

APUNTES DE DERECHO PENAL

Acerca de la conducta criminal

JAIME ENRIQUE PUENTES TORRADO

DIRECCIÓN: olajaimep@hotmail.com

FECHA DE RECEPCIÓN: 03/05/2002

DESCRIPTORES: Derecho penal, código penal, epistemología

RESUMEN: el autor se adentra en la apasionante aventura de construir ciertos elementos contextuales y textuales vinculados a la actual normatividad, y desde allí intenta construir un plano conjetural, con el único fin de colocar en la mesa más elementos de discusión y de análisis.

PRESENTACIÓN:

A raíz de la expedición y entrada en vigencia del nuevo código penal, se han planteado discusiones acerca de su campo de aplicación y muy concretamente con relación a su ámbito de interpretación.

Se ha señalado por muchos conocedores de esta disciplina, que el cambio de ordenamiento no afectó en la esencia los postulados que por más de 20 años había cimentado la dogmática jurídica y con ella el normativismo Kelseniano, simplemente que han operado algunos cambios en ciertas figuras concretas, pero que la acción continua inmutable en su contenido sustancial. Recordémosla como acción típica, antijurídica y culpable.

Obviamente, y debo afirmarlo desde esta presentación, no pretendo, ni lo haré jamás, construir una verdad verdadera o sentar un postulado conceptual que solucione la problemática, simplemente me adentraré en la apasionante aventura de construir ciertos elementos contextuales y textuales vinculados a la actual normatividad, y desde allí construiré un plano conjetural, con el único fin de colocar en la mesa más elementos de discusión y de análisis, pero jamás con la intención deformante y religiosa de convencer a alguien.

En este breve ensayo, se trabajará fundamentalmente la teoría de la acción social elaborada desde las tesis pos Weberianas de García Selgas y Jenkis.

La principal inquietud, será el establecer el punto de partida del análisis de la acción y el establecer la necesidad en el intérprete de establecer una fundamentación ontológica y epistemológica en el análisis disciplinar, no podemos, a mi juicio, pretender abordar cualquier concepción jurídica, desde lo puramente técnico del derecho; desafortunadamente, el derecho penal hasta ahora si lo permitía desde el tecnicismo jurídico de la dogmática, pero estimo que llegó la hora de la ruptura de ese paquidémico paradigma, que nos alejaba de los campos de la ciencia y nos acercaba con gran peligro a dios.

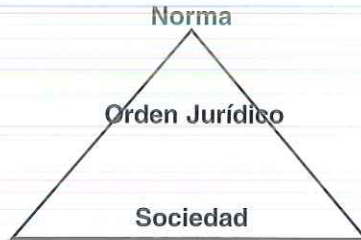
Es conveniente, como punto de aclaración establecer gráficamente la postura epistemológica en la que se desarrolla la construcción de la conjetura planteada en este trabajo. Para efectos prácticos he dividido el proceso histórico en tres grandes imaginarios.

Primer Imaginario:



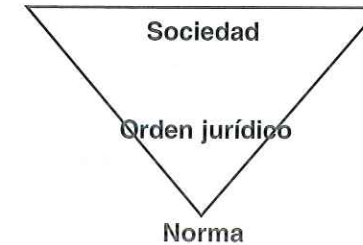
El derecho proviene de una voluntad divina y su interpretación le corresponde a los postulados de la Iglesia. El dogma divino es irrefutable por su misma naturaleza.

Segundo Imaginario:



Fundamentalmente se cambia a dios por la norma jurídica, sin embargo el dogma continúa siendo el principio y fin de la interpretación. Se funda en el normativismo y el concepto de sistema jurídico.

Tercer Imaginario:



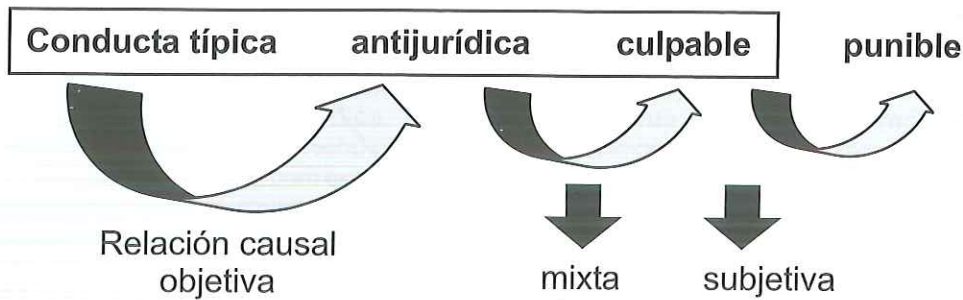
En este tercer imaginario, lo trascendente es la inversión de la comprensión del orden jurídico y la aceptación en el plano de la interpretación jurídica de la interdisciplinariedad, como producto de un constructo social.

Bajo este supuesto, la teoría de la acción que se pretende construir en este ensayo, se sustenta en una comprensión interdisciplinaria de la misma y no como una producción puramente jurídica alejada de su realidad contextual e histórica.

Consideración previa:

Indudablemente uno de los cambios de significación más profundos que ha generado la entrada en vigencia del nuevo código penal es la concepción de la tipicidad desde una perspectiva diferente a la causalista. Quizá el punto de mayor trascendencia esté en el abandono de un sistema de paradigmas formales entronizados en la norma como fuente inmediata de comprensión del fenómeno comportamental, para adentrarnos en un nuevo plano de interpretación vinculado a la necesidad de una postura ontológica y epistemológica que permita ubicar, comprender y manejar el fenómeno.

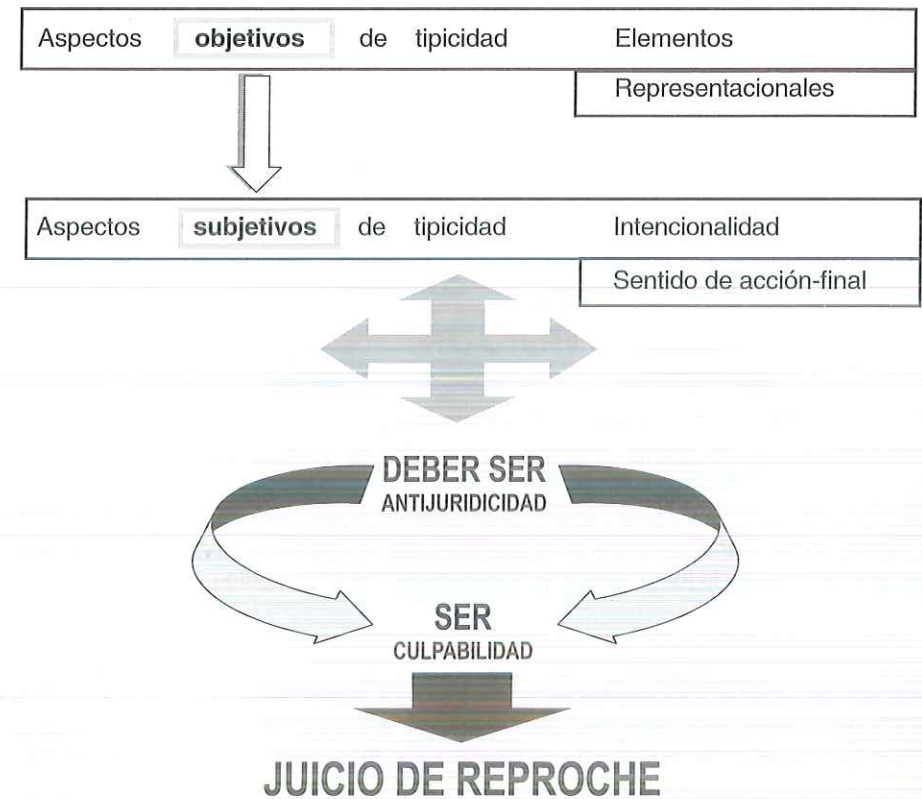
Si miramos desde la percepción simplista el causalismo en el viejo código, este señalaba postulados objetivos relacionados con un comportamiento y un resultado atado por un nexo causal objetivo. Recordemos que la tipicidad se nos mostraba como una gran pantalla de cine mudo donde una escena transcurría y de donde el intérprete debía sacar los elementos objetivos para el proceso de adecuación a la descripción normativa valorativamente establecida como típica.



Evidentemente, la sola acomodación del análisis causal es insuficiente en las actuales circunstancias por cuanto la dogmática no ofrece una precisa solución al rompimiento del paradigma de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos causales integradores de la acción.

Se discute en los albores de este nuevo Código si efectivamente el mismo estuvo nutrido por los postulados filosóficos del enfoque finalista cultivado normativa y doctrinariamente en Alemania y del cual al parecer existía una muy regular copia en el derecho penal español, de donde finalmente sé virtieron las fuentes de nuestra novísima legislación. Desde el punto de vista de la construcción histórica del derecho, tenemos que afirmar, que no puede ser que estemos ante el finalismo de Welzel y debemos resignarnos al finalismo tropical de Gómez Méndez, donde efectivamente se toman aisladamente algunos conceptos normativos del enfoque finalista pero se mantienen igualmente preceptos del esquema causal del normativismo jurídico y de la dogmática jurídica. No sin razón se ha afirmado por parte de la doctrina nacional que el Código Penal que nos rige es un verdadero Frankenstein, pues es un cuerpo construido con retazos de aquí y de allá.

Conducta punible



Pero independientemente de los procesos históricos que dieron origen al Código Penal del 2001 lo que sí es cierto es que debemos empezar a preparar los elementos básicos de su aplicación, con la dificultad ya anotada de no poseer una ontología clara que permita definir nuestra comprensión del problema de la conducta punible como fenómeno social y sin haber definido claramente desde lo epistemológico desde donde se estableció la teorización sobre dicho concepto de acción; en ambos casos, se percibe la sensación de que las comisiones estaban reinventando desde una comprensión causal dogmática la nueva teoría de la conducta punible.

La primera impresión que ha dejado el Código, es que por lo menos en la academia se esta jugando con "palabrejas" sin contexto teórico definido, es muy importante ya

no hablar de hecho punible pues la actual legislación define la conducta punible. Este primer cambio qué repercusión tiene frente al contenido teórico del concepto? Acaso cuando pronunciamos "conducta punible" nuestro plano de comprensión del fenómeno varía con relación a lo que entendíamos como "hecho punible"; quizá sea esta la primera reflexión por hacer.

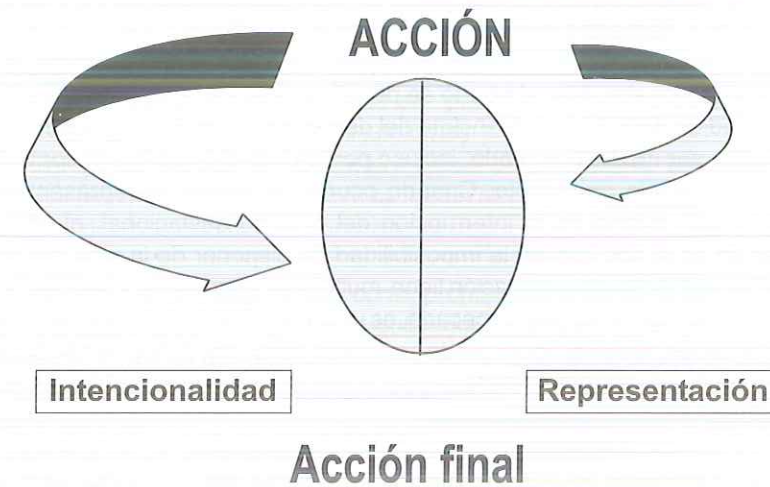
HECHO PUNIBLE	CONDUCTA PUNIBLE
RELACIÓN CAUSAL	ACCIÓN FINAL
CONSTRUCCIÓN NORMATIVA	CONSTRUCCIÓN INTERDISCIPLINAR

En el causalismo el hecho punible era la conducta típica, antijurídica y culpable y obviamente la norma definía cual era el contenido de cada uno de estos elementos. Recordamos que la dogmática jurídico-penal está montada precisamente en el imaginario de la norma como poder supremo (en el orden jurídico) y fuente del mismo. La fuente formal por excelencia es la Ley y de ella se crea y recrea el ordenamiento. Lo importante no es lo justo sino lo jurídico rezan nuestros doctos.

El artículo 9 del nuevo Código establece una cuestión de máxima importancia en el nuevo plano de comprensión, igualmente que en el código derogado, para que la conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable, pero añade "La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado." Este precepto novedoso, implica un cambio esencial del paradigma causal, ya que precisamente en él se planteaba como base de punibilidad la causalidad en sus diversos órdenes, ya fuera objetivo en la tipicidad, mixto en la antijuridicidad o subjetivo en la culpabilidad. Eso era claro en el anterior sistema; entonces surge el interrogante: Qué significado posee el señalar que la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado? Necesariamente se nos está diciendo que hemos salido del enfoque causal y que ahora debemos comprender la conducta punible como un fenómeno diverso al que habíamos definido como hecho punible.

Podríamos afirmar que lo que nos está exigiendo el nuevo planteamiento es una novedosa teorización de "acción" criminal, de acción punible, es decir, ello implica que el intérprete deja de ser un buen lector de normas, que todo lo sabían, para abordar un verdadero proceso hermenéutico. Para entender la tipicidad no basta con mirar qué requisitos plantea la estructura formal del tipo penal, sino que se debe estar ubicado en un punto epistemológico, Qué entiendo por acción?. Este es el punto de partida.

El nuevo enfoque plantea una concepción de acción global, sin posibilidad de la desmembración que hacia el causalismo en tipicidad – objetiva - ; antijuridicidad: mixta y Culpabilidad: subjetiva; se entiende la acción como un todo indivisible, atada desde un comienzo a la subjetividad del sujeto, a su plano intencional, esto quiere significar, que desde la tipicidad, se entroncan los aspectos objetivos y subjetivos de la acción. El sujeto actúa dentro de una concepción del – deber ser- social, está atado a un postulado de conducta que lleva implícito un contenido de sentido social. La sociedad ha construido históricamente unos parámetros de conducta a los que les ha insertado un sentido de intencionalidad social a la que debe ceñirse el individuo, para que su actuar se ajuste a los postulados socialmente exigibles conforme dicho "deber social".



Lo anterior nos lleva a un planteamiento, en el cual la acción posee un plano integrativo subjetivo – objetivo, el cual el intérprete va a percibir única y exclusivamente el plano de la representación de la acción. Cuando un sujeto se apodera de un bien mueble de otro (ajeno), la percepción de la acción se limita al campo de su representación, es decir a la acción se le involucran elementos subjetivos de significación. Objetivamente yo solo percibo que un individuo toma una cosa, entonces, ¿de donde deviene el concepto de ajenidad?, de que sea de otro, necesariamente de una construcción histórica de significación social. En este contexto hay un constructo sobre la propiedad privada, el concepto de lo mío, como dominio absoluto sobre las cosas, es decir, esto no es una mera norma del Código Civil, sino un proceso psico social en el cual los sujetos del conglomerado han aceptado históricamente esa condición, atribuyendo a esa acción una significación. La cosa mueble, no es propia ni ajena como un elemento de su esencia, ello es un atributo social.

Inevitablemente esta relación entre Representación y significación social de la acción, implica que pueda determinarse ciertamente su "sentido" social, si el sujeto hurta, existe una clara connotación de este tipo de comportamiento frente al deber ser, que no es otra cosa que una construcción social de sentido, y al existir una contradicción entre el sentido del deber ser social, como sentido de acción presupuestado por el conglomerado y el sentido de acción del individuo, se colige el trasfondo de su intencionalidad, su querer frente a la acción.

Cuando la norma que construye la tipicidad describe la conducta proscriptiva de "no matar" está involucrando un deber ser, que se construye desde los procesos sociales de significación. La vida humana es un bien supremo, absoluto, indispensable etc, existe una construcción psico-social sobre la significación de la vida humana atada indudablemente a elementos socio culturales, ejemplo la religión católica, ha establecido históricamente un alcance determinado de lo que sus fieles deben entender por vida humana como valor absoluto, el aborto se penaliza precisamente porque existe una indisponibilidad de dicho bien, por encima del derecho de la mujer a escoger su propia opción de vida, ser madre o no serlo, incluso por encima del problema contextual de salud pública que ello representa. Cuando ocurre un aborto, la representación lo constituye el acto mismo de la interrupción del período gestacional, el deber ser, preestablecido en el tipo implica la imposibilidad de disponer de la vida del feto, y la significación sobre dicha representación tiene multitud de elementos culturales, políticos, religiosos, antropológicos etc. Es un pecado, es un crimen, es una infamia, es un derecho etc. La significación desde el operador de justicia es todo eso, pero prima la prohibición social. Se construye un sentido de la acción y con él se determina el trasfondo de su intencionalidad.

Nótese, que en el análisis de la acción desde la misma tipicidad del hecho, representada en el deber ser como un contenido de sentido social de la acción, el análisis parte desde una construcción total que involucra necesariamente el trasfondo de intencionalidad del sujeto, un querer, que en derecho penal hemos de llamar "dolo".

Es evidente que esta propuesta conjetural no agota el análisis de la acción, ni involucra el enfoque finalista propuesto por Wezel, solamente deja abierta la puerta de la propuesta frente a la construcción de un nuevo plano de comprensión de la conducta punible.

El Código Penal también trae en el artículo 23 la definición de culpa, señalando que la conducta es culpable cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado. Este aspecto trasciende, en la medida que incorpora la relación social deber social - derecho individual, absolutamente desconocida en nuestra

contextualidad social. Los colombianos históricamente construimos el imaginario del derecho individual, por encima de cualquier consideración social, aunque normativamente aparecen figuras desde 1936 como "la función social de la propiedad", desde luego, solo en el papel, cuestión que es aún más lejana al derecho penal.

Cuando las mesas de trabajo del presente código penal se abanderaron del logro de apropiarse para el derecho penal del llamado bloque de constitucionalidad, básicamente lo que pretendieron fue establecer un plano de coherencia entre los postulados constitucionales de la Carta Política del 91, la jurisprudencia Constitucional y las normas de control social punitivo. La Constitución Nacional si bien establece deberes sociales, es muy tímida frente a su desarrollo con relación a la implementación de los mecanismos de protección de derechos fundamentales.

Evidentemente el deber social constituye una construcción histórica que involucra un sistema de significaciones donde existe en principio una clara determinación del sujeto con el entorno. En nuestro medio solemos confundir la caridad cristiana con el deber social de solidaridad, en el primero existe un sentimiento de expiación para acceder a los placeres divinos solo disfrutables en el "paraíso" y el segundo sustentando en la relación del individuo con su contexto.

Cuando una descripción típica señala como prohibida la omisión de ayuda, generando la posibilidad de un juicio de reproche a quien, fundamentado en el principio social de la solidaridad, omite un comportamiento socialmente exigible desde el deber social, esta previendo la posibilidad de castigar, por primera vez en el CP, un comportamiento esencialmente social.

Al hablar de deber objetivo de cuidado, se parte de la consideración social de sus deberes para con los demás; ejemplo: No se debe conducir cuando se ha ingerido bebidas alcohólicas, porque ese comportamiento implica un riesgo para la vida, integridad y bienes de los coasociados; es decir, se aumenta el riesgo permitido al violar el deber objetivo de cuidado intrínseco y por ello se es sujeto a una sanción criminal. Obviamente esta novedosa concepción en Código Penal cambia el paradigma de culpabilidad causal que hasta hoy se manejaba. Nótese que ello incide en la comprensión del fenómeno de la tentativa, cuando el sujeto se arrepiente; en una interpretación causalista sería un absurdo, más adelante abordaremos ese tema.

Todo lo anterior nos lleva inevitablemente a la conclusión, que nos encontramos ante unos nuevos paradigmas del delito y de la acción criminal, los que requieren que el interprete acepte el cambio en la estructura de la conducta punible y empiece a analizar con elementos nuevos dichos procesos que resultan básicos para la aplicación de la

norma. Resulta un contrasentido que a estas alturas algunos operadores de justicia tengan dudas de la forma como el actual código reguló la conducta punible, ello nos lleva al interrogante, ¿Entonces que normas están aplicando, como operativizan la actual legislación?; si la respuesta es que en el camino se arreglan las cargas, donde queda la seguridad jurídica para quien con infortuna cae en sus manos de juzgadores. Esta resulta una premisa que el mismo Estado debió prever y solucionar a tiempo.

Una Conjetura acerca de la acción:

Para plantear la construcción de una conjetura sobre la temática debemos decir que el nuevo Código Penal, ha incorporado dentro de su estructura sustancial una nueva concepción de lo que otrora se denominó "hecho punible" interpretado desde la causalidad dogmática que concebía la tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad como un proceso causal.

No podemos entender el concepto de conducta criminal, sin haber definido alguna postura epistemológica mínima acerca de la acción, como sustento de tal teorización. Es importante establecer como premisa fundamental, que no puede pretenderse la apropiación de la una nueva concepción de la conducta criminal, bajo los supuestos de la teoría del hecho punible; crear este híbrido implicaría una verdadera catástrofe en la aplicación de la normatividad, que de por sí no es clara en la determinación de un enfoque adoptado. Es verdaderamente lastimosa la posición de algunos redactores de las comisiones preparatorias del Código Penal, cuando tristemente hacían la manifestación que la actual normatividad no está adscrita a ninguna escuela del derecho y que queda en el arbitrio del interprete establecer dichos parámetros. Ello significaría entonces que los comisionados no tuvieron jamás una postura epistemológica clara, ni elementos ontológicos definidos que determinarían el norte de dicho Código.

Sin la existencia de actas de las discusiones en la redacción de las comisiones redactoras del Código, queda entender, las manifestaciones de los redactores esbozadas en las mesas previas de trabajo, en las que se señalaba, en algunos casos, que debía entenderse el concepto de la conducta criminal desde la postura teórica de la acción final.

Otra situación que consciente o inconscientemente se atribuye a esta nueva legislación, es el concepto de acción social, como parte del injusto típico e integrante del deber ser, como postulado de conducta que involucra, el deber social que cada sujeto está compelido a cumplir correlativo a sus derechos. Aunque el desarrollo posterior es bastante tímido, si es notable en la definición de culpa del concepto de deber objetivo de cuidado que involucra necesariamente el nivel de riesgo socialmente permitido.

Se debe partir entonces de la determinación de lo que se entiende por acción, desde la perspectiva social, inicialmente desarrollada en el campo epistemológico de M. Weber.

En la comprensión de esta teorización, hemos tomado como punto de arranque la corriente de acción social que llamamos práctica y nos hemos centrado en la intencionalidad del agente como vía privilegiada, aun que no exclusiva, para acceder a la base de atribución y comprensión del sentido de la acción, o determinación de la acción final. La propuesta básica es que la intencionalidad (o configuración individual del sentido) y juego de lenguaje (o configuración pública del sentido), que permite la narratividad en ese caso concreto, se asientan en un marco de sentido producido y reproducido en la práctica social, cuya consideración analítica es metodológicamente imprescindible para la comprensión de la acción.

Aunque tal marco o trasfondo (intencionalidad concebida desde la comprensión final del resultado) se intuye ya como un conjunto social de significaciones posibles o como una especie de caja de herramientas simbólicas donde entran sentidos, marcos de referencia, diferenciaciones, reglas, rituales, etc., la verdad es que por ahora plantea más cuestiones que soluciones. En concreto plantea una serie de preguntas sobre en qué consiste específicamente ese marco, cómo se manifiesta y cómo puede ser reconstruido con propósitos analíticos, cómo da asiento a las mediaciones constitutivas de los sentidos concretos, cómo posibilita que la intencionalidad genere un sentido que produce, reproduce y varía los sentidos socialmente sostenidos. Pero dado que estamos tratando de los goznes de la investigación científico-social cualitativa conviene andar con pies de plomo. Así que ahora me voy a limitar a argumentar la necesidad de reconocer la existencia de ese marco como trasfondo de la intencionalidad: argumentar que no puede haber estados intencionales sin que haya un "trasfondo" de capacidades, habilidades, prácticas, etc., que, con una realidad primariamente biológica y necesariamente social, los haga posibles.

Repitámoslo, no hace falta compartir la concepción de la intención como causa autorreferencial de la acción para estar de acuerdo con J. Searle en que todos aquellos estados y acontecimientos que constituyen lo característico de una acción y concretamente de su sentido, como la intención, el deseo, la creencia, etc., son parte de la capacidad "mental" básica tradicionalmente denominada intencionalidad. Esto es, son parte de la capacidad de versar o tratar sobre algo distinto de sí misma, independientemente de que ese algo exista. Nos basta con admitir que es a través de la direccionalidad (el ser sobre lo otro, la representatividad) de aquellos estados como se conforma el sentido de la acción, y no olvidar que esta direccionalidad es el rasgo principal de la intencionalidad.

Recordemos que, según Searle, todo estado intencional tiene como principal componente el contenido intencional o representacional que determina las condiciones

de satisfacción del ese estado. Es decir, determina que condiciones han de obtenerse para que el estado sea satisfecho: qué debe hacerse para que la intención sea realizada, qué estado de cosas debe darse para que la creencia sea verdadera, etc. Pero lo aquí relevante va a ser que el contenido intencional no puede determinar las condiciones de satisfacción sin recurrir a un trasfondo de habilidades prácticas, de capacidades y de disposiciones. Cualquier estado intencional que se nos ocurra (la mujer que quiere presentarse a la elección de presidente del país; mi esperanza de que mañana no llueva; tu deseo de que la película sea buena; etc.) es siempre parte de una larga red de estados intencionales (creencias, esperanzas, miedos, etc.) asentada en el lecho de unas capacidades mentales y prácticas: una red asentada en y entrelazada con un trasfondo de la intencionalidad de la acción final.

Aunque para determinar las condiciones de satisfacción de cualquier estado intencional intentáramos hacer una lista de todas las creencias y demás estados intencionales que debe haber en la red para que el contenido intencional de aquel estado determine sus condiciones de satisfacción no podríamos finalizar nunca. Y no podríamos por las siguientes razones: porque muchas son inconscientes, porque los estados de la red no están todos individualizados y porque muchos son tan fundamentales que una y otra vez pasan desapercibidos. Incluso en el supuesto de que lográramos completar esa lista nos encontraríamos con que el contenido de la intencionalidad, particular o en una red, no es nunca autointerpretable, es siempre susceptible de aplicaciones diferentes. El funcionamiento de todo el conjunto de estados intencionales, que hace posible a cada uno de los estados particulares, requiere la existencia de unas capacidades básicas que nos habilitan para estar en, aplicar y comprender estados intencionales. Por ejemplo, para pensar en ir a votar en las elecciones generales he de tener la creencia, entre otros estados intencionales, de que las mesas y las cajas ofrecen resistencia al tacto. Y esta creencia no es algo inconsciente, sino algo que yace en mi práctica diaria. Se manifiesta en el hecho de que escribo sobre una mesa, pongo libros sobre una mesa, guardo cosas en una caja, etc.

Un caso argumental más básico aún es el de la comprensión del sentido literal de una oración, que no puede ser lograda si sólo nos basamos en el significado de las palabras y en las reglas de composición de la oración. Y no se puede lograr porque las condiciones de satisfacción de la oración (las condiciones de verdad si es un enunciado) se determinan atendiendo a diferentes presuposiciones del marco o trasfondo. Por ejemplo pensemos en como la aparición de la palabra cortar, con el mismo significado literal y en una interpretación normal, se interpreta de manera diferente en diferentes oraciones tales como: José corta el césped, José corta la torta, José corta la tela, José cortó el tablero, José se ha cortado el dedo.

La única forma de dar una respuesta consistente a éstas y otras preguntas y casos semejantes (pensemos, p. ej., En la comprensión de expresiones metafóricas como una cálida bienvenida, un argumento sólido, etc.) es afirmar, con Searle que las diferentes

interpretaciones de una misma expresión cuyo significado literal se mantiene constante, vienen fijadas por un trasfondo de capacidades humanas, un trasfondo de habilidades para realizar ciertas prácticas, de formas de actuación, etc., sobre el que se realiza la interpretación correcta, esto es, la comprensión.

Otro tipo de casos que también recuerda Searle es el que constituye la realización de acciones regladas o actualización de habilidades adquiridas al seguir reglas (o representaciones) explícitas, tales como esquiar, jugar al baloncesto o conducir. En estos casos, desde el momento en que la esquiadora, la conductora o el jugador de baloncesto es cada vez mejor, alcanza un punto en que ya no necesita recordarse a sí misma las instrucciones o las reglas con que aprendió. Y no porque éstas se hayan internalizado, o porque se las rememore silenciada o inconscientemente, sino porque ya no se las necesita: han sido relegadas por la conformación de una destreza (de esquiar, conducir o jugar al baloncesto) tan perfeccionada que incluso puede ir contra las reglas preliminares con objeto de ajustarse a las exigencias externas. La experta es flexible y responde de manera diferente ante condiciones diferentes, mientras que la principiante es inflexible. Searle (1983:150) afirma aquí algo que nos parece especialmente importante:

Las experiencias repetidas crean capacidades físicas, presumiblemente realizadas en sendas neuronales, que simplemente hacen irrelevantes a las reglas. La práctica hace la perfección no porque la práctica resulte en una memorización perfecta de las reglas, sino porque la práctica repetida permite que el cuerpo se haga cargo y las reglas retrocedan hacia el trasfondo. Esta afirmación toma suprema importancia en tratándose de la construcción del concepto de culpa y del deber objetivo de cuidado, frente a la acción final.

La aportación más inmediata que hace este tipo de casos a nuestra argumentación está en el hecho de que, incluso en aquellas acciones en que el componente intencional ha funcionado causalmente en la producción de la conducta, necesitamos ir más allá de esa intencionalidad si queremos dar una descripción que sea ajustada. Esto es, debemos seguir el camino hasta el trasfondo de capacidades, habilidades, asunciones preintencionales, actitudes no representacionales, etc., que posibilitan y permean toda la red de estados intencionales en que se sostienen aquellas acciones.

Son bastantes las investigaciones que han llegado a conclusiones y propuestas semejantes, aunque haya sido por caminos muy diferentes. Rememorar brevemente alguno de ellos nos permitirá recoger ciertos rasgos relevantes del trasfondo de la acción final. También nos servirá para ir apuntando que el trasfondo de la intencionalidad ha de confluir con el trasfondo de la estructuración, y que por ello quizá fuera mejor hablar de trasfondo de sentido en general.

Uno de esos caminos es el abierto por buena parte de la psicología cognitiva, en la que principalmente se apoya la teoría de Welzel, cuando resalta la estructuración narrativa de aquello que hace posible la comprensión de los significados. Ello la lleva a afirmar que los marcos socialmente construidos y narrativamente estructurados hacen posible la memoria colectiva y la individual, y a defender que la comprensión de los significados exige especificar la estructura y coherencia de los marcos que hacen posible la producción de significados concretos.

Siguiendo un camino no muy alejado del anterior M. Foucault ha pretendido mostrar el hecho discursivo global o puesta en discurso de la sexualidad, esto es, el funcionamiento del aparato o dispositivo de poder saber placer que sostiene en nosotros el discurso sobre la sexualidad. Persiguiendo tal objetivo ha terminado mostrando, entre otras cosas, la existencia de un marco compuesto por elementos heterogéneos (narraciones, prácticas, instituciones, leyes, normas morales, formas arquitectónicas, etc.) que, impulsado por el objetivo de auto-conservación, se (re)produce merced a una sobredeterminación funcional, por la que la aparición de uno cualquiera de sus elementos trae resonancias de los otros (la red), y merced a una elaboración estratégica que trae efectos previstos y no previstos. De esta manera Foucault nos ayuda a recalcar el carácter histórico del marco de discurso o sentido, pero sobre todo nos ayuda a alejar el fantasma de que el trasfondo es algo que está por debajo, como la base, como un fondo, pues es también lo más evidente, lo más superficial (que las mesas ofrecen resistencia al tacto, p. ej.): el trasfondo de la intencionalidad o marco de sentido, en general, permea todos los ámbitos de nuestra vida.

Tomaremos como último caso el de la semiología o semiótica. Nos fijamos en concreto en la bifurcación de caminos a que habría llegado tras desechar la trascendentalidad estructuralista y verse enfrentada a un sujeto dividido entre lo consciente y lo inconsciente, entre los determinantes socio-culturales y los impulsos pre-simbólicos. Es el punto en que unas optan por centrarse en los segundos polos (J. Kristeva, p. ej.), mientras otros (U. Eco, p. ej.) se reducirán a los primeros, quedando en cada caso prácticamente excluido el otro polo de la dicotomía. Ahora bien, como señala T. de Lauretis (1984: 169-171), esa bifurcación de caminos es producto en última instancia de una ontología obsoleta, pre-freudiana incluso, que separa cuerpo y mente, símbolo y estímulo, materia e intelecto, de tal forma que p. ej. U. Eco pretende poder analizar semióticamente los grandes universales de la cultura humana (parentescos, tecnología e intercambio económico), pero relega toda un área fundamental de la vida humana como es el cuerpo, los instintos, los impulsos y sus representaciones. De ahí que T. de Lauretis defienda que para analizar la carga simbólica de los productos y acciones humanas hay que recuperar la raíz pragmatista de la semiótica, que invita a ver la base de los significados en la creencia práctica y en los hábitos o disposiciones para la acción. Es en este reino mediacional, entre los falsos extremos de lo cultural y lo natural, y como rechazo de su separación, donde veríamos localizado el trasfondo o mareo de sentido.

Es la sedimentación de la vida, de la vida que nos antecede y nos rodea y de la vida vivida, lo que alimenta y conforma el trasfondo de la intencionalidad, sin el que no podría haber actos intencionales definidos y, por ello, comprensibles. Es la sedimentación de la vida lo que hace posible el espacio social de una interacción regulada (simbólicamente, en nuestro caso), de un agente capaz y con las disposiciones apropiadas, y de un capital (simbólico) intercambiable. Es la sedimentación de la vida humana lo que hace posible, como un marco o un trasfondo, la (re)producción y comprensión de los sentidos de las acciones. Recordemos que en la teoría de la acción final, el deber objetivo de cuidado exigido como un deber ser del comportamiento social trae como una de sus principales fuentes lo que se ha denominado la experiencia decantada de la vida, que no es otra cosa que lo aquí enunciado.

Podemos afirmar que hay un acuerdo bastante generalizado sobre el hecho de que la naturaleza del trasfondo es biológico-social y que algunas de sus capacidades y prácticas están más basadas en lo biológico (son expresión de rasgos biológicos básicos del ser humano como andar o comer) y otras están más alimentadas por lo social (son producciones histórico culturales, como el calzado o las buenas maneras en la mesa). Sin embargo, la segunda parte de este acuerdo reintroduce la dicotomía o polarización que queremos superar mediante la consideración de la constitución y el funcionamiento del trasfondo de la intencionalidad.

Para evitar este problema, esta dicotomización indeseable, contamos con dos vías complementarias que conducen a ámbitos parcialmente diferenciales. Aquí vamos a dejar de lado la vía más filosófica y, apoyándonos en los rasgos del trasfondo puestos de manifiesto por los argumentos y casos presentados, vamos a ir directamente a reconsiderar la concepción inicial de (el sentido de) la acción como universo y ámbito básico de estudio. En concreto, en este caso la eliminación de la tendencia a resituarse esa dicotomía en el seno del trasfondo de la intencionalidad tiene que ir unida a mostrar la confluencia de la constitución del agente, del capital simbólico o código y del espacio reglado de interacción simbólica.

Es decir, para poder ofrecer una fundamentación completa del análisis del sentido de la acción, además de especificar la naturaleza biológico-social y las manifestaciones de aquello que hace posible la producción y comprensión de sentido por los agentes, esto es, especificar la naturaleza y el funcionamiento del trasfondo de la intencionalidad, habría que mostrar como éste confluye con las condiciones de posibilidad de las entidades biosociales que son el capital/código y el espacio reglado, y como esa confluencia además de en las relaciones de significación se produce en las relaciones de producción y de poder. Sin embargo, aquí nos vamos a limitar a recoger dos apoyos en esa dirección, que además nos servirán para especificar la puerta de entrada a la especificación del trasfondo.

En este entendido, la acción desde la construcción del sentido intencional vinculado al resultado final, supera el concepto de acción causal y con ello en el injusto la dicotomía de los elementos objetivo y subjetivo de la conducta criminal. En este orden de ideas, el injusto se convierte de naturalístico en personal.

Recordemos que Welzel ata la idea de acción a la teoría psicológica del conocimiento, atando la connotación de la forma de determinación causal a la de intencionalidad desde un contenido de sentido, constructo que parte de la significación como carga subjetiva. Con lo anterior se establece que el ser humano puede anticipar mentalmente las consecuencias de sus actos, elige los procesos causales para la obtención del fin y coloca las condiciones necesarias para el desarrollo de tales procesos. Aparece también la intencionalidad, cuando no existe el condicionamiento del proceso causal, sino que para la obtención del fin propuesto no se emplean factores causales, pensemos como ejemplo los denominados delitos de omisión. La imputabilidad de la acción no solo radica en la determinación de lo pretendido, es decir, de carácter doloso, sino que basta que el sujeto hubiere podido adoptar la dirección final. Lo anterior significa en la interpretación del contenido de la acción, que la misma se torna imputable cuando el resultado cubija la actuación dolosa y violatoria del deber objetivo de cuidado, así como la omisión.

La construcción del concepto de acción, que estructura tanto lo intencional y lo que puede serlo, en sentido de hacer como de omitir, se reduce al campo del trasfondo intencional, es decir un sentido determinado por un hacer final. Lo anterior implica que la voluntad consciente del fin que dirige el acontecer causal, se convierte en el eje central de la acción. Se colige entonces, que la acción humana es producto de la actividad final, por ello es acontecer final, causal.

Esta intencionalidad así entendida se basa en el hecho que el sujeto, sobre el presupuesto de su conocimiento del acontecer causal, puede prever hasta cierto punto las consecuencias de su actuar, señalándose la posibilidad de fines y dirigir tal conducta de acuerdo a un derrotero planeado para su consecución.

Sobre el supuesto de su conocimiento anticipado acerca de la causalidad, es capaz de orientar los actos individuales hacia un determinado y concreto fin. Pensemos entonces que la actividad final se constituye en un actuar dirigido conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal, es producto de los componentes causales presentes en cada caso particular. Recordemos que la doctrina en este sentido siempre ha expresado gráficamente que "la finalidad es vidente y la causalidad es ciega" (citada por Jackobs, H.)

Tenemos entonces la siguiente construcción frente a la acción:



Precisiones sobre la acción final.

Este postulado rota la concepción clásica de la tipicidad causal, donde al igual que la antijuridicidad prevalecía el análisis objetivo de la acción, debemos adentrarnos bajo la concepción de una tipicidad que involucra prevalentemente un aspecto subjetivo, dejando la culpabilidad reducida a un juicio de reproche.

En el nuevo Código Penal es claro que la ubicación del dolo se traslada de la culpabilidad a la tipicidad, se acepta la concepción Weberina de la conducta criminal.

Para entender este postulado de la acción, desde la integración de la intencionalidad en la tipicidad, se debe partir de la comprensión de los conceptos de deber y poder. En el análisis de antijuridicidad, existe el deber de respeto a los bienes jurídicos. La culpabilidad entonces se estructura bajo la idea de que el sujeto debiendo respetar la institución del bien jurídico, no lo hizo y pudiendo respetar la norma, la vulneró: es decir, el sujeto se coloca en una situación existencial de no realización del hecho, como poder de abstenerse de hacerlo.

Lo antijurídico podemos reducirlo a un imperativo del sujeto que debiendo haber obrado de una determinada manera, no lo hace, y la culpabilidad, pudiendo haber obrado de una determinada manera, obraste de otra y por ende mereces un juicio de reproche.

Se establece la culpabilidad alejada del análisis de factores subjetivos de la acción y articulada exclusivamente a un juicio de reproche institucional. Pensemos que

entratándose de conductas culposas, se trabaja sobre el desvalor de la acción, al existir una violación al deber objetivo de cuidado, y no un desvalor de resultado. En las conductas culposas, se realiza el análisis de antijuridicidad acerca de si el sujeto activo efectivamente cumplió el deber de cuidado a que estaba obligado y en la culpabilidad se concluirá si pudo observar dicho deber.

Cuando el actual C.P. establece que la mera causalidad no es suficiente, nos esta llevando a la conclusión que la acción humana esta relacionada directamente con la actividad final.

Resulta evidente en este análisis que el contenido de la voluntad, en la acción, es un derrotero esencial, dado que la acción presupone la existencia de voluntad y esta implica necesariamente la finalidad.

Como se materializa entonces e l acción, bajo este postulado de análisis:

Tenemos que aparece un primer momento en el que el sujeto construye en su plano consciente una finalidad, se trata de una propuesta interior.

Con la finalidad establecida en los planos del trasfondo intencional, el sujeto establece una retrospección acerca de la instrumentación objetiva para llegar a ese fin. El sujeto examina su entorno y lo relaciona con su conocimiento representacional y de significación acerca de la acción perseguida. Si el individuo la ha visto en televisión o en su cotidianidad, que con una determinada arma se puede causar la muerte a otro ser, inmediatamente viene en sus planos de significación la creación de medios y estructura el sentido de la acción.

Un tercer momento, se trata de la concepción de las posibles consecuencias de la acción. Todo lo anterior, en términos de lo conceptualizado desde la base epistemológica de la acción, estaría ubicado en el trasfondo de intencionalidad del sujeto y su sentido social, en cuanto al deber y poder.

Construida la fase intencional, el sujeto desata el proceso causal conforme al fin planeado.

Tenemos entonces que establecer porque la voluntad o la finalidad es la base de la concepción de la conducta punible. Se establece que el fin se fundamenta en la capacidad de la voluntad de prever, con lo que el centro de la estructura de la acción es la voluntad, consciente del fin y base del ocurrir causal.

Podríamos decir que en la nueva teoría de la conducta punible en el Código Penal, parte de la conducta como un hacer voluntario final, lo que conlleva una percepción de la acción humana como ejercicio de la actividad final. Ello nos lleva a la realidad de que la conducta que articula el CP es exactamente la misma de la conducta de la vida cotidiana, existe coincidencia entre el concepto ontológico y el elaborado por la doctrina jurídico penal.

En la elaboración del concepto de voluntad consciente del fin, aparece el acontecer causal como determinante de la acción. Se deja de lado el esquema causal del dolo como forma de culpabilidad y se entiende el dolo como parte de la acción y como parte del tipo.

Bajo este constructo conjetural retomemos un tema que dejamos inconcluso: ¿cómo analizaremos la tentativa?, Si Pedro mata a María, estamos ante una acción consumada, pero qué ocurre cuando Pedro inicia la acción criminal, planea la consecución del fin, prepara y pondera los medios e inicia el proceso de ejecución. Pensemos que Pedro adquiere un arma de fuego, se desplaza hasta la casa donde se halla María, abre la puerta, ingresa al inmueble, busca a su víctima, la encuentra dormida en su lecho y le dispara toda la carga de su revólver. María recibe seis impactos de arma de fuego en diferentes partes del cuerpo, pero no muere. Un problema que subsiste en el nuevo código, es establecer el sentido de la acción de Pedro, es decir, si la representación y los contenidos de significación nos llevan a concluir que efectivamente el sentido de intencionalidad era matar o simplemente lesionar. Para solucionar este punto debemos determinar y delimitar los contenidos de significación social de la representación que observamos objetivamente. El que Pedro adquiriera un arma de fuego, nos permite establecer algunos puntos de significación; por ejemplo, las armas de fuego poseen una significación social de letalidad, históricamente se ha construido el significado de muerte a través de las armas. Cuando se fábrica un arma de fuego, su naturaleza implica necesariamente un contenido letal. (Esta es una construcción (Psico - social). Lo anterior significa en términos de la acción, que cuando Pedro adquiere el arma de fuego, el significado de su acción empieza a configurar el sentido de la misma; cuando busca a María y le dispara en seis oportunidades, implícitamente construye un sentido de intencionalidad frente al resultado finalmente querido, como era muerte de María. Resultado que se frustra por una circunstancia ajena al agente, por ejemplo la Posición del cuerpo de María en la cama etc...

Si analizamos el contenido del sentido de intencionalidad frente a la tentativa tenemos que el trabajo de construcción conjetural no varia en lo referente a lo que denominados fases del iter críminis:



Quizá lo importante de este plano de observación es la explicación de la tentativa desistida, que el nuevo código retoma en la norma que la prevé como amplificador del tipo.

Desde el análisis puramente causal es difícil entender cual es el sentido que el legislador da a la tentativa cuando señala que cuando la conducta no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o participe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos para impedirla. (art. 27 C.P.) Contrario a ello, desde el análisis de la intencionalidad de la acción final, y su sentido de acción social, el arrepentimiento posee gran significación social, es decir, el constructo de valoración social acerca del sujeto que no obstante haber dirigido su conducta a la concreción de un resultado final posee una significación positiva y se premia penalmente, ello involucra incluso un contenido simbólico de sentido de la acción. No significa lo mismo dentro de la valoración social el sujeto que frustra su acción por una circunstancia ajena a su intencionalidad (Voluntad en términos del Código) y no refiere ninguna conducta posterior, a la del sujeto que realiza la misma acción, pero frustrado el resultado final muestra arrepentimiento y se esfuerza para impedirlo. Recordemos a Pedro disparando en seis oportunidades a María. Evidentemente Pedro se da cuenta que María no ha muerto y llama a una ambulancia, colabora en su evacuación y traslado al Centro Hospitalario.

Igualmente, que ocurre en materia de concurso de conductas punibles puesto que Pedro en el ejemplo dispara un arma de fuego sobre María, evidentemente la concepción de la acción desde el contenido social de intencionalidad y como acción final, trae algunas transformaciones en la interpretación. Volvamos al ejemplo en el que Pedro mata a María, pero añadamos que Pedro para consecución de tal fin emplea una arma de fuego sin permiso de autoridad competente para el porte. Si reflejamos el contenido de intencionalidad de la acción de Pedro, tenemos que el fin es matar a María y el porte del arma de fuego es simplemente un paso en el proceso de instrumentación de la conducta, independientemente de sí esta tiene permiso para su porte o no. Si queremos hablemos que el porte se subsume en la acción final, resolvemos el planteamiento desde la desaparición del concepto de delito medio. Recordemos que es reprochable la acción final, más no el medio, en esto debemos ser coherentes aunque

en ocasiones repugne con la idea social de justicia. No ocurre lo mismo, si Pedro hubiera querido, como acción final, acceder carnalmente a María y en proceso de ejecución de la conducta, le causa la muerte a María al taponarle la boca para que no grite y la asfixia. Nótese que aquí la acción final esta determinada por la intencionalidad del sujeto de acceder carnalmente a la víctima y que surge una nueva acción alejada del fin como es la muerte de la mujer. Dentro del propósito ideativo de Pedro no esté el matar a María, no esta en el proceso de instrumentación de la acción, pero el resultado se da al aumentar el nivel de riesgo ejerciendo presión sobre la boca y nariz de María. La representación de esta segunda acción esta dada en la presión sobre los órganos cuya función cumplen al permitir el ingreso de oxígeno al torrente sanguíneo a través de la inhalación pulmonar, si se obstruyen intencionalmente tales conductos de respiración, se aumenta el nivel de riesgo sobre la vida de la víctima y le es atribuible el resultado como homicidio culposo, concurren entonces estas dos conductas punibles de forma heterogénea y simultanea. Es importante establecer que esta postura implica un análisis de cada caso en particular para establecer el descarte del concurso.

Comentarios sobre la parte especial:

ATIPICIDAD PENAL EN EL NUEVO CÓDIGO PECULADO POR EXTENSIÓN

Con la entrada en vigencia del nuevo código penal se han suscitado una serie de discusiones en torno a la permanencia o eliminación de algunas conductas que en viejo código se constituían en descripciones claras y concretas frente a determinados comportamientos.

Como un presupuesto de este análisis debemos recordar que la función represora tiene como principal finalidad establecer en el campo de la tipicidad descripciones, genéricas, impersonales y abstractas, sobre las que basa la legalidad de la sanción.

La conducta punible necesariamente esta referida a la protección de bienes jurídicos determinados, es decir, el legislador penal establece como típica una conducta cuando pretende, desde su propio constructo de la valoración social que representa, sancionar una conducta que estima nociva o dañina para un bien jurídico. Si el legislador estableció en el código penal de 1980 el peculado por extensión como un comportamiento que lesionaba la administración pública, la figura típica tenía esa especial ubicación dentro del orden jurídico, ello significa que no se trataba de un atentado contra el patrimonio económico de los particulares, sino contra los recursos del Estado y de allí se levantaba su punición.

En el Nuevo Código Penal la conducta típica de peculado por extensión desapareció, sin que exista descripción similar dentro del desarrollo del mismo bien jurídico, es decir, tenemos inexorablemente que concluir que hoy día el peculado por extensión no es una conducta que atente o ponga en peligro la administración pública. Nótese que se trata de un análisis puramente formal del orden jurídico penal vigente.

Gran parte de la discusión en torno a este delito y su evidente atipicidad, recae en que para algunos, la conducta se "traslada" a los delitos económicos y concretamente a la figura típica del abuso de confianza agravado, quienes defienden esta tesis manifiestan que los mismos elementos de la conducta del peculado por extensión se encuentran en el abuso de confianza agravado. Sobre este punto debe señalarse que no están cierta esta premisa, dado que si analizamos la mera tipicidad del peculado por extensión tenemos que esta figura cuyo sujeto activo era un particular, estaba referida a tres comportamientos básicos que eran el de "apropiación", "Uso indebido" y la modalidad culposa del peculado; si miramos el abuso de confianza, así los bienes se extravían, dañen, pierdan etc. Por "CULPA" del particular, jamás podría tipificarse esta conducta, dado que el abuso de confianza no admite dentro de su estructura comportamental la culpa, como nexo subjetivo entre el agente y el resultado. Entonces surge el interrogante, si como lo afirmó el propio GÓMEZ MÉNDEZ cuando expuso inicialmente el proyecto de Código Penal, esta figura se traslada al abuso de confianza agravado, cómo debemos entender ese "traslado"? porque realmente, lo que ocurrió fue la creación de una modalidad delictiva nueva que cobija parte de la conducta eliminada.

Desde una pura interpretación objetiva del tipo, tendríamos que el comportamiento del peculado extensión posee un alcance claro, ya sea que se mire el sentido gramatical de la construcción de la descripción lingüística que lo incorpora o el sentido semántico de su contenido textual. Ahora bien, si se excluye parte de la descripción y se varía la connotación del bien jurídico, francamente estamos frente a una nueva tipicidad. Insistir en que Peculado por Extensión es lo mismo que Abuso de confianza Agravado, es desconocer la naturaleza misma de la acción como lo veremos adelante.

Para poder entender esta problemática debemos partir de nuestra postura epistemológica frente al concepto de acción criminal, conducta punible o hecho punible, como prefiera llamarse. Una explicación que facilita el plano mínimo de comprensión del fenómeno, es el concepto de sentido de acción, del cual se nutren entre otras muchas teorías el derecho penal Alemán, del cual nosotros trajimos una mala copia de tercera mano.

Pensemos que frente a lo que se denomina tipicidad penal, existe un presupuesto de política criminal y es que la conducta posea una especial valoración social, en este caso negativa lo que vendría a justificar su penalización. Es importante resaltar que los delitos como tales son un producto histórico de contenido cultural y por ende valorativo. Ello nos indica que en el ámbito de lo que la sociedad percibe se hallan

elementos que permiten concluir en la necesidad de castigo. Recordemos por ejemplo que antropológicamente el homicidio se castigó frente a la causación de la muerte de miembros del grupo, de la familia, del clan, ya que la muerte del extraño no era considerado como lesivo para la comunidad. Si se causaba la muerte al enemigo que pretendía invadirnos, no era punible, si se causaba la muerte a miembros de otras familias por un acto expansionista, ello valorativamente no era considerado como dañino para esa comunidad, solo si se causaba la muerte a un miembro del grupo, se presentaba daño y por ende la vida aparecía con una especial significación. Recordemos inclusive que en la historia no muy remota de nuestra legislación (CP/36) se plasmaba como eximente de punibilidad en el evento de la muerte de la mujer adúltera.

Tenemos entonces dos elementos básicos, existe un campo representacional captado por la sociedad a la cual se le da una especial significación. Significados que obedecen a construcciones históricas de carácter cultural. Nótese frente al ejemplo tratado que la conducta (representación) es la misma "matar a otro" pero lo que históricamente ha cambiado es su significación, hay día se castiga la muerte del extranjero, del enemigo, solo el Estado se abroga en ciertos casos la potestad de la muerte (Pena de muerte), el particular que la ejecute será castigado. Ello obviamente no significa un imperativo absoluto, si cambiamos la representación a un estado de guerra, la significación también varía.

Nos encontramos entonces que la descripción típica obedece a una especial representación social a la cual se le atribuye una significación específica de lesividad a intereses sociales. Cuando leemos el Peculado por Extensión encontramos la siguiente descripción:

"Art. 138. Modificado por el ARTÍCULO 20o. de la Ley 190 de 1995. PECULADO POR EXTENSIÓN. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes:

- 1 - Que administre o tenga bajo su custodia perteneciente a empresas o instituciones en que el estado tenga mayor parte o recibidos a cualquier título de éste.
- 2 - Que recaude, administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales."

Inicialmente tenemos que establecer que nos hallamos ante un tipo subsidiario que depende de la existencia de tipos autónomos, concretamente el Peculado por Apropiación, el Peculado por Uso Indebido, Peculado por Error Ajeno y el Peculado culposo, quedando excluido de esa remisión el peculado por aplicación oficial diferente, por su misma naturaleza.

En el Peculado por Extensión se sancionaba al particular, que manteniendo una especial relación ya sea de administración o custodia con recursos del Estado, o de asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas etc, se apropie de ellos, los use indebidamente, permita su destrucción, pérdida, extravío o daño; es decir, en esta descripción típica tenemos los siguientes elementos de Representación:

- a. Un sujeto activo indeterminado.
- b. Un bien jurídico de la Administración Pública.
- c. Un tipo penal subsidiario que comparte verbos rectores alternativos: apropiación, uso indebido o culpa (impericia, imprudencia, negligencia y violación de reglamentos especiales- hoy día violación del deber objetivo de cuidado).
- d. Un objeto material referido en forma general a "bienes"(muebles o inmuebles).

Si deconstruimos de la misma manera en delito de abuso de confianza tenemos:

- a. Un sujeto activo indeterminado
- b. Un bien Jurídico del Patrimonio Económico.
- c. Un tipo penal autónomo
- d. Verbos rectores alternativos de apropiación y uso indebido.
- e. Una circunstancia agravante referente a que el objeto material sean recursos del Estado.
- f. Un objeto material restringido a bienes muebles.

Observando simplemente las dos descripciones encontramos que no comparten la misma estructura, comparten eso si algunos elementos del tipo, pero no todos, y al no compartir la totalidad de los componentes debemos concluir que nos hallamos ante dos formas de representación de la acción, con campos de significación diversos. Qué pasa, por ejemplo, con el peculado por extensión culposo y qué pasa igualmente si la apropiación proviene de error ajeno y no de entrega a título no traslativo de dominio, precisamente de recursos del Estado. Nótese además que en peculado por error ajeno, si bien las conductas son las de apropiación y uso indebido, los recursos son de particulares y no son públicos, luego entonces donde queda cobijada la conducta del peculado por extensión en este caso.

Recuerdo que en alguna ocasión escuche la tesis de que el Peculado por extensión no cobijaba la conducta del peculado por error ajeno precisamente porque se trata de apropiación y uso indebido de bienes de particulares, análisis que no toma en

consideración en numeral 2 del Peculado por extensión donde en el proceso de recaudo puede presentarse la conducta descrita, además que la conducta subsidiaria no la excluye.

Como podemos colegir, el Peculado por extensión que nominalmente desapareció del actual Código Penal, no comparte la totalidad de los elementos de significación de la conducta del abuso de confianza agravado. Obviamente quien cometa la conducta de apropiación o uso indebido de recursos del Estado, hoy día tipificará la conducta en el abuso de confianza, pero únicamente si se trata de "bienes muebles", que ocurre entonces cuando la apropiación o el uso indebido es sobre un bien "inmueble", naturalmente no podemos hablar de peculado por extensión porque fue destipificado y tampoco de abuso de confianza por cuanto la descripción no permite este alcance. Este argumento refuerza nuestra tesis inicial, si el peculado por extensión y el abuso de confianza agravado son la misma cosa, porque el segundo tiene un alcance más limitado que el primero, incluso frente a los verbos rectores que comparten, la conclusión es simple, se trata de descripciones diferentes. El principio de legalidad impide generar una construcción interpretativa extensiva de un tipo penal restrictivo solo con fines de punición.

Dentro de la tradición jurídica se han planteado premisas que en el fondo no tienen la suficiente certeza para ser sostenidas, entre ellas el decir desde otrora que el peculado es un abuso de confianza con sujeto activo calificado y con ello se soluciona el problema que se ha esbozado. Repetimos que no es tan cierto, pues si las descripciones fueran similares cobijarían los mismos supuestos fácticos, lo que no ocurre por ejemplo tratándose de bienes inmuebles, los que pueden ser objeto material de peculado, más no del abuso de confianza, con lo que la conducta ostensiblemente varía en su campo de aplicación. En derecho penal, y más en estas culturas del subdesarrollo, la única garantía que existe para el ciudadano es la tipicidad como un fenómeno diáfano y absolutamente claro en la valoración social; cuando el aplicador (operador de justicia) de la norma penal, le crea elementos que no posee, simplemente con el ánimo de reprimir conductas, francamente ha caído en la arbitrariedad y el abuso de poder, imposible de soportar en una sociedad tan agobiada como la nuestra. Con el Estado aplica el derecho penal de forma abusiva, se convierte en otro actor violento del conflicto, ya que se vuelve tan arbitrario como el mismo delincuente que trata de reprimir.

Si la denominación jurídica de una conducta típica ha desaparecido de la actual normatividad, máxime si se trata de una figura subsidiaria, no es dable pretender darle nueva vigencia interpretando extensivamente otra norma, cuyo contenido descriptivo es diverso, aunque parecido. Si se había condenado a una persona por Peculado por Extensión en vigencia del Decreto 100 de 1980 debe entenderse que al entrar en vigencia el nuevo CP, la conducta ya no es típica, no es punible y por ende habrá de interpretarse favorablemente la nueva legislación, con los efectos procesales que ello conlleva. Para el operador de justicia, no es dable el análisis del proceso legislativo que eliminó

la figura típica, ese es un proceso de representatividad social, que escapa a su órbita de competencia. Puede ser desastroso que estas personas que fueron condenadas o que estaban siendo juzgadas por peculado por extensión salgan a la sociedad sin haber pagado el precio de su actuar criminal, sin embargo eso es precisamente lo que la sociedad quiera y a si lo decidieron sus representantes al aprobar la reforma. Por último, el argumento de que el Peculado por Extensión se traslado al Abuso de Confianza Agravado, expuesto por el ex Fiscal Alfonso Gómez Méndez, no es otra cosa que lavarse las manos frente al tema, actitud muy recurrente en este ex funcionario cuando se trata de explicar actos políticos dentro de un proyecto jurídico. Recordemos acaso la reforma del Código de Procedimiento Penal y la eliminación de medida de aseguramiento para la falsedad documental y el fraude procesal, acaso la Fiscalía no sabía qué ocurriría con los detenidos por estos hechos? (Ver caso foncolpuertos).

No puede pensarse luego de destipificada una conducta punible como la de Peculado por Extensión que podemos mantener su vigencia en el orden jurídico con una acaso parecida como sería el abuso de confianza agravado, ello dista incluso de la realidad hermenéutica mínima, donde se plantearán para los operadores de justicia situaciones en las cuales una persona aparece condenada por el delito de Peculado por Extensión, conforme la descripción del Decreto 100 de 1980, hoy día cuál sería el argumento "jurídico" para mantener a ese sujeto sub iudice, acaso con el que hay un tipo penal parecido que se denomina abuso de Confianza Agravado

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

CORTE CONSTITUCIONAL. Jurisdprudencia Constitucional sobre DIH.

JAKOBS, Gunther. DERECHO PENAL. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas SA. Madrid 1995.

SEARLE.J. Rediscovery of the mind. Cambridge. MIT press.

WEBER, Max. Economía y Sociedad. México. FCE.

EL CONCEPTO DE VIOLENCIA Y SU CONTENIDO INSTITUCIONAL

CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN