artículo 240, Hurto calificado y el Artículo 241, las circunstancias de agravación punitiva, del delito por situación de tiempo, modo y lugar del delito no permite tener en cuenta esta literal de la norma para aumentar la pena del infractor.

Empero, es fundamental definir que estos delitos, como lo definía Morales & Villegas (2007) generan poco impacto en la sociedad, pero su magnitud es alta de acuerdo a los reportes de la Policía Nacional.

Ley 228 de 1995

Quizás los legisladores en el año 1995, con la Ley 228 DE 1995, "Por la cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones" fue publicado en el diario No. 42161 de 22 de diciembre de 1995 del cual contenía 42 artículos, 3 Capítulos, fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional, a continuación se citaran algunos de las sentencias emanadas por esta Corporación, el primero eran los Principios Rectores, algunos artículos declarados inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-626 de 1996, artículo 5 Subrogado penal declarado Inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-430 de 1996, capítulo II parte especial, artículo 7 declarado Inexecutable Sentencia C-430 de 1996 Corte Constitucional; Posesión injustificada de instrumentos para atentar contra la propiedad, artículo 9 declarado Inexecutable Sentencia C-626 de 1996 Corte Constitucional, Ofrecimiento o enajenación de bienes de procedencia no justificada, Artículo 10 declarado Inexecutable Sentencia C – 364 de 1996 Corte Constitucional, hurto calificado, artículo 11 declarado Inexecutable Sentencia C - 364 de 1996 Corte Constitucional, hurto agravado, capítulo III Procedimiento, artículo 16 competencia, declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-364 de 1996, artículo 27 desistimiento del sujeto pasivo..., declarado Inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 301 de 1999, artículo 28 Extinción de la acción por reparación. Fueron declarados Inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-746 de 1998, artículo 32 conexidad de hechos punibles, declarado Inexecutable Sentencia C – 357 de 1999, artículo 37 Concurrencia de disminuciones, declarado Inexecutable C – 1112 de 2000.

Cabe resaltar que mediante sentencia C – 763 de 2002, M. P. Jaime Araujo Rentería, el ciudadano Ricardo Núñez demandó el artículo transitorio contenido en las disposiciones finales de la Ley 600 de 2000, Código de Procedimiento Penal, porque el demandante consideraba *“que era un giro a la estructura del proceso y de la sanción, frente al cual ha de responder el acriminado (sic) en los casos de la*

ley 228 de 1995” , el artículo transitorio en Disposiciones Finales, decía que *“Los jueces penales municipales continuarán conociendo de los procesos iniciados antes de la vigencia de esta ley por las conductas consideradas como contravenciones por la Ley 228 de 1995 y aplicarán el trámite allí previsto”*.

A partir de lo anterior, La ley 228 queda prácticamente derogada con la expedición de la ley 600 puesto que en uno de sus artículos transitorios se establece que los jueces penales municipales continuarían conociendo de las contravenciones consagradas en la ley 228 pero siguiendo el procedimiento previsto en la ley 600. Además, con base en el nuevo estatuto penal, varias de las conductas que eran consideradas contravenciones en la ley 228 pasaron a convertirse en delitos.

Finalmente la Ley 745 de 2002 tipificó como contravenciones el consumo y porte de dosis personal de estupefacientes o sustancias que produzcan dependencia indicando que el trámite a seguir para estas conductas sería el de la ley 228 de 1995, pero mediante sentencia C – 101 de 2004, declarando inconstitucional partes de la Ley 745 de 2002 que remitía al procedimiento de la Ley 228 de 1995, quedando sin procedimiento alguno las contravenciones, porque era indeterminado, incompleto, vulnerando el artículo 29 de la Carta Magna.

Ley 1153 de 2007

Para el año 2007, se publica en el Diario Oficial No. 46706 del 31 de julio la Ley 1153 de 2007 “Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”, el cual contenía 60 artículos, 3 Títulos, 13 Capítulos, para el segundo capítulo se define como de las consecuencias jurídicas de la conducta contravencional, capítulo III de la responsabilidad civil derivada de la conducta punible, Título 2 (de las contravenciones), Capítulo primero contravenciones contra la integridad personal, capítulo II contravenciones contra el patrimonio económico, capítulo V de las contravenciones contra la salud

pública, capítulo V otras conductas contravenciones, Título III Procedimiento, capítulo II procedimiento ordinario, capítulo III procedimiento en caso de flagrancia, capítulo IV del arresto preventivo, capítulo V de la conciliación, capítulo VI de las disposiciones finales. Recuperado el día 23 de agosto de 2015 en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5243>

Las pequeñas causas en esta ley fueron llamadas formalmente contravenciones penales, la finalidad de esta Ley, fue la necesidad de tomar medidas para controlar la significativa entrada de delitos menores al sistema penal acusatorio, que impide concentrar esfuerzos en la lucha contra la gran criminalidad, omitiendo un análisis más complejo y sistemático de las pequeñas causas, lo que ocasiono que la reforma se quedara corta, desaprovechando la oportunidad para impactar positivamente en la administración de justicia, desde el punto de vista material continúan teniendo todos los elementos de un delito, desde su descripción típica, pasando por el régimen de responsabilidad, hasta llegar a la pena misma, que puede ser privativa de la libertad, de tal manera que solo el nombre, no la sustancia permitiría diferenciar las "pequeñas causas penales" de los delitos. Es cierto que el legislador estimó que dichas pequeñas causas tenían menor grado de lesividad, pero esa apreciación no se tradujo en su despenalización ni en su sometimiento a un régimen distinto al delictual en cuanto a su descripción, responsabilidad y pena, que en su resuelve expresa, declarar Inexequible la Ley 1153 de 2007, *"Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal"* mediante Sentencia C – 879 de 2008.

Las conductas tipificadas como contravenciones son:

- Conductas que atentan contra la integridad personal. Contravención era lesiones personales dolosas y culposas sin secuelas con incapacidad inferior a menos de 30 días, omisión de socorro.

- Conductas que atentan contra el patrimonio económico, cuando la cuantía no supere los 10 SMLMV. La contravención era hurto simple, hurto calificado, hurto agravado, hurto atenuado, estafa, emisión y transferencia ilegal de cheque, abuso de confianza, abuso de confianza calificado, aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, alzamiento de bienes, daño en bien ajeno, defraudación de fluido.
- Contravenciones contra la salud pública. La contravención era el consumo de sustancias en presencia de menores, consumo de sustancias dentro de la cantidad considerada como dosis personal, en establecimiento educativo, lugares aledaños de a domicilio de menores.
- Otra conductas contravencionales, conductas del capítulo 9, título III del Código Penal, delitos contra el sentimiento religioso y respeto a los difuntos.

Finamente, en la actualidad no existe en Colombia una ley específica para este tipo de delitos denominados de bagatela.

Normatividad Internacional en Delitos de Bagatela.

En otros países se contemplan en la normatividad interna penal los delitos de bagatela, a continuación se nombraran dos países:

De acuerdo a Pérez, Vallejo, Martínez, & Perrino (2015) en España, en la parte general del Código Penal, derogan el libro III (Faltas y sus penas) generando una nueva categoría denominada “Delito Leve” mediante la Ley Orgánica de reforma del mismo Código modificando el aprobado por la Ley Orgánica 10 de 1995 de 23 de noviembre, desapareciendo el libro III correspondiente a las faltas; además expresan que estos juicios por asuntos de pequeña delincuencia o criminalidad causan un verdadero trastorno, tanto en los juzgados de instrucción, que tienen que dedicar máximos esfuerzos en las audiencias provinciales, dedicando tiempo en los recursos de apelación contra las

sentencias en mencionados juicios, por tal motivo los comportamientos que pasan a ser delitos leves, que están tipificados en el código penal, son los referidos a:

- Homicidio por imprudencia menos grave. Multa de 3 a 18 meses.
- Delitos de lesiones de escasa gravedad, no aplicable en supuestos de víctimas vulnerables. Multa de 1 a 3 meses.
- Maltrato de obra, no aplicable en supuestos de víctimas vulnerables, multa de 1 a 2 meses
- Lesión grave por imprudencia menos grave. Multa de 3 a 12 meses.
- Amenazas leve, multa de 1 a 3 meses.
- Amenaza leve en violencia doméstica y de género, localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a treinta días, multa de 1 a 4 meses.
- Injuria y vejaciones injustas, violencia de género y doméstica, localización permanente de 5 a 30 días, multa de 1 a 4 meses.
- Coacciones leves, multa de 1 a 3 meses.
- Coacciones leves en violencia doméstica y de género, localización permanente de 5 a 30 días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de las comunidades 5 a 30 días, multa de 1 a 4 meses.
- Hurto mes de 400 euros, multa de 1 a 3 meses.
- Hurto de cosa propia menores de 400 euros, multa de 1 a 3 meses.
- Alteración de lindes menos de 400 euros. Multa de 1 a 3 meses.
- Estafa menos de 400 euros, multa de 1 a 3 meses.
- Maltrato de animales, multa de 1 a 6 meses.
- Distribución de sellos o efectos timbrados menos de 400 euros. Multa de 1 a 3 meses.
- Falta de respeto y consideración a la autoridad en el ejercicio de sus funciones, multa de 1 a 3 meses.

No obstante, esta reforma contempla el problema desde el derecho penal material y el derecho procesal penal, partiendo de la base que existen conductas que son típicas, no tienen afectación en la sociedad muy alta que justifique apertura de los procesos y la imposición de una sanción penal, introduce un criterio de oportunidad facilitando a los jueces, a petición del Ministerio del Fiscal, valorar el bajo impacto y la falta de interés público, optimizando el sistema procesal, liberando los órganos jurisdiccionales de cargas procesales innecesarias, con base a la nueva reforma penal Española, Ley Orgánica. (Pérez, Vallejo, Martínez, & Perrino 2015).

Por otra parte, en la República de Perú, mediante Proyecto de Ley No. 748/2011-CR de fecha 12/01/2012, Proyecto de Ley que restringe la aplicación del principio de oportunidad y del acuerdo reparatorio, en la fórmula legal, artículo 1, objeto de la ley, que manifiesta, la presente Ley modifica el artículo 2, Decreto Legislativo No. 638, Código Procesal Penal y el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 957, Nuevo Código Procesal Penal, con el fin de restringir la aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio, Artículo 2, modificación del artículo 2, Decreto Legislativo No. 638, Código Procesal Penal, expresa:

“El Ministerio Público, con consentimiento expreso del imputado, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos, en el numeral dos dice cuando se tratare de delitos que por su insignificancia o poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, salvo cuando la pena mínima supere los dos años de pena privativa de libertad se hubiere cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.”

Por lo anterior, en la legislación de la República de Perú, está contemplado estos delitos de bagatela, denominados delitos de poca insignificancia que tienen

condena máximo por dos años, interesante la postura frente a este fenómeno social. Proyecto de Ley No. 748/2011 – CR.

En relación a la legislación Colombiana y comparando las leyes previamente citadas con los países como España denominándolo como delito leve y en Perú llamado como delitos que no superen la cuantía de dos años, es importante rescatar que para estos casos aplica una legislación y proceso penal diferente al momento del juicio, por tener la connotación de delitos de poca monta o de bagatela.

Es importante señalar, por otra parte, El principio de oportunidad en la legislación comparada, referenciado en la sentencia C-095 DE 2007, dicho estudio plasmado en la Sentencia, extrae la ley de varios países, además concluye que pueden distinguirse algunos criterios o causales de aplicación del mencionado principio, muchos de los cuales han sido adoptados en la mayoría de los países referenciados. Entre estas causales menciona los que han adoptado, tales como:

Criterio o causal	Países que la adoptan
1. Criterio de insignificancia del hecho y ausencia del interés del Estado en ejercer la acción penal:	Chile, Venezuela, Uruguay, Costa Rica, Alemania y Perú (siempre que el delito no haya sido cometido por un servidor público).
2. Daño grave sufrido por el sujeto activo en los delitos culposos.	Venezuela, Uruguay, Perú y Costa Rica.
3. Cuando el interés en la persecución penal puede ser	Chile, Alemania.

satisfecho de otro modo, o cuando existan acuerdos entre la víctima y el imputado para reparación.	
4. Tiempo transcurrido desde la ocurrencia del hecho, si no va a resultar pena penitenciaria.	Uruguay.
5. Colaboración con la justicia, siempre que se evite un delito mayor que el que se imputa.	Costa Rica.
6. Se ha impuesto otra pena, y aquella de la cual se prescinde carece de importancia frente a ésta.	Costa Rica.
7. Cuando existan intereses estatales prioritarios.	Alemania.
8. Cuando el ofendido puede llevar adelante por sí mismo la persecución penal.	Alemania.

Fuente: Sentencia C-095 DE 2007.

La anterior revisión muestra cómo en los países analizados los criterios para la aplicación del principio de oportunidad son restringidos y las causales pocas. El país que más causales consagra (Alemania), aplica cuatro. En Colombia, por contraste, existen diecisiete causales.

Proyecto de Ley Radicado por Ministerio de Justicia – 2015

El señor Ministro de Justicia, Dr. Yesid Reyes Alvarado, radicó el día 11 de agosto de 2015 un Proyecto de Ley de Justicia rápida para delitos menores, creación de un nuevo tipo penal contravencional en el Código Penal, ante la Secretaria del Senado cuyo objetivo es reducir en menos de seis meses, la solución en los procedimientos penales para delitos como hurto de celulares, lesiones personales, la injuria, la calumnia, el abuso de confianza, la estafa por cuantías inferiores a 150 SMLMV. Esta normatividad clasifica como de menor lesividad social y pretender acordar en la mitad de tiempo los procesos judiciales que se surten para juzgar a los responsables de estas conductas, sumado a lo anterior, esta iniciativa contempla que los afectados por delitos menores puedan tomar parte activa en el proceso (investigando y acusando) a través del abogado; el proceso para este tipo de delitos menores consiste en reducir de 5 audiencias que hay actualmente, imputación, acusación, preparatoria, juicio oral y lectura del fallo a únicamente dos, audiencia concentrada la cual consiste en descubrir y solicitar las pruebas y un juicio oral la cual se adelantaría la práctica de pruebas y se decidiría sobre la culpabilidad o inocencia del procesado.

Se consideran delitos menores, los que requieran de querrela, de acuerdo al código penal, artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, algunos son:

- Lesiones personales sin secuelas que produjeran incapacidad para trabajar o enfermedad sin exceder de sesenta, con deformidad física transitoria o con perturbación funcional transitoria.
- Injuria y calumnia.
- Hurto simple cuya cuantía no exceda de 150 SMLMV.
- Estafa cuya cuantía no exceda de 150 SMLMV
- Daño en bien ajeno.
- Inasistencia alimentaria.

Es de mencionar, que esta iniciativa también contempla la figura de acusador privado, por solicitud de la víctima y en caso de delitos menores.

Finalmente, este Proyecto de Ley busca modificar el artículo 216 del Código de Procedimiento Penal, con el fin de reducir el termino para presentar acusación tras la comunicación oral de los cargos en audiencia de imposición de una medida de aseguramiento, el cual pasaría de 60 a 30 días, igualmente derogaría los artículos 189, 190, 191 del capítulo Sexto del Título III del libro Segundo de la ley 599 de 2000.

Quizás, mediante este nuevo código, se pretenda realizar un abordaje más práctico, desde la parte procedimental, siendo expedita para este tipo de delitos menores, tipificándolos en la normatividad interna, como se contempla en España y además como se realizó antiguamente en Colombia a través de la Ley 1153 de 2007, por tal motivo, es posible que desde una representación de la teoría de la pena, como lo expresa Guzmán, José et al. (2006) y amparado con el concepto de la infracción de bagatela impropia, entendida esta como la que nace para relevancia en el derecho penal porque existe desvalor de la conducta y también desvalor de resultado, amparado y sustentado en la teoría de la pena, argumentando la tipicidad del delito en este nuevo código, regulando la parte procesal y sustancial, podría traer unos buenos resultados en la administración de la justicia, porque el juez de manera expedita y bajo su posición hermenéutica del caso factico en concreto podría establecer una teoría de la pena como elemento sustancial al momento de imponerla.

CAPITULO IV

DEBATE JURISPRUDENCIAL

Sentencias Corte Constitucional

Así mismo, el Estado Colombiano ha desarrollado esfuerzos para reglamentar desde la Jurisprudencia los delitos menores, o de bagatela, es preciso indicar, antes de analizar las diferentes sentencias que ha emanado tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia, que la aplicación del Derecho Penal viene ajustándose en un sentido estricto sobre la base de los derechos fundamentales y es precisamente en este escenario donde la jurisprudencia cobra un valor importante frente a la realidad de la sociedad colombiana.

En algún sitio de la Web y bajo la siguiente dirección recuperado el día 04-09-2015, (Maneiro) encontré un fragmento de una decisión judicial en Argentina y que considero no fallo en derecho, pero que dio valor a un principio esencial del derecho penal y es el principio de lo justo.

El texto dice a renglón seguido:

” Eugenio Raúl Zaffaroni, quien fue el juez de la primera instancia, entendió que la conducta del chofer no configuraba la tipicidad de la privación ilegal de la libertad como pretendía el señor fiscal. Enseñó que “si bien el sentido común indica que omitir permitir el descenso de los pasajeros por una o dos paradas no es un delito de secuestro, la cuestión no es tan simple en el plano jurídico”, indicando que el problema a tratar es el de los llamados delitos de bagatela.

En su fallo, explicó que los tipos exigen afectaciones de bienes jurídicos, y que las penas reflejan el desvalor jurídico de la conducta típica, por lo cual, deben guardar una proporción con la magnitud de la afectación al bien. Si la afectación es muy ínfima se quiebra la proporcionalidad revelando con ello que el tipo no ha querido abarcar dicha conducta de afectación insignificante. Interpretó que en caso contrario, se lesionaría la disposición constitucional que prohíbe la aplicación de penas crueles –artículo 18 de la Constitución Nacional- por ser dicha pena irracional, pena no adecuada a la magnitud del injusto.

El otro fundamento que utilizó para aplicar el principio de insignificancia se relacionó con el principio republicano de gobierno. Este principio impone que los actos de gobierno deben ser racionales, por lo cual, obliga a que los actos del poder judicial entiendan a los tipos penales en forma tal que no abarquen conductas que aunque a la letra textual entre en su descripción, no presenten un mínimo racionalmente exigible de entidad de peligro o lesión.”

El presente análisis de las sentencias de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia sobre delitos de bagatela en Colombia, abordará el problema jurídico y la decisión que las dos altas corporaciones han adoptado frente a la problemática que rodea los hechos en los cuales la conducta desplegada por un ciudadano no logra lesionar, o al menos lo hace de manera leve, un bien jurídico tutelado, pero que también podemos encontrar en otras sentencias como un delito de bagatela deja de serlo porque el bien jurídico lesionado levemente tiene como titular a una mujer o a un menor de edad o como lo veremos más adelante, en delitos que se relacionan con la Administración Pública.

A continuación enuncio las siguientes sentencias para ser analizadas y pretendemos dar cuenta desde la ponderación que el legislador otorga a los

delitos que se consideran de bagatela, para poder concluir con una posible línea jurisprudencial para cada alta Corte.

Se Inicia el presente debate jurisprudencial con dos sentencias de la Corte Constitucional y cuatro sentencias de la Corte Suprema de Justicia, donde nos ocuparemos en ver las generalidades de cada una de las sentencias, las consideraciones de la Corte y finalmente que se puede concluir.

La sentencia C-988 del año 2006, atiende la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”, Magistrado ponente Doctor Álvaro Tafur Galvis, Actor, Jorge Fernando Perdomo Torres y otros.

Los actores esgrimen en sus fundamentos que el precitado artículo 324 en su numeral 10, sobre el Principio de Oportunidad, desconoce el principio de Moralidad de que trata el artículo 209 y consecuentemente con los artículos 1 y 2 de la Constitución Política, o anterior en tratándose de los delitos que atentan contra el bien jurídico de la Administración Pública y Recta Impartición de Justicia de que trata el título XV del Código Penal, Ley 599 de 2000.

Todo lo anterior tiene mucho que ver con el tema que nos ocupa, delitos de bagatela, porque es precisamente el artículo 324 en su numeral 10 donde refiere lo siguiente.

“ARTÍCULO 324. CAUSALES. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria.

De lo antes referido se puede apreciar que el legislador en los delitos Contra la Administración Pública y su afectación del bien jurídico funcional, si este resultare levemente afectado (delito de bagatela), y que medie infracción al deber funcional a través de sanción disciplinaria, eventualmente se podría aplicar el Principio de Oportunidad, siendo esto el centro del debate jurídico propuesto por los actores en la presente demanda de inconstitucionalidad.

Como interviniente, es importante traer a colación lo argumentado por el Fiscal General de la Nación frente a la presente controversia, el fundamento que acompaña lo dicho por el Fiscal General no se aparta de los preceptos de celeridad y eficacia en términos de política criminal frente a la esencia que implícitamente contiene el principio de oportunidad para efectos de descongestión y economía procesal, pero no da respuesta a discusión jurídica sobre la presunta violación del principio de Moralidad.

Cabe señalar que en materia penal el legislador cuenta con la facultad de valorar los hechos y todos los Elementos Materiales Probatorios para decidir, esto claro está en términos de racionalidad y proporcionalidad, por tal motivo no estaría bajo tales raceros el juez que penalice conductas que no son significativas en la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente tutelado.

Pero adicionalmente, la antijuridicidad material en el derecho penal no valora o prevé como punible una conducta que no lesione o ponga en peligro un interés

jurídicamente tutelado.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencia hito C-647 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4º, a trazado una línea respecto de la intervención del Derecho Penal en hechos que no sean de su resorte y que bajo la lupa de la razonabilidad y proporcionalidad no exigen a la última ratio como reivindicador de derechos o garantías de las víctimas, por lo ya tantas veces mencionado, es necesario referir que lo expuesto en las consideraciones por la alta corporación sobre el particular y que se encuentra plasmado entre los folios 21 al 25 de la Sentencia C-988 de 2006, y no es otra cosa que el campo de acción del Derecho Penal y adicionalmente todas aquellas disposiciones de carácter jurisprudencial sobre el tema como es: La Sentencia C-226 de 2002 que despenaliza algunas conductas que se consideraban como delito, la Sentencia C-647 de 2001 que le da al Derecho Penal en un Estado democrático la condición de ultima ratio, similar sentido en la sentencia C-804 de 2003 (Constitucional, Sentencia C-804/2003, 2003) la Corte declaró la constitucionalidad de una norma del artículo 15 de la Ley 733 de 2002 – “por medio de la cual se dictan medidas tendientes a erradicar los delitos de secuestro, terrorismo y extorsión, y se expiden otras disposiciones” -, que derogaba el art. 172 del Código Penal y, en consecuencia, eliminaba la sanción penal para aquellas personas que intervinieran en la celebración de un contrato para asegurar el pago del rescate en el caso de un secuestro. En aquella ocasión la Corte manifestó que el Legislador estaba autorizado para prescindir de la sanción penal para esa conducta, la cual pasaba entonces a ser objeto de sanciones de carácter civil. Así mismo reafirmó su posición acerca de que la sanción penal debía ser la *última ratio*.

De todo lo anterior se desprende que en el Estado de Derecho, a la sanción penal sólo debe llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche penal y siempre y

cuando la pena resulte estrictamente necesaria (Constitucional, Sentencia C-489/2002, 2002).”

Ahora bien, la segunda sentencia objeto de análisis es la C-095 de 2007 en la cual se demanda la constitucionalidad de los numerales 4, 5, 6, 9, 11, 15 y los párrafos 1 (parcial) y 3 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, Magistrado Ponente Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, Actores Carlos Enrique Campillo Parra y Gustavo Gallón Giraldo.

Los argumentos que fundamenta el accionante Gustavo Gallón Giraldo se direccionan a la primacía del principio de Legalidad, derecho a la reparación de las víctimas y una clara y efectiva política criminal apartada de los intereses que pudiere tener el poder ejecutivo de turno. Afirma el demandante que recientemente esta Corporación declaró inexecutable el numeral 16 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 (Constitucional, Sentencia C-673/2005, 2005), que establecía una causal muy general para la aplicación del principio de oportunidad, pues estimó que tal tipo de causales deben ser claras y precisas so pena de desconocer el artículo 250 superior que establece el principio de legalidad y sólo permite aplicar criterios de oportunidad de forma excepcional. Además, la Corte sostuvo en esa ocasión que las causales equívocas y ambiguas hacían imposible el control del juez de garantías, e impedían que los ciudadanos tuvieran certeza acerca de los casos en que el Estado suspendería, interrumpiría o renunciaría al ejercicio de la acción penal.

Al parecer del demandante, esos mismos vicios se presentan en los numerales cuya inconstitucionalidad solicita declarar, los cuales estima contrarios al artículo 2° de la Constitución que impone al Estado un deber de garantía, especialmente en relación con las víctimas, al artículo 13 superior relativo al derecho a la igualdad, al artículo 229 de la Carta sobre derecho de acceso a la Administración de Justicia, y los artículos 228 y 230 *ibídem* relativos a la independencia del poder judicial.

A lo fundamentado por los accionantes así como por los intervinientes en relación con las normas demandadas, es necesario encontrar donde converge el debate jurídico de la presente sentencia y el tema que nos ocupa sobre los delitos de bagatela. Por tal motivo damos paso a lo considerado por la Corte Constitucional sobre el asunto origen de la Litis y el concepto de delito de bagatela desde el artículo 324 de la ley 906 de 2004, pero que bajo la óptica de la alta corporación, según el accionante, las causales de que trata la demanda son tan amplias que permiten un margen de discrecionalidad excesivo en manos del juez y del Fiscal, eventos que permiten una aplicación a las mismas sin criterios objetivos.

Es importante mencionar que el demandante se refiere la mermada significación jurídica y social de una conducta penal, tema que la Corte recoge y desarrolla en las líneas contenidas en las consideraciones respecto de los numerales 4 y 12, que se encuentran en el cuerpo de la sentencia a partir del folio 50 hasta el folio 52.

La Corte estima que una causal de aplicación del principio de oportunidad penal estaría dada en aquellos casos en los cuales opera una modalidad de los llamados “delitos de bagatela”. En estos casos, como en los que aparecen regulados en el numeral 12 del precitado artículo, existe una tensión entre la obligación estatal de perseguir los delitos y la necesidad de racionalizar la utilización del aparato estatal requerido para ello, tensión que se resuelve a favor de la racionalización en el uso de los recursos materiales y personales destinados a la persecución criminal, atendiendo a la poca relevancia que el comportamiento ilícito presenta en el caso concreto. Esta poca relevancia puede provenir de múltiples factores, y en el caso del numeral 11 bajo estudio, el criterio escogido por el legislador ha sido el “*alto grado de deterioro*” que el objeto material de un delito contra el patrimonio económico presenta, respecto de su titular.

Los delitos de bagatela a través de la doctrina se fueron transformando de una conducta que se concluye en un daño leve e insignificante a un bien jurídico tutelado, hasta llegar en la jurisprudencia a discutirse en el escenario de la Ley 906 de 2004 mediante un principio de gran valor para la materialización de la política criminal en Colombia, se trata del principio de oportunidad de que trata el artículo 324 de la Ley 906 de 2004.

Como cierre al análisis adelantado a la sentencia 095 de 2007, es importante citar los dos salvamentos de voto que invocaron tanto el Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto así como el Magistrado Jaime Araujo Rentería, y donde se permiten argumentar la presunta “puerta giratoria” que en temas de interpretación abre el principio de oportunidad y lo incierto del derecho a las víctimas frente a casos donde este principio se conceda a los victimarios. Según el Magistrado Sierra Porto la declaratoria de exequibilidad de la causal núm. 15 de procedencia del principio de oportunidad puede conducir a que, en el futuro, cada fiscal, en el caso concreto, decida si según su leal saber y entender, perseguir un delito, es decir, combatir la impunidad, va a causar hipotéticos “*problemas sociales significativos*”; si además, es posible buscar “*soluciones alternativas a las víctimas*”, sin que quede claro si se trata de reparaciones integrales, en los términos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y en consecuencia, la mejor opción, según el funcionario investigador, sea solicitarle a un juez de control de garantías la aplicación del principio de oportunidad. Tal estado de cosas, conduce a inseguridad jurídica, y en definitiva, a una vulneración del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley penal; tanto más y en cuanto, la norma acusada remite a un concepto extremadamente etéreo como aquel de “*problemas sociales significativos*” en un país caracterizado por contar con numerosos y profundos conflictos que podrían ser calificados como tales.

Para el Magistrado Araujo Rentería la totalidad de las normas y parágrafos acusados adolecen de la claridad y la precisión que se exige por la Constitución Nacional para la aplicación excepcional del principio de oportunidad penal, por lo que convierten en regla general la renuncia, suspensión e interrupción de la acción penal que queda librada a la mera subjetividad del fiscal, sin mayores elementos que permitan un efectivo control del juez de garantías, lo que viola abiertamente el artículo 250 de la Constitución Política, así como los principios de legalidad y los derechos de las víctimas.

Estas dos sentencias analizadas C-988 de 2006 y C-095 de 2007, que centran su debate jurídico en la inconstitucionalidad del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y específicamente en sus numerales, nos permite identificar una línea jurisprudencial frente al tema en discusión.

La Corte en una postura garantista, permite que el derecho penal como ultima ratio fije lineamientos de resolución de conflictos en los casos que requiere criterios de razonabilidad y proporcionalidad por parte del fiscal y del juez, en todo caso filtra los procedimientos penales que involucren derechos fundamentales a controles de legalidad.

Los delitos de bagatela necesariamente serán objeto de filtro a través de mecanismos como el principio de oportunidad, pero más allá de esta reflexión, el gran temor radica en la categorización de conductas que exigen la intervención del derecho penal con todo rigor pero que a través de la óptica subjetiva del fiscal, termine siendo un delito de bagatela.

Sentencias Corte Suprema de Justicia.

La Sentencia de radicado 29183 de fecha 18 de Noviembre de 2008, con ponencia del Magistrado José Leónidas Bustos, trata de una sentencia hito en el campo de la antijuridicidad material y en especial a los casos sobre tráfico y porte de sustancias estupefacientes versus la condición de adicción a dichas sustancias.

A continuación refiero de la sentencia las consideraciones de la Corte en punto al principio de lesividad, dosis personal y antijuridicidad material.

El demandante sostiene que el error del Tribunal estriba en considerar punible la conducta del acusado, a pesar de que se estableció su condición de adicto a la Marihuana y que excedió únicamente en 9 gramos la dosis personal. Es cierto, acota, que el delito que se le atribuye está catalogado como de peligro. No obstante, el artículo 11 del Código Penal establece el principio de lesividad, en virtud del cual son objeto de sanción únicamente los comportamientos que lesionan o ponen efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado por la ley. En torno a este tema se tiene establecido que la antijuridicidad, como elemento estructurante del delito, debe ser entendida en sentido material y no solo desde su perspectiva formal, es decir, como la mera disconformidad de la conducta con el ordenamiento legal. “Esto significa que el derecho penal no existe para sancionar exclusivamente con base en la confrontación que se haga de la acción humana con la norma, sino, más allá, para punir cuando de manera efectiva e injustificada se afecta o somete a peligro un bien jurídicamente tutelado.

Así lo ha expuesto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo en la sentencia de casación del 21 de abril del 2004 (radicado 19.930), en la cual afirmó: para que un comportamiento típico pueda considerarse base o fundamento del delito es indispensable que de modo efectivo

lesione o al menos ponga en peligro un bien jurídico tutelado por la ley; con tal sentido el principio de lesividad, acuñado por la doctrina jurídico penal, aparece recogido en la legislación penal como uno de los elementos esenciales del delito (artículo 11 del código penal).”

De lo anterior, como también lo ha dicho la Sala, “se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiéndose por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal.

Sobre estos postulados, la Corte ha establecido que ante la insignificancia de la agresión, o la levedad suma del resultado, “es inútil o innecesaria la presencia de la actividad penal, como tal es el caso de los llamados delito de resultado de bagatela.”

Por esa razón, el análisis de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, referidos a la posesión de pequeñas cantidades de estupefacientes (o cualquier otra droga restringida: sicotrópica, alucinógena, sintética, etc.), debe hacerse desde la perspectiva de la dosis personal, esto es, estableciendo si el agente tiene la sustancia para su propio consumo, o si la situación en que se encuentra involucra o insinúa el tráfico de drogas.

En este punto, precisamente, se afincó la diferencia que condujo a la Corte Constitucional a la despenalización de la dosis personal, porque debía distinguirse entre el porte, conservación o consumo de sustancias estupefacientes en la cantidad que correspondía a ese concepto, y el narcotráfico como ejercicio ilícito alentado por el afán de lucro, de manera que los efectos del fallo (C-221-94) no comprendía esta actividad.

En conclusión, si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado no afectó los ajenos, entonces no alteró efectivamente ningún bien jurídico, de manera que el comportamiento que se le atribuye carece de antijuridicidad material y, en consecuencia, no puede ser sancionado porque no alcanza la categoría de una conducta punible.

Es interesante revisar la sentencia de radicado 38103 del 30 de Abril de 2013 porque tratándose de unas lesiones personales que el procesado le causa a su hermana y las cuales producen una incapacidad no superior a cinco días, el juez en primera y segunda instancia considera como insignificante o imperceptible el daño causado a la víctima, al punto de poder considerarse como un delito de bagatela, pero que cobra gran valor frente a la revisión que hace la Corte, ya que valora en contexto la situación fáctica y su decisión va más allá de lo establecido por la ley. Esta sentencia presenta una decisión que utiliza al derecho penal para dar una lección ejemplar a la conducta desplegada por el procesado Rodríguez Castillo.

Tal ejercicio hecho por la Corte permite dar un valor distinto a los delitos que aparentemente lesionan o causan un daño ínfimo al bien jurídico tutelado, porque no podría considerarse o más bien, por ejemplo, no se podría medir el daño causado en un vehículo de lata gama de un ciudadano que puede cambiar al día

siguiente el vehículo a la pérdida que podría sufrir un ciudadano que tiene un vehículo del cual depende económicamente él y su familia. Entonces el legislador ha logrado llegar hasta la esencia misma de la lesividad y de la antijuridicidad material, esto para configurar a través de la jurisprudencia los posibles eventos que la ley no logra limitar y que eventualmente podrían causar inseguridad jurídica o una violación frente a los derechos que exigen las víctimas y la sociedad frente a quien comete un delito.

La sentencia 33409 del 3 de Septiembre de 2014, Magistrado José Leónidas Bustos, trata de unos hechos asociados con una captura en flagrancia por porte de sustancias estupefacientes, pero el único ingrediente adicional al caso que nos ocupa es la superación en cantidad de la dosis personal y legalmente permitida por las autoridades siendo dos los cargos que formula el demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá: En el primero, cuestiona que no se hubiere tenido en cuenta la ausencia de antijuridicidad material del comportamiento endilgado a su defendido, por considerar insignificante la cantidad de sustancia estupefaciente incautada (29) y por consiguiente su relevancia desde el punto de vista jurídico-penal por ausencia de lesión al bien jurídico tutelado.

El principio de lesividad o de antijuridicidad material no surge expresamente de la Constitución Nacional y sólo se deduce de sus normas y postulados de los cuales se desprende igualmente el margen de discrecionalidad otorgado al legislador para fijar en el derecho penal el contenido material de la antijuridicidad que ha de regir en el modelo de un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro, siendo éste un aspecto establecido de manera precisa en el artículo 11 de la más reciente codificación penal en el que se indica que para que una conducta típica sea punible, se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa el bien jurídico tutelado por la ley penal.

La doctrina del derecho penal moderno son precisamente los que revisten una mayor discusión, atendiendo precisamente a que el derecho penal moderno solamente protege bienes jurídicos, es decir no otras formas ni expresiones sociológicas, ni filosóficas, ni antropológicas, ni morales, sino simplemente bienes jurídicos.

El segundo punto a revisar era si en el ejercicio lógico deductivo a realizar en aras de establecer la efectiva puesta en peligro de lesión del bien jurídico tutelado, se debió establecer si concurre algún elemento de juicio que permita afirmar más allá de toda duda que el imputado se dedicaba a la venta de la mencionada sustancia, aspecto que permitiría concluir en la afectación al bien jurídico tutelado. En ese sentido, se aprecia que no obra en la actuación prueba alguna que conduzca a dicha afirmación o a dicha aseveración.

Tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia definen en las anteriores líneas Jurisprudenciales que las decisiones de sus corporaciones de deben fincar en la garantía y respeto a los derechos fundamentales así como también reiteran que las decisiones de los juzgadores y del aparato o ente acusador se debe basar en la racionalidad y proporcionalidad que debe aplicar el titular judicial de turno.

A continuación traeremos a colación, de la sentencia 33409 de fecha 3 de septiembre de 2014, donde la Corte Suprema mantuvo la postura, en el sentido de que cantidades de droga, destinadas para uso o consumo personal que sobrepasen mínimamente la dosis personal legal, pueden eventualmente ser excluidas de responsabilidad penal en la medida en que no alcancen a afectar los

bienes jurídicos tutelados, afirmando que en los supuestos en que se supere la cantidad legalmente estipulada para la dosis personal se pone en peligro la salud pública como bien jurídico protegido por el legislador.

Reiterando, una vez más el sentido de los fallos anteriores, el 30 de diciembre de 2013, dentro del radicado 38103, sostuvo que “ para la configuración de este elemento estructurante de la conducta punible, no basta que se satisfaga desde el punto de vista netamente formal, esto es, exclusivamente referido a la contradicción entre la norma jurídica y la conducta del agente, sino que, correlativamente es imperioso que ponga efectivamente en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección.”

A manera de conclusión, puede afirmarse válidamente que tanto la jurisprudencia constitucional, como la de esta Corporación (Corte Suprema de Justicia) han vinculado el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes a una amplia gama de bienes jurídicos susceptibles de ser vulnerados tales como la salud pública, la seguridad pública y el orden económico y social, debido a que el consumo de las drogas objeto de regulación afectan negativamente la salud produciendo adicción y dependencia; produce cambios en la conducta con posibilidades de afectar bienes jurídicos ajenos, dado que actúa sobre el sistema nervioso central, y genera altos índices de violencia por los grandes volúmenes de dinero en efectivo que se manejan y porque la alta rentabilidad que el tráfico de estupefacientes ha conllevado a que sea utilizado para la financiación de grupos de delincuencia organizada, armada y jerarquizada que atentan contra el monopolio estatal de la fuerza como presupuesto de la pacífica convivencia, al tiempo que propicia la circulación de grandes capitales que afectan gravemente las fuerzas económicas del país, tiene una alta capacidad corruptora y genera indiferencia por el daño causado a los titulares de los derechos que se cercenan.

En tal orden de ideas, puede llegar a sostenerse que, pasados todos estos cambios legislativos y pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta Sala mantiene su línea jurisprudencial en el sentido de que el sólo porte de dosis para fines de uso exclusivamente personal de sustancias estupefacientes, en las cantidades y variedades establecidas por el legislador, es una conducta atípica, en cuanto no afecta bienes jurídicos ajenos, distintos de la propia salud del consumidor o del adicto; el suministro, distribución o venta de droga, o la sola tenencia o porte con fines de distribución, comercialización o venta sin permiso de autoridad competente, a la luz del ordenamiento constitucional y legal vigente, constituyen conductas delictivas, por ende sancionables penalmente, así se trate de cantidades menores a aquellas identificadas en la ley como dosis para uso personal...”

CAPITULO V

DEBATE DOCTRINARIO

Elementos conceptuales

Para iniciar en este punto, se quiere comenzar con el aporte de Carrasquilla, (2014) con la definición de doctrina, quien expresa que la dogmática jurídica penal, es el resultado del constructivo aporte intelectual conjunto de la teoría, doctrina y la practica (jurisprudencia) del derecho penal, de allí la importancia que tiene la doctrina, los aspectos teóricos que fortalecen el derecho en el campo de acción o la práctica.

En efecto, se estudiaran dos términos que son muy relevantes para el presente trabajo investigativo, el de Bien Jurídico y Antijuridicidad, para tal fin, se tomaran expertos teóricos del área penal, para comenzar se abordara el concepto de Bien Jurídico y finalmente el de Antijuridicidad.

Bien Jurídico

El Bien Jurídico no los crea la ley sino la vida social, Carrasquilla (2014) la ley solamente los protege, esto es, interviene coactivamente para prevenir los daños que a ellos pudiera ocasionarse, de allí fiel reflejo que el Derecho es definitivamente en el diario vivir, y con ello pretende regular una comunidad para generar estrategias sanas de convivencia que protejan ese bien jurídico de las personas, que cuando no se cumplan con las mencionadas normas y afecte el bien jurídico, como ultima ratio el derecho penal entra a incursionar con la aplicación de una sanción.

Según Carrasquilla, (2014) dice que el bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente, por tal motivo el bien jurídico es todo Estado Social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones, esta suma de bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social y por eso la significancia de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente, en relación a él mismo, sino en conexión con todo el orden social.

Con base a lo anterior, un principio que es fundamental para el bien jurídico, es el principio de lesividad, Balmaceda (2015) que es la protección de bienes jurídicos, es decir establece que solamente podrán ser sancionados, y ser considerados como delitos, aquellas conductas que afecten o dañen a aquellos bienes jurídicos que sean considerados socialmente valiosos, quedando prohibido sancionar comportamientos que constituyan una mera inmoralidad por parte de su autor, salvo que dichos actos afecten al mismo tiempo a algún bien jurídico de carácter relevante.

De acuerdo a la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, citado por Balmaceda (2015) este principio surge en la conducta punible como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de Derecho, porque constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamientos que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto a los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal esta llamado como última medida a proteger.

Con lo anterior, es importante que el legislador evoque este principio de lesividad y lo maximice en su máxima expresión, de tal forma que desde la tipificación, antijuridicidad y culpabilidad hasta en lo procesal y sustancial sea efectivo para que se cumpla la sanción real en tiempo oportuno y además pertinente para la falta o infracción penal cometida por el individuo en sociedad, resaltando lo que dice Zaffaroni, citado por Balmaceda (2015) que no existe conflictividad cuando hay acciones que no lesionan a nadie, ni tampoco la hay cuando no es posible tratarlas como pertenecientes a alguien; esta lesividad se comprueba constatando la afectación por daño o peligro, del bien jurídico en forma significativa.

Antijuridicidad.

Ahora se tomará el concepto de Antijuridicidad, De acuerdo a Gómez (2013) dice que la antijuridicidad precede al de la culpabilidad, la antijuridicidad es la valoración objetiva de un acto frente a las normas jurídicas, se dice que una conducta es antijurídica cuando es contraria a las normas, concepto formal, de ilicitud, por otra parte el injusto penal es simplemente un injusto más grave o calificado.

La antijuridicidad es un asunto de comportamiento externo y no de contrariedad de las voluntades o las actitudes individuales con el ordenamiento, la “fidelidad del derecho” tan exaltada como base de su sistema puede ser en virtud moral si se trata de un buen derecho, pero su entendimiento subjetivista exige demasiado a la conciencia individual o mejor dicho exagera las potestades del derecho positivo sobre la autonomía moral de las personas, Carrasquilla (2014).

La antijuridicidad material, de acuerdo a Balmaceda (2015) dice que es la efectiva afectación (lesión o puesta en peligro) de un determinado bien jurídico, (desvalor de resultado) cumpliendo con dos funciones, primero regula y gradúa el injusto dentro de un ámbito que va desde que peligro de naturaleza abstracta, hasta aquella circunstancia que signifique la destrucción total del bien jurídico contra el cual se ejerce la conducta, por otra tiene la función de servir como un criterio fundamental al momento de llevar a cabo una interpretación de los diversos elementos que componen al tipo penal.

La antijuridicidad formal, según Balmaceda (2015) tiene relación con la incompatibilidad de la conducta ejecutada por un determinado sujeto, respecto a la orden de prohibición establecida al interior de una norma jurídico penal (desvalor de acción).

CAPITULO VI

Política Criminal: Sobre el Concepto de Criminalidad y Política Criminal

La noción de Política Criminal ha sido definida como un conjunto de respuestas que un Estado considera necesarias para adoptar y hacerle contra a las conductas que llegan a considerarse reprochables o causantes de cierto daño social con el fin de garantizar la protección de los intereses estatales y los derechos de los ciudadanos. La Política Criminal puede ser articulada por el legislador a través de la producción de normatividad. (Restrepo, 2002)

De cierta manera, como afirma Restrepo (2002) se puede argumentar que la legislación penal es la manifestación concreta de la Política Criminal del Estado garante de derechos y que una decisión política puede determinar los objetivos del derecho y el sistema penal, por ende la aplicación de los medios legales para hacer una lucha de impacto al crimen que permitan alcanzar siempre resultados que beneficien a los sujetos en una sociedad o estado, por tal motivo es importante esa conexión entre la legislación penal y la Política Criminal.

Por tal motivo, es importante la Criminología porque puede llegar a relacionar con todo el orden de Política Criminal, en tanto que de esta pretende conocer las causas, el origen y el desarrollo de la personalidad del delincuente y la conducta criminal, para posteriormente aplicarle el fin de la pena que es restaurativo y re socializante con el fin de proteger los bienes jurídicos fundamentales de la sociedad. La labor de la criminología se enfoca a la procuración de justicia y sistema penitenciario, la prevención del delito y de la seguridad privada. (Restrepo, 2002)

La Política Criminal en la mayoría de nuestros países y el consecuente proceso de elaboración de las leyes penales ha adquirido o acentuado en los últimos tiempos rasgos especialmente insatisfactorios ya que se ha renunciado a un abordaje integral del problema social de la delincuencia, que tenga en cuenta, tanto una efectiva reacción a su misma aparición, como su prevención mediante la neutralización de los factores de desigualdad y exclusión social que están en la base de la mayor parte de los comportamientos delictivos.

El autor Jorge Restrepo Fontalvo dicta que:

“Nos parece que los criminólogos radicales han hecho muchas más denuncias (¡denuncias válidas en su gran mayoría!) Que propuestas, a menos que se considere propuestas a esa vaga, difusa, confusa y obtusa idea de un cambio total del sistema que un día habrá fatalmente de llegar. Quizás valdría la pena preguntarles a tales pregoneros, qué piensan hacer el día siguiente del gran cambio, cómo piensan manejar la innegable realidad de que existen y seguirán existiendo personas que realizan conductas inaceptables para cualquier tipo de sociedad como el genocidio, la violación, el daño ecológico, etcétera. ¿Qué hacer con esos desviados?, ¿dejarlos libres o no más? Afirmar rotundamente que son meros productor de una sociedad injusta, podría incluso ser un punto de partida, pero nunca será suficiente.”(p. 55)

Parece que a la criminología se le asigna la labor de estudiar los delitos que están tipificados en la normatividad penal, algunos otros se dedican a estudiar los que están detrás de trastornos de personalidad pero casi ninguno se basa u observa lo que puede llegar afectar o vulnerar los derechos fundamentales ya que estos son principios rectores para evolución social y las bases para toda la política pública, con todo esto se puede evitar la criminalidad. (Restrepo, 2002)

Se recuerda que los objetos de estudio para la criminalidad y por ende un buen desarrollo de la política criminal son el crimen, el criminal y la criminalidad; Estos conceptos son brevemente definidos por la sociología, psicología y el derecho y como sabemos el derecho penal es el de mayor influencia, ya que él tiene que de cierta manera controlar los comportamientos que conllevan a cometer el crimen que afecta no solo al individuo sino a toda la sociedad. Toda discriminación, exclusión o abandono genera acontecimientos que pueden llegar a criminalizarse y estigmatizar ciertas conductas. (Restrepo, 2002)

El profesor Fontalvo asegura que:

“Un buen manejo de las políticas preventivas, debe producir una menor utilización del aparato represor. Al igual que en la medicina, también en este campo es mejor prevenir que intentar curar. El tratamiento penitenciario, y en general toda política de represión, es, en gran medida, resultado de las fallas que existen en “la política social correcta” (p.86)

Se Puede inferir que la prevención del crimen en política criminal puede llegar a verse como una iniciativa o política que reduce o elimina la victimización a la violencia del crimen, se puede llegar a incluir con políticas gubernamentales o no gubernamentales para reducir el miedo al crimen así como el impacto de este a las víctimas, todas estas políticas pueden ser implementadas por la misma sociedad, y todos los sujetos que formen parte de esta, así como centros educativos, organizaciones, que vayan más allá de acciones policiales y régimen penitenciario o juzgado. La prevención debe incluir propuestas para que se erradique el índice criminal de los países.

Por otra parte, cabe señalar la Sentencia C – 095 de 2007 enuncia que la política criminal dependiente del ejecutivo significa una amenaza para la

independencia de la Rama Judicial: Tras referirse a los artículos 228 y 230 de la Constitución Política, relativos al principio de autonomía e independencia de los jueces, así como a otros instrumentos internacionales referentes al mismo asunto, el demandante sostiene que *“en la medida en que la ejecución de una política criminal involucra a todos los poderes públicos, en el diseño y la adopción de esa política deben vincularse los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como también los órganos de control.”* No obstante, afirma que en Colombia dicha política está en cabeza del Ejecutivo; pues aunque existe el Consejo Superior de Política Criminal y Penitenciaria, que actúa como asesor del Estado en materia de formulación de la política criminal, y que involucra representantes de las tres ramas del poder público así como de los organismos del control, dicho Consejo, de conformidad con lo reglado por la Ley 888 de 2004, sólo formula opiniones no obligatorias para el Ejecutivo. Sus funciones son de simple asesoría. Esta situación genera un riesgo para la independencia judicial e incluso para el poder legislativo. Sentencia C – 095 de 2007.

Para evitar el anterior riesgo, el demandante postula que la política criminal debería ser el resultado de la interacción de los tres poderes. Si por el contrario se deja en manos del poder ejecutivo exclusivamente, *“podría comprender disposiciones tendientes a perseguir más unas conductas que otras, dejando impunes conductas que la administración de turno no esté interesada en perseguir, pero respecto de las cuales el estado no puede renunciar al ejercicio de la acción penal.”*

Por lo anterior, el demandante concluye que, al ser definida por el Ejecutivo la política criminal, se afecta la independencia judicial y se incumple el artículo 250 de la Constitución que establece el principio de oportunidad, situación que deja entre dicho la independencia que tiene la política criminal en Colombia, o que posiblemente esta Política no tiene un contacto directo con la realidad del País.

Por otra parte, es importante mencionar a Jakobs (1995) que comparte una postura de rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como “tarea del derecho penal”. Pero dado que él sólo limita esa tarea a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivas generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la Política Criminal: La prevención especial y la garantía de los derechos del acusado que no se contemplan en su punto de partida teórico sistemático, con Jakobs, dice:

“El delito deja de ser un acto típico, antijurídico y culpable para convertirse en frustración de expectativas normativas y expresión simbólica de falta de fidelidad hacia el derecho, en una amenaza para la estabilidad social, en un acto socialmente disfuncional, no porque lesione o ponga en peligro determinados bienes jurídicos, sino porque debilita la confianza institucional en el sistema y este no protege bienes, protege funciones”. (p. 203)

Es una postura, diferente desde la Política Criminal, vinculando la parte normativa, desestabilizando una componente social que es fundamental en una comunidad.

Función Social del Derecho Penal

Las instituciones penales tienen que ajustarse a la función social del derecho penal y no a fenómenos naturales u otros modos ajenos a lo social. La puesta en peligro y la lesión efectiva de bienes jurídicos por afectar al orden físico o natural y no al social al que pertenece el derecho penal, a éste le resultan indiferentes. En síntesis, Jakobs (1995) se divorcia de la concepción del injusto como desvalor del resultado.

La función social se define como la acción de volver a incluir un individuo a la sociedad, Jakobs (1995) que por algún motivo quedo marginado. El concepto suele usarse para nombrar a los esfuerzos por lograr que las personas que están fuera del sistema social puedan reingresar, se entiende a la sociedad como un sistema que brinda cobijo y contención a sus integrantes. Las personas que forman parte de esta tienen acceso a ciertos servicios básicos que el estado debe garantizar y que siempre serán indispensables para llevar una buena garantía de vida.

La reinserción social busca lograr que las personas que se encuentran alejadas de esta contención social, sean incluidas y reincorporadas al sistema de garantías que brinda el estado a sus ciudadanos. (Jakobs 1995)

La reacción punitiva siempre tendrá como función principal reestablecer la confianza y reparar o prevenir los efectos negativos que la violación de la norma produce para la estabilidad del sistema y la reintegración social. Cuando tales efectos, dejan de ser tolerables respecto a la estabilidad del sistema, actúa la reacción punitiva, La pena para Jakobs, no constituye retribución de un mal con un mal, es prevención negativa. Su función primaria es la prevención positiva. La pena de cierta manera es la prevención-integración ya que su función primaria es ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por los miembros de la comunidad. (Jakobs, 1995).

La teoría de la integración, desarrolla una función conservadora y legitimante de las tradiciones, concepciones y gestiones penales de los conflictos. La contribución al conocimiento, construcción y gestión de estos, no va más allá de la cultura del sistema penal. Gira entorno de la reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes; respecto a las necesidades y valores del individuo en sociedad, persiste en mantener la relación actual entre sistema- sociedad, y el subsistema-hombre. En especial la incriminación de una

responsabilidad penal entre sujeto del ser y el fin de la intervención institucional. . (Jakobs, 1995).

La imposición de una sanción se lleva a cabo en primera instancia a un nivel más social, pues es evidente que en cualquiera de las sociedades sin importar su desarrollo se dan una cantidad de reglas que sancionan de algún modo los ataques a la convivencia. Estas normas sociales forman el orden de la comunidad más aun así históricamente se ha mostrado insuficiente para garantizar la convivencia y para eso está la norma que ayuda a dirigir, desarrollar o modificar el orden social, es decir, el conjunto de estas normas jurídicas constituyen el orden en la convivencia y así mismo castigar.

Es una herramienta básica para la transformación social, alcanzar en si una igualdad de derechos y que así pueda haber una visualización para que varias personas tanto jurídicas y naturales puedan convertirse en agentes de cambio.

Muchas veces gracias a esta herramienta los grupos de presión que se han constituido en torno a las víctimas de delitos, dentro de su legítima actividad de movilización social, han terminado adquiriendo en muchos lugares un protagonismo excesivo, de modo que sus aspiraciones monopolizan en ocasiones de forma indebida los objetivos a perseguir por los poderes públicos en el ejercicio del control social penal.

Estos mismos llegan a guiar elaborando propuestas político-criminales ya sea por cálculos electorales a corto plazo , con poca análisis e información de la realidad social en la que pretenden llegar a inferir con tal de que se haga una erradicación a la delincuencia. El hecho es que se haga una frecuencia para calmar las inquietudes sociales antes que lograr beneficios para bajar las excesivas tasas de criminalidad.

CONCLUSIONES

El derecho penal no puede entenderse como una defensa ética y única dada por el legislador, se deben tutelar los bienes jurídicos cuando realmente exista una lesión o un peligro contra el bien jurídico tutelado; por lo que tiene el valor el principio de antijuricidad material, los delitos mínimos deben ser resultado, lesionando tanto personas naturales como jurídicas de una manera específica y por lo cual se les tiene que demostrar un daño o afectación real.

Los fines del derecho penal siempre buscan garantizar la verdad, justicia y que de una u otra forma exista una reparación a las víctimas; sin embargo, no se puede dejar de lado el real daño sobre el bien jurídico tutelados en una conducta determinada, para continuar un proceso ante los estrados cuando la acción del investigado es mínima con respecto a la víctima; razón por la cual, no debe existir un desgaste el aparato judicial para enviar un mensaje a la sociedad de un sistema penal efectivo; pues, como lo muestra la experiencia, estas actuaciones tienen otra solución del conflicto, lejos de la aplicación del derecho penal como última razón para castigar este tipo de comportamientos, cuando bien se pudo solucionar en el mismo lugar afectado; ya que al final de un proceso de estos sobrepasan la esencia del hecho real; terminando un proceso de esta índole en montos grandes para el aparato Estatal, y por ende para la misma sociedad.

Por lo anterior , se debe siempre señalar una igualdad en la sentencia, en donde las cosas que no concuerden deben recibir un trato diferente; la igualdad de cierta manera perturbaría la justicia material, porque la antijuricidad material se concluye como todo tipo penal que busca proteger un bien jurídico, y si se llega a encajar un comportamiento al tipo penal y este protege el bien jurídico tal debe verse afectado, la razón por la que se encontró en peligro o sufrió una afectación, ya con la existencia de ese peligro o lesión , esta debe ser relevante socialmente,

puesto que los delitos de bagatela no son admisibles por principio de insignificancia.

Podemos postular diferentes ejemplos de delitos de bagatela que no ejercen una afectación relevante al bien jurídico, una de ellas puede ser un robo de una chocolatina en una cadena de almacenes reconocida, no se afecta el patrimonio económico como tal y por ende el comportamiento debe resolverse con el pago ya sea por el pago del producto o la devolución del mismo, o pasarla por una reclamación civil, no pasar a una intervención punitiva que solo debe ser aplicada como ultima ratio, como sabemos la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosa para la dignidad de los ciudadanos, y la necesidad de la sociedad postula que solo se acuda a ella en busca de una solución extrema.

Así mismo el derecho penal solo va a intervenir cuando realmente exista una puesta en peligro del bien jurídico, no toda infracción puede ser sancionada penalmente, únicamente aquellos que lo ameriten y sea una afectación real e irreparable al bien, posición de la infracción de bagatela impropia.

La adecuación social determina si una conducta llega a ser típica, cuando esta cumple con los ingredientes de tipo penal y por esto tal acción afecta al hombre en su entorno y consecuencias de actuar. Dependiendo del nivel de adecuación social que se maneje la prohibición de comportamientos que afecten y ofendan a la sociedad, ya que lo que sea socialmente rechazado por la sociedad, lo es jurídicamente; sin embargo el comportamiento de cualquier ciudadano llega a ser adecuado cuando carece de gravedad o llega a ser insignificante, no obstante de aparecer en la ley como un comportamiento típico, pues la conducta punible es considerada típica, cuando además de reunir los elementos de tipo penal, llega a ser socialmente relevante, al afectar la relación del hombre con su mundo.

El bien jurídico, es la única instancia del poder punitivo en un Estado Social de Derecho, que tiene como finalidad proteger los intereses de las ciudadanos estén o no privados de la libertad, que infrinjan o no la ley, ninguna actuación los dejara en estado de indefensión; Es decir que al legislar no se pueden indicar como delitos comportamientos que carecen de afectación real, que lesione o de una u otra manera ponga en peligro el bien jurídico; La intervención mínima es la que determina de manera real dentro de la Política Criminal de un Estado Social de Derecho; que solo tutela deberes, derechos y libertades necesarias, de frente a los actos de mayor intolerancia que se realizan en la sociedad; se entiende el Derecho Penal como última alternativa, mientras este sea respetuoso y garante no solo de los derechos de la víctima sino también del delincuente, por lo que deben intervenir solo aspectos que recubran la especial gravedad y relevancia ante bienes jurídicos importantes.

Sobre este fundamento, se denota la claridad que frente a la insignificancia de la agresión y ante la levedad del resultado; no debe usarse la actividad penal, pues es una muestra de lo innecesaria e inútil si nos encontramos en delitos de resultado de bagatela.

Se formulan los delitos de bagatela, partiendo desde el principio de la insignificancia, donde los daños de poca importancia no justifican una punición, definición que se llega a constituir como una estructura lógica, donde se retoman las raíces de último ratio y mínima intervención del derecho penal. Puesto que en ciertos casos, la pena criminal suele ser perjudicial para el que se encuentre afectado en ella; por lo que es necesario aplicarla solo cuando sea el único medio para evitar un daño todavía mayor.

No hay nada claramente definido en cuestión de los intereses de la Política Criminal, no se evidencia las preocupaciones del legislador por los problemas sociales solo se limitan a reglamentar y ejercer el fin de judicializar a una persona sin importar su condición social, se debe generar una conciencia clara respecto a lo que implica un delito de bagatela y todo su contraste social por ende hacer estudios criminológicos para saber cómo evitar este tipo de actuaciones delictivas, que se cumplan las garantías que el Estado pretende asegurarle a sus ciudadanos, contribuyendo a la seguridad ciudadana de manera efectiva y a la sana convivencia.

El análisis de las sentencias de la Corte constitucional permiten concluir que estas dos sentencias analizadas C-988 de 2006 y C-095 de 2007, que centran su debate jurídico en la inconstitucionalidad del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 y específicamente en sus numerales, nos permite identificar una línea jurisprudencial frente al tema en discusión.

La Corte en una postura garantista, permite que el derecho penal como ultima ratio, fije lineamientos de resolución de conflictos en los casos que requiere criterios de razonabilidad y proporcionalidad por parte del fiscal y del juez, en todo caso filtra los procedimientos penales que involucren derechos fundamentales a controles de legalidad.

Los delitos considerados de bagatela necesariamente serán objeto de filtro a través de mecanismos como el principio de oportunidad, pero más allá de esta reflexión, el gran temor, en los ciudadanos y víctimas, radica en la categorización de conductas que exigen la intervención del derecho penal con todo rigor pero que a través de la óptica subjetiva y ausente de contextualización del fiscal, termine siendo un delito de bagatela, sin que ello lo sea para los afectados del bien jurídico tutelado.

Ahora bien, en punto al análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia podemos mencionar a manera de conclusión que los delitos considerados como de baja lesividad, leves, de insignificancia o delitos de bagatela, por establecerse una lesión mínima al bien jurídico tutelado, no son objeto de condenas y si bien son reprochables, las acciones que el legislador toma frente a ellos son ponderados de acuerdo con el daño o lesión causada, sin estimar más allá de su intencionalidad.

También se logra concluir que los delitos de bagatela se logran inmiscuir en aquellas conductas atípicas que son claramente identificadas como es el caso de los consumidores de sustancias estupefacientes que son considerados adictos, los cuales son capturados en flagrancia con portes que no superan los 50 gramos, las lesiones personales recíprocas con dictámenes de Medicina Legal inferiores a cinco días y los hurtos a granel en cadenas de almacenes, entre otros.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los casos donde se evidencia una condena frente a hechos que rodean una conducta no lesiva o que permite inferir más allá de toda duda razonable la ausencia de lesión al bien jurídico tutelado, se abstiene de condenar y reconviene a los juzgadores a usar sin temor la razonabilidad y proporcionalidad que les otorga la autonomía y libre interpretación de la ley frente a casos que pudieron ser resueltos en instancias previas.

Referencias

Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, recuperado el día 30/08/2015 en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Balmaceda, Gustavo (2015) Estudios de Derecho Penal General, Una aproximación a la Teoría del Delito y de la Pena, Ediciones Nueva Jurídica.

Cárdenas, Gustavo (2013) *Comportamiento de la Criminalidad en Colombia 2012*, Revista de Criminalidad 55 (3): 11 – 33.

Carrasquilla, Juan (2014) *Concepto y Limites del Derecho Penal*, Editorial Temis

Colombia, Constitución Política de Colombia (1991)

Corte Constitucional, (1996). *Sentencia C-070/1996*. Obtenido de Sentencia C-070/1996: <http://vlex.com.co/tags/sentencia-070-1996-227425>

Corte Constitucional, (02 de 04 de 2002). *Sentencia C-226/2002*. Obtenido de Sentencia C-226/2002:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-226-02.htm>

Corte Constitucional, (26 de 06 de 2002). *Sentencia C-489/2002*. Obtenido de Sentencia C-489/2002:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-489-02.htm>

Corte Constitucional, (31 de 10 de 2002). *Sentencia C-939/2002*. Obtenido de Sentencia C-939/2002:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-939-02.htm>

Corte Constitucional, (06 de 05 de 2003). *Sentencia C-356/2003*. Obtenido de Sentencia C-356/2003: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-356-03.htm>

Corte Constitucional, (16 de 09 de 2003). *Sentencia C-804/2003*. Obtenido de Sentencia C-804/2003:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-804-03.htm>

Corte Constitucional, (30 de 06 de 2005). *Sentencia C-673/2005*. Obtenido de Sentencia C-673/2005:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/C-673-05.htm>

Corte Constitucional, (30 de 08 de 2005). *Sentencia C-897/2005*. Obtenido de Sentencia C-897/2005:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-897-05.htm>

Corte Constitucional, (29 de 11 de 2006). *Sentencia C-988/2006*. Obtenido de Sentencia C-988/2006:

<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-988-06.htm>

Cresta, Guido. (s/f) *El Principio de Insignificancia*, recuperado el día 17/09/2015 en la red

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:ML2q1C9hmfoJ:https://es.scribd.com/doc/45881110/El-Principio-de-Insignificancia-Guido-Cresta+&cd=20&hl=es&ct=clnk&gl=co>

Grisetti, Ricardo (2013) *La Opción de la aplicación de la teoría de la insignificancia a la tenencia de estupefacientes para consumo personal como superadora a la declaración de inconstitucionalidad de las normas que la criminalizan*.

Recuperado el día 13/09/2015 en

<http://estudiobandin.blogspot.com.co/2013/08/la-opcion-de-la-aplicacion-de-la-teoria.html>

Guzmán, José, Serano, Alfonso. Bueno, Francisco. Kury, Helmut. Rodriguez, Luis y Zaffaroni Eugenio. (2006) *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal*, Estudios homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez, Dickinson. Madrid.

Jackobs, Gunter, (1995), *Derecho Penal*, Parte General.

Ley 228: “Por la Cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones” (1995, publicada en el Diario Oficial No. 42161 de 22 de diciembre). Recuperado el día 23/08/2015 en

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5243>

Ley 599: Código Penal Colombiano. (2000, Publicada en el diario oficial número 44.097 del 24 de julio).

Ley 906: Código de Procedimiento Penal, (2004, publicada en el Diario Oficial No. 45658 de 1 de septiembre) recuperado en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>

Ley 1153: “Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal” (2007, publicada en el Diario Oficial No. 46706 del 31 de julio) recuperado el día 23/08/2015 en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=26014>

Morales, María & Villegas Mariluz (2007) *El Principio y su aplicación en los delitos de bagatela*, Trabajo de Grado, Universidad la Gran Colombia.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, recuperado en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0015>

Pérez Rafael, Vallejo Manuel, Martínez Cristina, Perrino Ángel (2015) *La Reforma del Código Penal. Parte General*, recuperado en http://www.elderecho.com/tribuna/penal/reforma-Codigo-Penal-Parte-General_11_801055002.html

Proyecto de Ley No. 748/2011 – CR de fecha 12/01/2011, Recuperado el día 30/08/2015 en http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99

[575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/bff4dd9f969d55e0052579830080d88d/\\$
FILE/PL00748120112.pdf](https://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/952/Proyecto-de-ley-radicado-por-Minjusticia-permitir%20ADa-resolver-procesos-por-delitos-menores-en-tan-s%20B3lo-seis-meses.aspx)

Proyecto de Ley, (2015) *Delitos Menores en Colombia*, Recuperado el día 03/08/2015 en

[http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/952/
Proyecto-de-ley-radicado-por-Minjusticia-permitir%20ADa-resolver-
procesos-por-delitos-menores-en-tan-s%20B3lo-seis-meses.aspx](http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/952/Proyecto-de-ley-radicado-por-Minjusticia-permitir%20ADa-resolver-procesos-por-delitos-menores-en-tan-s%20B3lo-seis-meses.aspx)

Restrepo Fontalvo (2002), *Criminología –Un enfoque humanístico–*. 3ª Ed, Temis, Bogotá.

Torres, Remberto (2008) *Delitos y Contravenciones como factores de criminalidad y de perturbación de la Convivencia Social*, recuperado el día 13/09/2015 en

[http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol50_1/
05delitos.pdf](http://www.policia.gov.co/imagenes_ponal/dijin/revista_criminalidad/vol50_1/05delitos.pdf)