

# UNA DISCUSIÓN DOGMÁTICO-PROCESAL ACERCA DE LA ABSOLUCIÓN PERENTORIA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO\*

Recibido: 25 de enero de 2012 / Revisado: 06 de julio de 2012 / Aceptado: 14 de agosto de 2012

Edwing Arteaga Padilla\*\*

Universidad Simón Bolívar

Puede citar el presente artículo así: / To reference this article:

Arteaga, E. (2012). Una discusión dogmático-procesal acerca de la absolución perentoria en el proceso penal acusatorio. *Jurídicas CUC*, 8 (1), 115 – 136.

## Resumen

El presente artículo es resultado parcial de un proyecto de investigación que busca llevar al proceso penal las discusiones más relevantes de la dogmática jurídico- penal; es decir, se busca entrelazar el derecho penal material con el derecho procesal penal. En este se muestra un resultado parcial de investigación que pretende llevar al proceso penal, discusiones de derecho penal material. Se presenta un análisis sobre la “Absolución perentoria”, figura procesal que se puede plantear en desarrollo del juicio oral y público. El estudio corresponde a los aspectos procesales de la misma, así como las implicaciones dogmáticas de la expresión “hechos ostensiblemente atípicos”; análisis que se hace con críticas a la jurisprudencia nacional y algunas concepciones acerca del injusto, proponiendo una aplicación acorde con los parámetros constitucionales.

## Palabras clave:

Absolución perentoria, antijuricidad, atipicidad, causales de ausencia de responsabilidad, dolo, injusto, proceso penal, sistema acusatorio.

\* Este artículo es producto de la investigación titulada *Una discusión dogmático-procesal acerca de la absolución perentoria en el proceso penal acusatorio*. Artículo de investigación científica y tecnológica.

\*\* Abogado. Candidato a Magíster en Derecho Administrativo. Docente-investigador de la Universidad Simón Bolívar. Joven Investigador Colciencias 2010. Miembro del grupo *Violencia, criminalidad y familia en la costa Caribe colombiana*, escalafonado en Categoría B de Colciencias. Primer puesto Concurso Regional de DDHH Universidad del Norte. Participante del XII Concurso Interamericano de Derechos Humanos, American University- College of Law Washington D.C. 2007. Correo electrónico: edarteaga1545@hotmail.com

*A dogmatic and procedural discussion on decisive acquittal in accusatory system cases*

**Abstract**

This paper sets forth a preliminary result of a research project aiming to bring the most relevant discussions of the Legal and Criminal Dogmatic to Criminal Law, that is to say, it seeks to intertwine Derecho Penal Material –Criminal Law regarding the criminal code-, and Derecho Procesal Penal –in charge of establishing the way in which the latter should be applied. Preliminary results about the discussion on Derecho Penal Material are presented. Additionally, an analysis of Decisive Acquittal -a procedural figure likely to appear during an oral and public trial- is presented. The study corresponds to the procedural aspects of it, as well as to the dogmatic implications of the expression “hechos ostensiblemente atípicos”, this is, when the facts in which the accusation is based upon -and after the evidence has been expounded in the oral hearing-, visibly do not coincide with the criminal behavior, hence the initial need of continuing with the case changes since it is a visibly atypical behavior. The analysis is a critical approach to Colombian jurisprudence; it develops some conceptions about unfairness, and proposes a coherent application consistent with constitutional parameters.

*Keywords:*

Decisive acquittal, Illegality, Legal mistypification/ erroneous characterization or description of the offence, Grounds for excluding criminal responsibility, Willful misconduct, Unfairness, Criminal case, Accusatory System.

## **INTRODUCCIÓN**

El proceso penal es el escenario apropiado donde se deben presentar discusiones de derecho penal material. Ello en razón a que la dogmática penal, además de buscar la sistematicidad del derecho, la sujeción a la ley y la justicia del caso, es una herramienta que busca limitar y reducir el ejercicio del poder punitivo, brindando a los jueces unas herramientas en el proceso de toma de decisiones que busquen el progreso del Estado Social de Derecho (Zaffaroni, 2002).

A todas luces, resulta inaceptable pensar en un modelo procesal que prescindiera de las instituciones jurídico-penales con repercusión directa en el plano práctico en la investigación, juzgamiento y sanción del delito. De hecho, la estructura propia del proceso nos obliga a remitirnos a las fuentes del derecho penal sustancial, pues la relación entre estos dos es, absolutamente inescindible. En realidad, el proceso penal junto con el derecho penal material deben ser vistos y analizados como un todo coherente y complementario; es decir, necesariamente entrelazados. Así como la culpabilidad constituye el puente que va desde el injusto hasta la pena, el proceso penal provee la arquitectura para su construcción, ya que sin este, el Estado carece de legitimidad para el establecimiento de la responsabilidad penal correspondiente.

Aunado a ello, es clara la formulación tripartita del delito: “A la luz del artículo 9° del Código Penal para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable” (Código Penal, artículo 9), no alcanza la consecuencia de la pena con la que se conmina al tipo, hasta tanto no se transita por el escenario del proceso; al parecer los dogmáticos menosprecian lo segundo (el proceso), mientras los procesalistas pretenden prescindir de lo primero (la dogmática).

Arribando al modelo procesal colombiano, podemos señalar varios ejemplos que demuestran que el modelo acusatorio no excluye la dogmática penal. Así encontramos, los conceptos de “autoría y

participación” (artículos 11c, 50, 51, 53, 69, 71, 76, 132, 207, 213, 220, 223, 239, 287, 297, 300, 308, 322, 328, Ley 906, 2004), en los escenarios de imputación y acusación; el concepto de “atipicidad” (artículos 332, 442, Ley 906, 2004), con diferentes consecuencias dependiendo del escenario procesal; “inexistencia de la conducta” (artículo 332 numeral 1, Ley 906, 2004); “causales de ausencia de responsabilidad” (artículos 332, 372, 375, 381, 443, Ley 906, 2004), como fundamento para una solicitud de preclusión; el concepto de injusto: “Esta expresión engloba la conducta típica y antijurídica. Es utilizada, intencionalmente, dentro de la norma procesal en relación con las víctimas” (artículos 11 literales *c*, *e* y *f*, 37, 80, 114, 132, 135, 137, 348, Ley 906, 2004), siempre en relación con los derechos e intereses de las víctimas; el concepto de absolución perentoria:

Petición de absolución perentoria. Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación, y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes (Artículo 442, Ley 906, 2004).

Cuando, en desarrollo del juicio oral, los hechos resulten ostensiblemente “atípicos”, evento en el cual procede la figura que se estudiará.

El legislador de 2004 creó la figura de la absolución perentoria, la cual se puede presentar, excepcionalmente, cuando en desarrollo del juicio oral, luego de la práctica de las pruebas, cualquiera de las partes se percatan de la atipicidad ostensible de la conducta objeto de juzgamiento, la cual, según el decir de la norma, se puede deducir, no fue percibida en la etapa de indagación, investigación y preparatoria al juicio oral. En consecuencia, esta figura presenta las siguientes características: 1) Un escenario procesal determinado (juicio oral); 2) atipicidad de los hechos objeto de juzgamiento; 3) acto de parte; 4) resultado del debate probatorio y; 5) decisión por parte del juez de conocimiento.

No obstante, es menester discutir si dentro de ese concepto de hechos “ostensiblemente atípicos”, se refiere únicamente a los presupuestos objetivos del tipo; o si es posible, también, aplicarla en ausencia de los presupuestos subjetivos y en caso de proceder estos, si dentro de los mismos pueden incluirse las causales de ausencia de responsabilidad. La respuesta dependerá en mucho de la corriente doctrinal que asuma el intérprete. En consecuencia, lo que se plantea es una propuesta acerca del tratamiento que debe recibir esta figura de novedosa vigencia en el ordenamiento jurídico nacional.

## **RESULTADOS DE INVESTIGACIÓN**

### **Implicaciones procesales**

El proceso penal inicia con la denominada noticia criminal y puede estar precedida por una etapa llamada de “indagación”, en donde cumplen un rol importante los órganos que ejercen funciones de policía judicial. La policía judicial entra en juego cuando se presentan hechos que revisten las características de delito. De esa manera el fiscal se convierte en la primera persona que ejerce un control de legalidad de la actuación y por lo tanto, una valoración, así sea mínima, para entender que se está en presencia de un injusto típico y que el indiciado puede ser autor o partícipe de este, entendida como un ejercicio necesario para determinar la viabilidad de ejercer la persecución penal. De no cumplirse lo anterior, el fiscal está facultado para archivar las diligencias adelantadas o solicitar la preclusión (Corte Constitucional, C- 591, 2005). Sobre el particular, la honorable Corte Constitucional (Sentencia C- 1154, 2005) ha manifestado que:

Para que un hecho pueda ser caracterizado como delito o su existencia pueda ser apreciada como posible, se deben presentar unos presupuestos objetivos mínimos que son los que el fiscal debe verificar. Dichos presupuestos son los atinentes a la tipicidad de la acción. La caracterización de un hecho como delito obedece a la reunión de los elementos objetivos del tipo. La posibilidad de su existencia como tal surge de la presencia de hechos indicativos de esos elementos objetivos del tipo.

No se trata entonces de un análisis exhaustivo, sino de una valoración objetiva que lleve al titular de la acción penal a determinar la viabilidad de activar la persecución estatal.

Superado ese primer filtro pasamos a la etapa de investigación; es decir, entendemos ya que la conducta superó los criterios objetivos mínimos de tipicidad y el Estado, a través de la Fiscalía, decide formular imputación, donde comunica al imputado unos “hechos jurídicamente relevantes”; en otras palabras, se infiere que el supuesto de hecho legal (tipo) concuerda con el supuesto fáctico que se le endilga al imputado. No obstante, si con posterioridad por cualquier motivo la conducta deviene en atípica, el fiscal puede solicitar la preclusión ante el juez de conocimiento.

Ahora, en desarrollo del juicio oral la conducta atípica puede correr otra suerte. Se practicaron las pruebas decretadas y resulta que la conducta es “ostensiblemente atípica”, lo cual legitima, a cualquiera de las partes, para elevar una solicitud ante el juez de conocimiento que se denomina absolución perentoria.

## **Implicaciones sustanciales**

Lo que vale la pena analizar es cómo debe interpretarse la norma cuando habla de “hechos ostensiblemente atípicos” como fundamentos para solicitar la aplicación de la absolución perentoria en el desarrollo del juicio oral. Es decir, si la expresión “ostensible” debe ser interpretada cobijando, únicamente, los presupuestos objetivos del tipo penal, o puede extenderse hacia el aspecto subjetivo del tipo y las repercusiones que se pueden presentar en las distintas concepciones del injusto penal.

Un primer concepto claro e indiscutible, es que aquí se encuentran cobijadas las situaciones de atipicidad objetiva; es decir, cuando faltan uno o varios elementos estructurales del tipo penal. Por tipicidad entendemos la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal (Muñoz, 2011). La doctrina distingue entre tipicidad y juicio de tipicidad. Por juicio de tipicidad se entiende

la indagación que se realiza para establecer o no si un determinado comportamiento presenta los componentes que estructuran un supuesto de hecho (Botero, 2011); la tipicidad, por su parte, será el resultado afirmativo de ese juicio (Zaffaroni, 2002). Entendiendo, entonces, que la atipicidad es la negación de la tipicidad, se puede afirmar que es el resultado negativo de la confrontación entre el hecho con la ley penal (Botero, 2011).

La conducta atípica carece de relevancia para el derecho penal. La tipicidad es el primero y gran filtro a través del cual se contiene el ejercicio del poder punitivo. Esta negación de la tipicidad se puede dar de varias formas, la principal, cuando existe ausencia de tipo penal; es decir, la conducta no es un ilícito penal; o cuando no se cumplen los presupuestos del tipo penal, los cuales, debe resaltarse, no solo son de carácter objetivo, sino también subjetivo bajo una concepción final del delito.

En el caso que nos interesa, es de recordar que la disposición que regula la absolución perentoria dice simplemente hechos “ostensiblemente atípicos”, sin hacer distinción entre aspectos de carácter objetivo o de carácter subjetivo, delegando su ámbito de aplicación en función del intérprete de la norma penal.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la figura de la absolución perentoria se aplica en ausencia de los presupuestos objetivos del tipo (Corte Suprema de Justicia, Radicado 34.848 de 2011). En dicha decisión la Corte señaló lo siguiente:

*...Bajo tal entendimiento, la tipicidad está compuesta por dos aspectos, el objetivo y subjetivo. En el primero yacen los elementos descriptivos y normativos que cada tipo penal consagra, en tanto que el segundo abarca el dolo en su doble manifestación: conocimiento de los hechos que tengan relevancia típica y voluntad, con lo cual resulta evidente que la atipicidad de un comportamiento se puede predicar por ausencia de cualquiera de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, circunstancias en las que en todo caso se predica la ATIPICIDAD DEL COMPORTAMIENTO.* (Corte Suprema de Justicia, Radicado 34.848, 2011).

El Tribunal reconoce la existencia del aspecto subjetivo y objetivo del tipo, pero prosigue su argumentación en este sentido:

*Ahora bien, el legislador estableció que la absolución perentoria sólo será procedente frente a hechos “ostensiblemente atípicos”, luego la pregunta que surge de cara a la situación planteada en este proceso es: ¿En qué condiciones resulta viable? Para dar respuesta a este interrogante tenemos que la expresión ostensiblemente atípica consagrada en el artículo 442 de la Ley 906 de 2004, sugiere como conclusión válida que tal calificativo esté referido exclusivamente a aquellos casos en los que faltan uno o varios de los elementos objetivos del tipo; es decir cuando no hay tipicidad en relación con la figura en concreto, como cuando falta el sujeto pasivo o cualquier otro elemento de la conducta típica. Así por ejemplo no existirá daño en bien ajeno, si el bien es propio, o fuga de presos si el presunto autor no se encuentra privado de la libertad. (Corte Suprema de Justicia, Radicado 34.848, 2011).*

Es clara la postura de la Corte. En su entender la figura se limita a los eventos en que se adolece de algunos de los presupuestos del tipo objetivo exclusivamente, sin facultad o posibilidad de extenderlo a otros ámbitos del tipo. La decisión contiene una falacia de petición de principio: “La petición de principio es una falacia que ocurre cuando la proposición a ser probada se incluye implícita o explícitamente entre las premisas. En otras palabras, afirmar aquello que se debe demostrar.” (Corte Suprema de Justicia, 2011). Al dar por concluido que lo “ostensible”, señalado en la norma, es lo que recae sobre el tipo objetivo, sin demostrar por qué no es posible que el tipo subjetivo pueda ser palpable en los términos del tipo objetivo. En el pensamiento del Tribunal, no es posible, por ejemplo, reconocer la absolución perentoria por vía de un error de tipo (negación del dolo), el cual puede ser tan “ostensible” como la ausencia de un elemento objetivo del tipo. Adicional, con los ejemplos señalados por la Corte, se reduce, en extremo, la posibilidad de aplicación de la figura analizada, pues es absurdo pensar que se puede adelantar un juicio oral y público, precedido de unas etapas de indagación, investigación y acusación, para allí conocer, de acuerdo con los ejemplos de la Corte, que “la

*persona no estaba privada de la libertad*” en el caso de la fuga de presos, o que *“la cosa no era ajena”*, es decir, que solo en el juicio oral logramos establecer que el bien era propio y no ajeno en caso del tipo de daño en bien ajeno.

Si tomamos el propio caso de daño en bien ajeno presentado por la Corte para la exposición de su postura, podemos traer unas importantes implicaciones prácticas. Si aceptamos que la aplicación de la absolució n perentoria procede solo en materia de tipicidad objetiva, la conducta, dentro del ejemplo propuesto (daño en bien ajeno), deviene en atípica por tratarse de bien propio; es decir, del sujeto activo, y no ajeno, o sea no pertenece al sujeto pasivo. Invirtiendo el ejemplo, pensemos que el sujeto activo creyó, invenciblemente, estar frente a bien propio y, en realidad, el bien era de otra persona. Nótese que, bajo este supuesto, estamos frente a un error de tipo que nos elimina el dolo generando ausencia de tipo subjetivo, y por ende, debe predicarse la misma consecuencia que si se tratara de un presupuesto objetivo del tipo penal, circunstancia que no es aceptada por la jurisprudencia de la Corte.

## **Presupuestos objetivos del tipo penal**

La jurisprudencia nacional acepta la aplicaci3n de la absolució n perentoria por atipicidad objetiva. No obstante, previo a la crítica de fondo del por qué puede cobijarse la tipicidad subjetiva, es necesario precisar qué elementos comprenden el tipo objetivo.

Para Roxin, *al tipo objetivo pertenece siempre la mención de un sujeto activo del delito, de una acción típica y por regla general también la descripción del resultado penado* (Roxin, 1999). Otros autores como Zaffaroni, clasifican el tipo objetivo doloso en sistemático y conglobante, formando parte del primero un autor, una conducta, un resultado, nexo de causalidad, elementos normativos y descriptivos (Zaffaroni, 2007). Muñoz Conde considera que las peculiaridades de los tipos delictivos son tarea de la parte especial; no obstante, considera como elementos constantes de los tipos penales el sujeto

activo, la acción y el bien jurídico protegido (Muñoz, 2011). El bien jurídico es ubicado por Zaffaroni dentro del tipo objetivo conglobado como presupuesto para el establecimiento de un pragma conflictivo (Zaffaroni, 2007).

La doctrina nacional, por regla general, se circunscribe a una determinada corriente influyente del pensamiento penal internacional. Así el profesor Velásquez Velásquez, con algunas variaciones del pensamiento de Roxin, señala que son elementos comunes a cualquier descripción típica los sujetos (activo y pasivo), la acción-conducta, y el bien jurídico, como ente de tutela (Velásquez, 2007). La Corte Constitucional se mostró también partidaria de la postura del profesor Alemán, en la que aceptó como parte del tipo objetivo los expuestos por este autor en su teoría del tipo penal (Corte Constitucional, Sentencia C- 1154, 2005).

La posición de parte del Tribunal Constitucional colombiano, fue criticada por el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema de Justicia, 27.014, 2007). Para la Sala de Casación Penal, la Corte Constitucional pasó por alto la construcción jurisprudencial adelantada por el Tribunal penal, en cuanto a lo que constituye tipo objetivo, atendiendo a la adhesión que hace del pensamiento roxiniano, sin tener en cuenta lo construido en su jurisprudencia relativa al tema durante los últimos años; además la crítica también se centra, por cuanto, en materia dogmática, el actual código penal no se adscribió a ninguna corriente penal en especial.

Lo anterior nos muestra que en Colombia no existe un pensamiento uniforme en lo que concierne a establecer cuáles son los presupuestos objetivos del tipo, pero existen unos puntos comunes en la doctrina y jurisprudencia, sin ser una problemática de atención la ausencia de criterios absolutamente concordantes sobre el particular. Con relación a la postura de la Corte, es cierto que el legislador abrió un amplio margen de apertura a la discusión; pero ello no implica que el intérprete al resolver un caso concreto no pueda aplicar los postulados de una corriente del pensamiento penal, obviamente, siempre y cuando la misma sea respetuosa de los postulados constitucionales. Por otra

parte, la postura de la Corte Suprema de Justicia al reafirmar su desarrollo jurisprudencial sobre los presupuestos objetivos del tipo, lo hace de una forma asistemática casi que tipo por tipo.

En relación a la aplicación de la absolución perentoria, es claro que cobija los presupuestos objetivos del tipo, pero no de manera exclusiva como lo presenta la jurisprudencia nacional; se trata de un asunto más complejo que la mera interpretación semántica que, de la palabra “ostensible”, realiza la Corte Suprema de Justicia.

### **Presupuestos subjetivos del tipo penal**

Es superado en nuestro país que la tipicidad no solo es objetiva-descriptiva de acuerdo con los postulados sostenidos por la, ya superada, dogmática clásica, según Gutiérrez (2002): “Valioso es el esquema presentado por el autor sobre la dogmática clásica al señalar que la tipicidad era objetiva-descriptiva; la antijuridicidad era objetiva-valorativa, y la culpabilidad, aspecto subjetivo del delito, era subjetivo-descriptiva” (p. 60). La tipicidad es, además subjetiva, bajo el entendido de que el dolo se encuentra en el tipo, según Welzel (1969). Constituye el principal aporte del alemán Hans Welzel al plantear su teoría del Tipo Penal, desplazando el dolo de la culpabilidad hacia el tipo penal. Sin embargo, no solo el dolo hace parte del tipo subjetivo, pues existen ciertos supuestos de hecho, que en orden a brindar una mayor claridad sobre la materia de prohibición, expresan una finalidad que excede al dolo o bien porque denotan un especial estado de ánimo que orienta la acción que se prohíbe.

En consecuencia, en los tipos dolosos encontramos como parte del tipo subjetivo, además del dolo, los elementos subjetivos del tipo que, algunos autores, lo presentan como una ultra finalidad (Zaffaroni, 2009). El punto por desarrollar es si podemos aplicar la absolución perentoria por atipicidad subjetiva.

La tipicidad, como primer adjetivo de la división tripartita del delito, es, como arriba se anotó, el primer filtro del ejercicio del poder punitivo. De hecho, descartada esta primera valoración, no se requiere entrar a discutir aspectos de antijuridicidad y culpabilidad, las cuales quedan superadas por la exclusión de la tipicidad. Si el tipo se afecta, bien en su parte objetiva o bien en su parte subjetiva, la consecuencia procesal será la misma en ambos casos: no existe injusto típico y mucho menos puede existir juicio de reproche.

En desarrollo del juicio oral y público, luego del debate probatorio, puede saltar a la vista, ostensiblemente, la existencia de un error de tipo. El error de tipo es el que recae sobre uno o cualquiera de los elementos descriptivos, normativos o personales del tipo objetivo y lo más importante es que excluye el tipo subjetivo y por ende torna, en definitiva, atípica la conducta (Fernández, 2002). La discusión de si el error es vencible o invencible nos interesará solo en caso de que exista remanente culposo. Así, por ejemplo, en un juicio oral, puede resultar ostensible la existencia de un error en un proceso penal por receptación, atendiendo a que el enjuiciado desconocía la procedencia delictiva del bien, y por ende, creyó comprar dentro de los parámetros legales. De esta forma, al afectarse el elemento cognoscitivo no se configura tipo subjetivo.

Conforme al ejemplo anterior, vemos que del debate probatorio en sede de un juicio oral y público, puede resultar que el acusado se representó, equivocadamente, la realidad, lo que daría lugar al error de tipo. Este se presenta cuando no existe conocimiento de que se realiza el aspecto objetivo del tipo (Velásquez, 2007). El error puede recaer, bien sobre el conocimiento de los elementos objetivos del tipo objetivo, o sobre la voluntad de realización del mismo. Recordando que hay conocimiento siempre y cuando el autor no haya obrado con error respecto de alguno de los elementos del tipo objetivo. Y que si el autor tiene una falsa representación del tipo objetivo o si directamente ignora su existencia, fallará el elemento cognitivo del dolo; es decir, el conocimiento de los elementos objetivos del tipo. González, 2008 (como se cita en Bacigalupo, 1985). Y que paralelamente desaparecerá la voluntad de realización del tipo, pues como consecuencia del error, el

autor no puede haber tenido voluntad de realizar un hecho que no es típico según su conocimiento.

Ahora, en desarrollo del juicio oral puede afectarse el tipo subjetivo, también, por ausencia de un elemento subjetivo del tipo. Así por ejemplo, en el tipo de hurto se exige el “ánimo de obtener un provecho para sí o para un tercero” de parte del sujeto activo. Si luego del debate probatorio lo que resulta palmario es que la acción emprendida por el sujeto activo tenía la finalidad de beneficiar al propio sujeto pasivo y no a él o a un tercero, la consecuencia será la atipicidad de la conducta, y por ende, la solicitud de absolución perentoria puede ser elevada.

La interpretación inapropiada de parte de la Corte Suprema de Justicia, se debe al alcance que le da a la expresión “ostensiblemente” señalada en la norma; de hecho, vincula lo “ostensible” con lo “palpable”, y si es palpable está fuera del sujeto, lo que constituye *per se*, que se trate de un elemento objetivo del tipo. No obstante, lo ostensible debe entenderse como lo manifiesto, aquello de lo cual no queda la menor duda y puede que para las partes y el juzgador sea manifiesto, por ejemplo, que el sujeto actuó sin dolo. Adicional, una mirada constitucional de la problemática bajo una interpretación *in dubio pro* ser humano, la figura debe ser entendida en el sentido más favorable a la persona; y entendiendo que el derecho penal es invasor de derechos fundamentales, lo racional es propender por una reducción de esa afectación, lo que implica que la figura debe cobijar los presupuestos subjetivos del tipo penal, ya que, injustificadamente, se está creando una distinción que la norma no insinúa. La forma en que el legislador consagró esta figura, muestra que su aplicación es excepcional, pero no imposible de acuerdo con el planteamiento de la jurisprudencia nacional.

## Diferentes concepciones acerca del injusto

Realizada una parte de la tarea, debemos entrar a resolver el siguiente interrogante: ¿Qué ocurre cuando luego de practicadas las pruebas en el juicio oral, lo que resulta ostensible es que se dan los

presupuestos de una causal de justificación? ¿Puede cualquiera de las partes solicitar que se aplique la figura de la absolució perentoria? Dirá un primer observador que ello no es posible por cuanto la figura privilegia, únicamente, los eventos de atipicidad y no los de justificación o inculpabilidad. No obstante, la respuesta no es tan obvia como parece, pues ello dependerá de la concepción que tenga el operador jurídico acerca del injusto; es decir, la relación que exista entre tipicidad y antijuridicidad, y los resultados serán diferentes en cada caso.

Desde la teoría del delito de Beling (2007), hemos entendido el delito como una acción típica, antijurídica y culpable. Estas categorías se han sostenido, excepto cuando, en un determinado momento, el delito se definió como una acción típicamente antijurídica y culpable:

La reducción a dos categorías dogmáticas se presentó cuando se acogieron los postulados neokantianos, escuela que se conoció como dogmática neoclásica, la cual fue una reacción frente a las críticas realizadas a la dogmática clásica, en realidad, solo pretendía ser una forma mejorada de ésta (Gutiérrez, 2002).

La dogmática funcionalista agrega a la fórmula la necesidad de la pena, presentando el análisis del delito bajo las categorías de injusto y responsabilidad. En todo caso, excluidas cualquiera de estas categorías, es decir, ante ausencia de conducta, atipicidad, causal de justificación, causal de inculpabilidad e innecesaridad de la pena, la consecuencia no cambiará; en otras palabras, en todo caso, no habrá lugar a responsabilidad.

La norma procesal brinda un tratado privilegiado a la conducta atípica, por ser, repito, el primer filtro de control del poder punitivo. No obstante, para efectos penales, según la Norma procesal: “Se aclara que para efectos penales, pues si bien una conducta puede estar justificada desde el ámbito penal, puede generar responsabilidades desde un ámbito de derecho civil, administrativo etc. Puede ocurrir, por ejemplo, en la denominada legítima defensa putativa”; la presencia de una atipicidad genera idéntica consecuencia, en lo que

a responsabilidad se refiere, que a la de una conducta justificada o inculpable. Al parecer, el legislador propone que el filtro de tipicidad rija a lo largo de todo el proceso, y los de las diferentes categorías dogmáticas se resuelvan en la sentencia, excepto cuando acepta las causales de ausencia de responsabilidad como evento especial para acudir al instituto de la preclusión.

## Teoría de la tipicidad indiciaria

Importante resulta, a efecto de poder aplicar la figura de la absolución perentoria, poder delimitar qué comprende la atipicidad, además de los presupuestos objetivos y subjetivos de los que se habló anteriormente. Se requiere, además, establecer la relación existente entre tipicidad y antijuridicidad, lo cual resulta trascendental, pues si existe alguna postura doctrinal que considere las reglas de permiso como excluyentes de la tipicidad, se pueden aplicar las causales de justificación como negación del tipo (teoría de los elementos negativos del tipo); o si por el contrario, la presencia de una justificante deja intacto el tipo penal y afecta el juicio de antijuridicidad, circunstancia en la cual no sería posible aplicar la absolución perentoria, pues la norma prohibitiva se mantiene firme, aun cuando la valoración subsiguiente (juicio de antijuridicidad) vaya a ser destruida por el permiso (teoría de la tipicidad indiciaria). Pueden presentarse otras situaciones de acuerdo con cada concepción que se tenga sobre el injusto, por lo cual es necesario su análisis.

La teoría de la tipicidad indiciaria ha sido la de mayor aceptación por parte de la doctrina nacional (Sandoval, 2003). Para esta teoría los tipos son indicio de antijuridicidad, lo que se denomina *ratio cognoscendi*; es decir, no existe una absoluta identificación entre tipicidad y antijuridicidad, la que sí se plantea con los que sostienen que la tipicidad es la esencia de la antijuridicidad, la *ratio essendi*. En términos prácticos, al valorar un caso concreto, primero hacemos un juicio de tipicidad. Luego pasamos al estudio de la antijuridicidad, donde buscamos establecer la contradicción entre la conducta y el orden jurídico; pero además, que la conducta no se

encuentre justificada. Esto significa que ante la presencia de una causal de justificación, estamos frente a una conducta típica, pero no antijurídica por la existencia del permiso.

Bajo la premisa de la teoría de la tipicidad indiciaria, entonces, no es posible entender las causales de justificación como negación del tipo. En consecuencia, no será posible aplicar la absolución perentoria, por ejemplo, en un caso de legítima defensa, por cuanto la presencia de la justificante no convierte la conducta en atípica en este evento, pues dicha circunstancia deberá ser expuesta en la sentencia que resuelva de fondo la controversia y luego de haber agotado todo el trámite del juicio oral y público. A lo máximo, en un estadio previo del proceso puede constituir causal para invocar preclusión.

## **Teoría de los elementos negativos del tipo**

Constituye una corriente de creciente aceptación donde converge un sector importante de la doctrina. A pesar de que en Colombia los adeptos a la teoría de la tipicidad indiciaria son mayoría, hubo un acierto en enriquecer la discusión doctrinal en la expedición del actual código penal, al no casarse con una corriente penal en particular. No obstante, un sector de la doctrina nacional considera que la nueva codificación dio un viraje hacia la teoría de los elementos negativos, conclusión que se extrae de una lectura cuidadosa del artículo 32, en especial, en lo que concierne al tratamiento del error (Sandoval, 2003).

Para esta teoría la antijuridicidad se encuentra subordinada al tipo y, por ende, las causas de justificación descartan la tipicidad (Velásquez, 2004). Lo anterior por cuanto una conducta no debe estar prohibida, por un lado, y permitida, por el otro. Según esta teoría, el tipo consta de una parte positiva y una negativa. La parte positiva equivale al tipo en sentido tradicional. La parte negativa añade la existencia de que no concurran causas de justificación (Mir Puig, 1996).

El fundamento de esta postura doctrinal es la siguiente: si el tipo es un juicio de valor, no ha de serlo solo provisionalmente, sino definitivamente. La única forma de conseguirlo es admitir que la tipicidad implica siempre la antijuridicidad y viceversa, la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad (Mir Puig, 1996). En conclusión, la presencia de una causa de justificación conlleva no solamente carencia de antijuridicidad, sino atipicidad (Sandoval, 2003).

Sin seguir profundizando en esta teoría, se requiere adentrarnos en sus implicaciones procesales en lo que respecta a la figura de la absolución perentoria. Una teoría del injusto fundada en los elementos negativos del tipo, haría posible aplicar la existencia de causales de justificación del hecho como una negación del tipo, y por ende, susceptible de pedir absolución perentoria. De hecho, atendiendo a que los errores sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación dan lugar, de acuerdo con la nueva codificación, a un error de tipo y no de prohibición, fortalece la posibilidad de aplicar la figura cuando se cumplan sus presupuestos. No obstante la propuesta anterior, es claro que si la jurisprudencia se niega a la aplicación de la absolución perentoria cuando no hay tipicidad subjetiva, mucho menos procederá a aplicarla en presencia de causales de justificación, razonamiento del cual se aparta quien escribe este artículo. No existe fundamento para hacer inviable la aplicación de la figura sobre todas las causales de ausencia de responsabilidad penal, reduciéndola, en extremo, al tipo objetivo, excluyendo la ausencia de conducta, atipicidad subjetiva, causal de justificación y causal de inculpabilidad. Aunado, no existe fundamento procesal para esta figura, pues si desde la etapa de indagación, cuando no ha nacido formalmente proceso penal se habilita la aplicación de la preclusión, la cual señala dentro de sus causales, además de la atipicidad la inexistencia de conducta y la genérica de causales de ausencia de responsabilidad penal, eso no implica que no pueda, en escenario del juicio elevarse una petición en este sentido, por la interpretación restrictiva adoptada por la jurisprudencia.

## Teoría de la tipicidad conglobante

Esta teoría es expuesta principalmente por Zaffaroni, al presentar su teoría sobre el tipo activo doloso (Zaffaroni, 2009). Clasifica el tipo en objetivo y subjetivo. El objetivo se clasifica, a su vez, en tipo objetivo sistemático y tipo objetivo conglobante. El primero (tipo sistemático), necesario para establecer si estamos frente a un pragma; el segundo (tipo conglobado) nos ayuda a establecer si ese pragma es conflictivo (Zaffaroni, 2009). Para el tratadista argentino no se puede construir un tipo objetivo al solo efecto de proveer la base para el dolo en el tipo subjetivo. La construcción de la tipicidad objetiva también tiene como función excluir su tipicidad cuando no medie conflictividad (Sandoval, 2003). El tipo objetivo imputa es un pragma conflictivo. Esta conflictividad la determina la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, de acuerdo con los principios de significancia, proporcionalidad y lesividad. Bajo tal planteamiento la conducta deviene en atípica cuando no existe antijuridicidad material.

La adopción de la teoría de la tipicidad conglobante conlleva a que exista atipicidad en los eventos de estricto cumplimiento de un deber legal, consentimiento del sujeto pasivo; puede plantearse lo mismo con la obediencia debida, aun cuando este autor no aclara qué aspecto del injusto excluye; de hecho, admite que puede existir hasta una causal de inculpabilidad (Zaffaroni, 2009).

Así las cosas, una teoría del injusto fundada en la tipicidad conglobante haría viable la aplicación de la absolucón perentoria, cuando no ha habido lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos o cuando esta no ha resultado relevante; es decir, los procesos de bagatela. Hay que reconocer que esto resultaría controversial en el ordenamiento jurídico nacional, por la constante inflación penal consistente en la creación de tipos penales de peligro, en especial, de peligro abstracto, donde se trata de una presunción de peligro creada por el legislador, pero no una verdadera afectación al bien jurídico. No obstante, esto no implica descartar la aplicación de esta teoría; por el contrario, encuentra respaldo constitucional, en especial en el artículo 16 sobre el derecho fundamental al libre

desarrollo de la personalidad, razón por la cual es posible acudir a una solicitud de absolución perentoria en ausencia de conflicto, pues lo que finalmente se pretende con el derecho penal es la protección de bienes jurídicos.

## **CONCLUSIONES**

1. El proceso penal colombiano, en cuanto a su diseño y estructura, fomenta discusiones dogmáticas, fortaleciendo la relación entre proceso penal y derecho penal material.
2. El legislador creó una forma anormal de terminación del proceso denominada “absolución perentoria”, de aplicación excepcional que se da cuando, con posterioridad al debate probatorio, los hechos objeto de juzgamiento resultan ostensiblemente atípicos.
3. La jurisprudencia nacional ha entendido que esta figura solo procede ante los eventos de atipicidad objetiva; es decir, bien porque el hecho no constituya delito o en ausencia de los presupuestos objetivos del tipo. Es cierto que estas circunstancias están cobijadas como uno de los presupuestos en que proceda su aplicación; pero ello no implica excluir otras formas de atipicidad.
4. La absolución perentoria, bajo una interpretación constitucional y dogmática apropiada puede aplicarse en los eventos en que se afecta el tipo subjetivo; es decir, por ausencia de dolo (error de tipo). Si el error es de tipo vencible y existe tipo culposo, esta figura no puede ser aplicada por cuanto sí puede dar lugar a responsabilidad. Adicional, puede que se encuentre ausente una ultra finalidad o elemento subjetivo exigido por el tipo, caso en el cual, también es posible su aplicación.
5. El entendimiento de lo atípico va a estar supeditado a una concepción acerca del injusto; es decir, la relación que exista entre tipicidad y antijuridicidad, bien porque se relacionen, bien porque se identifiquen plenamente, o por cualquier otra propuesta que se presente.

6. En una teoría del injusto fundada en la tipicidad indiciaria, las causales de justificación dejan intacto al tipo penal, no obstante excluir la antijuridicidad, evento en el cual no es viable aplicar la figura de la absolución perentoria, pues allí se privilegia solo la conducta atípica.
7. Según una teoría del delito fundada en los elementos negativos del tipo sería posible la aplicación de este injusto, pues si las reglas de permiso afectan el tipo, la presencia de causales de justificación penal darían lugar a su aplicación.
8. Bajo los parámetros de la tipicidad conglobante es necesario establecer, primeramente, si estamos frente a un pragma conflictivo. En casos de que no existe lesividad o esta resulte insignificante no se genera el conflicto; por ende, se afecta el tipo objetivo conglobado en el ordenamiento jurídico, y se puede acudir a la figura pluri citada.
9. La legislación penal colombiana deja abierta la posibilidad del debate y la apertura a discusiones interesantes en materia dogmática, así como de presentar propuestas doctrinales que generen la discusión en aras de avanzar en la consolidación del sistema penal. No se trata de lograr acuerdos sobre propuestas, sino discutir sobre las mismas que es lo que, finalmente, permite la evolución del derecho.
10. Estas concepciones del injusto no son incompatibles con las garantías constitucionales, pero a mi juicio, debe propenderse por abrazar aquellas que busquen la reducción del ejercicio del poder punitivo. En consecuencia, más allá de la corrección teórica de cada postura, se trata al final de cuenta, de luchar por un derecho penal y un proceso penal respetuosos de la persona y que reivindicquen los postulados liberales del derecho penal. Así las cosas y como planteamiento para la discusión que se aspira a tener en compensación, soy partidario de brindar idéntico tratamiento a todas las categorías que excluyan la responsabilidad penal, lo cual se ve, por ejemplo, en el caso de la preclusión.

11. La figura de la absolución perentoria abre un debate importante, pero la jurisprudencia debe contribuir a su desarrollo, y no a su cierre por medio de interpretaciones que la hagan impracticable y casi que sobrante en la legislación procesal penal. Se trata, reitero, de crear propuestas para el progreso del Estado Social de Derecho, y no la pérdida de las conquistas liberales.

## REFERENCIAS

- Ambos, K. (2007). 100 años de la “Teoría del delito” de Beling: ¿Renacimiento del concepto causal de delito en el ámbito internacional? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 09-05, p. 05:1-05:15. <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-05.pdf> ISSN 1695-0194 [RECPC 09-05 (2007), 30 ago Ambos, K. (2007). 100 Años de la “Teoría del Delito de Beling”. *Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (09-05).
- Colombia Archivo General de la Nación. (1994). *Asamblea Nacional Constituyente: Constitución Política de Colombia 1991*. Santafé de Bogotá: El Archivo.
- Bacigalupo, E. (1985). *Lineamientos de la teoría del delito*. (2.<sup>a</sup> ed.). Juricentro.
- Botero, J. F. (2011). *Derecho penal- Parte general- Fundamentos* (2.<sup>a</sup> ed.). Medellín: Universidad de Medellín.
- Colombia. (2000). *Ley 599*.
- Colombia. (2004). *Ley 906*.
- Colombia. (2005). *Sentencia C- 1154*. Magistrado ponente Cepeda Espinosa, M. J.
- Colombia. (31, ago., 2011). *Radicación: 34.848. Sentencia*. Magistrado ponente Ibáñez Guzmán, A.

- Colombia. Corte Suprema de Justicia. (9, may., 2007). *Sentencia del proceso 27.014* Magistrado ponente Zapata Ortiz, J. , 0.
- Colombia. (2001). *Sentencia C-591*. Magistrado ponente Vargas Hernández, C. I.
- Fernández Carrasquilla, J. (2002). *Derecho penal liberal de hoy*. Bogotá: Jurídicas Gustavo Ibañez.
- González Reyes, M. (2008). *Tratamiento del error en el derecho penal*. Bogotá: Ibañez.
- Gutiérrez Ramírez, J. (2002). *Introducción a la teoría del delito*. Bogotá: Leyer.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho penal - Parte general*.
- Muñoz Conde, F. (2011). *Teoría general del delito*. (3.<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Temis.
- Roxin, C. (1999). *Derecho penal. Partegeneral, Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Sandoval Fernández, J. (2003). *Causales de ausencia de responsabilidad penal. Colección de Estudios de la Procuraduría General de la Nación*. Bogotá: Procuraduría.
- Velásquez Velásquez, F. (2007). *Manual dederecho penal*. (3.<sup>a</sup> ed.). COMLIBROS.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho penal - Parte general*. (2.<sup>a</sup> ed.). EDIAR.
- Zaffaroni, E. (2009). *Estructura básica del derecho penal*. EDIAR.
- Zaffaroni, E. *Tratado de derecho penal- Parte general. Tomo III*.