

El principio de tipicidad como límite al poder punitivo del Estado (Comentarios al artículo 10 del Código Penal Colombiano)

Recibido 26/02/2013 - Aprobado 16/04/2013

FERNANDO LEÓN TAMAYO ARBOLEDA*

Resumen

El inciso primero del artículo 10 del Código Penal colombiano (ley 599 de 2000) establece como norma rectora el llamado principio de tipicidad, que ordena que la ley penal consagre de forma inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales de los tipos penales. El presente escrito pretende dar una interpretación sistemática del mencionado inciso, a partir de la visión del derecho penal como un sistema normativo encargado de garantizar la libertad de los ciudadanos.

Abstract

The first paragraph of Article 10 of the Colombian Criminal Code (Act 599 of 2000) establishes a rule governing the so-called principle of typicality, mandating that the criminal law define unequivocally and clearly expresses the basic structural features of the criminal offenses. This paper aims to give a systematic interpretation of that subsection, from the view of criminal law as a regulatory body to ensure freedom of citizens.

* Profesor Universidad EAFIT, Medellín Colombia. El presente trabajo fue realizado en el marco del proyecto "Repensando el derecho penal: complejidad social y seguridad como retos de un derecho penal a la vez garantista y eficaz" desarrollado conjuntamente por la Universidad EAFIT y la Universidad de León. Contacto: ftamayo1@eafit.edu.co

Palabras Clave

Normas rectoras de la ley penal colombiana, garantías, derecho penal, tipos penales en blanco, tipos penales abiertos, taxatividad, principio de tipicidad.

Key words

Rules governing the Colombian criminal law, guarantees, criminal law, criminal types blank, open criminal types, principle of strict legality, principle of typicality.

Sumario

1. Introducción. 2. Reflexiones sobre el carácter rector del artículo 10 del Código Penal colombiano. 3. Contenido del artículo 10 del Código Penal colombiano. 3.1. Sobre el mandato de determinación de los tipos penales. 3.2. Sobre los elementos básicos estructurales del tipo penal. 4. Tendencias político criminales sobre el principio de tipicidad: expansión del derecho penal y pérdida de contenido de las garantías penales. 4.1. La pérdida de contenido de las garantías penales: una caracterización general. 4.2. La pérdida de contenido de las garantías penales: el principio de tipicidad. 5. El principio de tipicidad: límite infranqueable al poder punitivo. 5.1. El principio de tipicidad como presupuesto de la legitimidad del sistema y de sus posibilidades de prevención. 5.2. El principio de tipicidad frente a escenarios problemáticos: la constante batalla por la verificación del cumplimiento del artículo 10 del Código Penal colombiano. 6. El principio de tipicidad y el poder jurisdiccional

1. Introducción

La elaboración teórica del derecho penal colombiano debe tomar como uno de sus puntos de partida las normas rectoras de la ley penal, pues son estas las que deben informar la interpretación de todas las normas penales y deben prevalecer sobre las demás normas. El Código Penal colombiano¹, en el capítulo único del libro primero sobre la parte general del derecho penal, consagra las normas rectoras de la ley penal colombiana. El mencionado título, compuesto por trece artículos, consagra los principios político-criminales que sirven de orientación a cualquier interpretación de la ley penal y que deben ser fundamento y límite de la intervención punitiva del Estado.

1 Ley 599 del veinticuatro (24) de julio de dos mil (2000), publicada en el Diario Oficial Nro. 44097 de la misma fecha.

Los mismos deberán constituir un límite, en tanto que, siendo el derecho penal el arma más violenta utilizada por el Estado, las garantías penales deberán ser el escudo dado a los ciudadanos para garantizar la intangibilidad de su esfera de libertad. Sin embargo ello no siempre se da en la forma expuesta, por el contrario, no son pocos los embates que intentan revocar o flexibilizar las garantías contenidas en las normas rectoras; por esto, resulta ineludible un estudio particularizado de las mismas, que dé cuenta de los contenidos de estas y las razones por las cuales su revocatoria o flexibilización resulta insostenible en un modelo de Estado como el asumido en Colombia

Una de las garantías consagradas en las normas rectoras es el llamado principio de tipicidad², el cual se encuentra señalado en el artículo 10 del Código Penal colombiano. Éste consagra el deber de que en la ley penal se consagren de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal³.

2 Con la referencia a la garantía contenida en el artículo 10 del Código Penal como *principio de tipicidad* sólo se está haciendo uso de una expresión utilizada en la doctrina y con la cual se encabeza dicho artículo (*tipicidad*), pero no se toma ningún partido por la corrección de la utilización de las palabras *principio* o *tipicidad*. Sobre el uso de dicha garantía como principio de tipicidad o tipicidad inequívoca véase, entre otros, JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011, pp. 201-225. Otras referencias en la doctrina a la garantía contenida en dicha disposición se encuentran ligadas al concepto de *lex stricta* o *lex certa* y recibe diferentes denominaciones, por ejemplo, entre otras, *principio de taxatividad* en GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Derecho penal parte general*, trad. Luis Fernando Niño, Bogotá, Temis, 2006, pp. 94-103, FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal parte general*, Bogotá, Comlibros, 2009, pp. 146-159; *determinación de la ley penal* en HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, *Tratado de derecho penal: parte general*, trad. Miguel Olmedo Cardenete Madrid, Comares, 2002, p 146; *mandato de determinación* en SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, 4ta edición, Barcelona, 1996, p 77; *taxatividad de la ley* GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 89-91; *Exigencia de taxatividad y certeza* en JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal: parte general*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 82-83; *principio de máxima taxatividad legal e interpretativa* en EUGENIO RAÚL ZAFFARONI/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 116-119; *Prohibición de leyes penales y penas indeterminadas* en CLAUS ROXIN, *Derecho penal parte general. Tomo I, Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, Trad. Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Civitas, 1997, p. 141.

3 Es de anotar que el presente trabajo sólo se ocupará del inciso primero del artículo 10 del Código Penal. A pesar de que existen evidentes relaciones entre ambos incisos, en la medida que en el segundo de ellos se ordena la consagración expresa del deber en los delitos de omisión, y ello, aunque hace parte de la taxatividad de los tipos penales, también resulta entroncado de forma directa con la problemática de los tipos de omisión, por lo que, además de las consideraciones que se realizarán en forma general en este trabajo, será importante recurrir al artículo 25 del Código Penal donde se consagran las formas de realización de la conducta punible –acción y omisión– para la interpretación del inciso segundo; por lo anterior se considera que más que un aparte del comentario del artículo 10 del Código Penal, dicho problema corresponde a un comentario que abarque el artículo 25 del estatuto punitivo. Lo anterior no implica que el problema del inciso segundo quedará huérfano en el presente trabajo, sino que sólo se lo abordará en la medida en que se pueda reconducir directamente al inciso primero y el problema de taxatividad de los tipos penales, y desde luego, los comentarios generales realizados en el presente escrito serán aplicables a los delitos de omisión –propia e impropia–, pero estos deberán ser objeto de un estudio de profundización sobre la forma en que la garantía de taxatividad opera en dicha modalidad de punición.

Sin embargo, todo lo anterior está sometido a preguntas a las cuáles se les debe intentar dar una respuesta satisfactoria para poder afirmar el carácter de garantía de dicha disposición y los alcances de la misma.

¿Puede una norma legal obligar al legislador? ¿De dónde deviene la obligatoriedad de la norma rectora del artículo 10 del Código Penal? ¿Cuáles son los elementos básicos estructurales del tipo penal que deben ser definidos de manera clara, expresa e inequívoca? ¿Puede revocarse o flexibilizarse el contenido de dicha disposición? ¿Qué herramientas tiene el juez para asegurar el cumplimiento de dicha garantía, teniendo en cuenta que el legislador no sea destinatario de dicha norma, o que, siéndolo, no la cumpla a cabalidad? Estos son sólo algunos de los interrogantes que surgen de una lectura de la disposición en comento, a los cuales se buscará dar respuesta en el presente escrito, el cual, desde una declarada postura por la minimización del derecho penal y la existencia de unas garantías básicas infranqueables como límite al poder punitivo del Estado, intentará esgrimir las razones por las cuales se considera que el principio de tipicidad debe estar en la base misma del derecho penal contemporáneo y que no existen argumentos válidos para su legítima revocatoria o flexibilización.

Para buscar el cometido anterior en primer lugar se esgrimirán las razones por las cuales se considera que el artículo 10 del Código Penal contiene una garantía que obliga tanto al legislador como al juez, revisando el fundamento de la obligatoriedad de las normas rectoras de la ley penal colombiana y, en concreto, la obligatoriedad de la disposición en comento. En segundo lugar se ofrecerá una conceptualización básica sobre el contenido del principio de tipicidad. En una tercera etapa se describirán algunos de los argumentos que buscan revocar o flexibilizar la garantía contenida en el artículo 10 del Código Penal, haciendo énfasis en los escenarios en que estos pueden tener cabida. En cuarto término, se ofrecerán las razones por las cuales se considera que los argumentos que reniegan del principio de tipicidad como límite infranqueable al poder punitivo carecen de razón, para, finalmente, hacer una exposición de las herramientas con que el poder judicial cuenta para hacer frente a dichos escenarios de expansión.

2. Reflexiones sobre el carácter rector del artículo 10 del Código Penal colombiano

Un análisis que se ocupe de alguna de las normas denominadas rectoras de la ley penal colombiana, necesitará, preferiblemente, una conceptualización previa sobre el grupo de disposiciones que son acreedoras de dicha etiqueta, es decir, para realizar un análisis sobre una norma rectora particular, primero habrá que responder la pregunta ¿Qué son las normas rectoras de la ley penal? y abordar algunos problemas específicos que se presentan en torno a dichas disposiciones.

La importancia de partir de esta base resulta evidente, pues el contenido deontológico de las normas rectoras específicas estará determinado por su consagración particular, pero su posición dentro del ordenamiento jurídico-penal, y con ello su nivel de obligatoriedad, estará determinado por el carácter rector de dichas disposiciones, por lo cual, antes de preguntarse qué contenido tiene, o cómo opera el artículo 10 del Código Penal, es necesario clarificar qué importancia tiene su carácter rector para su posterior interpretación y aplicación.

Las normas rectoras de la ley penal colombiana se encuentran consagradas en los artículos primero a décimo tercero del Código Penal, y, según este último artículo, éstas “constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación”. En dichas normas están recogidos algunos, que no todos, de los principios necesarios para dar una mayor legitimidad al poder punitivo, entre los cuales se pueden contar el principio de dignidad humana, el principio de legalidad, el principio de igualdad⁴.

Dichas normas rectoras son fruto de un procedimiento legislativo ordinario, el cual, como todo procedimiento legislativo, se encuentra gobernado por normas constitucionales. Debido a esto no cualquier disposición puede resultar admisible como norma rectora del derecho penal, sino aquellas que, por lo menos, respeten las normas constitucionales encargadas de orientar la labor del legislador.

Lo anterior resulta insuficiente para caracterizar las normas rectoras de ley penal colombiana, pues sólo se han subrayado dos obviedades: la primera, el lugar en que se encuentran consagradas; y la segunda, el respeto que deberán tener las mismas por el ordenamiento supralejal. Entonces, ¿qué otras características tienen las normas rectoras de la ley penal colombiana?⁵

4 Es importante destacar que con la denominación de dichas normas como *principios*, nada se dice sobre su contenido deontológico pues ello no implica una referencia a la teoría que, a partir de los derechos fundamentales, afirma que en el derecho existe un conjunto de reglas y principios, donde estos segundos son concebidos como *mandatos de optimización* constituyendo normas que, a pesar de formar parte del ordenamiento jurídico, no tienen una validez absoluta sino que pueden entrar en colisión con otros principios, evento en el cual, uno tendrá que ceder en beneficio del otro. Sobre dicha concepción véase ROBERT ALEX, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 86-87, GLORIA PATRICIA LOPERA MESA/DIANA ARIAS HOLGUÍN, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010. GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 101-134. GLORIA PATRICIA LOPERA MESA, “La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados” en *Cuadernos de Investigación*, No. 16, marzo 2004, Medellín, Universidad EAFIT, pp. 79-100.

5 Es probable que algunas de las características que se encuentren en las normas rectoras también sea posible hallarlas en otras normas del ordenamiento jurídico penal; sin embargo, según se presentará posteriormente, lo definitivo para que una norma sea o no rectora de la ley penal no dependerá en ningún caso del capítulo que ocupe en el código penal, o que exista otro artículo de igual categoría que le confiera dicho carácter, sino que dependerá, en todo caso, de que el contenido de las disposiciones

Si se acepta la idea de que la existencia del derecho penal –que no la pena encuentra justificación si el mismo constituye garantía frente al poder punitivo del Estado, entonces las normas rectoras del sistema tendrán que ser garantías dadas al ciudadano, pues el carácter rector tendrá que estar ligado a la concepción misma de la función del derecho penal como límite al poder punitivo⁶. Si los principios supralegales que orientan el desarrollo del derecho penal, las normas rectoras del derecho penal, la parte general y los principios procesales, representan una decisión por una alternativa político-criminal de limitar el poder exacerbado del Estado, sin los cuales la intervención punitiva de éste sería absolutamente ilegítima, entonces las normas rectoras deberán ser cartas de protección del ciudadano, una señal de alto para el poder punitivo.

Con lo anterior, se puede ubicar una característica más de las normas rectoras, esto es: las mismas deben constituir límites al poder punitivo; sin embargo, pueden existir muchas normas limitadoras del poder punitivo, sin que ello represente, necesariamente, que las mismas sean o deban ser normas rectoras de la ley penal. Por ello perviven aún dos interrogantes por solucionar: ¿Son los doce primeros artículos del Código Penal las normas rectoras de la ley penal colombiana? De obtener una respuesta positiva habría que explicar por qué sólo estos lo son; y de obtener una respuesta negativa, habría que preguntarse cuáles disposiciones pueden ser consideradas normas rectoras de la ley penal colombiana, a pesar de no encontrarse en el capítulo inicial del Código Penal. Por otra parte, restaría esclarecer de dónde viene la obligatoriedad, es decir, el carácter rector, de dichas disposiciones.

Para dar respuesta al primer interrogante, hay que destacar que normas rectoras no son necesaria o exclusivamente las doce disposiciones iniciales del Código Penal, ello porque existen algunas normas de carácter constitucional que imponen límites al poder punitivo sin estar consagradas en los primeros doce artículos del Código Penal⁷, y que por su naturaleza Constitucional tienen prevalencia sobre las normas legales, por lo que su carácter rector estaría dado por su lugar supremo en el ordenamiento

consideradas normas rectoras esté estrechamente vinculado con principios supralegales, como complemento, clarificación o desarrollo de los mismos, que logren impedir su modificación restrictiva o derogación por vía de un procedimiento legislativo ordinario, o que, sin impedirlo, su contenido deontológico pueda ser derivado de disposiciones supralegales.

6 Ello está relacionado con la concepción misma del derecho como sistema de garantías dadas al ciudadano frente al poder punitivo, sobre ello, por todos, ver, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantareno Bandrés, Madrid, Trotta, 1995. También pueden consultarse textos de este mismo autor, como, LUIGI FERRAJOLI, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 7ma edición, Madrid, Trotta, 2010. LUIGI FERRAJOLI, “El derecho como sistema de garantías” en *Nuevo Foro Penal Nro. 60, enero-abril*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Medellín, Universidad de Antioquia, 1999, pp. 59-77. LUIGI FERRAJOLI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Bogotá, Universidad del Externado, 2000, entre otros.

7 Ejemplo de ello es la prohibición constitucional de la pena de muerte.

jurídico. Además, resulta posible fundamentar que algunas normas de carácter legal puedan constituir normas rectoras de la ley penal colombiana, sin necesariamente estar consagradas en la normatividad reseñada⁸.

Ahora bien, antes de determinar de qué depende el carácter rector de una disposición habrá que verificar las razones por las cuales a una norma se le confiere, o debe conferir, el carácter de rectora, pues de esto dependerá la identificación de cuales normas pueden ser acreedoras de dicho carácter, siendo evidente que las consideraciones realizadas serán aplicables a normas de rango legal, pues se da por sentado que las normas constitucionales que establezcan límites al poder punitivo no necesitan que su supremacía sobre las normas de rango legal sea fundamentada, mientras que sí deberán fundamentarse las razones por las cuales una norma de rango legal fruto de un procedimiento legislativo ordinario, prevalece sobre normas fruto de idéntico procedimiento legislativo.

Si bien el artículo 13 del Código Penal dispone que los doce artículos que le preceden prevalezcan sobre los demás, ello no puede darse por sentado. En primer lugar, porque no está claro si el legislador puede establecer jerarquías entre normas fruto del mismo procedimiento legislativo; y, en segundo lugar, porque siendo las normas rectoras de la ley penal colombiana fruto de un procedimiento legislativo ordinario, entonces su modificación o derogación podrá darse por un procedimiento idéntico, lo que las somete al mismo vaivén que las normas “corrientes” del Código Penal. Probablemente, abordando estos dos problemas se podrá tener claridad sobre cuáles son o podrían ser las normas rectoras de la ley penal colombiana.

En primer lugar parece evidente que sí puede haber leyes que tengan prioridad sobre otras; ello se desprende de la diferenciación constitucional entre leyes orgánicas, estatutarias y ordinarias, que en cierta forma jerarquiza las mismas. No obstante lo anterior, las normas rectoras, las partes general y especial del Código Penal, y las leyes penales expedidas con posterioridad, han sido proferidas como *legislación ordinaria*, entonces, ¿puede la legislación ordinaria establecer jerarquías dentro de la misma legislación ordinaria?, en concreto, ¿Puede el artículo 13 del Código penal establecer una jerarquía normativa entre normas de idéntica categoría?

8 Ejemplo de ello pueden ser algunas de las disposiciones consagradas en el capítulo inicial de la ley 906 de 2004, o la necesidad de articular la expresión “conducta típica, antijurídica y culpable” del artículo 9 del Código Penal con algunas disposiciones posteriores que resultan básicas para la constitución de dichas categorías como límites al poder punitivo, por ejemplo, la noción de conducta como límite al derecho penal y como garantía del principio *nullum iniuria sine actione*, estaría probablemente incompleta sin el recurso al artículo 25 del código penal, por lo que éste, con una fundamentación apoyada en principios constitucionales podría ser una norma rectora de la ley penal colombiana. Ello no conlleva necesariamente que siempre que se esté en presencia de criterios valorativos para determinar la punibilidad de una conducta se esté ante una norma rectora, es decir, por ejemplo, no necesariamente el concepto de acción para el derecho penal será un resultado del principio *nullum iniuria sine actione*, por lo que siempre deberá fundamentarse, partiendo de los textos supralegales cuáles son las razones para que una norma sea o no rectora de la ley penal colombiana.

Se podría rechazar la idea de que se defina la prevalencia entre normas que en principio pertenecen al mismo nivel normativo a través de una norma del mismo rango, argumentando que no resulta plausible admitir que una norma fruto del procedimiento legislativo ordinario establezca jerarquías entre normas que también sean resultado de dicho procedimiento legislativo, pues ello implicaría una creación de competencias en el legislador cuya constitucionalidad estaría en entredicho. Por otro lado sería posible sostener que el legislador sí puede crear una prevalencia entre normas de igual categoría, pues dicha competencia estaría incluida en la competencia general de creación de la ley.

Si se niega la competencia del legislador para establecer dicha prevalencia, lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal será inconstitucional, con lo que la prevalencia del artículo 10 del Código Penal se iría al traste. Sin embargo, aun admitiendo dicha posibilidad, la cláusula del artículo 13 es innecesaria e irrelevante, pues si el legislador declara la prevalencia de las normas rectoras sobre las demás a través de un procedimiento legislativo ordinario, nada le impide retrotraer su actuación, pues bien podría anular dicha prevalencia por un procedimiento idéntico; incluso, el legislador no deberá necesariamente modificar o derogar expresamente las normas rectoras, pues con la sola expedición de normas, fruto de un proceso legislativo ordinario, que violen los principios establecidos en las normas rectoras, se estaría derogando tácitamente, limitando o excepcionando las propias normas rectoras, en tanto que el legislador conserva pleno poder para modificarlas por vía ordinaria, pues fue por esta vía que les concedió su carácter de rectoras, con lo que, admitiendo o inadmitiendo la competencia del legislador, fácilmente el carácter rector de dichas normas puede ser desechado.

Como bien lo señala Fernández Carrasquilla⁹, mientras exista una disposición que establezca la prevalencia entre normas, y no se presente una que la derogue o la contraríe, es posible que el derecho positivo establezca jerarquías entre normas que resultan de un proceso legislativo idéntico, pues constitucionalmente nada se interpone a ello en la medida que, aunque no existe ninguna norma constitucional que autorice dicho proceder por parte del legislador de forma expresa, tampoco existen verdaderas razones constitucionales para establecer que no es posible incluir la jerarquización de la ley como resultado de la competencia general del legislador para crear la ley.

Si se admite lo anterior, esto es, que el artículo 13 del Código Penal sí puede establecer una jerarquía normativa entre leyes expedidas por el mismo procedimiento legislativo, pero que el mismo puede ser derogado o modificado por una ley de idéntica categoría, parece que las normas rectoras se tambalean a merced de los vaivenes

9 JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal parte general. Principios y categorías dogmáticas*, cit., pp. 131-132.

legislativos y su prevalencia, su carácter rector, se queda en una simple declaración que hoy existe, pero mañana podría dejar de existir, convirtiendo dicho carácter en una decisión político-criminal extremadamente contingente¹⁰.

Nuevamente siguiendo las palabras de Fernández Carrasquilla¹¹, resulta necesario resaltar que el carácter prevalente de las normas rectoras del Código Penal no se desprende, por lo menos exclusivamente, del artículo 13 de dicho estatuto, sino de su vinculación directa con normas supralegales¹². En efecto la consagración o no consagración de las normas rectoras en nada afecta su prevalencia sobre las normas restantes del Código Penal, pues estas seguirían sustentándose en las normas superiores que establecen los principios limitadores del poder punitivo, por tanto los principios “habrían de prevalecer aún sin la norma legal que los explicita”¹³.

En conclusión, el carácter rector estaría dado por la estrecha vinculación entre una disposición legal y una Constitucional. Luego, establecer si las normas consagradas en los doce primeros artículos del Código Penal o en otras disposiciones legales tienen o no el carácter rector, dependerá de la posibilidad específica de vincular las normas legales con las constitucionales, para que así estas primeras deriven su carácter rector de la obligatoriedad de las normas constitucionales.

Según se ha sostenido hasta aquí, el carácter rector de cada una de las normas que se consideren rectoras no podrá ser simplemente una concesión realizada por una norma del mismo rango legislativo, sino que deberá fundamentarse, o bien en una norma superior que declare su prevalencia, o, en su defecto, en la conexión de las disposiciones normativas con normas superiores; siendo así, el carácter rector del artículo 10 del Código Penal deberá sustentarse a partir de su conexión con normas supralegales¹⁴, y

10 Evidentemente todo el derecho es contingente, sin embargo, se ha intentado establecer algunos límites a dicha contingencia por la vía de la creación de disposiciones (supralegales) cuya reforma por parte del legislador requiere condiciones particularmente exigentes, a fin de evitar la constante reforma de las mismas. Así, la contingencia de la Constitución es menor que la de la ley, en la medida que su reforma requiere procedimientos especiales. En tanto, la contingencia de la ley estará limitada de forma exclusiva –al menos en el caso de las leyes ordinarias-, por el respeto a las disposiciones constitucionales.

11 *Ibíd.*, pp. 130-141.

12 En sentido similar se manifiestan Velásquez V. y Bernal Acevedo, cuando afirman que las normas rectoras tienen “rango” constitucional, al respecto véase, FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal parte general*, Bogotá, Comlibros, 2009, pp. 58-62, GLORIA BERNAL ACEVEDO, *Las normas rectoras en el nuevo Código Penal*, Ibáñez, 2002, p. 64.

13 *Ibíd.*, p. 131.

14 Evidentemente dicha necesidad de conectar las normas rectoras con preceptos constitucionales como fundamento de su obligatoriedad viene dada por la estructura de los ordenamientos jurídicos modernos, en tanto que, al estar disciplinados por normas de carácter constitucional, las normas de rango legal se presentan como hechos potencialmente divergentes del ordenamiento constitucional, y, en cierta medida, las normas rectoras tendrían el deber de garantizar el cumplimiento de normas constitucionales encargadas de verificar la validez de las normas legales, es decir, la obligatoriedad de las normas rectoras vendría dada en parte por su función de asegurar mediante la consagración de

no, al menos de forma exclusiva, a partir de la disposición del artículo 13 del mismo Código.

Si se revisa el texto del artículo 10 del Código Penal es evidente que existe relación directa entre dicha disposición y el contenido que tradicionalmente se ha atribuido al principio de legalidad. En efecto, la doctrina es pacífica al afirmar que parte del contenido básico del principio de legalidad es el mandato de taxatividad o determinación de los tipos penales en términos muy similares a los recogidos por la disposición en comento¹⁵, con lo que dicho artículo tendría una relación directa con normas supralegales¹⁶.

A pesar de que la doctrina está de acuerdo con lo anterior, las implicaciones que se derivan de la inclusión del contenido del artículo 10 del Código Penal como derivado directo de la legalidad son bastante importantes y algo menos pacíficas¹⁷, y de ello dependerán las posibilidades de, por ejemplo, realizar un control de constitucionalidad concentrado o difuso mediante el uso de las herramientas establecidas en dicha disposición; sin embargo, sobre ello se volverá más adelante, pues en este momento interesa destacar un aspecto importante que se deriva de dicha vinculación entre el artículo 10 del Código Penal y las normas supralegales que consagran el principio de legalidad, que tiene que ver con su disponibilidad por parte del legislador.

Anteriormente se ha afirmado que, salvo por el límite de las disposiciones supralegales, el legislador tiene plena competencia para crear, modificar o derogar la legislación ordinaria, entre la cual se incluyen las normas rectoras de la ley penal

garantías abstractas de rango legal las garantías consagradas en la Constitución. Sobre las relaciones entre diferentes niveles normativos véase LUIGI FERRAJOLI, *Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia Vol. 1.*, Trad. Marina Gascón, Luis Prieto Sanchis, Alfonso Ruiz Miguel, Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Madrid, Trotta, pp. 3-81.

- 15 Sobre la amplia admisión del principio de tipicidad, determinación o taxatividad como contenido del principio de legalidad, véase, ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 36-57, GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, *Derecho penal parte general*, cit., pp. 94-103, FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal parte general*, cit., pp. 146-159, HANS-HEINRICH JESCHECK/THOMAS WEIGEND, *Tratado de derecho penal: parte general*, cit., p. 140-146, SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, cit., p. 76-78, GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, cit., pp. 77-91, JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal: parte general*, cit., pp. 78-83, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal parte general*, cit., pp. 110-119, CLAUS ROXIN, *Derecho penal parte general. Tomo I, Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 140-141. M. COBO DEL ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 70-73. DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, *Lecciones de derecho penal: parte general*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012, pp. 23-24. CARLOS A. TOZZINI, "El principio de legalidad" en *El penalista liberal, homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Coord. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 257-273.
- 16 Una reseña sobre las normas supralegales en que se fundamenta el principio de legalidad puede encontrarse, entre otros, en FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal parte general*, cit., pp. 136-138. EDGAR SAAVEDRA ROJAS, "Legalidad: ¿Un principio estricto o flexibilizado? Garantía o atentado contra todos los derechos?" en Aa.Vv., *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, coord. Diego Araque, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, p. 643-683.
- 17 Dichos escenarios problemáticos serán tratados infra 4 y 5.

colombiana; lo anterior deriva en que el legislador tiene plena facultad de modificar dichas normas rectoras, con lo que el vaivén legislativo y las valoraciones político-criminales de un momento concreto podrían variar las normas rectoras. Si se asume la posición anteriormente sostenida, sobre el derecho penal como elemento limitador del poder punitivo, y a ello se suma la anterior conclusión, habría que afirmar que el legislador puede interponer cualquier límite al poder punitivo en tanto éste respete las disposiciones superiores, y, así mismo, podría retirar o contraer algún límite, siempre y cuando no exista una disposición supralegal que lo impida.

No obstante, y a pesar del carácter contingente del derecho, también se ha afirmado que la razón de que existan disposiciones supralegales que orienten todo el sistema jurídico es tener unos presupuestos básicos cuya derogación o modificación estén sujetos a especiales controles, a fin de dar cierta permanencia al derecho vigente y poder someter al propio legislador a un poder superior a él, en el caso colombiano, la Constitución y normas integradas en el mismo rango de ésta. Así las cosas, la razón de establecer unos límites constitucionales al poder punitivo, tienen precisamente como uno de sus fundamentos la necesidad de sustraer estos límites de la plena disposición del legislador, y, necesariamente, ello tendrá que extenderse a las normas rectoras tal como han sido caracterizadas anteriormente.

Según el ordenamiento jurídico-penal colombiano, nada impide que el legislador modifique o derogue una norma rectora, pues dicha norma sigue siendo fruto de un procedimiento legislativo ordinario, y sobre este tipo de normas el legislador tiene plena disponibilidad; sin embargo, en la medida en que las normas rectoras representan contenido, complemento o desarrollo de principios supralegales, dichas disposiciones tienen una particularidad especial frente a las demás normas fruto de procedimientos legislativos ordinarios, esto es, que representan una declaración sobre el alcance deontológico de un principio constitucional generalmente de mayor extensión, por lo que su modificación o derogación, aunque posible, no tiene ningún efecto, en tanto que aun cuando desaparezca la norma rectora, el contenido de la misma seguiría vigente como contenido del principio supralegal que lo informa. Ejemplo de lo anterior es que el principio supralegal de legalidad puede informar diversas normas rectoras (art. 6 y 10 del Código Penal), pero si ambas normas desaparecieran, el principio de legalidad no quedaría modificado o derogado, y por ello, su contenido: el principio de reserva absoluta, la irretroactividad de la ley penal, la prohibición de analogía en mala parte y el mandato de determinación; seguiría vigente a pesar de no existir en las normas rectoras.

Si lo anterior es así, queda sólo un interrogante que responder ¿qué utilidad tienen las normas rectoras?, y más aún ¿qué sentido tiene realizar un estudio particular sobre las mismas? A la segunda pregunta se puede dar una respuesta simple, pues si se admite que, si eventualmente desaparecen las disposiciones que consagran con rango legal las normas rectoras su contenido seguiría vigente, entonces no será tiempo

perdido buscar esclarecer el mismo. Ahora, frente al primer interrogante hay que afirmar que la utilidad de las normas rectoras está dada por la declaración expresa de un contenido deontológico admitido para principios de mayor extensión. Aunque es posible afirmar que lo anterior lo único que implica es una doble consagración que resultaría probablemente redundante, en tanto que el contenido de las normas rectoras puede ser derivado directamente de normas supralegales¹⁸, lo cierto es que esta doble consagración resulta útil en dos escenarios: el primero, en el momento del juez tomar decisiones; y el segundo, en la admisión de forma concreta de un contenido específico.

El primer escenario descrito será objeto de un capítulo independiente, por lo que de momento se resignará alguna consideración adicional. Frente al segundo escenario, hay que afirmar que el legislador siempre podrá optar por uno u otro de los múltiples contenidos que la doctrina asigna a los principios supralegales, sin embargo, una vez se haya admitido que algún contenido específico hace parte de dicho principio, y el mismo tenga efectos limitadores del poder punitivo, dicho contenido deberá ser una constante en el principio supralegal, en la medida en que sería inadmisibles que luego sea el propio Estado el que retire ese límite, es decir, y para decirlo en palabras sencillas, no tiene sentido que el Estado un día se auto limite afirmando “hasta aquí se puede llegar en el uso del poder punitivo, porque más allá sería un poder arbitrario”, y al día siguiente se entere de su craso error, para percatarse que si podía cruzar ese límite. Lo anterior supone la idea del derecho penal como límite al poder punitivo, pero, en la medida que esta fundamentación sea admitida, cualquier límite que haya sido impuesto por el legislador como parte de un principio constitucional de mayor extensión no podrá ser posteriormente excluido de este, a pesar de que no exista luego una disposición legal en dicho sentido.

Finalmente, existe una razón más para estudiar las normas rectoras que excede la utilidad de estas en el sistema jurídico-penal, esto es, mientras la norma del artículo 10

18 En este sentido se manifiesta el profesor Meza Morales, quien considera que la doble consagración del principio de tipicidad, uno por la vía constitucional de la legalidad y otro por la vía legal del artículo 10 del Código Penal (o mejor, artículo 3 del Código Penal, en la medida que el artículo del referido profesor hace alusión al decreto ley 100 de 1980, donde la consagración del artículo 3 era similar al actual artículo 10) representa una pérdida de esfuerzos, pues el legislador debió, en lugar de enviar proclamas vacías, dedicarse a consagrar tipos que respetaran el principio de tipicidad; finalmente, afirma que mientras que la consagración del principio de tipicidad o determinación siga teniendo rango legal y no constitucional, tendremos un principio de legalidad a medias, sobre ello FERNANDO MEZA MORALES, “De las normas rectoras de la ley penal colombiana” en *Memorias*, Medellín, Comlibros-Universidad de Antioquia, 2010. Sobre lo anterior, en el presente escrito se disiente de la inutilidad de la consagración legal del principio de tipicidad o determinación, según se expondrá infra. A pesar de lo anterior, se comparte con el profesor Meza Morales el deseo de que dicho principio tenga rango explícitamente constitucional puesto que, aunque al mismo puede conferirse dicho rango por vía interpretativa, la mejor forma de zanjar las diferentes interpretaciones es la inclusión, sin más, de la garantía del artículo 10 del Código Penal en la Constitución Política colombiana. Más optimista sobre la consagración legal de la tipicidad, se muestra Velásquez V. en FERNANDO VELÁSQUEZ V., “El principio de determinación del hecho punible” en *Derecho Penal y Criminología*, Vol III, Nros. 27-28, septiembre-diciembre 1985; enero-abril 1986, Bogotá, Universidad del Externado, 1986, pp. 135-152.

del Código Penal se encuentre vigente, esta será un referente que deberá informar la interpretación de todas las normas penales, y prevalecerá sobre las mismas dada su vinculación con principios constitucionales limitadores del poder punitivo.

3. Contenido del artículo 10 del Código Penal colombiano

Establecida la naturaleza rectora de la disposición contenida en el artículo 10 del Código Penal colombiano, es necesario revisar su contenido a fin de saber qué es la tipicidad, y poder trazar las líneas básicas que servirán como presupuesto para el análisis de los diversos escenarios problemáticos que atraviesa dicha disposición.

El texto de la disposición en estudio reza: “la ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley”¹⁹, y su aparente claridad es simplemente una invitación al análisis.

El contenido de la presente disposición puede dividirse en dos aspectos: un mandato, y un objeto de materialización de dicho mandato; para no confundir el presente escrito, de una vez se deja claro: lo mandado es que la ley defina de manera inequívoca, expresa y clara; el objeto donde se debe materializar dicho mandato, la obligación de definición, versará sobre las características básicas estructurales del tipo penal. Precisamente, será este el orden expositivo que se seguirá, inicialmente definiendo los alcances del mandato y luego el escenario donde éste deberá materializarse.

19 Como se señaló anteriormente el presente estudio se centrará en el inciso primero, por entender que el problema de los tipos de omisión excede las pretensiones del presente trabajo, en la medida en que, dadas las particularidades político-criminales y dogmáticas de los delitos de omisión y la compleja discusión sobre el concepto de conducta (acción-omisión) aplicable al derecho penal, la labor de comentar la especificidad de los delitos de omisión, y con ello, la materialización del mandato de determinación en esta particular modalidad de penalización de conductas será objeto de un comentario que excede el del artículo 10 del código penal, y se centra, en mayor medida, en la revisión del artículo 25 del mismo estatuto; por otra parte, a pesar de que las interpretaciones generales que se realizarán frente al mandato de determinación de los tipos será aplicable tanto para los tipos comisivos y omisivos, dolosos e imprudentes, también es cierto que los delitos imprudentes y los delitos omisivos representan un escenario de discusión bastante particular, por lo que resultaría pretencioso intentar, en un estudio de estas características, dar respuesta a la problemática de la determinación para todas las modalidades de penalización de conductas, cuando incluso en los casos de los delitos comisivos dolosos que suelen ser el paradigma de las elaboraciones dogmáticas, es difícil establecer el rendimiento del mandato de determinación. Todo lo anterior no es óbice para que algunas o todas las consideraciones realizadas sean oponibles frente a dichas modalidades de penalización. Sobre la materialización del principio de determinación en los delitos de omisión (impropia) véase JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión: concepto y sistema*, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2010, pp. 153-198. Sobre la materialización del principio de determinación en los delitos imprudentes, véase, ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, cit., pp. 49-51. En la doctrina colombiana, puede verse respecto a esto último, ampliamente, ALFONSO CADAVID QUINTERO, *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Dike, 1999.

3.1 Sobre el mandato de determinación de los tipos penales

El aparte inicial del inciso primero del artículo 10 del Código Penal consagra el mandato de determinación de los tipos, siendo este la exigencia de que los elementos básicos estructurales del tipo penal sean definidos de manera inequívoca, expresa y clara.

Dicho mandato es la contracara de las exigencias de reserva absoluta y preexistencia de la ley²⁰: si el legislador, y sólo este, puede definir de manera previa al comportamiento enjuiciado las acciones y omisiones punibles, y la consecuencia jurídica que se aplicará a quienes no acaten las prohibiciones y mandatos establecidos, entonces es necesario que, a fin de que dichas exigencias puedan ser satisfechas, las normas sean lo suficientemente determinadas como para excluir las valoraciones subjetivas del poder judicial.

Como resultado de lo anterior, es usual encontrar en la doctrina la referencia a que el principio de legalidad tiene dos aspectos²¹: uno formal, representado en la reserva absoluta de ley en cabeza del legislador y la preexistencia de la ley al comportamiento juzgado; y uno material representado en el mandato de determinación, encargado de garantizar los dos aspectos formales previamente referidos²². Así, las exigencias de reserva absoluta y preexistencia de la ley representan un requisito meramente formal, puesto que se satisfacen con la simple expedición de la norma por el legislador con anterioridad a la conducta enjuiciada, pero, en la medida en que el legislador puede expedir normas tan abiertas que permitirían al juez determinar el ámbito de lo prohibido, el mandato de determinación se convierte en una herramienta que pretende garantizar que de forma efectiva el ámbito de lo prohibido sea determinado por el legislador para preservar la división de poderes propia del Estado de Derecho, es decir, es el aspecto material de la garantía mencionada.

20 Al respecto véase, entre otros, véase ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 40-46, FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal parte general*, cit., pp. 146-159, M. COBO DEL ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal parte general*, cit., 1999, pp. 70-73.

21 Además de las múltiples referencias en citas previas, es particularmente claro sobre este aspecto ANTONIO DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 33-46.

22 Al respecto es de subrayar la tesis de Ferrajoli, sobre la cual se volverá más adelante, en la que se propone que los aspectos formal y material no son *componentes* del principio de legalidad, sino que este es un entramado único, así, el principio de legalidad es inexistente cuando se presenta como una garantía meramente formal, es decir, el principio de legalidad, o mejor, en términos de Ferrajoli, de estricta legalidad –en contraposición a la mera legalidad, que sería un mero simbolismo equiparable a la llamada legalidad formal-, es una garantía compleja cuyo cumplimiento estará siempre supeditado a través de su efectiva materialización, es decir, el mandato de determinación termina pasando al primer plano en la configuración del principio de legalidad. Al respecto, véase LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, cit., 33-36; 94-97. A pesar de que el profesor italiano admite que exista la garantía de legalidad formal, sin que necesariamente se dé su garantía material, afirma que una caracterización de un sistema de derecho penal como mecanismo idóneo para garantizar los derechos de los ciudadanos frente al poder del Estado, requiere, en todo caso, la garantía de ambos aspectos.

A pesar de que el mandado de determinación tiene como uno de sus principales cometidos la garantía de que el legislador sea el único que determine el ámbito de lo prohibido, existen muchas situaciones en que dicha garantía podrá ser insuficiente. En efecto, conseguir un grado máximo de determinación resulta una utopía, pues los términos utilizados por el lenguaje en ocasiones operan como “segmentos de significado de una situación progresiva que no admite discontinuidades”²³. Incluso los términos con referencia material tienen una zona de penumbra donde la determinación de su significado es compleja²⁴. Usualmente se dice que un término es vago cuando tiene una zona clara de elementos cubiertos por su significado y una zona clara de elementos excluidos de este, pero además, cuenta con una zona intermedia, de penumbra, donde es difícil decidir si el término cubre o no dicha extensión de significado²⁵. Un ejemplo de ello es la palabra mesa: por la misma, siguiendo a la real academia de la lengua española, se podría entender un mueble, por lo común de madera, que se compone de una o de varias tablas lisas sostenidas por uno o varios pies y que sirve para comer, escribir, jugar u otros usos²⁶; no obstante se pregunta: si se retira astilla por astilla de una mesa de madera ¿Cuándo ésta dejará de ser considerada como tal? Lo cierto es que es posible definir que un simple madero no constituye una mesa, y un mueble con superficie plana soportada sobre cuatro maderos si lo es, pero aun así ello no erradica la zona de penumbra.

Situaciones como la ejemplificada suceden habitualmente en el lenguaje utilizado por el legislador, por tanto, la exigencia de determinación de los tipos demanda la mayor precisión que el lenguaje utilizado por el legislador permita, limitando al máximo la función judicial, la cual, de todas maneras, conservará un ámbito de discrecionalidad para la determinación subsecuente de los tipos penales.

De lo reseñado, se puede concluir que el mandato de determinación es un mecanismo necesario, pero insuficiente, para asegurar que sea el legislador y no el juez quien defina el ámbito de lo prohibido en cada caso, pero, a pesar de dicha insuficiencia, una reafirmación de dicho mandato y una determinación clara de sus fundamentos es una contribución esencial a fin de controlar los poderes públicos; sin embargo, no se debe caer en la ingenuidad de ver en esta garantía –o en otra-, una panacea, puesto que, a pesar de todo, en la medida en que el lenguaje sea impreciso y el derecho una

23 FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, Bogotá, Universidad del Externado, 2007, p. 12

24 Sobre ello MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 54-61

25 Al respecto, además de la referencia anterior, FERNANDO MOLINA FERNÁNDEZ, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, cit., p. 25.

26 Información extraída el 03 de enero de 2013 en <http://buscon.rae.es/draeI/Srvlt/ObtenerHtml?LEMA=mesa&SUPIND=0&CAREXT=10000&NEDIC=No>.

ciencia con un fuerte contenido valorativo contingente, siempre quedarán escenarios de discreción imposibles de controlar.

Por otra parte, el mandato de determinación también es un mecanismo idóneo para garantizar debidamente la exigencia de ley previa. La relación entre el mandato de determinación y la preexistencia de la ley es bastante similar a la relación de aquel con la exigencia de reserva absoluta. Si se exige que la ley sea previa al comportamiento, teniendo ello como uno de sus fundamentos la necesidad de garantizar al ciudadano la posibilidad de conocer las razones por las cuales podrá ser sometido a una pena, entonces la garantía formal de preexistencia de la ley no cumple con su función de garantía cuando se la formula en términos demasiado indeterminados, puesto que se priva al ciudadano de la posibilidad real de conocer las conductas por las cuales podrá ser perseguido penalmente.

3.2 Sobre los elementos básicos estructurales del tipo penal

Establecidos los aspectos básicos del mandato de determinación o taxatividad y la relación de este con dos aspectos del contenido básico del principio de legalidad, procede entonces revisar el objeto de dicho mandato de determinación, el cual, como se enunció, son los “elementos básicos estructurales del tipo penal”.

Uno de los problemas que se presenta frente a la interpretación del artículo 10 del Código Penal, es el de establecer cuáles son los elementos básicos estructurales del tipo penal. En la doctrina se han ensayado diferentes propuestas sobre cuáles son los elementos básicos estructurales del tipo penal, aunque no siempre se puede encontrar una referencia a éstos con la expresión del artículo 10 del Código Penal, es decir, aunque en ocasiones se refieren los elementos básicos estructurales, no siempre se les llama así, sino que se les denomina simplemente elementos del tipo penal.

Fernández Carlier afirma que los elementos básicos del tipo son: los sujetos activo y pasivo, la conducta y el objeto jurídico o material²⁷. También, admite que en algunos casos la relación causal, el evento, las circunstancias o los ingredientes del tipo²⁸ también pueden ser elementos básicos del mismo²⁹.

27 EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, *Estructura de la tipicidad penal*, 3ra edición, Bogotá, Ibáñez, 2009, p. 106.

28 La referencia a ingredientes del tipo penal como aspectos diferentes a los elementos del tipo penal, puede hallarse también en la obra de ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal: parte general*, Segunda reimpression de la undécima edición, Bogotá, Temis, 1990, pp. 98-110 y ALFONSO REYES ECHANDÍA, *La tipicidad*, 6ta edición, Bogotá, Universidad del Externado, 1979, pp. 42-146; así como en la obra de ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Universidad del Externado, 2005, pp. 73-74. Dicha diferencia entre elementos e ingredientes consiste en que algunos tipos, además de tener elementos, exige unos ingredientes, siendo los primeros eminentemente descriptivos (y excepcionalmente normativos) y los segundos exclusivamente valorativos o subjetivos; sin embargo, dicha distinción carece de utilidad, en la medida en que dicha división no es otra cosa que la admisión de la existencia de un tipo objetivo, con elementos descriptivos o normativos, y un tipo subjetivo donde pueden existir elementos diferentes al dolo y la culpa, lo cual, no necesariamente conlleva la admisión de estos últimos como parte del tipo penal.

29 EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, *Estructura de la tipicidad penal*, cit., p. 119.

Rivera Correa entiende como elementos del tipo penal: los sujetos activo y pasivo, el objeto jurídico y material, la acción física (u omisión), la acción síquica y el daño³⁰.

Reyes Echandía menciona como elementos del tipo: los sujetos activo y pasivo, la conducta y el objeto jurídico o material, con lo que excluye, frente a la definición dada por Rivera Correa, a la conducta (activa u omisiva) como elemento del tipo penal³¹. En sentido similar a Reyes Echandía, Páez Polo define como elementos del tipo: los sujetos activo y pasivo, la descripción modal objetiva general y abstracta, y el objeto del tipo penal³².

Gómez López afirma inicialmente que los elementos básicos estructurales son: conducta, sujeto activo, lesión o puesta en peligro a un bien jurídico y las características de tiempo, modo, lugar, elementos normativos, subjetivos y anímicos del hecho y la imputación jurídica del resultado³³. Luego, simplificando en algo todos estos elementos dice que los elementos básicos estructurales son: los sujetos activo y pasivo; y la conducta identificada con verbo rector y bien jurídico³⁴.

Para Pérez Pinzón existen, al igual que para Reyes Echandía, los elementos y los ingredientes: los elementos del tipo para este autor son: los sujetos activo y pasivo, el verbo rector, las circunstancias de la conducta, el bien jurídico y el objeto material o de la acción³⁵.

Monroy Sierra afirma que los elementos del tipo son: los sujetos activo y pasivo, el objeto del tipo, la conducta, el verbo rector, los ingredientes del tipo y, ocasionalmente, el resultado³⁶.

Estrada Vélez afirma que los elementos del tipo penal son: sujeto activo primario, conducta externa y bien jurídico tutelado³⁷.

30 RODRIGO RIVERA CORREA, *Nociones elementales de derecho penal*, Bogotá, Abogados librería, 1996, pp. 27-28.

31 Además de hablar de los elementos del tipo penal, agrega también los ingredientes del mismo, los cuales pueden ser: normativos y subjetivos. Al respecto, ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal: parte general*, cit., pp. 98-110

32 ESTEBAN PÁEZ POLO, *Derecho penal parte general*, Barranquilla, Mejoras LTDA, 1977, p. 147.

33 JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal: parte general, Tomo III: La tipicidad*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2005, p. 40.

34 *Ibíd.*, pp. 41-42. Ésta diversidad de elementos resulta en que no quede claro cuáles son para este autor los elementos básicos estructurales del tipo penal. A pesar de lo anterior, podría considerarse que él mismo concibe la posibilidad de que diferentes modalidades de punición, presenten elementos particulares que son básicos de cada modalidad particular, y que además existen unos elementos que comparten todos los tipos penales; sin embargo, ello no queda claro.

35 ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 73-74.

36 JERÓNIMO ALBERTO MONROY SIERRA, *Manual de ciencia penal*, Barranquilla, Gráficas Atenas, 1993, p. 73.

37 FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, *Derecho penal: parte general*, Bogotá, Temis, 1986, pp. 121-123. Además de las caracterizaciones referidas en la doctrina colombiana, pueden encontrarse algunas similares en

A pesar de los múltiples intentos de dar una definición contundente sobre cuáles son los elementos básicos estructurales del tipo penal, hay que reconocer que una definición omnicomprendensiva que pretenda dar una receta para lo que todo tipo debería contener es en extremo dificultosa o en extremo simplista. Lo anterior se debe a que la pretensión de buscar una definición que sea aplicable a todos los tipos penales se enfrenta a diversos problemas: por una parte, existen elementos que son exclusivos de algunos tipos penales, por ejemplo, el resultado será un elemento básico estructural de los tipos dolosos de resultado –de lesión o de peligro-³⁸, pero no lo será en todos los tipos penales, por ejemplo, en los delitos de peligro abstracto, por lo que incluir el resultado como elemento básico estructural del tipo penal implicaría que todos los tipos penales que no requieren resultado serían tipos penales incompletos, en la medida que sus características básicas estructurales no estarían presentes, mientras que no incluir el resultado como elemento del tipo sería relegarlo del ámbito de éste. Por otra parte, la definición de cuáles son los elementos básicos estructurales del tipo penal dependerá, en todo caso, del concepto mismo de *tipo penal*, sobre el cual no escasean las opiniones³⁹.

diversos sectores de la doctrina extranjera, por ejemplo Jescheck/Weingend afirman que el tipo debe contener “todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto” que para ellos son: el bien jurídico, la caracterización de si el delito es abstracto, concreto o de lesión y de si para su realización es necesario dolo o culpa, y la acción u omisión requerida, en HANS-HEINRICH JESCHECK/TOMAS WEIGEND, *Tratado de derecho penal: parte general*, pp. 262-263, los mismos autores posteriormente suman el autor y el resultado, en *Ibíd.*, p. 279; Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée afirman que las características típicas fundamentales son: “la actividad misma y los medios de su realización, los sujetos, el objeto material y las circunstancias temporales, espaciales y sociales”, en JUAN BUSTOS RAMÍREZ/HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de derecho penal: parte general*, p. 198.

38 Y más aún, según la doctrina dominante, es un elemento co-constitutivo del injusto también en los delitos imprudentes. Desde luego, la consideración del resultado como un elemento básico estructural del tipo penal dependerá del fundamento mismo del injusto, pues en la medida que se parta de una concepción subjetiva radical del injusto el resultado será una mera condición objetiva de punibilidad, o incluso, en las versiones del subjetivismo más radical, un simple resultado del azar que no influye en nada en el castigo de una conducta. Sobre el papel del resultado en la configuración del injusto, en especial, como elemento co-constitutivo de éste, véase, por todos, SUSANA HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 17-73.

39 Concepciones diversas son comunes en la doctrina, a guisa de ejemplo se encuentran el tipo como pragma conflictivo de Zaffaroni, el tipo como unidad dialéctica del injusto culpable de Salazar Marín, o el tipo de prohibición como elemento del injusto típico de Fernández Carrasquilla; sobre lo anterior, respectivamente, véase, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI/ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal parte general*, cit., pp. 455-513. MARIO SALAZAR MARÍN, *Teoría del delito*, Bogotá, Ibáñez, 2007, pp. 201-225. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental, Vol. II.*, Bogotá, Temis, 1989, pp. 112-319. El concepto de tipo penal está en gran medida influenciado por la metodología desde la cual se aborda el estudio del derecho penal, por ejemplo, para los autores causalistas el concepto de tipo penal suele caracterizarse como descriptivo-objetivo, mientras que autores posteriores, a partir de la concepción del derecho como ciencia social, admiten la existencia de elementos valorativos dentro del tipo penal. Lo anterior tiene muchísima relevancia, en la medida que en la doctrina penal existen diversas metodologías de estudio, y con ello, diversas concepciones sobre el injusto y el tipo penal, sobre ello

Adicional a lo anterior, se encuentra en la doctrina la idea de que existen elementos principales y accesorios en el tipo penal⁴⁰, lo cual dificulta lograr establecer cuales son elementos del tipo penal que puedan caracterizarse como básicos estructurales, y cuales, siendo elementos del tipo penal, son simplemente accesorios y, por tanto, escaparían al deber de definición taxativa el artículo 10 del Código Penal.

Ante la dificultad de dar una definición que agrupe todos los tipos penales, la consagración del artículo 10 del Código Penal parece insatisfactoria, por encontrarse sus significados diluidos entre diversas opiniones doctrinales, con lo que el deber de que los elementos básicos estructurales del tipo penal estén clara, expresa e inequívocamente determinados en la ley termina siendo una mera declaración sometida a diversas interpretaciones; sin embargo, y a pesar de la dificultad de lograr un consenso sobre qué es el tipo penal, y con ello, un acuerdo sobre cuáles son los elementos básicos estructurales de este, es posible dar un alcance al artículo 10 del Código Penal que escape a la diversidad de definiciones dadas por la doctrina, y no sucumba a los referidos problemas que puede representar cada una de ellas.

En efecto, lo importante de cara a la garantía consagrada en el artículo en comento no debe ser lo que por vía de interpretación la doctrina pueda considerar como tipo penal, ni lo que jueces o académicos piensen que son elementos básicos estructurales de este, sino que lo fundamental debería ser la garantía del principio de legalidad. Por ello, a pesar de la maleabilidad de los conceptos incluidos en dicha disposición, los mismos resultan, más que en aspectos definitivos de la misma, en simples herramientas para buscar la garantía del principio de legalidad.

En la interpretación del artículo en comento hay que admitir que la expresión: elementos básicos estructurales del tipo penal, es un referente obligado de la misma. Pero como se dijo anteriormente, el artículo 10 del Código Penal no es más que un desarrollo del principio de legalidad, y, como tal, comparte sus fundamentos⁴¹, por lo cual, estos deben orientar la interpretación de este, e, incluso, son determinantes en el establecimiento del alcance de las expresiones de dicha disposición.

Entonces, si lo que debe garantizarse con la disposición del artículo 10 del Código Penal es el alcance material del principio de legalidad, dicha disposición debe interpretarse con el objetivo puesto en dicho cometido. En la medida en que

véase, entre otros, CLAUS ROXIN, *Derecho penal parte general. Tomo I, Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, cit., pp. 196-206.

40 Sobre ello, véase FRANCISCO JAVIER TAMAYO PATIÑO, "Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano" en *Nuevo Foro Penal Nro. 79, julio-diciembre*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012, pp. 13-55.

41 Sobre los diversos fundamentos del principio de legalidad, véase, entre otros, ROSARIO DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad*, cit., pp. 28-32. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental, Vol. I.*, Bogotá, Ibáñez, 2004, pp. 183-191.

la garantía de la división de poderes y la garantía de la libertad ciudadana de sólo ser perseguido penalmente por comportamientos establecidos con anterioridad a la conducta enjuiciada, dan razón a la posterior necesidad de consagración inequívoca, expresa y clara de los elementos básicos estructurales de los tipos penales, ésta última deberá ser interpretada en estrecha relación con las dos primeras y, en esa medida, las concepciones doctrinales o jurisprudenciales sobre lo que puedan ser los elementos básicos estructurales del tipo penal, a pesar de su importancia para la interpretación, deberán ceder ante el deber de garantizar un principio supralegal⁴².

Así las cosas, lo importante no es qué elementos son básicos estructurales del tipo penal según una u otra concepción, sino qué elementos deben considerarse básicos estructurales a efectos de garantizar que la definición de los comportamientos punibles se mantenga en el legislador y qué elementos son necesarios para garantizar que el ciudadano pueda conocer cuál es la conducta que el derecho quiere prohibirle. En la medida que lo anterior se considere válidamente fundamentado, entonces la interpretación del artículo escapa a esquemas doctrinales diversos para servir a una construcción teleológica del derecho penal, cual es partir de la finalidad de garantía del mismo como fundamento de la interpretación de las disposiciones penales.

Una interpretación como la propuesta no soluciona, al menos en abstracto, el problema de los elementos básicos estructurales del tipo penal; sin embargo, su rendimiento se da en la medida en que sirve para recanalizar la problemática a cada tipo penal en concreto, puesto que, finalmente, lo importante en cada caso será, según el tipo penal de que se trate, cuáles son los elementos básicos estructurales de éste suficientes para garantizar materialmente la reserva absoluta de ley y la existencia de ley previa. Por ello, por ejemplo, no tiene sentido discutir si una circunstancia agravante del tipo de homicidio es o no un elemento básico estructural del tipo penal, sino determinar si a los efectos del artículo 10 del Código Penal dicha agravante debe estar sometida a la reserva de ley y ser previo a la comisión de la conducta, a lo cual

42 En sentido similar puede orientarse la opinión de Gómez Pavajeau cuando afirma que "como características básicas del tipo deben ser entendidas aquellos elementos o aspectos que fijan la frontera entre las conductas punibles y no punibles, esto es, las que fijan la materia de la prohibición y posibilitan la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos, haciendo concebible el ejercicio social y político de la libertad" CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Bogotá, Ibáñez, 2000, p 57. También son cercanas las posiciones de Fernández Carrasquilla y Velásquez V., en tanto que el primero de ellos no pretende establecer unos elementos que abarquen todos los tipos penales, sino que admite que cada modalidad de punición puede tener características específicas y, con ello, elementos diferenciadores; y el segundo, a pesar de que afirma que los elementos básicos estructurales del tipo penal son: el sujeto, la conducta y el bien jurídico, admite que según el tipo penal podrán existir otros requisitos, como el resultado, el nexo de causalidad o similares, con lo que admite también la particularidad de cada tipo penal. Para ello respectivamente, véase JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Vol. II., cit., pp. 130. FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal parte general*, cit., pp. 550-702.

habrá que dar una respuesta positiva, en la medida en que en tanto la agravante tenga la posibilidad de determinar o modificar el marco punitivo, entonces ésta sólo podrá ser establecida por el legislador de forma previa a la conducta enjuiciada. Todo lo anterior nos lleva a concluir que la llamada “tipicidad” consagrada en el artículo 10 del Código Penal no se corresponde necesariamente con la categoría dogmática de la tipicidad, en la cual, probablemente, si tenga sentido la diferenciación entre elementos básicos estructurales y elementos accesorios.

Finalmente, según la propuesta interpretativa que se ha intentado fundamentar, la definición que deberá realizar la ley de forma inequívoca, expresa y clara, tendrá que versar sobre cualquier disposición que determine de forma positiva la imposición de una pena por un supuesto de hecho específico, es decir que tanto las disposiciones concretas de la parte especial, las agravantes específicas y genéricas y los dispositivos amplificadores del tipo tendrán que cumplir con dicha demanda, en la medida en que son estos los que dan el marco cuantitativo de la posible pena a imponer, y sólo sometiendo los mismos a dicha exigencia resulta posible garantizar que los comportamientos punibles sólo sean establecidos por el legislador de forma previa a la conducta enjuiciada, vedando así al juez la posibilidad de establecer qué comportamientos son punibles, bajo qué condiciones se podría agravar un delito y cuándo podría extenderse la punibilidad.

Una lectura del artículo 10 del Código Penal bajo la presente lupa, implica reafirmar la concepción de la estricta legalidad como base del Estado de Derecho⁴³. En efecto, la disposición en comento no es otra cosa que el resultado de una concepción garantista del derecho penal que pretende erigir a la estricta legalidad como garantía base del sistema penal, pero no sólo como base, sino como garantía transversal a todo el sistema.

Lo anterior se da en la medida que la definición inequívoca, expresa y clara de las características básicas estructurales del tipo penal resulta en una garantía que no se agota en sí misma, es decir, no sólo garantiza los dos aspectos anteriormente referidos –la división de poderes y la cognoscibilidad de la ley-, sino que alimenta todo el sistema penal en tanto que así, y sólo así, puede garantizarse además el respeto de los demás principios del derecho penal, por ejemplo, resulta imposible garantizar que sólo se impondrá una pena una vez derrotada probatoriamente la presunción de inocencia cuando no está claro que aspectos deben ser probados⁴⁴.

43 Al respecto, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., pp. 34-36; 94-97. LUIGI FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 220-233.

44 Un ejemplo de dicha propuesta del profesor italiano puede verse en la siguiente proposición: “En el primer sentido (lato) el principio de legalidad se identifica con la *reserva relativa de la ley*, entendiendo <<ley>> en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir la *sujección del juez a las leyes* vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus contenidos, en la calificación jurídica de

Una caracterización tal del derecho penal enfrenta diversos problemas, en tanto que para algunos no resulta admisible que el mismo sea o deba ser un sistema de garantías para el ciudadano, o incluso cuando se admite que lo sea o deba serlo se enfrenta a realidades que alimentan diversas propuestas con las cuales se busca flexibilizar las garantías por éste establecidas. A estos problemas se dedicará el próximo capítulo.

4. Tendencias político criminales sobre el principio de tipicidad: expansión del derecho penal y pérdida de contenido de las garantías penales

4.1 La pérdida de contenido de las garantías penales: una caracterización general

En la actualidad el derecho penal se enfrenta a diversos ideales de expansión, los cuales se apoyan en diversas realidades y valoraciones que pretenden dar fundamento a los mismos. Precisamente debido a la diversidad de fundamentos ofrecidos es bastante difícil agrupar dichos fenómenos que, en ocasiones, tienen como único rasgo en común la inclinación en favor de la expansión.

A pesar de ello, se puede intentar una clasificación de los argumentos que simpatizan con la expansión del derecho penal⁴⁵, en dos grupos distintos no contrapuestos: un primer grupo de argumentos que propende por la expansión vista como una garantía, un derecho ciudadano⁴⁶; y un segundo grupo de argumentos

los hechos juzgados. En el segundo sentido (estricto) se identifica en cambio con la *reserva absoluta de ley*, entendiéndolo <<ley>> en el sentido sustancial de norma o contenido legislativo; y prescribe además de tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del juez *solamente* a la ley". LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., p. 95. Para más escenarios y argumentos sobre la influencia de la estricta legalidad en la construcción del sistema penal puede consultarse de forma completa la obra referida.

45 Al respecto véase, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001.

46 Dentro de este primer grupo se pueden ubicar dos corrientes de fundamentación de la necesidad de expansión del derecho penal, flexibilización o revocatoria de garantías: el *derecho penal de los derechos humanos* y el *derecho penal de las víctimas*. Ambas corrientes parten de la idea de que la defensa de unos derechos particulares: los derechos humanos o los derechos de quienes sufren las consecuencias del delito, ameritan, o mejor, justifican, que en aras de la *no impunidad* o la eficiencia en la persecución penal, se creen nuevos tipos penales o se revoquen o flexibilicen garantías. Una caracterización importante de dicha modalidad puede verse en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 36.163 del 29 de mayo de 2011, MP. Alfredo Gómez Quintero; una completa revisión de la flexibilización del principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede verse en LUZ MARÍA MEJÍA, "El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana" en *Nuevo Foro Penal Nro. 78, enero-junio*, Medellín, Universidad

que entienden la expansión como una necesidad ineludible para la consecución de seguridad y prevención⁴⁷.

El primer grupo de argumentos, que parte de una visión de la expansión como una garantía, se alimenta de la idea de que en ocasiones las garantías penales son un impedimento para la realización de otros derechos de los asociados, o bien, las garantías sólo tienen la calidad de inalienables cuando se enfrentan a realidades en las cuales la necesidad de intervención en favor de la justicia es menor, es decir, un claro retribucionismo. Los puntos de partida enunciados son los esgrimidos por el llamado derecho penal de los derechos humanos y otras versiones del mismo que buscan otorgar un papel protagónico a la víctima y, en busca de la justicia en el caso del primer discurso, o en busca de la satisfacción de los derechos de las víctimas en el caso de ambos discursos, aseveran que las garantías penales serán ineludibles solo

EAFIT, 2012, pp. 107-145. Sobre los fenómenos de flexibilización del principio de legalidad en general véase, entre otros, JUAN CARLOS ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "Las vicisitudes del principio de legalidad a propósito de la persecución penal de crímenes contra la humanidad" en *Aa.Vv., Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, coord. Diego Araque, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 59-82. DANIEL R. PASTOR, *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005. JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA, "¿El derecho penal garantista en retirada?" en *Revista Penal*, Nro. 21, Universidad de Salamanca, Universidad Pablo Olavide y Universidad Castilla-La Mancha, publicación conjunta de Wolters Kluwer S.A. en colaboración con la Universidad de Huelva, 2008. LUIGI FERRAJOLI, *Democracia y garantismo*, cit., pp. 220-233; 251-263. FRANK SÜB, "El trato actual del mandato de determinación" en *La insostenible situación del derecho penal*, trad. David Felipe i Saborit, Granada, Comares, 2000, pp. 223-244. WOLFGANG NAUCKE, "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado" en *La insostenible situación del derecho penal*, trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Granada, Comares, 2000, pp. 531-549. MARIJON KAIBER, "Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto" en *La insostenible situación del derecho penal*, trad. Ramón Ragués i Vallés, Granada, Comares, 2000, pp. 149-165.

47 Dentro de este segundo grupo se pueden ubicar dos corrientes que propenden por la expansión del derecho penal: El *derecho penal de la sociedad del riesgo* y el *derecho penal de la seguridad ciudadana*. Ambas corrientes parten de la idea que las necesidad de hacer frente a ciertas modalidades delictivas, la creciente tasa de riesgo o de inseguridad y la necesidad de dar confianza a los ciudadanos en el sistema penal, justifican la expansión tal como se ha caracterizado hasta aquí. Evidentemente los rasgos anteriores son una simplificación de dos modelos valorativos de respuesta a realidades que probablemente no den cuenta de la problemática específica de cada una de éstas. Para una caracterización más completa de dichas problemáticas, sobre la sociedad del riesgo y derecho penal de la sociedad del riesgo véase, ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, España, Paidós Ibérica, 2006. ULRICH BECK, *La sociedad del riesgo global*, trad. de Jesús Alborés Rey, 2da edición, reimpresión, Madrid, Siglo XXI, 2001. BLANCA MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001. BLANCA MENDOZA BUERGO, "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo" en *L.H. Antonio González Cuellar*, p 351-371. BLANCA MENDOZA BUERGO, "Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LII*, 1999, p 279-321. Sobre el concepto de derecho penal de la seguridad ciudadana, véase, JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana" en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Nro. 06, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>. JOSÉ LUIS DIEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado", en *Derecho penal y política transnacional*, coords. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Atelier, pp. 243-282.

cuando no se topan con necesidades de garantizar los derechos de las víctimas o de la justicia que puede significar la garantía de los derechos humanos⁴⁸.

En el segundo grupo de argumentos pueden contarse aquellos que ven en la expansión una necesidad ineludible, aquí pueden darse dos escenarios diversos: el derecho penal de la sociedad del riesgo y el derecho penal de la seguridad ciudadana. El primero de estos parte del concepto sociológico de la sociedad del riesgo⁴⁹ y argumenta que, teniendo en cuenta que la sociedad moderna es un escenario en el cual los riesgos creados a partir de los avances tecnológicos y la dinámica social han incrementado considerablemente la posibilidad de la lesión de bienes jurídicos, y apoyados en la idea de que el derecho penal deja de tener sentido cuando se ha producido una lesión en un bien jurídico por lo que este tendría como labor primordial la conjuración de riesgos, han propendido por la expansión del derecho penal por ser una realidad ineludible de una sociedad como la actual. Así, para dicho modelo penal no tiene sentido esperar una catástrofe *chernobyliana* para que el derecho penal intervenga, sino que este deberá ocuparse de castigar la creación de riesgos no permitidos a fin de lograr evitar sucesos catastróficos.

Por otra parte el derecho penal de la seguridad ciudadana parte de la idea que en la medida en que la criminalidad (particularmente la violenta) viene teniendo un crecimiento exponencial y la percepción ciudadana de esta sufre igualmente un crecimiento que genera miedo al delito, el derecho penal deberá intervenir en más escenarios y con mayor dureza, incluso, sacrificando las garantías ciudadanas, a fin de lograr la reducción tanto de la criminalidad objetiva como de la percepción subjetiva de esta; finalmente, el derecho penal no sería más que una herramienta de defensa social⁵⁰.

Más allá de que los discursos expuestos puedan o no ser agrupados en la forma en que se hizo, ello no representa un elemento de corrección o incorrección del discurso, sino simplemente una metodología expositiva puesto que, independientemente de la forma en que han sido agrupados, lo cierto es que en los cuatro escenarios expuestos: el derecho penal de los derechos humanos, el derecho penal victimocéntrico, el

48 Desde luego, una versión de justicia deformada, donde la garantía de la *no impunidad* en materia de violaciones de derechos humanos, implica la violación de tantos otros derechos humanos. Una caracterización de estos fenómenos, entre otros, en los textos de cita 46.

49 Véase cita 47.

50 Bastante controvertida es ésta modalidad de fundamentación, en tanto que la misma se basa en dos premisas bastante discutibles: la primera el crecimiento de la criminalidad y el segundo el incremento al miedo al delito, en la medida en que ni lo uno ni lo otro está demostrado, lo que convierte al derecho penal de la seguridad ciudadana en un discurso eminentemente político. Sobre esto véase José Luis Diez Ripollés, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado", cit., pp. 243-282. Daniel Varona Gómez, "¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España", en *indret* 1/2009.

derecho penal de la sociedad del riesgo y el derecho penal de la seguridad ciudadana; se encuentran argumentos en favor de la expansión del derecho penal.

En medio de toda la discusión sobre la expansión del derecho penal, se enclava la problemática del principio de tipicidad pues este será, según la perspectiva adoptaba, o bien una garantía inalienable como se puede concluir de los dos primeros capítulos del presente escrito, o bien, una garantía limitada o limitable cuyos contornos estarán fijados por la necesidad de prevención, seguridad, justicia, retribución o garantía de otros derechos.

Una toma de postura por una u otra de las opciones descritas determinará, no sólo el alcance mismo de la garantía, sino el punto de partida mismo del derecho penal, es decir, la admisión de que el mismo constituye un sistema de garantías en favor del ciudadano para protegerse del poder punitivo del Estado; o la idea del derecho penal como una herramienta de venganza, *justicia*, retribución, mera prevención o defensa social.

4.2 La pérdida de contenido de las garantías penales: el principio de tipicidad

Ya se ha afirmado anteriormente que la disposición del artículo 10 del Código Penal contiene una garantía que pretende asegurar materialmente el principio de legalidad, por la vía de la exigencia de la determinación y taxatividad de los comportamientos considerados punibles; sin embargo, los ideales expansivos en algunos momentos tendrán que demoler esta visión, para poder construir una nueva garantía que logre satisfacer su concepción del derecho penal, es decir que en la medida que una garantía se interponga en el camino de los ideales de expansión estos buscarán modificarla o revocarla para cumplir sus objetivos.

En efecto, si se argumenta que los delitos contra la humanidad deberán ser castigados, incluso con cláusulas bastante generales o con base en tipos inexistentes en el ordenamiento jurídico interno al momento de la comisión de la conducta, pero existentes como mandatos generales de sanción en el derecho internacional; o si se afirma que la criminalización de riesgos para el medio ambiente relacionados con la emisión de gases contaminantes es un escenario demasiado técnico en el cual la legislación no tiene capacidad concreta para intervenir, por lo que el ámbito de lo prohibido deberá ser determinado por entidades administrativas especializadas en el control de dichas realidades, entonces el principio de tipicidad tal como ha sido relacionado no será una garantía siempre infranqueable, sino que sólo tendrá esta característica en los delitos diferentes a los que atentan contra la humanidad, o en escenarios poco técnicos donde la legislación pueda satisfacer las necesidades de prevención.

De esta forma, el principio de tipicidad es un problema para los ideales expansivos, en la medida que mientras se parta de la tipicidad como límite infranqueable al poder punitivo los ideales expansivos tendrán siempre un límite para su expansión.

Esta oposición entre los ideales expansivos y las garantías del derecho penal ha generado la reconstrucción de la tipicidad, ya no como garantía, sino como herramienta ocasional del poder punitivo y el uso, cada vez más frecuente, de tipos penales y argumentos judiciales cuestionables desde el punto de vista de la garantía en comentario⁵¹; concretamente, existen escenarios en los cuales se ha manifestado con mayor claridad la expansión del derecho penal, los cuales se caracterizan por la negación del principio de tipicidad en la elaboración de los tipos, como son: los tipos con elementos normativos, los tipos con elementos de valoración global del hecho y los tipos en blanco⁵². No quiere afirmarse que dichas modalidades de punición hayan surgido exclusivamente como resultado de las necesidades de punición enmarcadas dentro de los discursos expansivos reseñados, sino que, independientemente de su surgimiento, han encontrado en los ideales expansivos discursos legitimantes.

Los tipos penales en blanco son aquellos en que el supuesto de hecho contenido en la norma penal remite a disposiciones extrapenales para su determinación⁵³. Dicha remisión puede ser: a otra norma expedida por el legislador por medio de un procedimiento legislativo de las mismas condiciones que el que estableció la norma penal que realiza dicha remisión, caso en el cual se habla de tipos penales impropios o en sentido amplio; o a normas inferiores de carácter no legislativo, evento en el cual se denominan tipos penales propios o en sentido estricto⁵⁴.

51 Algunos tipos bastante cuestionables desde su determinación son los artículos 305, 306, 307, entre muchos otros. Una muestra de la reformulación del principio de tipicidad (y legalidad) a partir de argumentos judiciales puede verse en sentencia del 09 de Junio de 2010, rad Nro. 110010704003200800025, emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá, cuya amplia difusión se debe a que en la misma se condena al coronel (r) del ejército Colombiano, Alfonso Plazas Vega, por los hechos sucedidos en la toma al Palacio de Justicia en Bogotá, en el año 1985.

52 Las tres modalidades de punición señaladas podrían ser reformuladas en la categoría omnicompreensiva de *tipos penales con elementos normativos*, en la medida que los elementos de valoración global del hecho y los elementos en blanco de un tipo penal son eminentemente normativos; sin embargo, existen razones para la diferenciación entre las tres modalidades de punición, las cuales se harán evidentes en la continuación de la lectura del presente escrito, no obstante, hay que destacar que la diferenciación entre los tres es por momentos gaseosa y difícil de realizar, pues los mismos se superponen en muchas ocasiones, o su clasificación resulta en extremo dificultosa, tal como se verá infra.

53 Aunque se entiende que la referencia a otra norma también puede ser frente a la sanción, no se analizará ese aspecto por entender que excede la cobertura del principio de tipicidad, pues este, como se ha señalado, se ocupa de los elementos básicos estructurales del tipo penal, y la sanción no es un elemento del mismo, sino la consecuencia jurídica asignada a la conducta típica, antijurídica y culpable. Evidentemente esto no quiere decir que la sanción escape a la taxatividad y determinación, o al principio mismo de legalidad, sin embargo, dicha garantía no es la que se explicita en el artículo 10 del Código Penal.

54 Sobre los tipos penales en blanco propios o impropios, o en sentido amplio o estricto, véase EDMUND MEZGER, *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfico Argentino, 1958, p. 154.

Las remisiones del supuesto de hecho pueden ser de diferentes tipos. Por ejemplo, estas pueden ser estáticas o dinámicas⁵⁵, interpretativas o en bloque⁵⁶, generales o especiales⁵⁷, implícitas o explícitas⁵⁸. A pesar de las múltiples caracterizaciones de los tipos penales en blanco, lo cierto es que su agrupamiento por categorías no sirve demasiado en la medida que lo importante no es establecer, por ejemplo, si un tipo penal en blanco tiene una remisión general o específica, sino determinar si la remisión, cualquiera sea su clase, respeta o no el principio de tipicidad.

Los tipos penales con elementos normativos son aquellos que contienen expresiones que sólo pueden ser concretadas a través de una valoración o remisión a ordenamientos normativos diversos al jurídico o a sectores normativos diferentes al propiamente penal. Estos tipos penales pueden ser de tres tipos: contentivos de términos que deben ser determinados a través de ordenamientos normativos o

MIGUEL ABEL SOUTO, "Las leyes penales en blanco" en *Nuevo Foro Penal Nro.68, julio-diciembre*, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp. 16-18. ENRIQUE CURY, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988, p. 27; ANTONIO DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, cit., pp. 98-101. Además podría pensarse que la remisión puede ser a una disposición contenida dentro de la misma ley donde se encuentra el tipo penal, en tal caso parece que no se está hablando de tipos penales en blanco sino de normas incompletas, por lo cual dicho caso será desestimado como un evento de tipos penales en blanco. Sobre el concepto de norma incompleta, y la imposibilidad de incluirlo como un supuesto de tipo penal en blanco véase FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal: parte general*, cit., pp. 241-248.

- 55 Las remisiones estáticas son aquellas que dirigen a una norma específica (Ej. Ley número N, de la fecha X) que posee un texto ya redactado al momento del establecimiento del tipo penal. Dicha remisión se caracteriza porque al ser una remisión a una ley específica, la modificación de la misma generaría la inexistencia del tipo. Por otro lado la remisión es dinámica cuando el sentido de la norma penal depende del contenido de la norma a la que remite. Desde luego las remisiones dinámicas hacen referencia a normas *en general* (Ej. De acuerdo a lo dispuesto en la ley sobre la materia X) Al respecto, ANTONIO DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, cit., pp. 84-86.
- 56 Las remisiones interpretativas son aquellas usadas para especificar un elemento típico que podría ser determinado sin la remisión, o cuya importancia sólo sirve para delimitar el ámbito de lo punible (Ej.: fuera de los casos permitidos por la ley –primer caso- o sin autorización –segundo caso-). El segundo caso se caracteriza porque el elemento típico solo puede ser interpretado con apoyo a la remisión, la cual suele ser general (Ej.: con infracción a las leyes sobre la materia X). En estos eventos para saber qué conductas son típicas, debe remitirse a una valoración extrapenal de inferior categoría que la ley. Al respecto, *Ibíd.*, pp. 86-88.
- 57 Las remisiones generales se caracterizan por castigar cualquier infracción a la norma remisoría (Ej. Quien contravenga la disposición X), en tanto que las especiales castigan solamente una conducta de las múltiples infracciones a la disposición a la que remite (Ej. Quien en contravención a la disposición X, haga Y). Sobre ello, *Ibíd.*, pp. 88-89.
- 58 Las remisiones implícitas son aquellas que contienen términos que sólo pueden ser determinados de acuerdo a otro complejo normativo (Ej. La referencia a *armas de fuego*), pero sin hacer referencia expresa a cual complejo normativo se refiere. Las segundas hacen referencia expresa a la norma que sirve para delimitar el contenido de la expresión en blanco (Ej. El que haga X según lo dispuesto en Y). Al respecto, *Ibíd.*, pp. 90-93.

valoraciones extrajurídicas; los términos que deben ser determinados con atención a normas jurídicas específicas; los términos que deben ser determinados de acuerdo al ordenamiento jurídico en general⁵⁹. Algunos ejemplos de términos normativos son el concepto de *ajena* en el delito de hurto, o el concepto de *cheque* en el delito de emisión ilegal de cheque.

Finalmente los tipos penales con elementos de valoración global del hecho son aquellos en los que la existencia de tipicidad dependerá siempre de una visión conjunta del ordenamiento jurídico, en la medida en que contienen elementos que invitan a dicha valoración. Ejemplo de dichos elementos pueden ser lo *injustificado* en el enriquecimiento ilícito (Art. 412 C.P.) o lo *indebido* en el tráfico de influencias (Art. 411 C.P.). Si bien es posible pensar que en el primer caso la referencia a lo *injustificado* hace alusión a la inexistencia de causas de justificación, nada se opone a que dicho vocablo se interprete en un sentido positivo; sin embargo, en el presente escrito no se intenta dar luz sobre dicho aspecto que será un asunto a estudiar en la parte especial, sino que se intenta poner presente es que la existencia de términos como *injustificado*, *indebido*, *antijurídico* o similares obliga al tipo penal que los contiene a interpretar el tipo penal desde la completitud del ordenamiento jurídico, diluyendo la diferencia que podría existir, para quienes la admiten⁶⁰, entre los escalones valorativos de la tipicidad y la antijuricidad como elementos del injusto, en la medida en que dicha alusión acepta un tipo penal que, al incluir dichos elementos, determina con su existencia el injusto mismo.

Evidentemente, dicha concepción de los tipos en blanco, de los tipos con elementos normativos o con elementos de valoración global del hecho, invita a una discusión importante de cara al principio de tipicidad: ¿Qué diferencias existen entre los tipos con elementos normativos, elementos de valoración global del hecho y los tipos en blanco? Esclarecer aunque sea un poco lo anterior resulta importante para poder tener una mirada más completa sobre el problema de la garantía de la tipicidad, y el papel que juegan dichas modalidades de punición en la detracción de dicha garantía, o su reconstrucción en favor de ideales expansionistas.

A priori es posible establecer diferencias entre las tres modalidades de penalización que se han reseñado; sin embargo, cuando se aborda la problemática de los tipos penales con elementos de valoración global del hecho y los tipos penales en

59 Una clasificación similar, aunque más completa, puede hallarse en MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo*, cit., pp. 44-54. A pesar de la mayor extensión y refinamiento de la clasificación realizada por el profesor español, lo cierto es que para el presente escrito no existe necesidad de subclasificar en demasía los tipos con elementos normativos, por lo que con lo enunciado basta para lo que aquí se quiere plasmar. Desde luego, ello no implica que dichas clasificaciones carezcan de utilidad, sino solamente que no son necesarias a los efectos perseguidos en el presente trabajo.

60 Por ejemplo, en Colombia, FERNANDO VELÁSQUEZ V., *Derecho penal parte general*, cit.

blanco las diferencias se convierten en simples límites artificiales en los cuales, más allá de una simple toma de postura político-criminal frente a los mismos, es difícil encontrar una verdadera diferencia; por ello, primero nos ocuparemos de la diferencia entre los tipos con elementos normativos y las dos modalidades restantes, para luego ocuparnos de la diferencia entre estos segundos⁶¹.

Los tipos con elementos normativos son, en primer lugar, difíciles de identificar. Como ya se ha puesto presente por varios autores es posible concebir que todos los elementos contenidos en un tipo son elementos normativos, no sólo porque el lenguaje es impreciso y siempre el significado de las palabras tiene una zona de penumbra donde no queda claro si la misma cobija algunos elementos, sino porque con el mero hecho de utilizar las palabras en una disposición normativa estos adquieren un rango normativo.⁶² A pesar de lo anterior, existe una diferencia tajante entre tipos con elementos normativos y tipos en blanco o con elementos de valoración global del hecho. La diferencia con los segundos es que los términos normativos dan sólo una pauta de interpretación del tipo, y aunque en ocasiones determinarán el surgimiento o no de éste (como es el caso de la ajenidad en el hurto), no determinan nunca, al menos en virtud de ese término, el injusto de la conducta, es decir, un hurto sobre cosa ajena no será siempre injusto pues podrán existir causales de justificación; en tanto, los términos contenidos en los elementos de valoración global del hecho determinan no sólo la tipicidad, sino el injusto mismo, por lo cual, en su presencia, siempre se constituirá el injusto⁶³.

En tanto, la diferenciación entre los tipos con elementos normativos y los tipos penales en blanco es aún más sencilla, pues en los segundos se da, por regla general, una remisión expresa a la normatividad de acuerdo a la cual se debe interpretar el tipo penal. No obstante hay que subrayar que en los tipos penales en blanco con remisión implícita, en las cuales se cuenta con un elemento normativo que sólo podrá ser determinado con relación a un ordenamiento jurídico específico, pero cuya remisión no es directa, es más difícil establecer si estamos en presencia de un elemento normativo o un tipo penal en blanco; ejemplo de ello es la ajenidad en el delito de hurto, pues dicho término conlleva una referencia implícita a las normas reguladoras de la propiedad en

61 Desde luego, la predicada diferencia entre tipos con elementos normativos frente a los tipos con elementos de valoración global del injusto y los tipos en blanco responde a una caracterización de los primeros bastante limitada, pues, como se dijo anteriormente, los tipos en blanco y los tipos con elementos de valoración global del injusto son, sin más, tipos con elementos normativos. Por ello, la diferenciación termina siendo fácil de establecer, siempre que se entienda que la misma versa entre los tipos con elementos normativos con elementos en blanco o de valoración global del hecho y los tipos con elementos normativos diferentes a los en blanco o de valoración global del hecho.

62 Sobre ello, MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *El error sobre elementos normativos del tipo*, cit., pp. 54-57.

63 En ambos casos, desde luego, dando por supuesta la existencia de las valoraciones necesarias para ello, v. gr., el dolo.

materia civil. A pesar de lo anterior sí resulta posible establecer una diferencia entre estas modalidades de punición, sobre lo cual se volverá en breve.

En lo que respecta a los tipos en blanco y los tipos con elementos de valoración global del hecho, resulta bastante complejo establecer una diferenciación, en tanto que en ambos existe una remisión a una parte o a todo el ordenamiento jurídico, en ambos el surgimiento del tipo depende de la existencia del elemento de valoración global del hecho o el elemento en blanco, y, en la mayoría de casos, en ambos la determinación del supuesto de hecho punible no está completa sin la interpretación de la expresión problemática.

Para dar un ejemplo de lo anterior puede decirse que el tipo penal de tráfico de influencias no podrá surgir si la utilización de las influencias derivadas del ejercicio o la función del cargo no son indebidas, por lo cual, parte del núcleo del tipo mismo se encuentra en dicha expresión, la cual, desterrando las concepciones morales del derecho, tendrá que ser interpretada con relación al ordenamiento jurídico, para así saber qué tipo de tráfico de influencias es *indebido* y, por tanto, punible; entonces, en el mencionado tipo penal se está ante una remisión al ordenamiento jurídico en su totalidad —o a la parcialidad que trata sobre las funciones y deberes de los servidores públicos—, y sin apoyo a este no se podrá establecer si el comportamiento es o no típico; además el supuesto de hecho del tipo estará incompleto sin dicho vocablo, pues no se castiga toda utilización de influencias, sino sólo aquellas que son indebidas. Lo mismo sucede en un tipo penal en blanco, por ejemplo el del artículo 306 que castiga, entre otros, la comercialización de variedad vegetal protegida legalmente. En este tipo penal la referencia a la legislación sobre protección de variedades vegetales es evidente, pues sin saber cuáles son las variedades protegidas no se podrá establecer el ámbito de lo punible, en tanto que no se castiga el comercio de variedades vegetales, sino sólo el de aquellas protegidas por la ley. Por lo cual, el tipo mismo dependerá de las normas sobre protección de variedades vegetales e, igual que en el primer caso, el tipo dependerá de las normas sobre funciones y deberes de los servidores públicos y en ambos casos si varían dichas normas, el tipo mismo variará su contenido prescriptivo.

Una diferenciación entre tipos penales en blanco y tipos con elementos de valoración global del hecho, así como de los tipos penales en blanco con remisiones implícitas y los tipos con elementos normativos, puede darse por la vía de la necesidad político-criminal que al parecer subyace en los primeros, pero se encuentra ausente en los demás. En efecto, los tipos penales en blanco reciben su legitimidad —o al menos los intentos de legitimarlos— a partir de las realidades específicas que pretenden conjurar, pues según la doctrina⁶⁴ dicha modalidad de punición obedece a la necesidad de

64 Sobre los fundamentos de los tipos penales en blanco véase, ENRIQUE CURY URZÚA, "Contribución al estudio de las leyes penales en blanco" en *Derecho Penal y Criminología*, Vol II, Nro. 4, noviembre, Bogotá, Universidad del Externado, 1978, pp. 7-26. ENRIQUE CURY, *La ley penal en blanco*, cit., pp. 50-54;

hacer frente a sectores sociales cambiantes y tecnificados, es decir, los tipos penales en blanco serían simplemente una forma de hacer frente a este tipo de realidades complejas. Así, según ello, en el ejemplo anteriormente expuesto tendría sentido afirmar qué tipos penales con remisiones implícitas a otro sector del ordenamiento puedan ser considerados en un caso como tipos con elementos normativos (ej: el hurto) y en otro como tipo penal en blanco (ej: comercio de variedades vegetales), pues, se podría argumentar, los fundamentos de ambas remisiones obedecen a razones diferentes. Y lo mismo sería aplicable frente a los tipos penales de valoración global del hecho, en tanto que la razón de que estos remitan al complejo normativo no se debe a la constante variación del mismo, sino a una técnica legislativa integradora del ordenamiento jurídico.

Otra diferencia entre tipos con elementos de valoración global del hecho y tipos en blanco es que en los primeros el elemento de valoración determina el injusto mismo, mientras que en los segundos solo se determina la tipicidad (o el aspecto positivo de ésta), faltando aún la revisión de las causas de justificación (o aspecto negativo de la tipicidad). Sin embargo esta postura tiene sentido sólo cuando se admite que la tipicidad representa una categoría dogmática independiente a la antijuricidad, o que en la misma se dan dos valoraciones, una positiva y otra negativa cuyos alcances son diferenciados, pero no cuando se entiende que ambos juicios valorativos conjugan un todo: el injusto. Por ello, más allá de lo que aquí se considere, dicha diferenciación es en exceso contingente y, por demás, su utilidad tendría repercusiones dogmáticas cuyo análisis no corresponde al presente escrito.

Como se dijo anteriormente, la diferenciación entre las modalidades de punición expuestas no es más que una toma de postura político-criminal, pero lo cierto es que no existen diferencias claras entre estos pues todos terminan realizando una remisión a un sector del ordenamiento jurídico o a la totalidad de éste, que repercute directamente en el ámbito de lo prohibido por un tipo penal específico, por lo que, a pesar de que se acepte dicha distinción, lo que debe quedar claro es que la importancia de dicha diferenciación es meramente metodológica, puesto que materialmente lo que importará en cada caso será si el término: normativo, en blanco o de valoración global del hecho es útil para garantizar o no la determinación de los tipos penales.

Como se dijo, las tres modalidades de punición pueden representar una afrenta en contra del principio de tipicidad⁶⁵, en la medida en que atenten contra la claridad y

ANTONIO DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, cit., pp. 98-114. JAIME SANDOVAL FERNÁNDEZ, "Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista" en *Nuevo Foro Penal Nro. 61, mayo-agosto*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1999, pp. 95-125.

65 Aunque ello no será siempre, necesariamente, así. Por ejemplo, los tipos penales con elementos normativos podrán ser más o menos determinados, pues podrán existir elementos normativos cuyo

univocidad de los tipos penales, y con ello, ponen en vilo la garantía ciudadana de que sea sólo el legislador quien pueda determinar el ámbito de lo punible, que no el juez; y la garantía de cognocibilidad previa de los comportamientos prohibidos.

Precisamente, es en dicho escenario en que los discursos expansivos entregan su máxima contribución, en la medida que justifican la restricción de la garantía contenida en el artículo 10 del Código Penal. Dicha legitimación se da en el siguiente sentido: frente a los tipos con elementos normativos indeterminados se puede argüir que ocasionalmente los términos precisos sacrifican las necesidades de prevención de la sociedad, mientras que la utilización de términos más imprecisos puede facilitar la intervención penal, por lo cual sería recomendable no elaborar los tipos con la máxima precisión pues ello lo que representa es una dificultad para la consecución de la seguridad⁶⁶.

En lo que a los tipos con elementos de valoración global del hecho y los tipos penales abiertos que dejen indeterminado el supuesto mismo del tipo penal respecta, se puede argumentar que existen sectores del ordenamiento que, bien por su amplitud, su especificidad, su tecnicidad o su constante variación, o por las necesidades específicas de prevención, deben estar sometidos a unas reglas diferentes a las de los tipos penales *corrientes*, haciéndose más flexibles tanto en su interpretación como en su posterior modificación⁶⁷. Así, tanto en los unos como en los otros se intenta justificar que sea una instancia administrativa la que determine el ámbito de lo punible, puesto que, por ejemplo, en lo que a especies vegetales protegidas se refiere, tendrá mejor criterio para determinar el ámbito de lo prohibido una entidad encargada del cuidado del medio ambiente que el mismo legislador⁶⁸.

Finalmente, como caracterización general, puede afirmarse que los ideales de expansión del derecho penal argumentan que la garantía contenida en el principio de tipicidad puede ser flexibilizada en favor de la prevención (general o especial) o

significado sea preciso o precisable con facilidad (ej: ajeno), y otros en que el término será imprecisable (ej: gravemente)

66 Afirmando que la prevención general puede funcionar sin taxatividad de los contenidos, incluso mejor que con esta, ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA JIMENO, "¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal" en Aa. Vv., *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿Decadencia o evolución?*, edición de Juan Pablo Montiel, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 174-177. Sobre las necesidades de la sociedad moderna de flexibilizar los tipos penales, véase JOSÉ URQUIZO OLAECHEA, "Principio de legalidad: nuevos desafíos" en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de educación a distancia, 2001, pp.65-66.

67 Al respecto pueden considerarse los textos referidos en cita 65.

68 Es de resaltar que en el presente trabajo no se busca caracterizar los tipos con elementos de valoración global del hecho como escenarios aprovechados para la expansión, sino como un escenario donde ello resulta posible, lo anterior se hará evidente cuando se aborde la problemática de esta modalidad de punición ligada a la de los tipos en blanco, al respecto infra 5.

la seguridad (sea esta desde una visión de la seguridad como garantía de derechos humanos o de víctimas concretas, o la seguridad como defensa social), y que los tipos penales con elementos normativos, elementos de valoración global del hecho y tipos penales en blanco son las herramientas que se justifican desde dichos ideales para asegurar su cometido (la expansión). Precisamente de la negación de validez a dichos argumentos se ocupará el siguiente capítulo.

5. El principio de tipicidad: límite infranqueable al poder punitivo

5.1 El principio de tipicidad como presupuesto de la legitimidad del sistema y de sus posibilidades de prevención

Hacer frente a los argumentos de flexibilización del principio de tipicidad resulta una tarea bastante difícil, en la medida que los mismos, a pesar de no ser aceptados en el presente trabajo, no son poco inteligentes. Como se expuso anteriormente, existen argumentos que en razón de la prevención o la seguridad (como garantía de derechos o defensa social) abogan por la flexibilización del principio de legalidad y, precisamente, en este orden se abordará la respuesta a dichos argumentos expansivos.

En primer lugar se encuentran los argumentos que abogan por la prevención en detrimento de la garantía de la taxatividad, afirmando que esta última no es más que un obstáculo para la consecución de una prevención efectiva. Los escenarios más evidentes donde ello sucede son: los de la creación de tipos penales con elementos normativos indeterminados, buscando darle mayor amplitud a la prohibición, para dar al juez una mayor movilidad para castigar comportamientos desviados; y los de la creación de tipos penales en blanco buscando garantizar la movilidad de la *legislación*. Dichos escenarios deberán ser separados y abordados cada uno de forma específica.

En lo que respecta a la creación de elementos normativos indeterminados como mecanismos para garantizar la prevención, hay que subrayar que los mismos no tienen ninguna posibilidad de llevar a cabo dicho cometido, puesto que la taxatividad de los contenidos es un presupuesto apenas lógico de la prevención⁶⁹. En efecto, no

69 En contra de esta postura se manifiesta ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA JIMENO, "¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Cit., pp. 174-177. A pesar de la oposición del profesor español, se considera que la taxatividad si es presupuesto lógico de la prevención en razón a dos aspectos: el primero de ellos, que no es deber de los ciudadanos tener un mayor cuidado ante los tipos indeterminados; en segundo lugar, el argumento del profesor español de que los ciudadanos se abstendrán de realizar comportamientos cuando tengan dudas sobre su penalidad no es más que una suposición personal, a la que podría contestarse que los ciudadanos, ante la duda, actuarían, siendo esto segundo una posición con la misma falta de sustento esgrimida por este, es más, si se toma como punto de partida la razón esgrimida por el mismo autor, que aquí se comparte, sobre que el conocimiento de las prohibiciones de los ciudadanos en las sociedades modernas es siempre mediato, impreciso y alimentado de valoraciones sociales, no existen verdaderas razones para entender que una norma indeterminada generaría *deberes de cuidado* para el ciudadano, por demás, ello daría la espalda al principio general de libertad según el cual lo que no está prohibido al ciudadano se encuentra permitido para él mismo.

resulta lógicamente posible prevenir comportamientos que se desconocen. Si se busca la flexibilización de los tipos por la vía de la creación de tipos con elementos normativos indeterminados, se sacrifica directamente la cognoscibilidad de la ley como presupuesto necesario para la consecución de la prevención⁷⁰.

En la medida en que los elementos normativos indeterminados crean tipos penales cuyo supuesto de hecho no está debidamente determinado, para el ciudadano resulta poco menos que imposible predecir cuales de sus conductas pueden encajar dentro de un tipo penal concreto, por lo que le resulta, a su vez, difícil abstenerse de una conducta que no puede determinar; finalmente, es imposible prevenir cuando no se dice que es lo que se quiere prevenir.

Frente a lo anterior podría argumentarse que los tipos con elementos normativos indeterminados crean supuestos de hecho tan amplios que podrían fomentar un cuidado especial por parte de los ciudadanos quienes, ante la dificultad para determinar de forma concreta qué comportamientos se encuentran prohibidos, buscarán evitar una gama más amplia de comportamientos⁷¹; sin embargo, un argumento tal estaría condenado al fracaso, en tanto que, en primer lugar, el mismo implica una necesaria determinabilidad de los tipos penales en los cuales los ciudadanos podría conocer, al menos, un espectro, aunque amplio, de los comportamientos prohibidos y con ello no necesariamente se encuentra violada la garantía del artículo 10 del Código Penal pues, como se dijo, la determinación es siempre un problema de grado, por lo que en estos escenarios habrá que revisar cada tipo en particular para verificar su correspondencia con el principio de tipicidad; en segundo lugar, porque la anterior idea de tipos penales con elementos normativos indeterminados como escenario idóneo para garantizar la prevención, por la vía de la exigencia de un cuidado especial por parte de los ciudadanos, más que un verdadero mecanismo de prevención es un mecanismo de aseguramiento, de defensa social, totalmente inútil para poner coto al poder punitivo, pues una penalización de comportamientos por la vía de dicho mecanismo no es más que la manifestación de un poder salvaje que se impone por la fuerza frente a los asociados, lo cual, en un Estado de Derecho, resulta inadmisibles en tanto es el Estado quien se debe someter a los ciudadanos y no a la inversa.

70 Tiene razón Ortíz de Urbina Gimeno, *Ibíd.*, pp. 176-177, cuando afirma que "al menos en los ordenamientos jurídicos de las sociedades complejas, la mayoría de los ciudadanos tiene un acceso a la legalidad mediado por las normas sociales y en el que de modo por completo racional se presta especial atención a las pautas de persecución que fácticamente se dan en el ordenamiento jurídico en cuestión, antes que al mensaje que aparentemente contienen los textos legales y su grado de precisión". Pero a pesar de lo anterior, la garantía ofrecida por el principio de tipicidad no debe asegurar que todos los ciudadanos conozcan los comportamientos que deben evitar en los términos de la ley, sino, seguramente de forma más modesta, que dichos comportamientos sean cognoscibles. Por otra parte, dicha garantía debe ser asegurada siempre en concreto por el juez de instancia que, en todo caso, deberá verificar el conocimiento efectivo o el conocimiento debido (imprudencia inconsciente, error de tipo o prohibición vencibles) por parte del ciudadano, el cual, de no darse, deberá ser suficiente para no imponer pena alguna.

71 Así, *Ibíd.*, pp. 174-177

Por otra parte, en lo que respecta a los tipos penales en blanco, se argumenta que los mismos son una necesidad en la medida que existen sectores del ordenamiento jurídico donde una regulación rígida se hará inútil al pasar el tiempo, debido al constante cambio de algunos de estos escenarios⁷². Ejemplo de ello sería el tipo penal que se traía a colación anteriormente; en efecto, una declaración por vía legislativa de las variedades vegetales protegidas haría que, ante una modificación de las condiciones o necesidades medioambientales, al tipo penal se le dificultara adaptarse a nuevos escenarios debido a la complejidad del procedimiento legislativo, sacrificando así sus posibilidades de prevención.

Dicho argumento sobre la benevolencia de la regulación dinámica de ciertas materias es incontrovertible. Es cierto que para garantizar la prevención en un momento concreto resulta de utilidad tener una legislación que pueda mutar con mayor facilidad que el tipo penal mismo, mejor aún si es un organismo administrativo el que expide, por vía de resolución o actos jurídicos similares, las leyes complementarias al tipo penal en blanco. No obstante, y a pesar de la corrección del argumento anterior, ello no es suficiente para flexibilizar la garantía del principio de tipicidad por dos razones esenciales: la primera porque tal como sucede en los tipos penales con elementos normativos indeterminados se sacrifica eventualmente el conocimiento previo de la prohibición, y con ello, cualquier posibilidad de una prevención efectiva en un caso concreto. En segundo lugar porque si la materia objeto de regulación es tan cambiante, y su objeto de protección puede ser uno el día de hoy, y variar para el día de mañana, parece que no estamos en presencia de una realidad de extrema gravedad que tenga que ser conjurada por la vía del derecho penal, pues lo cambiante de dichos escenarios precisamente denuncia que no existe un interés social irrevocable en la protección unívoca de un bien jurídico concreto⁷³; o, admitiendo que dichas realidades merezcan protección penal a pesar de la variación de las condiciones, será el legislador el encargado de tomar dicha determinación.

Todos los argumentos esgrimidos hasta el momento se orientan a negar la posibilidad de que la flexibilización del principio de tipicidad sea un mecanismo idóneo para garantizar la prevención general, pero entonces ¿Qué sucede frente a la prevención especial? Simplemente que los argumentos ofrecidos resultan oponibles sin más frente a ésta, en la medida que también resulta imposible *resocializar* a quien ni si quiera pudo conocer qué comportamientos podían considerarse como *asociales*⁷⁴.

72 Sobre ello, véase cita 64.

73 Evidentemente lo anterior no comporta la desprotección de dichos bienes jurídicos, sino su protección por una vía distinta al derecho penal.

74 No se realizará ninguna consideración frente a la prevención especial negativa por considerar dos aspectos: en primer lugar, en lo que a la pena de prisión como mecanismo de prevención general negativa se refiere, ésta resulta ilegítima en un Estado de Derecho, lo que no implica la concesión de legitimidad a misma para la consecución de la prevención general en cualquiera de sus formas, o

Por otra parte se encuentran los argumentos que abogan por la expansión del derecho penal a partir de la seguridad en cualquiera de las acepciones referidas anteriormente. A pesar de que existen múltiples argumentos para negar la posibilidad de flexibilizar la garantía del artículo 10 del Código Penal para la consecución de dichos fines securitarios o de garantía de derechos humanos o de víctimas, lo cierto es que dicho discurso, al negar la garantía o su contenido básico y con ello la posibilidad de conocer previamente las conductas prohibidas, se erige simplemente en una ley del talión que utiliza el instrumento represor para retribuir el mal causado con el mal de la pena, lo cual ha sido suficientemente criticado⁷⁵; por ello, dichos argumentos no merecen una verdadera réplica más allá de la contundente afirmación de que dicho procedimiento es inconstitucional, en la medida que en un Estado de Derecho el sistema penal no puede ser un esquema organizado de venganza estatal que busca retribuir el mal causado con otro mal, sino que debe ser un sistema sometido a los poderes públicos; y el mal que quiere evitarse debe estar expresamente consagrado con anterioridad a la conducta enjuiciada y cuando ello no se encuentra consagrado en esta forma, sino que para castigar se recurre a interpretaciones que exceden los tipos penales del ordenamiento jurídico, entonces se estará en presencia, nada más y nada menos, de la creación de tipos penales por parte de los jueces, y con ello, de una flagrante violación a la división de poderes.

Ahora bien, ¿significa todo lo anterior que los tipos penales con elementos normativos indeterminados y los tipos penales en blanco son siempre inconstitucionales? Si se admite todo lo anterior habría que concluir que sí, sin embargo, ello debe ser matizado y explicado.

5.2 El principio de tipicidad frente a escenarios problemáticos: la constante batalla por la verificación del cumplimiento del artículo 10 del Código Penal colombiano

Frente a los tipos penales con elementos normativos indeterminados se ha dejado claridad que es imposible, en abstracto, establecer la constitucionalidad o no los mismos⁷⁶, salvo en casos extremos donde la indeterminación es evidente

a la prevención especial positiva, sino que representa simplemente una toma de postura en la cual se admite un debate abierto sobre las posibilidades de prevención de la prisión, siempre y cuando se destierre la posibilidad de utilizar la prisión como lugar cuyo único objetivo es excluir seres humanos de la vida en sociedad. En segundo lugar, que a la prevención especial negativa por medio de penas diferentes a la prisión, como por ejemplo la prohibición de conducción de automotores, le son aplicables los argumentos esgrimidos para las demás modalidades de prevención, por lo que referir en particular la misma resulta innecesario.

75 Sobre las críticas a la retribución como justificación de la pena véase, entre otros, LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, cit., pp. 253-258.

76 De acuerdo con esta postura se muestra GABRIEL ABRIASOLA, "Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal" en *El penalista liberal, homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Coord. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 257-273.

(ej: gravemente, inmoral) porque los términos no tienen ni una intención ni una extensión definida o definible, sin el recurso a creencias subjetivas del intérprete; por ello la indeterminación será un problema a revisar en cada tipo penal, que deberá ser estudiado para verificar si cumple o no la garantía establecida en el artículo 10 del Código Penal.

Cuando se trata de dar soluciones definitivas de forma abstracta al problema de los tipos en blanco el panorama tampoco resulta alentador, sobre todo cuando se está frente a los supuestos más problemáticos de los mismos; sin embargo, existen consideraciones necesarias que pueden llevar a algunas conclusiones en dicho aspecto y otorgar elementos para el juicio de los tipos penales con estas características.

De forma inicial hay que decir que existen dos supuestos fáciles de los tipos penales en blanco: un primer escenario donde la norma complementaria encargada de delimitar los contornos del tipo está dejada a instancias inferiores al legislador; en estos eventos dichos tipos penales serán siempre inconstitucionales, pues resulta inadmisibles que entidades diferentes al legislador determinen cuándo se utilizará en contra de un ciudadano el arma más violenta con que cuenta el Estado⁷⁷.

Frente a lo anterior se ha argumentado por un sector de la doctrina que la remisión podrá darse a normatividad inferior a la ley siempre y cuando en la ley esté contenido el núcleo básico de la prohibición. Dicha opción es inadmisibles, por dos razones: la primera es que si el núcleo básico se encuentra en el tipo penal, la remisión es absolutamente innecesaria, por lo que si existe sólo podría tener como función la restricción del tipo penal, y si ello no es así, es decir, si la remisión no restringe el tipo sino que lo amplía o lo delimita, entonces la prohibición, o el núcleo básico de esta, no se encontrará en el tipo penal sino en la norma a la que se remite. Así, la teoría del núcleo básico de la prohibición –núcleo este que, por demás, se desconoce⁷⁸- no ofrece una verdadera

77 De otro pensamiento se muestra Gómez López, para quien la preexistencia del elemento en blanco es suficiente para constitucionalidad de los tipos en blanco, al parecer, sin importar que ello sea una flagrante violación contra la reserva absoluta de ley. Sobre ello, JESÚS ORLANDO GÓMEZ LÓPEZ, *Tratado de derecho penal: parte general, Tomo III: La tipicidad*, cit., p. 44. También en este sentido se manifiesta Medina Brando a quien le parece muy "sano" que la garantía del artículo 6 del Código Penal cubra a la norma de reenvío, en la medida que los tipos penales en blanco son modalidades de punición irrenunciables, lo cual, no parece sustentar debidamente, al respecto ver, GLADYS CONSTANZA MEDINA BRANDO, "Normas rectoras de la ley penal colombiana, en la ley 599 de 2000" en *Proyección Universitaria*, Nro. 18, Tunja, UniBoyacá, 2001, pp. 35-36.

78 Sólo pudo encontrarse un autor que daba una definición del núcleo de la prohibición, en el siguiente sentido; "Denominan núcleo del tipo al contenido del verbo usado en el tipo para la designación de la acción", y pone como ejemplo la acción de matar en el homicidio; ello puede verse en GUSTAVO PELÁEZ VARGAS, *Manual de derecho penal general*, Bogotá, Beta, 1981. Lo curioso, es que en la obra de este autor se desconoce el núcleo de la prohibición en función de los tipos en blanco, por lo que, al parecer, dicho núcleo hace referencia a los elementos básicos estructurales del tipo para este autor, más que a una definición del núcleo de la prohibición en los tipos en blanco. Curiosa resulta la posición de Gómez Pavajeau quien inicialmente afirma que los elementos básicos del tipo "deben ser entendidas aquellos elementos o aspectos que fijan la frontera entre las conductas punibles y no punibles, esto es, las que fijan la materia de la prohibición y posibilitan la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los

salida para conjurar la inconstitucionalidad de los tipos penales en blanco que remiten a normas inferiores a la ley.

El segundo escenario, de la mano del anterior argumento, es cuando el núcleo básico de la prohibición se encuentre en el tipo penal, la remisión sólo podrá tener el efecto de restringir el tipo penal y por ello dicha remisión será constitucional, en vista que la no intervención punitiva no puede violar el principio de tipicidad, en tanto que el mismo pretende (des)legitimar la intervención punitiva, es decir, el principio de tipicidad no pretende juzgar escenarios de no castigo, sino establecer unas condiciones mínimas para poder castigar. Evidentemente dicha solución es parcial, en tanto que tampoco queda claro qué elementos debe contener el tipo para estar completo y cuándo la remisión sólo tiene efectos restrictivos; sin embargo, se puede simplemente afirmar que la completitud del tipo tendrá que estar dada de tal forma que el mismo fuere aplicable a un escenario concreto sin necesidad de recurrir a la remisión y esta tuviera el único efecto de restringir dicha aplicación. Un ejemplo que se aproxima a dichos tipos penales podrían ser aquellos en los cuales se castiga un comportamiento de forma general, pero la autorización excluye la realización del tipo, por ejemplo, en el tipo penal del artículo 365 en el cual se castiga, entre otros, el tráfico de armas, que estaría excluido cuando se cuenta con una autorización administrativa⁷⁹. A pesar de la proximidad de lo anterior, también es cierto que los tipos penales de este tipo no son propiamente *en blanco*, pues no contienen una remisión a normatividad inferior, sino la posibilidad de que entidades inferiores al legislador concedan permisos especiales para la realización de conductas que, sin dichos permisos, serían típicas; sin embargo, son una caracterización que se aproxima a la idea aquí vertida, la cual, no es llevada a cabo por ninguno de los tipos penales del Código Penal colombiano.

Teniendo presente las dos conclusiones anteriores: la inconstitucionalidad de toda remisión a normas inferiores a la ley; y la constitucionalidad de remisiones que

comportamientos, haciendo concebible el ejercicio social y político de la libertad", para luego abogar por la constitucionalidad de los tipos penales en blanco, diciendo que los mismos son idóneos para evitar el caos social, pues evitan prohibiciones más generales; al parecer, no se percató el mencionado autor que delegar en funcionarios administrativos alguna de los "aspectos que fijan la frontera entre las conductas punibles y no punibles" no es otra cosa que sustraer del poder legislativo la facultad de decidir en qué circunstancias puede utilizarse el derecho penal. Sobre lo anterior, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, cit., pp. 56-57.

79 Sobre esta modalidad de punición se hará referencia, de aquí en adelante, como tipos de *no autorización*. Una caracterización similar, aunque abarca algunos supuestos adicionales, puede verse en DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, cit., pp. 169-175. Es cierto que el tipo referido como ejemplo es además un tipo penal en blanco, en la medida que el concepto de *armas de defensa personal* sólo podrá ser determinado con atención a normas extrapenales, pero ello no es excluyente de que, a su vez, pueda tratarse de un tipo de no autorización, es decir, es posible que existan tipos en blanco de *no autorización*. El problema de los tipos de *no autorización* ha sido ya muy discutido por la doctrina, al respecto véase, entre otros, CLAUS ROXIN, *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Trad. Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, De palma, 1979.

restringan el ámbito de un tipo más genérico, es momento de adentrarse en uno de los problemas más importantes de los tipos penales en blanco⁸⁰: los que contienen remisiones a normas expedidas por el legislador, y, posteriormente, el riesgo existente de que el legislador, a fin de evitar los problemas propios de los tipos penales en blanco, los reformule como tipos de *no autorización* o como tipos penales con elementos de valoración global del hecho.

Lo anterior representa un problema importante pues, por una parte, no tiene sentido predicar la inconstitucionalidad de los tipos penales en blanco que remitan a normas de rango legal, cuando para evadirla el legislador simplemente tendría que reformular el tipo penal para redactarlo, bien como una prohibición general que podrá ser excluida con una autorización administrativa, o bien, como un tipo penal con un elemento de valoración global del hecho como: *ilícitamente*, *antijurídicamente*, *ilegalmente*. Entonces, si se afirma la inconstitucionalidad de los primeros, para que ello tenga verdaderos efectos habría que afirmar también la inconstitucionalidad de los segundos, o, si se pretende afirmar sólo lo primero, entonces habría que encontrar verdaderas diferencias entre los tipos penales en blanco con remisión a normas de rango legal y los tipos penales con elementos de valoración global del hecho, o los denominados aquí tipos de no autorización, diferencias estas que, como se expuso anteriormente, son difíciles de hallar. Aunque parece que en lo atinente a los tipos de *no autorización* sí puede establecerse una diferencia, en la medida en que estos tienen el supuesto de hecho completo sin necesidad de recurrir a otros órdenes normativos, lo cierto es que dicha modalidad de punición es bastante problemática en la medida en que los tipos penales en blanco podrían ser formulados de forma genérica, para luego convertirlos en tipos de *no autorización*; por esto, a pesar de poder realizar alguna diferenciación en este aspecto, abordar dicha modalidad legislativa resulta ineludible a efectos del presente trabajo.

Un ejemplo de lo anterior puede darse con el tipo penal en blanco que se ha utilizado como ejemplo durante la presente exposición; en efecto, la comercialización de variedades vegetales podría castigarse por la vía penal así: i) Tal como se encuentra consagrada, castigando la comercialización de variedades vegetales legalmente protegidas; ii) castigando la comercialización sin autorización o no autorizada de variedades vegetales; iii) castigando la comercialización *ilícita* de variedades vegetales.

80 Es de anotar que de cara al principio de legalidad y el principio de tipicidad, los tipos penales en blanco enfrentan otro problema bastante importante que no será abordado en el presente escrito, cual es el de la posible retroactividad de la norma remisoría más favorable, aspecto sobre el cual no existe acuerdo en la doctrina en tanto existen autores que fundamentan su admisión, y otros que argumentan su inadmisión. Sobre lo anterior véase, JAVIER AUGUSTO DE LUCA, *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1997. ENRIQUE CURY, *La ley penal en blanco*, cit., pp. 122-126. ENRIQUE BACIGALUPO, "Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el derecho penal" en *Aa. Vv., La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿Decadencia o evolución?*, edición de Juan Pablo Montiel, Madrid, Marcial Pons, 2012, p 72-74.

De inmediato es posible darse cuenta que la segunda modalidad es bastante problemática, en tanto que extiende el tipo hasta eventos claramente permitidos –como la venta de verduras-, y terminaría por exigir que supermercados, tiendas, distribuidoras, etc, tuvieran que buscar autorización legal para vender vegetales, so pena de ser perseguidos penalmente, lo que será, sin duda, insatisfactorio. Así mismo es posible encontrar que la modalidad de castigo i) y iii) -que representan respectivamente a los tipos en blanco y a los tipos con elementos de valoración global del hecho- son materialmente idénticas.

Según lo visto, podemos encontrar una restricción necesaria para los tipos con elementos de valoración global del hecho, pues si los mismos son en muchas ocasiones materialmente idénticos a los tipos penales en blanco, entonces las expresiones *ilícitamente*, *ilegalmente*, *antijurídicamente* o similares, tendrán que ser siempre interpretadas con relación a leyes, y no a normas inferiores, pues ello representaría que los contornos del tipo estarían determinados por instancias inferiores al legislador, que serían las que, en últimas, decidirían cuándo se aplica o no un tipo penal; entonces cuando el legislador afirma que las influencias necesarias para la aplicación del tipo penal de tráfico de influencias, deberán tener el carácter de *indebidas*, el carácter de lo que es o no una influencia de este tipo sólo podrá determinarse con arreglo a normas de rango legal, pues de lo contrario, es decir, de determinarlas con normas inferiores, se estaría dejando el tipo penal al arbitrio de lo que instancias inferiores al legislador consideren como *indebido*, escapando así la materia de prohibición de las manos del poder legislativo.

Lo anterior sólo representa una herramienta interpretativa, pero evidentemente no soluciona el problema de la constitucionalidad de los tipos penales en blanco cuando la remisión es a una norma de rango legal. En este escenario habrá que afirmar que de forma abstracta no se podrá encontrar una solución a dicha problemática, sino que será en cada tipo penal en concreto donde se deberá estudiar la remisión, pues lo importante será, en últimas, si el tipo penal y las características específicas de su complemento son idóneas para garantizar lo establecido en el artículo 10 del Código Penal; incluso, en ocasiones se estará frente a escenarios donde en abstracto un tipo penal parezca idóneo y luego, en concreto al momento de juzgar la conducta de un ciudadano, no lo sea, por lo que sólo estudios de la parte especial podrán dar respuesta a dicha problemática.

De todo lo hasta aquí expuesto es posible predicar que el principio de tipicidad debe ser infranqueable, pues de la taxatividad de los contenidos depende todo el sistema penal y la garantía de los ciudadanos de ser juzgados sólo por comportamientos cognoscibles con anterioridad a su comisión⁸¹. Así, la intervención penal estará limitada

81 En otras palabras, la tipicidad “ilustra al ciudadano sobre las ‘reglas de juego’ de la vida en una sociedad determinada”, FERNANDO TOCORA, *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002, p. 138.

en todos sus escalones por la garantía del artículo 10 del Código Penal, en la medida en que no se podrá castigar una conducta no contenida en un tipo, o frente a la cual el ciudadano haya podido adecuar su comportamiento con base en la cognoscibilidad previa de la prohibición y en la cual no se garantice al ciudadano, por la vía de términos claros, la posibilidad de defenderse del aparato persecutor.

Ahora bien, frente a la situación descrita, la pregunta que resta por contestar es: ¿Qué papel juega el juez en los escenarios en los que no se garantiza debidamente el contenido del artículo 10 del Código Penal?

6. El principio de tipicidad y el poder jurisdiccional

Según se anunció al inicio del presente escrito, la vinculación del principio de tipicidad con el principio de legalidad le otorga a la disposición del artículo 10 del Código Penal la calidad de rectora, pero más que eso, adscribe su contenido a un principio constitucional superior. De lo anterior se desprende que la disposición en comento puede servir para el control de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.

Evidentemente la Corte Constitucional tiene dentro de sus competencias la declaración de inconstitucionalidad de los tipos penales cuando ellos no satisfacen las exigencias del principio de legalidad, entre ellas, el principio de tipicidad⁸², por lo que dicha herramienta será de uso válido por su parte, y, así mismo, será una herramienta de uso válido para los jueces por la vía del control difuso de constitucionalidad⁸³. Sin embargo, existe un escenario bastante problemático en el cual las herramientas de los jueces frente a los tipos penales que no cumplen con la exigencia del artículo 10 del Código Penal se encuentran bastante reducidas. Ello puede condensarse en la siguiente cuestión ¿Qué sucede cuando la Corte Constitucional se ha pronunciado a favor de la constitucionalidad de un tipo penal, y luego el juez en concreto constata que el mismo sigue sin cumplir con los requisitos del artículo 10 del Código Penal?

Frente a lo anterior hay que considerar dos aspectos. El primero de ellos, que cuando la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un tipo penal lo hace en consideración a unos argumentos específicos, por lo cual, si el juez de instancia

82 A pesar de que el artículo 10 del Código Penal tiene rango legal, su contenido ya ha sido utilizado por la Corte Constitucional colombiana para declarar la inconstitucionalidad de tipos penales, por ejemplo, en la sentencia 575 de 2009, M. P. Humberto Sierra Porto.

83 Fernández Carlier considera que lo dispuesto en el artículo 13 del Código Penal, es suficiente para fundamentar la inaplicación de una disposición que no respete el artículo 10 del mismo estatuto. Ello no puede compartirse, en tanto que no puede un artículo de rango legal legitimar la inaplicación por excepción de inconstitucionalidad de un tipo penal; sin embargo, dicho autor posteriormente argumenta que el artículo 10 del Código Penal se encuentra estrechamente vinculado con normas supralegales lo cual, como se ha sostenido en el presente trabajo, si es suficiente para fundamentar la inaplicación de un tipo penal, pues esta no deviene directamente del artículo 10 en comento, sino del reconocimiento de que este forma parte del contenido de principios constitucionales. Al respecto véase EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER, *Estructura de la tipicidad penal*, cit., p. 79.

constata que existen razones de inconstitucionalidad que no fueron tenidas en cuenta por la Corte al momento del juicio abstracto, aun podrá inaplicar por inconstitucional el tipo concreto; en segundo lugar, hay que subrayar que el control de constitucionalidad de los tipos penales funciona siempre en abstracto, por lo que la Corte Constitucional sólo declara una constitucionalidad que podría llamarse general, pero que en un caso concreto, por las particularidades del mismo, podrá no aplicarse o modificarse⁸⁴.

Además de lo anterior, existen tipos penales cuya constitucionalidad estará en entredicho, pero ante los cuales el juez no podrá —o no deberá— intervenir a fin de respetar la libre configuración del legislador, por lo que, cuando el juez tiene un ámbito de duda sobre la constitucionalidad de un tipo, deberá admitirla por provenir esta de una instancia con legitimidad democrática como el legislador; no obstante, lo anterior no significa que la constitucionalidad del tipo penal en abstracto y en concreto sea suficiente para la aplicación acrítica del tipo penal, pues la garantía del artículo 10 del Código Penal informa la interpretación también de tipos penales plenamente válidos, así, el juez podrá excluir el castigo cuando constate que en un caso concreto no se cumple la garantía del principio de tipicidad, incluso cuando dicho incumplimiento no sea suficiente para la inaplicación por inconstitucionalidad⁸⁵.

Lo anterior puede darse cuando se está en presencia de elementos normativos cuya indeterminación es mínima, pues con ello no bastará para la inexequibilidad o inaplicación de un tipo penal; sin embargo, en un caso concreto, el juez de instancia puede considerar que dadas las condiciones que rodean la conducta, las pruebas ofrecidas por las partes, o los argumentos valorativos contrapuestos, no se configura un elemento concreto del tipo o no se dio una oportunidad para conocer el mismo; en esto casos el juez deberá recurrir a la interpretación del tipo penal que sea más favorable al procesado y a los institutos jurídicos sobre el error vencible e invencible, tanto de tipo como de prohibición, así, cuando en un proceso en concreto existan dudas de si concurre o no un elemento del tipo de dichas características, el juez, apoyado en la norma rectora consagrada en el artículo 10 del Código Penal podrá utilizar aquella duda en favor del procesado.

Una aplicación tal de dicha garantía podría ser una suerte de *in dubio pro reo sustancia*⁸⁶, derivado de las garantías básicas del derecho penal, concretamente,

84 Estas figuras son lo que se conoce por una parte de la doctrina como el *distinguish* y el *overruling* respectivamente. Sobre ello, entre otros, CARLOS BERNAL PULIDO, "El precedente en Colombia" en *Revista del Estado Nro. 21, diciembre*, Bogotá, Universidad del Externado, 2008, pp. 91-93.

85 Algunas consideraciones importantes sobre el control de constitucionalidad de las leyes penales pueden verse en LUIS PRIETO SANCHÍS, *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 261-298 y GLORIA PATRICIA LÓPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., pp. 263-607.

86 Ello entendiendo que el alcance del *in dubio pro reo* es procesal, y aplica frente a hechos sobre los cuales se tiene duda, y no así frente a juicios valorativos. Sin embargo, una percepción, que por demás se comparte, es la ofrecida por Sarrabayrouse, quien afirma que el *in dubio pro reo* también tiene un

de la disposición en comento, la presunción de inocencia y el principio general de libertad. En todo caso, dicho recurso no parece descabellado en la medida que, siendo el principio de tipicidad una norma rectora, el juez deberá, en cada caso, constatar que las características básicas estructurales del tipo penal estén definidas en la ley de forma clara, expresa e inequívoca, y si ello no es así no podrá emitir una condena legítima⁸⁷.

Bibliografía

- ABEL SOUTO, MIGUEL, "Las leyes penales en blanco" en *Nuevo Foro Penal Nro.68, julio-diciembre*, Medellín, Universidad EAFIT, 2005, pp. 13-31.
- ADRIASOLA, GABRIEL, "Juez, legislador y principio de taxatividad en la construcción del tipo penal" en *El penalista liberal, homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Coord. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 257-273.
- ALEX, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, JUAN CARLOS, "Las vicisitudes del principio de legalidad a propósito de la persecución penal de crímenes contra la humanidad" en *Aa.Vv., Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, coord. Diego Araque, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, pp. 59-82.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, "Sobre la justicia y la seguridad jurídica en el derecho penal" en *Aa. Vv., La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿Decadencia o evolución?*, edición de Juan Pablo Montiel, Madrid, Marcial Pons, 2012, p 55-82.
- BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo global*, trad. de Jesús Alborés Rey, 2da edición, reimpresión, Madrid, Siglo XXI, 2001.
- BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, España, Paidós Ibérica, 2006.
- BERNAL ACEVEDO, GLORIA, *Las normas rectoras en el nuevo Código Penal*, Ibáñez, 2002.
- BERNAL PULIDO, CARLOS, "El precedente en Colombia" en *Revista del Estado Nro. 21, diciembre*, Bogotá, Universidad del Externado, 2008, pp. 81-94.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN/ORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de derecho penal: parte general*, Madrid, Trotta, 2006.

sustrato sustancial que debe ser integrado en el momento en que el juez no tiene claridad sobre un tipo penal. Sobre ello, EUGENIO C. SARRABAYROUSE, "La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración" en *Aa. Vv., La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿Decadencia o evolución?*, edición de Juan Pablo Montiel, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 27-54. De todos modos, independientemente de la admisión de lo anterior, el juez podrá recurrir a esta posibilidad, sea por la vía de un *in dubio pro reo sustancial*, o por la vía de la interpretación favorable al reo.

87 En idéntico sentido, LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho Penal: partes general y especial, tomo I*, Bogotá, Temis, 1984, p. 149.

- CADAVID QUINTERO, ALFONSO, *Introducción a la teoría del delito*, Medellín, Dike, 1999.
- COBO DEL ROSAL, M/ VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- CURY URZÚA, ENRIQUE, "Contribución al estudio de las leyes penales en blanco" en *Derecho Penal y Criminología, Vol II, Nro. 4, noviembre*, Bogotá, Universidad del Externado, 1978, pp. 7-26.
- CURY, ENRIQUE, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988.
- DE LUCA, JAVIER AUGUSTO, *Leyes penales más benignas, en blanco y Constitución Nacional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1997.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *El principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL, *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, Madrid, La Ley, 2008.
- DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado", en *Derecho penal y política transnacional*, coords. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá, Atelier, pp. 243-282.
- DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana" en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Nro. 06, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>.
- DOVAL PAIS, ANTONIO, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO, *Derecho penal: parte general*, Bogotá, Temis, 1986.
- FERNÁNDEZ CARLIER, EUGENIO, *Estructura de la tipicidad penal*, 3ra edición, Bogotá, Ibáñez, 2009.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental, Vol. I.*, Bogotá, Ibáñez, 2004.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal fundamental, Vol. II.*, Bogotá, Temis, 1989.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, *Derecho penal parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y Garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 220-233.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Carlos Terradillos Basoco, Rocío Cantareno Bandrés, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRAJOLI, LUIGI, "El derecho como sistema de garantías" en *Nuevo Foro Penal Nro. 60, enero-abril*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Medellín, Universidad de Antioquia, 1999, pp. 59-77.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia Vol. 1.*, Trad. Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís, Alfonso Ruiz Miguel, Perfecto Andrés Ibáñez, Juan Carlos Bayón, Madrid, Trotta
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 7ma edición, Madrid, Trotta, 2010.

- FERRAJOLI, LUIGI, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín, Bogotá, Universidad del Externado, 2000.
- FIANDACA, GIOVANNI/ MUSCO, ENZO, *Derecho penal parte general*, trad. Luis Fernando Niño, Bogotá, Temis, 2006.
- GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO, *Tratado de derecho penal: parte general, Tomo III: La tipicidad*, Bogotá, Doctrina y Ley, 2005.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO, *Constitución, derechos fundamentales y dogmática penal*, Bogotá, Ibáñez, 2000.
- HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, Tecnos, 1994.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, HANS-HEINRICH/WEIGEND, THOMAS, *Tratado de derecho penal: parte general*, trad. Miguel Olmedo Cardenete Madrid, Comares, 2002.
- KAIßER, MARIJON, "Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto" en *La insostenible situación del derecho penal*, trad. Ramón Ragués i Vallés, Granada, Comares, 2000, pp. 149-165.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA/ARIAS HOLGUÍN, DIANA, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2010.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA, "La aplicación del derecho en los sistemas jurídicos constitucionalizados" en *Cuadernos de Investigación, No. 16, marzo 2004*, Medellín, Universidad EAFIT.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL, *Lecciones de derecho penal: parte general*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012.
- MEDINA BRANDO, GLADYS CONSTANZA, "Normas rectoras de la ley penal colombiana, en la ley 599 de 2000" en *Proyección Universitaria, Nro. 18*, Tunja, UniBoyacá, 2001, pp. 27-67.
- MEJÍA, LUZ MARÍA, "El debilitamiento del principio de legalidad penal en las decisiones de control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana" en *Nuevo Foro Penal Nro. 78, enero-junio*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012, pp. 107-145.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA, "Exigencias de la moderna política criminal y principios limitadores del derecho penal" en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, vol. LII*, 1999, pp. 279-321.

- MENDOZA BUERGO, BLANCA, "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo" en *L.H. Antonio González Cuellar*, p 351-371.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- MEZA MORALES, FERNANDO, "de las normas rectoras en la ley penal colombiana" en *Memorias*, Medellín, Comlibros-Universidad de Antioquia, 2010.
- MEZGER, EDMUND, *Derecho penal: parte general*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfico Argentino, 1958.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho penal: parte general*, 4ta edición, Barcelona, 1996.
- MOLINA FERNÁNDEZ, FERNANDO, *La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal*, Bogotá, Universidad del Externado, 2007.
- MONROY SIERRA, JERÓNIMO ALBERTO, *Manual de ciencia penal*, Barranquilla, Gráficas Atenas, 1993.
- NAUCKE, WOLFGANG, "La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado" en *La insostenible situación del derecho penal*, trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Granada, Comares, 2000, pp. 531-549.
- ORTIZ DE URBINA JIMENO, ÍÑIGO, "¿Leyes taxativas interpretadas libérrimamente? Principio de legalidad e interpretación del derecho penal" en *Aa. Vv., La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿Decadencia o evolución?*, edición de Juan Pablo Montiel, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 173-206.
- PÁEZ POLO, ESTEBAN, *Derecho penal parte general*, Barranquilla, Mejoras LTDA, 1977.
- PASTOR, DANIEL R., *Recodificación penal y principio de reserva de código*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- PELÁEZ VARGAS, GUSTAVO, *Manual de derecho penal general*, Bogotá, Beta, 1981.
- PÉREZ, LUIS CARLOS, *Derecho Penal: partes general y especial, tomo I*, Bogotá, Temis, 1984.
- PÉREZ PINZÓN, ÁLVARO ORLANDO, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Universidad del Externado, 2005.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2009.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho Penal: parte general*, Segunda reimpresión de la undécima edición, Bogotá, Temis, 1990.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *La tipicidad*, 6ta edición, Bogotá, Universidad del Externado, 1979.
- RIVERA CORREA, RODRIGO, *Nociones elementales de derecho penal*, Bogotá, Abogados librería, 1996.
- ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho penal parte general. Tomo I, Fundamentos: La estructura de la teoría del delito*, Trad. Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid, Civitas, 1997.

- ROXIN, CLAUDIUS, *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Trad. Enrique Bacigalupo, Buenos Aires, De palma, 1979.
- SAAVEDRA ROJAS, EDGAR, "Legalidad: ¿Un principio estricto o flexibilizado? Garantía o atentado contra todos los derechos?" en Aa.Vv., *Estudios de derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, coord. Diego Araque, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, p 643-683.
- SALAZAR MARÍN, MARIO, *Teoría del delito*, Bogotá, Ibáñez, 2007.
- SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME, "Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista" en *Nuevo Foro Penal Nro. 61, mayo-agosto*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1999, pp. 95-125.
- SARRABAYROUSE, EUGENIO C., "La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración" en Aa. Vv., *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal ¿Decadencia o evolución?*, edición de Juan Pablo Montiel, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 27-54.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 2001.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, *El delito de omisión: concepto y sistema*, Buenos Aires-Montevideo, B de F, 2010.
- SOTOMAYOR ACOSTA, JUAN OBERTO, "¿El derecho penal garantista en retirada?" en *Revista Penal, Nro. 21*, Universidad de Salamanca, Universidad Pablo Olavide y Universidad Castilla-La mancha, publicación conjunta de Wolters Kluwer S.A. en colaboración con la Universidad de Huelva, 2008.
- SÜB, FRANK, "El trato actual del mandato de determinación" en *La insostenible situación del derecho penal*, trad. David Felipe i Saborit, Granada, Comares, 2000, pp. 223-244.
- TAMAYO PATIÑO, FRANCISCO JAVIER, "Las circunstancias de agravación punitiva en el derecho penal colombiano" en *Nuevo Foro Penal Nro. 79, julio-diciembre*, Medellín, Universidad EAFIT, 2012, pp. 13-55.
- TOCORA, FERNANDO, *Principios penales sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002.
- TOZZINI, CARLOS A., "El principio de legalidad" en *El penalista liberal, homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Coord. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 257-273.
- URQUIZO OLAECHEA, JOSÉ, "Principio de legalidad: nuevos desafíos" en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid, Universidad Nacional de educación a distancia, 2001, pp.61-74.
- VARONA GÓMEZ, DANIEL, "¿Somos los españoles punitivos?: Actitudes punitivas y reforma penal en España", en *indret 1/2009*.
- VELÁSQUEZ V., FERNANDO, *Derecho penal parte general*, Bogotá, Comlibros, 2009.

VELÁSQUEZ V., FERNANDO, "El principio de determinación del hecho punible" en *Derecho Penal y Criminología, Vol III, Nros. 27-28*, septiembre-diciembre 1985; enero-abril 1986, Bogotá, Universidad del Externado, 1986, pp. 135-152.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL/ALAGIA, ALEJANDRO/ SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho penal parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.