

## EXIMENTES DE PUNIBILIDAD<sup>1</sup>.

**JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE**

Universidad de Medellín

### INTRODUCCION.

En la teoría general del delito se diserta sobre la acción y las causales de inacción, la tipicidad y las causales de atipicidad, la antijuricidad y las causales de justificación de la conducta típica, la culpabilidad y las causales de inculpabilidad, temas sobre los cuales existe abundante bibliografía, ya que la doctrina es prolija al respecto. Sobre la teoría de las consecuencias de la conducta punible, en referencia inequívoca a la punibilidad, no se ha reparado suficientemente, a no ser la explicación sucinta de las circunstancias de mayor o menor punibilidad denominadas antes circunstancias genéricas de agravación y atenuación, o sobre las circunstancias específicas de agravación o atenuación, conocidos por algunos como tipos agravados o tipos atenuados, sin embargo sobre los eximentes de punibilidad, o por decirlo en la misma línea de los estratos de la teoría general del delito, sobre las causales de no punibilidad, si es que el concepto algún día llega a tener aceptación en la doctrina, poco o nada se dice y la bibliografía al respecto brilla por su ausencia.

Lo anterior, por cuanto es fácil ver como la mayoría de los textos confunden los eximentes de punibilidad con las causales de ausencia de responsabilidad, ahora tratadas en un solo concepto por el artículo 32 del Código Penal Colombiano; es común escuchar y leer que la conducta no es punible cuando se actúa al amparo de una causal excluyente de responsabilidad, cuando lo acertado, de acuerdo con la sistemática de la teoría general del delito y la correspondencia de la causal con cada uno de los estratos, es concluir que no se trata de conducta, o no es conducta típica, o no es conducta típica y antijurídica, o se trata de conducta no culpable, tal como lo preceptúa el artículo 9 del Código Penal Colombiano.

Para los efectos de señalar la distinción o denotar su imposibilidad, de una manera sencilla y direccionada exclusivamente a servir como instrumento didáctico para nuestros estudiantes, nos ocuparemos en determinar que es la pena, su justificación, su razón de ser y cual el tratamiento dado por el Código Penal Colombiano, para concluir con una concreción de las eximentes de punibilidad.

---

<sup>1</sup> Elaborado por el Profesor **JOHN JAIRO ORTIZ ALZATE** Abogado y Magíster en Derecho Procesal de Universidad de Medellín. Profesor de la materia Derecho Penal General. Profesor de pregrado y postgrado.

## DE LA PENA.

Sobre la teorización de la pena y el castigo existen al menos dos grandes corrientes, las teorías del sentido de la pena y las teorías del fin de la pena, las cuales aluden respectivamente a la retribución y a la prevención.

Tratándose de la pena como retribución no puede soslayarse citar a Kant (1) para entenderla pena como el derecho que tiene el soberano de afectar dolorosamente al súbdito como consecuencia de su transgresión de la ley, de donde se infiere necesariamente que la persona que va ser sancionada debe ser culpable, haber realizado una conducta punible, es decir, típica, antijurídica y culpable; sin olvidar que la sanción impuesta debe causar sufrimiento al reo, como forma de garantizar la reparación, acudiendo a la ley talión, entendida esta como la igualdad entre delito (ofensa ) y pena. Obviamente, la pena sólo debe ser impuesta por el juez o tribunal competente.

Si bien para el retribucionismo la pena es la medida de la ofensa (2), no es menos cierto que ésta no debía ser impuesta tomando al reo como objeto o medio para satisfacer intereses de otro u otros, por que ello supondría violar el principio del reconocimiento de la dignidad humana cosificando al hombre. Por ello la pena se entiende como el uso de la fuerza legítima del estado y contraria por oposición, a la libertad del hombre que ha realizado un acto contrario a derecho, para reconducir la vida pacífica en la comunidad, en la medida que la sociedad exige reparación por la violación o ruptura de la tranquilidad impuesta por el consenso social, en palabras del doctor ORTIZ RODRIGUEZ, “este castigo se impone para garantizar las libertades de los demás que, en el estado de derecho liberal, es un interés propio suyo” (3).

Al respecto de las teorías que atienden al fin de la pena(4), es decir, a la prevención, éstas concuerdan que la evitación de futuros delitos, bien por la coacción síquica o contraimpulso criminal intimidatorio, entendiendo éste como la prevención general, o porque actúa directamente sobre el delincuente penalmente responsable readaptándolo, resocializándolo o rehabilitándolo para volverlo persona útil a la sociedad, entendiendo ésta como la prevención especial, es menester indicar que la protección social va de la mano de la necesidad de proteger bienes jurídicos de ataques considerados a su vez relevantes y que ocasionen ruptura social mensurable, lo que convierte la prevención especial por ejemplo, en una forma de cosificación del hombre, en la medida que éste deja de ser un fin en si mismo para convertirse en algo útil para la sociedad, por cuanto es lo mismo que los asociados se abstengan de la comisión de delitos por la ejemplarización que por la intimidación general subyacente en la norma.

A partir del funcionalismo moderado o teleológico-valorativo en palabras de Fernández Carrasquilla(5), en especial por las tesis de ROXIN, se habla de la tesis unificadora dialéctica, la cual someramente indica que el derecho penal combate la delincuencia amenazando penas, imponiéndolas y ejecutándolas, lo que supone a su vez respectivamente la prevención general, la retribución y la prevención especial. Conforme con tal planteamiento es fácil deducir que la pena sirve a la defensa social, a la reinserción social y a la protección de la comunidad por la “eliminación” del delincuente.

Sin embargo no deja de sorprender en ROXIN su concepto de “necesidad de pena” según el cual si la pena no ha de cumplir ninguna función habida consideración del delito cometido y el daño inferido, no obstante la culpabilidad, que actúa como presupuesto de una nueva categoría dogmática, la responsabilidad(6), la pena no será necesaria; tesis deslumbrante en nuestro tiempo que no deja de encerrar serios peligros autoritarios por la definición misma de necesidad de la pena y por la intelección del injusto típico como desobediencia al ordenamiento jurídico, aún cuando parece que de la mano del funcionalismo, los artículos 3, 4, 34 inciso 2 y 61 inciso 3 del Código Penal Colombiano consagran la necesidad de la pena más allá de la culpabilidad del sujeto.

Ahora bien, frente a la justificación moral de la pena, es importante denotar que para los retribucionistas es el hecho de haber infligido un mal que debe ser reparado infligiendo un dolor al autor del mal, no obstante que el reconocimiento de la dignidad humana impida castigar cosificando al hombre al mejor estilo de las tesis utilitaristas de la pena, que ponen el énfasis en la prevención especial, lo que a todas luces deja ver que tal división académica – sentido y fin de la pena - se refunden en un solo concepto a la hora de la imposición del castigo: su utilidad. Sin embargo, como ya dijimos, modernamente se habla de la NECESIDAD de la pena en condiciones sociales reales – Funcionalismo – lo que supone en términos Marxistas (7), elevar al delincuente a la condición de ser libre, independiente y autónomo; y desvirtuar de entrada que el delito exista independientemente de factores externos que pudieran determinarlo:

- El delito es motivado por la necesidad e insatisfacción de necesidades básicas del grueso de la población.
- El delito se incrementa por la profusión de mensajes de la propia sociedad que llenan al individuo de necesidades artificiales y le generan un sentimiento de insatisfacción que le compelen a ser partícipe del juego del sistema.

Dicho de otro modo es el sistema quien crea sus propios delincuentes y luego los estigmatiza para mantener el juego de la defensa social, lo que definitivamente comprueba que

el delito no es una realidad natural, sino una creación convencional, consensual, cambiante y adaptable a cada momento histórico.

A partir de RAWLS y su teoría igualitarista, la justicia distributiva adquiere especial importancia, partiendo del supuesto que no todos los hombres merecen igual trato, y lo que es mejor, lo de merecer algún trato especial o diferente ni siquiera es innato al hombre sino propio del lugar que se ocupa en la sociedad independientemente de sus merecimientos.

En su obra "Sobre las libertades" RAWLS (8) define los dos principios básicos de justicia:

1. Toda persona tiene igual derecho a un régimen plenamente suficiente de libertades básicas iguales, que sea compatible con un régimen similar de libertades para todos.
2. Las desigualdades sociales y económicas han de satisfacer dos condiciones. Primero, deben estar asociadas a cargos y posiciones abiertos a todos en las condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; y segundo, deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.

Ahora bien, como son las personas las titulares de la libertad y la igualdad pregonadas por RAWLS, no se trata a priori de cualquier persona, sino de aquellas que en sus palabras son "personas capaces de ser miembros normales y plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de toda su vida", lo que supone dos potestades de personalidad moral:

1. la capacidad del sentido de lo recto y de la justicia.
2. La capacidad de una concepción del bien.

Solo aquellos que reúnen estas dos potestades morales serán considerados ciudadanos en igualdad de condiciones y oportunidades

Pero al igual que la tesis de la prevención especial, el igualitarismo de RAWLS es utilitarista en la medida que determinar ¿Qué es un régimen plenamente suficiente de libertades?, o ¿Cuáles son las libertades básicas iguales?, o ¿En qué consiste la equitativa igualdad de oportunidades a cargos y posiciones? o ¿Quiénes son los menos aventajados de la sociedad? impone acudir necesariamente al bien común, y es eso precisamente lo que desdice su carácter igualitario (9), en la medida que los menos aventajados o cooperantes serán los estigmatizados para seguir el juego social de la necesidad del castigo en defensa de la misma institucionalidad.

Y con respecto a la pena, si de ser igualitarios se trata, la pena es para los hombres libres e iguales, haciendo abstracción de la utilidad de la pena o de las conveniencias sociales, tomando al individuo como "ser" social y nunca a la sociedad como referente de la sanción, por ser ésta, la sociedad, quién por su exclusión determina las más de las veces quien o quienes serán rotulados como delincuentes (10), negando a priori las libertades y la igualdad de oportunidades. Ahora bien, si de ser contractualista se trata, al igual que la ingenua exposición

de la criminología clásica que justificaba el castigo por la violación del contrato, téngase en cuenta que el delincuente puede argüir igualmente la violación del contrato por parte del Estado, por abuso de posición dominante.

Lo cierto del caso es, que sobre el por qué y la justificación de la pena no habrá consenso pacífico, lo único que se acuerda es que el delito es presupuesto de la pena, o mejor aún la conducta punible como lo señala el artículo 9 inciso primero del Código Penal colombiano: “Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable”.

### **LA PENA EN EL CODIGO PENAL.**

Desde el artículo 1 el código penal señala el derrotero a seguir, y no como sugerencia sino como obligación, atendiendo a lo preceptuado por el artículo 13 del mismo. El reconocimiento de la dignidad humana permea la aplicación de la ley penal colombiana.

El artículo 3 del código penal a la letra expone “la imposición de la pena...responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”.

El artículo 4 señala “La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado.

La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión”.

De la lectura de estos dos artículos podemos concluir que la pena para que cumpla su FUNCION, debe ser NECESARIA, PROPORCIONAL Y RAZONABLE.

La pena cumple alguna función cuando se trata de la prevención especial, porque es allí por mandato del código donde opera, es decir, al momento de la ejecución de la pena, toda vez que la prevención especial se dirige al condenado que efectivamente deba ser recluido en establecimiento carcelario. Lo que nos conduce a señalar que la necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la pena solo operan cuando el agente es “merecedor” de la pena establecida en la norma.

La pena es necesaria cuando el penalmente responsable debe sufrir el dolor del castigo por su ofensa, por su afectación al bien jurídico tutelado, cuando su castigo supone ejemplo para la comunidad, intimidación y abstención de cometer en el futuro delitos, pero además cuando el estado se encuentra legitimado para infligir dolor, piénsese por ejemplo en los campesinos cultivadores de coca en las deprimidas y olvidadas regiones de los antiguos territorios nacionales donde la presencia del Estado brilla por su ausencia, o en las regiones

donde impera la voluntad de grupos armados al margen de la ley en los cuales la cotidianidad viene dada por las reglas establecidas previamente por el respectivo grupo armado, allí es obvio, no existe legitimidad para imponer sanción y por ende la necesidad cae por su propio peso.

Es lógico que no deben confundirse necesidad y legitimidad, entendiendo por necesidad el que la pena cumpla alguna finalidad o función social loable en aras a reconducir la vida pacífica quebrantada y por legitimidad el imperio de la ley en cualquier parte del territorio nacional en armonía con los principios procesales de Juez natural y debido proceso; pero es precisamente la falta de Estado, en esos lugares, lo que contradice la necesidad de la pena.

El artículo 4 del código penal pretendiendo invocar los postulados de un funcionalismo moderado, consagra múltiples funciones para la pena, abarcando toda la gama de posibilidades doctrinarias al respecto y dándole gusto a todas las escuelas sobre la justificación del castigo, tratando de conciliar posturas disímiles tales como la prevención general y la reinserción social, y diferenciando conceptos semejantes como la prevención especial y la reinserción social y la protección al condenado.

Ahora bien, lo más contradictorio tratándose del principio de necesidad de la pena es lo resaltado por el inciso segundo del artículo 3 cuando expresa: “El principio de necesidad se entenderá en el marco de la prevención y conforme a las instituciones que la desarrollan”. Valga preguntarnos, Prevención general o especial?

Respuesta que solo se obtiene por una adecuada sistematización e interpretación del título IV del código penal (De las consecuencias jurídicas de la conducta punible) en armonía con la Constitución Nacional y las normas rectoras de la ley penal Colombiana.

El artículo 61 del Código Penal en su inciso tercero parte final señala “...la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto” de donde se infiere su remisión directa a los artículos 3 y 4 del mismo código. La pena ha de cumplir una función en cada caso concreto, lo que supone que el fallador no puede imponer la pena por el sólo hecho de la culpabilidad, puesto que ello sería arbitrario tratándose de casos en los cuales la pena sería un escarnio injusto y demoleedor de la dignidad humana, por ejemplo la madre que imprudentemente transporta a diario a su hijo menor para la escuela en una bicicleta y al chocar contra un bus su hijo perece, en este caso particular la imposición de la pena es un absurdo dado el derrotero de vida de la madre y su hijo; o cuando padre e hijo, de buenas relaciones interpersonales, en alto estado de embriaguez riñen con arma blanca y uno de los dos muere, la pena no consultaría la prevención general o especial, ni la retribución justa, ni la reinserción

social, porque: ¿Qué prevenir? ¿La embriaguez, o las riñas de padres e hijos? ¿A quién reinsertamos y adonde?

### **NECESIDAD DE LA PENA.**

Nos parece que el artículo 61 en armonía con los artículos 3 y 4 del Código Penal han dado un vuelco total en cuanto a la individualización de la pena se refiere, y que el principio de NECESIDAD de la pena es el norte interpretativo para la imposición de la misma, interpretación que debe consultar el caso mismo, sus circunstancias, las pruebas obrantes en el expediente y la personalidad de la víctima y el victimario. Necesidad de la pena fundada en el respeto de la dignidad humana ya que una pena innecesaria es lo mismo que una pena irracional, y si bien la pena es una irracionalidad revestida de racionalismo por principios tales como la proporcionalidad o razonabilidad, si no es necesaria es doblemente irracional. Se impone entonces al fallador justificar la imposición de la pena.

Vistas así las cosas, por la NECESIDAD de la pena, ya no vale hablar de una justificación del castigo, bien desde las tesis retribucionistas, utilitaristas o de la justicia distributiva, sino más bien de JUSTIFICAR LA NECESIDAD DEL CASTIGO, en la medida que este debe cumplir una función habida consideración del delito, sus circunstancias, el daño inferido, la víctima y por supuesto el victimario, o como lo señala el inciso tercero del artículo 61 del C.P. "... el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real, o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la responsabilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes...". Téngase también en cuenta lo dispuesto por el artículo 55 del Código Penal en los numerales 2 (El obrar por motivos nobles o altruistas), 3 ( El obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso), 4 (La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible), 5 (Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias), 6 (Reparar voluntariamente el daño ocasionado aunque no sea en forma total. Así mismo, si se ha procedido a indemnizar a las personas afectadas con el hecho punible), 8 (La indigencia o la falta de ilustración, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible) y 9 (Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible), que aún cuando son consideradas circunstancias de menor punibilidad, perfectamente podrían determinar al juzgador a considerar que la pena NO ES NECESARIA en esos casos concretos, es decir, la pena no cumpliría ninguna función, porque si miramos atentamente dichas causales de menor

punibilidad, lo que descubriremos es una diferencia muy sutil con las causales de ausencia de responsabilidad, específicamente con las de los numerales 6, 7, 8 y 9 del artículo 32 del código penal colombiano.

Podríamos preguntarnos, ¿el legislador colombiano es ambiguo al tratar de manera diferente o contradictoria un mismo fenómeno? La respuesta indudable es que sí. El legislador es ambiguo, y tal ambigüedad se traslada inmediatamente a la doctrina, ya que ésta no repara en la diferencia entre las causales de ausencia de responsabilidad, las circunstancias de menor punibilidad y las eximentes de punibilidad. A manera de ejemplo: ¿Que tanto, en términos absolutos, va de “Obrar impulsado por miedo insuperable” (artículo 32 # 9 C.P.) a “Obrar en estado de temor intenso” (artículo 55 # 3 C.P.)? Independientemente de la filigrana poética que se utilice para establecer la diferencia, el temor intenso es miedo insuperable y viceversa; así como “La indigencia o falta de ilustración” determinantes de la comisión de una conducta atentatoria contra el patrimonio económico es un “Estado de necesidad” y viceversa; igualmente se “Obre bajo insuperable coacción ajena” es igual en algunos casos concretos a “La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible”.

Las contradicciones al interior del código son muchas, sólo que por centrarnos en la teoría general del delito en desmedro de la teoría de las consecuencias de la conducta punible olvidamos que tanto la una como la otra son dos caras de la misma moneda: El Derecho Penal.

En lo que hace referencia a la imputabilidad, bien como elemento o presupuesto de la culpabilidad, “La inmadurez psicológica..., diversidad sociocultural o estados similares” no difieren sustancialmente de “La indigencia o falta de ilustración” y “Las condiciones de inferioridad psíquica determinadas por la edad o por circunstancias orgánicas, en cuanto hayan influido en la ejecución de la conducta punible”, eso sin mencionar la “novedad” del artículo 56 del Código Penal Colombiano cuando señala que la pena se disminuirá para quien “...realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible..”, que a todas luces presenta, o bien la eliminación por exclusión de la causal de ausencia de responsabilidad del numeral 7 del artículo 32 del Código Penal en la medida que en la lucha contra la criminalidad lo racional será imponer pena aunque disminuida a los menos favorecidos, pero pena al fin y al cabo, o definitivamente es el ejemplo palpable, por interpretación benigna, de la NO NECESIDAD DE PENA en esos supuestos, por cuanto ésta no cumpliría ninguna función.

Lo anterior no obsta para llamar la atención de la doctrina y operadores jurídicos en la correcta y adecuada intelección del concepto “NECESIDAD DE PENA” con fundamento en el



principio de la dignidad humana en armonía con el de la igualdad (artículo 13 de la Constitución Nacional), por cuanto puede convertirse en instrumento para hacer escarnio del enemigo y alabanzas con el amigo del régimen, desarticulando por completo la dogmática jurídica penal y colocar al derecho penal no al servicio del hombre sino al servicio del soberano (11).

### **ESPECIFICACION DE LAS EXIMENTES.**

En el entendido que las eximentes de punibilidad suponen la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable y que solo restará justificar la necesidad de la pena, o mejor aún la NECESIDAD DEL CASTIGO, el Código Penal Colombiano deja al arbitrio del juzgador la justificación de la necesidad, de modo general, y la circunscribe, a manera de especial énfasis, en los siguientes eventos:

1. Artículo 34 inciso segundo del Código Penal.

“En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria”.

El artículo reseñado se ha prestado para generar confusión y propugnar por una interpretación restrictiva en mala parte del artículo 61 del Código Penal, en la medida que los funcionarios judiciales creen, con la fé ciega del carbonero, que sólo para los casos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad pueden prescindir de la pena, según su leal saber y entender en cada caso concreto, sobre la NECESIDAD o no de la misma.

Sin embargo para aquellos legalistas que han olvidado que la nueva constitución es norma de normas (artículo 4), la hermenéutica brinda elementos suficientes para entender que la norma penal se integra con todas aquellas que en su debido momento se ocupan del tema (La punibilidad) y cuya función es ser norte interpretativo, por lo que el artículo 61 del Código Penal Colombiano - Fundamentos para la individualización de la pena – concretamente lo señalado en el inciso tercero parte final “...la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto” se debe integrar con los artículos 3 y 4 del mismo código, NORMAS RECTORAS de la ley penal Colombiana, desarrollo legislativo del artículo 29 de la Constitución Nacional y cuya fuerza normativa más allá de toda duda aparece consignada en el artículo 13 del mismo código.

2. Artículo 124 parágrafo del código penal.

“En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto”.

Se trata sin lugar a dudas del llamado “Aborto sentimental” , y atendiendo al artículo 124 del C.P., en algunos casos de aborto cuando el embarazo es resultado de acceso carnal violento, la pena es prácticamente simbólica y sin saberse a título de que, a no ser que la mojigatería de algunos se haya convertido en norma penal por alguna transmutación difícil de explicar, lo que sin lugar a dudas conduce a considerar que el “podrá” del párrafo señalado debe entenderse siempre como “deberá”, en la medida que la pena, conforme lo señala el artículo 61 del Código Penal no será NECESARIA y no cumplirá NINGUNA FUNCION. Podría pensarse que tal afirmación carece de sentido ahora que la corte constitucional mediante sentencia C- 355 del 10 de Mayo de 2.006 declaró inexecutable lo referente al aborto en los casos señalados, sin embargo, en lo que se refiere al párrafo en comento, “las extraordinarias condiciones anormales de motivación” no son más que “influencias de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas” tal como lo señala el artículo 56 del Código Penal, lo que para algunos no es más que la solución correcta al problema presentado por el párrafo del artículo, es decir, no prescindirán de la pena sino que por el contrario y con los mismos argumentos de la NO NECESIDAD DE LA PENA, simplemente la atenuarán en un juego de política criminal maquiavélica.

Artículo 56 del código penal colombiano.

“El que realice la conducta punible bajo la influencia de profundas situaciones de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, en cuanto hayan influido directamente en la ejecución de la conducta punible y no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad...”

Conforme lo señalado anteriormente, el artículo 56 consagra una novedad extraña y absurda que debe precisarse y colocarse en su real dimensión hermenéutica, para no caer en contradicciones.

Si el estado de necesidad es causal excluyente de responsabilidad (Artículo 32 # 7 C.P.) el artículo 56 es una repetición de dicha causal, con la diferencia que deja al fallador la posibilidad de interpretar la conducta punible realizada como influida directamente por la condiciones mencionadas en el artículo y que a su juicio no tengan la entidad suficiente para excluir la responsabilidad. Pero dicha posibilidad no puede conducir al absurdo de declarar la responsabilidad penal y reconocer el influjo directo de dichas condiciones, lo que en realidad pone de manifiesto la existencia de la causal de ausencia de responsabilidad, en la medida que

el agente no ha causado intencionalmente, en la inmensa mayoría de los casos, su profunda situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas, no teniendo además el deber jurídico de afrontar tales condiciones, pensarlo siquiera legitimaría la desigualdad social y haría reverdecer el determinismo social, tan ansiado por algunos pero en contradicción con el mandato constitucional del artículo 13 de la Carta Política que al tenor literal en sus incisos 2 y 3 expresa: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”

Definitivamente la “profunda situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas” hace que las personas en tales circunstancias se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta, lo que supone para el Estado, en este caso el Estado jurisdicción, protegerlos especialmente, lo que significa ni más ni menos no hacer más dramática su precarísima condición económica, física o mental. No reconocer que la Constitución es norma de normas e inaplicar el mandato de igualdad material es una clara muestra de abuso y maltrato institucional.

Sin embargo huelga recalcar aquí sobre la inadecuada sistemática del Código Penal Colombiano en lo referente al mismo artículo 56, toda vez que aparece inicialmente como una especial circunstancia de menor punibilidad con una rebaja no mayor de la mitad del máximo ni menor de la sexta parte del mínimo, en tanto que el artículo 32 numeral 7 inciso segundo (Exceso en las causales de ausencia de responsabilidad) trata el exceso como atenuante específica , según la cual se incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo; con lo cual es apenas obvio que el camino más expedito y nada garantista para la solución de tal desarmonía normativa es que las condiciones señaladas por el artículo 56 del Código Penal sean tomadas como exceso en la causal de ausencia de responsabilidad, en la medida que no tuvieron “la entidad suficiente para excluir la responsabilidad”, es decir que a pesar de la debilidad manifiesta del sujeto dada su condición personal y social, es esa misma condición o causa la que lo hace proclive a la comisión del delito y por su debilidad (Objetiva), sólo se le atenuará la pena y no se tomará en cuenta el artículo 56 porque ello supondría impunidad y la sociedad reclama sanciones, aún a espaldas de la carta política.

Consideramos entonces, que el artículo 56 debe entenderse como eximente de punibilidad y no como atenuante de pena, acudiendo directamente a la Constitución Nacional, concretamente al principio de igualdad material, desarrollado legislativamente en el código penal en el artículo

7, y cuya redacción no deja ninguna duda: “La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las **situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política**”. (Subrayas nuestras).

3. Artículo 452 del código penal.

“Cuando el interno fugado se presentare voluntariamente dentro de los tres (3) días siguientes a la evasión, la fuga se tendrá en cuenta únicamente para efectos disciplinarios”.

Harto discutible el que éste artículo sea eximente de punibilidad, nos parece más bien que se trata de una causal adicional y específica de ausencia de responsabilidad no contenida en el artículo 32 del Código Penal. Incluso, podría tratarse más bien de un requisito de procedibilidad para iniciar acción penal, en la medida que no procede acción penal si el fugado se presenta voluntariamente dentro de los tres días siguientes a la evasión.

4. La amnistía impropia.

El artículo 150 numeral 17 de la Carta Política establece: “Corresponde al congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:...conceder, por mayoría de los dos tercios de los votos de los miembros de una y otra cámara y por graves motivos de conveniencia pública, amnistías...por delitos políticos”

Evidentemente compete sólo al legislador el otorgamiento de amnistías, y cuando estas comprenden a reos condenados, inmediatamente cesa la ejecución de la pena, así como no podrán ejecutarse las penas de aquellos beneficiados con la amnistía pero que por cualquier motivo disfrutaban de libertad. Si el legislador exonera a su vez al condenado de pagar los perjuicios ocasionados con la conducta punible, el estado debe reparar los perjuicios, de acuerdo con lo estipulado por la parte final del numeral 17 del mismo artículo 150 de la Constitución.

6. El indulto.

Igualmente de acuerdo con el artículo 150 numeral 17 en armonía con el artículo 201 numeral 2 de la Constitución Nacional, corresponde al congreso, por mayoría calificada – dos tercios – conceder indultos por delitos políticos, autorizando al gobierno nacional a otorgarlos con arreglo a la ley.

Al igual que la amnistía el indulto exime de pena y en las mismas condiciones, pero a diferencia de aquella, el indulto no puede comprender la exoneración de responsabilidad patrimonial por el delito cometido, según se desprende de la redacción del artículo 201 numeral

2 de la constitución, aun cuando el numeral 17 del artículo 150 de la misma carta, omnicomprendido de la amnistía y el indulto pareciera permitirlo, sin embargo por expresa disposición en norma posterior y sobre el tema específico del indulto, no cabe ninguna duda que el indultado está en la obligación de reparar los perjuicios materiales y morales ocasionados con la conducta punible.

#### 7. La prescripción de la sanción penal.

Una vez se haya dictado sentencia penal condenatoria restrictiva de la libertad individual, no podrá ejecutarse la pena, es decir, no obstante la responsabilidad penal judicialmente declarada no es posible obligar, aún por el uso de la fuerza, al sentenciado al cumplimiento de la pena cuando transcurra un tiempo igual al fijado como sanción en la sentencia si el condenado no se encuentra privado de la libertad, o en un tiempo igual al que faltare por ejecutar como en el caso de fuga, siempre y cuando no sea inferior a cinco años, tal como reza el artículo 89 del Código Penal Colombiano. En este supuesto, en cada caso concreto el paso del tiempo exime de la pena.

### **EXIMENTES PROCESALES.**

Aunque para algunos el tratamiento debe ser diferente, consideramos que revisten especial importancia sustancial penal en la medida que tanto el derecho penal sustantivo como el derecho procesal penal son momentos del ejercicio del ius puniendi y sus supuestos y consecuencias son las mismas, a la vez que obedecen a las mismas razones de política criminal, por lo tanto, las figuras del desistimiento, conciliación e indemnización integral de perjuicios, consagradas en la Ley 600 de 2.000, revisten especial importancia penal en la medida que en ellas no estamos en presencia de un proceso terminado con sentencia penal condenatoria, es decir, reo condenado con el cumplimiento de las formalidades propias del juicio previa verificación de la responsabilidad penal. Veamos:

#### 1. Desistimiento.

De conformidad con el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal Colombiano los delitos querellables son susceptibles de desistimiento cuando el querellante legítimo presenta escrito ante el funcionario judicial que tramita la actuación penal, antes que se dicte sentencia de primera o única instancia, con el requisito único de verificar por parte del funcionario judicial el que la expresión o manifestación de voluntad del querellante haya sido libre y exenta de vicios.

Pudiera pensarse que se trata de una eximente de punibilidad, la inmensa mayoría de las veces, en la medida que no es más que un acuerdo económico entre víctima y victimario, para

que pese a la responsabilidad penal del sindicado-querellado, éste quede libre de toda mancha, sin embargo es evidente que no es más que una figura procesal penal que impide la terminación normal del proceso.

## 2. La conciliación y la indemnización integral de perjuicios.

Los artículos 41 y 42 del Código de Procedimiento Penal Colombiano, consagran a nuestro parecer, una misma institución procesal que impide la terminación normal del proceso, toda vez que los supuestos para que opere una y otra figura son exactamente los mismos.

En efecto el artículo 41 señala que la conciliación procede para los delitos que admiten desistimiento o indemnización integral; y su vez, el artículo 42 indica que procede la terminación por indemnización integral en los delitos que admiten desistimiento. Cual entonces la diferencia entre uno y otro artículo? Ninguna evidentemente. De hecho no tiene ningún sentido pedir extinción de la acción penal por el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal cuando la misma norma la limita a una sola vez en un lapso de cinco años, en tanto que la extinción de la acción penal por el fenómeno de la conciliación del artículo 41 no tiene limitante alguna.

En ambos casos a su vez, al igual que para el desistimiento, no obstante la responsabilidad penal del sindicado, se llega a un acuerdo económico entre víctima y victimario para poner fin al proceso penal, con la obligación del funcionario judicial de verificar:

- a. Que el consentimiento de la víctima haya sido libre y exento de vicios.
- b. Que efectivamente se produzca el pago de perjuicios o se garantice adecuadamente el pago de los mismos.

## **EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA LEY 906 DE 2.004.**

De acuerdo con los artículos 321 y siguientes del nuevo código de procedimiento penal – ley 906 de 2.004 – podrá declararse la extinción de la acción penal en los eventos de las causales señaladas por el artículo 324, con lo que es evidente que no obstante la comisión de la conducta delictiva el sujeto activo de la misma no se hace merecedor de pena por consideraciones políticocriminales.

Es indudable que el principio de oportunidad consagrado en nuestro ordenamiento procesal penal se encuentra imbuido de una clara concepción funcionalista del derecho penal y más específicamente del concepto de NECESIDAD DE PENA antes mencionado.

Es así como deben entenderse las siguientes causales:

- “..., pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal”. 324-1.
- Colaboración eficaz. 324-5, 324-6.

- Cuando el imputado haya sufrido las consecuencias de la conducta culposa. 324-7.
- Suspensión del procedimiento a prueba. 324-8, 325.
- Afectación al bien jurídico funcional poco significativa. 324-10.
- Reducido y aleatorio beneficio. 324-11.
- Mermada significación jurídica y social. 324-12.
- Sanción innecesaria e inútil socialmente. 324-13.
- Afectación mínima de bienes colectivos. 324-14.
- Exceso en la justificante como representativa de menor valor jurídico o social por los condicionamientos fácticos o síquicos de la conducta. 324-17.

Huelga señalar que estas mismas circunstancias pueden elucidarse a partir de las causales de ausencia de responsabilidad del artículo 32 del Código Penal Colombiano, con lo que es apenas obvio que suponen un adelantamiento del juicio de responsabilidad penal propio del juez de conocimiento y no del juez de control de garantías, sin embargo lo que aquí interesa es denotar que lo común a todas las causales para la aplicación del principio de oportunidad, en especial las señaladas, es la poca utilidad de la sanción frente al infractor por la insignificancia de la conducta o el daño, bien individual o social, lo que hace a todas luces INNECESARIA LA PENA, por cuanto ella no cumpliría ninguna función, según lo normado por los artículos 3, 4 y 61 inciso 3 del Código Penal – Ley 599 de 2.000- prescripciones ajustadas a una concepción funcionalista del derecho penal.

En estos supuestos de aplicación del principio de oportunidad, a la manera de eximentes de punibilidad, el juez de control de garantías verificará, de manera anticipada, la NO NECESIDAD DE LA PENA por ausencia del interés del estado y la sociedad en la persecución penal, por inutilidad o innecesariedad de la sanción y declarará la extinción de la acción penal ( Artículos 327 y 329 de la Ley 906 de 2.004).

### **CONCILIACIÓN PREPROCESAL.**

El artículo 522 de la Ley 906 de 2.004 dispuso la obligatoriedad, como requisito de procedibilidad, de la conciliación para los delitos querellables. Evidentemente de lo que se trata aquí es de la “terminación extraordinaria” del proceso penal por el pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados con la conducta punible, lo que no obstante la responsabilidad penal, que no se discute en dicha diligencia, predica una y otra vez el que la pena no es necesaria en estos eventos, funcionando la conciliación como eximente de punibilidad.

### CONCLUSIÓN.

Con el término eximentes de punibilidad se hace referencia a un fenómeno propio de la categoría de la PUNIBILIDAD o teoría de las consecuencias jurídicas de la conducta punible, más concretamente, a la imposición de la pena atendiendo no solo al juicio de culpabilidad sino también a razones de política criminal.

Por razones de política criminal, no obstante tratarse de una conducta típica, antijurídica y culpable, por tanto punible, puede prescindirse de la pena por la ponderación que hará el funcionario judicial de la necesidad de la misma y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, tal como lo regula el artículo 3 del Código penal: "La imposición de la pena...responderá a los principios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad."

Por razones de política criminal puede incluso realizarse un juicio ex ante de responsabilidad penal – requisitos de procedibilidad o aplicación del principio de oportunidad - y prescindirse de la acción penal, o bien, concluir que dada la insignificancia social y jurídico penal de la conducta, o la falta de interés del estado o la inutilidad de la sanción, la pena ya no es necesaria.

### NOTAS.

- (1) BETEGON, Jerónimo. LA JUSTIFICACION DEL CASTIGO. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1.992, página 22.
- (2) Obra citada. Página 15.
- (3) ORTIZ RODRIGUEZ, Alfonso. LA PUNIBILIDAD Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. Universidad de Medellín. Medellín, 1984, página 17.
- (4) VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Ed. Temis. Bogotá, 1994, página 93.
- (5) FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. DERECHO PENAL FUNDAMENTAL I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá, 2.004, página 625.
- (6) Obra citada. Página 627.
- (7) BONGER, Willeem. Citado por Jerónimo Betegón. La justificación del castigo. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1992, página 137.
- (8) RAWLS, John. SOBRE LAS LIBERTADES. Ediciones Paidós. Barcelona, 1990, página 33, 37.
- (9) CAMPS, Victoria. En nota de introducción Sobre las libertades de John Rawls. Ediciones Paidós. Barcelona, 1990, página 24.



- (10) SANDOVAL HUERTAS, Emiro. SISTEMA PENAL Y CRIMINOLOGIA CRITICA. Ed. Temis. Bogotá, 1994, página 29.
- (11) FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. DERECHO PENAL FUNDAMENTAL I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá, 2004, página 647.

### **BIBLIOGRAFÍA.**

CONSTITUCION NACIONAL.

CODIGO PENAL COLOMBIANO Ley 599 de 2.000.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO Ley 600 de 2.000.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO Ley 906 de 2.004.

BETEGON, Jerónimo. LA JUSTIFICACION DEL CASTIGO. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1.992.

ORTIZ RODRIGUEZ, Alfonso. LA PUNIBILIDAD Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD. Universidad de Medellín. Medellín, 1984.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Ed. Temis. Bogotá, 1994.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. DERECHO PENAL FUNDAMENTAL I. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá, 2004.

RAWLS, John. SOBRE LAS LIBERTADES. Ediciones Paidós. Barcelona, 1.990

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. SISTEMA PENAL Y CRIMINOLOGIA CRÍTICA. Ed. Temis. Bogotá, 1994.