

“EL OBRAR DE MANERA DISTINTA”:

MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL DERECHO PENAL

José Fernando Botero Bernal.

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín¹

§1. INTRODUCCION.

1. No puede negarse que hablar de Derecho Penal, en cualquiera de sus acepciones, es hablar de libertad y en ese sentido, Francesco Carrara, tenía razón al afirmar:

“*libertad* es lo mismo que *derecho*, ya que la idea de éste se compendia precisamente en aquélla, pues nadie puede considerarse y sentirse libre si no puede ejercer al mismo tiempo alguno de los derechos especiales que le competen, sea que use de sus facultades internas, sea que use de las externas.”²

2. Sin embargo, la libertad tiene claras manifestaciones las que son tuteladas por el derecho, como sistema normativo³, esas manifestaciones se hallan resumidas en lo que se conoce como “el obrar de otra manera”, es decir, la posibilidad real de actuar de manera propia al servicio de los intereses de quien actúa, en búsqueda de su bien o, lo que es lo mismo, el obrar de manera distinta. –libertad de obrar-⁴.

3. Ese obrar de otra manera o, si se quiere, de manera distinta es una especie de bien jurídico de otro, cuyo *nomen iuris* en la margen periférica es: “libertad individual”⁵.

¹ Coordinador de la línea de investigación en Derecho Penal de la Universidad de Medellín. Miembro del Instituto de Altos Estudios Criminológicos y Penales –INACRIP-. Miembro y consultor del Instituto Panamericano de Política Criminal –IPAN-. Litigante en el área de Derecho Penal. Asesor Jurídico del Tribunal de Ética Médica de Antioquia. Miembro del Centro Colombiano de Bioética “CELCOBE”.

² Carrara, Francesco: *Programa de Derecho Criminal. Parte especial. Volumen II.*, reimpresión de la cuarta edición, traducción José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Colombia, Temis, Bogotá, 1.986, p. 323 § 1558.

³ Por ello puede aseverarse que realmente libertad no es mismo que derecho. El derecho lo que hace es garantizar la libertad de acción en coexistencia.

⁴ Botero Bernal, José Fernando. *La conducta delictiva de Constreñimiento ilegal*. Colombia, Ieyer, 2.003, Bogotá, p. 30 §1, II, num. 12.

⁵ Por ejemplo: Capítulo VI, Título I, Parte Especial del Código Penal del Brasil. Título III, libro Segundo del Código Penal Colombiano.

4. Siendo así las cosas, el presente escrito habrá de versar, de manera general por espacio y tiempo⁶, sobre la conducta delictiva atentatoria contra el actuar de otra manera.

§2. HACIA UNA TEORÍA DE LA PARTE ESPECIAL.

1. Lamentablemente es punto común en los escritos de la Parte Especial del Derecho Penal, la ausencia de una sistemática de igual talante que la elaborada para la Parte General⁷. Tal ausencia tiene muy variadas causas, entre ellas cabe mencionar: el continuo cambio legislativo⁸. No en vano se ha afirmado que: “*No todos gustan consagrarse a una materia que de pronto va ser maltratada, contrahecha o suspendida*”⁹, por lo que el estudio y la sistematización de la PE han sido abandonados, quedando reducidos a exposiciones meramente casuísticas.

2. Dado ese actual estado de cosas, es por lo que, quien escribe, viene proponiendo una Teoría, no general, de la PE¹⁰. Esa teoría supone un previo fundamento filosófico, político y jurídico en el cual se pueda enmarcar y brinde, así, una coherencia expositiva.

3. Si el centro y razón del Derecho es el Hombre, necesariamente la Teoría de la PE tiene que tener un claro fundamento antropológico¹¹ por virtud del cual se comprenda por hombre –persona-, en quien “se resume el todo del mundo y el sentido del cosmos, y se justifica la

⁶ Un estudio más detallado ver, entre otros, Botero Bernal, José Fernando. *La conducta delictiva de Constreñimiento ilegal*. Colombia, Ieyer, 2.003, Bogotá, 121p.

⁷ En adelante, se hará referencia a la Parte General con las siglas “PG” y a la Parte Especial con las abreviaturas “PE”.

⁸ Actitud que se ha convertido en la regla general del poder punitivo tanto de la periferia como del centro, aunque debe reconocerse que tal actitud se evidencia más claramente en aquella margen –periferia- que es ésta –centro-.

⁹ Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo III.*, Colombia, Temis, Bogotá, 1.984, p. 17 supra. Numeral 978 infra.

¹⁰ Por ejemplo, entre otros, ver: Botero Bernal, José Fernando. *Estudio crítico a los delitos contra el Honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal Objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica*. Colombia, Ieyer, Bogotá, 2.002. Botero Bernal, José Fernando. *La conducta delictiva de Constreñimiento ilegal*. Colombia, Ieyer, 2.003, Bogotá. Botero Bernal, José Fernando. *De la Manipulación Genética: Regulación en el Nuevo Código Penal*. Colombia, Jurídica Sánchez, Medellín, 2.001.

¹¹ Puede consultarse el estudio sobre antropología filosófica, el cual brinda una historia del sentido y alcance del ser persona, en Lucas, Juan de Sahún. *Las dimensiones del Hombre. Antropología filosófica*. España, Sigueme, Salamanca, 1.996, ps. 166 a 184. También Sgreccia, Elio. *Manual de Bioética*. México, Diana, Universidad ANAHUAC, Instituto de Humanismo en Ciencias de la Salud, Ciudad de México D.F., 1.996, ps. 108 a 127. Es sumamente interesante Buber, Martín. *¿Qué es el hombre?*. Traducción de Eugenio Ímaz, tercera reimpresión, Colombia, Fondo de Cultura Económica, Santa Fe de Bogotá, 1.994.

organización social y el mismo orden jurídico”¹², no la “representación de una competencia socialmente comprensible”¹³ (Günther Jakobs¹⁴ y Niklass Luhmann), ni se le asienta únicamente en su característica de “comunicabilidad” (Jürgen Habermas). Sino que se le comprende a partir de sus tres características esenciales, fundantes, e irreductibles que se presentan de manera simultánea –no separables–: **la alteridad** – “Ser que tiene que llegar a ser con otros en el mundo”¹⁵ coexistencia y convivir: “Como individuo está llamado a cumplir una función que trasciende su propia existencia e individualidad, pues, existiendo para sí, el hombre existe para otros; al evolucionar para sí asciende para otros.”¹⁶–, **la comunicabilidad** –Ser persona que mediante la intersubjetividad expresa su intencionalidad– y **la libertad** –Ser persona en el mundo, autónomo y por lo tanto responsable: “libre ejercicio de dar norma y dirección a su vida”¹⁷– frente a los demás y al objeto.

4. Se reitera, el centro y razón del Derecho es el hombre pero no el hombre en un sentido individualista en donde sólo se ve a sí mismo y está consigo mismo –individualismo–; ni el hombre que se pierde en la sociedad, que se convierte en un ser anónimo en donde se le resta toda importancia a su intencionalidad y libertad para convertirlo en una persona en

¹² Sgreccia, Elio. Op. cit., p. 126 infra.

¹³ Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, reimpresión, España, Civitas, Madrid, 2.000, p. 51. Siguiendo así a Niklass Luhmann que entiende a la persona, al sujeto, al ser humano como “un sistema autorreferente que tiene en la conciencia y en el lenguaje su propio modo de operación autopoietica” (Luhmann, Niklass. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Introducción de Ignacio Izuzquiza, Traducción de Santiago López Petit y Odrote Schmitz, España, Paidós Ibérica, e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1.990, ps. 27 y 77 ss.).

¹⁴ Deben resaltarse, no obstante precedentemente haberse realizado mención, las posturas Neohegelianas, dentro de las cuales debe destacarse la posición del profesor Günther Jakobs para ver, entender y comprender a la persona. En una de sus últimas conferencias afirmó lo siguiente:

“Es cierto que el entendimiento de los nuevos tiempos no puede introducir cambios en el hecho de que los individuos muevan su cuerpo o que no lo muevan, y con ello en el hecho de que, como sujetos presociales, persigan algo o no; pero esto no interesa ya *per se*, sino sólo como detalle técnico que afecta a la prolongación de la Persona, esto es, entidades determinadas por normas cuyo comportamiento no interesa como comportamiento que ocasiona algo o no lo ocasiona, sino como un comportamiento que contiene significado” (Jakobs, Günther: *La omisión: estado de la cuestión*. Traducción de Javier Sánchez-Vera. En Roxin, Claus: *Sobre el estado de la teoría del delito*. (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra), España, Civitas, Madrid, 2.000, ps. 152 infra a 153 supra.) Un resumen del pensamiento de Jürgen Habermas y Niklass Luhmann en García Amado, Juan Antonio: *La filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, serie Teoría jurídica y filosófica del Derecho No. 5, Bogotá, 1.997, ps. 17 a 198.

De cara a lo anterior, sin negar lo consecuente que es Günther Jakobs en el desarrollo de su concepción de persona a través de su sistemática funcionalista extrema, termina reduciendo a la persona a un simple Ser “determinado” cuyo camino es únicamente seguir, cumplir la norma porque de lo contrario ya no sería persona.

¹⁵ Lucas, Juan de Sahún. Op. cit., p. 174 supra.

¹⁶ Desde una perspectiva existencialista-materialista, si se permiten dichas expresiones, Cfr. Gómez López, Orlando. *El Homicidio. Tomo I*. Colombia, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1.993, p. 3 supra.

¹⁷ Lucas, Juan de Sahún. Op. cit., p. 174 supra.

tanto cumpla el papel –“rol”- que le fue asignado por la sociedad –sistema- y el cual aprehende y aprende mediante la norma –colectivismo o funcionalismo-; en aquella – individualismo- “*el rostro humano se halla desfigurado*”¹⁸ y en ésta –funcionalismo en especial el sistémico- el rostro humano se encuentra “*oculto*”¹⁹ e incluso en la postura de mención se muestra a un hombre sin responsabilidad porque ya no es libre: él –el hombre común- no puede escoger entre una u otra actitud; tiene que cumplir, casi de manera fatal, con el papel a él asignado, no por él, sino por la sociedad y él se limita, para ser visto como persona, a cumplir ese papel y en consecuencia ya no es responsable por su intencionalidad, por la dirección dada a su conducta sino por el no cumplimiento del papel asignado, de “esa competencia” que lo hace “socialmente comprensible”.

5. Tampoco puede ser el centro del Derecho –de cualquier juicio de imputación de responsabilidad- el hombre que sólo se mire desde su perspectiva de comunicabilidad. El hombre, se reitera, centro del Derecho –de cualquier juicio de imputación de responsabilidades- es aquél que es visto, entendido y comprendido –y por lo tanto ponderado, si se quiere juzgado- desde de sus tres características, inseparables ellas, de alteridad, comunicabilidad y libertad, son estas tres características las que lo hacen ser él y lo hacen comprensible a sí mismo y a los demás.

6. En consecuencia, el fundamento filosófico elegido al ser aplicado, debe propender al bien del hombre, partiendo de éste y llegando a él, asimismo debe tratar al hombre como es, como se presenta en la realidad, por ello la utilización de la locución antropológico (personalista en su versión ontológica²⁰).

7. Ahora, tal fundamento antropológico (personalismo ontológico) debe ser complementado con un fundamento realista (realismo cognoscitivo²¹), es decir, la teoría de la PE, así como el método dogmático que se utilice, no deben ser empleados ni para crear ni mucho menos

¹⁸ Buber, Martín. *¿Qué es el hombre?*, traducción de Eugenio Ímaz, tercera reimpresión, Colombia, Fondo de Cultura Económica, Santafé de Bogotá, 1.994, p. 142.

¹⁹ *Ibidem*, p. 142.

²⁰ Como se afirmara en otra oportunidad –Vid. Botero Bernal, José Fernando. *Estudio crítico a los delitos contra el Honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal Objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica*. Op. cit., pág. 101 nota al pie de página 1. La corriente personalista tiene tres grandes vertientes, a saber: 1. El personalismo relacional-comunicativo de Apel y Habermas. 2. El personalismo hermenéutico de Gadamer y 3. El personalismo ontológico, en el que “*sin negar la importancia de la subjetividad estriba en una existencia y una esencia constitutiva en la unidad cuerpo-espíritu*” (Sreccia, Elio. Op. Cit., p. 73.)

²¹ Puede consultarse una muy buena síntesis del realismo cognoscitivo aplicado al Derecho Penal en Zaffaroni, Eugenio Raúl, Pierangeli, José Enrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Penal*. 5ª. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2004, ps. 406 a 408.

para alterar el objeto (ente) que se halla regulado por el Derecho Penal, e igualmente exige que la instancia de creación legal –criminalización primaria- tampoco altere el concepto óntico del ente que se desea tutelar.

8. Lo anterior no significa que se niegue la posibilidad de que tanto la Teoría comentada como su método y su resultado acudan a valoraciones, pero éstas se hallan limitadas por el “ontos” de la realidad que se valora²² o, en otras palabras, *“de los fenómenos observables en la realidad debe extraerse aquello que es relevante para la valoración jurídico-penal. De esta manera la estructura del fenómeno previo al derecho obliga a observar su naturaleza, en el momento de configurar las reglas jurídicas.”*²³

9. De manera muy atinada se asevera que *“...el sistema (de comprensión) debe admitir que cuando el legislador se refiere a algún dato del mundo no puede inventarlo, sino que debe respetar elementalmente su onticidad...Un derecho penal como discurso, que pretenda tener alguna eficacia, en cualquier sentido que sea, no puede obviar un alto grado de integración con las ciencias sociales”*²⁴. En consecuencia: *“El respeto a las estructuras reales del mundo es una condición de cualquier derecho que pretenda tener alguna eficacia sobre éste.”*²⁵ No se quiere significar con ello que el Derecho –y en él el Derecho Penal- desconozca la dinámica social, lo que se quiere decir es que se debe respetar el “die welt”, las estructuras reales del mundo, el carácter óntico de las nociones que se “regulan”.

10. Las expresiones antropológico y realista –que constituyen el fundamento filosófico- determinan al camino que se plantea para el estudio de la PE, el cual, en última instancia, busca responder qué es el saber jurídico-penal.

²² Bien se ha afirmado que *“El lenguaje de la ciencia contiene oraciones valorativas. No puede prescindirse de ellas al nivel pragmático porque en toda acción reflexiva –y la investigación científica lo es en alto grado- se dan relaciones de fines a medios”* (Bunge, Mario. *Ética y Ciencia*. 3ª edición, s.p., p. 25). Las ciencias valoran, o que no deben hacer es con base en dichas valoraciones o desvaloraciones alterar el objeto que valoran o, lo que es más, crear entes.

²³ Hirsch, Hans-Joachim. *El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel*. Traducción de Mariano Bacigalupo En Polaino, M. *Estudios jurídicos sobre la reforma penal*. España, Córdoba, 1.989, p. 25.

²⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al. Derecho Penal. Parte General*. Argentina, Ediar, Buenos Aires, 2.000, p. 89 §8 V numeral 1.

²⁵ *Ibidem*, p. 89 §8. V. numeral 4. Con un pensamiento en contrario dada la postura filosófica, entre otros, Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoría del Delito*, Traducción de la 2ª. Edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, España, Civitas, Barcelona, 1.997, p. 203 §7 numeral 23ss. Silva Sánchez, Jesús María (Ed.) *et al. Política criminal y Nuevo Derecho Penal*. España, José María Bosch Editor, Barcelona, 1.997, p. 19 a 20ss. Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, España, José María Bosch Editor, 1.992, p. 373 numeral 8. Agudelo Betancur, Nodier *et al. Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2.002, p. 206.

11. Éste –el saber jurídico-penal- estudia sólo una región, la jurídica, de ese todo que se llama “saber”, ciencia en sentir de la mayoría, y al “saber” –ciencia- preexisten los entes, la “existencia real”, la cual no puede ser ni alterada ni mucho menos creada por los saberes particulares: *“ninguna disciplina particular puede usurpar la función de la ontología, pretendiendo la aprehensión de los entes como realidad en sí. Tal pretensión conduce al autoritarismo...”*²⁶. Así entonces, lo que hacen los distintos saberes particulares -disciplinas-, no es, se reitera, ni crear ni alterar sus entes de estudio sino seleccionar unos entes de esa realidad previa a ellos; selección que se hace atendiendo al para qué de cada saber.

12. Sobre el camino adoptado por la ciencia moderna con gran tino se ha afirmado que: *“se ha arrojado con denuedo a la investigación de las cosas particulares: átomos, plantas e, incluso, el hombre. Pero, en su denuedo y arrojó, pasó por alto lo principal: el ser del ente o la existencia. Se procede como si la existencia fuera una cosa accesoría. La ciencia, efectivamente, permanecería la misma, existan o no realmente las cosas. Esto fundamentalmente es falso. No habría siquiera ciencia si antes no hubiera existencia real”*²⁷

13. El fundamento político de la teoría de la PE y de su método, el cual no puede ser otro más que el jurídico –dogmático-, es la deslegitimación del Derecho Penal, por ser éste un producto irracional de un artífice irracional: el poder punitivo, que se halla desligado de la realidad y, por lo tanto, su producto carece de datos de ésta: es la descripción –definición- de una “situación” que se da en la mente de su creador, la que se vincula a un sujeto también creado²⁸.

14. El fundamento jurídico se resume en su presupuesto: la libertad de acción en coexistencia. Así las cosas la Teoría de la PE²⁹ y su método –el dogmático- en momento alguno buscan legitimar el Derecho Penal en cuanto norma, por ello se adhiere a las sistemáticas teleológicas.

²⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al. Derecho Penal. Parte General.* Argentina, Ediar, Buenos Aires, 2.000, p. 3. Pensamiento éste que sigue de cerca los planteamientos de Martin Heiddegger.

²⁷ Fischl, Johann. *Manual de Historia de la Filosofía.* Reimpresión de la segunda edición, España, Herder, Barcelona, 1.997, p. 499.

²⁸ Ver sobre el particular: Zaffaroni, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal.* 2ª. edición, Colombia, Temis, Bogotá, 1.990.

Por lo tanto, no está de más insistir sobre la necesidad que debe presidir a cualquier sistemática del delito racional propia de un Estado –colectividad de personas en coexistencia- Constitucional, cuya función no sea simplemente la de “ordenar, clasificar y jerarquizar elementos o componentes”³⁰ de la ley penal, como es la de presuponer una finalidad política y un claro fundamento filosófico. Lo señalado anteriormente es lo que posibilita la distinción de los sistemas de comprensión del Derecho Penal. Tales sistemas “pueden ser teleológicos o clasificatorios, según que se elaboren presuponiendo una funcionalidad política y social o que se limiten a ordenar, clasificar y jerarquizar elementos o componentes.”³¹

§3. EL ENTE LIBERTAD INDIVIDUAL.

I. Introito.

1. Antes de comenzar a desarrollar de manera genérica el tema, por el motivo ya expuesto, se pueden señalar al menos dos razones para adelantar el presente escrito: la primera - razón técnica -, sería que en la mayoría de estudios sobre entes personalísimos, como se dijera en otro lugar³², pareciera carecer de interés el ente “libertad” en cualquiera de sus acepciones. Se dice que lo antes afirmado no resultaría cierto en tanto constantemente se habla de libertad, por ejemplo en su acepción de movimiento –la cual no es tal³³-, de la necesidad de protegerla e incluso, continuamente es objeto de incremento punitivo, como si el aumento de las penas hiciera más efectiva la tutela al ente libertad de movimiento.

²⁹ Ver los lineamientos de la Teoría de la PE más en detalle en: Botero Bernal, José Fernando. *Estudio crítico a los delitos contra el Honor. Bases e iniciación de una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal Objetivo. A la luz de una dogmática realista antropológica*. Op. cit., ps. 23 a 103, Primera Parte §1 a § 227.

³⁰ Zaffaroni, Eugenio Raúl et al. Op. cit., p. 82 §8 III. numeral 1.

³¹ *Ibidem*, ps. 81 infra y 82 supra §8 III. numeral 1.

³² Botero Bernal, José Fernando. Op. cit., Primera Parte, págs. 9 a 10.

³³ No obstante no ser el tema y en la medida en que no media ni el tiempo ni el espacio necesario, sí se debe señalar, de una manera muy concreta y lamentablemente corta, que lo que se protege realmente mediante la criminalización del secuestro, en sus diversas modalidades, así como en la *detención arbitraria*, más que la libertad de movimiento, entendida como esa capacidad real de ejercer, sin mayores obstáculos, el derecho de locomoción: la potestad de desplazamiento de un sitio a otro, el ingresar o salir de un lugar, es la capacidad real <<de abandonar el lugar donde se encuentra el sujeto>> (Muñoz Sánchez, Juan 52/1.992). Con otras palabras, la libertad individual que se tutela mediante las conductas referidas precedentemente es una especie del derecho de locomoción: la posibilidad real de abandonar –salir, si se quiere- de un lugar sin mayores obstáculos o condicionamientos externos determinantes.

2. No obstante esa continua mención, ello no significa que existan estudios serios y racionales, desprovistos de una intencionalidad “politiquera”³⁴, entendida ella como una hipertrofia de la política en el plano del ser, sobre las diversas conductas objeto de criminalización primaria por ser atentatorias contra la libertad en sus diferentes acepciones.

3. Valga aseverar aquí que la ausencia, en esta materia como en otras, de una política criminal coherente, la cual debe comenzar por preguntarse qué se quiere y cómo se quiere – en materia penal-, ambas preguntas inscritas dentro de un determinado modelo estatal –con una intencionalidad política definida de manera expresa-, han conducido a olvidarse que:

“Uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, por consiguiente, la vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable –pero justo se agregaría-, la cual, para que sea una provechosa virtud, debe ir acompañada de una legislación suave. La certeza de un castigo, aunque moderado, causará siempre una mayor impresión, que el temor de otro más terrible pero unido a la esperanza de la impunidad”³⁵

4. Y la segunda razón, filosófica ella, viene dada por el momento de la historia donde: *“Buena parte de la vida descansa, en nuestro días, en el ejercicio de la coacción de unos hombres sobre otros, y de las estructuras sobre todos.”*³⁶, siendo alguna forma de atentado contra la libertad individual la que: *“...trazaría la frontera entre la violencia “funcional”, que emana del propio Derecho, y la “disfuncional”: la prohibida.”*³⁷

5. Así entonces, ya es procedente comenzar a realizar el estudio, que sería más un comentario sistematizador, del ente tutelado –bien jurídico- libertad individual.

³⁴ Debe quedar muy claro que no puede existir una posición jurídica sin ninguna intencionalidad política. Lo que se debe evitar es que dicha intencionalidad se pervierta para degenerar en “politiquera”.

³⁵ Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. traducción Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin, Colombia, Temis, Bogotá, 1.987, p. 47 § XX. Ésta edición contiene un estudio preliminar denominado: “Crítica y control del poder punitivo del Estado.” Elaborado por el profesor Nodier Agudelo Betancur, el cual puede servir como base para iniciar la elaboración de una verdadera política criminal para Colombia. Si se quiere puede consultarse también Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*,³⁸. reimpresión, traducción de Juan Antonio de las Casas, introducción, Apéndice (Beccaria en España) y notas de Juan Antonio Deval, Alianza Editorial, Madrid, 1.986, págs. 71 infra a 72 supra. capítulo 27. El presente texto contiene un comentario de Voltaire, llamado: “Comentario al libro <<De los delitos y de las penas>>” -comentaire sur le livre “Des délits et des peines”-.

³⁶ García - Pablos de Molina, Antonio. *Derecho Penal y protección de la Libertad de obrar de la persona. El delito de Coacciones*. En García – Pablos de Molina, Antonio. *Estudios de Derecho penal*. España, Bosch, Barcelona, 1.984, p. 256 III. Cobo del Rosal, Manuel et al. *Delitos contra la libertad. Cuestiones Generales. Coacciones*. En Cobo del Rosal, Manuel et al. *Derecho penal. Parte especial. Volumen II*. España, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.987, p. 36.

³⁷ García – Pablos de Molina, Antonio. Op. cit., p. 256 III.

II. La Libertad Individual: comentarios generales.

1. Para desarrollar el presente tema, quien escribe, acudirá a lo que acotara en otra oportunidad³⁸.
2. Es una regla general, seguida de manera casi unánime por las codificaciones penales modernas, ubicar la violencia privada, llámese constreñimiento ilegal o coacciones, dentro de las conductas atentatorias contra la libertad individual.
3. En ese orden de ideas pareciera ser que el ente tutelado sería “*la libertad individual*” pero, de un lado, si se le entiende en uno de sus sentidos más exactos –libre albedrío- no pasa de ser un estado que sólo se constata cuando es referido a otro ente –honor, vida, patrimonio económico-, es decir, la libertad, entendida como quedó escrito anteriormente, se vería lesionada sólo si se atenta contra la vida, la integridad física, el buen nombre, el patrimonio económico etc., por lo que así no podría ser entendida como un ente de protección autónomo e independiente sino “*como un predicado concomitante de cada uno de los bienes individuales que protege el Derecho.*”³⁹ y de otro lado, la razón de ser del Derecho y con él la del Derecho Penal –siempre comprendido como contención⁴⁰- es la de proteger la libertad de acción, la cual permite la existencia de la comunidad en coexistencia, por lo que la libertad así comprendida sería más que un ente ideal de tutela –bien jurídico autónomo- la razón de ser del Derecho⁴¹.

³⁸ Ver para profundizar Botero Bernal, José Fernando. *La conducta delictiva de Constreñimiento ilegal*. Op., cit., 120p.

³⁹ Muñoz Sánchez, Juan. *El delito de detención*. España, Trotta, Madrid, 1.992, p. 36 numeral 2.1. infra. También Pérez, Luis Carlos: *Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo IV*. 1ª. Reimpresión, Colombia, Temis, Bogotá, 1.985, p. 363 numeral 2023.

⁴⁰ Dejando en claro que el Derecho no puede confundirse con las leyes, *latu sensu*, éste, sólo debe aspirar a ser un método racional de contención –limitación del poder punitivo- expresado mediante las leyes penales.

⁴¹ Francesco Carrara fue un poco más allá, como ya de indicara, para afirmar: “...en un sentido más lato y en un concepto más puramente especulativo, *libertad* es lo mismo que *derecho*, ya que la idea de este se compendia precisamente en aquella, pues nadie puede considerarse y sentirse libre si no puede ejercer al mismo tiempo alguno de los derechos especiales que le competen, sea que use de sus facultades internas, sea que use de las externas.” (Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial. Volumen II*. reimpresión de la cuarta edición, revisada, traducción José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Colombia, Temis, Bogotá, 1.986, p. 323 §1558.). Realmente “libertad no es lo mismo que derecho”; el derecho lo que hace es garantizar la libertad, la libertad de acción.

4. Pero si lo anterior no fuera poco, la libertad individual es un concepto sobre el cual se ha escrito surgiendo múltiples posturas⁴² al momento de ser comprendida. No en vano se habla de un concepto psicológico, social y jurídico de la libertad⁴³. Conceptos estos, a los que posteriormente acudirá el Derecho para fijar los límites del ente “libertad individual”.

5. Cuando se alude al **concepto o aspecto psicológico de la libertad** se quiere significar, de un lado, “a la formación del acto voluntario”⁴⁴, la cual se da en la psiquis de la persona y de otro lado, a la actuación o “manifestación de ese acto voluntario”⁴⁵, en otras palabras, el aspecto psicológico de la libertad muestra a ésta como “un atributo de la voluntad”⁴⁶, en donde la voluntad puede ser afectada en su fase de formación o en su fase de exteriorización, como lo entendió Karl Binding⁴⁷, en su *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*⁴⁸-Manual de Derecho Penal Alemán fundamental (Parte Especial), cuando procedió a definir y sistematizar los delitos contra la libertad entendiendo por tales “aquéllos que afectan a la formación o actuación de la voluntad”⁴⁹.

⁴² Sólo a manera de ejemplo, ver Abbagnano, Incola. *Introducción al Existencialismo*. Reimpresión de la primera edición en español, Colombia, Fondo de Cultura Económica, Santa Fe de Bogotá D.C., 1.997, p. 89 a 111 – libertad desde el existencialismo-. Sgreccia, Elio. *Manual de Bioética*, México, Editorial Diana, Universidad ANAHUAC instituto de Humanismo en Ciencias de la salud, Ciudad de México D.F., 1.996, págs. 60 ss., la libertad desde los diversos modelos bioéticos y una postura de la tantas veces mencionada locución libertad desde la corriente personalista ontologista-. Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph. *Investigaciones filosóficas sobre la esencia de la libertad humana y los objetos con ella relacionados*, Edición y traducción de Helena Cortés y Arturo Leyte, España, Antrhropos editorial del hombre, Ministerio de Educación y Ciencia, Barcelona, 1.989, 326p. Lucas, Juan de Sahún. *Las dimensiones del hombre. Antropología filosófica*, España, Ediciones Sigueme, Salamanca, 1.996, 265p. Una historia de la libertad en la filosofía, ver Fischl, Johann. *Manual de Historia de la Filosofía*, Reimpresión, España, Herder, Barcelona, 1.997, 579p.

⁴³ Cfr. Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª. Edición, revisada y puesta al día conforme al código penal de 1.995, España, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996, p. 135 supra. Cobo del Rosal, Manuel – Carbonell Mateu, J.C.: “Delitos contra la libertad. Cuestiones Generales. Coacciones.” En Cobo del Rosal, Manuel – Vives Anton, Tomas S. (Coordinador). *Et al. “Derecho penal. Parte especial. Volumen II.”*, España, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.987, p. 34. Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo IV.*, 1ª. Reimpresión, Colombia, Temis, Bogotá, 1.985, ps. 359 infra a 368 numerales 2019 a 2030.

⁴⁴ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial.*, 11ª. Edición, revisada y puesta al día conforme al código penal de 1.995, España, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.996, p. 134 infra a 135. Cobo del Rosal, Manuel - Carbonell Mateu, J.C. *Delitos contra la libertad. Cuestiones Generales. Coacciones*. En Cobo del Rosal, Manuel et al. *Derecho penal. Parte especial. Volumen II.*, España, Tirant lo Blanch, Valencia, 1.987, p. 34.

⁴⁵ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*, Op. cit., p. 135 supra. Cobo del Rosal, Manuel - Carbonell Mateu, J.C. *Delitos contra la libertad. Cuestiones Generales. Coacciones*. Op., cit. pág. 34

⁴⁶ Cobo del Rosal, Manuel - Carbonell Mateu, J.C. *Delitos contra la libertad. Cuestiones Generales. Coacciones*. Op., Cit., p. 34

⁴⁷ Ya Immanuel Kant, alemán también, en su libro *Fundamentación de la metafísica de la costumbres* había resaltado esa postura Vid. Kant, Emmanuel. *Fundamentación de la metafísica de la costumbres.*, 11ª. Edición, México, Porrúa, México D.F., 1.998, p. 52 ss.

⁴⁸ Binding, Kart. *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 2º. Auflage, Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1.902, p. 80ss.

⁴⁹ Muñoz Sánchez, Juan. *El delito de detención.*, España, Ed. Trotta, Madrid, 1.992, p. 38. Binding, K. *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil*, 2º. Auflage, Wilhelm Engelmann, Leipzig, 1.902, p. 82.

6. Ahora, cuando se acude al **concepto o aspecto social de la libertad** se alude a la coexistencia en sociedad, en atención a su conformación por personas dotadas de libertad y dignidad, de libertades que mutuamente se limitan y en no pocas veces, dada esa convivencia, entran en conflicto; conflicto que habrá de incidir en la adecuación típica.

7. Y por último, **la referencia jurídica a la libertad** significa que ella en sentido concreto, autónomo y excluyente se halla protegida por el Derecho.

8. Siendo así las cosas, debe definirse la concepción de libertad individual que en última instancia pretende ser tutelada por el Derecho, sin que, se reitera, se altere la locución (ente ideal) libertad.

9. Esa libertad individual, a la cual se refieren las codificaciones penales en procura de su tutela por considerar que ella –la libertad individual- es un ente de protección –bien jurídico “digno de tutela especial y autónoma”⁵⁰-, es la capacidad real⁵¹ de ejercer o no, dentro “de la esfera que le es propia”, una serie de facultades, unas reconocidas por ser inherentes a la persona y otras concedidas, vertidas en el ordenamiento jurídico.

10. Lo anterior quiere significar varias cosas, a saber: **La primera**, el ente de tutela: “*libertad individual*” se refiere a la capacidad real, concreta y no a una simple potencia de ejecutar o no un determinado acto⁵². **La segunda**, esa libertad individual de una persona determinada se halla tutelada por el Derecho penal en sentido objetivo siempre y cuando se efectúe al interior del área o esfera de la cual dicha persona es titular; por lo tanto la capacidad real de actuar, omitir o tolerar de una persona debe, para procurar la tutela penal, ejecutarse al interior “de la esfera que le es propia”. En consecuencia, como corolario de todo lo anterior, de un lado, se puede concluir que nadie –particulares y/o Estado- pueden entrometerse lícitamente, sea para exigir una determinada conducta, o impedir la omisión de un comportamiento o para imponer que se tolere algo concreto y de otro lado, puede concluirse

⁵⁰ Pacheco Osorio, Pedro. *Derecho Penal Especial. Tomo II.*, 2ª. Edición aumentada y corregida, Colombia, Temis, 1.977, Bogotá, p. 212 § 35 III.

⁵¹ Ya Francesco Carrara, al hablar de los delitos contra la libertad individual afirmaba: “*Mas en este caso la palabra libertad se emplea en un sentido más concreto, no como mera potencia, sino como una manifestación externa y actual de esa potencia, que en algún momento puede verse impedida, sin quedar eliminada.*” (Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial. Volumen II.*, reimpresión de la cuarta edición, revisada, traducción José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Colombia, Temis, Bogotá, 1.986, p. 323 § 1558.)

que es posible lícitamente obligar –constreñir- a otra persona a ejecutar determinada cosa – por ejemplo el ejercer una profesión de la salud previa autorización de las autoridades del área, el tener que obtener visa para poder ingresar a un país- sin que ello sea representativo de un atentado contra la libertad individual en la medida en que tal constreñimiento no interfiere en la esfera que le es propia; de igual manera se le puede obligar lícitamente a tolerar determinadas conductas -el tener que ver a los demás vestidos de una manera que no le agrada, el tener que escuchar opiniones que no comparte, etc.- como simple corolario de su libertad en coexistencia –convivencia-: El hombre es él y los demás -dimensión estática de la convivencia-.

11. La noción aquí brindada de “*libertad individual*” comprende las siguientes manifestaciones: **I.)** El ejercicio sin obstáculos del derecho de locomoción, el cual es inherente al hombre. Entendiendo ese derecho de locomoción no de manera genérica: como movimiento, ir de un lugar a otro, sino de manera específica: como la potestad real – efectiva- de salir de un lugar sin mayores obstáculos o condicionamientos externos determinantes⁵³. **II.)** El actuar de manera propia, al servicio de los intereses de quien actúa, en búsqueda de su bien. Ello sería, desde la perspectiva de un tercero, el obrar de manera distinta –libertad de obrar-. **III.)** El ejercicio de la intimidad y privacidad, en la esfera privada. **IV.)** El ejercicio o no de los derechos laborales. **V.)** Al ejercicio o no, sin mayores perturbaciones, de unas determinadas creencias religiosas.

III. El actuar de manera distinta: Constreñimiento ilegal.

1. Visto el contenido del ente protegido “*libertad individual*”, puede hacerse ya referencia al actuar de manera distinta o constreñimiento ilegal. Es obvio que la conducta delictiva de mención lo que coarta es la autonomía personal.

Siendo así las cosas cabe preguntar: ¿que se debe entender por autonomía personal?

⁵² Así entre otros, Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte especial. Volumen II.*, reimpresión de la cuarta edición, revisada, traducción José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Colombia, Temis, Bogotá, 1.986, p. 323 § 1558. Pacheco Osorio, Pedro. *Derecho Penal Especial. Tomo II.*, Op. cit., p. 153 § 38 l.

⁵³ Siguiendo así, claro está con adiciones conceptuales, entre otros a Muñoz Sánchez, Juan. *El delito de detención.*, España, Trotta, Madrid, 1.992, ps. 51 a 52 numeral 3. Prants Canut, José Miguel. *Delitos contra la Libertad.* En Quintero Olivares (Director) *et al. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal.*, 2ª. Edición, revisada, ampliada y puesta al día, España, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1.999, pág. 149 numeral 1 subnumeral 1.1. En otras palabras, el ente tutelado en las conductas típicas de secuestro, detención ilegal, por lo menos, puede, sin originar mayor problemática, ser entendido como la potestad real –efectiva- de salir de un lugar sin mayores obstáculos o condicionamientos externos determinantes

2. Antes que todo debe dejarse muy en claro el carácter extrajurídico de la locución “autonomía”, por lo que su significado debe hallarse fuera del Derecho, el cual debe partir respetando la existencia de la autonomía tal y como viene dada por otros saberes -la filosofía- encargados de delimitar, por ser ello una de sus tareas principales, dicha locución.

Así entonces, autonomía significa autogobierno, poder⁵⁴ para optar y materializar planes de vida o ideales de excelencia⁵⁵, en otras palabras, poder para optar por un plan de vida y en su elección conducir la conducta, “dentro de la esfera que le es propia”, en cualquier sentido.

4. Debe aclararse, no obstante ello que en un Estado constitucional “la esfera que le es propia” a una conducta viene establecida de manera negativa por la Constitución, los Tratados internacionales y con sujeción estricta a aquélla y a éstos por la ley interna, es decir, los anteriores estatutos normativos establecen una serie de limitaciones necesarias a la “*esfera que le es propia*” a cada persona para una adecuada coexistencia en sociedad.

5. En consecuencia, la autonomía personal denota no otra cosa que el poder –potestad, facultad- de adoptar decisiones sobre sí mismo, es decir, la facultad de obrar, de ejercitar la libertad de manera personal –individual- “*dentro de la esfera que le es propia*”, o, desde la perspectiva de un tercero, de manera diferente, se reitera, dentro “*de la esfera que le es propia*”.⁵⁶

6. En consecuencia, lo que limita la conducta delictiva de mención es esa capacidad real de ejercer la facultad de obrar según los intereses de cada persona dentro “*de la esfera que le es propia*”⁵⁷, es decir, el actuar según los intereses de cada persona pero con sumo respeto

⁵⁴ Algunos dirían capacidad pero dado el significado jurídico que tiene la palabra se evita su utilización para no caer en equívocos. Ver Sánchez Caro, Jesús – Sánchez Caro, Javier. *Consentimiento Informado y Psiquiatría. Una guía Práctica.*, España, Mapfre, Madrid, 1.998, p. 61: “*Aunque capacidad y autonomía tienen diferente significado, (autonomía significa autogobierno; capacidad habilidad para realizar una tarea), el criterio de autonomía de la persona y el de capacidad de la persona son francamente similares.*”

⁵⁵ Cfr. Nino, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación.*, España, Ariel, Barcelona, 1.989, p. 229.

⁵⁶ Sobre el particular y desde una sistemática diferente a la adoptada en el presente escrito puede verse al doctor Alfonso Reyes Echandia cuando asevera que: “Nuestro Código habla de “delitos contra la libertad individual y otras garantías” en su título X (arts. 268 a 291 –hace referencia al articulado del CPC/80-), para referirse no solo a la libertad de locomoción ya mencionada, sino también a la libertad para el ejercicio de toda actividad lícita, es decir, no prohibida legalmente...” (Reyes Echandia, Alfonso. *Tipicidad.*, 5ª. edición, Colombia, Temis, 1.989, p. 75. notas que indican el año de la codificación penal de los artículos citados no es propia del texto.)

⁵⁷ Muy parecido en Queralt Jiménez, Joan J. *Derecho Penal Español. Parte Especial.*, 3ª. edición conforme al Código penal de 1.995, España, José María Bosch Editor, Barcelona, 1.996, p. 92 §4 numeral 1. aquí afirma: “*El conjunto de libertades que protege el CP en este título VI –y, en parte, en el X- tienen como común denominador*

por la libertad individual de obrar de los demás en la medida en que no se existe sino que se coexiste.

7. De la anterior definición, se derivan varias aseveraciones, a saber: **Primera**, mediante la conducta delictiva de constreñimiento el derecho busca tutelar no cualquier libertad de obrar -de actuar de manera propia- sino la individual. **Segunda**, esa la libertad individual de obrar, de actuar de una manera propia “*dentro de la esfera que el es propia*”, es frente a los particulares y no frente al Estado –y entes que lo integran-⁵⁸ en tanto que la libertad de obrar de manera distinta –de manera propia- se protege frente al Estado mediante la criminalización de las conductas delictivas que integran los delitos contra la administración pública y los delitos contra la administración de justicia y **tercera**, si una muy clara manifestación positiva del libre desarrollo a la personalidad se halla en el respeto a la libertad individual de obrar del otro, en su actuar propio, su lesión no es más que la lesión al libre desarrollo de la personalidad del sujeto pasivo, a la sazón, sujeto de la acción.

8. Establecido el sentido y alcance de la expresión autonomía personal bien puede procederse al estudio, muy concreto, sobre la conducta delictiva de constreñimiento ilegal simple⁵⁹, se dice simple por cuanto tanto en la legislación Colombiana como Brasileña existen una serie de circunstancias de mayor punibilidad específicas, de la ya aludida conducta delictiva, que dan lugar a que, normativamente, se origine la conducta de constreñimiento ilegal agravado⁶⁰.

9. Se puede señalar, sin temor alguno, que la conducta desvalorada por el legislador penal y denominada “*constreñimiento ilegal*” alude a la acción de constreñir –compeler por la fuerza- a otro para que haga, tolere u omita algo concreto dentro de la esfera que le es propia a la persona que es obligada y esta definición, que obviamente partió de la descripción legal que de ella se formulara por parte del Legislador penal, se compone de los siguientes elementos, a saber: **A. Una acción de constreñir**, de obligar –compeler en el sentido lingüístico de la locución- por la fuerza –mediante violencia-. **B. actos –medios- de constreñimientos idóneos**

el ejercicio de la facultad de decidir y/o obrar sin injerencias violentas en tales actos”. Debe quedar muy en claro, que dado que se está en un Estado Constitucional, que parte de una coexistencia en libertad, tal ejercicio debe ser efectuado dentro de la esfera que le es propia a cada persona.

⁵⁸ De manera muy didáctica en *Ibidem*, p. 91 §4. numeral 1. En donde se afirma: “...de los delitos que atacan la libertad individual y cuyos autores son otros particulares, pues estos crímenes son realmente subsidiarios a todos los que afectan al bien jurídico de la libertad de obrar y decisión.”. García – Pablos de Molina, Antonio. *Derecho Penal y protección de la Libertad de obrar de la persona. El delito de Coacciones*. En García – Pablos de Molina, Antonio. *Estudios de Derecho penal.*, España, Bosch, Barcelona, 1.984, p. 257 IV. numeral 2.

⁵⁹ Artículo 146 Código penal Brasileiro –CPB- y art. 182 Código Penal Colombiano –CPC-.

para generar en el sujeto pasivo, que puede ser o no sujeto de la acción de constreñimiento, la obligación de hacer lo que no quería, que se abstenga de hacer lo que quería ejecutar o tolere algo determinado. **C. El dolo** en el sujeto activo.

10. De cara a todo lo anterior, bien pueden realizarse las siguientes precisiones: **Primera:** cuando se alude a constreñir se quiere significar la acción de “compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute algo”⁶¹, es decir, obligar por la fuerza⁶² o, lo que es lo mismo, violentamente⁶³, a otro para ejecute, omita o tolere *una actividad – evento, hecho, suceso o acción- con concreta* o, con otras palabras, “en utilizar apremios, violencia material, coacción psicológica mediante amenazas o asedios de cualquier clase a fin de imponer la ejecución de un hecho o de obligar a determinada actividad”⁶⁴. Así entonces, la conducta de constreñir se constituye en el desvalor de acción. **Segunda,** siendo lo anterior cierto, es por lo que la utilización de engaños, artificios, es decir, de medios no violentos para que otra persona haga, se abstenga de hacer o tolere una actividad concreta no se hallan cobijados como medios de constreñimiento y por lo tanto la conducta que haga uso de tales medios, en orden a limitar la capacidad real de obrar según los intereses propios y dentro de la esfera que le es propia al sujeto pasivo, es atípica⁶⁵. Igualmente, las simples advertencias para el cumplimiento de deberes debidamente adquiridos no son constitutivas de constreñimiento siempre y cuando ese consejo o llamado de atención, por lo general escrito,

⁶⁰ Art. 183 CPC y art. 146 §1. CPB.

⁶¹ *Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo I., 22ª. edición, España, Ed. Espasa Calpe, S.A., Madrid, 2.001, pág. 633:* “constreñir. (del lat. *Constringēre*). Tr: obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute algo.” Así Arenas, Antonio Vicente. *Comentarios al Código penal Colombiano. Tomo II. Parte Especial.*, Colombia, Temis, Bogotá, 1.989, p. 292.

⁶² Entre otros, Acevedo Blanco, Ramón. *Manual de Derecho Penal.*, Colombia, Temis, Bogotá, 1.983, p. 181. Arenas, Antonio Vicente. *Comentarios al Código penal Colombiano. Tomo II. Parte Especial.*, Colombia, Temis, Bogotá, 1.989, p. 292. Rendón Gaviria, Gustavo. *Derecho Penal Colombiano. Parte Especial. Volumen I., 3ª. Edición corregida y actualizada*, Temis, Bogotá, 1.973, p. 170 numeral 116. Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo IV., 1ª. Reimpresión*, Colombia, Temis, Bogotá, 1.985, p. 403 numeral 2075. Pacheco Osorio, Pedro. *Derecho Penal Especial. Tomo II., 2ª. Edición aumentada y corregida*, Colombia, Temis, 1.977, Bogotá, p. 154 §38 II. Ferro T., José Guillermo Eduardo. *Delitos Contra la Libertad Individual y otras Garantías*. En Reyes Echandia, Alfonso *et al. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I.*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1.987, p. 328.

⁶³ Cuello Calón, Eugenio. *Derecho Penal. Tomo II. Parte especial. Volumen Segundo.*, Reimpresión, Revisado y actualizado por César Camargo Hernández, España, Bosch, Barcelona, 1.982, p. 808 I. en donde afirma: “*El elemento básico de este delito es el hecho de imponer la propia voluntad mediante el empleo de la violencia*” (resaltos no propios del texto original.).

⁶⁴ Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal. Partes General y Especial. Tomo IV., 1ª. Reimpresión*, Colombia, Temis, Bogotá, 1.985, p. 402 infra numeral 2074.

⁶⁵ Entre otros, Ranieri, Silvio. *Manual de Derecho Penal. Tomo V. Parte Especial. De los delitos en particular.*, reimpresión, Colombia, Temis, Santa Fe de Bogotá. D.C., 2.000, p. 465. Literal E). III.) §1. numeral 3. García – Pablos de Molina, Antonio. *Derecho Penal y protección de la Libertad de obrar de la persona. El delito de Coacciones*. En García – Pablos de Molina, Antonio. *Estudios de Derecho penal.*, España, Bosch, Barcelona, 1.984, p. 271.

se reduzca a prevenir, a llamar la atención sobre el cumplimiento de los deberes contraídos; si, por el contrario, la advertencia deja de ser un anuncio de cumplimiento para convertirse en un anuncio de un mal futuro para que haga algo concreto o para que omita o tolere una determinada conducta o actividad específica sí puede hablarse de una acción de constreñimiento. **Tercera**, es connatural a la acción que se prohíbe –constreñir a otro para que haga, se abstenga de hacer o simplemente tolere- la “oposición de voluntades”, el enfrentamiento de querer⁶⁶, si falta dicha oposición o enfrentamiento no se puede hablar de constreñimiento y por lo tanto no es aplicable la conducta en estudio. **Cuarta**, lo que se hace, omite o tolera debe ser, como ya se indicó, una acción concreta, una actividad específica⁶⁷. **Quinta**, aunque obvio, la razón del hacer, omitir o tolerar una acción concreta debe ser *el constreñimiento*., es decir, debe existir un muy claro *vínculo causal “y de cierta entidad” entre la actividad concreta que se hace, omite o tolera y la conducta de constreñir* desplegada por el sujeto activo⁶⁸. **Sexta**, ese hacer, omitir o tolerar una actividad específica debe ser dentro de la esfera que le es propia al sujeto pasivo, es decir, dentro de esa órbita en la cual él puede hacer uso de su autonomía, de su libertad de acción en coexistencia sin más limitaciones que los derechos de los demás –por eso se emplea la expresión: “en coexistencia”-, la libertad de las personas con las cuales se coexiste. **Séptima**, cuando el supuesto de hecho alude a la omisión de una acción concreta –algo específico- hace alusión a la abstención y no a la omisión en sentido propio, en la medida en que el sujeto pasivo, que puede ser o no la persona sobre la cual recaiga la acción de constreñir, en tanto al obligar mediante violencia, *“le puede faltar la posición de deber”*⁶⁹, es decir, el sujeto pasivo puede o no tener el deber de ejecutar la situación típica –la acción debida, mandada si se quiere-. En consecuencia *la omisión a la que alude el supuesto de hecho del artículo denominado constreñimiento ilegal debe ser entendido como una abstención*. **Octava**, el *supuesto de hecho en estudio es genérico y residual* –subsidiario- de modo que *en él*

⁶⁶ Igual opinión, entre otros, Pacheco Osorio, Pedro, Op., Cit, p. 155 infra a 156 supra §38 II. Pérez, Luis Carlos. Op., cit., p. 403 numeral 2075. Acevedo Blanco, Ramón. Op., Cit., ps. 181 y 182 supra. García – Pablos de Molina, Antonio. Op., cit, p. 273. Ferro T., José Guillermo Eduardo, Op. cit., p. 328.

⁶⁷ Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal. Parte especial. Volumen IV. De los delitos en particular*., segunda reimpression de la segunda edición, Colombia, Ed. Temis, Santafé de Bogotá, 2.000, pág. 472 supra. 3. I. Pacheco Osorio, Pedro. Op. cit., p. 155 infra a 157 §38 II. Arenas, Antonio Vicente. Op. Cit., p. 293 supra. Acevedo Blanco, Ramón. Op. cit., p. 181 infra, quien utilizando otra terminología dice lo mismo: *“es preciso interpretar que debe tratarse no de una cosa cualquiera, sino de alguna cosa que tenga trascendencia jurídica.”*

⁶⁸ Entre otros, Luzón Cuesta, José María. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*., 8ª. edición, España, Ed. Dykinson, Madrid, 2.000, pág. 58. Rendon Gaviria, Gustavo. Op. cit., ps. 170 numeral 116. PÉREZ, Luis Carlos. Op. Cit., p. 404 numeral 2076 infra. Ranieri, Silvio. Op. cit., p. 467 supra. Literal E). III.) §1. numeral 3 infra. García – Pablos de Molina, Antonio. Op. cit., p. 271,

⁶⁹ Entre otros, Segrelles de Arenaza, Iñigo. *Delitos contra la Libertad (II). Amenazas y Coacciones*. En Cobo del Rosal, Manuel (Director) *et al. Compendio de Derecho Penal Español. Parte Especial*., España, Marcial Pons, Madrid, 2.000, p. 155 II. 1. Perez, Luis Carlos. Op. cit., p. 403 numeral 2075.

solamente se subsumen, de darse los elementos típicos que lo estructuran, aquellas conductas de constreñimiento que se hallan dirigidas hacia una persona para que haga algo concreto, se abstenga de hacer algo concreto o tolere una actividad específica siempre y cuando no se adecuen a cualquier otro supuesto de hecho, bien porque éstos calificaron al sujeto activo, o bien el sujeto pasivo o el fin que se persigue con el constreñimiento. Novena, de la mano de la anterior precisión se puede afirmar, que la *conducta de constreñimiento ilegal es a los particulares lo que la conducta de abuso de autoridad es para los servidores públicos*, vale decir, son unas disposiciones genéricas y residuales que se pueden aplicar al particular- constreñimiento ilegal- o al servidor público –abuso de autoridad-, en lo que respecta a las acciones de constreñimiento que buscan que se haga, tolere u omita algo concreto, si y sólo si la ley penal –dato de poder- no ha calificado a acción con una denominación típica especial⁷⁰ y *Décima, el tipo penal de Constreñimiento ilegal es, en lo que a su estructura respecta*⁷¹, un *tipo penal básico* en la medida en que contiene de manera propia todos los elementos esenciales de la conducta que se prohíbe⁷²; igualmente, en lo que atañe a su contenido, es un tipo penal de mera conducta en la medida que no se hace necesario un resultado “*en el sentido de efecto exterior separable espacio-temporalmente*”⁷³ pero sin que ello haga imposible, de cara al desarrollo de la conducta en estudio, que pueda existir dicha separación o parafraseando al doctor Fernando Velásquez Velásquez⁷⁴, en estos casos, los de constreñimiento ilegal, el legislador ha valorado negativamente la conducta de constreñir –desvalor de acción-, con independencia del resultado que se produzca. Aquí, se reitera, el legislador penal, en uso de las técnicas de tipificación, “*se esfuerza por circunscribir las acciones, abarcando cualquier resultando que causen.*”⁷⁵, es decir, privilegia, en la elaboración de los tipos penales, la acción sin que ello

⁷⁰ Arenas, Antonio Vicente. Op. cit., p. 291. Arenas, Antonio Vicente. Op. cit., p. 237. Ferro T., José Guillermo Eduardo. Op. cit., p. 331 a 332 trae un didáctico ejemplo de conductas de constreñimiento con un denominador de tipo especial; en igual forma los autores citados al principio del presente pie de página.

⁷¹ Se sigue la división propuesta por el doctor Fernando Velásquez Velásquez en *Derecho Penal. Parte General.*, 2ª. edición, Colombia, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1.995, p.356. Cap. 13. II. IV. 3. a). Igual en Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General.*, Temis, Bogotá, 2.001, p. 284.

⁷² Vid., entre otros, Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General. III.*, Argentina, Ediar, Buenos Aires, 1.987, p. 260 numeral 319: “*Los tipos fundamentales o básicos siempre lo son en relación a otros: son los que sientan el concepto fundamental de la conducta que se sanciona.*”. En terminología del profesor Hans – Heinrich Jescheck sería un *delito base* Vid. Jescheck, Hans– Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General.*, Volumen Primero, traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, España, Bosch, p. 362 III. 1. Bien puede afirmarse que es el *Tipo penal base de la Parte Especial de la codificaciones que lo contemplan.*

⁷³ *Ibidem*, p. 357 §26 II.

⁷⁴ Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho Penal. Parte General.*, Op. cit., p. 357 Cap. 13. II. IV. 3. b).

⁷⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Op.Cit., p. 435 §30. II. numeral 1.

quiera significar que exista “*tipicidad sin resultado*”⁷⁶ puesto que tal postura sería la negación de la realidad presupuestos de la sistemática adoptada al principio del presente escrito.

§4. COLOFÓN.

1. Teniendo en cuenta todo lo acotado hasta el momento se puede concluir afirmando lo siguiente: **(a)** La libertad en cuanto valor es el fundamento absoluto del Derecho. **(b)** La libertad en cuanto ente de protección es relativa en tanto que tal tutela se limita a la libertad individual de una persona determinada desplegada al interior “*de la esfera que le es propia*”. **(c)** Por lo tanto nadie, lícitamente, debe interferir en la esfera que le es propia a cada persona, esfera ésta en la que la persona puede hacer u omitir cualquier cosa a condición de no olvidar que se coexiste.

2. En la medida en que se olvide lo anterior se irá desfigurando la razón y centro del Derecho: El hombre en alteridad, comunicabilidad y libertad.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 435 §30. II. numeral 1.